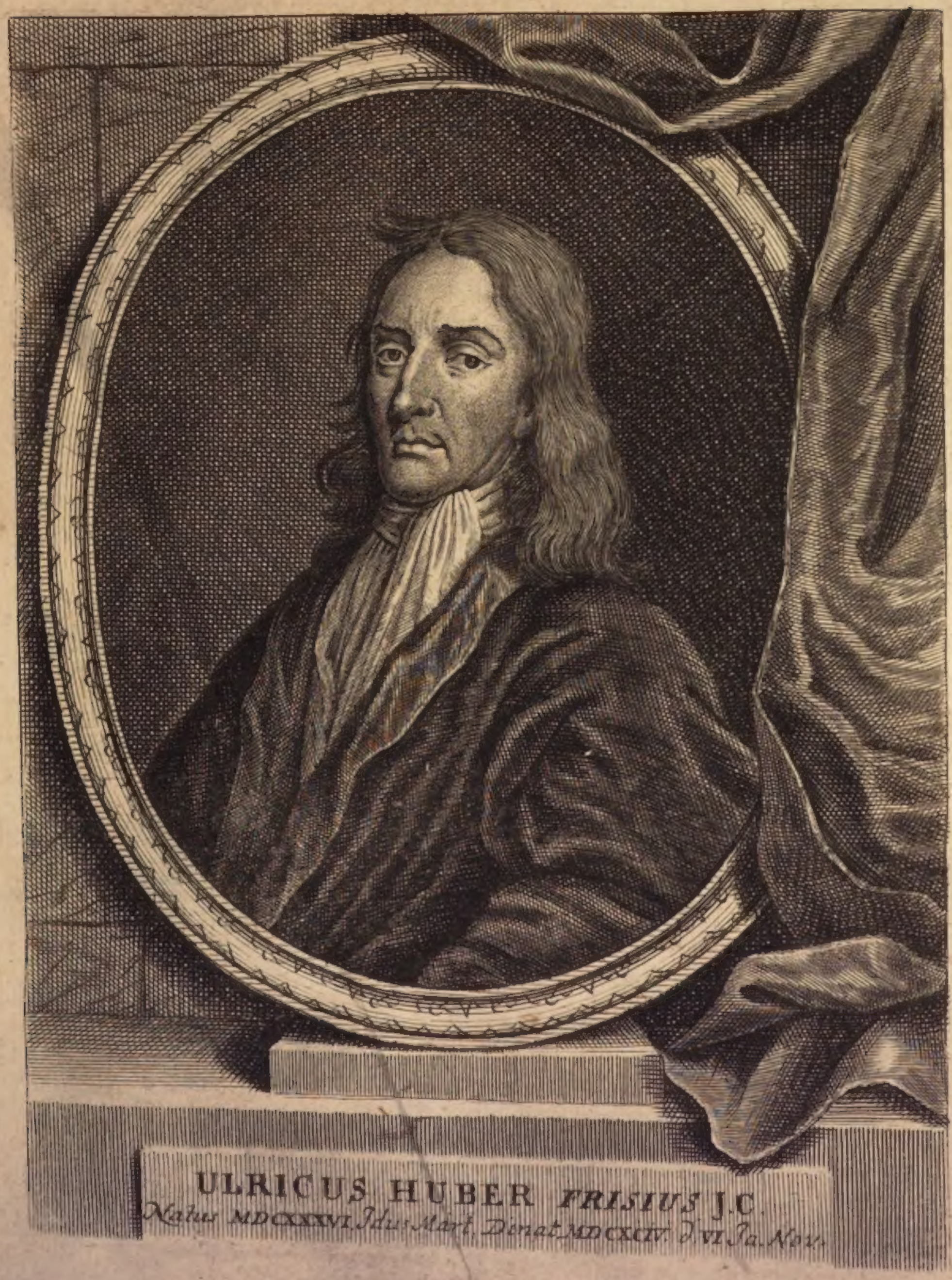
Ins Com Comm

110

Fus. 1391-a -



ULRICUS HUBER *FRISIUS* J.C.
Natus MDCXXXVI. *Idus Mart. Denat* MDCXCIV. *V. VI. Ia. Nov.*

ULRICI HUBERI JCTI

SUPREMÆ FRISIORUM CURIÆ EX-SENATORIS

PRÆLECTIONUM

JURIS CIVILIS

TOMI III.

SECUNDUM INSTITUTIONES ET DIGESTA

JUSTINIANI.

ACCEDUNT

CHRISTIANI THOMASII JCTI

ADDITIONES

QVIBUS SUA SCHOLIA CONTRA AUCTOREM DEFENDIT

ET

LÜDERI MENCKENII JCTI

REMISSIONES AD JUS SAXONICUM.

EDITIO QVARTA

IN QVA PARATITLA EX NOVISSIMO JURE SAXONICO ELECTORALI, SUO QVÆVIS LOCO ADJECTA ET

INDICIBUS ACCURATISSIMIS AUCTA.

CUM PRIVILEGIO SACRÆ CÆSAREÆ MAJESTATIS.

FRANCOFURTI ET LIPSIÆ 1749.

IN OFFICINA LIBRARIA JOH. FRID. GLEDITSCH.

PROSTAT ETIAM LUGDUNI BAT. APUD CORN. HAACK.

ULRICI HUBERI JCTI

SUPREMI TRIBUNALIS CURIÆ EX SENATORIS

PRÆLECTIONUM

JURIS CIVILIS

TOMI III.

SECUNDUM INSTITUTIONES ET DIGESTA

JUSTINIANI.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

CURIUS SUA SCHOLIA COMMUNI AUCTORITATE EDITURUS

ET

LUDOVICI MARTINI JCTI

PRÆLECTIONES AD JUS SAXONICUM.

EDITIO QUARTA

INDICIBUS ACCURATISSIMIS AUCTA.

CUM PRIVILEGIO S. R. C. MAJESTATIS.

LIPSIÆ,

IN OFFICINA LIBRARIA JOH. FRID. GLEDITSCH.

PROSTAT ETIAM LUGDUNI BAT. APUD CORN. HAACK.

CAROLVS Septimus, Divina favente Clementia Electus Romanorum Imperator ſemper Auguſtus, ac Germaniæ & Bohemiæ Rex, utriusque Bavariæ & Superioris Palatinatus Dux, Comes Palatinus Rheni, Archidux Auſtriæ, Landgravius Leuchtenbergæ &c. &c. Agnoſcimus & notum facimus tenore præſentium Univerſis, quod, cum Nobis Noſter & Sacri Romani Imperii fidelis dilectus *Joannes Fridericus Gleditſch*, Bibliopola Lipſienſis, humillime exponi curarit, quem in modum *Ulrici Huberi Prælectiones Juris Civilis* in quarto prelo commiſerit: vereatur autem, ne æmulorum invidia hanc Editionem imitantium impendii & laboris ſui fructu fruſtretur, ideoque Nobis demiſſe ſupplicarit, quatenus ejus indemnitati Privilegio Noſtro Cæſareo ſuccurrere clementiſſime dignaremur, Nos ſubmiſſæ pariter & æquæ ejus petitioni annuendum cenſuerimus: Ac proinde autoritate Noſtra Cæſarea omnibus & ſingulis Bibliopolis, Bibliopegis, Typographis & aliis quibuscunque, rem librariam ſeu negotiationem exercentibus firmiter inhibemus, vetamus & interdicimus, ne quis ſupra nominatas *Ulrici Huberi Prælectiones Juris Civilis* ſub hoc aliove titulo, aut hac aliave forma, ſeu, ut ajunt, formato, nec in toto nec in parte, per decem annorum ſpatium ab hodierno die computandum, intra Sacri Romani Imperii, Ditionumque Noſtrarum hæreditariarum fines recudere, vel aliis recudendas dare, aliorſumve impreſſas apportare, vendere vel diſtrahere, citra præfati Impetrantis, hæredumque ac ſucceſſorum voluntatem & aſſenſum in ſcriptis obtentum, auſit vel præſumat; ſi quis vero ſecus faciendo Privilegium Noſtrum ſeu interdictum violare contemnereque præſumſerit, eum non ſolum ejusmodi Exemplaribus, ubicunque locorum repertis, perperam quippe recuſis ſeu apportatis (quæ dictus *Joannes Fridericus Gleditſch* ſive propria auctoritate, ſive Magiſtratus illius loci auxilio ſibi vindicare poterit) de facto privandum, ſed & quinque marcarum auri puri pœna, ærario ſeu Fiſco Noſtro Cæſareo & parti læſæ ex æquo pendenda, omni ſpe veniæ ſublata, mulctandum decernimus, dummodo tenor hujus Noſtri Privilegii in fronte libri impreſſus reperiatur, & conſueta quinque Exemplaria Conſilio Noſtro Imperiali Aulico exhibeantur. Mandamus itaque omnibus & ſingulis Noſtris & Sacri Romani Imperii & Dominiorum Noſtrorum hæreditariorum ſubditis & fidelibus dilectis tam Eccleſiaſticis quam Secularibus,

cujus-

cujuscunque ſtatus, gradus, dignitatis aut ordinis exſtiterint, præſertim vero iis, qui in Magiſtratu conſtituti, vel ſuo vel Superiorum ſuorum loco aut nomine jus juſtitiamque adminiſtrant, ne quempiam Privilegium hoc Noſtrum Cæſareum impune violare, ſpernere aut transgredi patiantur: Sed ſi quos contumaces compererint, conſtituta a Nobis mulcta eos puniri, & quibuscunque modis idoneis coerceri curent, quatenus & ipſi graviſſimam Noſtram indignationem & prædictam pœnam evitare voluerint. Harum teſtimonio Literarum Manu Noſtra ſubſcriptarum & Sigilli Noſtri Cæſarei appreſſione munitarum, quæ dabantur Francofurti ad Mœnum die vigeſima prima Martii anno Milleſimo Septingenteſimo Quadrageſimo Tertio, Regnorum Noſtrorum Romani & Bohemici Secundo.

CAROLUS Mpria.

(L. S.)

Vt. Joannes Georgius,
Comes a Königsfeld.

Ad Mandatum Sacr. Cæſar. Majeſtatis proprium.

J. J. Hayeck de Waldſtätten.

Privilegium Impreſſorium ad 10. annos ſuper Huberi Ulrici Prælectionibus Juris Civilis in 4to. pro Joanne Friderico Gleditſch, Bibliopola Lipſienſi.

Ad Benevolum Lectorem tertia hac editione præfatio.

Ulrici Huberi prælectiones Juris Civilis jam dudum nulla egent commendatione, cum in illo Viro Summa Veteris Juris peritia, cum insigni mentis acumine, & pari Civilium Rerum usu fuerit conjuncta. Ut præterea in Germania major illarum esset usus, CL. Jure Consulti præstiterunt. Namque CHRISTIANUS THOMASIUS Scholiis suis varia loca illustravit, LÜDERUS MENCKENIUS differentias Juris Saxonici annotavit, denique cum A. MDCCXXV. recuderetur opus, D. IO. GEORGIUS SCHUBERTHIUS, & D. GEORGIUS CHRISTIANUS GEBAUERUS addiderunt Paratitla, ex nova Ordinatione Processus Saxonici, quæ tum in Provinciis Electoratus prorsus aliam foro faciem dabat. Quod institutum quam faventibus judiciis publice exceptum fuerit, distracta intra breve tempus exemplaria testantur. Haec vero, quam tertio jam damus, editio, hoc praecipue habet commodi, ut quae ante in fine tantum comparebant Paratitla, hic suo quaevis loco inserta, Lectoribus uno conspectu Romani & Saxonici juris placita exhibeant. Vale, Lector Benevole, & Conatibus Bibliopolae porro fave. Lipsiae in Nundin. Paschalibus A. 1735.

LECTORI BENEVOLO

S. P. D.

CHRISTIANUS THOMASIUS.

Cum ante septem & viginti annos Lipsiæ Jura Auditoribus quibusdam selectis & privatissimis explicarem, inter alias bonæ methodi cautelas sollicitus eram de autore, qui doctrinam Juris Justinianei & positionibus brevioribus exponeret, & a mixtura jurium aliorum abstineret. Et initio quidem eum in finem utebar Dissertationibus Strauchianis, easque notis quibusdam illustrabam. Sed posteaquam illustre Belgii decus, ULRICUS HUBERUS, Positiones suas ad Institutiones & Pandectas edidisset, earumque brevitati majori Prælectionum commentario consuluisset, præ aliis Autoribus ita se commendaverat hoc opusculum diligentissimo tum & judiciosissimo Juveni, (nunc Viro Magnifico & Prænobilissimo, Civitatis patriæ Consuli meritissimo, ac JCto excellentissimo,) Gerhardo Schrœdero, Hamburgensi, qui informatione mea tum familiariter utebatur, ut ipse eas Positiones seligeret, quæ examini perpetuo fundamenti loco substruerentur, meque moneret, ubi vel dubiæ mihi viderentur Autoris assertiones, vel explicatione ulteriore indigere, scholia quædam pauca ac brevia subjicerem. Postea cum Anno 1684. præfatas Positiones Huberianas in Academia Lipsiensi publicis Disputationibus iterum ventilare instituissem, suadebant regulæ disputandi, ut & opponentibus pariter ac respondentibus pateret, quibus in assertionibus ab illustri Autore hinc inde dissiderem. Ita vero factum est, ut novam Positionum Huberianarum editionem, cui scholia mea jungerentur, Lipsiæ fieri curarem. Etsi autem tum temporis juvenilem ætatem non multum supergressus essem, non indigna tamen visa sunt scholia mea Hubero, quin ea novae suarum Prælectionum editioni adjiceret, & locis debitis insereret.

ret. Ad pleraque etiam addebat idem reſponſiones; quibus intendebat vel ad dubia mea reſpondere, vel etiam monitis meis aliquando locum dare. Quamvis vero mox ſentirem, in plurimis locis leges bonæ diſputationis a Viro illuſtri non adeo accurate fuiſſe obſervatas, & ita mihi non deeſſe inſtantiarum multitudinem adverſus iſtas reſponſiones HUBERIANAS, nolui tamen quicquam reponere, partim, quia ſcholia mea non intenderant ullum cum Autore litigium, ſed ſaltem declarationem ſententiæ meæ in uſum Auditorum; partim quia pleræque Juris Romani controverſiæ ſunt in utramque partem diſputabiles; partim, quia nulla ſe offerebat occaſio commoda, tales exceptiones publicandi. Interim in ipſis lectionibus privatiſſimis ad Poſitiones HUBERIANAS, ea de re Auditoribus ſententiam meam dixi, tum etiam in diſputationibus Academicis aliquoties de materiis, de quibus tum agebatur, HUBERO reſpondi. Atque in hoc ſtatu res manſit, donec ante aliquot menſes Vir de edendis bonis libris præ cæteris ſolicitus, DN. IOH. FRIDERICUS GLEDITSCH ſibi proponeret, etiam Prælectionum HUBERIANARUM editionem in Germania noſtra ſumtibus ſuis & induſtria promovere, atque a me peteret additiones quasdam. Cum itaque occaſio commoda ſe ſiſteret, pauciſſimis, & absque tædioſa repetitione hactenus dictorum, ſcholia mea vel exponendi, vel defendendi, vel etiam corrigendi, nolui eandem prætermittere, atque ſic præſentes novæ additiones natæ ſunt. Neque enim propoſitum fuit, neque tempus ſuppetiit, ad alias prælectionum HUBERIANARUM partes quicquam monere. Uti vero ipſæ additiones novæ teſtantur, non raro me bona fide monitis HUBERIANIS locum dediſſe, ac ſcholia mea emendaſſe; ita ex altera parte, ubi ſententiam meam adverſus reſponſiones HUBERIANAS defendi, modus defenſionis, & verba ubique in factum temperata, ac judicium de tota controverſia plerumque Lectori relictum, docebunt, nequaquam eum in finem has novas additiones publicari, ut vel Viro illuſtri (interim beate defuncto) inſultare, vel de controverſiis iſtis ulterius cum quoquam litigare vellem. Hoc ultimum non admittit tempo-

ris caritas, quod in hac proficiente ætate utilioribus & amœnioribus ſtudiis impendendum eſt. Illud vero prius, præterquam quod vilioris & abjecti animi foret indicium, quem in me non cadere, vel parum æqui judices, quibus cognitus ſum, fatebuntur; inſuper ſtultum foret, ſi quisquam alius Huberiano nomini inſultare audeat, cum haud dubie non defuturi ſint ubique vindices, talem pruritum abunde coercituri. Fuit enim ULRICUS HUBERUS, dum viveret, communis Belgii Præceptor, infinita Juvenum optimorum ingenia doctrina ſua imbuens, quorum non pauci nunc in variis Academiis aliisque locis Anteceſſorum famigeratiſſimorum & JCtorum excellentium perſonas ſuſtinent. Quin & filium poſt ſe reliquit, JCtum eximium, ZACHARIAM HUBERUM, cujus diſſertationes ſelectæ juridicæ & philoſophicæ, non ita pridem conjunctim publicatæ, ſatis docent, cum paterna veſtigia, & paſſibus quidem æquis, premere. Quodſi vero aliquibus in locis noviter a me dicta paulo acriora verba cuidam videbuntur, (quod tamen rarius continget), cum rogo, ut cum meis hiſce additionibus ſemper conferre velit reſponſiones HUBERIANAS, quo facto etiam ſemper deprehendet, quod iſtæ reſponſiones tales additiones jure ſuo quaſi poſtulaverint, & quod acriores ſint, quam meæ additiones. Si tamen & hic aliquid a me peccatum eſt, nævo huic, tanquam humano, veniam oro, uti certum eſt, me veniam in iis etiam dediſſe Viro illuſtri, & absque indignatione, aut certe absque iracundia, me iſta placido ſcripſiſſe animo. Vale, lector benevole, & doctrina HUBERIANA, pariter ac noſtra cum judicio fruere. Dabam Halæ Saxonum, in Academia Fridericiana, die 26. Septembris Anni 1706.

Celſiſſimo

CELSISSIMO ET ILLUSTRISSIMO

PRINCIPI

HENRICO CASIMIRO,

D. G. PRINCIPI NASSAVIÆ &c. COMITI CATIMELIBOCORUM, VIANDÆ, DIETZIÆ, SPIGELBERGÆ, &c. BARONI LIESVELDIÆ, DOMINO BIELSTEINII, &c. GUBERNATORI HEREDITARIO FRISIÆ ET ARMORUM PRÆFECTO SUPREMO, &c. UT ET GRONINGÆ, OMLANDIÆ, DRENTIÆQUE GUBERNATORI ET CAPITANEO GENERALI, &c. ACADEMIÆ FRANEKERANÆ CURATORI HONORARIO MAGNIFICENTISSIMO.

Audacius hic liber in conspectum Celsitudinis Tuæ prodit, HENRICE CASIMIRE, *Princeps Illustrissime*, postquam Tu splendidissimis avitæ Hereditatis atque delatis a Republica titulis nomen Curatoris Academiæ, sed honorarii, sed magnificentissimi addere non adspernatus es. Et cui potius conveniebat, hanc Tibi dignitatis accessionem gratulari, quam ei, quem fors benigna eodem anno præesse Lyceo voluit, quod post supremum Numen deinceps in Te suum decus tutelare, suam in prosperis auctoritatem, in adversis rebus præsidium collocabit & venerabitur. Habemus omnes in memoria, quam liberaliter, quam honorifice & amanter glorioſæ recordationis *Parens Tuus* rem Academicam tutari non contentus, etiam augere, quotiens usus ferret, & exornare solebat. Non est animus equidem, nec opportunum fuerit, Academica damna, quæ post sapientissimi *Principis* lamentabile fatum tulimus, ingrata commemoratione repetere. Sed erigit in spem novam perculsas tempore suo Musas, Tua, generose *Princeps*, indoles, quam luculenta primæ adolescentiæ incrementa, quæ inter nos emicuere, jam tum egregie patefecerunt. Optamus utique, ac etiam sperare fas sit, quæ, cessante Cura Magnificentissima, res nostræ detrimenta cepere, divina quidem bonitate potissimum, sed Te, *Magnanime Princeps*, duce & auctore postliminio reditura. Restitutum iri adempta postliminio, inquam, ominamur, ut quæ suspensa magis violentia belli, quam sublata penitus & extincta credere nos jubet amor ille vetus Frisicæ gentis adversus literas & literatos. Tu vero, cui bono, HENRICE CASIMIRE, nuncupationes ornamentorum tuorum literario nomine claudi & obsignari passus es, quam ut prætextum benefaciendi Musis earumque alumnis sub titulo Curatoris haberes? Serviet hoc nomen tibi, credo, velut arcanum aliquod potentiæ, vel ingens privati subsidium ærarii; quærendum inde videlicet, ubi nihil lucri proponitur, quam bona mens & paupertas. Enimvero ipsum nomen Curatoris palam loquitur, esse munus, quod suscepisti, non honorem esse delatum, cujus omnis excellentia in beneficio exercendo orditur atque consumitur. At ne parum Te, HENRICE PRINCEPS, Curatorem fore præsumas, scito, pupillam tutelæ mandatam esse Tuæ obnoxiam contemptui & injuriis, innocentia male tutam sola, denique tanta auctoritate Tutoris & indigam nec indignam. Quin aut me vehementer opinio fallit, aut nimio generosus erit *Nassavius* sanguis, quam ut tanto apparatu, nomen otiosum, sine re, sine virtute sibi datum videri patiatur. An loquerentur solum homines, HENRICVM CASIMIRVM Academiæ Curatorem esse creatum, idque brevi auditu alii transmitterent; non loquerentur, Eum esse & Eum agere Curatorem? Hoccine reputatio honoris in tanto fastigio, in tam acri ingenio ferret, ut novissimus hic titulorum, velut inane complementum, reliquis subjiceretur? Quin potius, sicut Illustres Patriæ Patres judicavere, Principis & Comitis & Hereditarii Gubernatoris tui decus, additamento literarii characteris non dehonestari, sic etiam hoc mihi, sapientissimis hominibus propositum esse videtur, ut attenuatam Academiam integris ornamentis suis novaque beneficentia complectantur & erigant & pristino splendori restituant. Quod ut Tu, *Magnificentissime Curator*, adjuvare, promovere, perficere velis, ut pupillam, quæ se totam Tibi dedit, a Te tota pendere cupit, patrocinio curaque tua benefice magnificeque foveas, id ipsas Te Camenas rogare, obtestari, supplicare puta: Etiam vero juxta illas, hunc librum ejusque auctorem

Celsitudinis Tuæ

Kal. Aug. CIↃ IↃC LXXVIII.

Humillimum &c.

ULRIC. HUBER.

ULRICUS HUBER

Auditoribus suis Sal. D.

Etsi, cum primum Juris docendi munus in patria Academia aggressus sum, me valde memini alienum esse ab eo consilio, cujus nunc specimen exit in lucem, nihilominus ita semper arbitratus sum, studiosis adolescentibus expedire, ut ob oculos habeant librum, in quo summa eorum, quae a Praeceptore, quem audiunt, inculcantur, iisdem fere verbis comprehensa sit. Nam pauci ea felicitate ingenii atque memoriae sunt, ut semel dictata tenere vel reddere multo minus ea cum aliis scriptoribus stylo methodoque diversis comparare queant. Sed ego constitueram scripta Wissenbachii *nostri, quae in omnium manibus hoc erant, meis auditoribus in hunc usum commendare: Nam Praeceptoris mei sententias valide possidebam & in magno commodo reputabam, si primis disciplinae fundamentis defunctus animum statim ad altiora conferre possem. At postquam hanc viam ingressus sum, ut totum me cum publicis, tum & domesticis institutionibus darem, sensi,* Wissenbachiana *ad hunc scopum mihi non sufficere; quia non visum fuit viro Summo artem integram uno nexu conjunctam tradere, sed quaestiones praecipuas separatis positionibus illustrare, mixtis subinde definitionibus atque partitionibus, minime tamen omnibus, nec ita ut plene penitusque intelligi possent. Scitis quantum Praeceptoris optime de me meriti memoriae tribuam, quanto opere etiam vobis lectionem ejus commendem; sed quod eum κατὰ πόδας in collegiis non sequor, ratio, ni fallor, illa, quam dixi, bonis aestimatoribus non improbabitur. Mitto dicere, quod ea felicitas mihi non contingit, ad quam ille se examussim composuerat, ut Praeceptoris sui opiniones, ad usque senectam magno animo tueretur, in statuendis antinomiis, in carpendis Justiniani Ministris, in pluribus sententiis, quae a vulgo recedebant. Nam etsi in discendo me credulum, ut habet praeceptum sedulo praebuerim, quod tamen, cum maturiore judicio cuncta examinassem, aliter vos docere non potui, quam bona fide intelligerem mihique persuasissem, aequus judex vitio non vertet. Nam si quid hac parte vitii latet, id naturae qualitati, non animi proposito fuerit imputandum. Enimvero, licet ineptum id forte videbitur, ego etiam in hoc capite, ex eventu mihi blanditus sum; quod, cum minime id agerem, ut communes Interpretum opiniones mihi sequendas praejudicarem, omnibus tamen exactis & perpensis, in id ingenii mei trutina plerumque declinaverit, quod communi scholae jam pridem visum fuerat. Meministis, quam me nunquam repertis novitatibus venditaverim, quam saepe illis restiterim, nec id tamen odio novitatum vel invidia laudis alienae factum, cujus causas procul habui: quin faveo ingeniis seculi & laudo inventores bonarum rerum etiam novissimarum: sed oportet hanc esse mei innoxiam ingenii simplicitatem, quod inveteratis, etiam re bene perpensa, magis acquiesco: Neque vero aliis tamen scripta volis obtrusi; haud in primis arrisit ac etiamnum placet, τὰ κοινὰ κοινῶς. Porro alium a* Wissenbachio, *cujus ductu jus certum & controversum ad Institutiones & Pandectas aequabiliter explicarem, non facile reperiebam. Etenim ita semper faciendum putavi, non ut totum jus nova methodo, aut secundum seriem Pandectarum uno contextu tractarem. sed ex voluntate Justiniani Augusti, quam merito plurimi facimus, Institutiones ante Pandectas tyrombus discendas proposui; quemadmodum hic mos adhuc per omnes, ni fallor, Academias, quicquid novi methodistae moliti sunt, locum usumque suum retinuit. Hactenus tamen mos seculi praescriptum Imperatoris subegit, ut Institutiones non semestri opera transmittantur, sed paulo tractentur diutius atque pressius elaborentur. Non quod auctor sim, ut plus semestri spatio explicandis iis impendatur, quod ego quidem non soleo; sed quoniam mea sic ratio est, ad ulteriora non producere studiosos, antequam priora bene solideque digesserint & exprompta memoria judicioque complexi sint, quae res aliquam moram & juxta vetus illud, δὶς καὶ τρὶς τὰ καλὰ, repetitionem postulat. Suasi & illud, ne diffusa lectione initia sua confunderent; sed ita existimarent, nihil melius instituere se posse quam ut Praeceptorem suum describerent non tam calamus quam animo. Illi vero utrumque gnaviter fecere, atque ex ore praelegentis ad Institutiones & Pandectas continuas ἀκροάσεις, πυκνὰς, ut fit, exaraverunt. Has ego mendis scatentes operoseque describendas, non gravatus sum, ut eorum operas levarem aere typographico excudendas dare, at sine meo nomine, quod tumul-*

multuarium opus non merebatur. Utinam de præsenti opusculo non idem aliquando sit optandum! Verum ad hoc quidem ipsa me necessitas compulit, ut postquam auditores meo præscripto uti cœperunt, illo videlicet brevi atque conciso, aliquid iis subministrarem, quo priora enucleata plenius exponerentur. Quam mihi initio professionis nihil tale propositum fuerit; feci palam, cum primum Digressiones Justinianeas publico dedi: sed persona susceptа fuit absolvenda & auditorum utilitati vel invito serviendum. Ratio instituti est, ut jus Romanum breviter & perspicue enarretur, factaque quandoque digressiuncula in nobiliores controversias, monitisque lectoribus, quid universali consuetudine vel moribus Patriæ obtineat (aliarum gentium, quod infinita & aliunde petenda judicabam, varius memini.) In pandectis nihil eorum, quæ ad Institutiones dicta sunt, repetimus; sed quæ capita illic non tractantur, ea plene, sicut in prima parte factum, exequemur: quæ cum Institutionibus παράλληλα sunt, de his singularia & in prima parte non dicta memoramus: ut ita ex Institutionibus atque Pandectis æquabile corpus fundamentorum juris exhibeamus, quemadmodum in principio hujus scripti constitutum erat. In ipsis collegiis viva voce argumenta Institutionum examinando recolimus. Ita commodum Institutiones semestri, Pandectas annuo spatio absolvimus Instituveram aliquando disputationes scribere fundamentales, quæ non sunt absolutæ, propter obitum Typographi, & quoniam usus me docuerat, hæc in iis esse peccata; congesseram illuc in unum locum omnia, quæ in locis παραλλήλοις de iisdem materiis ferme dici poterant & revera in Pandectis erant dicenda. Diffuderam me nimis in quæstiones philologicas & observationes humaniores, sed nunc in ea sum hæresi, Jurisprudentiam citeriis fundamentis & propria supellectile debere esse contentam; non quod Jureconsultum esse putem consummatum, qui varia eruditione non sit excultus, & cui vetustas artis sua ignota sit, Romana inquam, sed quod eam in Jure docendo non credo exercendam, multo minus ostentandam; delibari duntaxat & promi exinde, quod ad intellectum Artis est necessarium, nec ultra volo. Propterea, quæ hujus erant generis, secrevi in Digressiones sive observationes, quas humaniores appellavi, quatenus Institutiones publice prælegi. Hic jus habetis cultum & instructum eo instrumento, quod ornet nec oneret; duntaxat ita conatus sum. Denique ex his meis rationibus facile animadvertetis, me non metuere multitudinem eorum, qui ad Institutiones & ad Pandectas scripsisse dicuntur; Nam ego vobis consultum volo; si perituræ sunt hæ lectiones, cum ego amplius non ero, nihil recuso; modo vobis, qui nostris viis ambulatis, hæc prosint, quod non modo jam spe bona præsumsi, sed & luculenter expertus sum. Quid ergo? dicetis; huicccne libro soli inhærebimus, alios non curabimus? Minime vero, inquam, sed hoc Catone vos primo velim esse contentos, qui meæ vocis ministerio utimini; at vero cum hæc subegeritis, tum quocunque deinde vagamini, & meliora reperta meis libere præferte; quin & me docete, quo nihil erit gratius; neque novum erit mihi, quoties eveniet posthac, a discipulis esse doctum; sæpe cum fructu id expeto. Sed nolo vos diutius remorari: Si mea scripta non valent, præfationibus nihil proficiam; ne quidem, si typographum aut amicum, notum vel ignotum suborniem, qui me meosque conatus invidendis laudibus onoret: In hac iterata editione accidit, quod solet iis, qui docendo scribendoque proficiunt, ut emendando & notando non possint abstinere: quemadmodum huic notabili accessione, si cui priora cum posterioribus conferre libeat, factum deprehendetur. Auxit hæc incrementa consilium huc referendi Scholia, quæ Vir Cl. Christianus Thomasius, Jurisconsultus Lipsiensis, ante biennium Positionibus nostris adjecta publici juris fecit, quæ cum ex his Prælectionibus sint desumta, quicquid ad illas spectabant, huc perinde referri poterat. Longe autem melius operisque modo convenientius erat, Scholiorum considerationem in his prælectionibus exequi; nisi quatenus hoc jam prius occupata, expósitaque fuerant: nam quæ hujus erant generis, omisimus Cæterum, non ingratas fore Lectori observationes, quæ ex ipsis scholiis & responsionibus ad illa natæ sunt, confidimus; cum, quod minime spernenda aut vulgaria sint, quæ Vir Eruditus protulit, tum quod lectionum & disputationum perpetuarum diversitas his quasi emblematis ac intermissionibus distingui & recreari non incommode posse videbatur. Vos fructum sitis & faciente Deo Pandectarum Expositiones, sequenti anno, expectate. Si quæ vobis occurrent menda, quas graves fore non spero, eas benevole emendate. Valete.

INDEX
QUÆSTIONUM
Secundum ordinem Institutionum.

1.

Studium Juris recte Theoreticum vel Practicum dicitur, etsi jurisprudentia sit mere practica disciplina *Proœm.* 8

2. Codex derogat pandectis, etiam quatenus ex veteri codice delumptus est 9 sq.

3. Institutiones sæpe derogant pandectis, & hæ quandoque illis 10

4. Antinomiæ *in* jure nec nullæ nec multæ sunt 11

5. Justitia recte definitur, constans & perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi lib. 1 t. 1, 2

6. Divisio justitiæ in universalem & particularem, non est accurata 4

7. Et definitio justitiæ ad universalem, quæ dicitur, male refertur ibid.

8. Jus a justitia appellari non inepte dicitur 6

9. Definitio *juris naturæ*, quod natura omnia animalia docuit, non est absurda; melior tamen, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit tit. 2, 1

10. Divisio juris gentium in primævum & secundarium facile defendi potest 3 sq.

11. Legis & consuetudinis genuina differentia non pendet a scriptura 7

12. Senatusconsulta sub imperatoribus demum acceperunt juris potestatem 8

13. Legem regiam vere latam esse Romæ 9

14. Vi legis illius princeps solutus est legibus cunctis ibid.

15. Consuetudo posterior potest abrogare legem priorem 12

16. Tria juris objecta proprie loquendo, non dantur 14

17. Medium genus hominum inter liberos & servos etiam non datur tit. 4, 1 sq.

18. Servitus recte dicitur constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur t 3, 3

19. Et tamen repugnat eadem servitus rationi naturali ibid.

20. Imo nec vana ratio est, servitutem melius potuisse retineri, quam nunc abolita est, putantium 5 sq.

21. Asyla non habent usum laudabilem in hodiernis rebuspublicis tit. 8, 2

22. Patria potestas juri civili potius quam juri gentium adscribitur tit. 9, 1

23. Matri non esse tantum juris in liberos, quantum patri datur, recte consultum est jure Romano ibid.

24. Jus vitæ & necis, quod olim habuere domini Patresque, rectius abolitum est deinceps tit. 8, 2

25. Jus regium, quod habetur 1 *Sam.* c 8. *v.* 11. recte vertitur & appellatur jus potius quam modus, vel mos tit. 8, 3

26. Matrimonium recte definitur viri & mulieris conjunctio individuam vitæ consuetudinem continens tit. 10, 1

27. Concubitus non pertinet ad perfectionem matrimonii ibid.

28. Nihilo magis olim ritus ducendi domum uxorem, sicut nec hodie benedictio ecclesiastica ibid.

29. Matrimonium non est contractus 2

30. Secundæ nuptiæ nullo jure vel ratione prohibitæ sunt 3

31. Jus canonicum & civile nihil revera discrepant in doctrina sponsaliorum 5

32. Nuptiæ sine patris consensu initæ adeo nullæ sunt, ut pater eas quoque distrahere possit 17

33. Consensus tamen patris tacitus sufficit, si quando sciverit nec contradixerit 9

34. Ratihabitio patris, nuptias inde ab initio facit legitimas, adeo ut liberis antea quoque natis prosit 10

35. Filia minor annis xxv. non potest nubere inconsultis matre, curatoribus & propinquis 11

36. Eadem tamen contra voluntatem matris & propinquorum nubere potest ibid.

37. Comprivigni, ut & fratrum liberi, recte nuptiis conjunguntur 15

38. Dotalia instrumenta non sunt necessaria ad legitimationem, quæ fit per subsequens matrimonium 19

39. Adoptatus ab extraneo non transit in adoptantis potestatem tit. 11, 3

40. Quando arrogator filium impuberem emancipat vel exheredat, cogitur ei relinquere quartam partem omnium bonorum 6

41. Imo duntaxat quartam partem portionis ab intestato debitæ ibid.

42. Adoptio testamentaria, quæ in historiis memoratur, non est species adoptionis tit. 11, 1

43. Nobilitas adoptantis cum adoptato communicatur 13

44. An pater filium quoque invitum emancipare possit tit. 12, 7

45. Matrimonium & separata habitatio rectius hodie tollunt patriam potestatem, quam jure Romano non tollunt 8

46. Qui sunt in tutela, recte dicuntur esse sui juris & suæ potestatis tit. 13, 1

47. Verba, *in capite libero*, quæ sunt in definitione tutelæ, rectius ad pupillum quam ad tutorem referuntur 2

48. Tres dantur tutelæ species, non plures, neque pauciores 3

49. Pater etiam filio exheredato tutorem dare potest ibid.

50 Mater autem non potest, nisi filio heredi instituto ibid.

51. Tutorem habenti non datur tutor t. 23, 8

52. Certæ rei vel causæ tutor dari non potest tit. 14, 3

53. Tutor datus filiis ad nepotes non pertinet, liberis datus contra 4

54. Emancipatio jure novo non est capitis diminutio tit. 16, 4

55. Tutoris datio non est jurisdictionis neque imperii tit. 20, 1 sq.

56. Auctoritas tutoris supervacua est, ubi de commodis pupillorum agitur tit. 21, 1

57. Pu-

57. Pupillus sine tutoris autoritate naturaliter semper tenetur, locupletior factus etiam civiliter l. 11 t. 21, 1. l. 3 t. 20, 2
58. Curator invitis adolescentibus non datur tit. 23, 1
59. Prodigus aliter quam decreto magistratus interveniente, nec incipit nec definit esse in cura 5
60. Tutela recte publicum munus dicitur tit. 25, 1
61. A tutoris datione jure novo appellari non potest, nisi excusatione ab inferiore magistratu rejecta 13
62. Minor ætas non est causa excusationis in ulla specie tutelæ 14
63. Neque erratum videtur a Triboniano in § 13. *I. de Excusat* ibid.
64. Etiam legitimi tutores excusare se possunt 20
65. Cognitio de suspectis tutoribus est ordinariæ jurisdictionis, nec tamen competit magistratui municipali tit. 26, 2
66. Tutor remotus ob latam culpam plerumque fit infamis 7
67. Non datur tertium genus rerum, inter eas, quæ sunt in patrimonio & extra illud l. 11 t. 1, 2
68. Res a pontificiis relictæ ecclesiis, sine superstitioso, non possunt a Reformatis in usus profanos converti 9
69. Cenotaphia non sunt loco religiosa 10
70. Violatio portarum atque murorum urbis Romanæ capitalis est; æque municipiorum, ut videtur 11
71. Rerum incorporalium non est dominium proprie dictum 13
72. Divisio dominii in directum ac utile non est accurata verbis, significatione rei non abhorret a Juris doctrina 15
73. Distinctio inter modos & causas dominii acquirendi in scholis juridicis necessaria est 16
74. Mare non potest redigi in dominium, nisi quatenus est accessio terræ, nec civili neque gentium jure 18
75. Qui res in mare, naufragii vitandi causa abjectas, animo lucrifaciendi tollit, furtum committit 27 sq.
76. Qui res, quarum Dominus ignoratur, invenit, non potest eas dare pauperibus 28 fin.
77. Alveus fluvii derelictus pro parte vel totus indistincte acquiritur iis, qui proximos habent fundos 35
78. Inundatio non mutat dominium 37
79. Actio de tigno juncto in duplum, datur etiam adversus eum, qui bona fide tignum junxit ædificio suo 39
80. Qui sciens in alieno solo ædificavit, ne materiam quidem, diruto ædificio, vindicare potest ibid. sq.
81. Qui bona fide in solo alterius ædificavit, & ædificium restituit impensas deinceps repetere non potest 40
82. Specificatio dominium tribuit, etiam ei, qui sciens malaque fide ex aliena materia fecit novam speciem 44
83. Inter confusionem & commixtionem, ratione dominii acquirendi, nihil interest. 45
84. Fructuum perceptio non est species accessionis, verum modus acquirendi dominii peculiaris 46
85. Bona fides non est causa, sed requisitum necessarium acquirendi fructus ibid. in fin.
86. Fructus naturales ex ratione juris non fiunt bonæ fidei possessoris 47
87. Perceptio est causa dominii fructuum acquirendi 48
88. Consumptio non est ejus rei causa ibid.
89. Tamen bonæ fidei possessor extantes licet perceptos fructus domino fundi restituere cogitur ibid.
90. Traditio ex ratione juris Gentium non requiritur ad dominium transferendum 52
91. Nec jure civili vacua possessio ad dominii translationem necessaria esse videtur 53
92. Procurator ad omnia bona simpliciter datus res domini alienare potest, si id illi evidenter expediat 56
93. Possessio recte definitur, detentio rei corporalis, cum animo sibi aut alii eam habendi 60
94. Possessio non est jus in re lib. 2. tit. 1, 12. in fin. lib. 4 tit 15, 2, 7. (l. 2. tit. 3, 1 b
95. Servitus non est, nisi quæ sit utilis prædio dominanti
96. Qui habet actum, is etiam habet iter; qui viam, & actum 4
97. Qui non debet vicino servitutem, potest ejus lumina penitus obscurare ædificando, si velit 10
98. Luminum servitus differt a servitute luminibus non officiendi 12 sq.
99. In præscriptione serviturum non requiritur necessario bona fides, neque titulus, neque scientia domini 16
100. Definitio ususfructus, quod sit jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia, satis accurata esse videtur tit. 4, 1
101. Ususfructus non recte dividitur in causalem atque formalem 3
102. Vestimentorum verus ususfructus est 7
103. Cautio usufruct. non potest a testatore remitti 9
104. Male utendo non finitur ususfructus 11
105. Cessio ususfructus in alium quam in rei dominum facta nullius momenti est, nec ad finiendum usumfructum pertinet 12
106. Venditio tamen ususfructus non est prohibita, quod ad effectum emolumenti attinet ib. sq.
107. Operis legatis, usus relictus videtur tit. 5, 4
108. Usucapio, sicut jure Romano prodita est, non abhorret a rationibus justitiæ ac honestatis tit. 6, 2
109. Res oppignerata & ab ipso debitore surrepta potest a tertio usucapi 12
110. Emptor & donatarius utuntur accessione temporis, quo antecessores eorum possederunt, ad usucapiendum; ita, si uterque bonam fidem habuerit 14
111. Donatio non videtur esse contractus tit. 7, 1
112. Donatio mortis causa manet talis, etsi a donatore per traditionem in pleta sit 2
113. Non manet donatio mortis causa, vere talis, si adjectum sit, *ne unquam revocetur* ibid.
114. Donatio omnium bonorum valet 5
115. An etiam futurorum? Ita videtur ibid.
116. Quod inter conjuges veritæ sunt donationes, recte meritoque factum est 8
117. Supervenientia liberorum solis patronis causam revocandi donationem præbet 7
118. Maritus revera dominus est rerum dotalium tit. 8, 7
119. Pactum de non alienando non potest impedire dominii translationem 8
120. Jure ff. bona adventitia filiorum familias pleno jure patrum fuerunt tit. 9, 2 sq.
121. Hereditatis non est dominium lib. 1 tit. 1, 12 Schol.
122. Hereditas est jus incorporale, non tamen eo sensu, quo dicitur universitas sive complexio omnium rerum simul, ut vult Vinnius *ad tit. Inst. de reb. corp. & incorp.* lib. 2. tit. 2, 2
123. Testamentum recte definitur, voluntatis nostræ justa

sententia de eo, quod quis post mortem suam fieri velit lib. 2. tit. 10, 3
124. Testamenti jus non adversatur juri gentium, vel juri naturæ 2
125. Contractus in testamento non potest celebrari quo sensu 8
126. Legatarius etiam in testamento nuncupativo potest esse testis 16
127. Duo testamenta in iisdem tabulis condi non possunt 19
128. Testamentum ante militiam factum non aliter convalescit, testatore milite facto, quam si is aliquo dicto vel facto confirmaverit tit. 11, 6
129. Filiusfamilias de bonis castrensibus vere & quasi talibus duntaxat, testari potest, non etiam de adventitiis, etsi pleno jure ad ipsum pertineat tit. 12, 2
130. An patre consentiente, filiusfam. testari possit ibid.
131. Testamentum prodigi, licet provide factum, non debet habere effectum neque potest per leges 3
132. Capitis damnati, ne quidem jure novo testamentum condere possunt 7
133. Exheredatio non definitur accurate, quod sit exclusio ab hereditate alicui lege competente tit. 13, 1
134. Exheredatio sine expressione causæ facta non reddit testamentum ipso jure nullum 12 sq.
135. Præteritio filiifamilias testamentum adeo facit ipso jure nullum, ut nec legata quidem & fideicommissa valeant tit. 13, 2
136. Posthumi exheredatio testamentum ne quidem jure novissimo facit nullum 4
137. Discrimen inter suos & emancipatos liberos, quod ad heredis institutionem vel præteritionem attinet, nunquam fuit mutatum 7
138. Hereditas jacens recte dicitur repræsentare *dominum* defunctum tit. 14, 1
139. Testator non potest prohibere jus accrescendi inter coheredes 3
140. Vulgariter substitutus excludit quoque matrem & patrem primi heredis tit. 16, 3
141. Non tamen, si filius repudiet hereditatem sibi delatam ibid.
142. Substitutio vulgaris expressa continet pupillarem tacitam ibid.
143. Et pupillaris expressa comprehendit tacitam vulgarem ibid.
144. Pupillariter substitutus succedit, etsi filius abstentus sit hereditate paterna 4
145 Mater non potest pupillariter substituere liberis suis 2
146. Filio quoque exheredato pupillariter a patre substitui potest 8
147. Substitutus ultimo ex liberis morienti, si pariter mortui sunt liberi, ad totam hereditatem admittitur 9
148 Substitutio pupillaris ultra tempus pubertatis facta non flectitur in vim fideicommissi 11
149. Testamentum prius, in quo testator sibi ipsi derogavit facultatem mutandi testamenti, tamen per posterius tolli potest tit. 17, 2
150. Posterius tamen simpliciter factum non tollit prius, in quo est talis clausula derogatoria 4
151. Revocatio solennis facta coram septem testibus sufficere videtur ad revocandum prius testamentum 8
152. Posterius testamentum, salvo priore, aboletur; an prius recuperat vires suas? Non videtur, nisi testator id expresserit 7
153 Querela inofficiosi non est diversum judicium ab hereditatis petitione ex causa inofficiosi tit. 18, 1
154. Posthumis exheredatis etiam datur querela inofficiosi 6
155. Renunciatio hereditatis a liberis, vivo patre facta, non excludit querelam inofficiosi 7
156. Legitima recte dicitur portio *hereditatis*, etiam recte portio *bonorum* 9
157. Est tamen portio portionis ab intestato debitæ, non totius hereditatis ibid.
158. Augmentum legitimæ de quadrante in trientem locum etiam habet in parentibus 11
159. In sola proprietate Legitima non potest relinqui aut adsignari 12
160. Exheredationem bona mente fieri, non est a ratione alienum 13
161. Condictioni ad supplementum legitimæ non præscribitur, nisi triginta annorum spatio 17 in fin.
162. Filiusfamilias non transmittit querelam semper ad heredes suos haud præparatam tit. 18, 5
163. Si filius juste fuerit exheredatus & post patrem mortuus, nepos ex eo non habet querelam ibid.
164. Testamentum, in quo scripta est exheredatio sine causa, vel ex causa legi incognita, non est ipso jure nullum 16
165. In temporibus, quibus cum heredibus extraneis debet esse testamenti factio, nihil erroris commissum est a Triboniano *in* § 4. *Inst. de Hered. qual. & diff.* secus ac Vinnius tit. 19, 2
166. Filiusfamilias, neglecto inventario, non amittit legitimam 6
167. An & Trebellianicam heres extraneus? Utrumlibet 5
168. Infantes & furiosi non possunt hereditatem transmittere ad successores suos, nisi a parentibus ipsis delatam 9 19.
169. Subripiendo aliquid e rebus hereditariis non amittitur jus repudiandi 17
170. Legatum recte definitur, donatio quædam a defuncto relicta, ab herede præstanda tit. 20, 1
171. In legato generis electio est legatarii 18 in fin. sq.
172. Quirem alienam sibi legatam emit, etiam sciens legatam esse, tamen ejus pretium petere potest 6
173. Res legatarii propria non potest ipsi legari, nec peti, licet deinceps alienata 8
174. Rei extra commercium positæ, legatæ, ne quidem æstimatio debetur 9
175. Posthumus alienus tam institutionis heredis quam legati olim incapax fuit 20
176 Jus accrescendi locum habet inter quoslibet conjunctos 26
177. Error nominis proprii non vitiat legatum, secus in appellativo 28
178. Actio personalis de legatis datur adversus singulos heredes pro partibus hereditariis 34 sq.
179. Fructus & usuræ legatorum præstantur a tempore moræ 37
180. Repudiatione prælegatum non amittitur tit. 21, 2 sq.
181. Si ex lata legata vestis sit facta, legatum extinguitur 2
182. Jure etiam novo heres compellere potest legatarios, si quarta salva non sit, ut secum pacisantur tit. 22, 5

183. Ratio

183 Ratio legis Falcidiæ poni debet in singulis heredibus 2 sq.
184 In Falcidiam non computantur ea, quæ jure legati vel fideicommissi ab herede percepta sunt, secus est in quarta Trebelliana 1
185. Filiusfamilias fidei commisso gravatus non potest deducere Quartam Trebellii, præter & supra legitimam tit. 23, 7
186. Fideicommissum perpetuum non extenditur ultra quartum gradum 17
187. Non omnis differentia inter legata & fideicommissa hodie mutata est, ne quidem ad effectum quod attinet tit. 24, 2
188. Mulier non videtur testis in codicillo esse posse prohiberi tit 25, 1
189. Vitium præteritionis aut exheredationis injustæ non potest emendari per clausulam codicillarem, quæ dicitur 5
190. Qui voluit facere testamentum, sed fecit vitiosum, non adjecta clausula codicillari, nihil agit 4
191 In successione ab intestato non attenditur, unde bona venerint, nec in recta, nec in collaterali linea lib. 3 Nov. 118, 2. 9 & 13
192. Liberi fratrum soli ab ascendentibus excluduntur 11
193 Liberi fratrum germanorum præferuntur liberis uterinorum & consanguineorum 12
194. Patruus defuncti & fratris ejus filius una succedunt 14
195 Furiosis & infantibus non semper, qui illis sunt proximi, succedunt lib. 2. tit. 19, 11
196. Successio conjugum non est sublata per *Nov.* CXVIII. lib. 3. Nov. 118, 18
197. Vir inops æque succedit locupleti uxori, quam vidua inops locupleti marito ibid.
198 Obligatio recte refertur ad secundum juris caput, sive objectum, ut loquimur lib. 3 tit. 14, 1
199. Causæ obligationum duæ sunt, contractus & delictum 4
200. Contractus recte in quatuor species dividuntur: contrahuntur enim aut re, aut verbis, aut literis, aut consensu ibid. in fin.
201. Mutuum est alienatio tit. 15, 2
202. Qui plus promisit se redditurum, quam mutuo accepit, ad plus illud nullo modo tenetur 5
203. Condictio certi, quæ datur ex mutuo, non est ei specialis, sed generalis omni contractui, e quo certum debetur 6
204 Depositum non est rerum immobilium 12
205 In rebus commodatis fit æstimatio culpæ, sicut in rebus pignori datis 15
206. Vulgata Lectio *l.* 13. § 1 *ff. de Pignor. act.* rationi juris bene convenit, nec est in textu, quod emendandi operam flagitet ibid.
207. Stipulatio est contractus ipsa origine civilis & Romanus tit. 16, 1
208. Qui factum promisit; præstando id quod interest, faciendi necessitatem evitare non potest 5
209 Stipulatio pœnalis non facit novationem prioris obligationis 6
210. Duo rei stipulandi non habent beneficium divisionis, jure civili tit. 17, 1
211 Correus, toto soluto, non habet actionem adversus alterum correum 2 in fin.
212. Promissio rei turpis ipso jure nulla est tit. 20, 9
213. Minor annis XXV. etiam sine curatore obligatur tit. 20, 5
214. Lex 101. *ff. de Verb. oblig.* ut vulgo legitur, nihil eget emendationis ibid.
215. Alius alii non potest acquirere obligationem 6
216 Qui stipulanti decem, promisit viginti, duntaxat in decem obligatur 13
217. Sponsio de rebus futuris non turpibus obligationi & actioni producendæ valida esse videtur 12
218. In causis criminalibus, quarum pœna cruciatus corporis aut relegatio est, non potest dari fidejussor, nec quidem ad carceres ille se obstringere potest tit. 21, 2
219. Pro naturali obligatione potest intervenire fidejussor & obligatur; imo non potest 3
220 Qui spopondit in majorem summam, quam debet reus principalis, plane non tenetur 4
221. Imo ille tenetur in concurrentem summam ibid.
222. Fidejussor, qui se obligavit, ut principalem, ideo non amittit beneficium ordinis 6
223. Beneficium cessionis, post solutionem factam, non habet amplius usum vel effectum 8
224. Literarum obligatio non sine ratione a Justiniano constituta est tit. 22, 3
225. A contractu emptionis venditionis solo consensu perfecto, non licet alteri, altero invito, recedere, ne quidem cum dispendio arrhæ tit. 24, 3
226 Nec quidem oblato eo quod interest aut duplo, venditor evitare potest tradendi necessitatem 4
227. Rerum, quæ commercio exemptæ sunt, venditio recte consistere & non consistere dici potest 10
228. Periculum rei venditæ necdum traditæ pertinet ad emptorem 9
229. Sed culpam præstat venditor levem duntaxat ibid.
230. Si tertius, in cujus arbitrio pretium a contrahentibus positum est, iniquum dicat, infra duplum tamen, non datur reductio ad arbitrium boni viri 6
231. Permutatio est contractus innominatus 8
232. Locatio conductio requirit etiam, ut merces in sola pecunia numerata constituatur tit. 25, 3 sq. 9
233. Emphyteusis est contractus juris gentium, sicut locatio conductio & emptio venditio 5
234. Locatio conductio non desinit esse talis, eo quod dominium accidit in eo transferri 9
235. Conductor non nisi de levi culpa tenetur 11
236. In societate, quando nihil conventione expressum est, partes intelliguntur æquales & quidem arithmetice tit. 26, 3
237. Quando sociorum alter, solus contulit sortem, alter eam sortem non participat 3 fin.
238. Mandati generalis divisio in simplex & cum libera, non videtur habere rationem t. 27, 1
239. Mandatarius rei illicitæ per imprudentiam excessum in exequendo mandato committens, eo ipso mandantem ordinariæ pœnæ alligare videtur 5
240. Salarium actione mandati nullo modo peti potest 11
241. Mandatarius etiam de levissima culpa tenetur 7
242. Morte mandantis vel mandatarii finitur mandatum 10
243. Negotiorum gestor etiam levissimæ culpæ reus fit t. 28, 2
244 Non solum facti, sed etiam juris error, condictioni indebiti locum facere potest 8

245. Qui

245. Qui solvit quod non debebat vero creditori, potest condicere quod solvit 9
246. In transactione locum habet condictio indebiti, perinde ac in aliis contractibus 12
247. Solutio per partes invito creditori non potest obtrudi t. 30, 3
248. Sed ante diem invito solvi nihil vetat t. 16, 2. t. 30, 3
249. Alius quoque pro alio solvere potest invito t. 30, 3
250. Acceptilatio inutilis jure tamen pacti valet 5
251 Litis contestatio recte novatio dicitur 9
252 E duobus reis stipulandi alter in alterius præjudicium novationem facere potest t. 17, 2
253. Confusione tam naturalis quam civilis obligatio tollitur t. 30, 11
254. Sola oblatio debiti non habetur loco solutionis 14
255. Actio civilis & criminalis de iisdem delictis non cumulantur, sed electa una, consumitur altera l. IV. t. 1, 1
256. Furtum jure naturali recte prohibitum dicitur 4
257. Fur non est, qui vitæ, forsitan & pecudis servandæ causa, rem alienam aufert, sed restituendo quod accepit defungitur 3
258 Rei modicæ furtum quidem fit, non tamen ut criminaliter agatur 8
259. Pœna furti capitalis justo gravior esse videtur ibid.
260. Condictio furtiva datur adversus heredem in solidum 17
261. Eandem non esse e delicto actionem t. 12, 6
262. Actio de vi bonorum raptorum non est levior actione furti t. 2, 1
263. Ob vim a bonis avertendam non licet hominem interficere, pecudem licet t 3, 2
264. Judicia legis Aquiliæ & legis Corneliæ se invicem non consumunt 5
265. De levi injuria non debet neque potest agi criminaliter 7
266. Communicatione panis dominici in Ecclesia non amittitur actio injuriarum 8
267. Actio realis injuriæ perpetua, non annalis est 9
268. Annus injuriæ verbali præscriptus est utilis, non continuus ibid.
269. Ex quasi-delicto filiifamilias pater non tenetur de peculio t. 5, 3
270. Definitio actionis, quæ est in *pr. tit. Inst. de Action.* convenit etiam in rem actioni t. 6, 3
271. Unus casus, quo possessor agit, non est quærendus extra § 1. *d. t.* 6
272. Prætoriæ in rem actiones, quæ referuntur in § 3. *& seq. d. tit.* vere in rem non sunt, excepta hypothecaria 7
273. Vero domino Publiciana actio non datur ibid.
274. Contra titulo possidentem non datur actio Publiciana ibid.
275. Mercaturæ causa absentes restitui posse videntur, quasi reipublicæ causa absentes 8
276. Constitutum est contractus 13
277. Imo non est contractus ibid.
278. Jusjurandum non novatio 15
279. Præjudiciales actiones nec in rem, nec in personam sunt 17
280. Non dantur actiones a parte rei pœnales & altera parte rei persecutoriæ 20
281. Non dantur actiones mixtæ in rem & in personam 22
282. Imo dantur actiones ita mixtæ ib.
283. Dolus dans causam contractui bonæ fidei reddit eum ipso jure nullum 31
284. Cum res deperdita vel deterior facta venit æstimanda, in contractibus bonæ fidei spectatur tempus rei judicatæ, in strictis tempus litis contestatæ ibid.
285. In strictis judiciis usuræ non debentur, nisi ex stipulatione ibid.
286. Pacta in continenti adjecta stricti juris contractibus actionem inde non producunt ibid.
287. Plures actiones pœnales se mutuo consumunt, ubi rem eandem spectant 40 sqq.
288 Rei persecutoria & pœnalis actio se mutuo consumunt 44
289. Rei persecutoria & mixta super eadem re, se invicem non penitus consumunt 45
290. Institores & quicunque rebus alienis præpositi sunt, officio finito non videntur teneri t. 7, 5
291. Actio Tributoria non datur ad petendam divisionem mercium peculiarium 6
292. Actio de peculio non datur de peculio adventitio 7
293. Actio de in rem verso datur, etsi non duret versum 8 fin.
294. Filiusfamilias mutuam pecuniam accipiens & naturaliter & civiliter obligatur 10
295. Idem non potest renunciare Senatusconsulto Macedoniano 11
296. Nulla actio ex delicto, licet rei persecutoria, datur in heredem t. 12, 6
297. Actiones e contractu, etiam ubi de dolo agitur, adversus heredem dantur 6 fin.
298. Exceptiones quæcunque rem feriunt, quavis parte judicii opponi possunt. 4
299. Exceptionis exceptio non datur, & est inventum πραγματικὸς forensis ibid.
300. Interdicta non dantur ex jure aliquo in re constituto, nec unquam in rem actiones sunt t. 15, 2
301. Interdictum uti possidetis non datur heredibus 8
302 Interdictum uti possidetis etiam de servitutibus dari videtur ibid.
303. Interdictum unde vi datur etiam heredibus 12
304. Judex, cui aliter de facto constat, quam ex actis & probatis liqueat, neque secundum suam unius scientiam, neque ex actis judicare potest t. 17, 3
305. Pœna perduellionis ad liberos inique videtur extendi, eo tamen publicatio bonorum patris delinquentis non pertinet t. 18, 4
306. Adulterium a conjugato cum virgine viduave non committitur 5
307. Polygamia in viro non est adulterium, in muliere secus ibid.
308. In sponsam quoque alterius committitur adulterium ibid.
309. Pœna adulterii lege Julia non fuit capitalis 6
310. Qui hominem sica vel gladio in rixa occidit, non est eximendus ordinaria legis Corneliæ pœna 8
311. Uti nec is, qui alium pro alio interfecit ibid.

PRÆLE-

PRÆLECTIONUM
SIVE
EXPOSITIONUM
JURIS JUSTINIANÆI,
PARS PRIMA,
Exhibens Institutiones Imperiales.

Ratio Instituti præsentis. Studium Juris Theoreticum vel Practicum. Historia Librorum Juris. Auctoritas Librorum adversus se invicem. An dentur Antinomiæ. De methodo juris discendi, obiter. Adscritur fides Imp. quod nihil his libris obsoleti contineatur. Quo sensu Institutiones sint totius Juris elementa. Rursus aliquid de methodo. Summa proœmii Institutionum.

COnstitui, in gratiam Auditorum meorum, scientiam Juris Romani meis verbis, ex *diatoις*, hoc est, *Juris*, principiis, breviter & perspicue complecti; hoc ordine, ut primo *Institutionem* Cæsaris succincte exprimam; dein & *Pandectas* ita persequar, ut nihil in Institutionibus dictum repetatur; Quo ita corpus æquabile fundamentorum Juris methodo Justiniani, quam mutare religio est, exhibeatur. Hac via duas res affecto: Primo, ut hi, quos conditio fortunæ festinare jubet, eam Juris facultatem brevi, at nervoso labore adipiscantur, quæ ad applicationem judiciorum valide sufficiat; dein, ut cæteri, quibus altior mens, in tempore, omissis systematum magistris, ipsos artis fontes adeant, totumque Juris Corpus & animam, quæ non nisi pariter se communicant, quærere velint. Puto enim, male eos sibi consulere, qui hoc institutum legendi veteres totos & solos aggrediuntur, antequam systematicæ doctrinæ expromptam memoriam acquisiverint. Dixi alias de hac via copiosius, in *dial. de rat. dis. & doc. jur. subj. Digress. Justin.* Præsentem laborem sic attemperabimus, ut fere nihil sit aliud quam expositio positionum Juris, *ad Institutiones & ad Pandectas*, quibus in auditorio privato jam pridem uti cœpimus. Ergo nunc ordine rem cernamus, exemplo nostri Principis: IN NOMINE DOMINI NOSTRI JESU CHRISTI.

2. (a) Haud absurde Budæus *ad l. 1. ff. de Just. & Jur.* sententias juris ait tradi per *axiomata* vel per *positiones*, vocabulis ex usu, ni fallor, mathematicorum desumptis. Nam axiomata nihil sunt aliud, quam enunciationes nullius indigæ demonstrationis; cujusmodi Plutarchus *in vita Demetrii*, scribit esse postulatum *Principum*, qui imperiis Legum præsidio parum firmatis præsunt, *ut Fratres* suos *liceat occidere*. Nos ratione meliori in hujusmodi axiomatum loco habemus

(a) *Pos. 1. 2.*

Præcepta Juris, *honeste vivere, alterum non ledere, suum cuique tribuere, nemini jus suum auferendum, ne quis re sua male utatur, & similia.*

3. (b) Positiones videntur esse regulæ fundamentales Artis, certæquidem & validæ, sed altioris in legibus & explicationis, veluti definitiones, partitiones & conclusiones inde collectæ. In eo sensu, positionis vocabulo utitur Justinianus, eamque *thesin* interpretatur Theoph. *in § ult. Inst. de Just. & Jure*; quando Juris ajunt duas esse positiones, *Publicum & Privatum*: nempe hæ species, quæ collocantur ut fundamenta detegendi & evolvendi materiam disciplinæ, elegantèr *positiones* appellantur; atque ejusmodi positionibus ars tota comprehendi potest, quemadmodum a nobis jam pridem institutum est.

4. (c) Compertum nobis erat, eaque sententia usu quotidiano magis magisque nobis sedet, hanc rationem collocandi breves & claras positiones Artem totam exhibentes; tam docentibus quam discentibus esse commodissimam, quatenus & solidam expositionis copiam præbent Doctoribus, & facile a discipulis memoriæ mandantur, atque angustioribus ingeniis, quæ magnos rationum discursus non capiunt, intellectum Artis sine ambage suppeditant, validioribus occasionem e paucis multa percipiendi deducendique præstant efficacem. Non possunt equidem rerum omnium rationes hac via declarari; tamen id actum a nobis, ut sententiæ Juris ejusmodi nexu cohærerent, quo non tantum τὸ ὅτι, sed etiam τὸ διότι, causæ quoque rerum vel observari, vel facile monstrari possent.

5. (d) Non desunt clari homines, qui specimina hujusmodi positionum, sed diverso, quam Justinianus, ordine dederint: Vultejus, Altusius, Vinnius *in suis Partitionibus*, alii aliis titulis, quanquam in Academiis non pervicerunt, ut eorum methodus Cæsareæ præferretur; non sine gravi causa: Nam etsi fatendum est, ordinem Justinianæum in Pandectis potissimum, non esse talem, quin melior & Artis professione dignior institui posset, tamen qui operam ludere nolunt, si primo statim aditu librorum Juris ut siti sunt, compendium animo condere debent; nam, si primo systematicos novos ediscant, dein libros Justinianæos tractare cœperint, hæc methodi diversitas fieri non potest, quin confusionem memoriæ neque minus judicii pariat.

6. (e) Constitutum nobis est, ut modo diximus, collocare fundamenta Juris universi, primo, quod est in Institutionibus totum, dein quod in Pandectis occurrèt diversum a positionibus Institutionum, cujus rei in principio *Pandectarum* ratio exactior erit reddenda. Profitemur universi juris notitiam, non modo quod etiamnum obtinet, sed etiam quod desuetudine inamboratum est; quatenus illud sine hujus summaria intelligentia minus recte percipi potest. Nam hactenus discriminis ratio nobis constat, quod iis, quæ juris antiquati sunt, minus prolixe immorandum putamus, eaque tantum ὡς ἐν παρόδῳ atque *in transitu* contrectamus, admonitis de usu diverso temporum auditoribus; Etiam de iis, quæ in capitibus, quorum usus adhuc in ipsis rerum argumentis obtinet, aliter a pragmaticis scriptoribus, inque foro, quam incorrupta juris monumenta ferunt, accipiuntur. De Praxi universa loquimur, non de moribus singularium locorum, de quibus agendi finis non esset. *Frisia* tamen instituta discrepantia a Jure Romano quandoque commemorabimus, cum quia pauca sunt, tum quod eadem, quæ hoc a jure Cæsaris abeunt, ubique fere per *Europam*, quæ Romanas leges agnoscit, haud dispari modo se habent.

7. (f) Non pollicemur infinitionem Controversiarum, sed fundamenta causasque juris certi, & tamen, quia optimum factu est, disputandi argumenta, sive defendas, sive quid oppugnare velis, ex originibus rationibusque. Juris certi petere, ut in quotidianis exercitationibus demonstrare non desinimus, operam quicquid dedimus, ut hæ positiones ita conciperentur, quo semina quæstionum seu controversiarum decisionumque sic iis inessent, ut facile detegi atque produci queant, adeoque nulla facile celebrior occurrat disputatio, quæ non hoc breviter valideque collocata sit. Observationes equidem historicas humaniorumque literarum, non capiebat hujus instituti modus, ideoque eas in Digressionum opus solum pridem secrevimus. Ipsam institutionem a propriis suis principiis educi oportere credidimus; non omissis tamen ex historia vetere, Philosophia morali, subinde quoque e Philologia, quæ ad intellectum Artis requiri videbantur.

8. (g) Jurisprudentia sine dubio Practica disciplina est; nec tamen absurde studium ejus Theoreticum vel Practicum dixeris; quorum illud in scholis, hoc in foro tractatur: illud in cognitione, hoc in applicatione consistit. Jus novit, qui

(b) *Pos. 3. & 4.* (c) *Pos. 5.* (d) *Pos. 6, 7.* (e) *Pos. 8.* (f) *Pos. 9.* (g) *Pos. 10, 11, 12. ad præm.*

scit

feit leges earumque quæstiones, rationes & conciliationes, *l. 17. & seqq. de LL.* Applicat jus, qui de singulis facti speciebus, quid ex legibus statuendum sit, judicat. Cognitio ex libris a Justiniano editis petenda est. Hic enim, quod Cæsar Dictatora cogitavit de jure civili, teste Sueton. *in ej. vit. c. 44.* quod Hadrianus perfecit in Prætorio, feliciter absolvit in utroque, ut ex immensa multiplicis Juris mole pauca & probatissima seligeret, eaque in certos conferret libros, qui hodie quatuor extant: *Institutiones, Pandectæ, Codex,* & *Novellæ.* His jungenda *Statutorum*, quæ in sua cujusque patria sunt, notitia, magis in foro quam in Schola; nec tamen ea cognitio non facit partem Theoriæ potius quam Studii practici: nosse Leges non potest non esse theoreticum, ut diximus: applicationem ad omnigenas facti species, quæ praxeos est, hic perinde usu venire, manifestum est: Nec enim, quia discrepat ab Arte Justiniani, ideireo notitia Juris hodierni magis quam Antiqui Juris studium, a justi injustique scientia separanda erat.

9. (h) Omnium primo Justinianus, altero Imperii sui annò, æræ Christianæ 528. componi jussit Codicem antiquum, in quo collectæ fuerunt Constitutiones Principum, qui ab Hadriano ad sua tempora floruerant. Hic anno sequenti est editus. Mox anno 530. compilari jussit *Pandectas*, quæ sunt excerpta e commentariis Jurisconsultorum, qui præcipue sub Antonino Cæsaribus scripserunt. Editæ sunt anno 532. die XVIII. Xbr. cum paucis ante diebus essent promulgatæ Institutiones, ut liquet e subscript. *Proœm. Inst. & subscr. l. 2. C. de Vet. Jur. enucl.* Compositæ tamen sunt Institutiones post Codicem & Pandectas, ut idem scribit in *§ 2. & 3. Proœm. Inst.* Dein Codicem recognovit multisque locis emendatum & auctum dici voluit *Codicem repetitæ prælectionis*; qui exiit anno 534. Exinde prior Codex neglectus periit, & hoc repetito utimur. Postremus omnium liber *Novellarum* prodiit, in quo multa reliquorum librorum mutata videmus.

10. (i) Nam sciendum est, leges librosque posteriores derogare prioribus, *l. ult. D. de Constitut. Princip.* Unde & Codex Pandectis prævalet in his, quibus dissentiunt. Nam Constitutiones Imperatorum recentiores sunt Jurisconsultorum commentariis, & tempore pleræque & genere doctrinæ; Unde & Jus Pandectarum passim vetus & antiquum appellatur, *d. §. 2. Proœm. Inst. § 1. de confirm. Digest.* Quin & illa, quæ ex veteri Codice sunt transcripta & ante Pandectas promulgata, sæpe tamen his derogant. Exempl. sint tituli Codicis de *bonis maternis*, de *bonis quæ liberis*; nam bonorum maternorum atque adventitiorum proprietas, in *illis titulis* addicitur liberis, qui in potestate Patrum sunt, quæ in Pandectis pleno jure Parentum erant, *l. placet. 79. ff. de acquir. hered.* confer. *l. 12. C. de Sentent.* cum *l. 58. D. de re judic.* ubi, olim sententiæ tantum latine, hodie quoque græce proferri possunt. Item *l. 1. §18. & 19. D. de collat.* cum *l. ult. C. cod.* ubi, olim adventitia bona conferebantur, hodie non conferuntur. Leges istæ e Codice allegatæ, sunt e Codice antiquo sumptæ, ut e subscriptionibus apparet, & tamen continent Jus recentius Pandectis. Factum id Compilatorum incuria, dum quæ pridem per Constitutiones erant abolita, Pandectis inseruerunt. Plura dicentur hac de re *ad tit. ff. de orig. Jur.* Quin & Institutiones mutant Pandectas, quoties palam est, jus novum in illis memorari; at cum simpliciter, ut plerumque fit, e veteribus libris describuntur, si qua tum sit a Pandectis discrepantia, fatendum est, hanc esse contrarietatem: Nisi dicere malis, Institutiones, quatenus e Pandectis sunt desumptæ, his cedere debere, tanquam auctoritatibus sive *authenticis* suis, extra quam, si manifestus est Cæsar abrogationis; tum, inquam, *Pandectæ potius prævalebunt.* Qui in Germania positiones nostras edidit, *cum scholiis suis, D. Christianus Thomasius*, modestia doctrinaque sua meruit, ut eas heic inseremus, additis, ubi res postulat, responsionibus nostris. Is ad hæc ultima verba sic notat;

SCHOLIUM.

Casum vellem adduxisset Autor. Forte respexit ad § cum ex aliena. Inst. de R. D. & l. 7. §7. de A. R. D. neque sic tamen dixerim, Pandectas prævalere; sed potius Institutiones heic erunt ex Pandectis supplendæ. Ergo ego potius dicerem, semper Institutiones tanquam posteriores derogare Pandectis, modo de contrariatione constet.

RESPONSIO.

Ratio prius reddenda fuerit dicti nostri, quæ hæc est, quod Institutiones sint compendium ex latioribus Digestorum libris & ex Codice desumptum; quod ubi simpliciter sine ullo mutationis instituto fit, resultat, ut authenticorum major sit fides quam exemplari, & discrepantia tunc ab errore contrahentium esse videatur, arg. l. 2. de fid. Instrum.

(h) *Pos. 14.* (i) *Pos. 15. 16. 17.*

ſtrum. l. 3. C. de diverſ. reſcr. & pragm. ſanct. *Exemplum ſatis idoneum in* ſcholio *allegatum eſt ; nam excuſſio frumenti ex alienis ſpicis ponitur ut caſus ſpecificationis* in § 25. Inſt. de R. D. *negatur eſſe ſpecificatio in* l. 7. § 7. de A. R. D. *quæ ſunt contrariæ poſitiones. Alia vid. apud A. Matth. coll.* Inſt. 2. diſp. 1. th. 2. *Id facile concedimus, cauſam, qua Pandectæ præferantur Inſtitutionibus, hanc eſſe, quod pleraque res in illis plenius & accuratius tractantur & explicantur ; ut ſententia ſcholii & noſtræ poſitionis hoc modo a conciliatione non abhorreant.*

N. ADDIT.

Bonum factum, bonum omen. Prima reſponſio Autoris conciliationem intendit, non pugnam. Nec repugno. Si enim expoſitionem mentis ſuæ Autor in poſitionibus, imo in ipſis prælectionibus, (uſus enim tum ſui editione prælectionum ad Inſtituta, quæ prodiit anno 1673. in qua plane nihil de hac quæſtione extat) tam perſpicuam feciſſet, ut hoc loco, etiam mihi Scholion ſuperfluum fuiſſet viſum. In mea vero theſi reſpexi potiſſimum ad exemplum, quod eſt in § ſi quis in aliena. 34. de R. D. *junct. l.* in rem. 23. § ſed & id quod. ff. de R. V. *& ſimilia, ut tum v. g. quis non putet, Pauli locum prævalere Inſtitutionibus, aut textus digeſtorum, ut eos cum Inſtitutionibus conciliet, torqueat contra leges bonæ Interpretationis, uti etiam illi textui Paulino a non paucis factum.*

11. (k) Antinomias autem, hoc eſt, leges contrarias, negat Imperator extare in ſuis libris, utique iisdem, *l. 1. § 8. l. 2. in princip. C. de Vet. jur. enucl.* & e re foret jurisprudentiæ, credi nullas dari ; vix tamen eſt, quin aliquæ, licet paucæ, relictæ videantur, quibus nullum ingenium ſufficiat conciliandis. Ipſe etiam Cæſar hac parte ſibi diffidere videtur *in l. 1. § 4. l. 2. § 14. & 16. & l. 3. § 15. eod. tit.* Eligamus igitur ἀριστοτελικῶς mediam ſententiam, nec multas *dari*, *nec nullas* : Non *nullas*, ne τῶν ἀδυνάτων ἐρᾷν, *impoſſibilia* conari videamur ; *nec multas*, ne Artem & fidem Cæſaris proſtituamus, monitúnque ejus, quo ſubtili mente differentias cauſarum indagemus, potius diligenter cuſtodiamus.

12. Ex his libris petenda civilis ſcientia. De methodo ſi quis roget, initium haud dubie ab Inſtitutionibus faciendum ; in quo felices prædicantur Juris Studioſi, quod prima legum cunabula ab Imperatoris ſplendore percipiant, § 3. *d. proœm.* & habent hæc præ auditoribus aliarum artium, qui omnes novitiis inſtitutionum manualibus utuntur ; Noſtrarum idem eſt Autor, qui univerſæ diſciplinæ ; quod magni refert, fonti quam rivis primo eſſe imbutum. Methodus alioquin eſt optima ſine dubio, quæ ſimpliciſſima ; & eſt ſimpliciſſima, quæ ordinem ab juris conditoribus ſervatum boni conſulere quam aliis inſueſcere mavult.

13. (l) Sunt Jurisconſulti, quibus pulchrum videtur, nævos Artis, ſi qui ſint, in lucem protrahere ; quos & hoc obſcientes videas Imperatori, quod falſo prædicet, nihil inutile aut obſoletum in Inſtitutionibus contineri, § 3. *d. proœm.* multaque ut antiquata ex iis colligunt ; ſed nullo merito ; aut enim diu poſt editas Inſtitutiones ea ſunt abrogata, ut quæ de ſucceſſione ab inteſtato referuntur in *lib. 3.*, aut præmittuntur ὡς ἐν προθεωρίᾳ, ſicut loquitur *Theophil.* ut illuſtretur jus novum, quod ſæpe aliter intelligi nequit, ut exemplo fideicommiſſorum hiſtoriæ liquet, in *tit. de fideicommiſſ. hered.* idque aperte Juſtinianus profitetur § 5. *d. proœm. Diſſ.* A. Matth. *diſp. 2. fundam. jur.* Willenbach. *ad hoc proœm. th. 6.*

14. (m) Quod autem Inſtitutiones *totius legitimæ ſcientiæ prima elementa* dicuntur § 4. *d. proœm.* id de plerisque ſciru maxime neceſſariis, non de omnibus Juris capitibus intelligendum, ut ex collatione Pandectarum & Codicis liquet. Quin & in Inſtitutionibus reperiuntur, quæ neque in Codice nec in Pandectis extant, ut de inventione Codicillorum, *pr. Inſt. de codicill.* de tribus generibus teſtamentorum, § 1. *de teſtam. ordin.* catalogus actionum bonæ fidei, aliaque pauca, de quibus Cujac. *l. 11. obſerv. 36.*

15. Quæ præterea in ſuo Proœmio Juſtinianus præfatur, illic legi poſſunt. Summaria ſunt hæc ;

16. Primo, theſis collocatur hæc ; in Principe requiritur, ut ſit ἀμφότερον, Βασιλεὺς ἀγαθὸς, κρατερὸς τ' αἰχμητής. Prudentia duplex, belli & pacis, *in pr.*

17. Hanc Juſtinianus præſtitit, devictis barbaris atque editis legum libris, § 1.

18. Hi ſunt, Codex antiquus primo, deinde Pandectæ, § 2.

19. Tertio Inſtitutiones, § 3. in quatuor libros diviſæ, § 4. & compendium juris antiqui novique exhibent, § 5.

20. Neque tantum præbent ſcholaſticæ inſtitutionis uſum, ſed & legum vim plenam obtinent in foro, § 6.

21. Subjicitur adhortatio ad ſtudium juris alacre, ſpe præmiorum ampliſſimi.

(k) *Poſ. 18.* (l) *Poſ. 19.* (m) *Poſ. 20.*

T : T.

Tit. I
De Justitia & Jure.

Methodi ratio. Definitio Justitiæ explicata. Divisio Justitiæ secundum diversitatem juris tribuendi. Vulgata divisio in universalem & particularem examinatur. Jurisprudentia finitur & definitio explicatur. Item jus, quot modis potissimum accipiatur. Ratio docendi juris in Principio. De tribus Juris Præceptis. Divisio Juris; In naturale & positivum &c. In Publicum & Privatum. Quare hæc divisio præcedat eam, quæ est in tit. seq.

(a) CUm Jus ex Justitiæ fonte manaverit, eademque sit finis juris supremus, tam *intra* Artem, ut secundum eam leges condantur, quam *extra* illam, ut cives ad justitiæ regulam actiones suas instituant; ordine facit Justinianus, quod eam primo loco finivit. Ita enim in disciplinis, quas appellamus Practicas, fieri solere accepimus, ut a fine ad media progrediamur, sicut in Ethicis primo de summo bono, tum de virtutibus, quibus illud adsequamur, agi videmus; hanc methodum vocant *analyticam*. In aliis artibus a simplicibus ad composita procedimus, ut in grammatica primo de literis, a literis ad syllabas procedimus, a syllabis ad integra vocabula eorumque etymologiam, exinde ad compositionem periodi integræ pergunt Magistri. In physicis inde a primis rerum initiis ad mixta corpora, tandemque ad universum mundum; hæc est, sicut ajunt, methodus *synthetica*.

2. *Justitia*, inquit Justinianus, *est constans & perpetua voluntas jus suum cuique tribuendi. pr. h. t.* Voluntatem recte capies in sensu populari, pro consilio & proposito. Communiter metonymice pro voluntatis habitu accipitur; Sed quid opus tropo, vel lite, cum Philosophorum illis, qui virtutis sedem in appetitu, non in voluntate collocant, ut disputat quasi & contra nos Piccolomin. *gr. Philosoph. 4. cap. 12. Constans & perpetua* dicitur ex mente Veterum Philosophorum, qui sapientem ἀναμάρτητον, peccati expertem volebant. Etiam Cicero *1. de Legib.* virtutem appellat constantem & perpetuam rationem vitæ, nec aliter Aristoteles *ad Nicom. 3. & 4.* Nos, qui scimus, justum cadere septies, non male sensu Christiano dicemus, Justitiam ita finiri generaliter, qualis esse debet, non cujusmodi in singulis hominibus esse solet; vel dic, constantiam affectu, non effectu, semper in sapiente reperiri, Justus aberrans ἀδικεῖ μὲν, ἄδικος δὲ οὐκ ἔστι, agit quidem injuste, at injustus non est, Arist. 5. *Nicom.* 6. Quid *constans & perpetua* differant, *vid. l. 1. Digest. c. 7.*

3. (b) *Jus*, quod Justitia cuique tribuit, est duplex; Unum, quod plene & perfecte nobis competit; veluti quod in dominio & in credito est, nec non pœnæ delictorum; alterum, quod imperfecte & probabiliter ad nos pertinet; veluti præmia ad bene merentes, honos ad digniores, stipes pauperum. Prior species, quæ ad hanc artem præcipue pertinet, dicatur *Expletrix*, altera sit *Attributrix* Justitia. Grotius hos terminos invenit, opinor, *lib. 1. de Jur. Bell. & Pac. c. 1. § 8.* tametsi doctrina est veterum. Nam Cicero nihil aliud voluit, quando Justitiam esse dixit, quæ cuique jus suum & dignitatem tribuit, *2. de Invent. & 3. ad Herenn. a pr.* Per jus intelligit facultatem perfectam aliquid habendi agendique; Per dignitatem ea, quæ se quisque probabiliter mereri putat, exigere tamen non potest, qualia & Aristoteles ad ἀξίαν refert, 5. *ad Nicom. 1. & 2.*

4. Nescio, an per hanc divisionem carere liceat distinctione Aristotelica Justitiæ in universalem & particularem; quæ sine divisionis proprietatem tueri non potest; Etenim universalem Philosophus 5. *ad Nicom. 1.* ait esse ὅλην τὴν ἀρετὴν, *virtutem in genere*, vel saltem exercitium virtutis universæ, τελείας ἀρετῆς χρῆσιν: particularem, quæ cohibet τὴν πλεονεξίαν, id est, cupiditatem habendi plus quam ad se pertineat. Non potest esse divisio, cujus una species sub se continet alteram. Sed hac partitione in *Expletricem* & *Attributricem* bene planeque exposita, videbimus equidem, plerasque virtutes in Justitia exerceri & in plerisque coerceri πλεονεξίαν, modo hoc vitium non spectet duntaxat τὴν ἡδονὴν τὴ κέρδους, *lucrum pecuniarium*, ut vult Aristoteles, sed omnem malam cupiditatem, quæ alterum in qualibet re quovis modo lædit. Simul evanescere videtur distinctio commutativæ ac distributivæ Justitiæ, proportionisque Arithmeticæ & Geometricæ. Non quod illa falsa aut inutilia sint, verum

(a) *Pos. 1. 2. 3.* (b) *Pos. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11.*

quod hæc divisio clarior & simplicior, & efficacior ad docendum videatur. Tu vide sis positiones *ad ff. h. th. 4. & seq. &c.*

5. (c) Jurisprudentia, quæ a Justitia oritur, eoque tendit, est *divinarum atque humanarum rerum notitia, justi atque injusti scientia*, § 1. *h. t.* Res divinæ & humanæ non omnes, nec absolute huc referuntur; sed verba *justi & injusti*, cum prioribus jungenda sunt, ut intelligas, *quatenus* in illis quæritur de justo & injusto; veluti, an res sacræ, sanctæ, religiosæ possint alienari; quid juris habeat Ecclesia in Republica; an hæreticos punire liceat, & similia. Hoc modo intelligimus, etsi hic definitiones duæ cumulari videantur, esse tamen unam eandemque definitionem, quæ genere differentiaque sua constat, ita ut genus sit, *divinarum atque humanarum rerum notitia*; differentia in his verbis, *justi atque injusti scientia*, intelligatur.

6. Videmus, Jurisprudentiam sæpe Jus dici, ut hac *Rubrica, junct.* § 1. & 3. Proinde nota sis, Juris vocabulum pluribus modis dici. 1. Significat qualitatem moralem aliquid juste habendi aut agendi: Ita *jus* modo collocatum est in definitione Justitiæ. 2. Significat id, quod æquum & bonum est, *l. pen. D. de Justit.* Idem est quod Lex latissime sumpta, quæ est Regula actuum moralium obligans ad id quod rectum est, Grot. *d. cap.* 1. § 9. 4. Denotat Artem boni & æqui, hoc est disciplinam, quæ dat præcepta servandæ justitiæ. Hoc sensu coincidit Jus cum Jurisprudentia; Proinde & hæc est *Ars boni & æqui, l. 1. in pr. D. de Justit.*

7. (d) Institutionibus ediscendis Imp. vix ultra semestre tribuit, § 2. *proœm. Dig.* in quibus vulgo proram & puppim studiorum collocant. Id dubio procul est, primo levi & simplici via, tum ad difficiliora progrediendum, § 3. *Inst. de J. & J.* Proinde qui tyrones prolixis ἀναγωγαῖς & antimoniis distrahunt, male de iis merentur, nec fuaterim Titulis de Verborum significatione & de regulis Juris initio memoriam onerari; quia concisi textus ignaris terminorum juris cum fructu vix leguntur, sed optime singulis Artis capitibus applicantur. Cæterum, prima Institutionum lectione fundamenta Juris exacte ponenda, omitti disputationibus, quæ secundis curis modice discutiantur, non conquisitis pro & contra, ut ajunt, ratiunculis, aut legum ἀντιφάσεσι vixis, quo nihil inutilius; sed quæ ex ipsis erutæ principiis, fundamenta Artis stabiliant & illustrent. Ea quidem præsentis nostri conatus erit ratio: τῶν μὲν βαθυτέρων ἀπεχόμενοι ζητημάτων: τῶν δὲ ἁπλουστέρων συμμέτρως ψαύοντες, ut ait Porphyr. εἰσαγ. *princ. Altioribus quidem abstinendo quæstionibus, simpliciora vero convenienter exequendo.* Sic tamen, ut passim, non τὸ ὅτι tradere contenti, etiam τὸ διότι causasque rerum indagare studeamus.

8. (e) Præcepta Juris tria collocantur *in* § 3. *h. t.* Scilicet, *honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere.* Primum non modo est regula vitæ, sed etiam indicat propositum Juris Conditorum, quod nihil in Arte bonis moribus adersum tradere velint. Unde rerum inhonestarum nulla obligatio, nulla facultas, *l. 57. π. Pro socio. l. 126. cum ll. seq. de V. O.* Pulchre Papinianus, *Quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, & ut generaliter dicam, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est, l. 15. de Condit. Inst.* Reliqua duo exprimunt officium hominis justi, & si rem expendas, ferme eodem redeunt. Tullius pari modo loquitur in *l. 2. off. c. 31.* Fundamentum justitiæ primum est, ne cui noceatur, Item *tueri homines, l. 1. c. 157.* Rursus, *non violare homines, l. 2. c. 99.* An autem ars nostra hæc præcepta ubique præstet atque custodiat, alia & prolixa quæstio fuerit, quam heic pluribus exequi nihil attinet; quando & capita juris, de quibus hoc problema ventilatur, hæc initia discentibus adhuc incognita sunt. Proinde suis quæque locis, ubi res ferret, examinentur. Tu vide sis *Part. 2. Digress. lib. 1. cap. 2. & seqq.*

9. (f) Sequuntur species Juris, quas Imperator *positiones* vocat, § *ult. h. t.* & primo quidem duas ponit, Publicum jus & Privatum. Etsi contentus esse poterat Juris studiosus, intelligere partitiones Justiniani, tamen ut melius impleat officium Artis, quæ res divinas & humanas profitetur, haud abs re erit, divisiones Juris altius paulo repetere, fere sicut in scholis usurpantur. In summa jus est *Naturale* vel *Positivum*; illud, quod cum hominibus natum: hoc, quod inter homines *positum* & constitutum est, aliter *voluntarium*. De naturali agetur in *tit. seq.* Positivum, sive voluntarium est, vel divinum vel humanum. Prius, quod a voluntate divina originem habet.

(c) *Pos.* 13. 14. 15. (d) *Pos.* 16. 17. (e) *Pos.* 18. 19. (f) *Pos.* 20. 21. 22. 23. 24. 25.

Est-

Essque vetus aut novum. Vetus Hebræis per Mosen a Deo præscriptum fuit. Novum habemus ex ore Christi & Apostolorum; nam & hi in nomine & spiritu Domini sui juris auctores cognoscuntur; juxta Paulinum illud, τοῖς δὲ λοιποῖς ἐγὼ λέγω, οὐχ ὁ κύριος, *Reliquis ego, non Dominus dico*, 1. Cor. 7. v. 12. scilicet ea ratione, quam præfert *in fin. d. cap.* δοκῶ δὲ κἀγὼ πνεῦμα Θεοῦ ἔχειν, *puto me spiritum Dei habere.*

SCHOLIUM.

Ad hæc verba; *vetus aut novum.* Ita & *Grotius l. b. c. 1. sed novum Theologi nostrates non agnoscant, quia Christus non venit, ut legem tollat, sed ut eam adimpleat. Mallem autem in divisione legis divinæ ita procedere &c.* quæ huic referre nihil attinet.

RESPONSIO.

Credo, nullum esse momentum discriminis inter Theologos nostrates & vestrates. Nos vetus & novum jus eodem fere sensu intelligimus, quo testamentum vetus & novum, fœdus antiquum & novum; quod revera est idem; nec enim plura testamenta condidit Deus per Christum, & fœdus gratiæ est idem cum Abrahamo, cum Mose, cumque fidelibus post Christum, etsi œconomia distinctum, unde veteris novique discrimen. Quid? quod Dominus JESUS ipse jura sua *nova* laudat; ἐντολὴν καινὴν δίδωμι ὑμῖν, do vobis præceptum novum, Joh. 13. v. 34. Idem alibi, Audivistis dictum esse veteribus; ego vero dico vobis &c. Jus vetus *ipse scholastice in morale, forense & cærimoniale distinguit; horum duas species fatetur esse obsoletas, ergo jus Mosaicum recte* vetus *appellatur, cujus duæ partes sunt abolitæ; cum juris Christi, quod in charitatis exercitio totum est, nulla pars obsoleverit. Tale vero novum jus, quod animos obliget, quam lex antiqua moralis obligavit Hebræos, hodie non dari concedimus;* etsi Grotius *inde forsan non est alienus.*

N. ADDIT.

Par est, ut Autori reddatur, quam in responsione ad præcedens scholium exhibuit, humanitas. Sentiet hac ejus explicatione admodum ita, nullam amplius inter me & ipsum esse dissensionem. Præterea cum circa divisionem legum divinarum sententiam meam tum temporis in dicto Scholio propositam jam mutaverim, vid. observ. select. Halens. Tom. VI. observ. 27.

Porro jus vetus est vel morale vel cærimoniale; hoc typis Christi constabat, quos huic cruci adfixit, προσηλώσας τῷ σταυρῷ, ut Apostolus efficaci figura loquitur *ad Col. 2. v. 14.* cum enim hæ fuerint umbræ corporis Christi, per hujus ἀνάστασιν & existentiam corporalem, atque passionem, quam figurabant, evanuerunt.

SCHOLIUM.

Hic sub voce moralis *Autor etiam forense includit, contra usum consuetum Theologorum.*

RESPONSIO.

Verum est, communiter jus Mosaicum in tres species distingui, morale, cærimoniale, politicum: quæ terminis cum sint ἀδέσποτοι, commenta scholæ, nulla religio fuit διχοτομεῖν, eademque sententia duas facere species summas, morale & cærimoniale, politicum sub morali comprehendentes, ut habet notissima locutio, qua non modo Ethicam, sed etiam Politicam & Jurisprudentiam vocamus doctrinam moralem, *maxime cum id ita in omnibus aliis gentium legibus usu veniat,* ut ex sequentibus apparet.

N. ADDIT.

Nec hic est, quod contra Autorem pugnem, qui responsione sua non habuisset opus, cum scholium meum non intenderit ejus censuram, sed explicationem. Et notum est, quid ipse de communi divisione legis divinæ in moralem, cerimonialem & forensem sentiam, ex dissert. de crim. bigamiæ & lib. 1. Instit. Jurispr. divinæ.

Morale jus Mosaicum, est vel commune cum aliis gentibus, vel proprium Judæis, sicut *omnes populi, qui legibus & moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur, ait Imperator in* §1. *tit. sequ.* Communia moralia sunt in decalogo, si quartum præceptum excipias. Propria sunt politica & ad statum Reipubl. Hebræorum inflexa. Communia sunt perpetuæ obligationis, non quatenus sunt leges proprie; nam harum politica ratio & obligatio est; sed quatenus eorum argumenta nobis hodieque conveniunt. Sabbathum excepimus, non quod infinitam disputationem de religione Sabbathi nostram faciamus; sed quia palam est, illud præceptum non fuisse applicitum omnibus populis, ut reliqua præcepta. Loquatur Augustinus; *In illis igitur decem præceptis, excepta Sabbathi observatione, dicatur mihi, quid non sit observandum a Christiano? de Sp. & lit. c. 14.*

Ita divinum jus dividitur. Humanum est vel gentium

gentium vel civile, de quibus speciebus locus erit agendi *tit. seq.*

SCHOLIUM.

Hanc opinionem & Grotius lib. 1. c. 1. & D. Rachelius dissert. peculiari de jure Gentium *defendit. Nos vero cum Dn. Pufendorffio jus Gentium pro specie juris Naturæ agnoscimus.*

RESPONSIO.

Egimus hac de re in lib. 5. Digress. cap. 9. ubi in fine *dedimus exempla juris Gentium, quæ ad jus naturæ commode referri non possunt: ut res alibi judicatæ in alienis territoriis effectum habeant, ut contractus vel testamentum uno loco recte celebratum, alibi contra leges locorum, valeat, utilitas communis gentium introduxit, penitus tamen a jure naturali remotum esse videtur.*

N. ADDIT.

Sed ipse tamen Autor in allegato Digressionum loco § 3. satis perspicue asseverat, quod non amplius audeat, se de jentiente a Pufendorffio profiteri. Igitur & hoc loco inter nos non erit dissensus. Quod vero exempla in hac responsione allegata concernit, ad ea facile responderi poterit, notando variam homonymiam juris Gentium. Vide latius dicta alibi in Instit. Jurispr. div. lib. 1. c. 2. § 101. seq. & in Fundam. juris nat. & gent. l. 1. c. 5. § 65. seq.

10. (g) Redeamus ad divisionem Justiniani; Publicum jus est, quod ad statum rei Romanæ spectat. *Status rei Rom.* est idem quod Respubl. quæ nihil est aliud quam τάξις πολεως, Arist. 3. *Polit.* 4. quod Tacitus vertit, *status civitatis, 1. annal.* 4. Consistit in sacerdotibus & Magistratibus ordinandis, *l. 1. § 2. D. de Justit.* hoc est, in rebus ad functiones eorum pertinentibus; Prorsus, ut hodie dicimus, Jura imperii esse vel sacra sive Ecclesiastica, vel Civilia, ut plerique Juris Publici Scriptores capita Majestatis partiuntur. Maxime tamen in Civilibus jus publicum utique nostrum versatur, hoc est, in omni administratione pacis & belli, quæque plura ferunt Consultoria summarum potestatum. Jus privatum est, quod ad singulorum utilitatem pertinet, atque consistit in forensibus controversiis de meo & de tuo. Hoc ipsum crebro publicum jus vocatur, *l. 38. D. de pact. l. ult. de fuis & legit. hered.* quatenus *publice* omnibus patet omnesque obstringit, *l. 8. D. de Legib.* Sueton. in *Aug. cap. 10.* Ratione igitur auctoritatis, usus & obligationis, conveniunt privatum jus & publicum. Differunt ratione objecti, quod hic est *publica res*, ibi privatum patrimonium. Eleganter hoc discrimen elucet in Tutela, *l. 9. D. de his, qui sui vel al. jur.* ubi tutela publicis muneribus adscribitur, juncta *l. 6. § 16. de Excus.* ubi negatur esse Reipublicæ munus.

11. (h) Cæterum, esse jus publicum speciem juris civilis, definitio arguit; quamquam aliud est publicum, quod inter diversi populos intercedit: obtinet, de quo nos exile specimen alibi dedimus *libris de jure Civitatis.* Sed quamobrem tredecim Imperator hanc divisionem ante positiones juris Gentium & Civilis, quæ mox sequentur? Quia Cæsar in his libellis tantum de jure privato agere volebat. Ideo mentione juris publici primo loco facta, hoc commode a tergo relinquit; ut de privato continua dictione uti queat. Consequenter jus privatum ait esse collectum e naturalibus præceptis, aut Gentium, aut Civilibus; non quod de jure publico id neget, verum quod nihil attinebat, de eo hoc ingeminare, quod jam transmiserat.

TIT. II.

De Jure Naturali, Gentium, & Civili.

Definitio Juris Naturæ Justiniani explicata & vindicata. Jus Gentium definitur & dividitur. Jus Gentium primævum idem cum jure Naturæ, ejusque repetita definitio. Juris Civilis definitio & a jure municipali distinctio. Juris Civilis divisio prima. Altera. De Lege, Plebiscito, & Sto. De Principum Constitution. De Præt. Ed. & resp. Prud. Juris non scripti divisio & requisita. Mutabilitas & Immutab. juris. Deque objectis ejus.

(a) JUs Naturæ ait Imperator esse, quod Natura omnia animalia docuit, in *pr. h. t.* Idemque callidus Philosophiæ tradit Ulpianus in *l. 1. § 3. Dig. h. t.* Non puto id velle Viros sapientes, quod omnes in illis rident; bruta jus capere, quæ Hesiodus ait

(g) *Pos. 26. 27. 28. 29. 30.* (h) *Pos. 31.* (a) *Pos. 1.*

Γ' σθένος

Ἐσθέμεν ἀλλήλους, ἔτει ἐ δίκη ἐςὶ μετ' ἀυτῶν. *Ipsa suos comedunt, quia nullo jure reguntur.*

Sed jus Naturæ vocant illa principia, quæ natura nobis induit inolevitque, dicta veterious τὰ πρῶτα κατὰ Φύσιν, *Prima Naturalia*, de quibus dixerit Taurus apud A. Gell. *l.* 12. *c.* 5. & ex quibus animal, simulac natum est, fertur ad conservationem sui, tam bestia quam homo, ut Tullius 3. *de fin.* copiose docet; quo pertinet procreatio, amor & educatio sobolis, defensio sui, studium libertatis & similia. Nam ex hisce principiis, quatenus bestiis etiam conveniunt, ducuntur rationes, quæ faciunt Juris conclusiones; Quarum exemplum dedit M. Tullius in defensione Milonis, quem ideo Clodium jure cæcidisse contendit, quia corporis sui tuendi causâ eum percusserat, secundum *Legem non scriptam, sed natam, quam ferus Natura ipsa præscripsit.* Videmus illas regulas, quæ & quatenus cunctis animantibus sunt communes, juris habere effectum inter homines; Hoc sensu jus sunt. Ipsa bruta non exercent jus, nisi quatenus μιμήματα τῆς ἀνθρωπίνης ζωῆς, *imitamenta vitæ humanæ*, juxta Aristot. 9. *hist. anim.* 7. & simulacra virtutum, Cic. 2. *de finib.* illis adscribuntur. Cum tali abusu, mente tamen paulo diversa, dixit Cæsar in *fine pr.* cætera quoque animalia istius juris peritia censeri, ex *d. l.* 1. § 3. *in fin.*

2. (b) Jus Gentium est, *quod Naturalis ratio inter omnes homines constituit*, § 1. *h.* Hoc igitur ita est hominibus proprium, ut brutis ne quidem imago ejus & τὸ materiale, ut ita loquar, adscribi possit. Paulo aliter Grotius definit *Jus Gentium, quod ex voluntate populorum recta ratione utentium vim obligandi accepit, lib.* 1. *de J. B. & P. c.* 1. *n.* 11. Oritur autem ex ratione naturali, aut immediate, aut consequenter.

3. (c) Quod ratio immediate dictat, hoc jus Gentium *Primævum* vocatur, & finiri potest cum Cicerone, 1. *De Legib. Ratio summa, insita a Natura, quæ jubet ea, quæ facienda sunt, prohibetque contraria.*

SCHOLIUM.

Possumus equidem hanc Ciceronis descriptionem tolerare, sed tanquam oratoriam; aliam dedimus ad tit. præced.

RESPONSIO.

Non tam oratoriam, sed etiam jure sophi-

losophicam esse hanc definitionem, probavimus in lib. 5. Digress. cap. 5. & seqq.

N. ADDIT.

Cur illo tempore Ciceronis definitionem pro philosophica habere non potuerim, patebit ex iis, quæ docui in Instit. Jurispr. div. l. 1. c. 1. § 28. seq. & toto cap. 2. *Postquam vero homonymiam legis distinctius consideravi* in Tom. VI. obs. Hallens. obs. 27. & in Fundam. Juris nat. & G. l. 1. c. 5. § 2. seq. *etiam in hac quæstione non amplius dissensus inter Autorem & me erit, ut scholiosit opus.*

Estque illud ipsum, quod Apostolus ad *Rom.* 2. *v.* 15. νόμον ἄγραπτον ἐν ταῖς καρδίαις, Legem cordibus inscriptam, Plato 8. *de Leg.* νόμον ἄγραφον, Legem non scriptam, scilicet ab homine, appellat. Ad hoc jus primævum referuntur, Religio erga Deum, pietas erga patriam & parentes, & omne discrimen turpis ac honesti. Jus Gentium secundarium est, quod *usu ita exigente ac humanis necessitatibus est introductum*, § 2. *h. t.* quo pertinent dominia, imperia, bella, servitutes, & plerique contractus, *l.* 5. *D. de Just.*

4. (d) Jus Gentium Primævum proprie & plene dici potest Jus Naturale; quia non instinctus Naturæ, qualis est in brutis; sed ratio Naturalis jus facere potest; cum hoc sit regula actuum moralium, quam de bestiis prædicare absurdum fuerit. Hinc idem Cæsar noster, Juris Naturæ vocabulum cum jure Gentium confundit, § 11. *infr. de A. R. D.* exemplo Gaji in *l.* 1. *D. eod. tit.* sed accuratius, *Naturale* jus est, quod modo ex Cicerone definivimus. Jus Gentium dicitur, *quod ex voluntate populorum recta ratione utentium vim obligandi accepit.*

SCHOLIUM.

Sed gentes voluntatem hanc nunquam declaraverunt: per modum legis insuper se obligare non potuerunt, quia inter se pares sunt.

RESPONSIO.

Quod attinet ad declarationem, ea satis ex institutis apud plerasque moratiores gentes receptis liquet, & nominatim ex iis, quæ tit. præced. n. 8. *in Resp. ad schol. ult. protulimus. Sed difficultas est in obligatione juris gentium, quæ non videtur esse diversa a præcepto conservandi pacem, quod est juris naturæ, nam mutua utilitas sola non potest addere δύναμιν ἀναγκαστικὴν, vim coactivam. Res igitur huc redit, quod modo in textu collocatum est; jus naturæ vel oriri e*

(b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3. 4. 5. (d) *Pos.* 6. 7. 8. 9.

dictamine

dictandæ rationis immediato, ut est discrimen honestorum & turpium; vel per consequentiam, ut sunt dominia, imperia & jura bellorum, cæteraque superius nominata. Quæ prioris sunt generis, dicuntur esse juris naturæ; quæ posterioris, ad jus Gentium referuntur. Exempla vero prioris & posterioris speciei tam evidenter a se invicem differunt, ut priora nomen generis recte sibi vindicent, & posteriora peculiari appellatione distingui mereantur; ut tamen utraque juri naturæ late sumpto recte adscribantur.

N. ADDIT.

Ego vero miror, cur Autor scholion meum non attulerit integrum, præprimis cum in iis, quæ omisit, fere lateat exceptio. Ergo opus est, ut suppleam defectum. Ita vero addideram: Exempla vero juris Gentium, a Grotio, Dn. Rachelio, & ab Imperatore § 2. *Inst. h.t.* adducta, partim ad jus Naturæ sunt referenda, partim spectant ad jus gentium pro attributo personæ acceptum, quod hujus loci non est, certe esse non debet. *Quod si forte hæc exceptio non quadrat ad omnia exempla, ad quæ hic rursus provocat Autor, reliqua supplenda erunt* ex nova addit. ad schol. ult. tit. præced.

Cæterum, ad jus illud Naturæ, seu Gentium primævum, proprie pertinent ea, quæ ratio morum necessaria jubet aut vetat; verum improprie huc sæpe referuntur, quæ licent, neque repugnant Naturæ, ut tutela corporis, procreatio sobolis, libertas, occupatio ejus quod nullius est, aliæque naturales facultates. Item, quæ ratio suadet ut meliora, non tamen imperat, veluti quod hereditas proximo sanguini debeatur, *l. 7. D. de bon. damnat.* Hinc docendi causâ, jus Nat. in proprium & improprium distingui potest. Proprium aliter *præcipiens* vocetur, & est idem, quod definivimus, idque Cæsar intelligit *in § ult. h.t.* ubi jus naturæ docet esse immutabile, quoniam profectum est a sculptura numinis impressa mentibus; cui jus humanum ut mutabile, sicut homines sunt, opponitur, quod quo sensu accipiendum sit, diximus in *lib. 1. de Jur. Civit. c. 2. n. 20. & seqq.* Impropriè dictum, sit vel *permittens* vel *suadens.* Permittens circa ea, quæ, ut dictum, licent, neque repugnant Naturæ, versatur; Suadens, cujusmodi sit, jam perinde dictum est. Quando jus Naturæ a bestiis alienamus, ut faciendum esse diximus, superest illa Juris naturalis definitio, quam modo e Cicerone laudavimus, nisi paulum eam reformare velis, quod Theologos aliquos desiderare video, hoc modo; *Ratio summa, insita mentibus ab auctore naturæ Deo, honesta jubens, contraria prohibens.* Vide sis quæ dixi *lib. 1. de Jur. Civit. cap. 2. 3. & 4.*

5. (e) Jus Civile est, quod quisque populus liber sibi peculiare constituit; sive, quod est proprium cujusque civitatis, § 1. *h.* Populum & civitatem Justinianus promiscue ponit aliorum exemplo scriptorum & usu linguæ, ut diximus in *lib. 1. Digress. cap. 13.* Civitatem intellige, quæ summam habet potestatem, sive Regia seu plurium Imperantium forma, & talem vocamus *liberum* populum, qui nullius alterius populi vel principis potestati subjectus est, qui non habet *alienigenam Dominum l. 7. § 1. D. de capt. & postlim. rev.* quanquam alias notum est, liberos populos iis, qui regnantur imperioque regali subjiciuntur, opponi. Proinde municipia, quæ sunt membra majoris imperii, proprium jus civile non constituunt, sed jure communi Reip. cui parent, utuntur: vel si peculiare jus habent, id juri communi non debet adversari, semperque a superiore potest abrogari, *l. 9. D. de Lege Rhod. l. 3. §. 5. D. de sepulchro viol.* At nostratium jura Provinciarum, quæ superiorem non agnoscunt, civilia sunt, & perperam municipalia dicuntur; nisi quatenus Romanum jus κατ' ἐξοχὴν Civile vocatur; Nam hoc respectu, cæteras gentes, quæ jus Rom. receperunt, quasi municipales, leges condere dicimus. Non esse tamen eas vere municipales, inde paret, quia derogant juri Romano, quod tantum sequimur in his, de quibus nihil Statutis populorum est cautum: verum ita, ut verba Statutorum stricte interpretemur & quam minimum a Jure Romano recedamus, ut fit in omni jure novo. Gail. *2. obs. c. 33. n. 9.*

6. (f) Prima Juris Civilis Divisio suppeditari videtur a Justiniano in § *1. h.t.* ubi, *Omnes populi*, inquit, *partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur.* Ex quibus verbis docendi causa, Civile jus potest dici purum vel mixtum, vel, si te verba Justiniani magis delectant, *Proprium* vel *Commune*, quod etiam ego malim. Purum sive proprium, quod ex mera civili ratione a populo Romano excogitatum & stabilitum est; Mixtum seu commune, quod originem & fundamentum habet in jure Naturæ vel Gentium, sed cui lex civilis aliquid addit vel detra-

(e) *Pos. 10. 11. 12. 13.* (f) *Pos. 14. 15. 16. 17.*

detrahit, ac ita in jus civile reformat, *l. 6. in pr. D. de Just.* Ad priorem speciem referuntur literarum & verborum obligationes, Lex *Aelia Sentia*, Lex *Fusia Caninia*, Lex *Falcidia*, Sctum *Velleianum*, *Macedonianum*, *Trebellianum*, fictiones legum & id genus alia plura. Ad alteram juris speciem pertinent, *Herilis* & *Patria* potestas; *Nuptiæ*, *Tutelæ*, *Dominia*, *Testamenta*, plerique *Contractus*, exceptis, qui literis & verbis fiunt; De illis mixtis interrogati, un le sint, respondere solemus, ortu & fundamento esse juris Naturæ ac Gentium, progressu & effectu peculiari esse juris civilis.

7. (g) Divisio altera, clarioribus verbis a Justiniano expressa est in *§ 3. h. t. & l. 6. § 1. D. eod.* Jus est vel scriptum vel non scriptum. Jus scriptum Lex appellatur, Jus non scriptum Consuetudo seu mores, *l. 32. D. de Legib.* differuntque ita, quod Leges expresse ferantur, Consuetudines e tacita populi voluntate vim obligandi habent; Leges certo, mores incerto auctore initioque recipiuntur, *d. l. 32.*

SCHOLIUM.

Ab auctore differentiam nolim quærere; utriusque enim auctor est is, qui τὸ κύριον gerit in Republ. Quod vero consuetudinem attinet, mores utentium privatorum, qui incerti esse possunt, non tam sunt causa juris scripti, quam ejus occasio.

RESPONSIO.

Nostra descriptio Romanæ Reipubl. cujus jura legimus, exacte convenit. Quamdiu enim populare fuit Imperium, usus populi, verus autor & *proxima causa juris esse potuit & fuit.* Cæsares id etiam libenter egerunt, ut *δημοτικοὶ populares* viderentur, ideoque libertatis hasce reliquias plebi *concesserunt. Puto & alios optimates vel Principes consentire videri in id, quod populus usu longævo, ipsis tacentibus, introducit.*

N. ADDIT.

Vereor, ut Autoris hæc responsio succurrere valeat defendendæ ejus assertioni, quod morum autor sit incertus, quatenus nempe autor *hic secundum responsionem denotare debet proximam causam juris. Nam ipse Autor fatetur usum populi in Rep. libera esse veram & proximam causam. At populus non est incertus, sed qui initium fecit & primus actum, ex quo postea consuetudo facta est, celebravit, is incertus esse potest. Verum hic non est vera & proxima causa consuetudinis. Interim in conceptibus simus faciles. Præprimis cum in posterioribus cogitationibus recesserim a communi & erronea opinione, quasi in monarchia consuetudo vim juris accipiat ex tacito consensu principis.* vid. differt. de jure consuet. & observant. § 72. *In eadem dissertatione latius fuit ostensum, naturam consuetudinis esse, ut producat jus efficaciæ & impunitatis, non obligationis, quod probe notandum propter errores communes, quibus fere tota doctrina de consuetudine est repleta.*

Noli tamen putare, scripturam ad essentiam Legis pertinere: nomen scripti *juris* accepit, quia plerumque scribitur, alioqui Lex est decretum summæ potestatis, quod plerumque quidem scribitur, ut populo innotescat; unde nomen habet: est tamen Lex, & antequam scribatur, imo etsi nunquam scribatur; quemadmodum ῥήτρα sive constitutiones Laconicæ, fuerunt Leges auctore Lycurgo latæ, verum sine literis memoriæ civium mandatæ, teste Plutarcho in *Lycurgo*, qui inter alia civibus suis præscripserat, μὴ χρῆσθαι νόμοις ἐγγράφοις. *scriptis non uti legibus*, unde hactenus Justiniano in *§ 10. h. t.* juri Attico Legibusque Solonis opponuntur, quod hæc scripto essent comprehensæ. Plus enim in le nolim probari, quam forma exteriore discrepasse jus Atticum & Laconicum, perinde ac jus scriptum & non scriptum. Alioqui nimis notum est, quod scribit Justinus *in lib. 3. c. 2.* Athenienses & Lacedæmonios *institutis Solonis & Lycurgi Legibus fuisse pares.*

8. (h) Juris scripti sex species recensentur *in § 3. & seqq.* Lex, Plebiscitum, Sctum, Principum Placita, Magistratuum Edicta, Responsa Prudentium. Lex finitur, quod populus Rom. Senatorio Magistratu, veluti Consule interrogante, constituit, § 4. Unde liquet, legis vocabulum proprio sensu heic sumi; Nam generaliter, ut modo diximus, omne jus scriptum significat. Plebiscitum est, quod plebs plebejo magistratu, veluti Tribuno rogante, constituebat, *d. § 4.* Senatus-Consultum, quod Senatus jubet atque constituit, *§ 5. h. t.* Populi appellatione putant est, universos cives, communeratis etiam patriciis & senatoribus, contineri, *d. § 4.* plebis autem appellatione, sine Patriciis & Senatoribus cæteri cives significantur. Recte Patricii a Senatoribus separantur; Nam Patricii erant No-

(g) *Pos. 18. 19. 20. 21.* (h) *Pos. 22. 23. 24. 25. 26. 27.*

biles, quorum familiæ per legem ſpecialem hoc nomen & dignitatem erant adeptæ, Sigon. *l. 1. de jure Civ. Rom. c. 7.* Senatores, quicunque jus ferendæ ſententiæ in ſenatu habebant, quod etiam plebejis, majoribus geſtis magiſtratibus, patuit, *Idem lib. 2. de jur. Civ. Rom. c. 2.* Poſtquam autem plebeji in ſenatum erant allecti, non videntur ad comitia tributa, quibus ſua ſcita plebs condebat, fuiſſe admiſſi; utique non ex ſententia Juſtiniani, opponit enim Juſtinianus plebem hac in parte patriciis & ſenatoribus cunctis, & Livius *lib. 2.* memorat, Patres a comitiis tributis fuiſſe ſubmotos; ſed tamen cuncti Patres vocabantur: Dionyſius Halicarnaſſæus & Plutarchus in hiſtoria Coriolani, diſcrimen inter centuriata atque tributa comitia paulo aliter commemorant; qua de re nos in *parte Digreſſionum ſecunda libro primo* latius agimus. Mos ſtatuendi & Leges & Plebiſcita, erat per *rogationes* magiſtratuum ad populum in comitiis congregatum, *Velitis jubeatis Quirites &c.* At Senatus-Conſulta per relationes Conſulum fiebant, ſingulos ſenatores compellantium, *Die Marce Tulli*, ut hic ad Atticum ſcribens alicubi indicat. Lex a toto populo lata, vim juris ſua vi habuit; Plebiſcita conſenſu Populi etiam Patres tenuerunt, vi legis Hortenſiæ, quæ poſt rogationes Horatiam & Publiliam, ea de re lata eſt, anno Urbis conditæ 467. Sigon. *in Faſt.* Senatus-Conſulta apud veteres Romanos non habuerunt Legum vigorem; Verum Cæſares hoc jus in ſenatum transtulerunt; ut probavimus *lib. 1. Digreſſ. cap. 3.*

9. (i) Extant quidem Leges, Plebiſcita & Scta in Corpore Juris multa, ſed tempore Juſtiniani ſolæ Principum Conſtitutiones pro Legibus publicabantur; quarum tres fuere ſpecies, *Epiſtola, Decretum, Edictum, § 6. h. t.* Epiſtolæ, (ſub quibus Reſcripta & ſubſcriptiones continentur, *l. 1. de Conſtit. Princ.*) ſupplicantibus aut magiſtratibus jura præſcribebant, velut ex infinitis in Codice exemplis patet. Decretum, eſt ſententia Principis pro tribunali, cum plena cauſæ cognitione dicta, qualis extat luculenta in *l. 3. de his, quæ in teſtam. del.* Continentur ſub illis interlocutiones, de plano, ſine exacta cauſæ cognitione a Principe latæ, cum animo juris condendi, *d. l. 1. de Conſtit.* alioqui Legum vi carent, *l. 3. C. de LL.* niſi dicas, eam derogare *l. 1.* Non eſt autem Principi talis animus in privilegiis, quæ ſunt perſonales conſtitutiones, quibus in eorum hominum gratiam vel pœnam, aliquid contra rationem juris communis ſtatuitur. Nam hæ vim quidem ſuam effectumque tenent, reſpectu eorum quibus indultæ ſunt, in exemplum vero nequaquam trahuntur, *d. § 6. in fin.* Apparet igitur, Cæſares habuiſſe poteſtatem, quæ prius fuerat populi, cum Lege Regia, quæ de ejus imperio lata eſt, populus ei & in eum omne imperium ſuum & poteſtatem conceſſerit, *d. § 6. in pr. l. 1. in pr. de Conſtitut. Princ. l. 1. § 7. C. de V. J. E.* Non eſſe hoc figmentum Juſtiniani, patet inde, quia veteres hiſtorici in eandem ſententiam loquuntur. Sic Tacitus *1. hiſtor. 1. Omnem poteſtatem in unum collatam* ſcribit. Tiberius apud eundem *1. ann. c. 11. Non ad unum omnia deferrent.* Suetonius in *Cajo c. 14. Jus arbitriumque omnium rerum ei permiſſum eſt.* Dion Caſſius *lib. 53.* τοῦ δήμου καὶ τῆς γερουσίας κράτος πᾶν εἰς τὸν Αὔγουστον μετέστη, *Senatus populique imperium omne in Auguſtum eſt translatum.* Talis conceſſio non potuit ſine Scto & Lege perpetrari; tametſi Lex illa ſub primis Cæſaribus Regia, ob odium regii nominis, dicta non fuerit, ſed demum ſub Antoninis hac appellatione innotuerit; Vide quæ de hac Lege diſputavimus in *lib. 1. Digreſſ. c. 16. & ſeqq.* Sane caput ejusdem Legis alterum, ſcilicet quod Princeps ſit Legibus ſolutus, alio pertinet. Dix. *lib. 1. Digreſſ. cap. ult. ſecund. edit.*

10. (k) Edicta prætorum, qui præerant tribunalibus, tacito populi conſenſu uſuque fori Romani vim juris acceperunt, hactenus, ut jus Civile antiquum, quod XII. Tabulis erat comprehenſum, pro ratione temporum adjuvarent, ſupplerent ac mitigarent; *l. 7. § 1. de Inſt. Act.* non tamen mutarent neque tollerent, *l. 22. § 4. de Publician. act.* Olim hæc Edicta quotannis mutabantur, quia officium erat annuum, ut tamen pleraque capita eſſent tralatitia, quemadmodum a Cicerone vocantur, quæ ex uno Edicto in alterum transferri ſolita juris Prætorii perpetui habebantur, unde *tralatitium* pro *vulgari*; donec Lege Cornelia Prætores ex Edictis perpetuis jus dicere ſunt juſſi, teſte Aſconio *in argum. orat. pro Cornel.* Hadriani tempore Salvius Julianus JCtus Edicta cuncta collegit in unum corpus, quod per excellentiam edictum perpetuum fuit vocatum, *l. 2. § 18. C. de Vet. Jur. enucl.* Partem juris prætorii faciunt edicta

(i) *Poſ. 28. 29. 30.* (k) *Poſ. 31. 32.*

Ædilium

Ædilium, quæ juris honorarii portio sunt, ait Justinianus *in § 7. in fin. Inst. h. t.* non quod Ædilium & Prætorum jurisdictiones ita fuerint commixtæ, sed quod ædilitia Edicta tam pauca sint, ut speciem inde facere distinctam in Arte, non visum sit operæ pretium; Nec enim plura duobus, Ædilium Edicta in corpus Justiniani redacta leguntur.

SCHOLIUM.

Imo forte tria; Primum in l. 1. § 1. de Ædilit. Edicto. Secundum in l. 38. pr. eod. Tertium in l. 40. 41. 42. D. eod. nisi primum & secundum unive velis, quia utrumque de venditione disponit.

RESPONSIO.

Sic est; Primum de rebus venalibus est, alterum de animalibus feris continendis. Quod est de rebus venditis, habet duo capita potius, quam Edicta singularia, primum de rebus ipsis, maxime de mancipiis, alterum de jumentis & rerum venditarum accessionibus, nec aliter reperies in textibus.

N. ADDIT.

Quamvis res tanti non sit, ut in Scholio jam indicavi, nollem tamen tam confidenter asserere, ac si in juris textibus non aliter reperiatur, quam ut hic Autor dicit. Etenim vereor, ne Criticus & assertionum forte contrariarum pertinax defensor objiciat Autori, 1. quod Ulpianus edictum de mancipiis, explicaverit libro primo commentariorum suorum, de jumentis vero libro secundo, vid. l. 1. & 38. h. t. 2. *Non solum de primo capite, dicitur* in d. l. 1. § 2. *causa* hujus edicti, *sed & de secundo capite, tanquam de novo edicto loquuntur leges*, d. l. 38. § 1. *Loquuntur Leges* in hoc edicto *&c. & in* § 2. *Causa* hujus edicti *&c.* 3. *Si de eo, ut leges loquuntur, judicandum esset de numero edictorum, potius edictum de animalibus feris continendis, videretur esse portio edicti de jumentis, propter rubricam* pr. & § 1. l. 40. eod.

Sed observandum est, Jus Prætorium, quod est species juris civilis, frequenter in sensu proprio, juri Civili opponi, quatenus hac voce notatur id, quod ex XII. Tabb. & disciplina JCtorum inprimis est ortum, *l. 7. § 1. de Justit.* juncta *l. 2. § 12. de Orig. Jur.* Scilicet, quo modo Jus Prætorium contenta tacito populi vim juris habuit Romæ, sic & Responsa Prudentium, quæ erant sententiæ & opiniones eorum, quibus permissum erat de jure respondere, invaluerunt, § *8. h. l. 2. § 5. & 12. de Orig. Jur.* Ubi & hoc discimus, Augustum voluisse, ut JCti auctoritatem suam a Principe impetrarent. Legis autem vis non videtur in singulis Prudentium responsis fuisse, quæ studiis sectarum sæpius erant contraria, sed in talibus, quæ unanimi doctrina tradita scriptoque publicata erant, *arg. d. l. 2. § 5.* cujusmodi hodieque sententias Pauli esse videmus; Sed ne tum quidem publici juris partem Responsa constituebant; donec Theodosius vim Legum iis primo jure tribuit, *l. u. C. Theod. de resp. Prud.* Postremo omnium plenissime Justinianus, postquam fragmenta eorum digessit in Pandectis, *l. 1. § 6. C. de Vet. jur. enucl.*

II. (l) Sic fuere species juris scripti; quæ ita enumerari & exponi debuerunt ex antiquitate, quanquam hodiernis temporibus una tantum in usu est juris origo, Lex in genere, sive placitum summæ potestatis; Rescripta vix est ut in foris nostris pro legibus valeant, neque decreta, quæ pleraque politica sunt; judiciæ cognitiones Curiis delegantur, quarum decreta sicut res judicatæ, non valent ut leges.

12. (m) Sequitur Consuetudo, quæ est Jus non scriptum, quod usu longo, velut tacito populi consensu, vim obligandi accepit, *§ 9. h. t. l. 32. § 1. de LL.* ita ut & Legem abrogare queat, *d. l.* non obst. *l. 2. C. Quæ sit longa consuet.* cujus verba sunt hæc; *Consuetudinis ususque longævi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut Legem.* A præceptoribus nostris ita accepimus; hoc dictum Constantini esse verum in thesi, cum quæritur de valore legis & consuetudinis in genere consideratæ, quomodo & Donellus *l. Comm. 10.* Sed quis credat, Constantinum voluisse quasi θέσιν διαφλάττειν, more scholastico decidere thesin, utra sit præstantior, lex an consuetudo? Rescripta semper ad hypothesin referuntur, jubent quod fieri volunt, non disputant quid sit melius. Nec etiam liquet, consuetudinem in genere legi cedere: *Imo magnæ auctoritatis hoc jus habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse scripto id comprehendere*, quam sæpe leges sequuntur mores, ut videmus in *l. 22. de vulg. & pup. fidei. l. 1. de donat. int. Vir. & Ux.* Puto simplicius & explicatius esse, verba Constantini de particularium institutis locorum accipere; nam consuetudo vim legis habitura, debet esse generalis, hoc est, per totam Rempubl. vel maximam ejus partem recepta. Legem non

(l) *Post. 33.* (m) *Post. 34. 35. 36. 37.*

semper & necessario esse scriptam diximus antea; sed Consuetudo semper & necessario non scripta est, ab initio. Nam si, postquam stabilita est, in scripturam redigatur, id naturam ejus originariam nihil mutat, quemadmodum Consuetudines Feudales scriptas habemus: perinde ac Frisiæ Statuta constant, ut ex inscriptionibus passim elucet, ex Legibus & Consuetudinibus, iisque non modo scriptis, sed etiam certo tempore signatis, quod tu tamen non de tempore, quo sunt ortæ, sed quo agnitæ & publicatæ sunt, intelige. Habet vim legis sua vi Consuetudo, duntaxat in popularibus Imperiis, ubi Leges a populo ferri possunt, *arg. d. l. 32.* sed hodieque in regnis Consuetudini vim juris tribuere licet, etsi de scientia Principis non constet, ut recte Schneid. *ad d. § 9. n. 3.* quod ex præsumpto ejus consensu in id, quod diu ac palam obtinuit, defendi potest; ut tamen semper contrario Principis placito aboleri, nec contra legem claram induci queat, *ut ibid.* Schneid. quo sensu licet etiam capere *d. l. 2.*

Requisita Juris non scripti sunt, ut honestum, generale & certum sit. Primum est in *l. 39. de LL.* Generale, id est, ab universa Republ. vel potiori parte receptum, perinde ut Lex a toto populo fertur: Nam pari modo Lex & Consuetudo obligant, *l. 32. § 1. de LL.* Hinc municipiorum Consuetudines eandem habent vim quam Statuta: valent, quatenus Juri & mori totius Reip. non adversantur *.

SCHOLIUM.

Ego vero, ut Statuta municipalia valent etiam contra jus commune, modo sint confirmata a Principe, ita putarem, causam similem esse consuetudinis municipalis, modo requisita reliqua adsint, ex quibus de præsumpta Principis approbatione constare possit.

RESPONSIO.

Atqui nos agimus de statutis & consuetudinibus municipiorum a summa potestate non confirmatis. Accedente confirmatione Principis, e statuto & consuetudine municipali fit lex, quam certis locis accommodari nihil vetat.

N. ADDIT.

Ut igitur non est secundum hanc Autoris expositionem amplius dissensus inter nos, ita facilius in ejus explicatione acquiesco, postquam modo in antecedentibus notavi, me non amplius efficaciam consuetudinis deducere ex tacito consensu Principis.

Ad *certitudinem* requiritur longum tempus & frequentia actuum. Quantum temporis & quales actus esse debeant, cum in jure non sit expressum, judex arbitrabitur, ** *arg. l. 1. § ult. de jure delib.* Sane liquidius consuetudo probari non potest, quam si contradicta judicio sententiaque confirmata sit, *l. 34. de LL.* quod tamen requisitum minime necessarium est. Dicendum igitur, tantum temporis & tales actus requiri, quibus Judici satis de usu constanti liqueat.

13. Cæterum necessitas juris Naturæ, de qua supra, immutabile id esse docet, cum jus humanum æque mutetur ac voluntas humana, *§ u. h. t.* quanquam sæpe & illud imperitis mutari videtur, cum objectum & circumstantiæ mutantur, iisque modo hoc, modo aliud naturæ præceptum applicatur, ut in trito Socratis apud Plat. *1. de LL.* exemplo. Jus Nat. ait, redde gladium depositori. Is furere cœpit. Nunc idem ait, cave reddas. Hic Jus non mutatur; sed depositor, cui alia sano, alia furenti regula applicatur. Possunt etiam Præcepta Naturalia ad usus Reip. varie accommodari, quod JCtus in *l. 6. de J. & J.* duriuscule, *addere vel detrahere juri Nat.* vocat. *Addere*, est sanctione civili intendere vel augere, quod sæpe fit. *Detrahere* necessitati Lex nihil potest, sed hæc de iis, quæ improprie ad Jus Nat. referuntur, capienda videntur, scil. de jure permittente & suadente. *Vid. supra § 5.* add. Grot. *d. c. 1. n. 10.*

14. (n) Divisiones Juris sequitur distributio ex

* Interim statuta non contra, sed præter legem disponentia, juxta terminos potestatis universitati competentis citra confirmationem esse obligatoria, non ambigitur, quorsum faciunt ea, quæ de officiis ambulatoriis, dimissione officialium, tempore rationum solvendarum, multaque conventionali &c. agunt, conf. Ziegl. d. jur. Maj. l. 1. c. 30. th. 18.

** In Saxonia frequentia actuum adhuc judicis arbitrio determinanda relinquitur, sed diuturnitas temporis ex lapsu ann. 31. 6. sept. & 3. dierum æstimatur, teste Carpz. *P. 2. C. 1. d. 3.* Reinh. *p. 6. diff. 2.* ap. Zobel. *p. 2. diff. C. n. 11. f. 229.* Quæ sententia licet ex non accurata satis interpretatione Jun. Can. originem trahat, secundum quod præscriptionis tempora ad introducendam consuetudinem requiri, Doctores nonnulli existimarunt, *v. c. f. X. de const. stat. j. LR l. 2. art. 30.* add. Reinh. *l. c.* constanti tamen fori observantia confirmatur. Cœpit autem hoc tempus a primo actu, qui probari potest.

(n) *Pos. 13.*

objecto

objecto sive materia subjecta, cujus tria capita recensentur in §. *ult. d. t. Omne jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*, ex *l. 1. de Stat. hom.* hæc vulgo tria *juris objecta* vocantur. Quod si quis putet, unius Disciplinæ unum quoque objectum esse debere, potest dicere, hoc unum objectum esse, *Jus quod cuique tribuendum est.* Nihil enim aliud per totam artem tractatur. Et est hic sermo de objecto tractationis, sive materia subjecta. Jus autem cuique tribuendum, consideratur vel respectu *status* personalis, quem quis obtinet in libertate, civitate & familia; vel respectu *rerum* externarum, quæ nos faciunt locupletiores, ut est dominium & obligatio; vel ratione modi ad obtinendum illud jus, quod est *actio*. Quia autem Status personam arctissime contingit, cujus jus simpliciter *Personæ* vocatur, cum alioquin & res & actiones personis competant; sed non sunt mere personales. Sic igitur unum est objectum generale; tria sunt particularia, quæ pariter illud unum generale efficiunt ac repræsentant.

TIT. III.
De Jure Personarum.

Divisiones personarum, & an servus persona. Libertatis definitio explicata. Etiam Servitutis. Quomodo servitus constituatur. De adscriptitiis & statuliberis. Quando servitus desierit in Europa, & an recte.

(a) CAput de personis duabus divisionibus constat. Prima est in liberos & servos; altera in eos, qui sunt sui vel alieni juris. Ergo & servi sunt personæ, *pr. Inst. de jur. pers. l. 22. pr. de R. J.* quatenus persona idem quod *homo* est, ut in titulo *D. de statu hominum*, qui respondet huic rubricæ *de jure personarum*. At si persona qualitatem civis notet, jam servus erit ἀπρόσωπος, *impersonalis*, Harmenop. 7. *t.* 6. & pro nullo, *l.* 32. *de R. J.* ac pro mortuo habetur, *l.* 209. *eod.*

2. (b) Libertas est naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut jure prohibeatur, §. 1. *Inst.* & *l.* 4. *h. t.* *Naturalem facultatem*, Φυσικὴν ευχέρειαν, vertit Theoph. quæ vox habile & expeditum libertatis exercitium, quod a solo animi imperio pendeat, exprimere videtur; quo pertinent verba: *quod cuique facere libet.* Hoc est, quod Stoici eleganter ἀυτεξουσίαν una voce, Cicero *in parad.* 5. potestatem vivendi ut velis, appellant. Sed restringitur hæc facultas, *nisi si quid vi aut jure prohibeatur*; ne quis putet, violenta & legitima impedimenta faciendi quod velis, libertati officere: Exercitium vi coarctatur, facultas non læditur. Multo minus legum imperio, quia communi homines consensu semet illis subjiciunt; unde & *sponsio*, συνθήκη, *fœdus*, lex dicitur, *l.* 1. & 2. *de LL.* Et Aristot. crebro cum libertate, τὸ νόμοις δουλεύειν, *servire legibus* conjungit. Philosophiæ servire libertas est, Sen. *ep.* 8. Idem vult Stoicorum paradoxum, μόνος ὁ σοφὸς ἐλεύθερος, πᾶς ἄφρων δοῦλος. *Solus sapiens liber, omnis stultus est servus.* At tu dices; etiam servus facit, quod lubet, nisi prohibeatur. Ego inquam, servus nihil facit quod lubet, nisi dominus permittat; ejus cunctæ actiones a domini arbitrio pendent. In libero homine hæc est regula; *facit quod libet*; exceptio, *nisi prohibeatur*: At illa regula minime convenit servis, neque proinde exceptio.

3. (c) Servitus est constitutio Juris Gentium, qua quis dominio alieno contra Naturam subjicitur, §. 2. *h. t. Constitutionem* passive pro re constituta sumi, tritum est, ut thesaurus depositio dicitur, *l.* 31. §. 1. *de A. R. D.* Servitus est *Juris Gentium*; nam libertas est Naturalis, *ut dict.* In primævo hominum statu servitus erat incognita, quæ postea *invasit*, id est, vi introducta est, *l.* 4. *de J. & J.* & gentium usu probata, §. 9. *Inst. h. t.* Dicitur *contra naturam*, & contra jus Naturæ, §. 2. *Inst. de J. N. G. & C.* hoc est, contra statum naturæ primævum; ut jus pro facultate accipiatur non contra dictamen rectæ rationis; vel est contra jus Naturæ permittens, non præcipiens; confer §. 4. *tit.* 2. Etymologia Servorum hoc docet, quia dicuntur a servando, *l.* §. 3. *h. t.* Nam si licet hostes in bello occidere, quidni liceat, quod minus est, servare eos ad serviendum? ut Cicero scripsit, *non esse contra naturam spoliare eum, quem honestum est occidere*, 3. *Offic.* Sed qui tam graviter deliquerunt, ut bello sint coercendi, vel qui alios iniquæ oppugnant, hi & licite & honeste cæduntur; quin etiam in bello injusto, modo ab

(a) *Pos.* 1. (b) *Pos.* 2. (c) *Pos.* 3.

iis geratur, qui jus bellandi habent, cædes utrinque impune fiunt, Grot. *l. 3. c. 4. n. 3.* Sed nec pactio, qua quis se dat in servitutem, naturæ adversatur; iniquum enim non est, ut quis operas suas alii in perpetuum pro alimentis addicat: Accedit, quod multorum ingenia ad serviendum aptiora sint, quam ad libertatis usum; quod Aristoteles non modo de singulis, *l. 1. polit. 3.* sed de populis quoque universis tradit, *l. 1. c. 3. & ult.* Ἔστι γάρ τι φύσει δεσποτεῖον, *Est quadam*, inquit, *naturalis servitus:* quam tribuit τοῖς περὶ τὴν Ἀσίαν, *Asiaticis;* nimirum ingenii servitus, quam non esse commentitiam, fides historiæ satis confirmat, licet Bachovio displiceat *ad lib. 1. ff. tit. de stat. hom. c. de servit.* qua de re diximus *in lib. 2. Digression. c. 2.*

4. (d) Denique, oritur servitus ex nativitate vel ex facto. Et hoc ex Jure Gentium vel Civili. Jure Gentium ex captivitate, in bello solenni, hoc est, quod geritur ab his, qui habent summam potestatem, observatis solennibus juris gentium requisitis, de quibus Grot. *l. 3. c. 7.* Jure Civili, ex venditione sui ipsius a majore annis 20. facta, § 4. Sententia, qua servi pœnæ efficiuntur, § *1. Inst. de cap. dimin.* Ingratitudine liberti adversus Patronum; *d. § 1. l. un. C. de ingrat. lib.* Nascuntur servi ex ancillis, vernæ dicti, quia parentum sortem liberi sequuntur, *d. § 4.* quod Grotius sub censuram vocat *lib. 2. de J. B. & P. c. 5. n. 29.*

5. (e) De adscriptitiis, sive Colonis certo fundo colendo addictis, quales hodieque * (manus mortuæ Gallis dicti) per Europam habentur, dubitatum est, servi an ingenui sint: Videri ingenuos, ait *l. un. C. de colon. Thrac.* dicuntur servi in *l. 7. C. de agric. & cens.* nec a servis differre, *l. 21. & l. ult. eod.* Et hoc verius est; quia tam ipsi, quam res ipsorum, sunt in domini potestate, *d. l. un. d. l. 21. & ult.* quia distrahi possunt, *cad. l. 21. l. 2. 4. 7. C. de Agric.* Nihil autem æque libertati adversatur, quam esse in commercio. Dominum certe quod vendi potest habet. Qui tamen proprii generis sunt servi & maxime ob fundos habentur, hinc in quibusdam a reliquis servis, εἰσίτοις, separantur, & melioris conditionis videntur, ut tamen gradus non variet speciem, *l. 2. l. 4. l. 23. § 1. eod. tit.* Dissent. *Scholiastes noster, ad posit. 7. h. t. sed rationibus heic occupatis, ut nihil opus sit ea denuo referre vel refellere.* Cæterum Statuliberi, qui destinatam in tempus vel conditionem libertatem habent, *l. 1. de statulib.* dum speratur libertas, servi exprese dicuntur in *l. 9. pr. l. 29. pr. eod. l. 12. § ult. D. fam. ercisc.* & quod nascitur ex Statulibera, servum est, *l. 16. d. tit. de Statulib.*

6. (f) Servitutem cum ratione non pugnare, diximus modo. Ipsis quoque Christianis fero servitus displicuit, nec in sacris literis veteribus aut novis improbatur. Etiam Caroli M., Ludovici Pii, & Lotharii Leges de servis, supersunt in *lib. LL. Car. M. & Longob.* Imo & Guilielmi Siciliæ Regis & Friderici Imp. extant de servis fugitivis constitutiones *in plac. Neap.* Sed ab hoc tempore, id est, anno Christi CIↃ C C X I I. aut non multo secus, Christiani se mutuo in servitium redigere desierunt, quod & Muhammedani ac Turcæ inter suos servant, teste Busbeq. *epist. 3.* ubi & disputat, parum recte inter nos sublatam videri servitutem. Speciosum charitatis esse prætextum, sed inutilem. Hominum inde liberorum colluviem redundasse, quos licentia & egestas ad flagitia aut mendicitatem impellat. Coarctata familiarum ministeria, carioribus aut procacibus ingenuorum operis. Adde cædes, servitute sublata, frequentiores esse; quod Romani in civilibus bellis experti sunt, quibus capti non erant servi. Tacit. *2. hist. c. 44.* Plutarch. in *Othon. & l. 21. § 1. de capt. & postlim.* Non deest his rationibus suum pondus. Videatur Bernegerus *ad Taciti German. quæst. 134.*

* De conditione hominum propriorum secundum Jus Sax. *vid.* Weichb. *art. 2.* Quos verius est pro liberis hominibus haberi debere, cum jus testandi, contrahendi &c. ipsis salvum sit, licet juribus liberorum hominum, quoad plenariam de bonis suis dispositionem, & tam inter vivos quam mortis causa alienationem, haud fruantur. De Conditione subditorum rusticorum in Lusatia superiori, vid. Ober-Lausitzer Unterthanen und Gesinde-Ordnung *art. 1.* Was derer Unterthanen aufm Lande Zustand, Thun und Wesen sey. *p. 78.*

(d) *Pos. 4. & 5.* (e) *Pos. 7.* (f) *Pos. 6.*

TIT.

Tit. IV.
De Ingenuis.

(a) SErvorum nulla divisio traditur, quod ad statum quidem attinet, nisi pro tali habere velis discrimen οἰκετῶν domesticorum & adscriptitiorum. Sane quod ad ministeria, in quibus domi habentur, multiplex eorum differentia fuit; medici, nomenclatores, anagnostæ, amanuenses, muſici, dispensatores, cepsarii, arcarii, atrienses, pictores, topiarii, *præstabant* focariis, scopariis, fornicariis, gregique reliquo mediastinorum & ergastulorum. vid. Bernegg. *ad Tacit. German. quæst. 134.*

2. (b) Liberi homines dividuntur in ingenuos & libertinos; *Ingenuus est is, qui statim ut natus est, liber est, princ. Inst. de ingen.* Liber *nascitur*, cujus mater fuit libera, Patris conditio non attenditur, *d. princ.* quia incertus ille videtur extra matrimonium, quod pro nota & indicio Patris (qui aliter indubitato monstrari nequit, juxta Homericum illud, οὐ γὰρ πώ τις ἴδν γόνον αὐτὸς ἀείδει, *Nemo suum Patrem novit*,) militat; Unde liberi ex legitimis nuptiis procreati Patrem sequuntur, *l. 19. de Stat. hom.* at, si quis matrem ancillam habeat, is ex matrimonio non potest susceptus esse, quia non nisi cum cive Romana nuptiæ contrahuntur, *pr. Inst. de nupt.* Cum igitur pater ejus civiliter incertus sit, necessario matris conditionem sequitur, quæ semper a severate nosci potest. Ancilla vernam, libera ingenuum parit, *l. 19. l. 23. l. 24. de stat. hom.* Sufficit tamen ad ingenuitatem, aliquo, nec interest quo tempore, dum fœtus in utero erat, matrem fuisse liberam, sive arte sive in ipsa partitudine: quia superveniens parentis calamitas utero non nocet, *d. tit. de ingen.*

3. (c) Quidam denique, etsi non sint ingenui, jure tamen ingenuorum gaudent, ut natalibus a Principe restituti, vel jus aureorum annulorum consecuti, de quibus sunt tituli in *Pandectis*; & quos Judex ingenuos, etsi male, pronunciavit; quia *res judicata pro veritate habetur, l. 25. de Stat. hom.* Jure novissimo, omnes liberi homines sunt ingenui, sublato libertinorum statu, idque moribus hodiernis evidenter obtinet. *Nov. 78. c. 5.*

Tit. V.
De Libertinis.

(a) OLim tertium genus hominum erant Libertini, *princ. Inst. de libertin.* non medii inter liberos & servos (nam hæc summa & bimembris divisio est, *princ. de jur. person.*) sed inter ingenuos & servos. Erant autem Libertini, *qui ex justa servitute manumissi sunt, d. princ. de Libert.* Quod si liber homo ex injusta servitute manumittatur, is ingenuus, non libertinus est, *§ ult. de ingen.* Libertus a libertino nihil differt, quam quod ille ad Patronum sit relativus, hic ingenuo opponatur, quod se primum docuisse Valla jactat *l. 4. eleg. c. 1.* Sic recte rogas, cujus libertus? non, cujus libertinus? sed qualis ille homo? libertinus, respondetur, non liber tus. Olim libertini vocabantur, e manumissis procreati. Sueton. *in Claud.*

2. (b) Manumissio est de manu missio, id est, datio libertatis, *l. 4. de Just. & Jur.* quæ tribus olim modis fiebat; censu, vindicta & testamento, *§ 1. h. t.* Cic. *in Top.* Ulp. *tit. 1.* Pro censu, qui modus in solenni lustratione civium apud Censores fiebat, Constantinus M. surrogavit manumissionem in Ecclesia, *tit. C. de his, qui in Eccl. man.* Vindicta, creberrimus erat modus, qui apud majores magistratus solemnibus verbis fiebat, tacto servi capite virgula, quæ vindicta dicebatur, circumactoque eo in gyrum & alapa percusso; Ex quo illud Persii intelligitur, *vertigine Quiritem fieri, Sat. 5.* & Senecæ *epist. 8.* Philosophiam *circumagere* homines, id est, liberos facere. Vindicta nomen habebat, vel a vindicando in libertatem servo, vel a Vindicio servo, qui detexerat olim conjurationem filiorum Bruti pro reducendis Tarquiniis, de quo Plutarch. *in Brut.* De ritu manumittendi reliquo *dix. in Digression. lib. 1. cap. 4.* Testamentaria manumissio nihil peculiare a natura testamenti habuit. Quæ inter amicos & per epistolam fiebat, domini & quinque testium subscriptionem requirebat, *l. un. §1. & 2. C. de Lat. lib.*

(a) *Pos. 1.* (b) *Pos. 2, 3.* (c) *Pos. 4, 5.*

(a) *Pos. 1.* (b) *Pos. 2, 3.*

toll. quæ alios continet modos, in §3. *& seqq.*

3. (c) Ex Servii Tullii instituto, manumissi omnes plena libertate & eodem jure, quo vetusti cives, fruebantur, licet dignitate inferiores, Halicarn. *l.* 4. Sed Augustus libertinos curiose discrevit, prope ut olim cives Romani differebant, Sueton. *Aug. cap.* 40. § *ult. Inst. de libert.* Nam Cives domicilium, tribum vel censum & jus honores capiendi, Romæ habebant, Sigon. *l. 1. c. 1. de ant. jur. civ. Rom.* Hoc perfectum jus amittebant, qui in Latinas colonias deducebantur, teste Cicerone *pro dom.* licet cives omnino esse non desinerent; sed jure deteriori, & *cives ex Latio* vocabantur. Infimæ conditionis erant dedititii, *qui se, urbem, agros, delubra Deum, divina humanaque omnia in populi Rom. ditionem dederant*, quæ Campanorum se dedentium formula est apud Liv. *l. 7. c. 31.* Omnesque adeo provinciales hujus erant conditionis. Tales libertatem qualemcunque, at civitatem minime, retinebant. Sed hæc discrimina post bellum sociale, per Italiam fere sublata sunt: Donec ab Augusto eorum imago renovaretur in Libertinis, qui constituit; Ut primus manumissorum ordo esset Quiritium, seu civium Rom. & hi censu, vindicta, testamento creabantur, atque jus connubii, successionis, commercii & suffragii habebant, *d.* § *ult.* Ulp. *tit.* 3. Secundus ordo erat *Latinorum*, ad similitudinem antiquæ coloniarum Latinitatis, ut ait Imp. *l. un. pr. C. d. Lat. lib. toll.* Hi per vitam liberi & cives, in morte velut servi erant, bonis ad Patronos jure peculii devolutis, § *ult. Inst. de succes. libert.* Tales erant, qui per epistolam, inter amicos aut epulas, manumitterentur, Caj. *1. Inst.* 1. & jus Quiritium consequebantur principali rescripto, prole, interatione, militia, nave, de quibus Ulp. *d. tit. 3. Dedititios* & civium nomine indignos censuit Augustus, qui in servitute ob crimina vincti, torti aut servilibus pœnis affecti fuerant, qui nec unquam jus Quiritium consequi poterant, Sueton. *d. cap.* 40. Ulp. *tit.* 3. § 6. Sublata sunt hæc discrimina non tam ab Antonino, *in l. 17. D. de stat. hom.* junct. *N. 78. c. 5.* quam a Justiniano, *in l. un. C. de dedit. lib. toll.* cum *tit. seq.* Donec postremo vetustatem prorsus suo more sustulit, extincto libertinorum statu, salvo ut videtur, jure Patronatus, *N. 78. c. 5.* Moribus hodiernis harum rerum nulla supersse vestigia, non est quod moneatur *.

Tit. VI.
De Lege Ælia Sentia.

L. Æl. Sent. duo capita & τοῦ μὴ ὄντος differentia ab eo quod rescinditur. Exceptio a L. Ælia Sent. Requisita ejus. Caput alterum Legis. Causæ justæ manumittendi & mutatio hujus capitis.

(a) Sequuntur duæ Leges, quibus licentia manumittendi restringitur, Ælia Sentia & Fusia Caninia. Æliæ Sentiæ legis, quæ & dedititios invexit, *d.* § *ult. de libert.* duo capita hic recensentur. Primo, Libertas in fraudem creditorum ab eo, qui non est solvendo, data, ipso jure nulla pronunciatur; hoc enim est *nihil agere, in princ. Inst. quib. ex caus. man.* Nullum esse & rescindi, constat terminos in jure oppositos esse. Nullum est, quod Lex ab initio invalidum facit, τὸ μὴ ὄν, efficaciter Græci veteres, τὴν μὴ οὖσαν δίκην, *Judicium nullum*, Demost. κατὰ Μειδίου. Julianus in Alex. Οὐκ ὄντες; νόμοι, *Leges nullæ & irritæ.* Rescinditur, quod primo subsistens per remedium actionis infirmatur, quale nullum hic proditum est, ex ratione § 6. *h. t. Quia libertas semel data, licet perperam, non retractatur*; tametsi aliarum rerum alienatio in fraudem creditorum facta, per actionem Paulianam rescindatur, *l. 1. de his, quæ in fraud. credit.* Sed abusive termini aliquando confunduntur, siquidem libertas etiam ex hac lege rescindi dicitur, in *l. 5.* § 2. *D. qui & a quib. man.* Quamdiu tamen creditores quiescunt, manumissi pro Statuliberis habentur, ut tantisper nullitas suspendatur, *l. 1. de Statulib.*

* Hominibus propriis hodie plenariæ libertatis exercitium, quo emigrare alibique domicilium statuere possint, per affrancamenta, Laß- und Abzugs-Briefe, concedi solet. Eorum productio in Lusatia sup. quoque desideratur, nisi emigrantes pro fugitivis haberi, nec alio in loco recipi velint, cujus nomine publica Joh. Georgii I. mandata de a. 1656. & 1668. extant in Corp. Jur. Lus. super. p. 396. & 399.

(c) *Pos. 4. 5.* (a) *Pos. 1.*

2. Ut autem impediatur libertas directe data, non sufficit ex eventu liquere, facultates defuncti creditoribus non sufficere, sed animus & consilium fraudandi concurrere, atque probari debet, *§ 3. h.t.* per fideicommissum vero data libertas, hoc eventu revocatur, *l. 4. § 19. in fin. de fideicommiss. l. 1. & ult. C. qui manum. non poss.* Ratio non est, quam aliqui reddunt, quia fideicommissum, nomine deducto ære alieno, præstatur; nam hoc etiam in Legatis, quæ directo relinquantur, obtinet, *§ 3. Inst. ad l. Falcid.* sed quia facilius turbatur manumissio, quæ non a Testatore facta, (ut cum directe ait; *Stichus liber esto*, sed ab herede adhuc facienda est, cum ait Testator, *Rogo te Heres, ut Stichum manumittas.*

3. Dominis, qui solvendo non sunt, humaniter indultum est, ut unum e servis libertate præditum heredem faciant, *§ 1. h.t.* Qui, licet nulla libertatis mentio sit facta, vi tamen institutionis libertatem consequitur, ex consequentia voluntatis; quia quem heredem quis facit, huic & libertatem destinare præsumitur; quando heres nemo, qui liber non sit, esse potest; qui vult antecedens, vult etiam necessarium consequens, *§ 2. d.t. Inst.* Ratio autem, cur hæc singularis manumissio dominis concedatur, est reputatio famæ post mortem. Nam ne bona, defuncti civis nomine, voci acerbæ præconis subjiciantur, repertum est, ut servus heres necessarius dicatur; cujus titulo Creditores bona dilabrahant, memoriæque domini eo modo parcant, *d. § 1.*

4. (b) Alterum caput L. Ælii Sentiæ est; ne minores annis XX. (minor definit hic esse, qui supremum diem attigit, *l. 1. de manum.* secus ac minor annis XXV. *l. 3. § 3. de Minor.*) servum aliter quam vindicta, probatis apud consilium causis, manumittant, *§ 4. cod.* quia ob lubricum ætatis, *verisimum* & veteratorum *blanditias*, εὐχερῶς; ἀπατῶνται, *facile decipiuntur*, ait hic Theoph. Consilium est consessus judicum, qui in urbe cogebatur, ex quinque senatoribus & equestris ordinis totidem; in provinciis ex viginti recuperatoribus, civibus Romanis, tempore Conventus, teste Ulpiano *tit. 1. § 8.* Conventum Theoph. ἐπὶ τὸν χρόνον appellat, πρὸς κατάληξιν τῶν ἐτῶν, certum anni tempus, maxime hyemis, quo Magistratus, aut quibus id mandassent, a bellis feriati operam juri dicundo dabant, Sueton. *l. 1. c. 7.* Recuperatores erant judices in causis pecuniariis, quia per eos quisque debitum *recipiebat.* Theoph. *hic.* Hos Prætor *mittere in consilium* dicitur, *passim* in Cicer. *& l. 2. de offic. c. ex i mand. l. 5. de man. vind.*

5. (c) Causæ justæ recensentur in *§ 5. d. tit.* sumptæ ex *l. 13. de manum. vind.* nisi quod servus ibi *capsarius*, etiam dignus libertate habeatur. Capsarius exponitur, *qui libros portat*; quo sensu Augustinus *comm. in Ps. 41.* Judæos Christianorum *Capsarios* vocat, item *scriniarios, bajulantes Legem & Prophetas, l. 12. contr. Faust. c. 23.* Postrema causa est, si quis servo, ut procuratore velit uti; is hunc manumittere potest, modo non sit minor 17. annis, *d. § in fin.* vel ut *l. 13.* habet, non minor 18. annis, quæ non pugnant, si annos ibi naturaliter, hic civiliter putes. Nam qui implevit annos 17. non est minor annis 18, & idem ingressus est annum 18, ergo nec minor annis 18. civiliter accepto tempore. Alibi, esse tot annos natum, & pervenisse ad certum annum, differunt ut inchoatum & impletum, *l. 49. pr. de leg. 1. l. 74. § 1. ad SC. Trebell.* Hoc loco conveniunt. De ætate Procuratorum res est alterius loci: tu saltem observa *ex hoc loco*, procuratorem, sive ad litem sit, sive ad negotia, posse dari majorem annis septendecim *; utcumque, scilicet annis 25, sit minor. Cæterum, ætas manumittentium in testamento, primo ad ætatem in postulando receptam, id est 17. annos *§ ult. h.t.* postremo ad eam, quæ alias in testamentis & nuptiis sufficit, ad annos 14. redacta est, *Nov. 119. c. 2.*

* In Saxonia si procurator 21. ætatis annum nondum excesserit, & adversarius ei exceptionem minorennitatis objiciat, alius Procurator constitui debet, secundum Philipp. *ad Ord. Proc. Sax. T. 3. Conf. 2. ubi præjudicium.* Carpz. *dec. 203.* Quod ex Jure Canon. c. de proc. 6. generaliter fere receptum esse, monet Hopp. *ad Inst. h.t. ad § 5. Ust. hod. J. Menck. Ti. Synop. Proc. Jur. Communis & imprimis Sax. Electoral. Disp. 4. ad O. P. S. Tit. III. § 2.* Nuperrimo quoque rescripto regio & Electorali d. a. 1723. d. 12. Apr. ætas 21. annorum in procuratoribus judicialibus & Advocatis requiritur, ita ut minores, omissa licet ab adversario exceptione, ab actis per Judicem ex officio repelli debeant. § 4.

(b) *Pos. 3.* (c) *Pos. 4.*

Tit. VII.

De Lege Fusia Caninia tollenda.

SEquitur altera libertati inimica Lex *Fusia Caninia*, Accursio a canina invidia sic dicta, æque acute ac legem Falcidiam a defalcando derivat, ignarus Leges Rogatorum nominibus ferri. Lex Fusia modum testamentariis manumissionibus statuit; ut qui plures quam servos 10. non haberet, plus parte dimidia ne manumitteret; qui ad 30, ne plus tertia; qui ad 100. quartam; qui ad 500. non plus quinta, nec unquam plures quam *centum* Testator libertate donaret, etsi *nationes servorum* haberet, ut Tacit. 14. *Ann.* 44. *vid.* Ulp. *tit.* 1. Paul. 4. *sent.* 14.

2. Justinianus improbavit hanc restrictam testandi licentiam, & legem *Fusiam Caniniam* sustulit, *hoc tit.* quasi iniquum sit, morientibus prohiberi pro lubitu libertatibus indulgere, quod licebat vivis, *arg. l. 1. C. de SS. Eccles.* exemplo Milonis, qui trecentos una die servos manumisit, Ascon. *in argum. Milon.* Sed Augusto hujus legis alia ratio constabat, ne crebris manumissionibus civitatis Rom. honos vilesceret, ac *populum a servili colluvione incorruptum servaret.* Sueton. *Aug. Cap.* 40. quod Justiniano Græco nihil curæ fuit. Solent autem effusus moribundi servos, quibus uti nequibunt, quam superstites, dimittere. Parum stringit igitur Justiniani contra Augustum argumentatio; *Quod licet inter vivos, debet etiam in testamento licere.* Nam ubi dispar, ut hic, ratio militat, non procedit. Exemplum in pupillo, qui tutore auctore inter vivos quidem potest, sed non testamento alienare, & filiofamilias, qui de rebus quibusdam paganis potest διοικεῖν, non διατίθεσθαι, *vivus, non mortis causa disponere,* Nov. 117. *c.* 1. § 1. Multis quoque populis generaliter hoc argumentum displicuit, hodieque & olim testamentariæ alienationes extra sanguinem, pluribus, quam venditiones, legibus sunt circumscriptæ.* Id per se patet, argumentum Justiniani ultra hypothesin non extendendum; *Idem jus in actibus inter vivos & testamentis est, quod ad potestatem alienandi.* Nam, quoad formam aliaque requisita, nulli actus perinde contrarii sunt, quam contractus & ultimæ voluntates, *l. 20. de V. S.* **

Tit. VIII.

De His, qui sui vel alieni juris sunt.

Potestas aliena duplex tantum, & an ulla maritalis. Quod juris sit domino in servos, & servo adversus dominum. Quo jure dominus servum vendere cogatur.

(a) SUccedit altera personarum divisio, in eos, qui sunt sui, vel alieni juris. Sui juris qui sint, negative definitur, nec potest aliter, *Qui non sunt alieni juris.* Qui alieno juri subjecti sunt, patria potestate vel dominica continentur, *pr. Inst. de his, qui sui vel al. jur.* Plures quam hæ duæ species non dantur, quia vox potestatis stricte & κατ' ἐξοχὴν hic sumitur, cum respectu ad familiæ subjectionem, ut nec Magistratui nec tutoribus conveniat; sed ne maritis quidem; Uxor enim æque sui juris est quam vir. Enimvero Jus civile Viro imperium domus ex prærogativa sexus & jure gentium relinquit, *l. 195. § 2. l. 196. pr. de V. S.* sed quod ad effectus legales attinet, non habet uxorem in potestate maritus. Ipsa quoque Socia & Domina dicitur, *l. 1. D. rer. amot.* Duæ tantum domesticæ subjectionis species sunt cognitæ, servorum & filiorum fam.

2. (b) Jus Dominorum in servos, vel circa res, vel eorum corpora versatur. De priore satis constat, servos nihil habere suum, sed omnia Dominis acquirere, *§ 3. infr. per quas person. cuique acquir.* de quo *in loco.* De posteriore hic agitur, quod minime tam est amplum hodie, quam fuit olim. Veteres enim jus vitæ necisque in servos absolute, etiam sine causa justa ha-

* Ita Jure Saxonum Geradam vendi & donari posse certum est, licet ob jus cognatæ quæsitum ultima voluntate nisi illa consenserit, de ea disponere, prohibeat *P. 2. Const. El. 14.* ubi vid. potest Carpz. *def. 1. & 4.* Moller. pr.

** Conf. Ephr. Gerhard diss. d. Lege Fusia Caninia Jen. hab.

(a) *Pos. 1. 2. 3. 4.* (b) *Pos. 5. 6.*

bebant

bebant, quod Imperator § *1. h. t.* ex Cajo *l. 1. §* *1. D. h. t.* omnibus peræque gentibus ait commune fuisse; quod fides historiæ temperandum monet, quia multis hoc rigidum jus displicuit, de quibus Bodin. *1. republ. 5.* Pro *omnibus* igitur exaudi, *multis*, ut Dion. Prus. *orat. 15.* de hac ipsa re, πρὸς πολλοῖς καὶ σφόδρα εὐνομουμένοις, *apud multas gentes optimis legibus utentes*, ait hoc summum jus valuisse. Quod autem jus & potestatem necandi servos habuisse dicuntur domini, non de interna justitia, sed de jure externo & impunitate accipiendum. Juste enim, nisi capitale ob crimen, humanum sanguinem nemo fundere potest, nec herus neque Rex, Seneca *lib. 1. de Clem. c. 18.* neque sævire præter meritum, etsi intra mortem. Unde D. Adrianus Umbriciam matronam relegavit, quod ex levissimis causis ancillas atrocissime tractasset, *l. 2. π. in fin. h. t.* Idemque postea generaliter est vetitum, adeo ut quisque de servi proprii cæde non minus quam alieni teneatur, § *2. h. t.* imo nec verborum vulnerumque atrocitas, sed modica tantum coercitio permittitur, *l. un. C. de emend. serv.* (c) Contra majorem asperitatem servis patet asylum (τὸ ἄσυλον est inviolabile refugium) apud statuam Principis, unde abstrahi nequeunt; sed magistratus, si intolerabilem sævitiam deprehendat, servos a dominis vendi jubet, *d.* § *2. & l. 2. h. t. l. un. C. de his, qui ad stat. princ.* idque *bonis conditionibus*, id est, justo pretio, quod requisitum venditionis publice imperatæ tradit, *l. 12. in pr. de relig.* vel, *bonæ* conditiones opponuntur *duris*, quales irati domini crebro venditionibus servorum imponunt, *ut exportentur*, ne *manumittantur* &c. *l. 25. de Statulib.* Theoph. *hic.* Fuerunt igitur asyla apud Romanos, fuere apud Hebræos pro homicidis involuntariis, qui vindicem sanguinis fugiebant, *Num. 35. Deut. 19. Jos. 20.* Nobis hodie nihil opus est ejusmodi refugiis; nec enim ejusmodi sanguinis vindices, aut dominorum sævitiam, habent homines quod extimescant.

3. (d) Necessitas vendendi servum hoc casu, extra ordinem, ob publicam utilitatem dominis imponitur; *expedit enim Reipubl. ne quis re sua male utatur, d.* § 2. Regulariter nemo cogitur rem suam vendere, *l. 11. C. de contrab. empt.* ne quidem justo pretio, *l. 9. de act. rer. amot.* suarum enim quisque rerum liber est arbiter & moderator, *l. 21. C. mand.* quod jus a principe tolli nequit: Reipubl. habet ille imperium, quod dominio privatorum nihil officit. *Ad Reges*, ait Seneca *7. de benef. 4. potestas omnium pertinet, ad singulos proprietas;* cui non obstat jus Regium, quod *lib. 1. Sam. c. 8. v. 11. & seqq.* describitur. Nam jus illud aut est mos & institutum Regibus usitatum, aut est Jus quale Prætor facit, quando inique decernit, *l. 11. de Just. & Jur.* non *jus*, id est, regula recti, verum quod subjectos obliget ad patientiam; sicuti liberi parentum ferre coguntur injurias.

(c) *Pos. 7. 8.* (d) *Pos. 9. 10. 11.*

SCHOLIUM.

Tres de jure Regio Samuelis sunt sententiæ; I. *Per id indicari nudum factum & quid futurum sit dato Rege, quam sententiam Miltoni & Limnæi refutat Henning. ad* Grot. I. 4. 3. II. Grotii *d. l. subimmi ibidem a Samuele factum, quod effectum juris, scilicet non resistendi licentiam habeat*, quæ opinio etiam videtur esse Auctoris. III. *Jus illud regium esse verum jus, defensa a Magnif. D. Zieglero* ad d. l. Grot. *Bæclero ibid. cum quo & nos facimus.*

RESPONSIO.

Quo minus huic sententiæ adstipulari liceat, diximus in lib. 1. de jur. Civit. Cap. 13. & *dicetur accuratius in editione suo tempore renovanda* ξὺν Θεῷ.

N. ADDIT.

Controversia ipsa cum ad Jus Justinianæum parum pertineat, & ipse Autor etiam ad alium tractatum se remittat, nec a nobis ulterius urgebitur, præprimis cum plurimæ in explicatione juris illius regii occurrant difficultates, quamcunque sententiam arripias. Hinc in Scholio adjeceram citationem Martini Schokii de quadruplici lege regia sect. 2. c. 2. seq. *Cui adde integrum tractatum Joh. Wandalini* de Jure Regis Israelitici, *Schickardum* de Jure Regio Ebræorum c. 2. theor. 7. p. 160. *ubi docet, ipsos Judæorum eruditos hic sefellas facere.*

Sed Princeps, urgente publica necessitate vel utilitate, de civium rebus, dominis invitis, disponere potest; quandoquidem præsumpto generis humani consensu, cum dominia sunt introducta, receptum est sine dubio, *cedere jus privatorum debere totius populi commodo.* Dominium est juris voluntarii, nec ulterius, quam fert populorum voluntas, extenditur. Hoc jus Reipubl. Grotius *Dominum eminens* vocat, *l. 1. de*

J. B. & P. c. 1. n. 6. aptius, quam alii distinguunt inter potestatem Regis *ordinariam & extraordinariam.* Quia tamen populi id quam minimo singulorum damno videntur fieri voluisse, pretium aut continuo præstari, aut postea dominis restitui debet. Grot. *l. 2. c. 14. n. 7.*

Tit. IX.

De Patria Potestate.

Cujus juris sit Patria potestas. Specialia illius juris. De potestate in nepotes. Causæ illius juris.

(a) Cum familiæ imperium naturæ conveniens & a nulla non gente receptum sit, dubium non est, quin origo Patriæ potestatis juri gentium debeatur, ut prolixe Bodinus probat, *l. de Rep. 4.* infectatus nostros, quasi dissentiant. Sane Cajus in *l. 1. de his, qui sui vel al.* cum de jure dominorum dixisset, *quæ quidem potestas juris gentium est*, subjungit in *l. 3.* de jure in liberos, *quod jus proprium civium Romanorum est.* Eadem sunt in § *1. Inst. eod. tit. & § 2. de patr. pot.* Sed dicendum, Patriam potestatem esse quidem juris civilis, verum *mixti*, cujus origo est naturalis & gentium, sed cui lex plurimum addit, nec alia mens *Justiniano* in *d. § 2.* cum *nullos*, ait, *homines talem habere in liberos potestatem, qualem nos habemus.* (b) Matri pro statu mere Naturali par quidem potestas ac Patri debetur, qua de re dix. *l. 2. Digress. c. 3.* sed ordinis causa præfertur Patris, ut præstantioris Imperium, Η γὰρ ἰσοτιμία μάχην ποιεῖ, *Æqualitas pugnam facit.* Chrysost. *1. ad Corinth. XI. 3.* Quæ tamen sexus prærogativa nil nisi *ordinem* civilem spectat, *reverentiam* matri jure Naturæ & divino debitam minime lædit, secus quam D. A. Matthæus colligit *disp. 7. fundam. jur.*

2. (c) Specialia patriæ potestatis jura, tam res liberorum quam ad personas spectant. Ad *res 1.* Quicquid filius (ex peculio profectitio) acquirit, id Patri quærit, § *1. I. per quas pers. acquir.* Pater habet usumfructum in bonis filii a Juventitis, *l. 1. C. de Bon. mat.* Filius de bonis suis testamento disponere nequit, *pr. Inst. Qui test. fac.* Pater impuberi dat heredem, § *4. Inst. de pup. subst. Ad personas* primo refertur regula, Pater & filius una persona videntur, *l. ult. C. de impub. & al. subst.* hinc suus heres filiusfam. est Patri, § *2. infr. de her. qualit.* Nulla inter eos obligatio § *6. Inst. de inutil. stipul.* nulla lis esse potest, *l. 4. de judic.* Pater filiof. tutorem in dat testamento, § *3. infr. de tutel.* Nuptia filiusfam. sine Patris a[illegible] ne-quit, *princ. Inst. de Nupt.* Præterea Pater olim jus vitæ necisque in liberos & ter eos vendendi exercebat, teste Halicarnassæo *in l. 2.* & A. Gell. *l. 17. c. 19. l. 11. de Lib. & posth.* non obstante *l. f. C. de Patr. pot.* quam de medii temporis consuetudine accipere licet. Utriusque juris vestigium hodieque supersest; *Primi* in *l. 20. ad L. Jul. de Adult.* ubi Pater filiamf. in adulterio deprehensam impune occidit, quod esse jus Patris, liquet inde, quia non idem maritis licet, *l. 1. § ult. ad L. Corn. de Sic. Secundi*, in *l. 2. C. de Patrib. qui fil. distrax.* ubi pater extrema egestate subactus filium vendere potest *sanguinolentum*, id est, recenter natum, adhuc a matre rubentem. Juven. *Sat. 7.* ut explicat Cujac. *in parat. C. d. t.* & probat multis Gothofred. ad *d. l. 2.* Rationem, cur non idem in adultos licuerit, reddidimus *lib. 2. Digress. c. 5. ubi de toto negotio.*

3. (d) Hæc aliaque jura non modo in filios filiasque, sed & in nepotes ex filiis competunt, § *ult. Inst. de patr. pot.* Siquidem nec nuptiis, nec separata habitatione, ut *infra* videbimus, patria potestas jure *Romano* solvitur. Sed filia nostra nubendo, quia pars sit alienæ familiæ, & liberos marito parit, qui sunt in hujus ut Patris ejus potestate, non potest nobis potestatem præstare; verum ejus liberi sunt in potestate Patris eorum, *d. § ult.* quippe imperia domestica penitus confunderentur, si diversi Patresfamiliarum jus suum in eosdem exercerent. Hinc fœmina dicitur *finis* paternæ familiæ, quam propagare incipit, *l. 195. § ult. de V. S.* Ipsa alioqui filia manet in potestate Patris sui, § *2. infr. ad Sc. Tertull.* quanquam olim, si conventione in manum mariti nupsisset, in viri potestatem transiret. Dionys. Halic. *lib. 2.* Sigon. *1. de jur. civ. Rom. c. 9.* Moribus hodiernis Patriam potestatem ejusque effectum in desuetudinem abiisse, testatur Gudelinus, *1. de jure novissim. c. 13.* Sed *apud Frisios Patria potestas plenum vigorem obtinet; cum omnibus effectibus ipsi in jure attributis*, ait

(a) *Pos. 1.* (b) *Pos. 2.* (c) *Pos. 2 seqq.* (d) *Pos. 11. 12.*

Sanct

Sand. *lib. 2. tit. 7. defin. 1.* De moribus aliarum gentium vid. D. Voet. *ad tit. Inst. de Patr. pot. n. 5.** At in nepotes Avi potestas hodie nulla est **, quia Nuptiis per universam Europam Patria potestas solvitur; Nec revivisicit, matrimonio liberorum soluto, quia quod semel extinctum est, sine nova causa non potest renasci; proinde viduæ nihilo magis in potestate sunt quam nuptæ, seu minores sive majores annis XXV. Auctores vid. apud D. Voet. *ad tit. Inst. quib. mod. Patr. pot. solv. in fin.*

4. (c) Causa præcipua constituendæ patriæ potestatis, est matrimonium sive nuptiæ, *pr. I. de patr. pot.* Naturaliter quavis quidem generatione potestas Parentibus, modo certi & noti sint, comparatur; sed quia pater, nisi ex nuptiis, certo cognosci non videtur, ideo & *Civili & Gentium* jure, patria potestas ad conjugium restringitur: Quia tamen Legitimationi & Adoptioni, effectus nuptiarum legibus tribuitur, ideo tres modi acquirendæ patriæ potestatis sunt prositi, *Nuptiæ, Legitimatio, & adoptio*; de quibus *ordine deinceps.*

TIT. X.

De Nuptiis & Legitimatione.

Definitio Nuptiarum & genus explicatum. Nuptias non esse Contractum. De polygamia duplici. Quid sit indicidua &c. Sponsalia & eorum divisio. Requisita Nuptiarum. Primum de ætate exponitur. Item secundum de ætate. Tertium, de consensu Parentum. De vi ratihabitionis. Matres & Curatores nihil habere potestatis in nuptiis. Quartum, de sanguine. Idem de affinitate. Prohibitiones extraordinariæ. Effectus prohibitionis. De Legitimatione.

(a) NUptiæ sive matrimonium, (sæpe nuptiæ pro festivitate nuptiali sumuntur, ut *l. pen. de don. int. v. & ux.*) sunt *viri & mulieris conjunctio, individuam vitæ consuetudinem continens, §. 1. d. t. de patr. pot.* Vox *conjunctio*, non tam actum conjungendi, qui per consensum fit; ut volunt, qui nuptias faciunt contractum; quam statum conjugii exprimere videtur, ut in *l. 1. de rit. nupt.* explicatur *conjunctio* per *consortium omnis vitæ*; verbalia in *io* desinentia sæpe continuitatem, non actum transitorium notant, ut Cicero Bellum definit *Certationem per vim*; Sic *1. off. c. 36.* In bello movendo suprema fuit apud priscos Romanos *observatio*, id est, perpetuum observandi institutum. Et *possessio* JCtis jus & statum possidendi significat; &c. Verum tamen est, solo nuptias consensu perfici: aptitudo quidem ad generandum, essentiale matrimonii requisitum est, concubitus ipse non ad *perfectionem*, sed ad *implementum* pertinet, *l. 30. d. R. J. l. 15. de Cond. & D. l. 4. de fid. Instrum.* Ritus deducendi sponsam in domum mariti, receptissimus quidem fuit, ut in domum *ducta* passim pro nupta usurpetur, *l. 68. l. 69. §. 3. de jur. dot. &c.* Neque tamen perficiebat essentiam nuptiarum, sed jam perfectis supervenichat, non modo recentiori *Cod.* jure, *l. 22. C. de Nupt.* sed & vetere *Pandectarum*, *l. pen. in pr. de don.*

* Apud Saxones quoque Jura Potestatis Patris salva esse, ‡ non modo patet ex *Dec. El.* 23. quæ vinculum unitatis inter Patrem & Filium agnoscit, conf. Sandr. L. 1. a. 10. & *Dec. El.* 62. quæ Patri Usumfructum vi patriæ potestatis vindicat, sed & expressa sanctione *P. 2. Const. Elect. X.* id cautum est. conf. Thomas. de Us. jur. patr.

‡ Cujus Potestatis vi Pater legitimam in Judicio standi personam nomine liberorum habet, mandatarium quoque constituit, & omnes actus, etiam quæ speciali mandato indigent, rite suscipit, peragitque, nisi maternorum bonorum causa, vel alia ex ratione, iisdem liberis peculiaris curator constitutus sit, quo casu curator hic in iis rebus, quarum gratia constitutus est, curandorum suorum nomine in Judicio compareat. *Ordin. Proceff. Saxon. Elect. Illustr. & Emend. Tit. IX. §. 1.*

** Nuptiis filii, ait Auctor, per universam Europam Patriam potestatem extingui, sed nostris moribus, nisi filius œconomiam peculiarem instituat, secus obtinet, adeoque contingere potest, ut etiam hodie in Avi potestate nepos nascatur. vid. Thomas. *ad Strauch. Diss. 4. th. 26.* Id. d. quæs. emanc. Germ. §. 45. conf. Schuberth. d. redintegr. patr. potest. §. 2.

(a) *Pos. 1.* (b) *Pos. 1. 2. 3.*

int.

jur. vir. & ux. nec obstant *d. l. 15. l. 24. C. de Nupt. l. 6. C. de donat. ante Nupt.* his enim non traditur, quid nuptias perficiat, sed quod extranei de nuptiis futuris loquentes, eas tali tempore præsumpserint extituras, quo publice de illis constaret. At in *l. 6. de rit. nupt.* verius est, nihil quam formam deductionis absente marito faciendæ, naturam vero matrimonii nullo modo doceri. Diximus hac de re latius in *lib. 5. Digress. cap. 11. & seq.* Ejus loco, Christianis moribus publicatio & *Copulatio ecclesiastica* recepta est, quæ tamen nec ipsa ad essentiam, nec quidem ad necessitatem nuptiarum pertinet, sed absque ea matrimonium & liberi justi intelliguntur, *nisi lege municipali nullitatis pœna neglecti imposita sit*, ut apud *Batavos*, at in *Frisia* factum non est, pœna duntaxat pecuniaria spernentibus ἐφεδρείαν imposita. Sand. *lib. 2. tit. 1. Def. 1.* *

2. (b) Igitur nuptiarum genus est, *maris & fœminæ conjunctio.* Donellus 13. *Comm. c. 18.* prolixe matrimonii genus esse contractum, & quidem societatis contendit, quem alii, nuperque Vinnius *l. 2. Partit. c. 21.* sequuntur, quia contrahi dicatur, *pr. Inst. de nupt.* & consensu utique ut contractus ineatur, *l. praced.* Uxori societas tribuitur, *l. 1. de act. rer. amot.* societas, consortium voluntarium, *l. 52. § 8. D. pr. soc.* idem matrimonium, *l. 1. de rit. nupt.* imo contractus differte in *l. f. C. de Repud.* Vere tamen *Contractus* ad dandum vel faciendum, & de his, quæ locupletiores nos faciunt, & eo quod interest, quod habet rationem pecuniariam, sunt constituti, *§ 18. Inst. de inutil. stipul.* Sed nemo est locupletior, quod uxorem habeat; nec animorum illa & corporum conjunctio civilem ejus quod interest rationem continet. Convictus & conjugalia officia, non sunt res commercii, de quibus contrahitur, sed mere personalia, quæ ad primum Juris objectum referuntur; nec utique actionem sui nominis producunt nuptiæ, ut solent nominati contractus. Neque mens fuit veterum nuptias referre inter contractus, nec adeo contractas sunt. Si dicas igitur, matrimonium esse conventionem nominatam, & hanc esse *contractum, l. 7. in pr. & § 1. π. de Pact.* regeram, adesse debere materiam, ut dixi, habilem commercii, ut nomen & definitio contractuum applicetur.

3. (c) Numero singulorum *Vir & mulier* ponuntur, excludendæ polygamiæ gratia, non modo ne plures maritos una mater familias habeat, ut Romæ olim matronæ flagitabant, Gell. *l. c. 23.* quod absurdissimum esse, natura & civilis ratio docet, nec usquam in mundo receptum fuisse legitur: Sed etiam, ne vir plures simul fœminas ducat, quod nunquam Romæ licuit, *§ 6. Inst. h. t. l. 2. C. de incest. nupt. l. 18. C. ad L. Jul. de Adult.* nec jure divino licet, ut Beza probat *tract. de polygam.* dissentiente ex parte Grotio, *l. 2. c. 5. n. 9.* Hæc simultanea est polygamia, ut vulgo; Successiva, id est, secundæ nuptiæ, cum priore elata ducitur alia, omni jure permissa est, *l. 4. pr. C. de bon. q. lib. Rom. 7. v. 3. 1. Corinth. c. 7. v. 39.* Nam quæ pœnæ jure civili in eas constitutæ dicuntur, *tit. C. de sec. nupt.* non sunt proprie tales, id est, coercitiones & vindictæ, sed remedia, quibus prioris matrimonii liberis consulitur, ut est, ne conjugi secundo plus quam uni ex prioribus libris relinquatur, *l. 6. C. de sec. nupt.* ut parenti δευτερεγάμῳ auferatur proprietas eorum, quæ a priori conjuge liberisve adeptus est, usufructu tantum retento, *l. 3. 4. 5. cum Auth. C. eod* **.

4. (d) Hucusque de genere, *Viri & mulieris conjunctio.* Sequitur differentia; *individuam vitæ consuetudinem continens.* Non complectitur omnia nuptiarum requisita, ut consensum parentum, religionem sanguinis, aliaque; nec opus est, quia naturam matrimonii ab aliis rebus distingui sufficit. Vocem *individuam* plerique de scopo & voto contrahentium, non de eventu

* In Saxon. liberi ante copulam sacerdotalem nati, non aliter habentur pro legitimis, quam si publica præcesserint sponsalia, *Dec. Elect. 40.* ibique Phil. *Observ. 1.* ita tamen, ut sponsa æque ac sponsus propter auticipatum concubitum & neglectum copulæ sacerdotalis, ad carcerem, pœnitentiamque ecclesiasticam condemnentur, aut alia arbitraria pœna afficiantur. conf. Die Churfl. Sächs. Kirchen-Ordnung. *rubr. gen.* Von Ehe Sachen. *spec.* Von Straffe der Unzucht und des Ehebruchs §. Wo zwo verlobte Personen &c.

** Apud nos pœnas istas secundarum nuptiarum, quæ *l. 1. l. 3. l. 5. l. 6. C. de sec. nuptiis* recensentur, cessare, Carpz. *P. 2. C. 43 d. 14.* & Berlichius *P. 5. C. 29. n. 26.* docent. conf. Lauterb. L. 1. 2. 5. Interim festinatam nimis & præmaturam secundi conjugii celebrationem, merito sua manet animadversio.

(b) *Pos. 4. 5.* (c) *Pos. 7.* (d) *Pos. 6.*

expli-

explicant, quia crebro nuptiæ divortiis solvuntur, jure Rom. præsertim, *tot. tit. C. de Repud.* Ego malim hoc verbum ad arctitudinem societatis, ut exponitur in *l. 1. de rit. nupt.* quam ad perpetuitatem temporis referre; ut socios dicimus *individuos*, qui arctissime, non qui semper sunt jundi. Sic Tacitus, Tiberii *individuum* ab ipso oppre lium memorat, amicum utique non perpetuum, *6. Annal. c. 10.*

5. (e) Priusquam requisita Nuptiarum explicentur, de Sponsalibus dicendum, quæ præcedunt nuptias. Definiuntur in *l. 1. de Sponsal.* mentio & repromissio futurarum nuptiarum. Unde liquet, nulla esse, nisi de futuris nuptiis sponsalia. Jus Canonicum alia *de præsenti*, alia de futuro introduxit, *cap. pen. x. de Spons.* Illa, quæ verbis præsentis temporis, *ducote, nubo tibi*, hæc, quæ temporis futuri verbis, *Ducam te, nubam tibi*, concipiuntur. Sed præsentia, cum purum in nuptias consensum exprimant, ex usu Juris civilis nihil a matrimonio differunt, nec quidem Jure Canonum, *cap. 1. caus. 27. quæst. 2. Matrimonium non facit coitus, sed voluntas:* Idem est in *c. tuæ fraternitati. 25. de sponsal.* Et coitus post nuptias contractas accedere dicitur, *d. caus. 27. q. 2. cap. 35. & seq.* Proinde Sponsalia de præsenti & matrimonium faciunt unum idemque, adeo ut differant tantum nominibus & quod ad tempum consummationis, quæ Canonum auctoritas in mores abiit. Nam omni die Sponsi abusive dicuntur ante copulam, qui matrimonium contraxerunt. Denique, est ita fortasse, quod inter jus Civile, Canonicum, & mores hodiernos, parum aut nihil sit discriminis hac parte, quemadmodum late disputavimus *L. 2. Digress. c. 7. & seqq.*

6. (f) Cæterum, *Nuptiæ debent esse justæ*, id est, secundum præcepta Legum contractæ, *h. princ.* unde *justa* uxor *l. 31. de rit. nupt.* eadem quæ legitima uxor, *l. 4. eod.* Præcepta legum ad quatuor capita referuntur; 1. ad jus civitatis, 2. ætatem habilem, 3. consensum tam contrahentium, quam Parentum, 4. ad honestam sanguinis & affinitatis distantiam.

7. (g) Ad primum quod attinet, Romanus civis nunquam nisi Romanam uxorem habere poterat, *pr. I. de nupt.* Nam peregrini jure quidem Gentium & domestico, sed Romano nequaquam, nuptias contrahebant, (quibus tamen ex Latio cum populis connubii jus videtur fuisse communicatum,) multo minus servile contubernium titulo, nedum jure, connubii gaudebat. Sigon. 1. *de jur. civ. R. c. 9.* Hinc igitur deportata definit esse nupta, *l. 56. Sol. matrim.* scil. quod ad civiles effectus attinet, *l. 13. § 1. de donat. int. V. & Ux. l. 17. § 4. ad SC. Treb.* etiamsi consuetudo vitæ, quæ juris Gentium est, manere possit, *d. l. 13. § 1. l. 1. C. de repud.* Verum hoc discrimen inter Romanos & peregrinos, post *l. 17. de stat. hom.* vulgato civitatis honore, exiguum habuit usum, & nostris moribus nullum *, quod simplicitati juris Gentium melius congruit.

8. (h) Secundum præceptum est, in masculis, *pubertas*, in feminis *viripotentia*; quarum tempus Natura in universam non signavit: Unde & Jus Canonicum nuptias iis indulget, qui ex habitu corporum capaces earum reperiuntur, *c. 3. § ult. de sponsal. impub.* Sed noster Legislator, ne obscura divinatione vel exploratione indecora laboraret, rem certo annorum numero adstringere maluit, non ut in puncto naturam exprimeret; ideoque, pubertatem annis 14. virgo potentiam 12. definivit **; *pr. Inst. quib. mod. tut. fin.* (rationem disparitatis in sexu dix. in *l. 2. Digress. c. 13.*) ut hoc esset spatium, intra quod nuptiæ plane prohibeantur, posthac sint licitæ, ut tamen prudentiæ singulorum relinquatur, ne, præter quam expediat, accelerentur: quales reprehendit Imperator in *Nov. 100. c. 2.* τὰς σφόδρα τάχιστα συναλλάττοντας γάμον, inquit. Imitandi Germani, *apud quos sera juvenum Venus, eoque inexhausta pubertas, nec virgines festinabantur*, Tacit. *Germ. c. 20.* Cæterum, tempus hic Justinianus naturaliter computat, non ut annus vel dies cœptus pro impleto habeatur, qui civilis est calculus, sed oportet excessisse annum 12. vel 14. Τὰς μὲν ὑπερβεβηκέναι, τὰς δὲ μείζας εἶναι, *hos quidem egressos, illas vere majores dictis annis*, ait Theoph. Recte igitur hoc requisitum ad ætatem refertur.

SCHOLIUM.

Non tam ætas, quam potentia generandi, in qua

* In Germania sedulo ad religionum diversitatem in desponsandis obviam respiciendum, unde inter personas toleratæ religioni addictas matrimonium justum est.

** In Germania masculis ante annum 18. cum & in iis facultas alendi familiam desideretur, matrimonium haud facile permittitur.

(e) *Pos. 8. 9. 10.* (f) *Pos. 12.* (g) *Pos. 13.* (h) *Pos. 14.*

quæ præter ætatem adspicitur etiam sanitas & integritas corporis. Strauch. Dis. 20. th. 10. *De hoc requisito hanc tenemus regulam; Ubicunque spes est, per media naturalia generationem sobolis obtineri posse, ibi nuptiæ sunt permittendæ, ut in senibus sterilibus, spadonibus. Ubi vero certum est, naturaliter obtineri non posse generationem, nuptiæ non sunt admittendæ, ut in Eunuchis, ut in aretæa.* Conf. not. ad Strauch.

RESPONSIO.

Hoc scholion supplendi potius, quam notandi causa videtur esse adjectum. Nam de ætate nimis evidens res est. Suppletio per me subsistat.

N. ADDIT.

Ego vero ad istam suppletionem jam illud observo, quod prior pars regulæ in Scholio traditæ multas adhuc dispectiones admittat. Usus quidem tum fuit illa regula, eamque inculcavi etiam in Instit. Jurispr. div. l. 3. c. 2. n. 71. seq. & c. 2. n. 188. seqq. *ad defendenda conjugia senum. Sed melius tamen defenditur, conjugia senum cum juvenculis & vetularum cum juvenibus, repugnare honestati naturali.* vid. emendat. instit. juris div. ad fundam. nova juris nat. & gent. d. l. 3. c. 2. n. 30. seqq.

9. (i) Tertio, requiritur consensus, non modo ipsorum contrahentium, sed etiam Parentum*; quod tam civilis ob publicam utilitatem, quam naturalis, ob gratitudinem, ratio suadet, ait Imp. *in princ. Inst. de Nupt.* Naturæ suasionem Lex civilis in necessitatem, quod ad Patrem, convertit, ut nuptiæ, consensu Patris neglecto, sint ipso jure nullæ, *d. princ.* juncto § *12. eod. l. 2. de vit. nupt.* modo pater exercitium potestatis suæ habeat; nam furiosi filia, curatoris Paterni, & propinquorum ac magistratus consilio nubere potest, ac etiam filius; de quo olim dubitatum, quia plus præjudicii familiæ patris, ducta in eam uxore, quam filia creat, quæ nubit extra domum, *l. 25. C. de Nupt.* Idem est, si pater per triennium captivus aut desideratus fuerit, vel etiam ante triennium, si conditio sit talis, quæ Patri sine dubio placitura sit, *l. 9. 10. & 11. de rit. nupt.* Jure divino hoc requisitum æque necessarium, actumque alias irritum esse, contra Grotium *d. l. 2. c. 5. n. 10.* rectius statuitur. Jus enim Parentibus *eloeandi* filias aut *servandi* datur, τηρεῖν ἢ ἐκγαμίζειν, ait Apost. *1. Corinth. 7. v. 37.* idem *Deut. 7. v. 3.* Adde, quod Pater corruptori filiæ usum matrimonii concedere vel negare, pro lubitu possit, *Exod. 22. v. 17.* denique adde *arg. c. ult. in pr. lib. Jud.* ubi tribus Benjamin extinguenda fuisse narratur, quia Patres reliquarum tribuum juraverant, se nulli ex illa filias suas esse daturos in matrimonium. Hanc gravitatem Juris Divini & Civilis, Pontifices non videntur imitati; *Sufficiat*, ajunt, *secundum Leges solus eorum consensus, de quorum conjunctionibus agitur, c. sufficiat. ca. 27. q. 2.* & Raptor, qui mulieris habet consensum, licet Parentes reclament, non tenetur; *c. cum causa X. de rapt.* quod si conjugium non valeret, nihil repetenti Patri obstaret, *ut infr.* Licet alii textus consensum *Parentum frequenter commendent, caus. 30. qu. 5. c. aliter. c. nostrates. c. qualis. c. sponsus. Item caus. 32. q. 2. c. non omnis. cap. honorantur. & cap. ult.* sed & alia sunt in iis locis, unde liquet, ne consensum quidem adeo requiri necessario, ut matrimonium, eo neglecto, sit nullum, adde *c. per tuas. 6.* Cæterum, consensus Patris tacitus sufficit; nam si ante concubitum Parentes matrimonium publice promulgari & legitime celebrari patiuntur, hæc non ratihabitio, sed consensus initialis videtur, ut Sandius tradit *lib. 2. tit. 2. def. 2.* Quod cum Jure nostro consentit. Etsi enim in *princip. Inst. de Nupt.* justus Parentis *præcedere debeat*, hoc tamen ita accipiendum, ut sufficiat scivisse, nec contradixisse parentem, *l. 5. § 1. de sponsal. l. 5. C. de nupt.* hinc Theoph. κέλευσιν, jussum, ita explicat, τοῦτ' ἐστὶ δεῖ τὸν πατέρα συναινεῖν, id est, *Patrem consentire oportet.*

10. (k) Sed nec dubium est, quandocunque

* Jure Sax. El. Liberi Parentum i. e. Patris ac Matris, iisque deficientibus Avi Aviæque consensum adhibere tenentur, alias ab iis usque ad legitimam dimidiamve ejus partem institui, imo, si concubitus accesserit, in solidum a successione excludi possunt; conjunctio quoque talis nullitate laborat. Churfürstl. Sächsis. Ehe-Ordnung, *tit.* Von Ehe-Sachen. *rubr.* Von Ehe-Gelöbnissen. § 1. Ehe-Ordnung *de an. 1624* p. 1. Carpz. *Jurispr. Conf. l. 2. t. 3. d. 38. n. 8.* Atque hæc necessitas adhibendi consensum Parentum, eodem jure etiam ad liberos emancipatos & secundo nubentes pertinet, *v. d. Ordinat. Matrim.* Carpz. *l. c. def. 49.* j. tamen Berl. *p. 2. concl. 11. n. 60.* Cæterum, si parentes ex injusta causa in nuptias filii consentire nolint, requiri potest ante sponsaliorum contractum Consistorii consensus, cui idem effectus ac parentali conceditur. Ehe-Ordn. d. t. § dagegen.

(i) *Pos. 15. & 17.* (k) *Pos. 16.*

Patris

Patris conſenſus acceſſerit, ab eo tempore, ceſſante cauſa quæ matrimonium impediebat, nuptias fieri legitimas, juſtosque ſuſcipi liberos, *arg. l. 4. & l. 65. §. 5. de rit. nupt.* At liberos ante ratihabitionem natos, manere illegitimos, plerique tradiderunt; alii pauciores horum quoque ſtatum ſanari putant, quos animus inclinat ſequi; non *ideo*, quia, ſi ratihabitio non proſit liberis ante eam natis, complures præcipuæ familiæ illegitimo ſanguine refertæ forent: nec etiam, quia durum eſt, liberos, quorum parentes legitimi conjuges ſunt facti, ſemper manere nefarios, ſine ulla ſpe legitimationis, cum etiam inceſtuoſis diuturnitas temporis jura legitimorum tribuere poſſit, *l. 57. §. 1. de rit. nupt.* Sed ratio decretoria eſt, quod ratihabitio ſit ejus naturæ, ut ad principium cujusque actus retrotrahatur, eique inde ab initio qualitatem ſuam imprimat, adeoque *retro recurrat*, ut ait, *l. 16. §. 1. de pignor. l. 56. de judic. l. 1. §. 14. de vi & de vi arm. l. 25. C. de donat. int. V. & U.* Idque in omnibus, quæ conſenſu fiunt, etiam ipſo jure nullis, *l. 5. §. 9. de don. int. V. & Ux.* obtinere, textus illi & ratio docent. Nam ratihabitio eſt ſubſecutus conſenſus, & præcedentem defectum ſupplet. Quid cauſæ igitur eſt, cur in *nuptiis*, quæ maxime conſenſu perficiuntur, non ſit idem ſtatuendum? cum & ſtatus liberorum favorabilis accedat, quem inceſti macula Divi Fratres liberarunt, *d. l. 57.* Adde ſimilitudinem in legitimatione per ſubſequens matrimonium. Cur liberi ex concubina juſti non ſunt? quia titulus nuptiarum deficit; cur nuptiis ſecutis ſunt legitimi? quia defectus illius per ſupplementum retrotrahitur, ac ſi matrimonium ſemper fuiſſet, *§ ult. Inſt. de Nupt.* Perge; Cur liberi avo ignaro nati non ſunt juſti? quia paterno conſenſu nuptiæ deſtituuntur; quid ſi ſuppleatur ille defectus? nonne conſenſus retrotrahetur, ac ſi ſemper fuiſſet, & liberi fient legitimi? ratio ſumma videtur. Sed nullum firmius datur argumentum, quam a vi retrograda ratihabitionis. Quæ opponuntur in ſ. refellenda ſunt *ad h. t.* Petuntur ex *pr. I. h. t. §penult. cod. l. 13. de his q. infam. l. 15. §. 6. ad L. Jul. de adult. l. 65. §. 1. de rit. nupt. l. 6. C. de Nupt. l. 11. de ſtat. hom.* &c.

11. (l) Ex his ſequitur, parentes, qui deſtituuntur patria poteſtate, non poſſe nuptias impedire, *l. 25. de Rit. nupt. ubi filius emancipatus etiam ſine conſenſu Patris uxorem ducere poteſt.* De filia tamen annis 25. minore, ſanctiones ſunt in *l. 18. & l. 20. C. de Nupt.* prohibentes, ne tales filiæ *ſine patris ſententia* nubant, vel matris & propinquorum, ſi patre careant, a quorum judicio ſi voluntas filiæ diſcrepet, judicis auctoritas adhibetur, & cæteris paribus, ille *potior exiſtimatur, quem ſibi conſulens mulier approbaverit.* Si vero utroque orbata parente *ſub curatore ſit*, liberum ipſi arbitrium datur. Denique, ſi verecundia impedita eligere nolit, judex coram propinquis ea de re ſtatuet. Ex his intelligitur, utrum & quatenus hæ leges ſint neceſſitatis, an ſecus, qua de re Sandius agit *l. 2. tit. 1. Def. 3.* Neceſſitatis eſt, adhibere conſilium Parentum vel propinquorum; adeo ut ſi neglectis illis, convolet ad nuptias puella, non valeat matrimonium; neque tamen electionis arbitrium puellæ denegatur: ut prudentiæ monitum ſit potius, quam poteſtatis in parentibus & propinquis exercitium. Id vero mirari ſubit, nullam in hoc negotio Curatoris haberi rationem, cujus officium duntaxat in adminiſtratione negotiorum conſiſtit, nubere vero pupilla ſuo arbitrio poteſt, *l. 20. ff. de Rit. nupt.* idemque ſine diſcrimine ſexus traditur in *l. 8. C. de nupt.* quæ res non immerito multis populis diſplicuit *; nonnullis, qui jure ſcripto hac in parte utuntur, uſum ejus ita temperare viſum eſt, ut impedire quidem nuptias ſuo diſſenſu curator nequeat, adoleſcens tamen vel adulta, nec ipſi ad implendas nuptias cogi poſſint: quod de Sponſalibus equidem proprie dictis, futuri temporis, concedere liceat; De matrimonio Verbis præſentis temporis contracto, non æque, ſiquidem hoc contractum ab iis, qui jus contrahendi habent, divinis nec gentium legibus ſolvi poteſt.

12. (m) Sequitur *quartum* matrimonii requiſitum, honeſta cognationis & affinitatis diſtantia; ad quam pleræque nuptiarum prohibitiones referuntur, exceptis quibusdam Reip. Rom. peculiaribus. Sed quatenus cognatio ſit nuptiis impedimento, ſciri nequit, niſi præmiſſa linearum & graduum explicatione, quæ, licet alterius loci, hic eſt occupanda. Gradus eſt diſtantia cognato-

* Jure Saxonico tamen idem, quod Jure Civili conſtitutum eſt, obtinet, ac minoribus ſine Curatoris conſenſu nuptias contrahendi poteſtas competit. conf. Richter. *d. 8. n. 106.* Nec in muliere Curatoris, qui ratione ſexus ei datus eſt, conſenſus requiritur.

(l) *Poſ. 18. 19.* (m) *Poſ. 20. ad 37.*

rum; Linea, series personarum ab eodem stipite descendentium, eaque duplex, Recta & obliqua. *Recta*, quæ genitos & genitores continet; estque ascendens, quæ sursum, vel descendens, quæ deorsum progreditur. Obliqua est eorum, qui a latere sunt juncti, & *collateralis* dicitur. In utraque est hæc regula, *Quot sunt generatæ personæ, totidem sunt gradus, dempto communi stipite*, ad quem omnis computatio refertur, sed ipse nunquam putatur, *l. 10. § 9. de grad. & affi.* Hinc filius a patre primo, nepos ab avo gradu secundo, item frater a fratre secundo distat, quia duæ sunt generatæ personæ, Pater, qui stipes est, præteritur; fratrum liberi secundo gradu, Patruus & fratris filius tertio, fratris nepos quarto, ac ita consequenter, adscendendo semper ad stipitem & dein descendendo ad eum, cujus propinquitas quæritur. Jus Canonicum in linea recta nihil discrepat a civili; sed obliquam dividit in æqualem & inæqualem. Æqualis est, in qua cognati æqualiter a communi stipite distant, ut fratres & eorum liberi inter se singuli. Inæqualis, in qua unus est remotior altero, ut Patruus & fratris filii ac nepotes. Linea æqualis habet hanc regulam, *Quo gradu singuli distant a stipite, eodem inter se distant.* Ergo cum fratres & sorores distent a patre uno gradu, eorum liberi ab avo duobus, hinc inter se, illi primo, hi secundo gradu differunt. Inæqualis linea sic putat, *Quo gradu remotior a stipite distat, eodem inter se distant.* Ergo cum fratris mei filius a Patre meo, qui stipes noster est, gradu secundo distet, hinc a me quoque eodem differt, eodemque, ex regula æqualis lineæ a filio meo, quod est absurdum; ut idem cognatus a patre & filio pari gradu distet; imo ex iisdem regulis fratris mei abneptis mihi & abnepoti meo æque propinqua est; quo si quid stultius dici potest, fatebor, Pontifices merito Imperatoriam computationem præ sua cum supercilio spernere, *c. 2. c. 35. qu. 5.*

13. Jam in linea recta prohibentur nuptiæ in infinitum, *§ 1. Inst. h. t. l. 14. pr. § 1. & seqq. de rit. Nupt.* In obliqua secundus & tertius semper sunt vetiti, *§ 2. & seqq. h. t.* Etiam quartus, si contrahentes sibi invicem Parentum & liberorum loco sint, *§ 1. 3. & 5. h. t.*

N. ADDIT.

In positionibus dixerat n. 30. ultra quartam nunquam. *Quibus verbis addideram sequens Scholium.* Imo etiam ultra quartam, sed saltem inter eas personas, quæ sibi invicem parentum & liberorum loco sunt, *arg. § 3. & 5. Inst. h. t.* in quibus tertius & quartus saltem exempli loco afferuntur, non determinationis gratia, quod innuit ratio in § 3. apposita. Et differte quintus gradus in *l. 39. de R. N.* inter prohibitos refertur. Conf. Autor *Digress. lib. 2. c. 22. p. 268.* *Cum ergo Autor istud Scholion hic omiserit & vibil ad id regesserit, haud dubie in positionibus plus dixit, quam in prælectionibus intendit. Ita & pariter omissum est Scholion nostrum* ad posit. 43, *ubi Autor dixerat, in affinitate iisdem gradibus vetari nuptias, quibus in consanguinitate. Adnotaveram, id Jure canonico quidem valere, sed Jure civili non esse in universum verum. Atque hoc Scholion etiam silentio suo Autor probasse videtur.*

Parentis loco esse dicitur, qui immediate communi stipiti subest, remotiore altero, ut patruus & propatruus erga fratris neptim atque pronepotem, *d. ll.* Alias quartus & cæteri gradus sunt liciti; fratrum enim & sororum liberi conjungi possunt *, ait Imp. *in § 4.* juxta *l. 3. D. & l. 19. C. h. t.* quod mutatum postea, teste Harmenop. *l. 4. tit. 6.* ideoque sui temporis morem potius quam Justiniani mentem expressit Theoph. negatione huic § adjecta, quanquam & Cujus eam habet, *l. 1. Inst. tit. 4.* corruptus a Gothis, ut Cujacius censet. Hotomanni tamen acutus est, quem movet, scrupulus: Particulam *autem* adversativam in *hoc* § exigere, ut sensus hic sit contrarius verbis præcedentibus, quæ sunt affirmativa, proinde hunc § negative oportere esse conceptum. Respondetur, voculam *autem* non respicere ad finem, sed initium prioris §, quod est negativum: Sed utique distinctio textus in versiculos, quam habemus, antiqua non est; nihil igitur differimen finis & initii § § juvet. Est tamen ita, ut particulæ relativæ, *sed, autem, vero, &c.* non semper proximæ periodo opponantur, sed aliquando remotiori, quæ præcipua est. Ante consobrinarum nuptias prohibitum fuit *in textu* fratris filiæ matrimonium, mox incidenter conceditur cum adoptivæ sororis filia. Huic ut accessoriæ non respondet sequens oratio, sed priori ut principali.

* Jure Saxonico inter consobrinos matrimonium est prohibitum, quod demum inter consobrinorum utrinque liberos justum esse dicitur Ord. Eccl. t. gen. von Ehe-Sachen. spec. welchen Personen sich mit einander in Ehegelöbniß einzulassen verboten.

14. Jus

14. Jus Romanum adeo abhorret a mixtura sanguinis, ut non modo ad serviles & meretricias cognationes, *§ 10. h. t. l. 14. § 2. h. t.* verum & eo, ubi sanguis nullus est, sed imago tantum, prohibitionem extendat, ut ad sponsam filii, *§ 9. h. t.* Et in ficta cognatione, quam adoptio conciliat, infinite in linea recta matrimonium prohiberur, *§ 1. Inst. h. t.* Item in secundo collaterali, *§ 2.* quin & ulterioribus, si parentum liberorumque loco se habeant, *§ 5.* Ut tamen, soluta adoptione, prohibitio cesset; nisi reverentia & confusio nominum obstet. Nam filia adoptiva patri nunquam jungitur, *§ 1. h. t.* nec filius viduæ Patris adoptivi, *l. 12. pr. h. t.* cum qua nulla adoptionis necessitudo est. Ergo nota, quod prohibitio ob adoptionem, latius quam adoptio ipsa pateat; nam ad feminas adoptio extra ipsam adoptatam non pertinet, *l. 12. § ult. l. 23. de Adopt.*

15. (n) Affinitas est necessitudo inter conjugem alterum & alterius conjugis cognatos, *l. 4. § 3. de grad. & affin.* Gradus ejus proprie nulli sunt, quia gradum generatio facit, & affinitas nullis nuptiis contrahitur, *l. 4. § 5. de grad.* verum sunt analogice, *l. 19. eod.* ut quo gradu ego tibi cognatus, eodem uxori tuæ affinis sim. Prohibitio matrimonii ob affinitatem est eadem fere, quæ in sanguine, eo quod vir & uxor una sint caro, *cap. 8. v. de consangu. & affin. Statu. Frisi. lib. 1. tit. 1. in pr.* Sand. *lib. 2. tit. 1. def. 8.* at jure civili in linea obliqua non legitur prohibitio extendi ultra secundum affinitatis gradum, *§ 6. & segq. h. t. l. 17. C. de nupt. l. 5. C. de incest. nupt.* Tenendum porro, affinitatis duos terminos esse extremos, conjugem unum, & alterius conjugis cognatos; ita ut nec conjuges, nec cognati utriusque conjugis, inter se sint affines, *c. 2. can. 35. q. 5.* Ergo privignus vitrici & novercæ affinis est, comprivigui inter se non sunt, nec quicquam eorum nuptiis obstat, *§ 8. h. t.* Non *cap. 18. Levit. v. 11.* quem locum D. A. Matthæus urget *disp. 7. fundam. th. 18.* loquitur enim non de compriviguo, sed de sorore consanguinea, ἀδελφὴ σοῦ ἐστὶ, *soror tua ex eodem patre est*, ajunt LXX. At nec Cl. Wissenbachius Noster *disp. 6. ad Inst. th. 30.* persuadere sibi potest, quin hæc explicatio textui Mosaico inferat, cum idem *vers. 9.* dictum putet; sed potius est, ut ibi de sorore germana & uterina tantum agi videatur, hic de consanguinea. Affinium conjuges nobis affines non sunt; etsi Canonici hoc secundum genus affinitatis vocant; tamen privigni viduam ducere nequeo, *l. 15. de nupt.* Ergo nec secundam vitrici uxorem privignus potest, ob reverentiam nominis & imaginem paterni respectus *; Eadem ratione uxoris filiam, post divortium ex alio natam, jungere mihi prohibeor, *§ 9. h. t.* Extra has species legibus expressas, confusio nominum matrimonii copiam non restringit, ut Sandius docet *lib. 2. decis. tit. 1. def. 9.* ubi casus sunt mirabilis confusionis; ut cum tu mihi filiam tuam, ego tibi meam, collocamus, vel cum Pater meus filiam uxoris meæ ducit, quod utrumque licet, *l. ult. § 14. de grad.* quamquam major ibi nominum abusio videtur, quam Myrrha ex incestu suo prævidet, apud Ovid. *10. Metamorph. 9.*

Tune soror nati, genitrixque vocabere fratris;
Nec quod confundas & jura & nomina, sentis?

Nam in ultimo casu Pater est uxoris meæ gener & socer, Ejus uxor, mea noverca & privigna; adeoque & ego Patri sum soceri & vitrici loco, ne plura, quæ insunt absurda, evolvamus. Sed Lex omnibus tollendis scrupulis non sufficit, aliquid conscientiæ hominum relinquere cogitur, Ἐν ὑμῖν αὐτοῖς κρίνατε εἰ πρέπον ἐστὶ, dictum est Pauli, *cum animo vestro ipsi perpendite, an decorum sit, 1. Corinth. n. v. 13.* & noster Paulus, *l. 14. § 3. in fin. de rit. nupt. In re dubia certius & modestius est, hujusmodi nuptiis abstinere.*

16. (o) Habuerunt etiam alias Romani prohibitiones mere civiles, qualis, ne Senator duceret libertinam, ex L. Papia, *l. 22. l. 44. de rit. nupt. l. pen. C. de nupt.* quod hodie sublatum; modo dotalia instrumenta conficiantur, *l. ult. C. eod. Auth. sed novo jure. C. de nat. lib.* Porro Præses, vel qui officium in provincia gerit, ejusve filius, uxorem ex eadem provincia ducere prohibetur, *l. 57. l. 63. de rit. nupt. tit. C. si quæc. præd. pot.* Tutor vel Curator pupillam adultam, nec sibi **, nec filio, nec nepoti collocare potest,

* In Saxon. prohibitio nuptiarum in secundo genere affinitatis ex observantia obtinet, etiamsi Parentum & Liberorum respectus cesset, secundum Carpz. *Jpr. Conf. l. 2. d. 102. sq.*

** Expressa lege apud nos aliud non est constitutum, interim videas rationibus redditis, hanc licentiam tutori non æque denegari, Beust. *de Sponsal. p. 1. c. 21.* verb. *de Jure Canon.* Carpz. *p. 4. C. 20. d. 17.*

(n) *Pos. 37. 38. 39. 40. & 41.* (o) *Pos. 41. 42. 43. 44.*

l. 59. de rit. nupt. sed filiam suam dare adolescenti, quem curat, potest, *l. 64. § ult. eod.* quia hunc non subigit reverentia uxoris, ut pupillam maritalis potestas, quo minus libere a viro aut socero exigat rationes; aut bona sua consumenti obsistat; ut Cicero Publiliam divitem puellam tutelæ suæ commissam duxit, cujus pecunia æs alienum dissolveret, teste Tyrone Tullio apud Plutarch. *in vit. Cic.* ipsoque in *epistolis*. Damnatam adulterii uxorem ducere non licet, *l. 9. C. ad L. Jul. de adult.* Denique susceptor non potest eam ducere; quam e sacro baptismatis fonte levaverit.* *l. 26. C. de Nupt.* Cæterum, Canones Pontificum vetusti ad usque septimum sanguinis & affinitatis gradum hanc prohibitionem extendunt, *c. 35. qu. 3. c. 19. & c. 21.* novi ad quintum, scil. suæ computationis, qui est novus juris Civilis, *cap. ult. de Consangu.* Hunc sanciendi rigorem dispensandi facilitate temperant, in rem suam, quando omni die, pretio accepto, matrimoniis jure divino nefariis indulgent. Iidem Canones affinium conjuges, etsi nulla paterni respectus imago intercedat, nobis jungi verant, *d. caus. 35. qu. 3. c. ult.* & Justinianeam prohibitionem inter susceptam & susceptorem, longius produxerunt, olim pluribus, hodie Tridentino decreto, gradu secundo, quod Pius V. confirmavit *7. Decretal. lib. 4. tit. 2. c. 2.*

17. (p) Fuerunt præcepta Legum; sequitur sanctio in *§ 12. h. t. Si adversus ea, quæ diximus, aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec nuptiæ, nec matrimonium, nec dos intelligitur.* Ergo quolibet præceptorum neglecto, matrimonium est ipso jure nullum, *hoc § & l. 5. C. de LL.* Proin gratis quæritur, an conjugium sine Parentum voluntate contractum rescindi possit; nam quod nunquam colligatum fuit, id resolvere frustra labores: nec inepte noster T. Faber *disp. 5. th. 12.* matrimonia sine Parentum consensu contracta an dissolvi possint: *Negatur, ait, contra eos, qui negant tamen.* Sanctius *lib. 2. tit. 1. defin. 4.* multos sacri & profani juris consultos recenset, qui sic statuant; ab initio Patrem impedire quidem nuptias posse, at contractas & coitu liberisque obsignatas distrahere, id durum & iniquum videri; quod eruditè refutat. Nam cum ea conjunctio nihil quam continuatum stuprum sit, quid est quod separationem rei spurcæ prohibeat? absurdum est dictu, copula carnali, quæ novum peccatum est, matrimonium coalescere; consensu legitimo, non concubitu prohibito nuptiæ perficiuntur, *l. 30. d. R. J.* nec aliud jure divino, *Exod. 22. v. 16. & 17.* Rationes secus opinantium, inani specie æquitatis & clementiæ, aut reputatione ejus quod utile factu sit, aut familiæ decorum, nituntur, quæ res ab Juris disceptatione alienæ sunt. Ad loca *l. 1. § f. de lib. exhib.* a Pauli *2. sent. 19.* sic respondetur; *L. 1. § ult.* agit de justo conjugio, quod olim pater vi potestatis suæ turbare poterat, Cujac. *parat. ff. de lib. exhib.* hodie non potest, *l. 5. & 6. C. de repud. De sent.* Pauli *v. P. 2. Digr. 12. c. 16.*** Denique inter effectus nullitatis est & ille, quod liberi contra legum præcepta nati, non pro natis e conjugio, sed spuriis habeantur, quod ad jus patriæ potestatis attinet; alioqui differunt; Nam spurius proprie dicitur, qui vulgo conceptus & incerto Patre natus est ex meretrice, a quibus stricte differunt *illegitimi*, itemque *nothi* seu naturales, ex concubinaru editi. Pergamus ad alteram patriæ potestatis causam.

18. (q) *Legitimationem, quæ* nihil est quam *Actus, quo liberi naturales fiunt legitimi.* Naturales aliquando adoptivis opponuntur & legitimos comprehendunt, *pr. & § 7. tit. seq.* Hic legitimis opponuntur, & sunt, qui tantum naturaliter extra justas nuptias sunt procreati, quibus natura sola, non Lex adest. Respectu matris omnes liberi naturales paris sunt juris, tam certo quam incerto patre nati. *§ pen. infr. ad Sc. Orfit.* Sed viris hi tantum sunt naturales, qui ex concubina suscipiuntur, cum qua poterat esse connubium, *hoc § ult.* Atque hi soli, quos & nothos dicimus, legitimationis objectum sunt. Spurii & injusti non legitimantur, quia Patrem, cui potestas Patria convenire possit, non habent. Pro spuriis habentur & hi, qui e furtivis amplexibus, certo licet Patre, non tamen e concubinis, nascuntur, *N. 89. c. pen. & ult.* Sed hi nostris moribus, quod ad legitimationem jure natura-

* Hæc spiritualis affinitas apud nos non attenditur, adeoque etiam absque ulla dispensatione nuptiæ inter susceptam & Patrinum recte celebrantur, Carpz. *Jur. Conf. l. 2. def. 74.* Schilter. *ad ff. Exerc. 36. § 50.* Interim in iis locis, ubi de abrogatione l. 26. C. d. R. N. expressa vel tacita non constat, tutissime petitur dispensatio.

** Conf. Ant. Schulting. *ad Paul. cit. loc. n. 6. in Jurispr. Ante-Justin. p. 309.*

(p) *Pos. 45. 46.* (q) *Pos. 47. ad fin.*

liura

lium habentur, Grotio teste *l. 2. manud. c. 12.* Et in Frisiæ Statutis sub *tit.* de concubinis, agitur de hoc genere, *l. 1. tit. 4.* & expresse *tit. 17. § ult.* Modus legitimationis *hoc §* duplex ponitur: per oblationem Curiæ & per subsequens matrimonium. Illa est, cum Pater filium nothum offert Curiæ, id est, ordini Decurionum, (qui instar Senatorum in municipiis erant) ut curialibus seu Decurionibus adscribatur, eorumque oneribus (quæ tanta erant, ut sæpe Christiani pœnæ loco, curiis addicerentur, Brisson. 4. *antiq. 18.*) obnoxius reddatur; *Curiæ nexibus obligare* ait *l. 3. C. de nat. lib.* eademque tamen *curiæ splendore honestare:* etsi non tam honos quam munus fuit decurionatus, § 4. *d. tit. l. 1. C. de decur.* Sed curiales eorumque onera, dudum ab usu temporis recesserunt, ut certum sit, hodie nulla hujus legitimationis extare vestigia.

19. Secundus modus est, *subsequens matrimonium;* Si quis enim cum matre filiorum naturalium, dotalia instrumenta composuerit, hoc ipso liberi fiunt legitimi, *l. 10. C. de nat. lib.* * Consentaneum est, vitium ex defectu conjugii ortum, vi solius conjugii sublatum esse, adeoque nihilo plus ad hanc legitimationem quam ad matrimonium requiri, ad cujus naturam nec dos nec instrumenta pertinent, *l. 22. C. de nupt. l. ult. C. de don. int. V. & U.* etsi in historia hujus legitimationis, dotalia fere semper instrumenta memorentur, *hoc § ult. l. 10. & l. 11. C. de nat. lib. Nov. 89. c. 11. pr.* ubi, *liberi post dotem editi, post dotem conscriptam progeniti*, legitimari dicuntur, quasi dotis hic & scripturæ effectus sit. Sed nota, non dici matrimonium, per quod legitimatio fit, instrumenta requirere, sed ipsam legitimationem compositis dotalibus fieri, sine alia conjugii mentione, quod liquet improprie esse dictum. Instrumenta nuptialia pro conjugio usurpantur, quia plerumque adhiberi solent, ut legem jus scriptum dicimus, quia plerumque scribitur, non quod hoc essentiale sit. Proin legitimatio fit, *compositis dotalibus instrumentis*, id est, per matrimonium, quemadmodum & perpetuo duci uxor pro nubere ponitur, ut tamen ducere non sit de essentia, confer § 4. *infr. quib. mod. patr. pot. solv. l. 1. C. de emphyt. &c.* Denique *l. 5. d. t. C. de Natur. lib.* inspice, in verbis: *mox postquam* &c. videbis a matrimonio solo esse vim legitimandi: cæterum, posse hanc legitimationem in articulo mortis celebrari, consentiunt Dd. nec ratio refragatur. Gail. 2. *obs. 141. n. 8.* Denique, cum pater ducere concubinam, vel mortuam, vel indignam nequit, tum ad preces ejus liberi rescripto Principis legitimantur, *Nov. 89. c. 9. & 10.* quod tamen, si alii extent liberi legitime nati, vix impetratur, *d. N. c. 11. § 1.* Eandem cum supplicatione vim habet significatio a patre testamento facta, cupere se, ut filius jura legitimi consequatur, *d. cap. 10.* Unde colligitur, male Pacium in *analys. ad h. §* aliosque, pro quarto legitimandi modo nobis obtrudere nominationem, quia Pater in testamento, vel publico instrumento, aut privato tribus testibus subsigmato, naturalem suum absolute *filium* dixerit, non adjecto, quod nothus sit, *N. 117. c. 2.* Rectius alii ex tali appellatione filii, præsumptionem tantum in dubio nasci volunt, filium esse legitimum, quamdiu contrarium non probatur: Verba textus, *hujusmodi filios esse legitimos*, explicantur per sequentia, *& nullam aliam probationem ab iis quæri.* Ut, si scriptum in instrumento fuerit, aliquem promisisse, perinde habetur ac si promisisset, *§ 16. Inst. de inutil. stip.* si tamen contrarium probetur, nihil debebitur, *l. 7. § 12. de pact.* æque si scriptum sit a Patre, aliquem esse filium suum, perinde habetur ac si esset legitimus; quod si contrarium doceatur, nihil erit quam nothus. Cæterum, non esse Legitimationem actum Legitimum, probavi *lib. 2. Digress. c. 12.*

TIT. XI.

De Adoptionibus.

Definitio & Divisio. Discrimen utriusque speciei triplex. Refellitur fictio, quæ fit in l. 10. C. de Adopt. *De arrogatione impuberis. Regulæ*, adoptio naturam imitatur, *usus & effecta. De effectu adoptionis. Adoptio servi. De usu adoptionis.*

(a) ADoptio, quæ tertia causa Patriæ potestatis, est Legis actio, (*l. 3. de off. Proc.*) *qua qui natura filius non est, in jura filii adsciscitur*, adeoque ex Patris sui Naturalis familia in Adoptivi potestatem transit. Fit autem Adoptio duobus modis, aut Principis Rescripto, quæ vo-

* Hinc instar legitimorum, suæ nativitatis ordine in feudo & allodio succedunt. vid. *Dec. Ed. 49.*

(a) *Pos. 1. & 13.*

catur

catur Arrogatio, aut Imperio Magistratus *, quæ Adoptio stricte dicitur, *h. §1.* Nam Testamentaria, quæ Romæ crebro erat in usu, nomine tantum adoptio fuit; a natura veræ adoptionis ejusque scopo aliena, qui est Patria potestas; atqui testamentum non nisi post mortem valet, & ridiculum est, patrem fore Testatorem, cum non erit amplius; quam absurdum est, maritum uxori Patrem esse? at Augustus Liviam conjugem testamento adoptavit; adoptionem enim vocat Tacit. 5. *ann. pr.* quod propriè magis 1. *ann. c. 8.* dixerat adsumptionem *in familiam Juliam nomenque Augustæ.* Talis fuit illa Tiberii, de qua Sueton. eum *testamento adoptatum, hereditate allata, mox nomine abstinuisse.* Adoptio stricte sumpta, est, qua liberi a parentibus, in quorum potestate sunt, auctoritate Magistratus, in aliorum potestatem traduntur. Fiebat olim per tres emancipationes, & duas manumissiones; ait Imp. *in l. ult. C. h. t.* Nam quia lege Romuli Pater semel ac iterum poterat vendere filium, qui tertia demum mancipatione liber exibat: ad imaginem hujus juris, Pater naturalis bis filium mancipabat, id est, vendebat adoptivo Patri, hic emptum bis manumittebat; tum quasi renovato jure naturæ, Pater eum tertio mancipatum *Adoptivo* in jure cedebat, id est, plene in eum transferebat, qui sic vindicare filium dicebatur, Gell. 5. *c. 19.* & jam ter mancipatum, bis manumissum, quasi emptum in potestate retinebat. De Augusto Sueton. *cap. 46. Cajum & Lucium adoptavit domi per æssem & libram, emptos a Patre Agrippa.* Nam in hisce imaginariis venditionibus æssem & libram semper adhibebant, *ut infr. videb. ad § 1. de testam. ordin.* Jure novo, sublato hoc circuitu, sufficit, adoptionem *actis intervenientibus apud competentem judicem manifestari*, præsente utraque parte & non contradicente, ut tacitus consensus sufficiat, *§ 8. tit. seq. d. l. ult.* Quid sit *actis intervenientibus*, videbimus *infra.*

2. (b) Arrogatio est eorum, qui cum sui juris sunt, per Principis rescriptum ** in alienam sese potestatem tradunt. Duplex igitur inter hanc & adoptionem est discrimen, 1. Auctoritatis, quæ hic est Principis, ibi Magistratus, 2. Personæ subjectæ, quæ hic est Patertamilias, ibi filiusfam. *§ 1. h. t.* Olim arrogatio per populum *rogatione* Comitiis Curiatis perlata fiebat; etiam uterque, an filius esse, & filium suscipere vellet, rogabatur, unde nomen adrogationis est; & sic nihil vetat conciliare in etymologia Cajum, *l. 2. princ. h. t.* cum Gellio, *d. l. 5. c. 19.* quorum ille a populi rogatione nomen deducit, cujus solennem formulam proponit: *Velitis. Jubeatis. Quirites. Uti. Lucius. Valerius. Lucio. Titio. tam. jure. Lege. q. filius. sibi. sit. quam. si. ex. eo. Patre. Matre. q. familias. ejus. natus. esset. utiq. ei. vitæ. necisque. in. eo. Potestas. uti. Patri. endo. filio. est. Hæc. ita. uti. dixi. ita. vos. Quirites. rogo.* Arrogatio per populum, etiam sub Principibus aliquamdiu continuata est; donec, his rescripta indulgentibus, antiquus mos evanuit, *l. 2. in fin. C. h. t.*

3. Est tertium discrimen; Arrogatio semper transfert patriam potestatem: Adoptio non aliter, quam si ab aliquo ascendentium fiat, *§ 2. h. l. 10. C. h. t.* olim indistincte, *l. 32. & l. seq. pr. l. 37. §1. D. h. t.* quibus proinde *per d. § 2. & l. 10.* derogatur.

SCHOLIUM AD POS. III.

Quid hic velit Auctor, ingenue fatcor, me non intelligere.

RESPONSIO.

Atqui nulla causa videbitur iis, qui textus inspicere non gravabuntur. Nam in l. 32. & seqq. traditur, adoptionem simpliciter omnem, transferre patriam potestatem. In § 2. & l. 10. traditur, adoptionem ab extraneo factam, non transferre patriam potestatem, quæ est notabilis derogatio, per quam effectus adoptionis plus dimidia parte coarctatur. Sunt tamen in d. th. 3. *hæc verba concise posita*, l. 10. C. de adopt. ubi non est fictio, nec in §14. I. de Succ. ab intest.

* Jure Saxonico judicem pro tribunali sedentem præcise requirunt 2. L. R. *l. 2. a. 30.* Coler. *Dec. 212 n. 4.* Philipp. *Us. Pr. Inst. l. 1. Ecl. 73. n. 3.* Kulp. *Diss. de adopt. & emanc. Princ. th. 2.* Hahn. *ad Wes. tit. de adopt. n. 5.* verb. *Jure Sax.*

** In Saxonia Rescriptum Principis non requiri, sed Magistratus autoritatem sufficere, tradunt Schulz. *in Syn. Inst. h. t. lit. a.* Schilter. *ad ff. Ex. 3 § 16.* Sed contrarium est verius, ita tamen, ut recursu ad Imperatorem in arrogatione neglecto, omnes status Imperii vi superioritatis territorialis, arrogationes confirmare valeant, v. Maul. *d. Statib. Imp. c 3. n 23.* Nicol. *Res. 6. n. 39. seq.* Struk *Us. Mod. ff. l. 1. t. 7. § 6. & l. 4. t. 5. § 6.* Conf. Gribner. *disp. de jure Legitimand. Princip. Imp. Lips. 1705. hab.*

(b) *Pos. 2. 3.*

At

At horum verborum explicatio traditur paulo inferius in *hac ipsa thesi.*

N. ADDIT.

Ita est: concisio verborum tum peperit obscuritatem. Cum enim scriptum esset in posit. th. 3. In l. 10. C. de adopt. *non est fictio, nec* in § 14. l. de succeff. ab int. *sed per* § 2. *&* d. l. 10. *derogatur* l. 32. & seq. in pr. l. 37. § 1. h. t *Cum, inquam, ita scriptum esset, videbatur sensus Autoris esse, ac si per verba:* Sed per &c. *ratio redderetur prioris assertionis, quod in l. 10. C. non sit fictio: quam tamen rationem in dictis textibus non poterant invenire. Nunc autem omnia sunt plana.*

Sed Justinianus sollicitus, ne adoptati forte post mortem Patris naturalis ab adoptivo emancipati, & hujus & illius successione excidérent, constituit, adoptione ab extraneo facta, i. l. est, tali, qui non sit in adscendentium gradu, jura naturalia non dissolvi, *sed manere integra ad omnes successiones, l. 10. C. h. t.* In adscendentibus id supervacuum credidit, quia nepos v. c. ab avo materno adoptatus, non metuit a successione excludi. Ideoque etiamnum Adoptio facta ab aliquo materne linex, more vetusto patriam potestatem transfert, *hoc* § 2. *d. l. 10.* Ex qua hunc § male esse descriptum, vult D. A. Matth. *in nt. ad h.* §, volebat & Wissenbachius noster *ad hunc tit.* quasi duntaxat fingatur, adoptatum ab extraneo non transire in adoptantis potestatem, revera autem transeat: Nobis hæc fictio non fatis probari videtur ex *d. l. 10.* neque ex § *14. infr. de succes. ab intest.* Plus roboris habent verba in lucitata hujus § 2. ubi: *nec in potestate ejus est:* nec melior ipso Justiniano sui interpres quærendus.

4. Imo, in *cad. l. omnia igitur manent integra jura*, habetur, & § 1. *cum per omnia naturæ suæ filium adgregaverimus.* Ne autem restringas illa l. *omnia* ad successionis jura, subjicitur, res a filio acquisitas usufructu tenus manere in patris naturalis; at nihil hoc ad successionem, inter vivos sit acquisitio illa. Unde liquet, in distinctere manere patriam potestatem; & illa l. *in fine*, εἰ ἐν πατρικῇ potestatem patriam significans, *l. 2 C. de bon. quæ lib. l. 3. C. de bon. mat.* Verba *d.* § 14. *quasi non fuisset in alienam translatus*, ex quibus fictionem tam D. Matthæus colligit, vel ne possint cogi; *ut qui translatus non sit*, neque enim *quasi* femper fictionem notare, multa probant, ut quasi procurator, *l. 65. de Procurat.* quasi tutor *l. 1. § 5. de eo qui pro tut.* quasi suspectus, *l. 7. § 1. de susp. tut.* Vel translatio in alienam familiam, de externa societate domestica, quam hæc adoptio conciliat, accipienda est; hoc sensu: *quasi nullus adoptionis actus intervenisset.* Posterior responsio congruit alii quoque objectioni. Adoptatus ab Extraneo emancipatur, *d. l. 10. § 1. & 2.* Ergo in potestate fuit, *arg. § 6. tit. sq. Resp.* Emancipatio est, qualis adoptio, utraque irregularis, significat hic solutionem qualiscunque necessitudinis. Ita explicatur *l. 10. C. h. t.* in qua si quid ambigui supereft, quis meliorem ipso Justiniano interpretum velit? qui in *d. § 2. h.* cum dixisset, adoptionem Patriam potestatem transferre, *sed hodie*, inquit, (nota adversativam locutionem,) *cum extraneus filiumfam. adoptat, jura Patris naturalis minime dissolvuntur, nec quicquam ad Patrem adoptivum transit, nec in potestate ejus est.* quod repetit § 7. *tit. seq.* ex opposito distinctionis membro; Solvitur Patria potestas, cum ab aliquo adscendentium fit, non igitur, si ab extraneo: At § *hic 2.* male descriptus est ex *l. 10.* ajunt; fateor, si aut Justiniano non licuit pressius se explicare in Institutis quam in Codice, vel si clarius loqui fit male describere. Puto, si quid plus sit in Institutionibus, quod non pugnet cum authenticis constitutionibus, id æque valere, ac si in Codice haberetur, *per § 6. prorm. Inst.*

5. (c) Olim nec mulieres nec pupilli poterant adrogari, quia feminis comitia non dabantur, neque pupillus auctor sibi ipse erat idoneus, & tutoris potestate in hac re exercebat, Gell. *d. c. 19.* hodie ratio, quæ feminas prohibuit, cessat, *l. 21. h.* & impuberes adrogari permisit Antoninus Pius, Ulpian. *tit. 8.* modo diligens causæ cognitio & certæ conditiones observentur, § 3. *h. l. 17. & seqq. h. t.* Cognitio circa duo vertitur, *an honesta sit adrogatio, expediatque pupillo, h. § 3.* Ad honestatem pertinet, an sancta sit affectio, *l. 17. § 1. μὴ δι' αἰσχρὸν ἔρωτα, ne ob turpem amorem fiat*, ait Theoph. indicans, non defuisse, qui nefariæ libidini prætexerent sanctissimum Patris nomen præcerebrent, & obtegerent παιδεραστίας Laconicæ, (de qua vid. Eminium *descr. Reip. Lac.*) Sodomiticam exercerent. Videbatur quoque, an adrogator ipse liberis operam dare posset, aut liberos habeat; præ

(c) *Pos. 4. 5.*

cisse tamen negari jus adrogandi his, qui Patres sunt, vel fieri possunt, non putem *d. l. 15. § 2.* quemadmodum & in cognitionem venit, an arrogator sit minor 60. annis, nec tamen minori 60. negatur abscisse adrogatio: Lex enim annis saltem 18. requirit, ut adoptans præcedat adoptatum, § 4. *h.* Dein cognoscitur, an adrogatio impuberi futura sit utilis, *dd. ll.* Nam etsi filius succedendi quidem jus Patri consequeretur, Arrogator tamen confestim dominus omnium ejus rerum fiebat, *infr. de acquisit. per arrogat.* eoque videndum, ne non potius hoc lucrum sibi, quam pupilli commodum affectaverit, proinde facultates aliaque æstimanda, de quibus in *d. l. 17.* quanquam hæc cognitio in omni adoptione suo modo adhibenda sit, Ulp. & Gell. *d. loc.*

6. Sed conditiones, quæ sequuntur, tres, *hoc* § 3. fortius spem improbam Arrogatoris præcidunt. Satisdare enim, id est, cavere datis fidejussoribus cogitur, si intra pubertatem pupillus decesserit, restituturum se bona illis, qui ab intestato erant successuri, *h. § 3. l. 18. cum 2. seqq. h. t.* Cautio debet fieri personæ publicæ, τῆτ' ἐξι τῷ ταβελλαρίῳ, id est tabulario, *Theoph.* qui servus Reip. erat, *d. l. 18. l. 1. D. rem pup. salv.* & adhibetur stipulationibus acceptandis, cum is, ad quem spectat, non potest, ut si infans sit, vel incertus, veluti hoc casu; neque enim constat, quis, cum impubes morietur, legitimus heres sit futurus. Arrogator igitur non succedit filio impuberi arrogato. Secunda conditio est, si adrogationem retractare & filium Pater emancipare velit, id non permittitur; nisi causa cognita; Si autem dignus dimissione, τῇ ἐκβλήτῳ, *ejectione*, ut Theoph. reperiatur, propria bona cum incremento, id est cum fructibus, ei reddenda sunt, *d. § 3.* Postremo, si absque justa causa eum emanciparit, vel exheredarit Pater, quartam quoque suorum bonorum ei relinquere jubetur. Quæ plerumque & est quarta omnium bonorum, & portionis ab intestato; solent enim arrogati in domo paterna soli esse, cum his, qui liberos habent vel habere possunt, non facile permittatur adoptio, § *præterea.* Et hinc ex eo, quod plerumque fit, textus absolute loquuntur de quarta bonorum, quia ut plurimum omnia bona debentur arrogatis ab intestato, *h. § 3. ult. Si quid in fraud. patron. l. 22. § 1. h. t.* Si tamen Arrogatorem contingat, plures habere aut suscipere liberos, non est ab iis recedendum, qui censent, hanc quartam esse portionis ab intestato debitæ, & non omnium bonorum; absurdum enim, arrogatos liberalius quam naturales liberos haberi, quibus certum est, exheredatis, quartam intestati tantum deberi, *l. 8. § 8. de Inoff. testam.* quæ tamen & quarta bonorum dicitur, *l. 6. C. eod.* ut sic etiam explicari possit indistincta locutio in *d. 3. l. 22. § 1.*

7. (d) *Adoptio Naturam imitatur*, ait Imp. *in* § 4. generaliter, quia supplet defectum naturæ; sed in terminis singulorum effectuum imitatio hæc naturæ, magis videtur negativa esse quam positiva, ut nihil contrarium, quod non fieri per naturam possit, contineat. Hinc quia pro monstro est, filium Patre majorem esse, adoptare etiam nemo alium potest, nisi cujus per ætatem Pater esse queat; neque vero hic minimum tempus spectatur: Nam licet nuptiæ ab anno decimo quinto iniri possint, raro tamen fieri videmus, ut non pluribus annis major sit pater filio. Ergo non tempus nuptiarum, quod per leges liceat, sed generationis, quo solent Patres fieri, attenditur, nempe annis *18. inchoatis.*

SCHOLIUM.

Sed de inchoatione nihil est in Legibus, quin potius verbum præcedere, quod in § 4. hic *extat, ad implementum anni* XVIII. *videtur respicere, juncto arg. l. 49. de Legat. 1. Videtur equidem* Noster *respexisse ad* § ult. qui & ex quib. caus. manum. non post *& junctа* l. 13. de manum. vind. *& verbis* § 4. h. plena pubertate &c. *sed his non obstantibus, verbum* præcedere, in eodem § 2. l. 40. § 1. h. t. conjecturam istam superat.

RESPONSIO.

Verba textus in § 4. h. t. sunt hæc; Debet itaque is, qui sibi filium per adoptionem vel adrogationem facit, plena pubertate, id est, decem & octo annis præcedere, sicut etiam in *d. l. 40. § 1. h. t. Plenæ pubertatis ratio, alimentorum respectu imprimis reperta est; quam Hadrianus constituit in pueris* usque ad annum decimum octavum, *l. 19. § 1. de Alim. legat. quibus verbis initium anni octavi decimi non puto dubium esse, indicari, idque juvatur inde, quia plena pubertas est extensio pubertatis contra usum verbi; cujusmodi extensiones restringendas esse, vult ratio & usus. Accedit, quod verba d. l. 13. de manum. vind.* non minor annis *18. explicantur, in d. § ult. l. Quib. ex caus. manum. ita,* nisi de-

(d) *Pos. 6. 7. 8. 9.*

cimum

cimum septimum annum impleverit & decimum octavum attigerit. *Hæc satis evidentia videntur. Verbum* præcedere, *quod urget Scholiastes, nihil præjudicat; æque enim XVIII. inchoati* præcedunt *quam impleti. Argumentum ex l. 49. de legat. 1. parvi momenti reperietur, si conferas l. 48. de C. & D. l. 74. § 1. π. ad Sc. Trebell.*

N. ADDIT.

Ut ab ultimo incipiam: argumentum illud ex l. 49. de leg. 1. ita leve non est, ut videtur Autori. Agitur ibi de sensu phraseos, quatuordecim annorum esse, & definitur, quod quatuordecim anni debeant esse adimpleti. Jam vero 18. annis præcedere *aliquem plus infert, quam 18. annorum esse. Sed, inquit Noster, æquè 18. anni inchoati præcedunt ac impleti. Ita quidem est. Sed phrasis 18. annis aliquem præcedere non usurpari solet de inchoatis. Etiamsi vero* d. l. 49. de leg. 1. *nunc conferas cum* l. 48. de C. & D. & l. 74. § 1. ad Sc. Trebell. *propterea tamen hactenus dictorum pondus non allevabitur. Agitur ibi de plane alia phrasi, sc.* pervenire *ad annum vigesimum. Pervenit etiam, qui attingit. Et tamen textus allegati ostendunt, de hac phrasi etiam plurimos sensisse, quod solum de adimpletis explicari debeat, aut quod consideranda sint negotia, de quibus sermo sit, & pro eorum diversitate diversimode explicari debeat illa phrasis. Atque hæc hypothesis ultima maxime quadrat ad ostendendam veri similitudinem interpretationis nostræ in materia præsenti. Concedimus, plenam pubertatem constitutam esse, (an ita ex libera & pro ratione stante voluntate inventa sit, mox apparebit) ab Hadriano in doctrina de alimentis legatis* d. l. 14. § 1. de alim. leg. *Sed quod Autor addit, non dubium esse, quod intelligantur inchoati, in eo videtur latere petitio principii, cum illud, quod in feminis plena pubertas extensa sit ad annum 14. & adeo, ut videtur, ad pubertatem ordinariam masculorum, potius videatur suadere contrarium. Deinde etsi demus, plenam pubertatem denotare in materia alimentorum annum 18. inchoatum, tamen quod illam plenitudinem pubertatis postea JCti transtulerint ad adoptionem, ideo videtur factum, quia principii loco posuerunt: Adoptionem imitari naturam. Jam vero varius masculi tum temporis ante annum 18. feminæ ante 14. matrimonium inire solebant, etsi per leges illi anno 14. hæ anno 12. poterant. Unde etiam ipse Imperator Hadrianus istos mores postea videtur ad legata transtulisse. Igitur cum in legibus non debeat attendi, quod semel aut bis fit, JCti etiam in adoptante voluerunt, ut præcedat non communi, sed plena pubertate, i. e. ut secundum mores consuetos 18. annos natus fuerit, cum ex fictis nuptiis hunc filium generaret. Jam ergo, etsi demus, plenam pubertatem in iis masculis, qui matrimonium ineunt, denotare 18. annum inchoatum, antequam tamen partum ex isto matrimonio suscipiant, requiritur tantum spatium, ut annus 18. eorum compleatur, & sic secundum id, quod plerumque fieri solet, pater naturalis minimum 18. annis completis major sit filio naturali. Hoc vero naturale imitata est adoptio.*

Alexander Severus annorum duodecim, ab Heliogabalo quatuordecim annos nato adoptatus est, sed Princeps a Principe, & tamen irridentibus cunctis, γελοιότατα ὑπὸ πάντων, ut Herodian. *l. 5. c. 7.* Subtilius satisfecit legi Marcus, anno decimo octavo L. Commodum adoptans, teste Capitol. Igitur plena pubertas requiritur, quæ anno 18. in maribus inchoatur, § 4. *h. l. 40. § 1. h. t.* In feminis (quod non tam hic quam in alimentis legatis usum habet, *l. 40. § 1. de alim. leg.*) ab anno 14. discrimine triennii, cum in prima pubertate biennium modo interfit; ratio esse videtur, quia puellæ maturius operis suis victum quærere possunt, quam pueri, ut usus docet.

8. Porro adoptio non modo in filiorum, sed & nepotum imitationem fieri potest, non modo ab eo, qui filium habet, aut habuit, sed & qui nullum, modo habere possit; neque enim necesse est, convenire adoptionem cum natura, modo ei non repugnet: & est hic duplex tum fictio (contra id quod Dd. vulgo, duo singularia concurrere non solere) primo, filium habere aut habuisse eum qui adoptat, & secundo, nepotem ex eo: non quod filius, ex quo fingitur nepos, designandus sit, sed potest quasi ex incerto natus fingi, § 5. *h. l. 43. h. t.* Quo autem loco adoptatus Patri naturali fuerit, nihil refert, cum ejus potestas extinguatur; proinde filius alterius, a me ut nepos adoptari potest; qui nepos domi suæ est, mihi loco filii esse potest: nam licet alia sit nativitatis ejus conditio, tamen sufficit eum potuisse adoptantis esse filium, § 6. *h.* Sed qui habens filium, nepotem tanquam ex eo genitum adoptat, cum hoc effectu, ut filio suus

heres fiat, is consensu filii impetrato indiget, § 7. *h.* Nam etsi agnatorum voluntas in adoptione non spectetur, *l. 7. h. t.* nec filii quidem, si Pater tanquam ex alio vel incerto filio nepotem adoptet, & tantum cupiat actum adoptanti inter se & nepotem subsistere, *l. 43. h. t.* tamen si non modo ipse avi, sed & filium Patris loco, velit esse adoptato, nihil agit, nisi filio consentiente, quoniam invito nemini suus heres agnascitur, *d.* § 7. qua ratione Avus nepoti, quem habet in potestate, sine Patris consensu nuptiis nequit autor esse, *l. 16.* § 1. *de rit. nupt.* neptim vero solus avus recte matrimonio collocat, quia Pater e filia suos heredes non expectat. In amissione Patriæ potestatis non est eadem ratio, ut videbimus ad § 6. *tit. seq.*

9. (e) Naturalis gignendi incapacitas, si peremptoria & desperata sit, ut in castratis sive Eunuchis, adoptionem penitus prohibet, non si externo & temporali incommodo impedita, ut in Spadonibus, § 9. *h. l.* 2. § 1. *h. t.* Spadones in genere sunt omnes gignendi incapaces, iique vel Spadones tantum, qui sperantur in venerem convalituri, vel castrati, *l. 39.* § 1. *de jur. dot.* ubi & spadonibus nuptiæ permittuntur, non castratis, quibus tamen adoptio a Leone Imp. conceditur, *N. 36.* Theophilus Eunuchos facit genus, eosque triplices, spadones, castratos, thlibias: quibus testes sunt attriti, nec magis quam castrati jus adoptandi habent. Quin & simplex Spadonis adoptio non tribuit patriam potestatem; cum descendentem nunquam habeat, adeoque nec adscendens ipse unquam, sed adoptatus ei semper extraneus sit, nisi impotentia genitori jam facto supervenerit, ut Theoph. Femina ut naturales liberos in potestate non habet, ita nec adoptione, quæ causa est patriæ potestatis, fungi potest, § 10. *h.* Tamen si qua mulier liberis amissis ad blandiendum ac imponendum dolori, liberorum nomina desideret, conceditur ei Rescripto Principis adoptio, absque effectu tamen Patriæ potestatis, cujus plane est incapax, *l. 29.* § 3. *de inoff. test. l. 5. C. h. t.* Et est species hæc, quæ notissimos adoptionis terminos excedat; cum nec adoptio sit stricte sumpta, quia non fit coram Magistratu; nec utique est adrogatio, licet rescripto Principis fiat.

10. (f) Cum adoptio naturam imitetur, consequens est, adoptatos iisdem juribus subjici atque potiri, quæ patriam potestatem in naturalibus liberis consequuntur, secundum distinctionem § 2. *h.* Quibus juribus subjiciantur dixi *tit. 9.* § 2. Potiuntur jure succedendi ab intestato, § 2. *infr. de hered. ab int.* ex testamento heredes fiunt necessarii, § 4. *I. de exher.* &c. Ideoque nihil vetat, Adoptantem jus suum transferre, aliique filium cedere adoptandum, § 8. *h.* non tamen Patri naturali, quoniam *imagine naturæ veritas adumbrari non debet, l. 23. de lib. & posth. hered.* atque ut naturâ Pater nemo, dum vivat, esse desinit, ita & in eo convenit adoptio, quod ad tempus fieri non possit, *l. 34. h. t.* Neque desunt tamen exceptiones, in quibus adoptionis commentum naturæ effectu destituitur. Sic adoptivi nihil conferunt ad jus trium liberorum & evitandas orbitatis pœnas respectu hereditatum & honorum, *l. 51.* § 1. *de Leg. 2.* aut excusationis a publicis muneribus, *pr. Inst. de excusat. tut.* Tacit. *15. Ann. c. 19. Factum ex eo SCtum, ne simulata adoptio ulla parte muneris publici juvaret, ac ne usurpandis quidem hereditatibus prodesset.* Conditio fideicommitti, *Si heres sine liberis decesserit,* non deficit, liberis per adoptionem adscitis, *l. 76. de C. & D.* neque succedunt Adoptivi in feudis, *c. adopt. si de feud. defunct.* Denique cognatio per adoptionem non conciliatur, nisi a parte Patris, quæ est agnatio, *l. 23. h. t.*

11. Postremo, ut Pater naturalis non modo filium, sed & nepotes ex eo, in potestate habet, § *ult. sup. de patr. pot.* ita Arrogator & hunc, quem immediate arrogavit, & liberos ejus, potestate complectitur, § 11. Cum enim liberi sint proprie Patris, necessario cui Pater subest, huic & liberi subjiciuntur, non secus ac bona ejus; In simplici adoptione id fieri nequit. Nam filiusfamilias liberos suos in potestate non habet, sed Pater ejus, in cujus manu, cum adoptatur, eos relinquit, *l. 40.* Quod de Arrogatione dictum est, Imp. exemplo illustrat. Augustus diu cunctatus, an Germanicum Drusi uxoris nepotem, cunctis laudatum, sibi successorem destinaret, precibus uxoris evictus privignum Tiberium prætulit, Germanicum secundo loco habiturus, Tacit. *4. ann. 57.* Sueton. *c. 4. Calig.* Igitur Tiberium primo coegit arrogare Germanicum, Suet. *c. 15. Tib.* tunc ipse Tiberium in filium arrogavit, ut eodem actu absque nova adoptione, Germanicus ipsi pro nepote esset, *h.* § 11. quo exemplo dein Hadrianus arrogavit Antoninum

(e) *Pos. 9.* (f) *Pos. 10.*

Pium,

Pium, posteaquam hic Marcum, Marcus L. Verum adoptasset, uti sic uno actu Adriano filius, nepos, pronepos adciscceretur, teste Capitol. *in Marco & in Vero.*

12. (g) Habuimus *supra* casum, quo adoptio non tribuit effectum Patriæ potestatis; sed quo nomen duntaxat & imaginem filii præstat. Is erat, quando quis ab extraneo adoptatur. Alter casus fuit in adoptione feminæ, & tertius est in servo adoptato, § *sequ.* Dominus servum adoptans, quod vult, id non consequitur, quod non intendit, hoc agit, ait Theoph. Servus enim non sit ei filius, qui est finis adoptionis, sed liber tantum. Nam etsi adoptionis actus valeat, ut plerosque veterum scripsisse, Gellius testatur *l. 5. c. 19.* quos inter *hic* Cato laudatur; tamen nec libertinis quidem permittendum esse, uti per adoptionem in jura ingenuorum invadant, Musurius Sabinus tradit, *d. c. 19.* Sed inutilis adoptio valet ut manumissio, σωτηρῶς ait Theoph. ex tacita domini voluntate; Nam quem filium habere voluit, hunc multo magis liberum voluisse videtur, *arg. § 2. inf. ex quib. caus. manum.* Hinc, si quis servum *actis intervenientibus* filium suum nominaverit, is liber fit, non filius, § *ult. h.* Acta intervenire dicuntur, cum aliquid in Consistorio Principis, aut magistratus auditorio, in publicos commentarios redigitur, *l. 45. l. 46. D. de re jud.* Giphanius *ad h.* §. Theophilus optime, *actis intervenientibus*, explicat, εἰσελθόντος ἐν δικαστηρίῳ τινὸς καὶ εἰπόντος ἐν ὑπομνήμασι, *ingrediente aliquo in locum judicii & memoriali scriptura allata testante.* Multa passim horum actorum mentio occurrit.

13. (h) Caterum *adoptio non jus sanguinis, sed agnationis affert*, ait Paulus in *l. 23. h. t.* id est, non ea, quæ sola natura confert, sed quæ positivi juris sunt: cum autem Nobilitas sit excellentia generis a natura non introducta, sed honorum usu reperta, nihil vetat, illam adoptione acquiri *. Nec dissentit Cuj. *Consult. 56.* qui *nobilem*, ait, *ex ignobili adoptio facit, si gentem spectas, non si genus.* Nam Romana nobilitas est gentis. Genus quod per traducem, ut ajunt, propagatur, rationem mere naturalem habet, a quo diversa est nobilitas, contra quam Tiraq. *de Nobilit. c. 15.* Clara apud Romanos res est, Tacitus *5. ann. c. 1.* Liviam Augusti uxorem vocat *nobilitatis per Claudiam familiam & adoptione Liviorum Juliorumque claris-simam.* Idem *l. II. 15.* Galbam Pisoni adoptando ita locutum, *Insigne*, ait, *tibi, Sulpiciæ ac Lutatiæ decora, nobilitati tuæ adjecisse.* Dignitas per adoptionem augetur, *l. 35. h. t.* & senatoriæ dignitatis, quæ est fons nobilitatis apud Romanos, fit consors, qui adoptatur a senatore *l. 6. de senat.* Ingenuitas quidem adoptione non comparatur, *l. ult. h. t.* sed hujus a nobilitate diversa est ratio. Plura dix. in *lib. 2. Digress. c. ult.*

14. Hodiernis moribus Adoptivi qui dicuntur, potius Alumni sunt, nec jura liberorum vel in nuptiis, vel successionibus, vel in nobilitate consequuntur, Gudel. *1. de jur. noviss. 15.* Vinnius *pr. ad h. t. n. 2.* vid. tamen D. Voet. comment. *ad h. t. in f.* In Frisia nostra, cum Statutis non sit abolita adoptio, nihil obstat, quo minus etiamnum ** obtineat. Extatque illustre exemplum Adrogationis in illustri Viro, supremæ quondam Curiæ Senatore primo, Legationibus magnisque in Rempubl. meritis notissimo ALLARDO PETRO a JONGESTAL, qui a Patruo Viro Amplissimo adrogatus, successione intestati aliisque juribus liberorum, sine controversia gavisus est.

TIT. XII.

Quibus modis jus Patriæ potestatis solvitur.

Continuatio & modi tres recensiti. Primo de morte natur. & Civ. ubi de relegatione. De servitute pœne & captivitate. Alter modus tollendi, dignitas. Tertius, emancipatio. Ejus effectus.

* Jure hodierno Germaniæ contrarium verius est, cum nobilitas sanguinis Principis est beneficio concessa censeatur, ac arbitrio adoptantis in ignobilem transferri nequeat. Stryk. *Us. Mod. L. 1. t. 7. § 8.*

** Nec Saxonum Jure aut moribus adoptio exolevit, vid. Kulpis. *d. Adopt & emanc. Princip. th. 7.* Menck. *Gymnas. Pol. Disp. Civ. 1. th. 7.* Schulter. *ad ff. Exc. 3. th. 16.* licet nonnulli adoptionis loco unionem prolium mores Germanorum introduxisse autument. Gail. *L. 2. Obs. 128.*

(g) *Pos. 11. 12.* (h) *Pos. 13.*

(a) QUænam personæ sint alieni juris, & quando servi Dominorum potestate liberentur, diximus: Patria potestas ad regendam familiam Jure Gentium introducta, eodem Jure, cessante hoc regimine, solvitur.

SCHOLIUM.

Excipe terras, in quibus viget jus Saxonicum, secundum cujus dispositionem in filio præcise separata œconomia requiritur, quamvis in filia nuptiæ sufficiant.*

Romani veteres duos tantum modos solvendæ Patriæ potestati agnovere, mortem & voluntatem Patris, donec Byzantini Principes dignitates quasdam adjecerunt. Ita tres modi recensentur *hoc tit.* Mors, Dignitas, & Emancipatio. Mors est vel naturalis, *h. pr.* quæ fit migratione ex hac vita; vel civilis, §1. cum libertas aut jus civitatis amittitur; tunc enim homines interire dicuntur, *l. 63. §. f. pro soc.* & servitus morti adsimilatur, *l. 5. §. 2. f. de C. & D.* Morte naturali cur solvatur patria potestas, nemo ambiget, cum procul dubio jus personale sit, quod cum personis extingui debet, *l. 196. de R. J.* licet effectus ejus post mortem in multis rebus duret, *§ 3. inf. de tut. Tit. de pup. subst. §. 1. & 2. de her. qual. l. 5. pr. de C. & D.* Et quidem mors patris liberos in potestate habentis αὐτοχθῶς, semper eam tollit: Quod si Pater ipse adhuc filiusfamilias sit, tunc Avi morte potestas in hunc transfertur. Si ipse ab Avo emancipatus vel præmortuus sit, tunc Nepotes avi morte sunt sui juris; Hoc ait Imp. *pr. h. t. Nepotes sui juris sunt, si post mortem avi in potestatem Patris sui recasuri non sunt.*

2. (b) Prima species mortis civilis §1. recensetur, deportatio in Insulam, surrogata in locum veteris aquæ & ignis interdictionis, ut latius infra. Per hanc, ut reliqua civitatis jura, sic & patria potestas tollitur. Perdunt enim omnia, quæ sunt Juris Civilis, & quæ nudi Juris Gentium sunt, retinent deportati, *l. 17. §. 1. de pœn.* Cum autem omnes fere patriæ potestatis effectus, mere civiles sint, hinc, licet ipsa potestas simplici Jure Gentium deportato maneat, quia tamen Jure Civili enervatur, ideo & ipsa tolli dicitur. Qui a deportatione per principem sunt restituti, patriam potestatem recuperant, *d. §. 4. inf.* quod de restitutione speciali intellige, per quam bona omniaque jura restituuntur, *l. 3. D. l. 1. 2. 3. 9. C. de sent. pass.* Nam generalis quæ dicitur, nil nisi veniam delicti & reditum in patriam præstat, *l. 2. ff. l. 2. 4. & seqq. C. d. t.* Relegati patres liberos in potestate retinent, ait Imp. § 2. Relegati & Deportati sunt species *exsulum*, qui tanquam *ex solo* pulsi dicuntur, cui Græcum ἐξορίζω, *exterminio* sive *limine*, quod Theoph. usurpat, convenit, *l. 4. l. 5. de interd. & releg.* Aliquando tamen relegati exulibus opponuntur, *l. 2. de publ. jud.* quod Ovid. *in Tristib. ad Aug.* servat, & ex professo ad uxorem, *lib. 5. eleg. 12.* qua mendacii arguit eos, qui relegatum sese, exulem vocent. Tria potissimum intersunt; Deportati jura civium amittunt, relegati nil nisi solum ac cœlum patriæ, *l. 4. de Interd. & releg.* Deportatis bona auferuntur, non relegatis, nisi qui in perpetuum, idque pro parte, si specialiter expressum sit, *d. l. 4. inf. & l. 14. eod.* Accurate Ovid. *d. eleg. Cæsar*, ait,

Non vitam, nec opes, nec jus mihi Civis ademit:
Nil nisi me Patriis jussit abire focis.

Deportatio semper fit in perpetuum, Relegatio sæpe ad tempus, *l. 13. eod.* Festus ex Ælio Gallo tradit; *Relegatos dici proprie, quibus ignominiæ aut pœnæ causa necesse est ab urbe Roma, aliove quo loco abesse, Lege, SCto, aut edicto magistratus*, quod & verba relegandi, exsulis & ἐξορίζειν indicant. Postea obtinuit, ut in certum quoque locum relegati dicerentur, *h. §. 2. l. 4. d. t. de interd. & rel.* Romæ tamen olim in cives Romanos relegatio non exercebatur, sed in peregrinos tantum aut Latinos. Primus ex urbe civis Romanus, est relegatus D. Lamia Eques præcipuus, teste Cicerone *lib. 11. ad fam. 16.* Vid. quæ scripsi *l. 3. Digress. c. 10.*

3. (c) Amittitur etiam Patria potestas servitute, tam ea, quæ pœna dicitur, § 4. *h.* ** quam hostili, § 5. *h. t.* Servitus pœnæ nihil est aliud,

* Nuptiæ ergo filii non sufficiunt, nec majorennitas sola, ut nonnulli volunt, vid. Thomas. *d. quæs. emanc. German. § 45.* sed a filio filiave majorenne, instituta œconomia peculiaris P. P. dissolvit. v. Weichb. *art. 70. p. 2. C. El. 10* ibique Carpz. *d. 1. seq.* Nec contrarium evincunt juris Saxonici ac Alemannici textus *L. R. l. 1. art. 14. 13. Spec. Suev. cap. 382.* qui potius de separatione bonorum cum filia majorenni olim suscipienda, quam solvenda per majorennitatem patria potestate loquuntur.

** Jure hodierno cessat, ac Jure inprimis Saxonico Jus Civitatis quoque ac familiæ damnatis ad mortem salvum

(a) *Pos. 1. 2.* (b) *Pos. 3.* (c) *Pos. 4.* quam

quam ſtatus ſervilis eorum, qui capitis ſunt damnati, *l. 29. de pœn. l. 6. § 6. de injuſt. rupt. teſt.* ſæpe enim diu ſervantur damnati, ut quæſtio in eos ex aliis habeatur, *d. l. 29. in f.* & quædam ſpecies capitalium pœnarum per ſe non tranſitorium, ſed permanens ſupplicium, quod tractum temporis habet, continent, ut damnatio in metallum, ad ludum gladiatorium, item venatorium. Nam hi gladiatoriis pugnis & cum beſtiis exercebantur, ut populum oblectarent, & poſt triennium rudem ſperare poterant, interim tamen ſervi erant, *l. 8. § 10. & 11. de pœn.* alii ad gladium damnati vel beſtiis ſubjecti ſtatim conſumebantur, Cujac. *13. obſ. 10.* Porro, qui ab hoſtibus bello juſto ſunt capti, cum ſervi hoſtium fiant & civiliter moriantur, neceſſario & patria poteſtate excidunt: Sed quia inter populos receptum eſt, ut qui ab hoſtibus durante eodem bello reverſi ſunt, jura ſua recuperent, quod jus *poſtliminii* vocatur; hinc propter incertum eventum, quamdiu captivi apud hoſtes vivunt, jus eorum, nominatim Patriæ poteſtatis, *ſuſpenſum* dicitur, etſi revera *extinctum* ſit, *arg. l. 21. ad L. Jul. de adult.* Ideoque liberi interim nuptias contrahunt, res acquirunt, teſtamenta condunt, omniaque ut Patresfamiliarum agunt. Sed reverſis in civitatem Patribus, jure *poſtliminii* non modo exinde in Patriam poteſtatem recidunt, ſed habentur, quaſi perpetuo in ea manſiſſent, & ſic omnia retro exiſtimantur: Nuptiæ quaſi Patris juſſu contractæ, & in ejus poteſtate proles, Teſtamentum irritum, Dominia rerum Patri quæſita, *l. pen. de ſuis & legit. her.* & perinde in cæteris, *ac ſi Pater nunquam captus fuiſſet.* Nam hoc ipſum & quod filius ſemper in poteſtate manſerit, fingit jus *poſtliminii*, *§ 5. h.* & Theoph. Quod ſi Patrem apud hoſtes mori contingat, tum liberi, ut revera Patre capto ſui juris ſunt facti, ita continuant hoc jus, atque inde a primo captivitatis momento, quod quæſiverunt & geſſerunt, valet, ipſisque cedit, adeo, ut quod unus filiorum (vid. Theoph.) ex peculio profectitio interim lucratus eſt, id cum reliquis communicare non teneatur, verum ſolus retinere poſſit, ut qui jam tum ſui juris fuerit; non ſecus, ac ſi Pater in puncto captivitatis adhuc liber & civis extinctus eſſet, quod Lex Cornelia tradit, ac fingit *l. 12. D. qui teſt. l. 18. de Captiv. & poſtlim.*

4. (d) Secundus modus, quo ſolvitur Patria poteſtas, eſt *Dignitas*, cui tamen veteres Romani hanc vim minime tribuerunt, cum Dionyſ. *lib. 2.* memoret, Patres lege filios ſummo magiſtratu præditis & ſeditioſe concionantibus, ſpectante populo, manus injeciſſe & obtorto collo domum abduxiſſe; quod tamen reverentia magis quam jure expreſſum videtur. Nam in publicis cauſis filiusfamilias pro patrefamilias habetur, *l. 9. de his, qui ſui vel al. jur. ſunt.* non quod revera talis ſit, ſed quod Pater in Reipublicæ functionibus filium minime habeat obnoxium, quod & priſcis Romanis ita ſervatum fuiſſe, multa declarant. *Vid. l. 13. § ult.* cum *l. 14. pr. ad Sct. Trebell.* Cæterum, Juſtinianus ſolos Patricios Patrum poteſtati exemit, *§ 4. h. t. l. 3. & 12. C. de Conſul. lib. 12.* Patricii fuerunt Conſiliarii Principis, quaſi Patres, aut Reip. aut ipſorum, ut hic textus inquit, Principum, *item vid. l. ult. C. de Conſ. N. 81.* Unde Valentinianus *Nov. ſua 2,* Aetium ducem celeberrimum, vocat Parentem ſuum cariſſimum; forte rerum quoque geſtarum ac ætatis intuitu; quod nec hodie inuſitatum Principibus. Poſtea, ut in neotericis inventionibus fieri amat, privilegium hoc Patriciatus ad alias dignitates productum eſt, omnesque eas, quæ ab oneribus curiæ liberant, ut ſunt Conſulatus, Conſularitas, magiſterium militum, Præfectura Prætorii, Urbis, Patrocinium Fiſci, aliaque *l. f. C. de Decur. lib. 10.* denique Epiſcopatus, *N. 81. c. 3.* Sed hodie in quaque Civitate, dignitates quæ ad ſummam Rempubl. ſpectant, hoc effectu gaudent; veluti apud nos Patribus ſubducuntur, ut putem, Legati ad Comitia, Ordinum Deputati, Senatores ſupremæ Curiæ, Ærarii Præfecti, Legati ad Collegia *Ordinum Generalium* &c. ſimiliter qui militares ordines nomine *Generalium* ducunt, nam hoc ἀνάλογία magiſterii militum præ ſe fert.

5. (e) Tertius, quo Patria poteſtas tollitur, modus, Emancipatio, eſt Actus Legitimus, quo filiusf. voluntate Patris ex poteſtate ejus dimittitur. Eſtque vetus aut nova; Vetus aut Legitima aut Anaſtaſiana, *§ 6. h. t.* Illa per ritus quosdam ſolennes ſecundum antiquam Legum obſervationem fieri ſolebat. Nam propter jus illud ter vendendi, de quo ſæpius dictum, non videbatur filius plane ſui juris fieri poſſe, quam ter venditus a Patre. Hujus rei imago in emanci-

ſalvum manet. *P. 3. C. 6.* ibique Carpz. *def. 1. Id. p. 2. dec. 101. n. 23.* conf. Lüd. Mencken. *Diſputat. de teſtamenti factione damnatis ad mortem Jure Civili denegata, & moribus plerisque aſſerta. th. 25. ſeqq.* v. Aut *ad. tit. 10. § 2.*

(d). *Poſ. 5. 6.* (e) *Poſ. 7. 8. 9.*

pati-

patione fuit, ut de adoptione dictum *tit. prec. n. 1.* Emptor eum quasi servum suum bis manumittebat, adhibitis solemnibus, in manumissione servorum usitatis, de quibus vid. Brisson. *l. 1. antiqu. c. 11.* Tertia venditione (in filiabus una venditio sufficit) Pater fiduciæ pactum adjiciebat, ut emptor, qui inde Pater fiduciarius dicebatur, filium non manumitteret, verum sibi remanciparet, ut sic tertium venditus ac quasi servus Patris factus, ab ipso manumitteretur, atque ita non emptor ille seu fiduciarius Pater, sed naturalis, jura patronatus in emancipatum tanquam libertum consequeretur, de quibus *hic in § 6.* nempe tutelam legitimam, successionem ab intestato, bonorum possessionem contra tabulas, aliaque, de quibus infra suis locis. Ex his intelligitur, quid velit Rubrica *D. si a Parente quis manumissus*; quæ sit imaginaria servilis causa in emancipatione, de qua *l. 3. § 1. de cap. d.min.* & rhapsismata, *in l. ult. C. de emancip.* vid. Cujam *tit. 6. § 4.* Ulp. *tit. 10.* Theoph. *h.* Sed cum hæ imaginariæ ambages posteritati displicuissent, Anastasius Imp. constituit, ut exemplo adoptionis, emancipatio fieret per Rescriptum Principis, libello supplice a Parentibus oblato, *l. pen. C. de Emancip.* Hæc fuit vetus emancipatio: Sequitur Nova; Nam Justinianus ne Principem quidem adiri voluit; modo, ut Pater apud eum, qui Jurisdictioni præest, præsente filio, declaret, eum se potestate sua liberare & emancipatum facere, *l. ult. C. d. t. h. § 6. ibique* Theoph. Ex quo liquet, filium debere præsentem esse, & conceptam Patris declarationem requiri, quod æque in adoptione obtinet, *§ seqq.* adeo ut hæc etiam Justinianea emancipatio, & hodierna adoptio, sint actus legitimi, *arg. l. 123. d. R. J.* Quatenus autem acta judicialia scripto constant, etiam in adoptione & emancipatione novissima scripturam intervenire oportet, non quod isti actus literis perficiantur, sed quod acta utique scripta sint, ut quæstio, quam hinc movent aliqui Interp. an scriptura ad illos actus requiratur, exigui sit momenti, *vid. d. l. pen. & d. l. ult.* juncta *l. 2. C. de Emancip.*

6. (f) Hæc autem æque erga Nepotem, quam filium obtinent; quia æqualis in utrumque potestas competit, adeo ut nihil veter, eum, qui filium ac nepotes habet, nepotibus emancipatis, filium, qui parens eorum est, in sacris retinere; vel contra, filio dimisso, retinere nepotes ex eo; quis enim avo modum aut ordinem remittendi juris sui præscribat? *§ 7. h. t.* Nec eo tenuis quidem filii, in nepotis emancipatione, diversa est ratio. Scil. in constituendo nepote vertitur præjudicium Patris, & juri ipsius detrahitur, si invitus heredem habebit; In dimittendo nepote, avus suum duntaxat jus, nullum filii, qui nondum habet patriam potestatem, remittit. Sed liberi post emancipationem filio nati, cum Paterfamilias jam sit, in ipsius potestate sunt; modo ex temporis ratione constet, conceptionem in utero uxoris, post emancipationem esse factam; aliter avo jus in ventrem quæsitum auferri nequit, *l. 7. l. pen. de statu hom. § 9. h. t.* Proinde qui post dies CLXXXII. a tempore emancipationis prolem suscepit, habet eam in potestate, quia hoc tempus habetur legitimum, quo partus edi possit in lucem, *l. 3. § ult. de suis & legit. her.* Hippocr. *de partu septim.* εἰ μὲν ἑπτάμηνοι γίνονται ἐκ τοῦ ἑκτὸν ἡμερῶν καὶ ὀγδοήκοντα καὶ δύο καὶ πρώτης μορίου. *Septimestres partus fiunt ex diebus centum octuag. & duobus, & parte diei sequentis.* Quæ verba indicant, tempus illud naturaliter esse computandum, siquidem dies 182. non faciunt sex menses integros, sed minus dimidia die. Denique Adoptio per emancipationem olim etiam peragebatur, de quo *supra*, ut mirum non sit, eam in § 8. *h. t.* inter modos solvendæ potestatis recenseri, cujus causam esse modo audivimus. Neque enim potest esse modus acquirendæ, respectu Patris Adoptantis, nisi pariter modus amittendæ sit, respectu naturalis; Liberatur Patris sui potestate filius, qui ab alio adoptatur, nec tamen sit sui juris, ut in emancipatione propria; nam transit in potestatem adoptantis, vel si is extraneus sit, nihil innovatur, secundum distinctionem *§ 2. de adopt.* Per adrogationem patris naturalis, qui nullus eo casu est, non tolli potestatem, ipsa res loquitur.

8. (g) Præter hos tres modos, amittitur etiam Patria potestas in liberos prioris matrimonii, incestuosa patris digamia, *Nov. 12. c. 2.* Item expositione infantis, *l. 2. C. de infant. expos.* Porro, licet ipsa Emancipatio actus sit voluntariæ Jurisdictionis, qui inter invitos non procedit, sunt tamen casus, quibus Pater etiam invitus potestatem in liberos amittit. I. si pudicitiam eorum prostituat, *l. 12. C. de Episc. aud.* II. Si contra pietatem in eos sæviat, *l. fe. si quis a par. man.* III. Si cum pecuniam acceperit ut emancipet, ter-

(f) *Pos. 10. 11.* (g) *Pos. 13. 14. 15.*

giverse-

versetur, *l. 1. § 3. eod.* IV. Si quid relictum sibi sub conditione emancipandi agnoverit, *l. 92. de C. & D.* V. Si impubes adrogationem probet sibi damnosam esse, *l. 32. & seqq. de adopt. l. 3. § 6. de minor.* Adeo autem voluntaria fuit alioquin adoptio, uti nec Pater invitos liberos emancipare potuerit; nec olim, Paul. *2. sent. 25. in fin. l. pen. C. de emancip.* nec hodie, *Nov. 89. c. 11. in pr.* quanquam hujus regulæ dari videntur exceptiones, siquidem in *§ 3. Inst. de Adopt.* liberi adoptivi causa cognita, digni emancipatione pronunciari possunt, adeoque justa ex causa possunt emancipari, quod etiam est *in l. 132. de V. Obl.* Jus etiam vendendi liberos, de quo sæpius dictum, erat quidam modus emancipandi invitos; denique satis constat, quod Pater olim e domo familiaque sua filium ejicere potuerit. Vide exemplum apud Val. Max. *l. 5. c. 8. n. 5.* & Dionys. *l. 2.* quibus iterum non obstat *l. 6. C. de Patr. pot.* quia solummodo vetat ἀποκήρυξιν Græcam, moremque liberos abdicandi ordinarium per præconem.

8. (h) Cæterum, cum filius, permittente Patre, familiam ipse condit, paternæ familiæ pars, eique subjectus esse desinit. Hinc moribus hodiernis optima ratione placuit, matrimonio * tanquam novæ initio familiæ, jus patriæ potestatis extingui, quod & in separata œconomia, cum Pater filium habitare solum & res suas administrare permittit, in Germania alibique receptum, Treutl. *1. disp. 6. th. f.* quia & hoc casu filius ipse novam inchoat familiam, οἶκον, sive domum, ut Græci. Cæterum, moribus hoc jus solis debetur, & perperam ex *l. 1. C. de Patr. pot.* Juri Civili attribuitur.

Tit. XIII.

De Tutelis.

Quis Paterfamilias. Tutelæ definitio exposita. Divisio tutelæ in genere, tam legitimæ &ativæ, quam testamentariæ. De personis, qui tutores dari possunt.

(a) ABsolutum est primum membrum secundæ personarum divisionis, de his, qui sunt in aliena potestate: sequuntur personæ, quæ sui juris & suæ potestatis sunt; nam hi termini hac parte nihil differunt, *princ. de his, qui sui vel al. jur. sunt. l. 4. D. eod.* Qui sunt sui juris, seu, quod idem, suæ potestatis, dicuntur Patres familiarum, *d. l. 4. l. 195. § 2. de V. S.* Ratio appellationis videtur, quia duæ sunt partes familiæ, juna imperans, & quæ subjecta est, altera; Paterfamilias solus imperat, Ergo qui non est subjectus imperio familiæ, Paterfamilias habetur; proinde omnis homo liber non habens Patrem, quia non est subditus imperio domestico, Paterfamilias est, etsi ἄπαις, imo impubes; Nam & pupillum sui juris & patremfamilias esse, loquuntur *citatæ ll. 4. & 195. § 2.* Quin & Paterfamilias, servorum quoque respectu, quoniam imperat iis, vocatur, Sen. *epist. 47.* Paterfamilias & Dominus idem significant, *Pater* enim *familias appellatur, qui in domo dominium habet*, ait *d. l. 195. § 2.* Vide Rævard. *4. varior. 12.* Patres familiarum igitur sunt vel puberes vel impuberes. Illi sunt vel perfectæ ætatis, vel minores. Perfecta ætas est 25. annorum, *l. ult. C. de his, qui ven. æt. impetr.* Minores in cura sunt, impuberes in tutela & pupilli dicuntur, *l. 239. de V. S.* Ergo pupilli tutorem habentes, sunt Patres familiarum & sui juris; nam Jus & potestas in hac materia sunt unum idemque, *d. pr. & d. l. 4.* Et quanquam verbo latius accepto potestates sint multæ; ac etiam tutoria potestas recte dicatur, in hac tamen divisione vox potestatis stricte accipitur & per excellentiam tantum de herili & Patria; quoniam hæ certis & luculentis effectibus jure sunt præditæ, quibus aliæ potestates carent, adeo ut qui harum neutri est subjectus, dicatur suæ potestatis, dissentiente Merillo *3. variant. ex Cujac. c. 21.* per *l. 43. de O. & A. Obligari potest*, habetur ibi, *Paterfamilias, suæ potestatis pubes compos mentis*, ex qua tamen nihil contrarii deducere possis. Cæterum exercitio potestatis suæ, ob defectum rationis carere pupillos, res docet, & Apost. *c. 4. ad Gal. v. 1.* heredem pupillum οὐδὲν διαφέρειν δούλου, *nihil a servo differre.* Alio sensu Lactantius *l. 4. c. 3. idem*

* Matrimonium filias tantum a patria potestate liberat, filius, nisi propriæ rei domesticæ curam suscipiant, in eadem remanentibus. v. Thomas. *Schol. ad h. t. § 1.*

(h) *Pos. 16.* (a) *Pos. 1. 2. 3.*

servus est, qui & filius, inquit, quod explica ex eo, quod modo diximus.

2. (b) Definitur Tutela ex Servio; *Vis ac potestas, in capite libero ad tuendum eum, qui per ætatem se ipsum defendere nequit, Jure civili data ac permissa*, §1. *h. t. l.* 1. *de tut.* Pro genere, *vis*, multi mallent *jus ac potestas*, ut vertunt Græci Harmenop. & Theoph. *h.* δίκαιόν τι καὶ ἐξουσία, sed nihil opus emendatione, quoniam sæpe voces hæ in jure & alibi junguntur, *l.* 17. *de LL.* scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem. adde § 3. *Inst. de interd.* apud Tacitum 2. *hist.* 39. & 3. *hist. c.* 11. *vis ac potestas imperii.* Si quis putet, vim ac potestatem ita discrepare, sicut Beza *not. ad cap. ult. Matth. v.* 18. δύναμιν καὶ ἐξουσίαν discrepare docet, tum dicere liceat, potestatem esse facultatem faciendi, in actu quasi primo, *vim* significare jus exercendi facultatem illam & ejusdem efficaciam. Verba *in capite Libero* argutantur Interpp. de pupillone, an tutore intelligenda sint; & quidem plerique de pupillo malunt, sed rationes, quibus utuntur, non multum interesse probant, de utro accipiantur. Verbum enim *tutela* perinde ad eum, cui vis ac potestas, quam ad eum, in quem competit, æque ad tutorem, quam ad pupillum pertinet. Nimirum, uterque tam tutor quam pupillus, debet esse liber, ut tutela effectum habeat; nam cum servus dicitur tutor dari, §1. *qui test. tut.* additur, eum confestim liberum fieri, quod fit etiam, cum servo tutor datur, *l.* 9. *l.* 13. *de tut. dat. ab his.* Verum tamen est, quod veteres verba *caput liberum*, de eo qui subest, potius, quam qui regit, usurpent, Ulp. *d. tit.* 11. §5. & Gellius *d. c.* 19. *l.* 5. pupillum diserte *caput liberum fidei tutoris commissum* vocat; & est antiqua locutio, in eo, in capite, pro in eum, in caput, Gell. *d. c.* 19. Uti *vitæ necisque in eo potestas sit, uti Patri endo filio est*, & L. XII. Tabb. *Agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto.* Quin, quod insolentius, in hostium potestate perveniret, habet *l.* 12. *qui test. fac.* redire in potestate *l.* 4. § 12. & 21. *de Usuc.* Voce *tuendi* non simplex defensio continetur, sed officium prospiciendi pupillo de omnibus ad vitam necessariis, ut *in l. pen. pr. de in rem verso*, ubi tueri, alere exhibere se, pro iisdem usurpantur. Sueton. in *Jul. c.* 86. cum tenuiorum tutelam locupletiores in se contulissent; ubi tutela pro exhibitione omnium, quæ ad vitam requiruntur. *Eum*, in genere masculo, quia respicit ad particulam sequentem *qui*; non ad præcedentia *caput liberum.* Verba *per ætatem*, significant tutelam perpetuam, in qua propter sexum erant mulieres *, proprie voce tutelæ non fuisse usitatam, ne olim quidem ætate Servii, & improprie talem fuisse, quod tantum auctoritate tutorum mulieres indigerent, administratione, quæ præcipua pars est, ipsæ fungerentur, Ulp. *tit.* 11. *pr.* Bœt. *in Top.* ut tamen ipsa auctoritas ad administrationem quoque pertineret, teste Cicerone *pro Cæcin.* ubi; *Ipse nunquam auderet judicare, deberi viro dotem, quam mulier nullo auctore dixisset.* Verba ultima volunt, tutelam esse Juris civilis, sed mixti, nam fundamentum & originem ex Jure Naturæ ac Gentium habet, § *pen. infr. de Attil. tut.* Sed Verbum *data* ad Legitimam, *permissa* ad testamentariam atque dativam tutelam pertinet; quanquam primo auditu verbum *data* potius ad dativam referendum videbatur. Sed ratio est, quia legitimam Jus sive lex dat immediate, reliquas proxime dat Testator

* Per legem Claudiam scilicet, de qua vid. Gravinam *de Origine Juris p.* 65. Brunnem. *ad L.* 3. *C. de legit. tutor.* Jac. Gothofr. *ad l.* 2, *C. de tutor. creand.* Schilter. *Ex.* 37. *th.* 222. *seqq.* add. Everard. Otto *de perpet. feminar. tutel* §3. *seq.* Jure Saxonico hæc mulierum cura perpetua etiamnum obtinet, non communi tantum, vid. *L. R. L.* 1. *art.* 31. & 45. sed etiam electorali; *P.* 2. *C. El.* 15 *Dec. El.* 24 *O. P. S. T.* 8. v. *Disp.* Jacobi *de Curatore Mulieris Saxonico, Lipsiæ ann.* 688. *hab.* ita nimirum ut sive solutæ, sive matrimonii nexu vinctæ sint, sine curatore præjudicialem actum minime suscipere valeant, cui doctrinæ temperamentum dat *L. R. L.* 1. *a.* 45. quo extra Electoratum virginibus ac viduis, non adhibito curatore, libere contrahere permittitur. Coler. *Decis.* 67 *n.* 41. Distinctius hoc exsequitur *Mandatum novissimum ad declarationem P.* 2. *C. El.* 15 *a Rege nostro potentissimo d.* 18. *Nov.* 1712. *emissum*, vigore cujus feminis solutis, majoremnibus tamen, extra casum donationis & mercaturæ, mobilium, non autem Geradæ alienatio, neglecto curatoris assensu permittitur; Uxorum vero cambia, chirographa, omnesque actiones citra mariti aut curatoris alius consensum susceptæ, ipso jure annullantur, ut nulla post mariti obitum adversus viduam, nisi novatio accesserit, detur exactio. conf. Menck. *Tract. Synops. Proc. ad Tit.* 52. *pag.* 916.

(b) *Pos.* 4 5. 6. 7.

vel

vel magistratus, Lege permittente, sed & modum præscribente.

3. (c) Igitur species tutelæ tres sunt; Testamentaria, Legitima, Dativa, quæ & honoraria a Magistratibus vocatur. Prima omnium Testamentaria, a parentibus datur, cujus aliqua dum spes supereſt, reliquæ excluduntur, *l. u. in fin. pr. de testam. tut.* Definitur in § 3. *h. t.* cum Parentes liberis impuberibus, quos habent in potestate, dant tutores testamento, *vel codicillis testamento confirmatis*, quod addendum ex *l. 1. §1. de confirm. tut.* Fundamentale igitur requisitum Testamentariæ tutelæ est hoc, ut liberi sint in potestate Parentum. Unde sequitur, matrem, cujus nulla civilis potestas est, non posse tutorem liberis suis jure quidem dare; quanquam, si dederit eum, decreto magistratus confirmatur, *l. 4. de confirm. tut.* quod semper defectum juris arguit, *l. 1. de confirm. tut.* Porro, tutor a matre datus non aliter confirmatur, quam si & mater liberos heredes instituerit. *d. l. 4.* cui ne obstet *l. 4. C. h. t.* alterum ibi *non* delendum Cujacius monet, adeo ut nihil matri indulgeatur præ quovis extraneo, cui tantundem licet, *d. l. 4. de confirm. tut.* Pater vero quamvis emancipato filio tutorem jure non det, datus tamen confirmatur simpliciter, etsi filius heres non sit, *l. 3. de confirm. tut. § ult. h. t.* nisi evidens pupilli utilitas aliud postulet, *l. 10. cod. tit.* Quod si filiusfamilias a patre sit exheredatus, huic tamen absolute, ut nec confirmatione opus sit, tutor dari potest, *d. l. 4. de test. tut.* Causam dandi tutoris, quæ est patria potestas, exheredatio non solvit, exemplo substitutionis pupillaris, *in* § 4. *Inst. de pup. subst.* Cui opponitur *l. 73. § 1. de R. J. l. 53. de V. S. l. 26. § f. de Testam. tut.* ad quas responsa damus *in parte 2. tit. ff. de Test. tut.* Sed alius heic scrupulus sedet, quomodo a verbis XII. Tabb. *Paterfamilias uti super pecunia tutelave rei suæ legassit, ita jus esto*, quemadmodum citantur ab Ulpiano *tit. u. § 14.* & *aliis*, tutela deduci queat, solis patribus jure patriæ potestatis conveniens. Egimus hac de re in *lib. 3. Digress. cap. 3.* cujus summa est, Jurisconsultos ex iis verbis collegisse duplicem tutelam, unam in rem, alteram in personam pupilli. In rem, quæ datur a quolibet testatore pupillum heredem faciente, *l. 4. de testam. tut.* In personam, quæ jure patriæ potestatis competit, *l. 1. cod. tit.* nam reliqui testatores in personam pupilli nullum jus statuere potuerant, in quam ipsi nihil juris habebant, Tutela vero datur in personas, § 4. *h. t.* Hanc igitur patriæ potestati convenientem simpliciter appellarunt testamentariam, idque est, quod in *l. 120. de V. S.* scriptum est, verba legis XII. latissima cum essent, auctoritate jura constituentium esse coangustata. Latiorem tamen sensum hactenus conservarunt, ut cuique patrifamilias testatori jus darent, pupillis heredibus suis dandi tutorem in pecuniam a se relictam. Prior species proprie testamentaria, posterior improprie talis dicenda videtur. Proprie, inquam, dicta est ea, quam modo definivimus. Impropria, cum pater filio emancipato, vel mater aut quilibet extraneus, pupillo heredi a se instituto, dat tutorem in testamento, ad res illas hereditarias, *l. 4. de confirm. tut. l. 4. de testam. tut.* E definitionibus & dictis reliquis, collige triplicem harum specierum differentiam. I. Tutelæ Testamentariæ proprie dictæ, fundamentum est patria potestas; In impropria, testator non habet in potestate pupillum. II. Proprie testamentaria decerni potest in liberos etiam exheredatos, modo in potestate sint, *ut diximus.* Impropria non valet, nisi per consequentiam heredis institutionis, *d. l. 4.* III. Tutores proprie dati testamento, immediate a testatore proficiscuntur, nec ulla confirmatione magistratus indigent, *l. 7. de Testam. Tut.* Verum improprie dati a Magistratu confirmandi sunt, & vi confirmationis illius valent, *l. 1. & 5. de confirm. tut.* Accedit hæc differentia; Tutores proprie testamentarii, in personam dati intelliguntur, § 4. *Inst. Qui testam. tut.* Dati improprie testamento, *in rem dati* videntur, *d. l. 4. de test. Tut.*

4. Porro, quia sub liberis nepotes continentur, *l. 220. de V. S.* sequitur, avum etiam paternum nepotibus, quos in potestate habet, recte tutorem dare; modo post mortem ejus termini habiles tutelæ sint futuri; qui deerunt, si nepotes, avo defuncto, in potestatem Patris sint recasuri, *quia patriæ potestati & tutelæ nemo simul potest subesse.* Sunt hæc duo ἀσύγκρατα, *supr. de his qui sui vel al. jur. & princ. de tut.* Non recidunt autem liberi morte avi in patris potestatem, quando pater ante avum mortuus, vel emancipatus est; quod etsi tempore testamenti facti nondum evenerit, si tamen ante mortem avi contingat, tutoris datio prius vitio convalescit, *l. 10. § 2. de test. tut.* His etiam, qui mor-

(a) *Pos. 8. 9. & seqq.*

tuo Patre sperantur nascituri, id est posthumis, tutor dari potest, modo in tali statu nascantur, ut patri, si viveret, sui heredes forent. Nec est quod quis miretur, tutelam posthumis applicari, nondum personis, neque pupillis, *l. ult. de V.S.* sed qui mulieris & viscerum portio sunt, *l. 1. § 3. de ventr. insp.* nec homines recte dicuntur, *l. 9. § 1. ad L. Falcid.* quin sciat, posthumos hic non ut ventres considerari, quibus curator, non tutor datur, *tit. de ventre in possess. mitt. & curatore ejus.* sed ut jam natos, adeo ut abortu non minus tutela quam ipsi pereant: scriptumque est generaliter, posthumos pro jam natis haberi, quoties de ipsorum commodis agitur, *l. 7, l. pen. de stat. hom.* sed parentum commodis non prosunt, nisi jam nati, *l. 2. § 6. de excus. tut.* Neque tamen legatum filiabus relictum, posthumis etiam debetur, *l. 15. § fin. l. 17. pr. de leg. i.* quia legata sunt benevolentiæ *singularis* testimonia, qua testator ei, qui non esset, obstringi non potuit.

SCHOLIUM.

Hanc rationem quamvis non improbem, videtur tamen ea ulteriori declaratione indigere, ne quis objiciat, etiam tutoris dationem esse testimonium benevolentiæ paternæ. Dicerem ergo, in Tutoris datione præsumptionem esse pro posthumis, quia hic æqualis causa benevolentiæ, quæ patrem ad tutorem dandum movet, adest, nec per extensionem ad posthumos aliquid natis decedit, sed saltem tutor magis oneratur. Unde sine dubio, si patrem quis tempore facti testamenti interrogasset, an sub voce liberorum etiam posthumos voluerit intelligere, Pater annuisset. At legatorum causa est benevolentia aliqua singularis, & præterea si legatum ad posthumos extenderetur, vel heres, vel collegatarii, damnum aliquod majus sentirent. Breviter, ibi materia est favorabilis, hic odiosa. Ergo ibi vox liberorum extendenda, hic restringenda.

RESPONSIO.

Minus commode legati adversus liberos causa, sive jam natos sive posthumos, odiosa *vocatur. Pro instituto brevitatis nostræ, sufficit addita vox* singularis *benevolentiæ, in legatis; cum Tutela curam Patris habeat communem & promiscuam omnibus liberis, etiam nascituris.*

N. ADDIT.

Ergo revera Scholion nostrum non taxatur, sed secundum istius ductum textus prælectionum, etsi id uno verbo fiat, emendatur. Quod autem additur, minus commode legati adversus liberos causam, sive jam natos, sive posthumos, odiosam vocari, uti videtur id significare, quod id legatum non sit odiosum dicendum intuitu liberorum, ita aperte non ferit ea, quæ in Scholio dicta sunt, quod sit odiosum intuitu heredis aut collegatariorum, qui videlicet legato gravati erant. Interim hoc non obstante, jam illa, quæ de favorabilibus & odiosis in Scholio dicta sunt, malo omitti. Dum enim istud Scholium scriberem, nondum agnoveram, totam doctrinam de favorabilibus & odiosis parum facere ad interpretationem legum, & regulam illam, favorabilia esse extendenda, odiosa restringenda, & falsam & inutilem esse, ut latius fuit deductum in Inst. Jurisprud. div. lib. 2. cap. 12. § 159. seq. & in disputatione ulteriori ea de quæstione, quæ d. l. 2. subjuncta est p. 372. seqq.

TIT. XIV.
De his, qui Tut. testam. dari poss.

Filiumfamilias recte tutorem dari, quin etiam servum aliquo modo. Furiosi & minores quo sensu Tutores dari possint. Tres regulæ fundamentales tutelæ testamentariæ. Liberorum & filiorum discrepans appellatio.

(a) RUbrica XIV. est *de his, qui testamento Tutores dari possunt,* quod facillime ex opposito, id est, qui prohibentur, vel de quibus dubitari possit, intelligitur, ut sunt filiifamilias, servi, minores anni 25, furiosi. Nam licet absurdum videatur, ut tutoria potestas detur ei, qui non est suæ potestatis, *arg. l. 21. ad L. Jul. de adult.* tamen, quia tutela est ex publicis muneribus, in quibus ad Patriam potestatem non attenditur, nulla ratio filiosfam. arcet, in *fr. h. t. l. 9. de his, qui sui vel al. jur.* Et *d. l. 21.* non nisi de potestate stricte sumpta, scil. patria & herili, loquitur. Proinde & a magistratu filiusfamilias recte datur tutor, *l. 7. de tutel.* & quo minus a Lege vocetur ut sanguine proximus, nulla quidem ratio juris prolubet, sed ordo propinquita-

(a) *Pos. t. 2.*

tis

tis obstat, quo minus proximum gradum attingere possit; quia necessario pater cum in computatione præcedit, nisi hic mente captus sit, quem ordo Legis prætervehatur. Quin & servus potest tutor esse, non qua talis, sed ut libertatem expectans. Proinde qui proprium servum tutorem destinat, hoc agere debet, ut liberum faciat; alienus vero, quem liberare nequit, sic dandus est, *si liber erit*, § *i. h. t.* Si proprium testator non dixerit expresse liberum, ipsa tutoris datio libertatem ei, ut necessarium consequens, (cum nemo particeps juris civilis, quo tutela pertinet, esse possit, nisi liber) ex præsumpta voluntate tribuit, & quidem directam, ait *hic Imperator*. Sed quia in *l. 9. C. de fideic. libert.* fideicommissaria libertas ei adscribitur, multi censent, in hoc § jus novum tradi, quo spectant verba *l. pen. C. de nec. serv. her.* ubi, *nostro jure hoc esse inductum*, quasi nostrum jus sit Justiniani constitutio. Sed advertatur mos Imperatoris novitates a se repertas diserte sibi, nec raro cum φαντασίᾳ ἐμαυτοῦ adscribentis, hoc autem § ut res nota, libertas directa simpliciter memoratur. Imo non esse hoc novum, arguit *l. 32.* § *ult. de test. tut.* quæ servum tutorem datum mox ab adita hereditate liberum fore tradit, quam directam esse libertatem oportet, cum in fideicommisso manus heredis expectanda foret. *Nostrum igitur jus* in *d. l. pen.* erit jus civile; atque ita nihil superest, quam ut *d. l. 9.* de tutore codicillis aut verbis precativis dato, accipiatur.

2. (b) Sed quod mirum videatur, etiam furiosi tutores dantur, § *2. h. t.* non qua tales, nec quia liquida furoris habent intervalla, quod putat Mynsing *hic*; sed quod sperentur brevi ἀνανήψειν *ad sanam mentem redituri*, ut Theoph. contra quam mente captus, qui perpetuo defectu rationis laborat. Idem est in minore annis 25. Etsi enim is per ætatem suis impar negotiis curatori ipse subeat, tamen si parum absit a perfecta ætate, & testamento & lege tutor aliis dari potest; sed administratio utriusque differtur, donec minor ætatem impleverit, & furiosus valide sapiat, *l. 10.* § 7. *de excus. tut.* interim carent omni tutelæ effectu, alio a magistratu administratore creato, *d. l. 10.* § 7. ideoque nec esse tutores, sed fore dicuntur, *h.* § 4. *l. 10.* § *pen. de test. tut. l. 4. & l. 8. de legit. tut.* edi revera munus tutelæ in ipsis sit stabilitum & sint veri tutores, tam testamento quam lege dati: alioqui magistratus non juberetur alium substituere, ut vult *d. l. 10.* § 7. sed Lex ipsa transiret ad agnatum perfectæ ætatis, *arg. l. 3.* § *pen. de legit. tut.* An autem substitutus ille tutor vel curator sit, videbimus: & *alio loco*, quid jure novo hac parte sit mutatum.

3. (c) Hactenus secundum Rubricam, qui tutores dari possint. Sequuntur aliæ quædam regulæ, & quidem tres; duæ in § *3.* Prima est, quod *Tutela æque conditionis & temporis adjectionem, ac alia in testamento scripta, recipiat.* Ratio dubitandi erat, quia tutoris datio inter actus legitimos refertur, qui diem & conditionem non recipiunt, *l. 77. de R. J.* at hoc de tutela dativa, quæ solemniter apud Magistratum fit, intelligendum, non de testamentaria, quæ hic agitur, neque de ipsa legitima. Est & moralis ratio, quæ prohibet magistratum aliter quam pure tutorem dare, quia cum Pater tutelam suspendit in certum tempus, vel casum incertum, interea potest alius facile a magistratu dari, § *1. infr. de Attil. tut.* at si ipse magistratus defectum committeret, nemo foret, a quo supppleretur. In legitimis tutelis desunt termini habiles huic regulæ; nam lex, quæ simplex & generalis est, conditionem vel diem adjicere non potest. Secunda regula est, *posse tutorem non modo post, sed & ante heredis institutionem dari.* Quod monitu dignum est visum, quia cum heredis institutio sit basis ac fundamentum testamenti, veteres putabant, hoc caput debere primum esse, cui reliqua superstruerentur, § *34. Inst. de Legat.* Sed Justiniano generaliter hic anxius verborum ordo displicuit, imo & ab antiquis vituperatum fuisse, testatur *d.* § *34.* & sine tutoris datione, utilitatem pupilli jam olim contra hunc scrupulum prævaluisse, ex hoc loco apparet; loquitur enim ut de re nota minimeque nova Imperator. Tertia regula in § *4. Certæ rei vel causæ tutor dari non potest*; ratio redditur, *quia personæ, non causæ, vel rei*, tutor datur. Nimirum personæ principaliter, ut dictum *supra*, rebus per consequentiam; & cum a persona pupilli totum pendeat patrimonium, sequitur universo quoque patrimonio tutorem datum censeri, *l. 12. & seqq. de testam. tut.* Cæterum, est exceptio ab hac regula in hereditate adeunda, ad quam, pupillo tutore destituto, curator dari nequit, sed est tutor necessario dandus, *l. 17.* § *1. de Appell. l. 13. de tut. & cur. dat.* Ratio, quia hereditatis aditio ex iis est, quæ solemnitatem ju-

(b) *Pos. 3. 4.* (c) *Pos. 4. 5.*

ris desiderant, cum & actus Legitimus sit, *l. 77. d. R. J.* ad talia autem explicanda, tutore auctore opus est, *l. 19. de auctor. tut.* Aliam sunt qui exceptionem proferunt ex *l. 15. de testam. tut.* quæ tamen remissa magis interpretatio, quam exceptio regulæ videtur: Diffuso per diversas provincias pupilli patrimonio, tutor rei Syriacæ, alius Africanæ, utiliter datur, *& hoc jure utimur*, ait JCtus: indicans, benigne, non ex stricta juris ratione, id esse receptum, & sic intelligi, tutores quidem ipsi pupillo datos, sed administrationem inter eos divisam esse, quod fieri solere, *titulus Cod. de divid. tut.* ostendit.

SCHOLIUM.

His adde quintam regulam ex fine tit. præced. & sextam ex l. 11. de Testam. tut. Quotiescunque semel obtinuit Tutela testamentaria, vel quoties spes adest, eam obtinere posse, toties alius dandus est a magistratu, excluso legitimo.

RESPONSIO.

Hoc agebatur, ut regulæ a Justiniano collocatæ in hoc tit. educerentur, non ut quæcunque sunt, huc aliunde accumularentur.

N. ADDIT.

Indulgendum aliquid Autori, aliquando, ut habeat, quod Scholio opponat, etiam e longinquo petenti. Nam responsioni huic alias facile regeri potuisset, in explicatione Institutionum non vitio verti commentatori, si ea, quæ Justinianus omisit, & tamen multum ad rem faciunt, suppleat. Alias enim ipse Autor subinde hic foret taxandus. vide v. g. ejus positiones ad tit. de excus. tut. *item* ad tit. quibus alienare licet vel non. *Istam vero regulam, quam in Scholio addidi, multum ad intelligendum hunc titulum facere, latius ostendi* in notis ad Strauchium V. 10. p. 43. seq. *ubi* d. l. 11. de test. tut. *ex fontibus bonæ interpretationis aliter explico, quam communiter fit.* Adeoque totum locum huc appono: *Quæstioni, an mortuo tutore in testamento dato locus sit legitimæ tutelæ, an dativæ, similis est quæstio de tutore ad certum tempus vel conditionem dato, an ei succedere debeat legitimus an dativus? Res omnis sita est in recta explicatione* d. l. 11. de testam. tut. *In ejus quippe* princ. *regulæ loco ponitur:* Legitimum tutorem cessare, quamdiu testamentaria tutela speratur. *Ergo forte concludere licebit a contrario, si tutela testamentaria non amplius speratur, admittetur tutor legitimus. Jam quid si tutor, ad quem semel testamentaria tutela devoluta est, postea se ab eadem excusset, aut removeatur? Videtur legitimus tutor succedere, quia scil. post excusationem, aut remotionem, tutela testamentaria non amplius speratur, sed in totum desiit. Verum respondet JCtus* d. l. 11. § 1. & 2. *argumento hoc non obstante, dari debere tutorem a Magistratu. Sed quæ ratio? Duplex se hic via aperit, a cujus rectæ dijudicatione propositarum quoque quæstionum decisio dependet,* (1) *Si dicamus, in verbis* d. § 1. si semel ad testamentarium devoluta fuerit tutela *&c. assertionis istius rationem consistere per novam regulam, cujus sensus sit:* Quotiescunque tutela jam semel ad testamentarium devoluta fuerit, toties, si postea ex quacunque causa deponat tutelam, dativum tutorem debere succedere, *atque ad hanc regulam declarandam JCtum afferre tantum exempli loco tutorem se excusantem, aut remotum, præter eos vero etiam tutorem ad certum tempus, vel conditionem, datum, tum quoque tutorem post testatorem mortuum, adistam speciare regulam. Et itaque secundum hanc explicationem tutoribus hujusmodi, quia jam ad hos semel tutela devoluta est, non legitimus tutor succedet, sed dativus,* arg. l. 11. § 1. *jun.* § 2. Inst. de leg. agn. tut. *Nec obstabit huic explicationi, quoad tutorem defuncto testatore mortuum,* § 3. ejusdem l. 11. *Ejus enim in eo verbis generalibus dicatur: tutore testamentario mortuo, ad legitimum tutelam redire; verba tamen generalia restringenda erunt ex* d. § 2. Inst. *ad eum casum, si vivo testatore decesserit, quia scil. tutela testamentaria tunc ad tutorem istum nondum est devoluta, per* d. l. 11. § 1. *Longe aliter res procedat, si hac explicatione* § 1. *rejecta, pergamus ad alteram. Poterunt quippe* (2) *verba* d. § 1. si semel &c. *ita exponi, ut non ratio decisionis in eis sita sit, nec regulam novam faciant, sed tantum ad casum ibi propositum spectent, ut sensus sit, tutore testamentario, qui semel tutelam suscepit, remoto, aut se excusante, dativum succedere non ideo, quia semel locum habuit testamentaria, sed ex alia ratione, quia scil. specialissime isti casui per SCtum quoddam a regula generali in* pr. l. 11. *contenta, erant exempti. Cui explicationi favent verba* § 3. d. l. 11. quia hic SCtum cessat. *jun.* l. 17. ff. de tut. *quo pacto* d. § 1. & 2. *tanquam de casibus specialibus & de exceptione loquentes, ad alios non erunt extendendi, & ita tutori ad certum tempus, aut conditionem, dato, item illi, qui post susceptam tutelam moritur, succedet non dativus, seu legitimus, quia in his regula* d. pr. l. 11. *locum habet, quod scil. in his*

his casibus non amplius speretur tutela testamentaria. Jam quid in hac sententiarum diversitate dicemus? Si uti in aliis ultimarum voluntatum quæstionibus, ex voluntate testatoris res definienda foret, (in quam sententiam inclinat Loc. quæst. Just. 49. & 50.) *dici posset, casus istos, quibus tutela semel suscepta a tutore testamentario, ante pubertatem pupilli deponitur, discernendos esse; Aut enim de eo casu testator in testamento probabiliter cogitavit, aut non cogitavit. Si de eo cogitaverit ipse, ut si ad certum tempus, vel conditionem dedit, præsumptio etiam est, quod tutores legitimos tantum ad illud tempus, aut conditionem, a tutela voluerit excludere: ergo finito tempore, aut præsente conditione, tutori testamentario succedere debebunt legitimi; si vero casus a testatore prævideri non poterat; ut si tutor post susceptam tutelam se excusset, aut removeatur, aut etiam moriatur, tum, quia absolute testator legitimos voluit excludere, in residuum tempus tutores a Magistratu dari debere videntur,* d. § 1. & 2. *Alia vero ratio tunc esset ejus tutoris, qui vivo testatore defunctus est. Nam tum testator, si novum non dederit, videretur a voluntate priori recessisse, quapropter merito legitimus tunc succederet;* § 3. l. 11. *Verum quod in præsenti materia leges non ad solam voluntatem testatorum respexerint, Indicio est* pr. d. l. 11. *ubi tutore ex certo tempore, vel conditione, dato, interim non legitimus tutelam administrat, sed dativus, cum tamen testator legitimum existo tempore, vel conditione adscripta solum, videatur a tutela removere voluisse. Item quid si tutor testamento datus, antequam suscipiat tutelam, se excusset? & hic ex ratione allata, quoniam defunctus casum hunc prævidere non poterat, & absolute legitimum excluserat, dativo tutela deferri debebat, cum tamen hæc definitio legibus civilibus parum sit congrua, tum propter verba,* si semel &c. d. § 1. l. 11. d. t. t. *tum propter* § 2. de legit. agn. tut. *jun.* pr. Instit. de hered. quæ ab intest. *verb.* ex eo nemo heres extiterit. *Quapropter ut dicam, quid sentiam, primam explicationem* d. l. 11. *& dispositioni juris civilis, & ejus rationi, optime convenire arbitror, idque breviter ita demonstro. Legitima tutela locum habet tum demum, si quantum ad tutelam pertinet, defunctus intestatus decesserit,* d. § 2. de legit. agn. tut. *Nota vero est in materia intestati regula: neminem pro parte ex testamento, pro parte ab intestato posse succedere. Hanc regulam & in materia præsenti obtinere puto, & rationem esse totius* l. 11. de test. tut. *Inde ergo est, quod* in pr. d. l. 11. *tutore sub conditione, vel ex certo tempore dato, quia speratur effectus testamenti, legitimi tutores, tanquam ab intestato venientes, non admittantur, sed interim a Magistratu, qui loco defuncti, ipsius voluntatem supplet, alius detur. Inde porro est, quod si semel tutela testamentaria locum habuerit, nec ea deficiente admittantur legitimi, sive removeatur tutor, sive se excuset,* § 1. & 2. d. l. 11. *sive etiam post testatorem moriatur,* arg. § 2. Inst. de leg. agn. tut. *modo & tunc tutela ad ipsum jam semel devoluta sit,* arg. § 1. d. l. 11. (*dissentit Locam.* quæst. Just. 50.) *sive denique ad certum tempus aut conditionem, tutor testamentarius tutelam administraverit,* (*dissentit iterum Locam.* q. 49.) *ob rationis identitatem, ad quam procul dubio respexerunt SCta, tutore post susceptam tutelam se excusante, aut remoto, agnatos removentia, quæ ratio eum non adsit in eo tutore, qui vivo testatore decessit,* d. § 2. Instit. de legit. agn. tut. *perspicuum jam est, cur JCtus* § 3. l. 11. *dicat ad legitimam tutelam redire, quia hic SCtum cesset. Ex hac ratione definiri poterit & illa quæstio: Quid si tutor testamentarius deportetur? Legitimum ad tutelam admitti, asserit Ludw.* exerc. 3. th. 9. lit. a. *negat Brunnem.* exerc. 3. ad § 2. Inst. de leg. agn. tut. p. 23. *Paulus Voet.* ad d. § 2. p. m. 283. *Ego similiter; si vivo testatore, vel ante susceptam tutelam deportetur, puto legitimum esse audiendum, quia res devenit ad causam intestati; si vero, suscepta tutela, civis esse desinat, aut etiam ante susceptam tutelam unus testamento datus decedat, viventibus tamen aliis simul in testamento datis, a Magistratu, ob allatam rationem, alius dari debebit, & ita intelligo* d. l. 11. § ult. *Non ignota equidem mihi est distinctio Bachovii* ad d. § 2. Inst. de leg. agn. tut. *quem etiam sequitur Paulus Voet.* l. c. *qui, ut* § 3. d. l. 11. *cum* § 1. & 2. ibid. *concilient, discrimen esse ajunt: an testamentaria tutela semel suscepta finiatur, quasi ex natura sua, v. g. morte tutoris, ubi succedat legitimus, an vero finiatur interveniente facto Magistratus, tum non legitima, sed dativæ locum esse, v. gr. si tutor remotus sit, aut se excusaverit. Verum ut taceam, hanc distinctionem nulla ratione niti, & Bachovium ipsum ad commune ignorantiæ asylum legem scil.* non omnium. ff. de LL. *confugere, dum* d. l. *concedit,* non solidam & certam rationem in hujusmodi casibus

bus semper dari posse, cum nec ipse JCtus ad rationem, sed ad SCtum provocet; *illud insuper inconveniens exinde video emergere, quod in applicatione distinctionis illius ad casum de tutore deportato, hæreat aqua Bachovio, cui quidem Voët.* d. l. *tutorem dativum, non legitimum succedere ait, quia nempe & hic tutela non natura sua, sed accedente Magistratus facto, finiatur; Bachovius vero, cum hanc applicationem* d. l. u. § ult. *non adeo bene convenire sentiat, contrariam opinionem, & legitimo quoque in hoc casu tutelam deferendam esse, amplectitur. Quibus dubiis omnibus haud est opus, si ex nostra hypothesi* § 3. d. l. u. *restringas secundum ductum* § 2. de leg. agn. tut. *ad tutorem, vivo testatore mortuum. Neque enim hoc præsuppositio, SCtum, cujus fit mentio in* l. u. *ratione sua (præsumendum quippe est, tamdiu leges ratione niti, donec contrarium ostendatur) destituetur; neque in applicatione hypotheseos nostræ ad casum de tutore deportato, uti supra ostensum, ulla difficultas oritur. Nihil ergo supereſt, quam ut respondeatur* ad d. l. 6. ff. de legit. tut. *ex qua cum aliis Bachov.* d. l. *evincere vult,* § 3. d. l. u. *etiam de casu, si tutor testamento datus post semel susceptam tutelam moriatur, intelligendum esse. Sed si accurate* d. l. *inspiciamus, id quidem exinde demonstrari nequit. Præmittit enim & Paulus ibidem regulam:* Intestato Parente mortuo agnatis deferri tutelam. *Postea vero ostendit, quando dicatur pater esse intestato mortuus, & addit:* Idem dicimus (*scilicet patrem intestato mortuum esse,*) si tutor testamento datus, adhuc filio impubere manente, decesserit: nam tutela ejus ad agnatum revertitur. *Jam si hæc verba de tutore post mortem testatoris adhuc vivente, & demum suscepta tutela mortuo, intelligas, minime dici poterit, patrem intestato mortuum esse, si tempore mortis ejus tutor vixit non solum, sed etiam tutelam suscepit. Concludo, de hac tota controversia, atque præprimis de explicatione mea, judicium Peritiorum expecto.* Hactenus iste locus ex notis ad Strauchium. *Et adhuc expecto judicia peritiorum de lite mihi ob hanc expositionem mota, a Clarissimo Autore observationum ratiocinantium ad Lauterbachium* obs. 807. § 2. & 3. *Ego quidem id, quod ibi docetur, pro contradictione magis, quam pro refutatione sententiæ meæ habeo, ita credo omnibus istis dubiis, quæ a Viro Clarissimo moventur, vel jam in loco nunc descripto esse satisfactum; vel ex ibi dictis facillime posse satisfieri. Unica conjectura supereſt, ex voce* redire & reverti, *quibus JCti utuntur in* d. l. u. § 3. de testam. tut. & d. l. 6. de legit. tut. *unde concluditur, quod textus loquantur de casu, ubi tutela jam a tutore testamentario intercepta fuerit. Sed leviorem hanc esse conjecturam arbitror, quam ut vincere possit conjecturas istas graviores, pro mea sententia in loco jam descripto adductas. Accedit, quod JCti non ubique ita accurati sint in verborum proprietate seligenda, ut ex voce rescindere patet in nota controversia de querela inofficiosi. Et potest etiam dici, quod tutela redeat vel revertatur ad tutorem legitimum; si tutor testamentarius moriatur vivo testatore, eo videlicet sensu, quo dici potest adhuc vivo testatore, quod per dationem testamentarii tutoris tutelam legitimam interceperit &c.*

4. (d) Postremo de verbis agitur in § *ult.* Qui filiis utriusque sexus dat tutores, etiam posthumis dedisse videtur, non nepotibus. Si vero liberis dederit, tunc non modo filiis, sed & nepotibus neptibusque post se nascituris prospexisse creditur, cum & hi sint liberi; ut vel ex *tit. de liberis & posthum. her. inst.* constat; filiorum atque liberorum appellatio distinguitur in hoc § *ult.* cum promiscue sumatur in *l. 84. & l. 220. de V. S.* Scilicet, naturaliter & proprie liberorum vox patet latius quam filiorum, sic ut nepotes rectius liberi quam filii dicantur, & hæc proprietas servatur in nostro §. Sed civili interpretatione & extensione JCtorum, per filios ſæpe omnes liberi, etiam ultra gradum primum intelliguntur, *d. l. 84. & l. 220.* maxime in interpretatione legum, ut notat Alciatus *3. Parad. 9.* exempla in *l. 59. de rit. nupt. l. 2. § 28. ad SC. Tertull. l. 14. ad SC. Maced.* Sed in dispositionibus hominum proprietatem verborum magis observari existimat. Quin nec in Legibus, si odiosæ sint, extensio semper admittitur; consentaneum enim non est, pœnas filiis impositas extendere ad nepotes, ut in *l. quisquis. 5. C. ad L. Jul. Maj.*

TIT. XV.

De Legitima Agnatorum Tutela.

Tutelæ Legitimæ definitio explicata. Cur soli agnati ad hanc tutelam vocati, & mutatio hujus juris. Ab intestato *quid significet.*

(d) *Pos. 6.*

(a) Secun-

(a) SEcunda ſpecies tutelæ eſt Legitima, *Quæ defertur ex L. XII. Tabb. proximis agnatis ab inteſtato.* Nam ſi Pater non proſpexerit liberorum tutelæ in Teſtamento, Lex XII. Tabularum proximis agnatis hoc munus ſine ullo magiſtratus miniſterio impoſuit. Jure civili legitimos tutores nemo dat, ſed Lex eos facit immediate, *l. 5. D. h. t.* non tantum ob eam, quæ traditur in *l. 1. de Legit. tut.* rationem, quod onus tutelæ ad eos pertinere debeat, qui ſperant commodum ſucceſſionis, ſed & ideo, quod ut ſanguinei ita reſpectu & fide pupillis credantur eſſe conjunctiores. Cognatos autem vocant omnes ſanguine junctos, *§ 1. Inſt. de Legit. tut.* ſuntque vel cognati in ſpecie, vel agnati. Illos dicunt, qui per feminini ſexus perſonas ſolo naturæ vinculo junguntur. Agnati ſunt paterne cognati. ἐξ ἀρρενογενείας, *d. § 1. l. 4. § 2. de grad. & affin.* qui per continuas generationes maſculas nobis ſunt juncti.

2. (b) Porro Lex XII. T. ſolos ad tutelam agnatos vocavit, *d. § 1.* quia & eosdem ad ſucceſſionem ſolos vocavit; *Agnatus proximus familiam habeto*, erat in Leg. XII. T. vel ut Auct. ad Herenn. *lib. 1. Familia pecuniaque ejus agnatorum gentiliumque eſto.* Sunt autem gentiles, qui ex eadem gente, agnati, qui ex eadem familia prodeunt. Gens omnes continet, qui ex ejusdem ultimi progenitoris ſanguine proficiſcuntur. Familia certam ex illis lineam notet. Sic gens Claudia multas habebat familias, quæ cognominibus diſcernebantur, Marcellorum, Pulchrorum, Neronum, &c. Omnium plurimas Cornelia gens familias habuit; diſtincte Cæſar apud Suet. in vita *c. 6. A Venere Julii*, inquit, *cujus gentis familia eſt noſtra*, Cæſarum ſcilicet: accuratius quam JC. in *l. 195. § 4. de V. S.* ubi, quam Cæſar gentem, ipſe familiam vocat. Poſtea cognati Prætorum quidem edictis ad ſucceſſiones admiſſi ſunt, non æque ad tutelas; ſed in iis valuit ſemper antiqua ratio, quibus lex non dat hereditatem, iisdem nec tutela defertur, *l. 1.* Poſtremo Juſtinianus agnatorum diſcrimen totum ſuſtulit *, omnesque ſanguine junctos ſola graduum prærogativa, tam in hereditate quam tutela, cenſeri voluit, convenienter Juri naturæ, *Nov. 118. c. 4. & 5.* adeo ut non proximi e familia tam materna quam paterna, tutelam Legitimam conſequantur. Quod ſi plures ſint ejusdem gradus, tutela non ei potiſſimum, qui ætate ** vel peritia præcellit, quod lex dijudicare nequit, imponitur; ſed ex æquo ad omnes pertinet, modo natura inepti non ſint, ut adminiſtratio tamen uni plerumque decernatur, *l. 5. § 2. de legit. tut.* vel pluribus ita, ut periculo tutelæ reliqui maneant obſtricti, *d. N. 118. c. 5. in fin.* Ergo & vere tutores ſunt; nam ſi commodum ſucceſſionis omnes ſimul amplectantur, quidni & onus tutelæ, cum utraque eodem jure deferatur?

3. (c) Verba *Ab inteſtato*, non abſolute, ſed *quantum ad tutelam*, intelligenda, *§ 2. h. l. 6. de legit. tut.* non hoc ſenſu, ſi nullum extet teſtamentum, ut reſpectu hereditatis accipitur; ſed ita, quoties ex teſtamento tutor nullus exiſtit, ſive ab herede deſtitutum, ſeu tutor ante teſtatorem, vel conditionem, ſub qua datus erat, exiſtentem, ſit mortuus, *§ 2. d. t.* Nam ſi, tutela rite ſuſcepta, deceſſerit tutor, aliud eſſe juris, *infra* videbimus.

4. (d) Cæterum cognatio, quia vinculum ejus natura fecit, in quam lex nihil poteſt, civiliter tolli nequit, ſed naturali tantum morte finitur, *§ ult. hic*; adeo, ut poſt deportationem, conſanguinei qui fuerunt, iidem remaneant, *l. 1. § 10. de ſuis & legit. hered.* Verum cognationis jura, quæ civilem effectum habent, ut ſucceſſio in hereditates ex bonorum poſſeſſionibus, morte etiam civili extinguuntur, *§ 6. tit. ſeq.* quæ ſic non repugnat *huic § ult.* Cognatio igitur nullo civili modo perit, ſed agnatio, cujus differentia civili effectu conſtat, capitis diminutione, quæ Juris civilis inventum eſt, plerumque perimitur, ait Cæſar *in § ult. d. tit.* Vox *plerumque* adjecta eſt, quia Anaſtaſius *in l. 4. C. de Legit.*

* Attenditur tamen id Sax. Jure, quo Agnati Cognatis in ſuſcipienda tutela, ſive pupillus bona feudalia ſ. allodialia habeat, ſunt potiores, L. R. *L. 1. art. 25.* W. B. *art. 49.* Cognatique tantum in ſubſidium admittuntur, Carpz. *L. 5. Reſp. 81. n. 17.* add. Mencken. *Diſp. de Prærogativa Agnatorum præ Cognatis in ſuſcipienda tutela curave, quoad Allodium & Feudum. th. 30. ſeqq.*

** Apud nos ſecus eſt, ubi is, qui ex agnatis in eodem gradu conſtituris ſenior eſt, reliquis præfertur, L. R. *l. 1. a. 24.* v. ihr älteſter ebenbürtiger Schwerdtmägen. Carpz. *P. 2. C. 11. D. 11. n. 1.* Id. *L. V. Reſp. 81.* Richt. *dec. 12. n. 9.* Non tamen in Concurſu aviæ paternæ, & maternæ ætatis habetur ratio, Carpz. *P. 2. dec. 122.* Struv. *Ex. 31. th. 26.*

(a) *Pof. 1. 2. 3. 4.* (b) *Pof. 5. 6. 7.* (c) *Pof. 8.* (d) *Pof. 1. tit. ſeq.*

tut. fratres emancipatos, & Justinianus in *l. ult. C. de legit. hered.* eorum filios ad successionem fratrum ac Patruorum, & consequenter illos vicissim ad tutelam vocaverant, atque ita hactenus agnationem, non obstante capitis diminutione, conservarant. Novissime cum agnatorum & cognatorum differentia omnis sublata sit *N. 118. c. 4. & 5.* consequens est, nihil in sanguinis ratione per capitis diminutionem mutari; ut tamen effectus civiles, quos diximus, morte civili etiamnum pereant. Adde Posit. 2. *h. t.*

Tit. XVI.

De Capitis Diminutione.

Aliud caput & capitis Diminutio. Divisio ejus & de maxima capitis Diminutione. De media. De minima.

ORdo postulat, ut quid sit capitis Diminutio, videamus. Caput, non modo supremum hominis ventrem, sed & hominem simpliciter significat, *l. 195. § 2. de V. S.* & caput pro fama sæpe usurpat Cicero aliique Latini, teste JC. *in l. 103. de V. S.* Sed usu juris obtinuit, ut per caput intelligatur status seu conditio, quam quis obtinet jure naturæ, jure civili, & jure generis; jus, inquam, libertatis, civitatis & familiæ; quæ tria qui obtinet, caput integrum habet, & servus, cum his omnibus careat, nullum caput habere, nec unquam capite minui dicitur, *§ 4. de cap. dim.* Definitur capitis diminutio, quod sit prioris status mutatio *in deterius*, ut est in *princ. h. t. Synops. Attil. tit. 3.* εἰς τὸ χεῖρον, quo sensu & Theophilus capitis minutionem vocat πάθος κατάστασιν ἀλλοίαν τοῦ πάσχοντος, *Passionem, quæ statum patientis mutat.*

2. Jam cum triplex sit status, Libertatis, Civitatis & Familiæ, est & triplex capitis diminutio; maxima, media & minima. Maxima est, quæ omnem statum, etiam libertatis tollit, quam patiuntur, qui ad bestias aut ignem damnantur, ait Theoph. aut in metallum vel opus metalli, quorum differentia est in *l. 8. § 6. de pœn.* & omnes capitis damnati, qui servi pœnæ fiunt: Τῆς τιμωρίας τὸν καταδεδικασμένον ἔχειν ἑαυτῇ δεδωκότα, *quoniam pœna damnatum sibi mancipatum habet*, ait Imp. ut pœna ejus quasi dominia sit. Sed Justinianus in *Nov. 22. c. 8.* servitutem pœnæ sustulisse videtur, ex verbis textus: Ἡμεῖς δὲ ἐάσαντες τῶν ἐξ ἀρχῆς εὖ γεγονότων ἐν τιμωρίᾳ γενέσθαι, συγχωροῦμεν οὐδένα, *Nos neminem ab initio bene natum ex supplicio servum fieri permittimus.* Moribus hodiernis sublata omni servitute, non est dubium, quin capitis damnati libertatem retineant, etiam qui in opus publicum vel ad remos damnantur, licet perpetuo; nam nec olim servi pœnæ censebantur, sed jus civitatis amittebant, *l. 17. § 1. de Pœn.* Porro & liberti olim maximo capite minuebantur, cum ob ingratitudinem erga Patronos ἀναιδείαν paterentur, in servitutem Patronis iterum addicendi, *l. 3. C. de libert. & eor. lib.* quæ est exceptio ejus, quod Seneca scribit, *3. de benef. 6. Excepta Medorum gente non est in ulla data adversus ingratum actio*, alias *huic uni omnia fora vix fuerunt*, *cap. 7.* Est & altera exceptio in donatario, a quo propter ingratitudinem donatio revocatur, *l. ult. C. de revoc. donat.* Plures in jure Romano ingrati actiones vix dantur.

3. Media capitis diminutio est, cum salva libertate civitas amittitur; quod accidit his, quibus aqua & igni interdicitur, aut qui in insulam deportantur, *§ 3. h. t.* Numerantur hæ duæ tanquam species pœnarum oppositæ, cum sint subordinatæ. Nam in locum aqua & igni interdictionis surrogata est deportatio, *l. 2. § 1. de pœn. l. 3. ad L. Jul. pecul.* Utriusque effectus est unus & idem, ut civitatis jus, non libertatem auferat, *d. l. 2. § 1. l. 17. de pœn. & passim.* sed discrimen est, quod deportatus τόπῳ περικέκλεισται, τοῦτ' ἔστι τῇ νήσῳ, *certo loco, id est insulæ, includitur*; ὁ δὲ, cui aqua & igni interdictum est, πάντος ἔστιν ἐργάσασθαι τόπου, *ab omnibus locis excluditur*, ait Theoph. unde bona fuga elegantur vocatur in *l. 5. de interd. & releg.* Græcorum imitatione, qui φεύγειν τὴν πατρίδα, τὴν πόλιν, exules dicunt, qui fugiant *Patriam sive urbem.* Budæ *comm. Gr. L. pag. 5.* utique tamen intra certos terminos, ut Ciceroni Lege Clodia quadringentis millibus passuum ab Italia interdictum fuit. Utraque species, maxima & media

capitis

capitis diminutio, quandoque *magna* dicitur uno vocabulo, quæ mortem civilem infligat, auferendo libertatem vel civitatem, minor quæ solam mutet familiam, *l. 1. § 4. de suis & legit. hered.* sic & Callistratus in *l. 5. § ult. de Extraord. cogn.* magnam capitis diminutionem vocat, *qua libertas adimitur, veluti in persona deportatorum;* sub magna mediam complectitur; sed cur libertatem deportato auferri dicit contra innumera juris loci, quibus tantum civitas dicitur adimi? Si non legendum sit *vel* aut *vel uti*, ut plerique hunc nodum solvunt, non erit infolens, libertatem a Callistrato civilem, quæ est Quiritium, intelligi, de qua Cicero *pro Cecin. Qui potest jure Quiritium liber esse is, qui in numero Quiritium non est?* Velim & hoc consideravi; Deportatio multa dicitur auferre, quæ sunt Juris Gentium, & quæ revera non tollit, sed quorum usum impedit in foro Romano, ut matrimonium, testamenti factionem, & omne commercium; Quid si & libertatem ita dicamus adimi, non quod eam extinguat, sed inutilem in civitate & omni vita reddat; præsertim, cum omnis capitis diminutio in perpetuum fiat, *l. 7. § 2. l. 18. de interd. & releg.* etiam minima *arg. l. 77. de R. J.* licet quandoque imperitia damnantis tempus adjiciatur, *l. 23. de Pœnis.* Probabilior hæc responsio est, quia satis liquet, Callistratum abuti terminis, nec admodum exacte loqui, *& in hoc § ult. & præced. 2.*

4. Minima capitis diminutio est, cum salva libertate ac civitate, familiæ status mutatur, quod fit per adoptionem & emancipationem, *§ 3. h. t.* Nam quod hi actus salvo statu fieri dicuntur, de statu publico accipiendum, non de privato, in *l. 1. § 3. ad SC. Tertull.* Hos autem actus olim sine imaginaria venditione & servitute fieri non potuisse, dictum est in *lib. 3. Digress. cap. 6.* eoque propter hanc servilem cautam, inter capitis diminutiones numerari, diximus ex *l. 3. de cap. min.* Quæ imago servitutis cum sit abolita, *l. ult. C. de emanc. lib.* nulla potest emancipatio intelligi, ubi filius non mancipatur, id est, venditur amplius; quin hodie, cum nihil in sanguine quam naturalis cognatio spectetur, *Nov. 118. c. 4. & 5.* quæ & olim cum jure familiæ late sumptæ emancipatis manebat, *l. 69. § ult. de Leg. 2. l. 195. § 1. de V. S.* sequitur, emancipatione statum familiæ amplius non mutari.*, eamque nullo sensu capitis diminutionem, sed resolutionem simplicem patriæ potestatis appellendam esse: Perinde ac dignitas, quæ facta qui lem est modus tollendæ Patriæ potestatis, sed nunquam capitis diminutio, quia hæc, inquam, est status mutatio *εἰς τὸ χεῖρον, in deterius, πάθος*, afflictio, ut *supr.* ex Theoph. Hæc latius *in d. lib. 3. Digress. c. 6.*

SCHOLIUM.

Non tam ad etymologiam capitis diminutionis, quam ad definitionem Imperatoris respiciendum; ideoque emancipati caput minuunt, quia statum mutant; Neque hic Paulum curamus in l. 3. § 1. de cap. dim. *Jctorum enim rationes non perpetuo sunt optimæ, sed potius cum Vinnio facimus, quem refutare intendit Auctor* l. 3. Digress. c. 6.

RESPONSIO.

Ego vero minore cum invidia & majori auctoritate curo Paulum, quam negligo Vinnium, ubi discrepent. Non verba tantum, sed & res mutatæ sunt, ideoque reales effectus cessare necesse est. Restitutio in integrum fuit effectum reale capitis diminutionis; non est hodie, quia causa, propter quam erat capitis diminutio sublata est, ut docetur ad tit. ff. de cap. dimin. in fin. *sed integrum lectori judicium de causa committitur, si vacat,* ex d. l. Digression.

N. ADDIT.

Non dissentio in Scholio ab Autore circa ipsam propositionem, quod jure novo emancipatio non amplius sit capitis diminutio. Sed saltem nego, ex ratione Paulina eam conclusionem deducendam esse, & ex hypothesi, quod in capitis diminutione semper fiat mutatio in deterius. Neque auctoritatem Vinnii sequor, sed ejus rationes.

* Apud Saxones emancipatio ne jus quidem agnationis tollit. *a. L. R. l. 1. a 23.* inprimis, si virtualem Emancipationem respicias, quæ per œconomiam peculiarem filiæque nuptias contingit. Nihilominus tamen etiam in Saxonia capitis diminutio minima adhuc hodie est capitis diminutio, quatenus patriam potestatem dissolvit, & ex homine alieni juris facit hominem sui juris, v. *Dec. LI 23.* conf. Buchov *ad Treutler. V. I d sp. 11. l. t. C.* Neque vero in omnibus cum Theophilo capitis deminutionem mutationem *εἰς τὸ χεῖρον καὶ κακὸν* semper votaveris, cum ejus appellatio in emancipatione, ubi jam veteris servitutis imaginariæ ritus diu abolitus erat, a legibus Civilibus servata fuerit.

Auctoritas nec Vinnii nec Pauli apud me ulla est, sed ubique rationis, quam si apud Bartolum vel Baldum invenirem, eam præferrem Paulo inepta ratione stipato.

TIT. XVII.

De Legitima Patronorum Tutela.

Ratio tutelæ Patronorum, spes hereditatis. Quando illa ratio cessat. Regula Artis ex illa consequentia.

(a) FUit Legitima tutela, quæ jure agnationis defertur; Sequuntur quædam Speciales, etiam ex lege ortæ ac inde nomen habentes, verum absque agnatione: Quarum prima est *Patronorum*, qui sunt tutores legitimi libertorum, quos ante pubertatem manumiserunt. Nam cum his testamento, qui in patria potestate non sunt, tutor evenire nequeat, neque agnatos habere possint, quia inter servos nulla familiæ jura sunt, Lex ad Patronum decurrit, vel potius JCti mentem Legis, quæ de Patronis locuta non est, ad eos produxerunt, hac consequentia: Lex vocat agnatos ad Legitimam tutelam, quia defert iis successionem, & æquum videtur, ut potius illi tutela onerentur, qui sperant emolumentum *, quam quibus nec fertur nec metitur, *arg. l. 10. de R. J.* Atqui Patronis dabat Lex hereditatem libertorum, Ergo tanquam digito monstrabat, quibus tutela mandaretur, quam & inter Legitimas ideo retulerunt; nam ex Legibus esse dicitur, tam quod ex Legum tententia, quam e verbis traditur, *l. 6. § 1. de V. S.*

2. (b) Sed consequentiam illam, monet Imperator, vocula *plerumque* adjecta, non esse perpetuam. Requiruntur enim termini habiles, & persona tutelæ capax. Multi ad hereditates vocantur, qui ad tutelam sunt inhabiles, ut impuberes, furioti, mente capti, prodigi, muti, surdi, cæci, & denique mulieres, quæ hic solæ excipiuntur. Nam & hæ successionum capaces, a tutelis excluduntur, *hic & l. 16. ult. de tut.* ut ne pater quidem superstiti uxori tutelam mandare possit, *l. 26. pr. de testam. tut.* quamquam si *commendet* tutoribus datis, ut ope consilioque matris bona moresque pupilli regant, id frustra non erit, *l. 5. § 8. de administr. tut.* & fiducia pietatis matres sæpe res liberorum administrasse, indicat *l. 31. § 6. de negot. gest.* Ratio autem arcendæ mulieris a tutela, est imbecillitas sexus, quæ ipsam perpetuæ quondam tutelæ subjectam reddebat, ut dictum *supra*, quæque ab omni publico & civili munere eam arcet, *l. 2. de R. J. Tutela virile munus est & ultra sexum femineæ infirmitatis*, ait *l. 1. C. Quando mul. tut. off.*

3. (c) Interim ex illa consequentia colligi potest, non tantum ea, quæ verbis legum exprimuntur, haberi pro legum præceptis; sed omnino etiam, quæ per idoneam ratiocinandi sequelam inde protrahi possunt. Nam artis nostræ principium est *Lex & Ratio.*

* Unde apud Saxones in feudis simultanee investitis, ob spem & jus succedendi, tutela defertur, licet non sint agnati. Schrader. *de feudis p. 10. S. 9. n. 49.* Horn. *Jurispr. feud. c. 6. th. 15.* v. Menck. *Diss. de Prærogativa Agnatorum præ Cognatis th. 32.* Stryckii *Exam. Jur. feud. c. 7. th. 17.* Item Agnati in Feudo non aliter quam si simultanee sint investiti, ad Tutelam admittuntur. *a.* Lehn-R. *c. 21. §.* das Torgauische Ausschr. *d. ann. 1583. t.* Welchergestalt die *Agnaten* §. Dieweil denn, vid. Herm. Pistor. *l. 2. qu. 19. n. 58.* Carpz. *p. 2. C. 45. d. 13.* Quod si vero Agnati & Cognati æquali Jure simultaneam investituram uno actu obtinuerint, agnatos cognatis, & ex pluribus etiam extraneis seniorem reliquis præferendum esse, censet Dn. Horn. *l. c.* Eodem fundamento successionis sperandæ, nititur tutela Domini Directi, quæ deficientibus agnatis aut simultanee investitis ipsi & communi & Saxonico Jure imponitur. Lehn-R. *cap. 26.* Schrader. *d. l. 9. 71.* ubi arg. L. R. *l. 2. art. 58.* Fructus quoque Domino deberi, ipsumque ab onere rationum reddendarum liberum esse videri poterat. j. Lehn-R. *d. cap. 26.* conf. Jo. Petr. Ludewig. *d. diff. jur. Commun. & Germ. in tutel. fructuar. in Opuscul. Hister. L. I. cap. 18. p. 327.* Henr. a Rosenthal. *Syn. feud. cap. 12 Concl. 10. n. 37.* Verum usus Saxoniæ contrarium recepit, nec hic discrimen inter Dominum aliosve tutores agnoscit, v. Coler. *de Proc. Execut. p. 2. c. 3. n. 306.* & Carpz *p. 2. C. 11. d. 1. n. 6.* potissimum, cum, quod in beneficiatis Angliæ feudis & olim obtinuit & nunc obtinet, v. Crag. *Jur. feud. Lib. II. tit. 20. § 8.* ad feuda Germaniæ oneroso nomine acquisita, trahendum non sit.

(a) *Pos. 1. 2.* (b) *Pos. 3.* (c) *Pos. 4.*

TIT.

Tit. XVIII.

De Legitima Parentum Tutela.

(a) Liberi in potestate patria constituti, nec Parentem, nec alium quenquam, ut occupavimus dicere, tutorem habere possunt. At si impuberes Pater emancipaverit, consequitur legitimam eorum tutelam *tit. Inst. de legit. Parent. tut.* non utique ex verbis legis, nec per consequentiam quidem directam: Nam jure agnationis Pater vocari nequit, cum hæc per emancipationem soluta sit, *§ ult. supr. de legit. agn. tut.* Nec per interpretationem, qualis in Patrono fuit, quia lex Patrem non vocabat ad successionem filii emancipati, nisi Pater tertiæ venditioni fiduciæ pactum adjecisset, tunc enim quasi manumissor succedebat filio, ut patronus liberto solebat, *§ ult. infr. de legit. agnat. succ.* donec Justinianus constituit, fiduciæ pactum semper interpositum videri, adeoque parentes ad legitimam successionem pariter atque tutelam emancipatorum, ordinario jure vocavit, *d. § ult. l. ult. C. de emancip. lib.* unde hæc rubrica est; *de legitima Parentum Tutela*; confer *l. 3. § ult. de legit. tut.* Idem de avo, qui nepotem emancipabat, intelligendum.

2. (b) Etsi autem Patria potestas tutelam formaliter excludit, tamen longe plus juris in filium Patri competit, quam in pupillum tutori, ut e *tit.* de Patria potestate intelligi potuit. Neque enim simplex administrator est bonorum ejus adventitiorum, *l. 1. C. de bon. mat.* sed cum usufructu & potestate dominio proxima, ut sic etiam ἀνεπιφύλακτος, nec rationibus reddendis obnoxius, *l. 6. § 2. C. de bon. quæ lib.* attamen citra jus alienandi, *dd. ll.* Etiam administrationem ei recte a testatore, qui filium bonis auget, interdici non dubitatur, cum & ab usufructu excludi possit, *Auth. Excipitur. C. de bon. quæ lib.* vid. Sand. *l. 2. tit. 7. def. 1. & 2.* Denique hoc jus secundis nuptiis Patrem non amittere, clari textus evincunt in *l. 4. C. de bon. mat. l. 5. in pr. C. de sec. nupt.*

3. (c) Hodie matri perfectæ ætatis, & aviæ permittitur, (neque enim cogi possunt), liberorum ac nepotum tutela, cum ex testamento nullus extat tutor, κατὰ τὴν τῆς κληρονομίας τάξιν. *secundum ordinem hereditatis*, idque sub duplici lege; si renunciet ἐν ὑπομνήμασι, *inter acta*, secundis nuptiis & SCto Vellejano *, *Auth. matri. C. quando mul. tut. off. ex Nov. 118. c. 5.* Jusjurandum, quod exigi solebat, ob perjurii periculum in molli sexu, remittitur, *Auth. sacramentum. eod. ex Nov. 94. c. 2.* Beneficio Vellejani renunciant, ut cum effectu pro pupillis intercedere possint, cum res suas pro tutela obligant, *Nov. 94. c. 1.* aut pro pupillis contrahunt, eosque in judicio defendunt, *l. pen. D. Quando ex facto tut.* quæ species intercessionis SCto Vell. comprehensa est, *l. 2. § ult. ad SC. Vell.* huic autem moribus hodiernis ab initio non solet in universum renunciari, verum in singulis casibus, quoties usu venit, ut matres pro pupillis intercedant. Cæterum matres, amissa semel tutela, etsi denuo ad viduitatem redactæ, tamen eam non recuperant; quia quod extinctum est, sine nova causa revivisere nequit, *arg. l. 30. pr. de S. V. P. l. 66. § 1. de leg. 2.* An vitrici ad Tutelam matribus ademptam admittantur, aliqua plura, vide sis *in Digression. lib. 3. c. 12.*

Tit. XIX.

De Fiduciaria Tutela.

(a) Sequitur Titulus de fiduciaria tutela; *Quæ post mortem emancipatoris, liberis ejus perfectæ ætatis defertur*; sic eam definimus. Alii minus recte: Quæ fratri perfectæ ætatis competit in fratrem impuberem emancipatum. Nam fiduciaria tutela non modo fratri, sed & Patri & Patruo convenire potest, ut Theophilus ostendit, ac ipse Imperator docet in verbis,

* Idem in Saxonia obtinet, v. Carpz. *p. 2. C. 41 d. 14.* Interim hæc renunciatio beneficiorum muliebrium non efficit, ut mater tutrix in Saxonia, sine Curatore obligationem valide contraxisse censeatur. v. Berlich. *p. 2. Concl. 17. n. 25 j.* Wibel. *de Contr. Mul. c. 3. § 5. n. 14.* siquidem susceptum tutelæ onus non majorem ipsi largitur prudentiam, nec a cura lege definita eam eximit.

(a) *Pos. 1. 2.* (b) *Pos. 3. 4.* (c) *Pos. 5. 6. & seqq.* (a) *Pos. 1. 2.*

vel fratris, vel sororis & ceterorum. Res ita se habet. Qui emancipat filium impuberem, is tutor ejus sit legitimus, ut modo dictum: Eo mortuo, si filium relinquat aliùm perfectæ ætatis, hic fiduciarius tutor sit impuberis fratris, *l. 4. de legit. tut.* Similiter, si quis emancipet nepotem impuberem, cujus pater vivit, avo mortuo Filius, pater impuberis, in tutelam succedit: si impubes sit nepos ex filio præmortuo, tum superstiti filio, impuberis Patruo, tutela defertur, non tamen ex lege, nec directe nec per consequentiam; quia neque agnatio esse potest, ubi emancipatio intervenit, nec fratres ad hereditatem fratrum emancipatorum vocabantur, sed ne Patres quidem, emancipatione ab avo facta; Ex lege enim non veniebant, quia lex solos emancipatores ex pacto fiducie vocabat, *d. § ult. I. de legit. agnat. succ.* neque ex jure prætorio, quia jus patronatus avo per emancipationem quæsitum non transibat in patrem, *l. 1. § 2. & 5. si quis a par. man.* Ergo subsidiarii quodammodo illi tutores sunt facti; quo sensu *fiduciarii* forte sunt dicti. Nam fiduciarium munus est, quod in subsidium & vicem alterius defertur, *l. 5. C. de Judic.* sic fiduciariam Imperium Curtio *lib. 5. in orat. Nabarz. ad Dar.* nisi potius a pacto *fiducia*, quo pater emancipans filium, ab emptore imaginario pacisicitur, ut post secundam mancipationem (*vid. P. 1. lib. 1. Digress. Cap. 4.*) filium sibi remancipet, cujus *fiducie* vi Pater jus Patroni adipiscebatur, ac inde Tutela prima patris, altera filii; prima legitima, altera, cum ex legis sequela non veniret, *fiduciaria* inde vocata est. Ipsa quoque Tutela dicitur *fides*, pupilli tutorum fidei commissi, Gell. *5. c. 19.* Apud Plutarchum *Cicer.* Publilia ἐν πίσει *in fide* Ciceronis.

2. Movet objectionem Imp. in *hoc tit.* cur hæc tutela non æque dicatur legitima, quam liberi emancipatoris, mortuo patre, suscipiunt; cum liberi manumissoris sive Patroni, æque sint legitimi tutores liberorum impuberum, ac Patroni fuerant: Respondet, quia heredes Patroni, si libertus non fuisset manumissus, idem jus, nempe dominium, in ipso habuissent, quod Patronus habebat, sed filii Patris non habuissent patriam potestatem in fratrem impuberem, si is in potestate retentus fuisset. Hæc ratio sufficere visa est, obscurior licet ac minus ad rem valida, nec etiam conveniens avo emancipatori, cujus morte nepos in potestatem patris sui recidisset, eandem penitus ac avus habuerat, & tamen hoc casu potest esse fiduciaria tutela, *ut dictum.* Potuerat alia exemplum adæquata ratione Cæsar uti; nam constat Legem XII. T. liberos Patronorum vocasse ad successionem libertorum; Ergo & ad legitimam tutelam, *l. 3. § 7. de legit. tut.* Sed liberi emancipatoris ab hereditate emancipati erant alieni; Ergo & a tutela legitima, ut sæpius dictum.

3. In fine *hujus tit.* addit Imp. se in omnibus tutelis & curationibus generaliter præcepisse, ne alii quam qui perfectæ ætatis sunt, id est 25. annorum, *l. 1. § 2. de Minor.* ad tutelam aut curam vocentur, respiciens ad *l. ult. C. de legit. tut.* Qua vix tamen est, ut quidquam novi juris, quam quoad legitimam tutelam, sit introductum. Nam dativos tutores & curatores potuisse olim alios quam perfectæ ætatis esse, nusquam legimus. Testamentarii potuerunt dari minores, sed & etiamnum possunt, cum de iis non loquatur *d. l. fin.* administrare saltem nequeunt, *§ 2. supr. qui testam. tut.* Perinde legitimi olim vocabantur ad tutelam absque administratione; sed hoc mutatum est in *d. l. ult.* quæ vult eos omnino non vocari.

TIT. XX.

De Attiliano Tutore &c.

Unde sit Potestas dandi tutores. Usus Attilianæ Tutelæ varius. Mutatio duplex Romæ circa hanc speciem. Modus recentior dandi tutores jure Rom.

(a) SEquitur dativa sive honoraria Tutela; quæ deficiente testamentaria & legitima defertur a Magistratu. Quippe si tutor nec testamento datus, neque ex agnatis idoneus extaret, Lex XII. T. nihil statuebat, sed leges aliæ in hunc casum pupillis provident, ut magistratus defectum Testatoris & sanguinis impleret. Plebiscitum sive lex Attilia in urbe cavit, ut

(c) *Sos. 1.*

Prætor

Prætor urbanus cum majori parte tribunorum plebis, (ergone ceſſabat hic interceſſio Tribunitia?) tutorem daret, *princ. I. de Attil. tut.* Per provincias Lex Julia & Titia, tutores dandi facultatem Præſidibus dedit, *d. princ.* ad quos omnia, quæ Romæ varios judices habebant, cumulatim pertinebant, *l. 11. de off. Præſ.* Cæterum, poteſtas magiſtratuum Jurisdictio vocatur, de qua *alibi ;* Hic notabimus, eam dici vel ordinariam ; quæ ex recepto jure & more competebat, *jure magiſtratus* qua talis, ut ait *l. 1. pr. de off. ej. cui mand.* vel legitimam, quæ ſpeciali lege vel conſtitutione certis magiſtratibus tribuitur, *d. l. 1.* Ad hanc referendam eſſe tutoris dationem, vel ex hoc *princ.* liquet, ubi ex Lege Attilia & Titia deſcendere affirmatur, & clarius ex *l. 6. § de tut.* ubi & Jurisdictionis eſſe negatur, nempe ordinariæ, quæ voce jurisdictionis ſimpliciter poſita ſemper intelligitur ; Vel ſi quis legitimam hic neget ullam eſſe jurisdictionem, quod ex uſu Artis abs re non fuerit, is ſimpliciter ex hoc textu probet, Tutoris dationem non eſſe jurisdictionis, ſed ei ſoli, cui lex hanc poteſtatem dedit, competere. Non obſtat, quod in § 4. *h. t.* habetur, magiſtratus tutorem dare *ſecundum ſuam jurisdictionem ;* hoc enim nihil vult, quam non poſſe eos excedere terminos jurisdictionis ſuæ, nec officium ipſorum, ſed perſonas ſui ſubjectas denotat. *Ibidem* habetur ; in provinciis *juſſu præſidum* tutores dari, quod cave de mandata Jurisdictione accipias ; nam tutoris datio non poteſt mandari, nec quicquam ex ſpeciali lege competens, *d. l. 1. de off. ej. cui mand.* mandatur jurisdictio, cum magiſtratus partes officii ſui in alium transfert, ut is vicibus ſuis fungatur, volens & rogatus, ex natura mandari. Sed juſſus, de quo in § 4. neceſſitatem nihilominus imponit iis, qui præſidibus ſunt inferiores. Plura, quæ ad hanc quæſtionem pertinent, altioris indaginis ſunt, & in Pandectis ſuo loco ufa venient.

2. (b) Attilianus Tutor, perpetuus eſt vel temporarius. Perpetuus, quando nullus ex teſtamento vel eſt vel expectatur tutor. Temporarius, cum teſtamentaria tutela pro tempore impleta, ſperatur tamen extitura, quo caſu magiſtratus partes ſunt, quia, dum alia ſpes Teſtamentariæ ſupereſt, legitima ceſſat, *l. 11. de teſt. tut.* exemplo hereditatis, *l. 39. de acquir. hered.* Caſus iſtius ſpecies recenſentur in § 1. *h. t.* ſi tutor in teſtamento ſub conditione vel ex die ſit datus, vel hereditas datus jaceat, ſine cujus aditione tutela non finiebatur, *l. 9. de teſtam. tut.* Tunc in vacuum tempus, ne pupilli ſint indefenſi, tutores dantur, donec dies, conditio aut heres exiſtat ; Idem eſt, tutore ab hoſtibus capto, qui reverſus tutelam jure poſtliminii recuperat, mortuus ad proximos agnatos transmittit ; ut, ſeu vivat, ſeu moriatur, datus tutor ſit temporarius, § 2. *h. t. l. 11. § ult. de Teſtam. tut.* *

3. (c) Tandem uſus docuit in Attiliana Lege Juliaque & Titia quædam deſiderari, duo potiſſimum ; quod nihil de ſatisdatione, rem pupillis ſalvam fore, nec quicquam de compellendis tutoribus ad adminiſtrandum, in iis præciperetur, de quibus *ad tit. de ſatisdat. tut.* Forte & negligentius Prætores ac Tribuni, pupillorum commodis invigilabant. Ideo inſtitutum eſt, ut Conſules ex inquiſitione tutores darent, § 3. *h. t.* Suetonius *in Claudio c. 23. ſanxiſſe* eum, ait, *ut pupillis extra ordinem tutores a conſulibus darentur.* Verba *extra ordinem* non eo referam, quod tutoris datio non ſit ordinariæ jurisdictionis ; nam hoc pridem ita fuerat ; ſed quod Lex Attilia non diſerte a Claudio ſit abrogata, verum conſulibus juxta prætores & tribunos extraordinaria poteſtas ſit data, ut ab his, qui tutores peterent, tanquam diligentius inquiſituri, poſſent adiri. Sed ut fieri amat, plenior & ſublimior poteſtas, licet extraordinaria, veterem ordinariamque in neglectum deduxit ; ac brevi ex antiquis legibus, ut habet textus *in d. § 3. tutores deſierunt dari*, quæ juncta cum Suetonii verbis indicant, tacite, non expreſſe, legem Attiliam eſſe abrogatam. Fuit poteſtas conſulum hac parte exercita tempore Plinii Secundi, ut ex *l. 9. ep. 13.* liquet. Poſtea diſplicuerunt Conſulares tutelæ, & jus hoc denuo ad Prætores, ſed absque Tribunis, devolutum eſt, ex Conſtitutionibus Principum, *d. § 3.* cujus mutationis Capitolinus Marcum Philoſophum auctorem tradit : *Prætorem*, inquit, *tute-*

* Hodie quoque temporarius tutor, aut ob periculum in mora, curator ad litem conſtitui poteſt. *Dec. El. 41.*

(b) *Poſ. 2.* (c) *Poſ. 3. 4.*

larem

larem primus fecit, cum ante tutores a Consulibus poscerentur, ut diligentius de tutoribus tractaretur.

4. (d) Tandem sequitur, § 4. *h.t. Sed hoc jure utimur*, quam constat formulam JCtis usitatam esse, quoties non ex jure expresso, sed indirecte aliquid receptum est. Unde colligi possit, novum dandi tutoris institutum, de quo in *hoc* § non esse totum ex certa Lege, sed usu fori non sine principum voluntate introductum: *Ut Rome quidem Præfectus urbi vel Prætor*; in provinciis aliquando Præsides ipsi darent tutores, aliquando duumviri sive magistratus municipiorum, jussu & imperio præsidum; illi, cum magnæ, hi cum modicæ pupillorum essent facultates, *d.* § 4. Inter utramque dationem hoc interest, quod Præsides inquisitionem adhibeant, *l. 21. § ult. de tutor. dat.* Duumviri satisdationem exigant, de qua mox *capite proprio* agetur. Diligentius hoc ordinavit Justinianus in § 5. & *l. 30. C. de episc. aud.* Nam si facultates pupilli non excedant quingentos solidos, voluit Magistratum cujusque civitatis cum Episcopo tutores, exacta satisdatione, creare. Si locupletiores sint pupilli quingentariis, tunc, ut antea, Præsides ipsi cum inquisitione dabant. Solidum vulgus inter nos putat nummum sex *stuferorum*, æque Latine, quam obolum partem minimam *stuferi* vocant; cum ex Polybio & aliunde constet, obolum esse partem sextam denarii, id est, ipsum *stuferum*: Nam denarius Romanus & drachma Attica nostrates fere sex *stuferos* æquant, quod ex rei monetariæ interpretibus, pretioque denariorum hodie passim extantium petendum. Solidus idem quod Aureus est, cujus crebra in libris nostris mentio, constans centum sestertiis, hoc est tribus nummis Imperialibus, cum maximus est, sed mutatione temporum valor sæpe imminutus fuit. Et tempore Justiniani valuit circiter sex Carolinos. Fora hodierna solidum Justiniani frequentius pro aureo Hungarico sive *ducato* * accipiunt, etiam in Frisia, teste Sandio *l. 5. tit. 1. def. 3. in fin.* Denique, cum Reip. alia inter nos quam Romanos sit ratio, non est mirum, tutoris dandi a Præsidibus **, vel Duumviris, & consequenter facultatum discrimen evanuisse; Nam ubique tutores a Magistratu per civitates & territoria indistincte creari videmus.

TIT. XXI.

De Auctoritate Tutorum.

Quid auctoritas, & quando habeat locum, aut cesset. Exceptio in hereditate. Forma interponendæ auctoritatis. De Curatore ad litem.

(a) Officium tutoris duas præcipue partes habet, administrationem & auctoritatem. De administratione cum in *Inst.* nihil sit collocatum, id in Pandectis usque reservabimus, Auctoritas est *Approbatio ejus, quod pupillus gerit, a tutore præsente in ipso negotio interposita.*

* In Saxonia quoque Solidus Justinianeus pro aureo Hungarico non raro accipitur. Ita in insinuatione donationis, quæ 500. solidos excedit, ipsa *Constitutio Elect. 14. Part. 2.* § so aber *verb.* Ungarische Gülden. solidos per aureos Hungaricos explicat. *j. P. 2. C. El. 12.* ibique Carp. *d. 12 n ult. & eund. p 2. C 32. d. 1. n. 7.* Alias solidus Justinianeus ita taxatur, ut septuaginta duo librarum auri constituant, *l. 6. C. de fusc. cep. præpos. & arc.* quæ idem est ac marca auri, eine Marck lötiges Goldes, unde eundem valorem hodie agnoscere posset, quem habet florenus Misnicus, de qua computandi ratione, v. Wehner. *Obs. Pr. voc.* Goldgülden. *p. 107.* Solidus autem juris Saxonici, est pecunia minuta 12. nummos antiquos, s. 16. nummos novos Misnenses continens, & plerumque exprimitur per vocem eines Schillings oder alten Silbergroschens. Horum quindecim faciunt unam Sexagenam novam, s. 60. groß. ein Neu-Schock. v. *Part. IV. C. El. 11. & 37. L. R L 3. art. 45.* conf. Richter. *Dec. 2. n. 3.* Carp. *Quæst. 85. n. 73. 91.* Berger. *El. Crim Cap. 1. § 11. p. 27.* Authæi *Collect. Monet. ad Catbol. Goldast. p. 16.* Schubert. *d. emend. Sax. inj. incarc. præst § 6.*

** Apud nos observari meretur discrimen Schriftsassios inter & Ambtsassios. Illis enim immediate a Principe tutor solet constitui, his a Magistratu competente, inferiorem licet Jurisdictionem habente, Schilt. *ad ff. Ex. 37. § 65.*

(d) *Pos. 5. 6.* (a) *Pos. 1. 2. 3. 4.*

Pu-

Pupillum intellige majorem infantia, nam infanti tutor non fit auctor, sed agit pro illo, *l. 1. §. 2. de admin. tut. l. 9. de Acquir. hered.* Sunt autem infantes, qui septennium non excesserunt, *d. l. 1. & l. 14. de Sponsal.* Si tamen pupillus intelligat quod agit, potest ei auctoritas adhiberi, *l. 9. de Acquir. hered. l. 32. §. 2. de Acquir. poss. l. 3. C. eod. tit.* Etiam vero pro majoribus infantia sæpe tutores occupant agere, sicut res fert, *d. l. 1. §. 2.* quod inprimis hodie servatur, ut raro pupilli in rebus majoris momenti agant ipsi: quod & Curatores adversus adolescentes ita usurpant. Porro id quod agitur, aut est tale, ut nullum pupillo detrimentum adferre, nec nisi conditionem ejus meliorem facere possit, vel quod cum periculo damni sit conjunctum. Quæ prioris generis, ea pupillus major infantia, solus & sine tutore, cætera non nisi tutore auctore potest obire, *pr. I. de auctor. tut.* Ergo a promittente stipulari, *l. 9. pr. h. t.* donationem acceptare aut remissionem, *l. 2. de accept.* & ex causis lucrativis acquirere solus potest, *l. u. de A. R. D.* quia nullus est metus, ne quid his casibus detrimenti capiat. Verum quoties ex actu aliquo damnum consequi potest, aut si consequentia ejus sit onerosa pupillo, tunc necessaria est tutoris auctoritas. Exemplum hoc *pr.* in obligationibus, quæ reciprocas præstationes continent, ut est emptio venditio, locatio conductio & similes; Tales contractus ex uno latere constant, ait Ulp. in *l. 13. §. 29. de action. emp.* Pupilli non obligantur inscio tutore, sed eos, qui secum contrahunt, obligatos habent, *in fin. huj. princ.* Pupillus potest illum compellere ad implendum contractum, si tutores ita expedire judicent, dum vicissim ipse præstanda præstet. Neque excipere potest alter, contractum esse ipso jure nullum; id enim in pupilli, non illius favorem introductum est. Dein, contractus pupillorum claudicare dicuntur, etiam quoad actionem, si contractus cum jure non posset, facto sit celebratus, & in effectum deductus; Pupillus potest agere, si quid sua interfit, alter nunquam, licet pupillus mala fide sit versatus, nisi qua factus est locupletior, *l. 5. de Aut. tut.* Cæterum, quatenus obligetur pupillus, naturaliter an civiliter, de eo mira est legum ἐναντιοφανία & Interpretum dissensio, de qua est alius dicendi locus.

2. (b) Superior regula, quod lucrosa acquisitio pupilli sine tutore subsistat, in acquirenda hereditate fallit; quam etsi opulentam, non nisi tutoris auctoritate suscipere potest, §. 1. *h. t.* Ratio in textu redditur, *ne* pupilli *ullum damnum habeant*, si non potius legendum, *nec ullum*, ut hæc verba sint exegetica præcedentium, *quamvis lucrosa sit*, ut Theophilus & Cajus in *l. 9. §. 3. h. t.* habent. Sensus tamen vulgatæ ineptus non est, quod difficile minimeque Pueritis judicii sit, discernere, an hereditas sit lucrosa nec ne, sæpe grandi ære alieno, quod prius latebat, emergente, §. 5. *I. de her. qual.* Genuina tamen ratio est, quia pupillus civiliter ex facto suo obligari nequit, *l. 45. de O. & A.* hereditesque adeundo creditoribus & legatariis obligari manifestum est, *l. 8. in pr. de acquir. hered.* Quamvis autem ad alios actus curator dari solet, etiam impuberi, hic tamen tutore præcise opus est. Ratio est in *l. 19. de auctor. tut.* *Ad ea, quæ solemnitatem juris desiderant, explicanda, tutore auctore opus esse.* Cretio autem hereditatis, quæ olim erat in usu, maxime fuit solemnis aditio, Ulp. *tit. 23.* Brisson. *l. 7. formul.* Imo & simplex aditio ad actus legitimos pertinet, *l. 77. de R. J.* qui omnes solemnitatem juris desiderant. Cæterum, in possessione acquirenda simpliciter auctoritas tutoris superflua habetur, *l. 1. §. 3. l. 32. §. 2. de acquir. poss.* hactenus, ut commodum inde sentiat pupillus, non in ejus præjudicium, *d. l. 32. §. 2. & l. 4. §. 2. de usucap.*

3. (c) Formam interponendæ auctoritatis tradit Imp. in §. 2. ex *l. 9. §. 5. h. t.* quod debeat *statim & a præsente* tutore adhiberi. *Statim* explicatur per verba, *in ipso negotio*, quasi dum *statur* ad tractandum: Si tamen præsens tutor videat, quid pupillus egerit, eoque peracto, immediate se hoc probare testetur, nihil est causæ, quo id minus subsistat. Nam probare est auctorem fieri, probari autem id demum videtur, quod est perfectum, non quod perficiendum & adhuc incertum, an & quale futurum sit. Ita capio *l. 25. §. 4. de Acq. her.* quæ nihil aliud vult, quam auctoritatem, quæ est approbatio, rem supponere peractam, secus ac jussus, qui rem futuram supponit, scilicet recens peractam, ut ita occurratur Scholio, quod subjectum est *positioni 8.* Denique, post intervallum, aut per epistolam, vel per nuncium interposita*, nullius mo-

* Idem ad Mulieris Curatorem in Saxonia applicant, Carpz. *P. 2. C. 15. D. 30.* Mollen. *ibid. n 34.* Berlich. *P.*

(b) *Pos. 5. 6.* (c) *Pos. 7. 8.*

menti est, quia exacte omnia cognosci & explorari debent, *h. § 2. & d. l. 9. § 5.* Ejus tamen, quocum agitur, absentia nihil nocet. Nam & per epistolam tractari potest cum pupillo; modo is consentiat, tutore praesente, *d. l. 9. § ult.* etsi tacite, *l. 13. h. t.* Tutor non nisi clare locutus auctor habetur, *l. 3. eo. l.* Si corpore praesens, animo absens, ut si ebrius, vel obdormiverit, nihil valet quod geritur, *l. 14. h.* nec mutum, nec surdum auctorare posse, res docet; at caecus potest, *l. 16. h.* Tutori autem absenti recte solvi dicitur, quia hoc ad ipsius periculum solius pertinet, *l. 14. § 4. de Solut.* Est & tertium requisitum, ut auctoritas pure interponatur, in *l. 8. h. t.* Imo etsi conditionalis contractus fiat, tutor debet pure auctor fieri, *d. l. 8.* etiam vero libere, non invitus, *l. 17. h. t.*

4. (d) In § *ult.* difficultas explicatur, quid consilii, si inter tutorem pupillumque judicio agendum sit, quia ipse in rem suam auctor esse non potest, non magis quam quilibet testis aut judex in sua causa admittitur, *l. 10. de Test.* Et si quidem plures sint tutores, expedita res est, quia altero auctore cum altero agi potest, *l. 1. C. de in lit. tut.* Si unicus tutor, tum olim praetor Urbanus tutorem alium dabat ad judicium, *hoc § & Ulp. tit. 11. § 24.* hodie Curator in litem datur hoc casu, *h. § f.* quia solemnitas judiciorum, quae antea tutorem praecise exigebat, *l. 19. h. t.* jure novo sublata est, *tit. C. de form. & impetr. subl.* Imo novissime haec solicitudo supervacua videtur, quia vix est, ut quibus materia litis cum pupillo intercedit, ad tutelam admittantur, ut debitores & creditores pupillorum; vel si jam ante admissi fuerint, curator statim illis adjungitur, quo auctore tum his, si opus, regi potest, *Nov. 72. c. 1. & 2.* Non potest, inquam, Tutor in rem suam auctor fieri: unde nec res pupilli emere potest, *l. 34. § 7. de contrab. empt.* quia tunc emptoris & venditoris officio fungeretur, contra *l. 5. § 2. h. t.* Sed alio curatore adhibito, non prohibetur, *d. l. 5. § 2.* ut nec auctione publica, modo utrobique bona fides adsit, *l. 5. C. de contrab. empt.* & sic cape *l. 5. de adm. tut.*

TIT. XXII.
Quibus modis Tutela finitur.

Primus finiendae Tutelae modus, pubertas. Capitis diminutio tutoris & pupilli. Mors utriusque. Conditio vel tempus, &c. Quid finita tutela juris sit.

(a) VIdimus, quid, quotuplex, & quod officium sit tutelae: sequuntur modi, quibus finitur. Et primo quoniam ad praesidium pupillaris aetatis inventa est, necesse erat, ea decursa, tutelam extingui. Igitur primus finiendi modus est, Pubertas, *pr. I. quib. mod. tut. fin.* ubi scribit Justinianus, *pubertatem veteres non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis aestimasse*, quae & Prisci fuit opinio, teste Ulpiano *tit. 11. in fin.* qui sententiam Cassianorum de habitu, & Proculejanorum de annis conjunxerat. Sed quid Justiniano faciemus? qui narrat, veteres circa habitum corporis solitos impudice πολυπραγμονεῖν: ut Theoph. *per indecoram observationem, inhonestam indagationem*, ut ait *l. ult. C. Quand. tut. desin.* plerique per imperitiam moris & sermonis Latini a Triboniano id scriptum putant, cum nihil a gravitate Romana alienius videatur, nec vestigium hujus turpitudinis uspiam occurrat: Sane quod Jctus de aspectu corporis habet in *l. 32. de minor.* nihil est necesse, de aspectu necessariae partis, cum Cujacio in *paratit. C. si min. maj. se dix.* explicemus, cum ad externa vigoris & aetatis vestigia facile referri possit, ut in *l. 4. C. Qui test. fac.* Nos hac de re prolixe egimus in *lib. 3. Digress. c. 13. & seq.* Quicquid sit, Justinianus generaliter ex annis 14. in maribus; 12. in feminis *, puberta-

2. Cond. 17. n. 102. Phil. Uf. Pr. Inst. Lib. 3. Ecl. 53. n 8 j. Berger. Elect. Proc. Execut. th. 18. quoniam P. 2. C. El 15. auctoritatem eos contractibus mulierum interponere jubeat, quae non nisi a praesentibus possit praestari; Sed quia diversa est mulierum pupillorumque conditio, ac minorum quoque Contractus accedente ex intervallo Curatoris consensu convalescit, praesentiam Curatoris mulieris in Curandae contractu, non existimavit praecise esse necessariam Fac. Jur. Lipf An. 1702. Mens. Jul. Quam sententiam tuentur Sand. l. 2. t. 4. d. 3. Schmid ad Jus Bavar. Tom. 2. Tit. 1. art. 10. n. 25. j. Schilt. Ex. 8. th 39. & Ex. 10. th. 21.

* Conspirat hic Jus Sax. cum Jure Communi. Observari tamen meretur secundum Jus Saxon. Feudale

(d) *Inst. 9.* (a) *Inst. 11.*

tem

tem æstimari voluit, *d. princ. & d. l. ult. C. Quand. tut. desin.* Quam tamen opinionem & olim prævaluisse, ideoque in juris abiisse observantiam, *ex l. 2. de vulg. & pup. subst. l. 4. de rit. nupt. l. 5. qui test. fac. poss.* Macrob. 7. *Saturn.* 7. & 1. *in somn. Scip.* ubi, *Tutela pueris post bis septem annos absolvitur*, probari solet; ut diceudum videatur, Justinianum expressæ tantum sanctionis vim addidisse. Tempus completum ex naturali computatione intelligi, ut de nuptiis dictum, habetur *hic in princ.* Ita, ut a momento in momentum spectetur, nec ultimum attigisse diem sufficiat, *l. 3. § 3. de minor.* quanquam luculentum Autorem Mynsingerum ad *hoc pr.* contrarium scribere miror, ex *§ 2. d. l. 3.* ubi est, *initio inspecto*, quasi hæc verba ad computationem pertineant, ut primo adspectu liquet.

2. (b) Secundus, quo tutela finitur, modus, est capitis diminutio, tam pupilli quam tutoris. Et quidem pupilli, omnis, *§ 1. h. t.* ut maxima, si ab hoste sit captus, vel media, si deportatus, (intelligе proximum pubertati, & delinquendi esse capacem pupillum, *l. un. de R. J.*) vel denique si arrogatus, quia tunc Patriæ potestati subjicitur & consequenter tutelæ subducitur, ut *alias dictum*; de tutoris maxima mediaque capitis diminutione, item procul dubio juris est, *§ 4. h. t.* non obstante *l. 15. de tut. & l. 29. de excus.* de quibus *ad ff. tit. de excus.* At minima capitis diminutio cum tutela consistere potest, quia filiosfam. & fieri & manere tutores, intelleximus *supr.* Sed ut legitimam *ibi* tutelam diximus filiisfam. deferri non posse, ita nec is, qui arrogatur, eam retinere poterat, quia desinebat proximus esse agnatus pupillo, *§ ult. I. de legit. agnat. tut.* Quod cum mutatum sit *N. 118. c. 5.* sequitur, ne legitimam quidem hodie per minimam capitis diminutionem tolli *, olim *intervertebantur*, id est, per consequentiam peribant, ait Paulus in *l. 7. de cap. dim.* cujus mendosum in *princ.* textum corrigit Cujac. & ex eo Gothofr. aliter alii.

3. (c) Tertio, finitur tutela morte utriusque, *§ 3. h.* Pupilli, quia ad tuendam ejus personam comparata est; Tutoris, quia personali respectu, vel sanguinis, vel aptitudinis, ad ipsum delata fuit, qui cessat in herede, *l. 16. § 1. de tut.* ubi sola legitima dicitur ad liberos perfectæ ætatis transire, non qua heredes, sed ut proximos agnatos, *l. 46. π. fam. ercisc.* Quare nec de sua heres negligentia teneri, dicitur in *l. 4. § 1. de fidej. tut.* at conveniri potest heres ex dolo & lata tutoris culpa, non ex levi, *l. 1. C. de hered. tut.* quæ est exceptio a *l. 2. § 2. de V. O.* ubi *Conditio obligationis ex persona heredum non immutatur.* Porro, quamvis heres tutoris, tutor non est, tamen ea, quæ per defunctum inchoata sunt, per illum, si legitimæ ætatis & masculus sit, explicari debent, ut tamen ultra dolum & latam culpam non teneatur, *l. 1. pr. de fidej. tut.*** Unde sequitur, Tutorem defuncto pupillo, etiam teneri inchoata explicare & conservare, ut de negotiorum gestore & socio tradit *l. 21. § 2. de negot. gest.* Sed an & is tunc levis culpæ immunis est? non videtur, ratio enim dispar ejus ab herede est. Quin & post pubertatem rationibus nondum redditis, quæ cœpta sunt, perficient tutores, quod de Curatoribus post perfectam ætatem, monet *l. 5. § 5. de admin. tut.*

4. (d) Quarto, Tutela ad conditionem (*sub conditione* fuerat in prima editione positionum ἀκυρολογως, ut recte advertit Scholiastes noster *Posit. 4. h. t.* sed emendatum jam fuerat in editione sequente) vel certum tempus delata, existente conditione, vel die, finitur, *§ 2. & 5. h. t.* In quo discrepat ab obligatione, cui finiendæ dies ipso jure adjici non potest, *§ 3. infr. de V. O.* Ratio est, in obligatione agitur de jure pleno, quod sua natura perpetuum, in alios transferendo; sed tutelæ natura temporaria est, pro defectu ætatis introducta. Quid si tutor cum alio pactus sit, ut is post certum tempus tutelam in se reciperet, ac ipsum liberaret? Non valet pactio;

per Lehn-R. *c. 18. c. 26.* pubertatem æstimari 13. ann. & 6. septimanis. v. Schilt. *ad Jus Alemann Feud. c. 50. § 2.* Philipp. *Us. Pract. L. 1. Lect. 86. n. 3.* Carpz. *P. 2. C. 11. d. 9. & P. 3. C. 28. d. 18. n 2.* unde Vasallus post annum 13. cum sex septimanis impletum, recte investituram petet, & ad Juramentum fidelitatis se offeret. vid. Schrader. *de Feud. p. 6. c. 2. n. 26.*

* In Saxonia autem tutela agnatorum legitima minima capitis deminutione perire videtur, cum tutor per arrogationem agnationis jus potest amittere, L. R. *L. 1. a. 23.*

** Cum enim contra regulam a tutore, nullam utilitatem ex tutela percipiente, levem culpam præstari placuerit, in hærede illius ad regulam reverti, exacta saltem ab eo remissa diligentia, visum est. Atque ita *prou.* Fac. Jur. Lipsi. *Mens. Jul. 1701.* Menck. *Gymnas. Polem. Jur. Civ. D. 11. th. 3.*

(b) *Pos. 2.* (c) *Pos. 2.* (d) *Pos. 4. 5. 6. 7.*

ut judicatum in curia Frisiæ, teste Sandio *l. 2. tit. 9. def. 4.* quia tutela certis modis finitur, *ait idem*, quos inter non est pactio. Adde, quia publicum munus est, cui privata pacta nihil derogant, *l. 33. de Pact.* Postremo, cum removetur tutor ut suspectus, finitur officium, item cum excusatur. Nam & tum finiri tutela dicitur, § *ult. h. t.* etsi nulla administratio fuerit: quia cum jure tutela non valet, excusatio nulla proponitur, *l. 13. § 12. de excusat.* proinde ubi excusatio instituitur, ibi Tutela præexistit; ideoque si desinat, eam finiri necesse est: quæ ratio sic valida satis est, ad occupandam objectionem, *quod excusatio potius præveniat, quam finiat Tutelam.*

SCHOLIUM.

Vide, annon melius ad hanc objectionem responderi possit ex iis, quæ infra Auctor *tit. 25. n. 19. profert.*

RESPONSIO.

Intentio Scholii est, excusationem esse modum finiendi tutelam, quod attinet ad eos casus speciales, quibus Tutela vetus deponitur, quæ ratio hactenus recte se habet; nec tamen vetat, rationem a nobis adductam facere, ut excusatio generaliter sit modus finiendi tutelam, potius, quam exceptis casibus duntaxat.

N. ADDIT.

Faciet utique, si constet, *Imperatorem* in d. § ult. *tam diuriore & parum concinna locutione generaliter excusationem dicere voluisse modum finiendi; jam vero loquitur in specie de iis, qui onus (scil. ulterius) administrandæ tutelæ deponunt. At quomodo deponere onus administrationis ille dici potest, qui nunquam administravit?*

His modis adde, cum vitium animi, vel corporis, tutori supervenit, quod administrationem & auctoritatem impediat, ut si mutus aut surdus fiat, *l. 1. § 2. & 3. de Tutel.* at cœcus etsi non recte datur, *l. 3. C. Qui dar. tut.* tamen non desinit esse tutor, *l. 16. de auctorit.* mente captus haud dubie tutelam amittit, non furiosus.

SCHOLIUM.

De hoc equidem nihil deprehendo in Legibus, sed Auctor eam affert rationem, quod mente captus nec possit dari Tutor. Hujus vero illam adducit supra, quod mente captus non resipiscat.

Ego nihil definio; præprimis, cum utramque adsertionem nullis legibus corroboratam deprehendam, & ultima Medicorum decisioni relinquenda sit.

RESPONSIO.

Hoc deprehendet Lector, citatas leges agere de furioso: At hunc a demente separant Leges, l. 8. de Tutor. dat. l. 2. de Inoff. Nihil igitur opus, ut quod de furiosis dictum est, ad dementes extendatur; furiosus non desinit esse tutor, ob spem τοῦ ἀναπιέσαι, resipiscendi, *ut supra ex Theophilo habuimus. In dementibus, qui innocenter desipiunt, eam spem deficere solere, non tam obscurum est, ut sine medicorum suffragio id affirmare verendum sit. In jure sic habemus; mente captos esse genus, eosque vel furiosos, qui cæcitate quieta sed continua laborant,* l. 125. C. de nupt. *junctis* d. l. 2. C. & D. l. 8. *Dementes etiam sæpe* mente capti *vocantur, ut sit, nomen generis ut alteri speciei tribuatur,* d. l. 25. *quanquam mente captos aliquando remissius accipi, dicetur in* tit. seq. n. 7. *Notum est, Tutoribus ad tempus impeditis, addi Curatorem pupillo; sed, ubi perpetuum est impedimentum, dari Tutores; quod est argumentum, Tutores, quod erant, esse desisse, quemadmodum probavimus, ad* tit. ff. de Tutor. dat. *nihil igitur scrupuli esse potest, quamut differentia dementis & furiosi constet, quam satis evidenter demonstrasse videmur. Nam si is datur utiliter, ut dictum, quidni & maneat tutor? sed perseverante furore, dabitur Curator,* l. 12. pr. de excus. tut.

N. ADDIT.

Nunquam negavi, furorem & dementiam esse diversos morbos, ut adeo frustra Autor se detineat in hujus propositionis nunquam in dubium vocatæ probatione. Dubitavi jam dudum de duabus assertionibus Autoris: Scilicet, (1) *quod mente captus non possit dari tutor,* (2) *quæ prioris debet esse ratio, quod mente captus non resipiscat. Dubitavi inquam, non negavi, aut contrarium asserui. Unde me non scrit, quando dicitur, ea, quæ de furiosis dicuntur, non statim esse extendenda ad mente captos. Feriret, si asseruissem, mente captum posse dari tutorem, quia furiosus dari potest. Sufficit, quod nec valeat argumentum Autoris. Furiosus dari potest tutor, ergo mente captus non potest, quia est alia dementiæ species, præprimis cum nunquam in jure quoad effectus furor & dementia secernantur. Imo nec in ipsis legibus, quas adducit Autor, sc. in* d. l. 8. § 1. de Tutor. dat. d. l. 2. de inoff. *Separant ibi leges furiosum a demente, in effectu comparant. Igitur omnis vis latet in probatione secundæ assertionis, qua ostensa facillime acquiesco. Sed hic nihil Autor, quam quod simpliciter con-*

tra-

tradicat: in dementibus, qui innocenter desipiunt, spem resipiscendi deficere, non tam obscurum esse, ut sine medicorum suffragio id affirmare verendum sit. Nam reliqua, quæ sequuntur, omnia hic nihil probant, nisi id, de quo non quæritur. Ex vero meum non sit contrarium probare, succurrit tamen præjudicium huc pertinens apud Carpzov. prax. Crimin. qu. 149. n. 40. verbis: So wird er wegen solcher begangenen und bekannten Nothzucht, mit dem Schwerdt vom Leben zum Tode billig gestrafft, und mag dem Gefangenen solche zuerkannte Todes-Strafe, dahero, daß er vor 15. Jahren im Kopfe verrückt gewesen, (*i. e. fuit mente captus, non furiosus*) weil sonderlich darüber an ihm dergleichen Beschwerung nicht gespüret worden, (*vides ergo quod mente captus respuerit*) nicht erlassen werden. *Ceterum fateor, mereri materiam de dementia & mentis capedine, ejusque quoad effectus juris a furore differentia, ulteriorem inquisitionem, & optandum esset, ut quis ea de re quid eruditi commentetur. Nam ne Zachias in quæstionibus medico-legalibus in omnibus hic satisfacit, nec qui forte alii de Dementia & Melancholia quid commentati sunt, a quibus sæpe sine causa vapulat miser Zachias. Puto, mente captorum varia genera omnino hic secernenda esse. Puto, dari mente captos, quibus ne quidem tutor dandus, ut si quis, cætera sanæ mentis, sibi imaginetur, se esse de butyro, de vitro confectum, se habere nasum tres ulnas a facie porrectum, & quæ sunt similia* *.

5. (c) Atque hi sunt modi, quibus ipso jure tutela finitur, *arg. l. 1. de curat. fur.* Quod tamen non excludit tutoris officium, admonendi pupillos, ut sibi petant curatores; alioqui neglectæ admonitionis ille tenebitur, *l. 5. §. 5. de administ. tut.* Ita, inquam, si pubertate finita sit tutela. Nam si excusatio, vel remotio suspecti a magistratu sit decreta, ipsius partes sunt, alium dare tutorem, *l. 11. §. 1. & 2. de Testam. tut.* In casu mortis, Legitima tutela transit ad agnatum, ut *modo dict.* De Testamentaria sic est: Siquidem alii ex eodem testamento supersint, tunc in locum unius demortui datur alius a magistratu, quia Legis ordo non obtinet, nisi deficiente penitus testamentaria; Proin, nullo superstite, legitimus vocatur, *d. l. 11. §. pen. & ult.* ubi idem est in morte civili, dissentiente licet ibi Gothofredo; adde *l. 3. §. pen. de legit. tut.* Nulla causa est, quare non idem, si conditionis, vel diei existentia finis tutelæ adferatur, statuendum sit. Nam si unicus, vel omnes ita tutores desierint, legitimus vocabitur; Quod si alii supersint, cura magistratus erit, alium surrogandi, *arg. d. l. 11. §. pen. & ult.* Matre ad secunda vota transeunte, legitimæ, an dativæ tutelæ sit locus, sæpe disputatur. Pro dativa facit textus in *l. 2. in fin. C. Quand. mul. tut. off. vers. Quod si fœminæ*; & meminit, sic esse judicatum.

TIT. XXIII.

De Curatoribus.

Minores invitos apud Romanos non fuisse Curatoribus subjectos. Definitio Curæ & partitio tituli. Differentia tutelæ & Curæ. Cur testamento non detur Curator. De cura furios. & prodig. Lativa num hæc sit, an Legitima. Cur L. XII. T. mente captis non dederit curatorem. De tutoribus, qui pupillis dantur. De actore dando.

Post pubertatem Romæ adolescentes, sumpta virili toga, in forum deductos gerendisque rebus admotos fuisse, *ad princ. tit. præc.* diximus, quo tempore in suam venisse tutelam, recipere tutelam suam dicebantur, *pr. de pup. subst. l. 39. pr. eod.* Cicero *aliique passim.* Neque leges posthac gubernatores iis præficiebant. Si qui indiligentiores viderentur, his animum propinqui advertebant. Quia tamen infirmum est minoris ætatis consilium & multis captionibus suppositum, *l. 1. pr. de min.* ideo Prætor non tantum edixit, se restituturum minores in integrum, quoties lubrico ætatis capti essent, *tot. tit. de minor.* (quod beneficium *tutela minorum dicitur in d. l. 1.*). Verum ut illæsi potius servarentur, voluit minores sibi peterent curatores a magistratu, si modo vellent: cogi enim nunquam potuerunt; Minoribus ** annorum desiderantibus

* Conf. Thomas. *de præsumt. furoris atque dementiæ, Disp. H. 1719. hab.*

** Extendit se vero minorennitas Jure Civili usque ad ann. *25. pr. I. h. de Curat.* sed Jure Saxon. usque ad ann. *21. Lehn-R. c. 20.* Carpz. *P. 2. c. 11. D. 6.* Schilter. *ad ff. Ex. 11. th. 27.* Coler. *Dec. 19. n. 4.*

(a) *Post. 8. 9. 10.*

dari solent Curatores, ait Papinianus in *l. 13. § 2. de tut. & cur. dat.* ipsis consentientibus, nec aliter, *l. 2. § pen. & ult. Qui pet. tut. vel curat. l. 43. § 3. de Procur.* Sane multos sine curatoribus egisse, probat *l. 7. § 2. de min.* ubi *curatoribus solvi, si sunt.* Et in *l. 3. C. de in integ. restit.* aperte minores, vel habere curatores, vel sine iis constituti dicuntur; Quod si lascivirent & bona sua prodigerent, tunc plane invitis datum curatorem, ex § 3. videbimus. Consentaneum igitur moribus vetustis est, quod in § 2. *I. de Curat.* habetur, *Inviti adolescentes curatores non accipiunt.* Proinde quod in *l. 1. § ult. de minor.* scriptum est, *Nec ante rei suæ administratio eis committi debet, quamvis bene rem suam gerentibus,* de his minoribus accipiendum erit, quibus semel datus est Curator, *qui rem suam recipere volunt,* ut explicatur in *l. seq.* Licet tamen veniam ætatis a principe impetrare, adolescentibus 20. puellis 18. annorum, si frugi esse probentur, *l. 2. C. de his, qui ven. æt. imp.* maturius virginibus quam maribus, nuptiarum exemplo.

2. (a) Definiri potest Cura; Potestas administrandi bona eorum, qui suis *rebus* ipsi superesse nequeunt; quibus verbis non modo curatores minorum, sed & furiosorum prodigorumque & pupillorum continentur. Nam de his tribus generibus agitur ordine in hoc titulo. Est & aliud quartum genus, qui ad res solas dantur, nec personas ullo modo spectant; ut sunt curatores bonorum, in quæ missio est facta, & curatores ventrum; de quibus hic nihil. Sed qui dantur ad res actusque certos, de his obiter meminit § 2. Quæ præterea sunt in *tribus primis positionibus,* de his *ad tit. ff. de Tutel.* videbimus.

3. (b) Possunt hinc etiam colligi pleræque convenientiæ & discrepantiæ tutelæ atque curæ. Conveniunt in his. Utraque publicum munus est, necessario his, quibus defertur, suscipiendum. Utraque defertur per eosdem Magistratus, in loco vel patrimonii, vel paternæ originis, vel domicilii, *l. un. C. ubi pet. tut. vel cur.* Utraque in eorum gratiam, qui se suaque ipsi regere non possunt, inventa. In utraque locum habet Satisdatio, Excusatio & Accusatio suspecti, de quibus *infra.* Sed discrepantiæ sunt insigniores; Tutela pupillos, cura puberes complectitur. Tutela ex L. XII. T. cura moribus, aut a D. Marco stabilita. Tutela primo est Testamentaria, dein Legitima agnatorum. Cura nunquam Testamentaria, nunquam Legitima, nisi in prodigis & furiosis. Tutor datur, seu velint seu nolint, pupillis; Curator desiderantibus adultis. Tutor datur personis directe, rebus per consequentiam; Curator rebus directe, personis consequenter. Tutor certæ causæ dari nequit, potest curator. Tutorem habenti non datur tutor, sæpe Curator. Tutor ante finem tutelæ non tenetur: Curator adhuc perseverante cura, convenitur, *l. 16. § 1. de tut. & rat. distr.* (c) Hæ differentiæ sunt juris Romani propriæ. Nam mores hodierni discrimen tutelæ & curæ, impuberum atque minorum ignorant, ut testantur Gail. *2. obs. 96. n. 1.* Grot. *manud. c. 7.* quanquam apud Frisios hoc discrimen omnino * sublatum esse, non ausim adfirmare. Utimur quidem indistincte vocabulis, *Minderjagire, Onmondige, Voor-monder*, sed & Græci tam pupillos quam adultos vocant ἀφήλικας; tam tutores quam Curatores κηδεμόνας, nec tamen ideo Græca jurisprudentia hac parte a Latina differt. Quin a Curia nostra judicatum reperio, eum, qui Tutor fuerat & administrationem continuaverat, absque nova confirmatione Magistratus pro curationis officio, non habuisse jus Curatoris in impediendis pupillæ nuptiis, quemadmodum hoc lege datur Curatoribus. Sic placuit, *in de sake van Frans Jacobs de Fries tegen Doct. Martinus Wybinga anno 1619.* Insigni argumento ejus quod dixi, jure nostro etiamnum tutelæ curæque discrimen habere locum; dix. latius in *collatione, quæ est in Auspic. Domest. pag. 81.*

4. (d) Dantur autem Curatores ab iisdem Magistratibus, ait Imp. a quibus & tutores, § *1. h. t.* sed cum hoc discrimine, quod tutores petantur ab aliis, curatores non nisi ab ipsis minoribus, *ut dictum.* Sed *curator testamento non datur*, ait iterum Imp. quia testamentariam donationem XII. Tabulæ statuunt, quæ curam ignorant; Quia Testamentaria datio jure facta invitos obstringit, curator non datur invitis; Quia pater non potest de rebus filii disponere in id tempus, quo sui juris & testamenti factionis capax futurus est; Unde nec pupillaris substitutio puberi potest fieri, § 8. *I. de pup. subst.* Datus tamen testamento curator decreto Prætoris confirmatur,

* Nec aliud de Jure Saxonico dici potest, unde qui tutoris munus gessit, a Cura excusationem etiam in Saxonia habet. vid. Carpz. *P. 2. C. 11. D. 10.* conf. tamen Schilter. *ad ff. Exerc. 30. th. 81.*

(a) *Pos. 1, 2. & 6.* (b) *Pos. 7. & seqq.* (c) *Pos. 18.* (d) *Pos. 8. 9.*

d. § 1.

d. §1. quod argumento est, dationem ipso jure non valere, *per l. 1. de confirm. tut.* Confirmationis effectus est, ut curatori necessitas imponatur, non æque ut adolescens cogatur; (e) quia, ut abunde probatum, invitis non datur curator, *§ 2. h. praterquam in litem*, ait textus. Igitur minores, si judicio contendere velint, curatorem ad litem eligere coguntur; alioqui exceptione removentur, quod legitimam personam standi in judicio non habeant, *l. 2. C. qui leg. pers. st. in jud.* Ratio est, ne adolescentes judicia prætextu læsionis, per beneficium restitutionis in integrum facile rescinderent, & sic adversarios sumptibus gravatos eluderent. Quanquam enim Restitutio, ne quidem si Curatorem habentes sint læsi, negatur, *l. 2. & 3. C. si tut. vel cur. interven.* id tamen, *cognita scilicet causa*, fit, *l. ult. de rest. in int.* noque enim læsio facile tunc præsumitur, nec crebro concedi solet restitutio, quia in hunc finem dantur Curatores, ut causæ minoribus integræ potius maneant, quam legis remedium quæratur. Hæc res docet generaliter, quoties minori cum alio negotium intercedit, a quo potest restitui, si id procedere velit, eum posse ab altero compelli ad curatorem adhibendum, *l. 7. § 2. de minor.* ubi exemplo solutionis rem declarat *.

5. (f) Diximus, Curationem non esse Legitimam, neque agnatis deferri, exceptis furiosis & prodigis, quos Lex XII. Tabb. in potestate agnatorum gentiliumque esse voluit, § 3. Verba recitat Cic. 2. *de invent. Si furiosus existat, agnatorum gentiliumque in eo pecuniaque ejus potestas esto*; si puberes, inquam, sint; Nam impuberes furiosi Tutores accipiunt, *l. 3. pr. de tut.* Furiosi qui sint, per se patet; nempe animi quadam rabie agitati. Prodigos dicimus, quibus ob luxuriam & sumptus insanos, bonis interdictum est, *l. 1. & 10. de cur. fur.* Hi cum furiosis passim comparantur, quia furiosorum exitum, quod ad bona pertinet, ut D. Pius loquitur in *l. 12. § 2. de tut. dat.* Etsi enim, *ut idem*, ex sermonibus, mentis compotes videantur, tamen revera *sui* non sunt, ut de furiosis ait *l. 7. §. 9. ex quib. caus. in poss.* hoc est, sui non compotes, sed libidinibus serviunt. *Exisse ex potestate dicimus eos, qui effrenati feruntur libidine*, ait Cic. 3. *Tusc.* quia non *in potestate mentis*, ideoque *insani* appellantur. Moraliter sola quidem luxuria Prodigum constituit, sed quia facti res est, & incertum quoad usque morum insania processerit, & magna est ejus rei latitudo, cum & multi ad tempus in transversum acti, brevi in rectam se revocent viam, cognitio Magistratus adhibenda est; Qui si insanabilem reperiat, bonis interdicit, ea quæ apud Paulum est, formula, *l. 3. tit. 4. § 7. Quando tua bona paterna avitaque, nequitia tua disperdis, liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi eare (vel ære) commercioque interdico.* Juridice igitur, duo in prodigo requiruntur, effrenes sumptus, & prohibitio Magistratus: Quæ ubi facta non est, valent, quæ a profusissimo quoque geruntur, ut de tutore aperte prodigo, si Prætori obreptum sit, eique non interdixerit, indicatur *l. 55. ult. de administr.* adde *l. 8. Pro emptore.* Nec potest esse verum, quod aliqui volunt, prodigis *ipso jure* bonis interdici, non facto. Secus expresse in *l. 10. pr. de cur. fur.* ubi, *nihil transferre possunt.* non quia luxurioši, sed ob interdictum; quod facti esse, probat *l. 15. eodem, Interdici potest.* idem *l. 27. pr. de minor.* ut *debeat* interdici. Quin diserte per Prætorem id fieri dicitur *d. l. 10.* Et res clara est, non potuisse id sine officio magistratus explicari: adeo ut quid sibi velint nesciam, qui hoc negant, quos inter Fachin. 2. *contr. 63.* qui meliores multo rationes pro ea, quam improbat, quam sua sententia, profert. An si prodigo *Lege* bonis interdicitur, *l. 18. Qui test. fac.* id est, secundum legem XII. T. *b. § 3.* ideo ministerium Magistratus excluditur? quasi non & alias Tutores *Lege* Attilia & tamen a Magistratu dentur. Eadem ratione prodigus non potest pro tali desinere haberi, nec Curæ suæ restitui, nisi magistratus cognoverit eum frugi factum, & decreverit esse restituendum. Quomodo enim res incertissimi facti immediate a Lege decerni posset? Pluisculum hic scrupuli movet *l. 1. de cur. fur. Ubi* qui tanos mores receperit, *ipso jure* definit esse in potestate Curatorum. Quid si ita? An aliquis sit vel desierit esse prodigus, ut facti est, & cognitionem postulat; Sed decreto interposito, tunc immediata vi Legis, curatio ad Agnatos pertinet, ut de legitima tutela dictum; cognito frugi esse, tunc in continenti curatio finitur; nisi respondere malis, verba *ipso jure*, in

* Hodie indistincte minores inviti curatores accipere debent, per *R. I. d. a. 1577. t. 32. § 1.* quod etiam in Saxonia obtinet.

(f) *Pos. 19. & segq.*

d. l. 1.

d. l. 1. id velle, quod, ubi constat, eum rectamores via instituere, necessaria vi Legis, quæ pro arbitrio magistratus mutari nequeat, Cura sit abroganda. Cæterum furiosi habent intervalla, vel obscura & brevia, vel perspicua & longiora. De prioribus elegantissime Celsus in *l. 18. §. 1. de acq. poss. Si forte in conspectu immobrate quietis sunt consolutus*, cum furor languet magis quam intermittit; & tunc nihil recte agunt, ut *idem:* sed *remissione* longiori & *dilucidis intervallis*, non modo testamentum condere, *l. 2. C. Qui test. fac.* sed omnia gerere potest ὡσανεὶ σωφρονῶν, *tanquam sapiens;* Nam etsi curator interim maneat, administratio tamen & auctoritas ejus cessat ἐν τῷ καιρῷ ἀπολειμμάτων, *tempore intervallorum*, ut Justinianus decidit in *l. 6. C. de cur. fur.* Idemne in prodigis, ubi ad tempus sibi temperant? Etsi cum furiosis conferri soleant, hic tamen alia ratio videtur, quia luxuria ad breve dissimulatur, furor simulari forte, at dissimulari nunquam potest. Intermissio se ipsam ostendit, nec fallit in furioso, contra quam in prodigo; qui idcirco post interdictionem nihil transferre potest ullo tempore, *l. 10. de cur. fur.*

6. (g) *Furiosi & Prodigi*, habet textus *§ 3. in curatione sunt agnatorum, ex L. XII. Tabb.* Sed *solent Romæ Pr. V. vel Prætt. & in provinciis Præss. eis dare curatores.* quod communiter ita intelligunt, ut magistratus tum demum Curatores dent, cum agnati sunt nulli, vel inhabiles, *arg. l. 13. de cur. fur.* sed vereor, ut hic textus & *l. 1. d. t.* eam explicationem recipiant; Cura est *agnatorum ex* L. XII. *Tab.* ait hic *§ 1. Sed*, nota adversativam particulam, *solent Romæ &c.* Ergo solet aliter fieri, quam olim ex Lege. Clarius in *d. l. 1.* ubi, *Leg. XII. &c. Sed solent hodie Prætores vel Præsides curatorem dare.* Nota *Lege XII.* id est, *olim;* rursus, sed *hodie;* manifesta oppositio. Plane Ulpianus docet, ab initio *moribus* curatorem dari solitum; hoc a Decemviris in XII. tabulas relatum, postremo dationem denuo invaluisse moribus. Proinde illis adienerim, qui hodie omnes curatores, etiam hos, censent dativos esse. Ideo & titulo de *Tutoribus datis*, agitur de curatoribus prodigorum *l. 12.* non in titulo *de Legitimis.* Nempe eodem tempore, quo magistratus bonis interdicebat, dare consuevit & curatorem. Imo & furiosis, ubi interdicto opus non erat, datus fuit curator, *l. 8. §. ult. de tut. dat.* non modo si agnati deficerent, verum semper. Ratio enim, quæ causæ cognitionem adhibere Prætorem jubet in *l. 6. de curat. fur.* perpetua est: *quoniam plerique vel furorem vel dementiam fingunt, quo magis, curatore accepto, onera civilia detrectent.* Hoc scopo lex se frustaretur, si immediate, inscio magistratu, Agnati vocarentur. Nulli igitur sunt Legitimi Curatores directe & necessario; sed tamen Prætor non solet agnatos temere præterire, si hab iles fuerint, quos hactenus *legitimos* vocare licet, quia lex eos Prætori monstrat; sic cape *d. l. 12.* Etiam Filius Patri furioso curator recte datur, quod veteres negabant, quasi indecorum esset, patrem a filio regi; Sed D. Pius eximit hunc scrupulum, *l. 12. §. 1. de tut. dat.* quia inter furiosum utique & infantem nihil interest. Sed & in prodigo Patre idem juris esse, Rescriptum Pii & *l. 1. § ult. de cur. fur.* indicat. Præstat enim, bona per filium, si is tam probus sit, quam extraneum regi, & egregie Ulpianus *l. 4. d. t.* non esse *hoc regimen potestatis quam pietatis*, ratiocinatur.

7. (h) Furor & dementia differunt, in *l. 8. de tut. dat.* ut furiosi & dementes, *l. 2. de inoff.* vel mente capti, *§ 3. & 4. h. t.* Est quidem furiosus etiam demens & in eo conveniunt, quod neuter sanæ mentis sit, *d. l. 2.* Sed hoc peculiare habent, quod furiosus rabie animi agitetur, sæpe cum intervallis; mente captus cœcitate quieta sed continua laboret. De furiosis lege XII. Tab. cautum fuit, de mente captis nihil; quibus dari curatores a Magistratu sine legis mentione dicuntur, *§ 4. h.* Quæ si ita sunt, miror causam ab interpretibus non reddi, cur Lex Agnatos non æque mente captis quam furiosis præfecerit, cum ratio utrobique sit eadem, mentis in utroque cœcitas & spes successionis. Nos *lib. 3. Digression. c. 18.* probavimus, Decemviros per furiosos intelligere omnes, qui nullum rationis usum habent, sed in omnibus errant, ad omnia cœcutiunt; Insanos autem, qui non sunt integræ mentis constituti, qui ad officia & cultum communis vitæ mediocriter sufficiunt. Et sic ratio potest reddi, cur mente captis Curator non sit datus, sed perinde ut mutus & surdus, magistratui relinquantur. Opus enim est cognitione, annon ipse, qui male sanus dicitur, qualitercunque suis rebus sufficiat. Nam ejusmodi homines, qui habent ali-

(g) *Pos. 14.* (h) *Pos. 25. & seqq.*

quem

quem sensum, licet debilem & imminutum, posse testamentum condere, & matrimonium inire, Sandius noster multa auctoritate & præjudiciis confirmat, *lib. 2. tit. 1. def. ult.* Idem de mutis, surdis & perpetuo morbo afflictis judicandum; quibus non promiscue obtruditur Curator, *§. 4. & 5.* cum non desint ita affecti, qui sine Curatore suis rebus superesse possunt, atque incivile est dicere, hos cogi ad accipiendum Rectorem, sed, ut de minoribus antea dictum, desiderantibus curatio decernenda. In favorem eorum receptum est, ut Curatores qui dantur, ad eos se applicare cogantur, idemque in odium & gravamen minime trahendum, *vid. l. 65. §. 3. de Sc. Trebell.* Cæcis vero nusquam legitur Curator dari; quoniam hi non æque res suas administrare impediuntur, quam muti & surdi. Præcipuum vitæ humanæ & commercii instrumentum est sermo, cujus facultate cæci fruuntur. Unde hi creberrimum stipulationis contractum recte celebrant, non muti surdique, *§ 7. I. de inutil. stip.* Adde, quod mutos & surdos sæpe quædam judicii infirmitas & hebetudo comitatur, in cæcis intentior fere acrimonia observetur, ut multis Cicero probat 5. *Tuscul. sub finem*, ubi Democritus luminibus amissis, *impediri etiam animi aciem adspectu oculorum*, prædicabat.

8. (i) Sequitur Tertium genus Curatorum, *qui pupillis dantur*; quod duobus casibus in *§ 5. h. t.* fieri dicitur; si tutores, quos habent, non sint idonei, vel si pro tempore excusati fuerint. Inidonei autem sunt, vel ob culpam tantum, vel etiam ob dolum. Legitimo Tutori indistincte Curator adjungitur; Testamentario & dativo, si ob culpam solam inepti sint; nam fraudulenti removentur cum infamia. *§ 6. I. de suspect. tut.* quod in legitimum non decernitur, *l. 9. D. eod.* In textu utrobique est, *non idoneus*, Theoph. eleganter de legitimo, *ἐὰν ἀν ἀξιόπιστος, si non est fide dignus*, de reliquis, *εἰ ἀναρμόδιος ἐστι πρὸς διοίκησιν, si ineptus ad administrandum sit.* Secundus casus est, cum tutor jam constitutus, ad tempus excusatur, ut si Reipubl. causa abesse inceperit, *§ 2 I. de excus.* Nam quia non nisi ab administratione excusatur, ac vere tutor manet, alteri tutori locus non fit, propter regulam juris antiquam; *Habenti tutorem tutor dari non potest*; quod hic & *l. 27. de test. tut.* inculcatur, ut & recentiori jure, *l. 9. C. qui dar. tut. l. 9. C. qui pet. tut.* Enimvero posse eodem tempore plures uni tutores dari, id dubio caret, *l. 24. de tut. & cur. dat.* de ratione hujus regulæ disputavimus *lib. 3. Digress. cap. 19.* Cæterum Interpretes tot exceptiones hujus regulæ collegerunt, ut verendum sit, ne non ipsam regulam absorbeant, ac prope melius dici videatur; Tutorem habenti aliquando Tutorem, aliquando Curatorem dari. Tamen nihil mutandum, & multæ ut exceptiones proferuntur, quæ non sunt, ut probatum videbitis *ad tit. ff. de Tutor. dat.*

9. (k) Porro cum tutor morbo aliave necessitate ita coarctatus est, ut tutelæ satis intentus esse nequeat, potest Actorem constituere ex decreto quidem Magistratus, sed proprio periculo; cum curator sine ejus voluntate datus, ipse satisdet, *§ ult. de curat.* Rerum domini mandant res suas Procuratoribus *l. 1. de Procur.* sed quia Tutor dominus non est, licet domini loco, *l. 27. de administ.* ideo is, cui mandat vices suas, vim Procuratoris quidem obtinet, sed nomine Actoris distinguitur. Verum pupillus, si præsens sit & fandi potens, auctore tutore, utpote dominus, procuratorem recte constituit; Imo & ipse Tutor procuratorem in judicio facere potest, modo litem primo sit contestatus, quia tunc Dominus est litis; hæc sunt in *l. 11. D. de Proc.* Adde quæ dicentur *ad tit. ff. de Tutel.*

TIT. XXIV.

De Satisdatione Tutorum.

De Satisdatione tutorum, & quinam regulariter satisdent. Quinam extra ordinem, ubi & de Administratoribus. De actione subsidiaria, & adversus quos magistratus detur.

(a) ROmanis legibus magna cura provisum est, ut omni modo pupilli indemnes præstarentur; non est enim de nihilo, quod Cæsar ait, in *N. 72. c. 6.* Τὰ τῶν κηδεμονευομένων ἀσεβῶς εἰς ἑαυτὰς τρέφειν, *Res pupillorum impie in se vertere*, τὸ πρᾶγμα ἐξόσμιόν τε καὶ ἐπίδρομον,

(i) *Pos. 28.* (k) *Pos. 27.* (a) *Pos. 1. & seqq.*

id *rem* vocat *amabilem & appetibilem.* Ideo non tantum actio personalis in tutorem, finito officio datur, de qua *dictum*, sed & tutores atque Curatores *satisdare* coguntur, *tit. Inst. de satisd. tut.* Id est, datis fidejussoribus, pupillum facere securum, *l. 1. Qui satisd. cog.* Pupillus stipulatur rem suam fore salvam a Tutore, per se, cum fari potest, vel servum proprium, aut publicum *l. 2. de rem. pup.* Tutor id spondet, ac fidejussores addit, ut si eveniat ipsum desinere esse solvendo, damnum pupillo ab his sarciatur. Praeter quam satisdationem hodie insuper juramento tutores adstringuntur. *Auth. Quod nunc. C. de cur. fur. ex N. 72. c. ult.* Officium exigendi satisdationem, Magistratibus incumbit minoribus, per municipia duumviris, Romae scribis, *l. ult. C. de magist. conven.* Majores, ut Praetor & Praeses, non dant Tutores cum satisdatione, § *ult. h. t.* sed ex inquisitione, qua recte adhibita, vix periculum est ne tutor male se gerat. In Curatoribus igitur, quoad satisdationem, est simplex distinctio. Quos dant majores magistratus, hi non satisdant, sed qui a minoribus dantur, omnino. In Tutoribus triplex discrimen est. Legitimi satisdant semper, Testamentarii nunquam, quia paterno judicio idonei creduntur electi, *l. 7. § 5. C. de cur. fur.* In dativis eadem est differentia, quae in Curatoribus: dati per majores magistratus sunt liberi a satisdando, quia inquisitio instar paterni judicii est, & pro vinculo cedit cautionis, *l. 13. in fin. de tut. dat.* dati a minoribus omnes satisdant, *in princ. I. h. t.* Etiam in his distinguendum, qui testamento, non jure dantur, qui vel a patre sunt, vel ab alio. Qui a patre, pro testamentariis hac parte habentur, *l. 3. de confirm. tut.* qui ab extraneo, pro dativis, *l. 5. eod.* quam alii graviter obstare *l. 3.* scribunt, cum nihil sit planius. Ergo hi a majoribus confirmati, inquisitionem requirunt; a minoribus, fidejussorem praestant, *d. l. 5.* In summa, pars dimidia fere satisdat.

2. (b) Est tamen casus, quo testamentarii quoque & ex inquisitione dati, satisdant; videlicet, si plures sint dati, & unus ex illis Administratorem se offerat, § *1. h. t.* Nam inutile habetur, ut per multos tutela spargatur, quod fere negligentiam & confusionem parit, *l. 3. § 6. de administr. tut.* Ideo si modica sit tutela, uni administratio defertur, reliqui sunt quasi honorarii & inspectores, *d. l. 3. § 2.* Si diffusa, divisio instituitur. Cum unus sufficit, primus locus ei datur, qui se offert, sic tamen ut reliquis optionem deferat, si quis eorum sit paratus: tam qui primus est locutus, cedere debet, ne se ingerere videatur. *Primus* igitur est, qui provocatur. *Secundus*, qui ultro se obtulit, & hi omnimode satisdare majoremque exteris *diligentiam* adhibere debent, adeoque leviss imam praestare culpam, *l. 53. § 3. de furt.* Nemine offerente se, *tertio* loco vocatur is, qui a Testatore Administrator designatus est; merito enim Patris statur voluntate, nisi Praetor id inconsultum reperiet, *d. l. 3. § 1. & 3.* commodum autem satisdationis efficit, ut offerentibus se Testamentarius postponatur. Si nullus Testamento nominatus sit, *quartus* ordo est ejus, qui a majori tutorum parte eligitur, *d. l. 3. § 7.* Cum nec hi convenire possunt, *quinto* Praetor administratorem constituit. De sorte, quae crebro in talibus adhibetur, nihil proditum, & merito, quia de suo quisque patrimonio potest quidem sorte decidere; at pupilli utilitatem ancipiti eventu definiri, non expedit. Quod si electo a Praetore contutores diffidant, non est postulandum, ut succedanei alieno periculo esse velint, (tenentur enim, si male administrantem suspectum non dixerint) sed permittendum, ut omnes potius simul administrent, *d. l. 3. § pen.* vel dividatur Tutela, § *f. d. l.* id est, administratio per genera negotiorum, vel per vices temporum, aut regiones patrimonii, distribuatur, *tit. C. de divid. tut.*

3. (c) Si nec tutorum nec fidejussorum bona sufficiant, ultimum pupillis subsidium contra Magistratus comparatum est, Actione, quae ex re, *Subsidiaria* dicitur, non modo propterea, quod nullos exegerint, sed si nec idoneos exegerint fidejussores, § *2. h. t.* de quo si dubitetur, probandum a Magistratu, quod cum darentur, idonei fuerint, *l. 1. § 13. de magistr. conven.* Quamdiu autem tutorum aut fidejussorum vel unus supersit excutiendus, ad magistratum pervenir nequit, *l. 4. C. eod.* Quod est igitur in *l. 1. § 15. de tut. & rat.* abrupte scriptum, *ad contutores non venitur*, sed *prius ad magistratus*, de contutoribus intelligendum, qui divisam a Testatore, vel a Judice tutelam habent, nec tenentur, nisi de neglecta accusatione suspecti, *d. § 15. & l. 2. C. de divid. tut.* Divisionis beneficium, nisi in dolo sint, exemplo tutorum habent,

(b) *Pos. 7. & sqq.* (c) *Pos. 16. & 17.*

l. 7. de

l. 7. de magistr. conven. & heredes ex lata, non levi culpa relinquunt obligatos, perinde ut Tutores, *l. 2. C. d. t.* Cæterum, non dari hanc actionem contra majores magistratus, sed eos, qui satisdationem exigere solent, per se liquet, & est *in § ult. h. t.* Nam cujus plane ab officio aliena est cura satisdationis, is propter neglectum ejus argui non potest. Cogere tamen invitum tutorem ad satisdendum, quod fit *captis pignoribus, § 3. h. t.* major magistratus debet, qui cum imperio est; his enim solis competit executio; & modica coërcitio, *l. ult. § 1. de off. ej. cui mand.* ut pignora capere, corpus demere, mulctam dicere. *l. 3. C. de susp. tut.* (d) Moribus seculi satisdationes partim sunt necessariæ & perpetuæ, partim arbitrariæ. In Germania* perpetuas esse, testatur Mynsing. *ad princ. Inst. h. t.* ubi citat *part. 2. Recess. Imp. tit. de pupillis.* Hunc contra e diametro A. Matth. *ad l. princ.* nullum satisdationis usum in Imp. Rom. superesse, affirmat, sed jurare tutores, quod sancitum ait Aug. Vind. anno 1548. hoc tum scil. ignoravit Mynsing qui ad Institut. scripsit anno 1533. Alibi satisdationes sunt, ut dictum, arbitrariæ, Grot. 1. *mand. 9. pr.* alibi inusitatæ, sufficiente juramento, nisi tutor obæratus vel suspectus sit, Sand. *l. 2. tit. 9. de fin. 9.* De moribus aliorum vide Voet. *ad § ult. h. t. n. 3.* & Scholiasten nostrum ad *Posit. pen. h. t.* qui sic ait:

SCHOLIUM.

Non tamen nostris, scilicet moribus, obsolevit actio subsidiaria, Pinl. Ecl. 89. ex Carpz. p. 2. c. 11. d. 41.

RESPONSIO.

Sed neque nostris moribus, quatenus satisdatio adhuc requiritur **, *ut est apud* Sand. d. loc.

N. ADDIT.

Habes hic exemplum, quod non semper ea vel fide vel diligentia adhibita scholia nostra inseruerit praelectionibus Autor, quam a tamen erudito & ingenuo viro, qualem Autor alias se exhibere solitus fuit, expectabatur. Ita concepta est Positio 16. ad h. t. Actio vero subsidiaria, quæ dabatur in Magistratus minores ex eo, quod non exegerant fidejussores, vel saltem non idoneos, moribus hodiernis omnino cessat. *Ad istam Positionem Scholion meum:* Non tamen nostris. *Ad hoc Scholion responsio Autoris:* Sed neque nostris moribus, quatenus satisdatio adhuc requiritur. *Quid hoc est? Cur status controversiæ mutatur? cur cum sibi ipsi Autor contradicat, Scholion meum ita proponitur, ac si ad illud pertineat responsio, ac si ego non intellexissem, qua de re ageretur? Ut tamen nihil dissimulem, quid jam sententiam puto, Scholium meum sic emendandum esse. Non prohibitum esse hodie, ne quis actionem subsidiariam instituat, vix tamen eam institui, adeoque rara ejus exempla ostendi posse. Non alienum erit, hic ea adscribere, quæ dictavi in lectionibus publicis ad Institutiones* Justiniani: Moribus Germaniæ antiquioribus, legitimi tutores nullam præstabant cautionem, legitimis dativi cavebant, Landr. *lib. 1. art. 23.* testamentarii non erant, quia non erant testamenta. Post introductum Jus Justinianeum in academias Germaniæ, ab hujus Professoribus haud dubie suppeditatum fuit statibus Imperii, ut recessibus Imperii insereretur, tutores omnes debere præstare cautionem & fidejussoriam & juratoriam, *R. I. de a. 1548. & 1577.* Quod cum omni ratione destitueretur, & repugnaret principiis juris tam Romani, quam Germanici, merito neglectum fuit utrumque in praxi a Magistratu in toto Imperio. Nam regulariter Magistratus inquirit in mores omnium tutorum, neque dat tutelæ officium nisi illis, qui bona immobilia possident. *Conf. Hoppium & Noricum ad Inst. h. t.* Neque tamen moribus Germaniæ ipso jure liberati sunt, aut consuetudine tueri se possunt magistratus, si conveniantur actione subsidiaria, quia hac actione etiam conveniuntur, qui non dederunt fidejussores idoneos. Interim certum est, actionem subsidiariam æque raram esse in praxi, quam exactionem cautionis & juramenti a Tutoribus, quia videlicet rationes poli-

* Usus Saxoniæ satisdationis necessitatem remisit. Nam sicuti tutores, proximi heredes pupilli, ab ea per textum das Land-R. *L. I. art. 23.* liberantur. Schilt. *ad ff. i. c. § 90.* ita nec a testamentariis vel dativis cautio exigi solet, teste Carpzovio *L. 5. Resp. 82. n. 14.*

** Imo licet apud nos satisdationem amplius a tutoribus non exigant, tamen actio subsidiaria non plane cessat vid. Hop. *in Inst. ad § 1. I. b.* Carpz. *p. 2. C. 11. d. 41.* Schilter. *Ex. 37. th. 200.* conf. *Rescriptum Joh Georg 1. El Sax. 1652. v propter periculum subsidiariæ actionis,* welche denen Unmündigen auf solchen Fall wieder denselben als den Magistrat und Ober-Vormunden zustehen. Leipzig. Statuta p. 267. Fac. Dec. El. 41.

(d) *Pos. 15.*

ticæ diſſuadent privatis actiones contra Magiſtratum. *Hactenus dicta. Quibus non obſtant præjudicia apud Carpzovium in Scholio allegatum, ut quæ pronunciant ſaltem, quod actio dari poſſit, non proferunt exempla, quod actio inſtituta fuerit cum effectu.*

Tit. XXV.

De Excuſationibus Tutorum & Curatorum.

De Excuſatione ejusque cauſa prima, numero liberorum. Adminiſtratio fiſci. Abſentia Reip. cauſa. Poteſtas. Onus trium tutelarum. Paupertas. Morbus. Imperitia literarum. Inimicitia. Artes liberales. Tutela geſta, & veteribus tutelis has cauſas non convenire. Quo tempore proponenda excuſ. Hodie non appellari immediate. Cauſæ prohibitionum; vitia Naturæ & minor ætas. Lis inter pupillum & tutorem. Matrimonium. Militia. Clericatus. Excuſandi verbum an & illis tribuatur, qui prohibentur. Etiam Legitimos tutores excuſari. Tutorem falſa cauſa excuſatum, non eſſe liberum.

(a) TUtela & Curatio ſunt munera civilia, id eſt publica, *l. fin. § 28. de Muner. & honor.* quia publica neceſſitate omnibus imponuntur, *pr. I. de excuſ. tut. l. 9. de his, qui ſui vel al.* quanquam alio ſenſu non ſunt munera Reipubl. quatenus ad privata patrimonia dantur, *l. 6. § 15. de excuſ. tut.* Separatur etiam tutela a muneribus civilibus, *l. 8. § 1. de vac. & exc.* quia ſub generali vacatione munerum non continetur excuſatio a tutela, ſed ſpecialem requirit mentionem legis, *l. 15. § 12. l. 17. § 13. de excuſ.* Cæterum Regula eſt, omnes cogi ad munera, *ne deſint, qui neceſſaria in Rebus publicis obeant, l. 1. de vac. & exc.* Ergo & invitis tutela & cura imponitur, quanquam Plato Tutores nolebat quam ἑκόντας τε καὶ ἐμοὶ ἐκόντας conſtitui, *l. 11. de LL.* quod æquitate quidem erga tutores, ſed Lex Romana utilitate pupillorum præſtat: quia, quo quisque magis invitus, eo fide potior habetur, & dum magiſtratus idoneum ſimul ac volentem, quod in re oneroſa non facile eſt, conquirit, pupillus defenſore careret. Cauſæ igitur excuſationis diligenter ſunt traditæ *tit. Inſt. & D. de excuſat. tut.* propter quas liceat ἀποφεύγειν τὸ τῆς ἀνδρωνίας ἄχθος, ait elegante Theoph. § 3. Non in iis ordinem Imperatoris ſequemur, qui in omnibus fere non tantum æquitatem pro tutoribus: ne qui has cauſas habent, onerentur; ſed & utilitatem pupillorum ſpectavit: ne qui his cauſis ſint impediti, ad tutelam minus attendant. (b) Diſtinguuntur autem cauſæ Juſtinianeæ, in excuſatorias proprie dictas & prohibitorias. Ex his Imperator primam ponit *multitudinem liberorum, in pr. h. t.* Nam Romæ fuit celebre ejus *trium liberorum*, quos qui in urbe haberet, a muneribus perſonarum & nominatim a tutela curaque immunis erat: idemque jus in Italia quatuor, in provinciis quinque habenti indultum, *pr. h. t.* Nempe Italiam non eſſe provinciam, tritum eſt; hanc enim dicimus regionem, quæ armis a populo Romano ſubacta, miſſis Roma Magiſtratibus gubernabatur, cum Itali omnes ſocii, nec tantum liberi, ſed plerique cives fuerint. Liberi autem, ut proſint, debent eſſe naturales, legitimi, vivi, *h. pr.* non proſunt igitur adoptivi, vid. *ad tit. n. n. 5.* illegitimi, *l. 2. § 3. h. t.* qui in ventre ſunt, § 6. neque mortui, § 4. niſi bello perierint, hoc eſt in acie, non per aliam belli cauſam, ut in obſidione, *fin. h. pr. l. 18. h. t.* in conflictu, inquam, hoſtili. Magnificam addit rationem Imp. *Qui pro Rep. ceciderunt, hi in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur*; pulcher locus immeritis veterum ἐμοψήφοις, cui vacet illuſtrandus: Liberi tamen mortuorum proſunt avo, ita ut patrem repræſentent, *hoc pr.* ſed nepotes ex filiabus patri vel avo paterno, non materno imputantur, *l. 3. C. de his, qui num. lib.* Mirum autem, captos ab hoſte non numerari, *l. 2. C. qui num. l. 10.* An ut cives R. virtute bellica potius quam clementia hoſtium niterentur, *arg. l. 12. pr. de cap. & poſtl.?*

2. (c) *Secunda* excuſatio eſt ejus, qui res fiſci adminiſtrat, § 1. & qui res dominicas, *l. 41. h. t.* Per fiſcum intelliguntur bona, quæ Princeps qua Princeps & caput Reip. habet; per res dominicas, patrimonium principis privatum, quæ olim *res Cæſaris*: ab utrisque olim diſcrepabat ærarium, quod tamen & hcic ſub fiſco continetur, dix. *lib. 3. Digreſſ. c. 21.* Per eum autem,

(a) *Poſ. 1.* (b) *Poſ. 2. 3.* (c) *Poſ. 4. 5. 6.*

qui

qui res fisci administrat, in d. § 1. videntur omnes, qui curam alicujus rei a Principe acceperunt, intelligi, *l. 22. § 1 de excus.* etiam conductores vectigalium, *l. un. in fin. C. ne tut. vectig. cond.* Exactores tributorum, *l. 10. C. de excus.* Coloni Principis, *l. ult. Qui dar. tut. v. c.* Ratio hujus causæ non tantum est, ut res fisci exacte, & ab eo, qui tantum hoc agit, curentur, sed quia fiscus & pupilli adversus administratores suos præcipua utrique jura habent, quæ si concurrant, ἀνάγκη, ait Theoph. *hic*, ἢ βλάψαι τὸν φίσκον, *necesse est, vel fiscum lædi*, ἢ τὰ τῶν νέων ἐλαττῶσαι δίκαια, *vel adolescentum jura imminui.* Civitates autem cum privilegiis fisci careant, *l. 10. ad munic. l. 2. C. de jur. Reip.* sequitur, earum administratores non excusari; cum ad hoc speciali lege sit opus; adde *l. 15. & 16. de V. S.* Imo diserte in *l. 15. § 7. h. t.* λογισμὸς, *ratiocinatio*, quæstura *civitatis*, ne quidem juncta cum duabus tutelis, prodest.

3. (d) Tertio excusat absentia Reip. causa, § 2. *h.* cui æquum est privata cedere, qualis potiore sensu tutela est sine dubio. Balduinus, Vinnius, aliique Interpp. *hic*, ut doceant, qui Reip. causa absint, ablegant nos ad *tit. D. Ex quib. caus. maj. in l. 32. & seqq. & pass.* sed vix tuto. Nam ibi de restitutione in integrum agitur, quam Prætor dat præcipue quidem propter absentiam Reip. causa; sed & ipse & JCti hanc latius extenderunt ad quamvis necessariam, imo justam & probabilem causam, veluti studiorum, in *l. 1. in fin. l. 28 pr.* etiam ad legatos municipiorum, *l. 8. l. 35. § 8. Imo legatum civitatis restitui æquissimum est, licet Reipubl. causa non absit*, ait Ulp. in *l. 26. § 9.* Sed excusatio a tutelis stricte accipitur, nec ad similia sine lege expressa produci potest: nulli competit, nisi cui nominatim id privilegium indultum sit, *l. 5. § 12. l. 17. § 3. h. t.* Quin Modest. in *l. 10. pr.* populo Rom. causam hanc diserte applicat, δήμου Ῥωμαίων ἕνεκα. Non magis igitur absentia civitatis causa, quam administratio excusabit. Sunt autem tres quasi gradus immunitatis: horum Primus est; Dum absunt, nova eis tutela invitis non imponitur. Secundus; A suscepta tutela excusantur, *quatenus absunt, hoc § 2.* vel *cum abfuturi sunt, ut l. 1. C. si tut. Reip.* ἀ μέλλων ἐξουσίας, ἀλλὰ καὶ ἐπιούσης, *non modo incepta jam, sed & instante absentia*, ait Theoph. neque enim ita coarctandus est tutor quin etiam, dum parat se ad iter, curator substituendus sit; qui reverso tutori officium redhibebit, non tamen præcise continuoque post reditum, sed cum civili intervallo, quod *laxamentum itineris* vocat Neratius in *l. 4. de vacat.* etenim temporaria tantum immunitas fuit. Tertius gradus est, quod reversus a novis tutelis habeat anni vacationem, eoque demum elapso, novis pupillis præficiatur, ut hoc quietis præmium laboris pretium habeat, *d. § 2.* atque is non cedit a die reditus primo, sed cum aliquo etiam laxamento, *d. l. 4.*

4. (e) Quarto excusat *Potestas § 3. h. t.* qua voce significantur majores Magistratus, quibus potestas sive imperium tribuitur, latiore enim sensu hæc vox sine absurditate non potest accipi; neque enim, quibuscunque aliqua potestas competit, iis excusatio datur. Potestas autem a dignitate differt. Nam de hac Modestinus scribit in *l. 15. § 2.* Εἰδέναι δεῖ, ὅτι ἀξίωμα ἀδεινὶ παρέξει παραίτησιν. *Sciendum est, dignitatem nulli tribuere excusationem.* Potestati quidem inest dignitas semper, sed & sine potestate sunt dignitates, ut Consularium, & omnium, qui magistratus gesserunt: nam potestates excusantur tantum ἕως ἐν ἀρχῇ, donec cum imperio sunt, *l. 6. § 14. h. t.* Senatoria tamen dignitas, etsi potestas non sit, excusat a tutelis inferiorum ordinum, non Senatoriis, *d. l. 15. § 2.* Cum autem Ædiles non excusentur, *l. 17. § 4.* inde colligitur, eos non fuisse majores Magistratus, nec adeo opus est, *d. l. 17. § 4.* de municipiorum ædilibus cum Gothofr. accipi: Nam ædilis coercere non potuit, nec jubere in carcerem duci, imo nec prensionem habuit, sed ipse in jus vocari potuit, Gell. *13. c. 13.* Quæ omnia in his, qui majores sunt magistratus & imperio præditi, contra se habent, *l. 2. de in jus voc.* Sueton. *c. 18. Jul.* Cæterum, distinctio inter majores & minores est propria Romanorum, ad quos comparati municipales magistratus sunt quidem longe minimi, sed & hos tamen excusari, diserte ait Modest. in *l. 6. § 16. h. t.* οἱ ἄρχοντες τῶν πόλεων, ipsi duumviri; vel quia in suo genere & domi, sunt etiam majores, respectu aliorum in oppidis inferiorum, vel quod non tam honos, quam onus & molestia municipalis magisterii, consideretur. Idem nostris civitatum

(d) *Pos. 7. 8.* (e) *Pos. 9.*

magiſtris * permittendum Curia ſenſuit, *l. 2. tit. 9. def. 6.*

5. (f) Quinto, immunem faciunt tria onera tutelæ non affectatæ, qualis hoic dicitur, non quæ per ſordes & gratiam quæſita eſt, ut alii; nam qui ita, arcendi ſunt, hic autem quærimus, qui non excuſentur, id eſt, cogantur: ſed affectare, eſt ſubtiliter quærere leves facilesque tutelas, quæ numerum expleant, onerent parum aut nihil, defunctorie, dicis gratia, ut *alibi*; ἐυτελεςάτην, ut Theoph. Verum prætor non tam numerare, quam ponderare tutelas debet, magnitudinem patrimonii, ætatem pupillorum, molem rerum ſpectare, modicas tenuesque tutelas, aut quarum pupilli parum abſunt a pubertate, non admittet, *l. 15. § 15. l. 17. pr. h. t.* Aliquando & unam vel duas pro tribus habebit, ſi tam diffuſæ & negotioſæ ſint, *l. 31. § ult. h.* Sed nec ſecundum capita pupillorum numerus tutelarum initur, verum ex ſeparatione patrimoniorum & diverſitate rationum reddendarum; ut fratres conſortes, una, diviſo patrimonio plures tutelæ ſint, *l. 3 & l. 31. § ult. h.* Excuſant tutelæ, *quamdiu adminiſtrantur, hoc § 5.* finitæ deſinunt prodeſſe. Exemplum; Tres habebam tutelas; adhuc duæ dabantur; non feſtinavi me excuſare, ut in re clara; ex prioribus pupillis unus moritur; ſtatim me tenet nova tutela, quam prompta excuſatione vitaſſem; jura vigilantibus, imo & quarta tenebit, niſi denuo in tempore me excuſem, quæ eſt ſpecies *l. 31. pr.* ubi *in fin.* additur, imputari tutelam ei, qui periculum ferit, licet non adminiſtret. Quare ſi tres in unius Patris poteſtate, vel Pater cum filiis pariter habeant tres tutelas, ſinguli unam, nullus vexabitur; *tria onera in domo una eſſe ſufficit*; quia omnes tutelæ ad periculum Patris ſpectant, *l. 4. § ult. l. 5. h. t.*

6. (g) Sequuntur tres impotentiæ ſpecies, *Paupertas, morbus, imperitia literarum*, § 6. 7. 8. cui additur quarta *Senectus, in* § 13. Nam qui tam iniqua conditione fortunæ utitur, ut non niſi parce & duriter victum exercere, & ſe ſuosque tueri queat, is merito a tuendis extraneis excuſatur, § 6. *h. l.* 7. *h. t.*

7. Idem in ægrotis & adverſa valetudine laborantibus, quos diſtinguit *l. 10. § ult. h. t.* Sed utraque hæc cauſa cognitionem deſiderat; Probare enim debet, qui paupertatem fatetur, oneri injuncto ſeſe imparem, *d. l.* 7. Proinde prout valetudo eſt, qua quis afficitur, ſolet vel ad tempus, vel in perpetuum excuſari, tam a ſuſcepta, quam a nova tutela, *l. 11. & l. 12. pr. h.*

8. (h) Literarum quoque inſcitia videtur ex iis eſſe cauſis, quibus cognitio adhibetur, ut aliquando ſimpliciter, aliquando ſub modo excuſet; Simpliciter eam prodeſſe, affirmatur in § 8. *h. t. Quamvis*, id eſt non obſtante, *quod imperiti literarum ad negotia ſufficere poſſint.* Nam ut voce *quamvis* reſtringi priora & limitari dicamus, ingenium ſermonis non patitur. Ampliat potius τὸ *quamvis*, ut optime Theoph. ἐι καὶ τι μάλιςα, *etiamſi maxime.* Sed in *l. 6. in fin. h.* literarum imperiti tum demum excuſantur, *ſi non ſint expertes negotiorum*; neque hæc pugnant; excuſantur, ſi probent, ſe ob hanc cauſam *oneri injuncto eſſe impares*, alioqui non admittitur allegatio, prorſus ut de paupertate docet *d. l.* Sit igitur hic ſenſus § 8. Imperiti literarum excuſantur, ſi tutela ſit tam diffuſa, ut abſque uſu literarum explicari & rationes confici non queant, quamvis alias ad negotia ſat ſolertes videantur; modicam vero tutelam ſuſcipere tales coguntur, & ſic cape *d. l. 6. in fin.* Hic valet quod Colum. *l. 1. de R. R. c. 8. Poteſt etiam illiteratus, dummodo tenaciſſimæ ſit memoriæ, rem ſatis commode adminiſtrare.*

9. (i) Inimicitia tutoris, cum Patre pupilli exercita, an excuſet, tractatur in § 9. & 11. Magiſtratus equidem non facile inimicum pupillo præficiet, qui jam datum rejicere debet, *l. 3. § 12. de ſuſp. tut.* verum quem pater ipſe teſtamento dedit, quamvis ſimultas & inimicita, ſed minus atrox inter eos fuerit, hic pro amico & certæ fidei habendus, *arg. l. 36. pr. h. t.* Ideoque minime arcendus neque excuſandus, quia incivile & nefas eſt, litigare cum mortuis, vel μνησικακεῖν cum heredibus; at ſi adeo inhumanus reperiatur, qui, ut inimico ſuperſtiti ægre faciat, tutelam, a qua ſcit hominem abhorrere, teſtamento ei imponat, tantæ malitiæ non indulgetur, ſed excuſatio permiſſa eſt, *d. § 9.* Porro capitales inimicitiæ excuſant, *§ 11. h.* Eſt autem capitalis κεφαλικὴ ἔχθρα *l. 6. § 17. h. t.* ſtricte, quæ ex capitali accuſatione eſt orta, ut Cujac. & Ant. Aug. *ad d. l. 6.* adde, vel ex quæſtione ſtatus, ut ſi pater pupilli

* Hodie omnes Magiſtratus excuſantur, licet officium eorum ab antea ſuſcepta tutela non liberet. Giſebert. *Statut. Peric. II. art. 21. n. 15.*

(f) *Poſ. 10.* (g) *Poſ. 11.* (h) *Poſ. 12.* (i) *Poſ. 13.*

tuto-

tutorem in ſervitutem vindicaverit, *§ 12. h.* Nam ſi capitale ſupplicium eſt, quo libertas aufertur, § 2. *I. de publ. jud.* cur non & lis de libertate capitalis erit? vide ſis *l. 14. de bon. libert.* Imo & latius patere *capitales inimicitias*, indicant *l. 14. de procur. l. 15. de recept.* ubi Procuratores & arbitri, ob *capitales inimicitias* ab officiis ſuis excuſantur: tantumne ſi capitis accuſati? Imo ſi & infamati ſint, *d.l. 15.* Duas inimicitiæ ſpecies JCtus tradit in *l. 3. § ult. de adim. leg.* Levis, & capitalis ſeu graviſſima. Ita hic, ob levem non datur ſimpliciter, ſed ob graviſſimam competit excuſatio, id eſt ob capitalem, quia de fama, de fortunis ac ornamentis omnibus decernitur, quam capitis litem Cicero in *orat. pro Quint.* vocat. Sed an decet ſapientem, præſertim Chriſtianum, detrectare tuitionem pupilli ob inimicitias paternas? *καλῶς ποιεῖτε τοὺς μισοῦντας ὑμᾶς*, *Matth. 5. v. 44.* Si ipſis bene faciendum inimicis, quanto magis liberis eorum? ſed alia hic ratio occurrit, ait D. Vinnius, *ut liceat ſiniſtram ſuſpicionem hoc obtentu vitare & antevenire remotionem*; famæ ratio habenda; ne adverſa & damna pupillorum inimicitiæ imputentur. Hæc reputatio conſcientiam excuſantis abſolvit; ſed judicem & hæc ratio movebit; durum eſſe, hominem graviſſime defuncto læſum, ad regendam ejus hereditatem compellere: nec religio exigit, ut quælibet officia præter neceſſitatem inimicis præſtentur; nec caritatis Lex imperat tutelam, niſi cum alius reperiri nequit.

10. (k) Inter præmia ſenectutis, eſt immunitas a muneribus & honoribus; Anni L. a militia excuſabant: LVI, a decurionatu, *l. 11. de decur.* LX. vel LXV. a Senatu, Sen. *de brev. vit. in fin. & 2. contr. 6.* LXX. a muneribus perſonarum, præcipue a tutelis, *l. 3. de jur. immun. § 13. h. l. 2. h. t.* Exceſſiſſe autem annum ſeptuageſimum* oportet, ut diem ultimum attigiſſe non ſufficiat, *d. ll.* quam ſubtilitatem nec praxis ſpernit. Sand. *2. tit. 6. def. 5.* quanquam in honoribus alioqui annus inchoatus pro completo habetur, *l. 8. de mun. & hon.* Quod autem in *l. 3. C. qui æt. vel prof.* anni LV. a tutela excuſare dicuntur, haud dubie vitioſum, & cum Cujacio legendum 70, ipſe textus oſtendit.

11. (l) Poſtremo Grammatici, Rhetores, Medici excuſantur, *§ 15.* (primus Medicis immunitatis auctor Auguſtus, in gratiam Antonii Muſæ, teſte Dione *l. 53.*) cum duplici restrictione, ſi Romæ, vel in Patria ſua has artes exerceant, ac intra numerum ſint. Non quod præfinitus Medicorum aut Rhetorum numerus per ſingulas civitates certus eſſet, quem egredi non liceret, *l. 6. § 2. h. t.* nili *ἄριστοι ὦσιν*, *valde* aliqui *excellerent*, *§ 10. d. l. 6.* non quivis habentur immunes, ſed *περιοδευταὶ*, *circulatores*, *circumforanei*, *d. § 2.* nempe, qui de foro in forum & regionatim, una tamen urbe, circuibant, medicinam facientes, *Viſitatores*, ut vocantur ſacerdotes *περιοδευταὶ l. 42. § 9. C. de epiſc. & cler.* Grammatici non ſunt, qui primis literis pueros imbuunt**, nam hi carent immunitate, *l. 11. in f. de mun. & hon. l. 2. in f. de vacat.* ſed Profeſſores, qui opponuntur ludimagiſtris *l. § 6. de extraord. cognit.* In *d. l. 6. § 1.* adduntur Sophiſtæ, *οἱ σοφιστεύοντες*, § 11. qui progymnaſmata Eloquentiæ docent, & ſunt medii generis inter Grammaticos ac Rhetores. His enim ceſſit nomen Sophiſtarum, poſtquam a ſapientiæ magiſtris repudiatum, philoſophorum appellationi originem dedit, qui & ipſi excuſantur, *§ ſ. d. l. 6.* quod eorum profeſſio omnino tutelis diſtraheretur; ſed a ſumptuoſis muneribus non ſunt immunes, quia pecuniam curare non debent, hæc ratio redditur in *§ 7. d. l. 6.* Paupertatis enim ſtudium, ut nota philoſophorum perpetuo inculcetur. *Hoc eos profiteri oportet, mercenariam operam ſpernere, l. 1. § 4. de extraord. cognit.* Papin. in *l. 8. § pen. de vacat. & excuſ.* *Vere philoſophantes pecuniam contemnunt, cujus retinendæ cupidine, fictam adſeverationem detegunt.* Olim Juris profeſſores non gaudebant excuſatione, præterquam Romæ, *d. l. 8. § 12.* ſed a Conſtantino omnes Artium Profeſſores & Legum Doctores immunitate donati ſunt, *l. 6. C. de Profeſſ. & Med.* quod tamen ad hodiernos Doctores extendere omnes vix licet, quia plerique in foro verſantur, & lex 6. de his, qui *alios ſtudiis & artibus inſtituunt*, loquitur *in fin.* Poetæ non excuſantur, *l. 2. d. t. C.* etſi Cuj. in *d. l. 6.* divinos ſpiritus privilegio dignos cenſet;

* Nec apud Saxones an. 60. ſufficit, ut Schulzius *Syn. J. h. lit. e. a. LR. L. 1 art. 42.* exiſtimat, cum textus ille non receptus ſit, teſte Philip: *Uſ. Pr. Inſt. Ecl. 91. n. 11.* Carpz. *L. 5. Reſp. 90.*

** Unde privilegium excuſationis, Grammaticis, tributum non eſſe etiam apud eos extendendum ad eos, qui ſchola privatas exercent, die Winckel. Schulmeiſter, recte monuit Hopp. *ad § 15. I. h. in uſ. mod.*

(k) *Poſ. 18.* (l) *Poſ. 15 & 16.*

qu

qui tamen publice docent Artem Poeticam, videntur cum *aliis literarum & liberalium* Professoribus excusandi, *arg. d. l. 6.* Non Geometræ, *l. 22. h. t.* nec Calculatores, *l. 4. C. de Prof. & Med.* nec Musici. *arg. l. 4. C. de excus. mun.* Professores, qui minus utiles frequentesque se præbent, numero possunt eximi & immunitate privari, *l. 2. & l. 8. de Prof. & med.* Vid. *lib. 3. Digress. c. 23.*

12 (m) Atque hæ omnes causæ tutoribus & Curatoribus sunt communes; Una Curatoribus propria subjicitur in *§ 18. h.* Quod qui tutelam pupilli alicujus gessit, ad ejusdem curationem invitus dari nequeat, nec a Testatore neque a magistratu; quia durum est, uni in uno pupillo duplex onus injungi, *l. 20. C. h. t.* Excipitur libertus, *l 8. C. h. t.* Moribus hodiernis, ut *supra* dictum, pubertas non finit tutelam, sed hæc uno contextu in curationem transit & continuatur usque perfectam ætatem *. Porro causis excusationum, hi quibus competunt, ut pro se introducti, renunciare possunt, *arg. l. 46. de pact. l. pen. C. eod.* Et videntur renunciasse, adeoque amittunt jus suum, qui se patribus pupillorum tutelam susceptures promiserunt, *§ 9. h. l. 15. § 1 h. t.* Omnes hæ causæ excusant a tutelis noviter delatis, non a veteribus & pridem susceptis. Adeo ut supervenientes tutoribus jam factis nihil prosint, ne quidem, si lite excusationis pendente nascantur, *l. 2. § 8. l. 25. pr. h. t.* Sand. *l. 2, tit. 9. defin. 8.*

13. (n) De tempore proponendæ excusationis in judicio, agitur *§ 16. h. t.* Est hoc quinquaginta dierum, quod tempus partim est utile, partim continuum. Utile, quia non mox a datione, sed ex quo tutor se cognovit esse datum, cedit, *d. § 16. & l. 13. § 1. h.* Continuum, quia omnes dies computantur tam feriati quam fasti; Utile enim tempus est, cui eximuntur dies quibus agi non potest, tam ob ignorantiam, vel absentiam partium, quam quod ob ferias copia Prætoris non sit, *l. 1. de diverf. & temp.* Dies 50. dantur, nisi quis habitet ultra centesimum lapidem, id est, milliare: qui enim tam procul a foro suo aberat, huic primo dabantur dies *triginta*, insuper totidem dies, quot erant vicena milliaria, ut tamen nunquam pauciores quam dies 50. darentur: Proinde, si quis plures quam 50. haberet, hunc oportebat longius quadringentis milliaribus abesse, *l. 13. § 2. h. t.* hoc est centum fere Germanicis. Nam milliare Romanum constat mille passibus, sive *octo stadiis paulo minus.* Plutarch. *in Cajo*, τὸ δὲ μίλιον ἐστὶ στάδιων. Germanicum commune 32. fere stadiis. Quæ autem Provincia hodie tanta est, ut aliquis ultra 400. millia a metropoli sua habitare possit? Tempore elapso, nihil proderit excusatio, licet admissi a magistratu, *d. l. 13. § 5.* nisi justissima causa, *§. ult. d. l.* Primo igitur apud judicem ordinarium proponenda excusatio; (o) A quo si rejecta sit, tunc ad superiorem appellari potest. *d. § 16.* Olim provocatio confestim a datione recte fiebat; ut ab aliis hodieque muneribus publicis, *l. 1. de vac. & excus. l. 11. C. de appell.* In tutela mutavit hoc D. Marcus, *l. 1. § 1. Quand. appell. Non oportet provocari*, ait textus: sed excusationem *allegandam habet*, expresse per formam præcepti, *& si fuerit repulsus, tunc demum appellare debebit*: manifesti gradus; Excusatio primo, sententia judicis, appellatio; ** tandem ne quid dubitetur, *ante frustra appellatur* ait; neque enim valet appellatio per saltum facta, & omissis his, qui sunt eximo ordine, *l. 21. pr. de appell.* de voce *frustra* confer. *princ. d. l. 1. l. 1. in f. C. de tut. qui sat. non ded.* Scimus opponi *l. 4. & l. 13. de excus. tut. l. 16. eod. l. 18. C. eod. l. 39. §. 6. de admin. tut. l. 2. & pen. de Tut. dat. l. 17. § 1. de Appell.* de quibus *ad ff. h. t.* dicemus.

14. (p) Fuerunt excusationum causæ, sequuntur prohibitiones, per quas, ne quidem si velint, tutoribus esse licet; quales primo sunt, vitia naturæ, si quis mente captus, surdus, *l. 1. § 2 & 3. de tut.* & cæcus sit, *l. 3. C. Qui dar. tut.* minores 25 annis prohibentur, olim excusabantur, ait Tribon. *in § 13. h.* hoc est, ut conjicio, olim causæ excusationis poterant a minoribus allegari ut a cæteris, si nempe ad testamentariam vel legitimam tutelam vocarentur, non hoc ipsum, ut vult Theoph. ὅτι ἡττόων εἰμὶ, quia minor annis sum, sed quod tribus liberis aut tutelis gravati &c. Nos autem, ait Justinianus, effecimus, ut excusationi in minore locus non sit, ut nulla possit uti, quia plane eum prohibuimus; quod ta-

* Conf. tamen *not. ad § 3. tit. 23.*

** Jure Sax. & ab initio, & repudiata excusatione, appellatio interponi potest. *Appellat. Patent. d. a. 1670. § 1.*

(m) *Pos. 17.* (n) *Pos. 18.* (o) *Pos. 19.* (p) *Pos. 20. 21.*

men

men mox ad legitimam restringit, de qua sola agit *l. ult. C. de legit. tut.* sic nihil a Triboniano erratum, ut contra Cl. Vinnium disputavimus *l. 3. Digress. c. 24.* ubi & reum alterius insciliæ Tribonianum defendimus.

15. (q) Deinde Causa litis inter Tutorem & pupillum est prohibitoria. Olim lis de omnibus bonis, vel de maxima eorum parte, excusabat, § 4. *h. l. 20. & l. 21. h. t.* imo & tunc, quando tutor metuebat, ne pupilli nomine implicaretur liti cum persona sibi conjuncta, *l. 23. C. h. t.* quod Græcus paraphrastes vocat jus ξένην καὶ θαυμαστὸν, *novum & mirabile*; non tantum ob propriam, sed & metum alienæ litis excusari. Secundum hæc, debitor vel creditor pupilli tutor esse & ipse sibimet solvere poterat *l. 8. C. qu. dar. Tut. vel Curat.* verum hodie tam debitor quam creditor pupilli, excluditur a tutela & cura *, *Auth. minoris. sub d. l. 8.* ex *N. 72. c. 1. & seq.* Ratio est in *c. 3. in fin.* ἵνα μὴ πολέμιον ἀλλ' οὐ κηδεμονα δῶμεν τῷ νέῳ, *ne hostem magis quam curatorem adolescenti demus*, ac debitum, vel intervertatur, vel iniquè imputetur, *d. c. 1.* Quin si dissimulent, creditor quidem amittit jus suum, debitor solutione facta non liberatur, *c. 4. d. N.* Quod si tutori jam facto necessaria obligatio cum pupillo intercesserit, statim suspecto adjungitur Curator, *cap. 4* at cessiones pupillarium actionum in tutores factæ, sunt ipso jure nullæ, *c. 5.* Hæc de debito & credito, quæ sunt causæ litium, multoque magis de litibus ipsis obrimunt. Pragmatici quæ dicta sunt, ea de legitimo & dativo tutore simpliciter accipiunt; sed in testamentario ita, nisi pater sciverit causam obligationis; neque enim ulla tunc diffidendi causa, Sand. *l. 2. t. 9. d. t.* & ipsum jus civile excipit matrem ac aviam, quæ possunt esse & creditrices & tutrices, *Auth. ad hæc. C. Quand. mul. tut.* ex *N. 94. c. 2.* quod recte ad Patrem & avum extenditur. Sand. *d. tit. 9. def. 2.*

16. (r) A cura prohibet matrimonium. Maritis, inquam, interdicitur cura uxorum **, *l. 2. C. qui dar. tut.* etiam furiosarum, *l. 14. de cur. fur.* eadem ratione, qua nuptiæ inter curatorem & adultam sunt vetitæ, *supr. tit. 19. n. 13.* ne vis maritalis potestatis curatoriam corrumpat, & maritus grassetur, rationum reddendarum securus, nec suspecti infamiam metuens. Idem esse in sponso, Modestinus ait, οὐκ ἐξεῖναι, non licet, *l. 1. § ult. h. t.* si non verba μνηστεύειν & μνηστῆς ibi conjuges significant, ut vult Cujac. ad *d. l. t.* Bona uxorum sunt dotalia, vel paraphernalia, vel receptitia. Dotalium maritus est dominus, *ut alibi*; Paraphernalia, id est *præterdotalia*, uxoris, sed a marito administrantur. Ideoque horum esse curatorem maritum, statuit Giphan. dubitat cum Bachovio Vinnius *hic*, Schneidew. legitimum administratorem vocat. Ita hodie hæc Cura tantum in *receptitiis* locum haberet, quæ pleno jure uxor retinet, *nec in viri potestatem committit*, ut Gel. *l. 17.* ex Catone citat. Sed paraphernalium non esse curatorem maritum probo, quia jus ejus circa hæc bona ætate non distinguitur, sed etsi annus sit uxori, ea tamen administrat, idque ex mandato mulieris, quæ hoc etiam non dare & revocare potest, nec actiones per alium quam maritum exercere, cautionesque ab eo repetere, *l. ult. § ante enim. C. de pact. conv. l. 8. C. eod.* quorum nihil in curatore locum habere potest. Moribus populorum vir est plerumque legitimus Curator uxoris suæ, Gudel. *l. de jur. nov. c. 7.* Vid. Sand. *l. 2. t. 4. def. 3.* At hanc improprie Curam esse, patet inde, quod in favorem mariti sit introducta, ut Sand. *d. l.* probat, & Herbaj. *12. rer. quot. § 1.* non in præsidium ætatis vel infirmioris sexus, quod natura tutelæ & curæ exigebat: nam etiam in nuptas perfectæ ætatis, competit, innuptæ post 25. annos nulli subsunt Curatori, ut debebant, si hæc curatio ob infirmitatem sexus reperta esset, ut Romæ olim tutela mulierum. Proinde potestas hæc virorum est similis paternæ administrationi bonorum adventitiorum. Idem & plus Pater juris quam Curator habet, nec tamen verus est Curator, perinde ut maritus. Et verbum Ἐπίτροπος, quod est in *tit. 2. lib. 1. Stat.* latius est, etiam Patribus conveniens, Grot. 1. *manuduct. cap. 4.* D. Wissenbach. *ad d. l. 8. C. de pact. conv.*

* Jure Saxonico creditor pupilli, qui nomen suum Magistratui denuntiavit, & nihilominus ab eo tutor constitutus est, tutelam recte suscipit, & actionem quam habet, haud amittit. Arbitrio tamen judicis relinquitur, utrum excusantem se hoc modo liberare, an vero dato ad litem curatore ipsum constituere velit. vid. *Dec. El. 35.* ibique Phil. *Obs. 1.*

** Non tamen apud nos, ubi & ratione sexus, *Dec. El. 24.* j. LR *l. 1. art. 31. 45* & ratione ætatis etiam, maritus uxoris suæ Curator esse potest, *a.* LR. *L. 1. art. 41.* vid. Menck. *Tract. Syn. Paud. Theor. Pract. p. 362.*

(q) *Pos. 22. 23.* (r) *Pos. 26. 27.*

paraphernalium bonorum vix ullum in Frisia usum superesse tradit, quasi sublata distinctione dotalium & paraphernalium, *l. Stat. 2. art. 1.* quod res aliter docet. Nam si dotes in Frisia supersunt, ut affirmat Sand. *lib. 2. tit. 2. def. 2.* nec omnia mulierum bona sunt dotalia, ut omni die videmus, reliqua oportet paraphernalia *sive praeterdotalia* esse, quanquam cura virorum in Frisia non recipit hoc discrimen; & hactenus loquitur *Statutum.*

17. (g) Milites a tutelis prohibentur, quia pupillos & Rempubl. simul tueri nequeunt, *§ 14. h. l. 4. C. qui dar. tut.* Quæ ratio & a procurationibus eos arcet, *l. 54. de procurat.* ut ne uxorum quidem aut parentum res gerere possint, *l. 7. C. eod.* Sed inquilini castrorum excusari dicuntur, *l. 17. § ult.* per quos Gothofr. intelligi putat eos, qui Gallis dicuntur *Mortepaijes*, & vix unquam e præsidiis educuntur, vel quos vulgo spurcios a vestibulis nuncupant: sed hi sunt milites tamen. Forte negotiatores fuerunt, qui fixam in hybernis sedem habuere, ut militibus necessaria venderent.

18. (t) *Postremo* Ecclesiæ militibus, id est, Episcopis & Monachis, *l. 52. C. de Epis. & cler.* immunitas datur, sed mox in *Auth. Presbyteros § 1.* ex *N. 123. c. 5.* prohibentur; Presbyteris tantum & diaconis Legitima volentibus permittitur, *pr. Auth.* a testamentaria & dativa æque excluduntur, ut Cujac. & Rittershus. ex *d. N.* recte colligunt. Nostrates aliique hodie in Verbi Divini Ministris observant *d. l. 52.* ut excusent eos generaliter, non ut prohibeant, Sand. *d. t. 9. def. 7.* Presbyteri, & Diaconi, inter nos τοῦ πολλοῦ δήμου, *vulgi numero* habentur, non solent excusari.

19. (u) His, qui prohibentur, non competere excusationem, & ratio & textus docent, in § *13 & 14. h. & l. 12. C. h. t.* ubi voluntaria tutela, quæ *privilegium*, id est excusationem habet, vocatur. Hoc est, quod in *l. 31. h. t.* scribit Paulus, *antequam excusetur, ipso jure tutorem esse*, cum qui prohibentur, nec sint, nec esse possint; ideoque separatim de iis tractavimus. Sed abusive aliquando excusandi verbum de his ipsis usurpatur. In *l. un. C. qui. morb.* muti, surdi, cæci, excusationem habere dicuntur. In § *1. h. t.* Mariti *excusantur* a cura uxorum, licet se immisceant, ait Imp. satis indicans, non licere iis esse; nam excusatio proprie dicta immixtione amittitur, *l. 17. h. t.* Sic in *l. 11. de Decur.* Callistratus, qui solet κατεχρησικώτερον uti terminis τοῦ *prohiberi & excusari*, de decurionatu promiscue ponit: *Excusantur* a postulando, qui nunquam admittuntur, *l. 1. § 3. de postul.* Ratio abusus duplex videtur. *Prima*, ut leniras verbi invidiam rei mitiget erga eos, qui ob causas non odiosas removentur, ne mariti, creditoris, aliorumve contumeliæ tribui videatur, quod a tutela excludantur. *Altera*, quia multi vere gaudent, hisce causis uti se posse, & sæpe eas obtendunt, ut immunes habeantur, quibus prohiberi tantundem est atque excusari. Hinc qui creditorem se pupilli profitetur, id probare debet, vel jurare, priusquam excuseretur, *N. 72. c. 3.* Idem de luscо vel surdastro, qui subterfugiunt onus, haud dubie tenendum. Cæterum, *omnes hæ causæ pertinent ad* Tutelas noviter *delatas*, quod intellige de excusatoriis, non de prohibitoriis, ut recte animadvertit Scholiastes noster *ad Pos. 29. Sunt tamen etiam causæ, quæ & a veteribus tutelis excusent*; tales sunt: 1. Si quis trans mare Reip. causa abfuerit. 2. Qui consiliarius Principis factus sit, *l. 11. § 2. de minor.* 3. Si quis domicilium jussu principis scientis esse tutorem, mutaverit, *l. 12. § 1. de Excus.* 4. Si tutor liberorum inferioris ordinis, senator factus sit, *l. 15. § eod.* Item 5. si post susceptam tutelam cæcus, aut surdus, aut mutus, aut furiosus, aut valetudinarius sit factus, *l. 40. in pr. eod.*

20. (w) Sunt autem excusandi prohibendique causæ, tutoribus omnium generum communes: Ideoque & legitimi excusantur. Qui privilegio subnixus est, fratris *curationem* suscipere non cogitur, ait Papin. in *l. 50. § 2. h. t.* Et ne quis de tutela secus putet, in *l. 3. § 8. de legit. tut.* patroni filius a legitima tutela excusatur. Idem de Patruis, in *l. 1. C. de legit. tut. l. 9. C. Qui dar. tut.* Cujuscunque generis sunt tutores, excusare se docet Imp. in § *16. h. t.* nec errat Theoph. ut Cujacius putat, ipse errans *ad d. l. 13. h. t.* cum id explicat. εἴτε τεσσαρεντάριοι εἴτε λεγίτιμοι. Imo quod sequitur, *qualitercunque dati fuerint*, indicat, ait Cujacius, Testamentarios & dativos intelligi, qui soli dantur, non legitimos; quod esse falsum, definitio tutelæ arguit, in qua verbum *data* ad legitimam solam pertinere, in confesso est. Hoccine dissentientes volunt, ut agnatis nec liberorum nec tutelarum nu-

(s) *Pos. 24.* (t) *Pos. 25.* (u) *Pos. 27. 28. 29.* (w) *Pos. 30.*

merus

merus, nec morbus, paupertas, aut senectus profit? quid iniquius? *Hereditatem capiunt*, ait Giphan. *ad d. § 16. ac proinde onus tutelæ non possunt effugere.* Imo dispar est ratio. Hereditas futura & incerta est, onus tutelæ præsens. Hereditas maxime iis congruit, qui liberis, inopia aliisque incommodis, quæ excusant, gravantur; tutela minime. Hactenus a lucro ad onus argumentandum, ut tamen naturalis æquitas excusata maneat. An, si in *l. 13. h. t.* testamentariis & dativis excusatio tribuitur, ideo legitimis negatur? vel an, quod ipso jure fiunt tutores, id excusationem tollit, ut vult Cujac. *ad Ulp. tit. n?* Lex sane efficit eos tutores, concedimus, neque enim alii, quam qui jure sunt tutores, excusantur, imo & ipso jure Dativi, tutores esse dicuntur, antequam excusentur, *l. 31. pr. h. t.* Etiam Testamentarii immediate a Testatore sunt tutores, tamen excusantur. Suis heredibus, qui successionem repudiare non posse dicuntur, quod ipso jure sint heredes, beneficium abstinendi datur; non & tutoribus, licet ipso jure sint excusandi? quin reliquos heredes legitimos repudiandi jus habere constat, a quibus semper secundum tutores legitimos concludimus. Non potuisse olim legitimos abdicare tutelam, verum est, *d. tit. 11. Ulp. § 17.* Sed non fuit eadem abdicationis, quæ excusandi ratio; nam suscepta abdicabatur. Cicero *l. 6. ad Att. ep. 1. Tutela me cogito abdicare*, quam scilicet habebar, *Ariobarzanis.* At excusatio susceptæ tutelæ dari non solet, nec plane est eadem æquitas permittendi abdicationem tutori creato, & excusationem creando.

21. (x) Claditur hic titulus sanctione adversus tutores, qui falsis de jure seu facto allegationibus, excusari meruerunt; nam hi periculo tutelæ, ex quo dati sunt, obligantur, *l. 1. & ult. C. si fals. alleg.* non modo, si κατὰ φάκτον ἔψευσαι ἡ διαλογισμὸς, *si causas sint mentiti*, ἀλλὰ καὶ κατὰ τὸ νομικὸν. *sed & si per juris errorem causæ approbatæ fuerint*, ut Græci.

TIT. XXVI.

De Suspectis Tutoribus.

De usu hujus remedii hodierno. Ad quam jurisdictionem pertineat. Quinam tutores accusentur. Et quinam jus accusandi habeant. Quid sit esse suspectum. Qui dolus & culpa. Quando tutor fiat infamis. Sanctiones aliquæ in favorem pupilli certis casibus. Fidejussoribus datis, non evitari judicium suspecti.

(a) Pupillorum securitati consentaneum est, ut suspecti malæ fidei tutores accusentur, convicti removeantur, plectantur. Quod Romæ solitum quotidie fieri, memorat Ulp. *l. 1. pr. h. t.* at non immerito Myinsingerus *ad pr. h. t.* rarius hoc tempore usurpari queritur. Romana hæc disciplina fuit, cum in hoc, tum in publica omni accusatione; quam libere civibus patere, quantopere interfit Reip. optime autor, alibi pestimus, probat *l. 1. disp. de Rep. cap. 7.* Quod igitur Bachovium *not. ad Wesenb. n. 5. h. t.* exiguum hujus tit. usum agnoscentem, experientia refelli, putat D. Wissenb. *h. t. ff. in fin.* vereor, ne experientia ipsum refellat. Ex parte verum est, hodie pupillis consuli, rationum quotanni exactione, per quam fides tutoris exploretur & forte, si huic rei attendatur, pæne superflua accusatio videatur; nam cum potest tutelæ agi, *consequens est, cessare suspecti accusationem, l. 3. § 6. h. t.* quæ jure civili, durante tutela, est necessaria, quia tutelæ ante pubertatem agi non potest, nec rationes prius redduntur, *§ ult. supr. de Attil. Tut. l. 4. pr. de Ration. distr.* quod est secus in praxi, ut *supr.* Magistratus igitur, si rationes non liqueant, inquirere & deprehensum removere potest. Fuisse tamen efficacius accusandi jus, negandum non est. Interim quæ hic traduntur, animadversioni, quæ fit rationibus examinandis, suo modo applicari possunt. Imo nec ipsum accusandi jus sublatum videtur, quatenus hodieque Procurator generalis, nomine Reipubl. Tutores suspectos ultro, vel deferentibus aliis, postulat, & peragit, ut non semel factum meminimus *.

2. (b) Hujus *tituli* methodus aperta est, fere qualis ab Ulpiano instituitur in *l. 1. § 1. h. t.* Su-

* In Saxonia, licet tutelæ actio superfit, suspecti tamen tutoris postulatio non infrequens est, dum vel per implorationem vel per accusationem fieri queat. fac. *Ref. Grav. d. 609. gr. 5.*

(x) *Pos. 31.* (a) *Pos. 1. & 6.* (b) *Pos. 1. 2.*

ſpecti crimen, id eſt accuſatio, (ut in *l. 2. pr. de SC. Sil.* quæſtio & crimen adde *l. 5. de calumn. &c.*) ex Lege XII. Tabularum deſcendit, *pr. I. de ſuſp. tut.* Nec tamen quod ex lege hoc crimen oriatur, ideo ſuſpecti cognitio eſt legitimæ jurisdictionis; nam hoc de iis eſt verum, quæ ex ſpeciali lege comperunt, non ex primo univerſi juris fonte, ut eſt Lex XII. Tabb. Potius eſt ordinariæ jurisdictionis, quia mandari poteſt, *l. 1. § 4. h. t.* junct. *l. 1. in pr. de off. ej. cui mand.* Hinc non modo Prætor, Præſes, Proconſul, ſed & Legatus Proconſulis, qui mandatam habet jurisdictionem, removere ſuſpectos poteſt; quod cur Cujacius alique negandum putent, contra claros textus in *d. l. 1. § 4. l. 4. pr. de off. ej. cui mand.* non eſt cauſa ſufficiens in *l. 1. § 11. ad SC. Turp.* nam verba, *nullus alius quam Præſes*, non excludunt eum, qui Præſidis vice fungitur, eumque repræſentat, quod facit mandatarius; ſed inferiorem magiſtratum, ut municipalem, cui, licet datum ſit tutorem conſtituere, *l. 3. de tut. dat.* remotio tamen nunquam conceditur: hæc enim tribunal requirit, *d. § 11.* quo caret duumvir. Imo & legatus Proconſ. tribunali caret, ait P. Faber ad *l. 70. n. 21. de R. J.* De eo quicquid ſit, ad legatum ex mandato Proc. *totum juris dicundi officium transit, d. l. 1. § 4. h. t.* Cui *conſequens eſt, ut etiam de ſuſpectis tutoribus poſſit cognoſcere*, quod Impp. reſcribunt in *d. l. 4 pr. de off. mand.* Non tribuunt hoc legato vi reſcripti; tunc enim hæc res legitimæ jurisdictionis foret; ſed interpretantur, id ei ſponte competere.

3. (c) Utilitas pupillorum exigit, ut ſine πρωσωπολήψια cujuscunque generis tutores accuſentur & prohibeantur, *§ 2. h. l. 1. § 5. h. t.* Sed reverentia & neceſſitudo, qua pupilli quibusdam obſtringuntur, ſuggerit, infami remotione non ſemper utendum, nam ecce, Parentibus & Patronis nullâ poteſt infamiæ intentari, *l. 5. § 1. de obſeq. par. & patr.* His igitur aliisque propinquis ſimpliciter Prætor *gerere prohibebit*, quod a remotione differt, ſed eundem habet effectum, *§ 2. h. l. 4. § 3. h. t.* vel ut Modeſt. vult in *l. 9. optimum factu eſt, curatorem ei potius adjungi*, quod in quovis legitimo tutore monet obſervandum eſſe. Ipſius enim pupilli intereſt, ſanguini honorem haberi, & agnatorum famæ parci.

4. (d) Quemadmodum crimina atrociora publice accuſantur, de quo *alibi*, ita exemplo eorum accuſatio ſuſpecti, a quovis promiſcue inſtitui poteſt, unde *quaſi publica* appellatur, *§ 3. h. l. 1. § 6. h. t.* Vere publicam non eſſe, res loquitur, cum ne quidem criminalis ſit cauſa: nam Prætorem, qui removet tutores, non habuiſſe merum imperium conſtat, & tantum extra ordinem *ob facta atrociora in tutela admiſſa*, mittebantur tutores ad Præfectum urbi, qui poterat in crimina animadvertere, *l. 1. § ult. h. t. § 10 & 11. I. h.* juncta *l. 1. de off. Præf. V.* Publica judicia & omnes cauſæ criminales publicæ, vindictæ gratia & plerumque ad coercendum corpus tendunt, *l. 2. de publ. jud.* Sola remotio criminalis judicii exitus eſſe nequit; ne quidem, ſi infamia accedat, quam & civilibus accedere, tralatitium eſt; præter quod omnis forma finisque publicæ accuſationis hic ceſſat, ut latius *in loco*. Proinde improprie, *crimen*, *accuſatio*, aliæque voces hic uſurpantur κατ' ἀναλογίαν. Eſt civile judicium: ſed ob publicam utilitatem patet omnibus, etiam mulieribus, (quæ ab accuſatione vere publica arcentur, *l. 8. de accuſ.*) maxime conjunctis, & cæteris verecundiam ſexus non egredientibus, ſed pietate productis, *d. § 3. d. l. 1. § 7. h. t.* * Quin ut Magiſtratus *ultro in malos homines inquirere* debet, *l. 3. & l. 13. de off. præſ.* ita ſi nemo tutorem ſuſpectum poſtulet, ipſe prætor eum, detecta perfidia, removebit, *l. 3. § 4.* Pupillo accuſandi copia non datur, ſed puberes jam maturioris judicii, curatores ſuos peragere poſſunt ex conſilio neceſſariorum, *§ 4. h.* Ita Demoſthenes ἐν ἡλικίᾳ γενόμενος τοῖς ἐπιτρόποις ἤρξατο διώκεσθαι καὶ λογογραφεῖν ἐπ' αὐτούς. *Pubes factus tutores accuſare cœpit, orationesque adverſus eos componere.* Plutarch. *in vit. Demoſt.*

5. (e) Suſpectus autem eſt, *qui non ex fide tutelam gerit*, habetur in *§ 5. h.* proprie, qui creditur non ex fide gerere: ſed definitio eſt pro intentione accuſantis & exitu judicii. *Ex fide* non gerit, qui non implet officium tutoris, quod in ſe recepit; proin fides hic dolo malo non opponitur, ſed officium, inquam, boni tutoris ſignificatur; ὃς μὴ πιστότατος διοικεῖ, *Qui non fidelisſime gerit*, ait Theoph. is ſuſpectus eſt. Non modo igitur qui dolo, ſed & qui *inconſiderantur* agit, ſegniter, ruſtice, inerter, inepte, ſimpliciter, removeri poteſt, *l. 3. § pen. & ult. h.* Additur *d. § 5. licet ſolvendo ſit*, divitiæ enim aut pau-

* In Saxonia curatoris conſenſus accedere debet. v. *P. 2. C. El. 15.*

(c) *Poſ. 3.* (d) *Poſ. 4. 5.* (e) *Poſ. 7.*

per-

pertas fidem nec adfirmant nec minuunt, *de quo mox.* (f) Sed & *antequam incipiat tutelam gerere, tutor potest quasi suspectus removeri, d. § 5.* quod absonum videtur, quia nec ob delictum, quod tutelam præcessit, accusari potest, *l. 3. § 6. h. t.* Qui ergo cum nihil gessit? sed omittendo etiam peccatur, si quis dolo, vel contumaciter gerere, aut satisdare noluerit, *l. 3. C. de tut. qui sat. non ded.* quod & *l. 4. § ult. D. h. t.* velle videtur.

6. (g) Effectus accusationis non est tantum, ut removeatur tutor, sed etiam ut infamis fiat, si dolum, non si culpam duntaxat admiserit, *§ 6. h.* In genere & hoc loco dolus est, *omne machinum alterius lædendi consilium*, sive id aperte, seu simulando, vel dissimulando exequaris, *§ 1. de vi bon. rapt. l. 7. ad L. Corn. de sic. l. 3. § 1. de injur.* Culpa est inconsultum peccatum ἄνευ προνοίας, negligentia ἀφροσύνη, Theoph. Cujus tres sunt gradus seu species; Prima vocatur culpa lata, quæ est, *non intelligere, quod omnes intelligunt, l. 213. § ult. l. 223. de V. S.* Secunda, quæ *Levis* vocatur, est omisso diligentiæ, quam *bonus paterfamilias suis rebus præbere debet, l. 32. pr. de administr. tut.* Tertia est, *Levissima* culpa, qua tenetur is, qui non adhibet *exactissimam diligentiam*, ita ut *alius diligentior rem custodire potuisset, l. 1. § 4. de O. & A.* Et hic summus gradus per excellentiam sæpe *diligentia* vocatur, *l. 5. § 2. ff. Commod. l. 23. de R. J.* Culpa simpliciter posita de levi intelligitur; *d. l. 5. § 2. l. 1. § 35. de depos. &c.* Magna seu lata culpa in civilibus causis, seu contractus sint seu species contractibus affines, pro dolo habetur, *l. 226. de V. S. l. 1. § 1. si mens. falsum. mod. l. 5. § 15. π. ut in poss. leg.* imo etiam ubi pœna est pecuniaria *l. 1. § 2. si is, qui test.*

SCHOLIUM.

Imo regulariter non; ob rationem a Strivio XIX. 22. dictam, nisi expresse lex pœnam ad culpam latam extendat, ut in d. l. 1. § 2. *ex qua adeo non formanda est regula, sed exceptio potius* ibidem *continetur. Struv.* d. l. n. 2.

RESPONSIO.

Quando nos culpam latam pro dolo haberi statuimus, etiam ubi pœna est pecuniaria, id ad species contractibus adfines pertinere monuimus; non ad actus vitiosos delinquentium, in quibus propositum requiritur; verum bene ad talia delicta, quæ lata etiam culpa admitti possunt, ut Strivius concedit, ubi actio est rei persecutoria, exercit. 19. th. 21. in fin. *Idem concedit, ut negari non potest, propter ipsam latam culpam infligi pœnam corporalem, si nempe delictum ejus generis sit, cujus etiam lata culpa reus fieri possit,* th. 22. n. 1. *Ideo scire velim, cur id in pœna pecuniaria, etsi delictum lata culpa admissibile sit, non æque locum habeat, maxime eum Ulpianus de ejusmodi generis maleficio agens, absolute ponat hanc regulam; culpa dolo proxima dolum repræsentat. Unde nos perperam exstruere regulam, Strivius & Scholiastes arguunt. Jam diximus, non formare nos inde regulam generalem, sed materiæ habili talium delictorum convenientem; quo sensu non possunt recusare, latam culpam pœnæ locum facere, pecuniariæ inquam, qui corporali faciunt ipsi locum, sicut & textus docent in* l. 3. § 1. de off. Præf. vig. l. 9. & l. 11. de Incend. ruin. naufr. l. 2. in fin. de term. mot. l. 38. § 3. de pœn. l. 5. ad L. Cornel. de falsi. l. 12. D. & l. 4. C. de Custod. reor. A. Matth. tit. de pœn. C. 4. n. 11. *Cæterum, ubi de tali delicto, quod sola proæresi committi potest, agitur, latam culpam non sufficere ad pœnam, notum & certum est,* l. 7. ad L. Cornel. de sic.

Sed & in causis famosis omnino; cum & juris ignorantia, quæ plus quam culpa lata esse nequit, infamia puniatur, *l. 11. ult. de his, qui inf. not.* Hinc & in deposito, in quo dolus infamia punitur, culpa lata pro dolo habetur, *d. l. 1. § 1. in fin. l. 32. de posit.*

SCHOLIUM.

Et hic contrariæ sententiæ accedo per ea, quæ Struv. d. l. *Et in* d. l. 11. § fin. *iterum lex specialiter pœnam infamiæ ad culpam extendit, vel præsumpsit, in allegante ignorantiam juris, adfuisse dolum, quæ præsumptiones etiam in aliis legibus occurrunt,* vid. Not. ad Strauch. v. 38. p. 54. *Quod etiam respondendum est ad* l. 32. Depositi. conf. Struv. d. l. th. 21.

RESPONSIO.

Supponendum hic iterum, versari nos in ejusmodi factis, quæ lata quoque culpa committi possint. Si tum pœna corporalis etiam latæ culpæ applicetur, ut modo intelleximus, quanto magis infamia? Strivius exceptionem esse vult in d. l. 11. § f. *quia lex ibi puniat factum, quod improbum esse statuit, & ignorantiam juris excusare non admittit. Atqui hæc non est exceptio, sed regula nostra; Latam culpam a lege puniri pe-*

(f) Pos. 8. (g) Pos. 11. 12. & sqq.

cuniarie, per infamiam & corporaliter, quoties lex ejusmodi turpe factum considerat, in quo nec juris ignorantia sit excusanda, quale etiam esse Tutoris suspecti crimen, non potest dubitari, quia contractus famosi ex causa doli sunt tales. Rursus exceptio Scholiastæ, quod in l. 32. Depositi. *cæterisque legibus præsumptio doli latæ culpæ implicita sit, est illud ipsum, quo nostra sententia tendit, ut ex* th. sequ. apparet. *Quod igitur in Scholio ad* posit. 16. *nobis iterum contradicit, quasi nunquam tutor ob latam culpam fiat infamis, non satis, quid aut nos, aut quid ipse statuat, vidisse videtur. Nos enim tunc demum Tutorem fieri credimus infamem, quando in pupilli rebus fuit negligentior, quam in suis rebus, quia tum dolus præsumitur; aliter incolumi fama removeri. At ipsum modo tradentem audivimus, leges aliquando infamiam latæ culpæ infligere, quando adest præsumptio; quæ, nisi fallor, eodem recidunt, vel tendunt.*

N. ADDIT.

Cum ista scriberem, nondum legeram dissertationes illustris Cocceji de dolo & Culpis, qui me succincte postea docuit, quo pacto sententia contraria Autoris ex legibus breviter deducenda sit. Sol. Regula generalissima est: Magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est, l. 226. de V. S. *quæ regula non solum refertur in contractibus, sed & in delictis,* l. 1. § 2. *junct.* § ult. si is qui test. lib. esse jussus. *& aliis negotiis, quæ restitutione damni dolum puniunt,* l. 1. § 1. si ment. fals. mod. *Huic ergo generalitati tam diu insistendum, donec appareant exceptiones, quæ quatenus in jure referuntur, eo redeunt, quatenus nempe in delictis sive publicis sive privatis, respicitur ad pœnam malitiæ, non negligentiæ. Jam vero doceri non potest specialis ratio exceptionis, in quæstione præsenti de remotione suspecti tutoris. Et Cicero* pro Roscio *aperte docet, apud Romanos etiam ob negligentiam fuisse infamiam irrogatam.* Qui rem, inquit Cicero, gesserit *negligentius*, eum majores summum *dedecus* admisisse existimabant, itaque mandati constitutum est judicium, non minus *turpe* quam furti. *Et mox:* Ergo ideireo *turpis* hæc *culpa* est, quod duas res sanctissimas violat, amicitiam & fidem. *Et porro:* In minimis rebus *negligentia* in judicii infamiam revocatur. *Ergo jam quidem inter Autorem & me non amplius hic dissensus est.*

7. (h) Tutorem perinde ob latam culpam fieri infamem, pleriſque placuit, idemque multis durum, nec verum videtur, propter oppositos terminos, *si quidem ob dolum, famosus est, si ob culpam,* non æque. § 6 *h.* fraus infamat, non *segnities, inertia, &c. l. 3. § ult. h. t.* non *negligentia, l. ult. C. h.* Non erit absurdum, adhibere his temperamentum, quod Celsus habet in *d. l. 32. de depos.* Si tutor in suis rebus mediocriter est diligens, tunc lata culpa in pupillaribus pro dolo habetur, ac infamia punitur; quod si natura homo tam supinæ & enormis socordiæ sit, ut propriis rebus nihilo magis attendat, fraude caret, nec famosus erit; ac ita intelligemus *l. 7. § 1. h. t.* Hæc distinctio in depositario servatur, *d. l. 32.* nec potest in tutore improbari, cum utriusque eadem, quod ad infamiam, sit ratio, *l. 1. de his, qui infam.* Negligentiam quæ in alienis latior quam in propriis est, si quis *malitiæ culpam* velit appellare, nihil, opinor, errabit, *arg. d. l. 32.* Porro non aliter fit infamis tutor, quam si decreto adjectum sit, eum ob dolum removeri, *l. 4. § 1 & 2. h. t.*

8. (i) Jam id in favorem pupilli placuit, ut, cum alias nemini ante sententiam præjudicetur, tutori statim ac reus est factus, administratio interdicatur, § 7. *h. l. 7. C. h. t.* Et quia hoc unice agunt Leges, ut grassandi facultas tutoribus adimatur, (k) nulla est causa, cur tutore mortuo accusatio duret, cum & alia crimina morte reorum extinguantur, § 8. *h. l. 2. & l. 3. C. si reus vel acc. mort.* quin & aliis finita modis tutela, suspecti cognitio solvitur, *l. pen. h. t.* quia tunc per tutelæ actionem pupillo potest consuli, *l. 3. § 6. & 7. eod.* (l) In alendo pupillo servatur modus a Patre præscriptus, nisi vires facultatium excedat; Tunc enim, ut semper alias, Prætor adeundus, qui sic statuet, ut semper aliquid, si potest, ex reditu supersit, habita ratione personæ, temporis, conditionis, *l. 1. § 1. l. 2. § ult. l. 3. § 1. & 3. ubi pup. educ.* Debet autem tutor suggerere Prætori rationes patrimonii, aliter ipsi sumptus immodici imputantur, *d. l. 2. § 2.* nisi statum bonorum publicari non expediat, tunc enim suo arbitratu pupillum frugaliter alet, *l. 2. C. d alim. pup.* Quod si lateat tutor, nec sistat se, ut alimenta pupillo decernantur, quia is de vento non potest vivere, ut Alex. ait *in fin. l. 3. d. t. C.* (ut lupus, *addit gl.*) pupillus in possessionem bonorum absentis tutoris mittitur, quod est unum ex *strictioribus remediis*, quibus Prætor

(h) *Pos. 15. & 19.* (i) *Pos. 11.* (k) *Pos. 17.* (l) *Pos. 8. in fin.*

tuto-

tutores ad officium cogit. Non consequitur autem pupillus possessionem plenam, sed custodiam, *rei servandæ gratia*, ut alii creditores, *l. 12 quib. ex caus. in pos.* hoc etiam addito, quod bona, quæ servando servari nequeunt, (*ut jumenta ac vestimenta*, ait Theoph. rectius liquida & fungibilia dixeris) curatore dato, distrahantur, *§ 9. h. l. 7. § 2. h. t.* haud dubie, ut pupillus tanti sper inde alatur. Tutor interim per fugam, ut *sua sententia*, fit suspectus & removeri potest; ut & omnis, qui pupillo alimenta decerni non curat, *d. § 9. in fin.* excepto casu *d. l. 2. C. de alim. pup.* Acrius a Prætore remedium decerni nequit. Si quid enim atrocius a tutore peccetur, quam ut civilis coërcitio sufficiat, mittitur ad præfectum urbi *puniendus*, corporaliter scilicet, τιμωρησόμενος, *Theoph.* & quidem *εἰς σῶμα*, in *§ seq.* ut fit in criminibus, § *ro.* & Præfecti *officium* postulat, *l. 1. de off. Pr. V.* Prætori enim ultra modicam coërcitionem, animadversio concessa non legitur, *arg. tit. ff. de off. præt. l. ult. § 1. de off. ejus, cui mand. l. 1. de jurisd.* quanquam extra ordinem publicis eum judiciis præsediisse, de quo *alibi*, constat. Causa, quæ Præfecti Urbis officium desiderat, est, si præsens tutor falso neget, pupilli facultates alendo ei sufficere. *In quo mendacio si convincatur*, profundum id fraudis consilium creditur, quasi *ut prædo bonis alienis incumbere* cogitet, *l. 3. § 15. h. t.* ubi similis eorum pœna traditur, qui tutelam *corrupta fide inquisitionis & ministeriis Prætoris redemerunt.* Liberti etiam non modo ob has causas, sed quotiescunque fraudulenter liberorum patrom tutelam gesserunt, ad Præfectum mittuntur gravius castigandi, *§ 11. h. l. 2. h. t.* Singularis enim ingratitudo hominis inæstimabili beneficio libertatis obstricti, *l. 106. d. R. J.* exemplum extra ordinem postulabat.

9. (m) Novissime sciendum; suspectos tutores, non modo, licet solvendo sint, ut dictum, sed & si fidejussores offerant, tamen removendos esse, quia satisdatio nec animum fraudandi, nec facultatem tollit, & pupillo præstat, rem salvam retinere, *quam tabulas cautionis habere*, ait Ulpianus *l. 5. h. t.* Quid si enim tutor ita dolos suos astu colat, & tam occulte furetur, ut convinci nequeat? Necessariam alioqui satisdationem esse, pridem dictum, adeo, ut si quis ob paupertatem reperire fidejussorem nequeat, curator ei adjungendus, *l. 6. C. h. t.* vel a tutela arcendus sit, *l. 2. C. de tut. qui sat. non ded.* incolumi tamen fama; neque enim crimen est paupertas, *cujus causa plerisque probitas*, ut de Abdolonymo Curtius, *l. 4. c. 1. Dat* quidem *census honores*, at non mores. *Multi in re non magna fidei sunt pleni*, πολλοί τοι πλατέσι κακοὶ, ἀγαθοὶ δὲ πίστιν, ecinit Theognis.

Explicit. Lib. Primus.

LIB. II.

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM.

Tit. I.

De Rerum Divisione & acquirendo earum Dominio.

Transitus ad Res, & vocis significatio. Divisio rerum prima. Altera divisio ejusque explicatio originaria. De rebus Communibus. De jure publicarum rerum. Riparum. Res universitatis. Res nullius, ubi de sacris, an possint alienari. De religiosis rebus. Denique, de sanctis. Res singulor. ubi de jure in Re & ad Rem, & quotuplex sit jus in Re. Dominii definitio exposita. Divisiones. De modis acquirendi in genere. De occupatione; primo quæ res occupari nequeant. De occupatione ferarum. De jure venandi restricto. Discrimina bestiarum in hac parte. De occupatione, quæ fit jure belli. Res pro derelictis habitæ. De Thesauro. De occupatione missilium. De accessione in genere. De alluvione. De Insula nova. Alvei mutatio. De adjunctione sive inextura. De Spe-

(m) *Pos. 10.*

ci-

cificatione, Commixtione & Confusione. De ædificatione in solo suo, deque tigno juncto. Ædificatio materiæ suo. Plantandi & serendi jus in alieno. De scriptura & pictura in aliena materia. De perceptione fructuum, & qui fructus a possessoribus b. f. acquirantur, quatenus de illis teneantur. Quatenus usufructuarii & coloni fructus acquirant. Traditio defuncti. Differentia traditionis antiquæ & novæ. Jus singulare in vendit. An Procurator tradendo alienet. Divisio traditionis. De Thesauro. Divisio rerum in corporales & incorporales.

(a) Postquam de iis est dictum, quæ statum personæ constituunt, nec locupletiores nos faciunt, transit Imperator ad bona & *patrimonium* nostrum, in quo quæ continentur, *Res* dicuntur. Ait quidem JC. in *l. 1. de reb. cred. in fin.* generale esse *Rei* verbum, & latius patere quam pecuniam, *l. 5. pr. de V. S.* cujus usus ad ea refertur, quæ in patrimonio sunt, cum *Rei* verbo contineantur etiam, quæ extra rationem patrimonii habentur; attamen significatio hujus vocis minime ita transcendit genera rerum, ut apud Philosophos, Ens, *Res*, Aliquid. In Jure per *Res* ea designari existimo, quæ sunt talis naturæ, ut in bonis esse possint, per *Pecuniam* autem, quæ vere & actu in patrimonio sunt, *d. l 5.* quæ Græci χρήματα vocant, & ab Aristotele definiuntur πάντα ὅσων ἡ ἀξία νομίσματι μετρεῖται, *omnia, quorum valor pecunia æstimatur, lib. 4. ad Nicom. 1.* Nam etsi Res sacræ, religiosæ, aliæque, nec vendi neque pretio æstimari queant, *l. 9. §ult. de R. D.* ipsæ tamen res materialiter consideratæ, sunt tales, ut & æstimationem recipere, & hominem beare & patrimonium augere possint; aut quia religione aliisque hominum institutis, quædam secernuntur ex usu commerciorum, ideo *Rei* vox usurpatur, ad omnia tam quæ in bonis, quam quæ extra sunt; *pecunia* ad res patrimonii exprimendum. Plane quomodo Res accipiantur, indicat tractatus de rebus, ejusque partitio, quæ ad duo summa capita referuntur; quorum primum est *de Acquirendo Rerum Dominio*, & alterum *de Obligationibus:* ut tamen præmittantur Rerum divisiones.

2. (b) Quarum Prima perhibetur, quod Res vel in nostro patrimonio, vel extra patrimonium habeantur, *pr. I. de R. D.* In patrimonio, seu quod idem, in bonis est, Quicquid aut peti per actionem, aut retineri per exceptionem potest, *l. 52. de A. R. D.* Ideoque latius patent bona quam dominium; nam bonis adnumeratur etiam, si quid est in actionibus, aut bona fide a nobis possidetur, quicquid nos *habet*, *l. 49. de V. S.* Unde *beatos* Latini divites appellant, Seneca de Calvisio divite sordido, *ep. 27. Nunquam vidi hominem beatum indecentius*; Et *ep. 45. Beatum appellant, ad quem pecunia magna confluxit.* Sic pater Seneca, *Insolens malum est, beata uxor*, & mox, *quid aliud quam beate servientes? 1. contr. 6.* Quod igitur in nominibus est, id non tam in debitoris quam in bonis creditoris esse videtur; huic enim competit actio & hunc beat ditioremque facit. Hinc creditam pecuniam æs alienum dicimus, cui in *suis nummis* esse opponit Cicero *Verr. 9. a pr.* in suo ære, *l. 213. § 1. de V. S.* Scilicet: *Bona cujusque intelliguntur, quæ deducto ære alieno supersunt*, est in *l. 39. § 1. de V. S.* Quod igitur quidam, etiam Giphan. *hic*, in bonis esse & in dominio, promiscue accipiunt, tantum a vero abest, ut non modo in bonis multa sint, quæ non sunt in dominio, *d. l. 49.* sed & quædam in dominio, quæ non sunt in bonis, habeantur, ut æs alienum, cujus dominium satis constat penes debitorem esse, cum in bonis non sit, ut dictum. Patrimonium tamen aliquando strictius pro Dominio accipi videtur, ut in *l. 9. π. Rem pub. salv. Non solum quæ in patrimonio habet, sed etiam quæ in nominibus sunt.* At hoc loco verius est latius sumi; Unde Theoph. patrimonium vertit δεσποτείαν τε καὶ περιουσίαν, *dominium & substantiam.* Cum verba ut termini artis distinguuntur, strictius sumi solent, sed populariter eandem rem dicit qui nominat *bona* sua, vel *pecuniam*, universitatem suam vel *omnia sua*, vel *patrimonium*, *facultates*, familiam, vel quicquid habet, aut censum & fortunas suas, *substantiam* suam, imo & peculium ὑπεξουσίους patrimonium significat, *l. 14. & seqq. ad Sc. Trebell.* quin aliquando dominium æque late usurpatur, *l. 70. § ult. de V. S.* de cujus proprio usu mox amplius.

3. Extra *patrimonium* sunt quædam, quia in commercio esse nequeunt, ut res *sacræ*, *san-*

(a) *Pos. 1.* (b) *Pos. 2. 3.*

&c. quædam ob defectum domini, ut res nondum occupatæ, *derelictæ* & res hereditatis *jacentis*, *l. 1 de R. D.* Medii generis res, quæ nec sunt in bonis neque extra bona, proprie nullæ sunt. Nam quod servitutes hujus naturæ dicuntur in *l. 1. de usufr. leg.* alium recipit sensum. Neque enim de servitute constituta id affirmat Paulus, quæ sine dubio est in bonis, cum actionibus petatur, *§ 2. I. de Action.* sed acute docet, eum, qui servitute non præexistente, usumfructum servitutis legat, non legare usumfructum rei, quæ in bonis est, cum nulla fuerit constituta servitus, neque ea tali legato stabilitur, quia usufr. id est servitus servitutis esse nequit; verum neque extra bona servitutem ita considerari esse ait; cum enim dominus per suum fundum ire possit, actumque & viam omni die constituere, si velit; non videtur posse dici, viam, actum, iter, esse extra ejus bona. Scil. neque in bonis est, quod prorsus non est, neque extra bona, quod semper in *potentia* est ut sit.

4. (c) Secunda divisio, Res sunt *communes*, *Publicæ*, *Universitatis*, *Nullius aut Singulorum.* Tertia, *Res corporales sunt*, *vel incorporales.* Membra prioris divisionis ut bene intelligantur, paulo altius repetenda res est. In dissipatione Gentium, divisis terris, quæque societas regionem commodam occupavit; (nam terminatam prius & solemnem factam esse partitionem terræ a liberis Noachi, merito, ut vir probabile, displicet Bochart o, *1. Geogr. sacr. l. 1. c. 16.*) stabilito primo imperio Reipubl. sine quo nihil recte geri poterat. Hinc omnia, quæ sunt intra fines cujusque Reipubl. quod ad jus imperii, sunt Principis, vel qui alius habet summam potestatem. Inde ad privata se contulerunt: Et de rebus quidem mobilibus, quæ jam singulorum factæ, laborandum non fuit. Nam a primis rerum initiis divisionem occupationemque ab hominibus institutam fuisse, mox videbimus. Igitur agros partiri sunt; & quæ præterea a singulis sine incommodo universorum teneri poterant; hæc est *occupatio per fundos*, ut Grotius *l. 2. c. 2. § 4.* Unde natæ Res *singulorum* & dominia privata; supra quod tamen excellit Jus, ut diximus, Reip. quod hæc ad communem utilitatem in res actusque singulorum retinet; quo dominium quidem privatum non tollitur, nec premitur, sed restringitur & ordinatur: Unde dominium *eminens* vocatur, de quo Plinius *Paneg.* *Et quid Cæsar non suum videat?* & distincte Symmachus *l. X. ep. 54.* ad Cæsares, *omnia regitis, sed suum cuique servatis*, ait; Verum quæ res terminata comprehensione occupari non poterant, ea vel prorsus non attigerunt, sed in originali statu reliquere, *ut primum a natura prodita sunt*, *l. 14. de A. R. D.* unde res *communes*, ut mare & littora; vel si absque periculo Reipubl. exteris concedi non possent, usum quidem communicarunt, sed proprietatem Reip. addixerunt, unde *publicæ* res, ut flumina ac portus; item montes, sylvæ aliaque inculta & vacua locorum, quæ per universitatem a populo occupata censentur. Quia autem magnæ nationes nec loco uno, nec simplici societate contineri queunt, sed in plures conventus inferiores distribui oportet, hinc Universitates natæ; quas cum sine pecuniis exercere non liceat, nec privati de suo lubenter conferant, opus fuit Rebus *universitatum.* Porro metus Numinis, qui universos mortalium animos insedit, quasdam res promiscuis usibus suasit eximendas atque consecrandas. Unde Res *sacræ*, *sanctæ*, *religiosæ*, quæ communiter *Nullius* dicuntur. Hæc ratiocinatio ostendit, divisionem *secundam* in Res Communes, Publicas, Universitatis, Nullius aut singulorum, defluxisse ex immediato *Jure Gentium*, & naturalem habere sequelam, etsi membra hujus divisionis poterant per διχοτομίαν succinctius ordinari, ut fecit Cajus in *l. 1. de R. D.* duo summa tradens genera in Res Divinas & Humanas, ac inde cæteras, ut videbimus in *tit. ff. de Rer. Divis.*

5. (d) Nos *Justiniani filum* sequemur, definitaque partitione prima, Species secundæ explicemus. Igitur primo Res *Communes* sunt, Quarum jus ex æquo ad totum genus humanum pertinet, non modo *negative*, ut alii, sed & *positive*; mox enim cum ipso genere humano hoc jus natum & fundatum est; sed Res *nullius* plerumque vocantur, *§ 5. inf. h.* quia in potestatem singulorum non sunt redactæ, vel quia non possunt, ut *aer & mare*; vel quia non contigerit, ut feræ, volucres, pisces, aqua profluens &c. quæ sunt nullius, sed possunt omni die proprietatem recipere; unde Paulus in *l. 51. de contrah. empt.* res communes sive nullius eleganter dictas ait, quia *omnibus vacant*; quod respectu proprietatis *negative*, ut dictum, respectu usus *positive* intelligi potest, ut exemplo littorum ex-

(c) *Pos. 4.* (d) *Pos. 5.*

plicatur in § 5. h. t. ubi usus eorum dicitur publicus, cum tamen dicta sint communia in § 1. Sed vox *publici* idem illic quod commune significat, ut patet ex verbis, *juris gentium, sicut & ipsius maris*; & ex l. 14. de A. R. D. Commune est littus, non solum usu, sed & potestate occupandi aliquam soli partem ædificando. Id autem dubium non est, quin unaquæque Respubl. jus imperii in littora terris suis adjacentia extendat, eoque sensu littora populi non male esse dicantur, l. 3. pr. *Ne quid in loco publ.* Ideoque & Prætoris venia ad ædificandum est opus, ne sibi mutuo incommodent & turbæ oriantur, l. 50. de A. R. D. Sed quid est littus? quo hybernus fluctus maximus excurrit, § 3. h. Aquilius apud Cic. in Top. *Eludit* habet; *Alludit* Quintul. l. 5. c. ult. *Pervenit* l. 96. de V. S. *Exæstuat* l. 112. eod. Quod verbum ut & *eludendi*, satis indicat, non intelligi hoc de enormi exundatione, quales in oceano plenilunium aut tempestas major excitat, aliquando longe lateque in agros cultos, sed de ordinaria, vel non insolita.

SCHOLIUM

Sed ex his exemplis, aeris, maris, ferarum, nulli competere hodie definitionem rerum communium, ostendi, ut puto, ad Strauch. Vl. 2. pag. 56. & sqq.

RESPONSIO.

Notas Scholiastæ ad Strauchium hic locorum habere non potui; Ideo cum nec rationes ejus examinare possim, remittam meum lectorem, bona cum venia ad libr. IV. Digress. cap. 11. & seqq. *ubi copiose de his rebus actum.*

N. ADDIT.

Nobis autem non incommodum videtur, istam notam ad Strauchium hic apponere, ut eo melius lector, quæ ibi dicta sunt, possit conferre cum dictis ab Autore in Digressionibus. Ita vero tum senseram: *Et aer, & aqua profluens, & mare, & per hoc littora maris, & feræ bestiæ, hodie in dominio sunt, eorumque usus omnibus hominibus non est communis.* Nam (1) Aer, *quoad usum quem hominibus præbet, semper considerari debet ut accessorium terræ, aut aquæ. Ergo si forte terræ quædam, aut aquæ, portio inhabitata sit, aut nondum occupata, ipse quidem aer, qui supra illam terram, aut aquam, existit, hactenus res communis erit, ut a quolibet una cum terra, & aqua, occupari queat; reliquus vero aer omnis, qui est supra terras, vel aquas occupatas, ejusdem conditionis est, cujus est ipsa terra & aqua, h. e. in dominio, sive Principis, si aerem spectes, qui est super integro territorio, de quo forte minus erit dubium, sive etiam privati, si scilicet aeris istam particulam consideres, quæ est super fundis privatorum. Inde enim est, quod quilibet naturaliter ædificare possit in cælum usque. Inde est, quod in muro meo alterius aream attingente, sine servitute protegendi projiciendique, non possim extruere maniana & sugrundia,* (Erker und Wetter-Dächer.) *Inde est, quod jus Sax. hanc rationem naturalem spectans dominium ramorum arboreorum ei attribuat, in cujus aere pendent, etsi in alterius fundo positæ sint arbores, aut ibi etiam radices agunt, contra rationem Juris civilis,* § 31. Inst. de R. D. vid. Norr. in addit. ibid. (2) Aqua profluens, *quoad proprietatem erit utique ejusdem naturæ, cujus est flumen ipsum, præprimis cum essentia fluminis magis in aqua profluente consistat, quam in alveo,* arg. § 33. Inst. de R. D. *Flumen autem vel publicum, vel privatum est, h. e. vel in dominio reipublicæ, vel in dominio privatorum, pariter ergo & aqua profluens fluminis erit vel res publica, vel singulorum.* (3) Mare *quod attinet, huc spectat illustris controversia, quæ de Dominio in mare inter Grotium & Seldenum intercessit, quorum ille* in tract. de mari libero, *mare nec occupatum esse, nec occupari posse; alter in libello* de mari clauso *utriusque contrarium, adstruere conati sunt, uterque ex amore popularium suorum, Batavorum & Anglorum, inter quos tum temporis controversia illa ventilabatur. Sed Seldeni opinio calculum eruditorum meruit, eamque latius illustravit Autor noster* (Strauch.) in diss. de imp. maris. *Ergo & mare ex catalogo rerum commun. exemtum est, & quamvis quædam Oceani partes adhuc incognitæ sint, ac Principes alias ejusmodi partes occupatas iterum dereliquerint, hæ tamen primis occupantibus cedent.* (4) Littora maris *sine dubio ex natura sua ad res pertinent publicas. Quod vero Imperator eas inter res communes referat, ideo videtur factum esse, quia in erronea opinione fuit, nec mare, nec per hoc littora maris,* (*quia scil. mari subjiciuntur, & ab eo quotidianis accessibus occupantur,* l. pen. ff. de R. D.) *occupari a quoquam posse. Nos vero meliora edocti, mare, & per hoc littora maris, in dominio esse scimus. Jam, quod* usum aëris, aquæ profluentis, maris & littorum maris *concernit, concedo, nos usum innoxium earum rerum aliis hominibus debere concedere, sed non alio respectu atque aliarum rerum, quæ sub dominio nostro sunt: determinatio autem usus, an sit innoxius,*

an

ut non, nunquam penes eum erit, qui ipsum postulat, sed penes Principem, aut privatos, qui maris, ejusque littorum, aquæ profluentis, & territoriorum, aut fundorum, quorum accessorium aer est, sunt domini. Inde si Princeps exteros permittat in territorio suo degere, aut privatus concedat alteri in fundo suo commorari, aeris haustum quidem non poterunt prohibere, utpote sine quo nemo potest subsistere; nec facile, & absque peccato, aquæ haustum, cum hæc utilitas sit omnino innoxia: quo refero illud vulgatum Latonæ apud Ovidium:

Quid prohibetis aquas? usus communis aquarum est.

At si exteri transitum per territorium Principis postulent, aut alius in fundo privato spatiari cupiat, nec Princeps, nec privatus, cæteris paribus, obligati sunt, ut, si nolint, id permittant, esti ubique certa promissio fiat, nihil nisi aerem, aut aquam, gratis haurire velle eos, qui transitum, aut spatiandi potestatem, postulant, cautioque offeratur de indemnitate in reliquis præstanda, (quicquid hic in contrarium profert Grot. l. 2. de J. B. & P. c. 2. § 13.) imo ne quidem obligatos eos esse arbitror, ut transitum, aut introitum postulantibus, rationem exprimant, cur illos nolint admittere, cum quilibet rerum suarum moderator sit & arbiter, ac consequenter de earum usu alius concedendo pro lubitu queat disponere, in tantum, ut si possibile esset, de quo Mathematici disputant, inveniri ejusmodi perpetuum mobile, cujus ope homines per aerem quasi navigare valeant, tamen Princeps, aut privatus, non teneantur inviti hoc permittere, non magis atque privatus cogi potest, ut vicinus in ipsius aerem maxianas immittat, quanquam utrolique forte nullum damnum alteri appareat, quod per ejusmodi navigium, aut emissionem, ille incurrat, in cujus aere fiunt istæ. Quoad mare *& littora ejus, nostri Principes, uti absque peccato certis ex causis quibusdam navigationem per mare interdicere poterunt, ita poterunt quoque ejusmodi personis prohibere, ne casas ponant in littoribus maris, aut retia ibi siccent, imo & contra facientes punire, modo tamen iis parcant, qui non ex proæresi, sed citra voluntatem, per tempestatem & naufragium ad littora appelluntur. Si vero navigationem per mare concedunt Principes, consequentia, quoque navigationis, quæ in utilitate innoxia sunt posita, utpote casæ extructionem, retium exsiccationem concessisse videntur. Hæc ergo omnia, quæ hactenus allata sunt, aliter forent decidenda, si aer, aqua profluens, mare & littora maris essent res communes. Tunc enim cuilibet homini permittendum foret, aerem nostrum & aquam profluentem pro lubitu haurire, in mari pro lubitu piscari & navigare, littoribus maris pro lubitu uti: Atque, si communis hic usus denegaretur, denegantes coerceri possent, si privati sint, per actionem competentem, si principes aut populi, per bellum, ut in usurpatione juris sui neminem impediant.* (5) *Restant* feræ bestiæ, *quas hodie in dominio principis esse, firmiter arbitror, qui & earum venationem aliis pro lubitu hodie concedit. Non ergo quisquam, cui id a Principe non permissum, usum venationis, tanquam rei communis, prætendere poterit.*

6. (e) *Publicæ* res dicuntur, quæ sunt in patrimonio populi Rom. usu autem omnium hominum, § *Flumina.* & § *Riparum. h. l. 14. de d. R. D.*

SCHOLIUM.

Imo potius eorum, qui sunt de illo populo libero, vid. not. ad Strauch. VI. 3. p. 60.

RESPONSIO.

Populus, vel summa potestas cujusque populi, semper est arbiterar & moderator Publicum rerum: sed usus innoxii fluminum, portuum atque riparum, non modo civibus, sed etiam exteris patent, juxta illud Latonæ ad inhumanos agricolas satis notum:

Quid prohibetis aquas? usus communis aquarum est.

Idemque Justinianus in d. § Riparum. *docet. Aliquos tamen usus majori cum libertate civibus concedi posse, non negem. Sed vide hac de re* part. 2. Digress. libr. 2. cap. 1. *ubi prolixe egimus de novella opinione, quæ nullum vult esse discrimen inter res communes & publicas, jure civili.*

N. ADDIT.

Sed usus innoxii fluminum non sunt usus primarii, & quoad usus innoxios etiam valet dispositio populi. Inde facile excipi potest adversus ea, quæ hic respondet Autor, si modo apponatur nota ad Strauchium, citata in Scholio. Dixeram: *Quoad definitionem rerum publicarum, duæ interpretum sunt opiniones; Et quoad* proprietatem *quidem in eo conveniunt, quod res publicæ sint in patrimonio populi. Quod vero* usum *concernit, alii rerum publicarum usum etiam omnibus hominibus putant esse communem, ut Autor hic: Alii tantum communem esse arbi-*

(e) *Pos. 6. 7.*

trantur omnibus, qui sunt de illo populo. Quoad mentem Justiniani, utraque opinio textibus quibusdam juris nititur. Et auctoris sententiæ quidem maxime favere videtur § 4. Inst. de R. D. *verbis:* usus publicus est, *junct.* § 5. Inst. eod. *verbis:* usus publ. *Quoad rei veritatem vero sententia Auctoris non subsistit. Nam jamdudum ostenderunt eruditi, principem non esse obligatum, ut cuilibet peregrino permittat in fluminibus, portis, ripis, viis publicis (quæ sunt exempla publicarum rerum) navigare, piscari, iter facere, (in quibus consistit usus harum rerum præcipuus) quamvis hic iterum dissentiat Grot.* l. 2. c. 2. § 13. *Imo ne omnibus quidem de populo ita communis est usus harum rerum, ut a Principe, aut Magistratu, non possint quidam ab isto usu arceri, præprimis, si piscaturam afficiamus. Hodie enim, quamvis videamus quotidie apud nos permitti arundine in flumine publico piscari, aliis tamen instrumentis, v. g. retibus piscari, cuilibet non licebit. Et hactenus recte scribit Schultz.* in Synopf. ad tit. de R. D. lit. b. *jus piscandi multis seculis in totum exolevisse, cum piscationem fluminis publici, aut Magistratus loci, per quem flumen decurrit, aut accolæ fluminis publici, sibi vindicent.*

Porro Respubl. dominium duplex habet; unum eminens, alterum proprietatis. Illud in omnes civium res, hoc in iis, quæ a nullo privato tenentur, sed ad Rempub. immediate pertinent. Atque hæ res duorum generum esse videntur; quarundam proprietas ad Rempubl. sed usus ad omnes ac singulos spectat, ut sunt *flumina & portus,* § 2. b. t. Aliarum usus etiam pro Republ. comparatus est, ut nihil inde lucri ad singulos pertingat, nisi quatenus membra Imp. sunt. Tale est *Ærarium, Fiscus,* Fundi, omniaque bona, quæ dicuntur *Reipubl. arg. l. 16. d. V. S. l. 2. § 4 & 5. Ne quid in loco publ. l. 3. § pen. de jur. fisc.* Sed de priori genere *hic* tantum agitur, nec plura numerantur publica, quam portus & flumina; *pæne omnia* habet *l. 4. § 1. de R. D.* torrentes enim χειμάῤῥοι, hyemales fluvii, qui æstate arescunt, agris cedunt, *l. 1. § 2. & seqq. de flumin.* Perennes sunt publici quibus est τὸ ὕδωρ τὸ ἀέναον, *aqua perennis,* ut Theoph. ita aquam profluentem vocat, quæ communis est & a flumine differt; unda nempe, quam flumen volvit; Florus *amnem* dicere audet, *l. 1. c. 1. Tiberinus amnem repressit.* Tiberinus enim est ipsum flumen, *d. l. 1. c. 4.* In portu fluminibusque jus piscandi commune est, ait Imp. *in § 2. b. t.* Receptum tamen videtur, ut si quis in diverticulo fluminis, solus longo tempore piscatus sit, hic alios in eodem diverticulo prohibere possit, *l. 7. de divers. & temp. præscr.* quanquam alioqui præscriptio in locis juris Gentium cessat, ita nempe, ut tempore impleto, irrevocabile eorum jus acquiratur aliarum instar rerum; Quam primum enim desierit piscari, publicum piscandi jus revivisci, & hoc sensu capiendam esse *l. 45. de usucap.* exemplum ædificii in littore ostendit, nam diruta domo, solum antea privatum denuo fit commune, *d. princ.* sed absque hac quasi possessione, nemo alium prohibere potest in mari, vel flumine piscari, ne quidem ante fores suas citra injuriam, *l. 13. § ult. de injur.* Moribus hodiernis, piscandi jus in mari oceano commune, ut mox *latius;* in sinu maris, est publicum, competens omnibus ex populo, cujus est ille sinus. In fluminibus magis est restrictum; hamo pisces ducere cuivis licet, non aliis instrumentis, Grot. *2. mamd. 4.* Apud nos tamen laxior hujus rei facultas relicta est, & in fluminibus lacubusque publicis promiscua est piscatio, modo species non destruantur, cui rei leges dictæ, *l. 4. Statut. Fris. tit. 7.* Nisi consensu quoque accolarum certis personis aut prædiis piscandi jus tributum sit, quæ vicissim aliud onus, reficiendi pontes aut simile quid, receperint, ut frequenter apud nos fit.

7. (f) Non ut littora jus maris sequuntur, ita ripæ ejusdem sunt juris cum fluminibus. Etsi enim *usu* sint publicæ, ut exponitur § 4. *h.* & capienda est *l. 3. de flumin. proprietas* tamen est privatorum, qui prorima habent prædia, quatenus ripis contigua sunt, *d.* § 4. *h. l. 5. de R. D. l. 30. § 1. de A. R. D.* Ripa autem non pro extrema alvei *crepidine;* nam hæc pars fluminis & dominii publici est; sed pro parte adjacentis terræ accipienda, ut ex § 4. *h. & d. l. 5. h. t.* colligitur, cum arbores in ea nasci, onera inibi deponi dicantur. Proinde quod habetur in *l. 1. § 5. de flumin.* ripam esse *id, quod flumen naturalem cursus sui rigorem tenens continet,* laxius accipiendum cum Paulo in *l. 3. inf. eod.* qui ripam *cedere* ait, *ex quo primum a plano vergere incipit usque ad aquam.* Frustra igitur Hotom. *ad hunc* § 4. ripam ejusdem plane juris cum flumine & alveo, tanquam alvei partem, esse vult.

8. (g) Res universitatis ut intelligamus quid sint, definienda universitas. Wesenb. *tit. D.*

(f) *Pos. 8. 9.* (g) *Pos. 10.*

Quod

Quod ei jusque univers. § 2. est, ait, *Hominum in civili societate viventium communitas*; sed quia hæc verba liberam quoque Rempubl. comprehendunt, ideo addit, *qualis est in oppidis & pagis.* Sed quorsum tunc collegia & ἑταιρίαι, quæ *societates* dicuntur in *l. 1. d. t.* ac etiam universitates sunt, ut ex *eod. tit. l. 10. §* 4. *de in jus voc.* liquet? Facilius species inveniuntur universitatum, quam definitio. Videtur negative definienda universitas, Civilis hominum societas, quæ nec familia, nec libera sit Respubl. ut collegia Artificum, Studiosorumque Academiæ, vici, pagi, Jurisdictiones, civitates seu municipia; quæ sæpe quidem Respubl. vocantur, *d. l. 10. § 4. passim*, at subordinate & analogice; nam proprie Respubl. dicitur, quæ libera & nulli subjecta est. Ita & bona universitatum publica dicuntur in *l. 17. de V. S.* publica municipii, *l. 38. de negot. gest.* sed abusive, *l. 15. de V. S.* Nam pari jure cum privatis utuntur, *l. 16. in f. eod. & l. 81. de furt.* Universitatis igitur res sunt non tantum theatra, stadia, *§ 6.* sed & alia quævis bona, ad corpora, quæ diximus, pertinentia. Quæ sunt universitatis, singulorum non sunt, *§ 6. h. l. 6. § 1. de R. D.* unde a Cajo *Nullius* dicuntur in *l. 1. eod.* Quod autem Ulpianus inter res singulorum Universitatem refert, *l. .. de interdict.* id de universitate non hominum, sed rerum, ut est heredias accipit. Verum Res municipii non sunt singulorum civium; Effectum id in servo & liberto præbet, *l. 1. § 7. de quæst. l. 10. § 4. de in jus voc.* Item *l. 7. §* . *Quod cuj. univers. Quod universitati debetur, singulis debetur, nec quod debet universitas, singuli debent.* Senec. *6. de benef. 20. Si quis Patriæ meæ pecuniam credat, non dicam me illius debitorem; nec hoc æs alienum profitebor, aut Candidatus aut reus,* (de sensu ultimorum verborum vid. Lipsi. *ibid.*) Proinde in lite universitatis non prohibentur esse testes, qui membra ejus sunt, quasi in propria causa, contra *l. 2. de test.* modo singulorum pecuniarie non interfit. Mornac. *ad l. 6. de R. D. & l. 2. C. de test.* Quod in causa crediti debitique futurum est, si, ut Seneca tradit, cives singuli ad *exsolvendum æs* alienum Reip. *portionem suam dabunt; non tanquam pro patria conferentes*, ut dixerat *in fin. cap. 9.* quæ tum est hujus loci quæstio. Adde quæ dixi ad *tit. ff. Quod cuj. univers. nom.*

9. (h) Res *Nullius* dicuntur aut *negative*, ut sic loquar, aut *privative.* Illo modo, quæ nec-

(h) *Pes. 12. 13. & seqq.*

dum habent dominum, at semper habere possunt, ut de communibus dictum; Privative, res, quæ non possunt esse alicujus, ut res sacræ, religiosæ & sanctæ, quæ sunt omnes divini juris, *§ 7. h.* hominumque exemptæ commercio.

SCHOLIUM.

An omnium, an saltem privatorum? Si illud, mox ostendetur contrarium. Si hoc, non justa est oppositio; Nam inter res communes maxe v. g. *a privatis non potest occupari.*

RESPONSIO.

Oppositioni firmandæ dicam, res sacras utique omnium commercio esse exemptas; jure civili; tametsi Respublica, ut erat Romæ, forte consecrationes retractare potuerit; apud Judæos non poterant; verum sufficiat hoc dixisse, res sacras, religiosas, & sanctas, privatorum commercio esse exemptas, nec inde laborat oppositio rerum nullius in utroque sensu; quod scil. res nullius negative *a quolibet acquiri possint. Atqui mare, ait Scholiastes, est e rebus nullius negativo sensu, & tamen a privatis occupari non potest. Quasi exceptio regulam everteret; Opponimus Res Nullius diverso sensu inter se, plerasque, ita ut res* Negative *Nullius, ab omnibus occupari possint, quia nempe sunt occupationis capaces, cujusmodi mare non esse, diximus antea.*

N. ADDIT.

Sed hic modus regulam tuendi, eam facit ridiculam. Regula est; Quicquid nullius est, cedit occupanti. Explicatio regulæ: intelligitur de rebus communibus, sed nullius negative. Opponitur; Atqui mare est res communis & tamen non cadit occupanti: Respondet Autor; Regula valet, si res sit occupationis capax: Ergo sensus regulæ hic erit: Quicquid est res nullius, cedit occupanti, si nempe cedit occupanti. Quis tales regulas juventuti inculcaret?

SCHOLIUM.

Has omnes (intelligit res sacras, sanctas, religiosas) *esse in dominio Reip. ostendi in notis ad Strauch.* VI. 5. pag. 61. seqq. *Et quamvis profanari non debeant res sacræ, tamen a negatione usus omnimodi, ad negationem dominii non valet consequentia.*

RESPONSIO.

De dominio Reipubl. in res sacras & sanctas nolim hoc litigare; quia sufficit, quod diximus, has res commercio exemptas dici, respectu privatorum; sanctas res hodie a publicis non differre,

in positionibus *ipse collocavi, & dicetur infra differtius. Sepulchra nec jure civili, nec hodierno, publica dici possunt, quia ad privatos spectant, olim usu, hodie quoque proprietate, suntque in commercio omnium.*

N. ADDIT.

Etsi vero sic facile conveniat cum Autore, manet tamen lis cum jure Justinianeo, quod res divini juris sint extra commercium omnium hominum. Igitur cum Autor tum non habuerit ad manus locum allegatum in Scholio, melioris declarationis ergo huc apponamus. Dixeram: *Res divini juris in commercio reipublicæ esse, nullum est dubium, quia videmus alienatis rebus profanis, & v. g. integris municipiis, simul alienari templa, sepulchra & muros. Adeoque conveniunt cum rebus publicis, quoad proprietatem, uti & res ecclesiasticæ, quæ quomodo a rebus sacris differant,* vid. *Struv.* exerc. 31. th. 71. *Forte ita dici posset: Res publicæ sunt vel profanæ, quarum usus spectat ad singulos de populo, ut flumina, &c. vel non profanæ, quæ iterum, vel sacræ, quarum usus spectat ad cultum divinum, vel ecclesiasticæ, quarum usus spectat ad ministros Ecclesiæ, &c. vel religiosæ, quarum usus est in sepeliendis mortuis, vel sanctæ, quarum usus spectat etiam ad singulos, ita tamen, ut iis non debeant abuti. Ita secundum hypothesin, quod religiosæ & sanctæ res sint juris divini, moribus Christianorum res sanctæ potius inter profanas referendæ forent.*

SCHOLIUM.

Ad verba, quod res nullius dominum semper habere possunt. *Ergo & mare, inquit, redigi poterit in dominium, quod tamen in Digressionibus negat.*

RESPONSIO.

Innocua captio; Dixi, res nullius, etsi non sint in dominio, semper tamen in dominium redigi posse. Mare tamen, ut erat res, excepimus, quia non est res dominii & occupationis capax, ut in Digressionib. lib. 4. a cap. 11. *demonstravimus.*

N. ADDIT.

Sed ex modo dictis jam patet, responsionem hanc non tollere vim objectionis, sed regulam, quod res negative nullius cedat occupanti, per ipsam exceptionem de mari ridiculam.

Res porro Sacræ dicuntur, quæ rite per Pontificem Deo sunt consecratæ, § 8. h. a *Principe,* addatur *l. 9. § 1. de R. D.* Quia post mortem *M. Lepidi* Triumviri & Pontificis Max. Augustus & posteri Cæsares Pontificatum cum Principatu junxerunt, Sueton. *in Octav. cap. 40.* Unde apud Tacit. 3. *Ann. c. 58. Nunc Deum munere, summum Pontificum etiam summum hominum esse.* Ratione igitur causæ efficientis omnia sacra publica, privata nulla, *d. § 1. l. 9. h. t.* sed hæc profana censentur. Unde Cicero quod sibi fanum privatim dicabat, *quasi consecratum* appellat, *12. ad Att. 19. & 35.* Quædam tamen sacra dicuntur privata, ratione finis & usus, ut sunt ædes deorum in fundis privatorum, quibus familiæ certæ ad sua gentilia sacra utebantur, *l. 9. § 1. ad L. Jul. pec.* quæ pariter cum fundis vendi poterant, *l. 24. de contrab. empt.* ita & domestica erant sacra Larium & penatium, de quibus in *l. 1. de rit. nupt.* Unde in XII. Tab. *Sacra privata perpetuo manento.* adde Fest. *in voce,* sacra. Macrob. 1. *Saturn. 16.* Cic. *de haruspic. resp.* Sunt autem res sacræ aut vere tales, quæ proprie consecrantur & instrumenta sunt cultus divini, vel *quasi* sacræ, non eo sensu, quo dixit Cicero, sed quæ adjuvant & sustentant potius divinum cultum, quam immediate ei inserviunt. Prioris generis sunt templa, altaria, donaria, vasa sacrorum; Posterioris, prædia & bona Ecclesiastica. Sed vere sacra, præter verbum *Dei* & sacramenta, in professione *Novi Test.* nulla dantur, quia consecratio procul dubio est inter cærimonias, quæ a Servatore nostro omnes cruci sunt affixæ, *Col. 2. v. 14.*

SCHOLIUM.

Imo habent consecrationes, a quovis ministro verbi divini, jussu Principis, exercendas, Struv. III. 70. *Strauch.* VI. 5.

RESPONSIO.

Videtur esse ἐυδιάθετον quod diximus, non esse consecrationes, neque res sacras amplius in Novo Testamento; sed mirum non videbitur iis, quibus simplicitas bene cognita est Evangelii, quo carnalis & palpabilis cultus rerum perentium vel corporalium nullus est, sed tantum in spiritu & mente pura. Quæ hodie sunt inaugurationes templorum, scholarum, rerumque eodem pertinentium, sunt instituta pia externa, sed rebus nihil characteris religiosi imprimunt, quin eadem in alios usus, ubi res tulerit, converti possent. Adeoque nihil sunt aliud res istæ, quam piis usibus destinatæ, vel si malis, sunt quasi sacræ.

N. ADDIT.

Cum in eo sentiam cum Autore, moribus Christianis, certe in territoriis Principum Evangelico-

gelicorum res divini juris pertinere ad rem publicam, facile & in eo consentire possim, quod apud nos templa sint quasi sacra, propter illam quasi consecrationem.

Proinde res Ecclesiasticæ, seu proxime seu mediate cultui divino serviant, sunt omnes *quasi sacræ*, Res piis usibus destinatæ.

SCHOLIUM.

Cum rebus sacris non confundende sunt res Ecclesiasticæ. Templa, vasa sacrorum, sunt res sacræ; Fundi reditusque Ecclesiastici sunt res Ecclesiasticæ, Struv. III. 71. quasi sacras vocat Autor, & hæc etiam referendæ sunt eleemosynæ, nisi has plane pro tertio genere velis habere, uti similiter de Campanis notat Strauch. d. l.

RESPONSIO.

Si verum est, quod verissimum esse norunt Evangelici, non dari ædes ullas bona religiosa charactere consecrationis affecta, nec ædes vere sacras, sequitur, omnia sacris usibus destinata esse Ecclesiastica; non repugno tamen, quominus sint hæc a nobis factum, ea, quæ cultui Dei proxime inserviunt, quasi sacra, ut templa & vasa sacra; quæ mediate serviunt, ut prædia, dicantur Ecclesiastica. Eleemosynæ vero domusque miserabiles sint res piis usibus destinatæ. Bona templorum earum ab omnibus illis distinguuntur etit. Cod. de locat. prad. Civil. vel fiscalium sive templorum.

N. ADJECT.

Et hic non dissentio. Scholium magis pertinet ad sensum Juris Justinianei & Canonici seu Pontificii. Et apud Protestantes tamen aliqua distinctio manet, quod nempe ad res quasi sacras prioris generis, requiratur quasi consecratio seu inauguratio quædam solennis, non ita ad res ecclesiasticas.

Caetum prohibita alienatio, tam in quasi quam vere sacris habet locum, *d. § 8. Nov. 120. c. 1.* exceptis quibusdam casibus, ut ob redimendos captivos, *d. § 8.* alendos in fame pauperes, *l. 21. C. de SS. Eccl.* & solvendum æs alienum Ecclesiæ, cui aliter parari nequeat, Auth. *præterea eod.* Idem juris est in bonis domuum miserabilium, ut sunt orphanotrophia, nosocomia &c. *d. N. 120. c. 1.* Strictius tamen prohibetur alienatio vere quam quasi sacrorum; illa enim nec oppignorari possunt, *d. § 8. & l. 12.* Hæc autem pignore & in emphyteusin recte dantur, *d. N. c. 3. 4 5. 6.* quæ causæ aliis sub prohibita alienatione continentur, *l. ult. C. de rcb. al. non. alienand.* Cum Imperatore etiam permutari, *N. 119. c. pen.* item cum aliis Ecclesiis, *d. N. 120. c. 7. pr.* quin & vendi possunt ob evidentem utilitatem *, velut; si quod prædium tributis supra modum sit gravatum, ut ad Ecclesiam εὐδαιμονίαν πρόσοδος, nullus prope reditus* perveniat, *d. N. c. 7.* Enimvero etiam prohiberi potest, ne Ecclesiis res immobiles acquirere liceat, quod ob graves causas a multis Principibus factum. Ita *Niceph. Phocas* apud Zonar. *tom. 3.* edixit, *ἐν ἀκινήτοις τὰς ἐκκλησίας μὴ πλατύνεσθαι. Rebus soli Ecclesias non augeri.* Prohibitæ alienationi convenit, non posse res sacras in usus profanos converti. Neque enim alia prohibitæ alienationis est causa, ut ex citatis liquet textibus. Consecrationis character perpetuus & indelebilis est, *d. § in fin. g. h. t.* Etiam causa, per quam res ad pios usus destinantur, perpetuum habet effectum, Domini voluntas rem Deo & Ecclesiæ addicentis. Quod in homines transfertur, nullo tempore iis aufertur, nec a principe jus suum cuiquam adimi potest, ut alibi dictum: Proinde nec Deo, neque Ecclesiæ. Sed quod Pagani suis diis consecrarunt, cum sit Diaboli proprium, ut Apostolus testatur, merito in Fiscum redigitur, vel iis cedit; quibus Princeps concessit, seu privatis, sive Ecclesiæ; *l. 5. C. de Pagan.* Diversa haud dubie ratio est eorum, quæ a Christianis, licet hæreticis, superstitionis opinione cultui divino dedicata sunt, modo fundamenta Christianæ veritatis non prorsus inter eos extincta sint, & aliquam etsi corruptam, habeant Ecclesiam: Verum enim est, eas res tunc cultui divino esse addictas, cui subduci nequeant ob superstitiosam forte causam donationi, vel legato adjectam; constat enim, rationem legandi legato non cohærere, adeoque nec falsam neque pravam causam vitiare legatum, *l. 72. § 6. de condit. & demonstr.* Recte etiam ad hanc rem citatur *argumentum l. 16. de usufr. leg.*

10. (i) *Religiosa* loca dicuntur, in quæ mortui illati sunt ab iis, qui jus inferendi mortuum habent, *§ 9. h. t.* Sabinus apud Gellium *l. 4. c. 9.* Religiosum ait esse, *quod propter sanctitatem aliquam remotum ac sepositum a nobis est: verbum a reliquendo dictum, tanquam cærimoniæ a carendo.* Alio sensu *religiosum* dici Gellius

* Itaque apud nos Decretum Consistorii causam alienationis adprobet. v. *Art. Gen. 28. j. c. 1. d. reb. eccles. non al. 6.*

(i) *Pos. 22. & sqq.*

Seri-

scribit, quod ob triste omen homines *relinquunt*. Utroque sensu sepulchra possunt religiosa vocari: Nam & reverenter veteres habebant sepulchra, etiam pro templis, ubi sacra fierent, ut docet Lil. Gyrald. de *dis gentil. syntagm. 17.* ac etiam in horrore quodam erant, ut quævis mortualia, quibus contaminari vivos credebant. Hinc Tiberii in Germanicum reprehensio, cum cælos clade Variana sepeliisset: *Imperatorem auguratu & vetustissimis cærimoniis præditum, attrectare feralia non debuisse*, Tac. *1. ann. c. 62.* hinc & Lex XII. T. *Hominem mortuum in urbe ne sepelito, neve urito*; quanquam & aliam rationem Cicero 2. *de LL.* reddit. Athenis simile jus fuit, & quidem religionis causa: Scribit enim Sulpicius ad Ciceronem: *Ab Atheniensibus, locum sepulturæ intra urbem ut darent*, (pro M. Marcello interfecto) *impetrare non potui, quod religione impediri se dicerent, neque tamen id antea cuiquam concesserant, lib. 4. ad Fam. ep. 12.* Postea ab Hadriano generaliter est vetitum sub pœna 40. aureorum, *ne quis in civitate sepeliret, l. 3. § 5. de sepulcr. viol.* ne sanctum municipiorum jus polluatur, *l. 22. de Relig.* quod mutavit Leo *Nov. 53.* Porro Sacra diximus omnia, quod ad causam, publica esse, fine & usu quædam privata; in Religiosis contra est; nam hæc causa efficiente privata, sunt ex cujusque voluntate, *§ 9. h.* quædam jure & usu publica. Tenuiores, qui hortos & agros non haberent, in suburbanis viis aliisque publicis locis sepeliebantur, ut Aggenus Urbicus tradit. Et Judæi mercedem sanguinis a Juda rursum obtrusam, impenderunt agro publico emendo, *εἰς ταφὴν τοῖς ξένοις, ad sepulturam peregrinorum, Matth. 27. v. 7.* Illato cadavere, locus fit religiosus, seu toto, seu principali parte, quæ non est cor, sed caput, *cujus imago est, unde cognoscimur, l. 44. de relig.* Debet autem inferri cadaver hoc animo, ut *quasi æternam sedem* habeat, ait Paulus *in l. 4. eod.* sedes pro sepulchro etiam ponitur, *l. 2. C. de SS. Eccl. & ult. C. Theod. de sep. viol.* ubi, *sedes Apostolorum*, quod explicat Constantinus in *l. 4. C. eod. Qui sepulchra*, inquit, *violant, domus, ut ita dixerim, defunctorum.* Palinurus apud Virgil. *Æn. 6. Sedibus ut saltem placidis in morte quiescam.* Porro, non ut æde diruta, locus manet sacer, *§ 8. in fin. b.* ita sepulchrum cadavere sublato, religiosum est, sed purum habetur, *d. l. 44. § 1.* Transferre tamen cadaver, non nisi venia a Pontifice impetrata, licet, *d. l. 1. & l. 33. eod.* etsi illatum ab eo sit, qui jure non poterat, *l. 8. eod.* Habet autem hoc jus, qui pleno loci dominio potitur; vel cui is hoc concesserat, sive ab initio, seu per ratihabitionem, *d. § 9. in fin.* non, qui proprietatem solum, vel usumfr. habet. Non socius invito socio, nisi locus jam ante sepulchrum sit, aut ei destinatus, vel denique sociorum aliquis sit mortuus, quem etiam in locum purum, invito socio, inferre licet, *d. § 9.* juncta *l. 41. de relig.* Ex his liquet, Κενοτάφιον, tumulum inanem, ut a Virgilio vocatur Hectoreum monumentum ab Andromache structum, 3. *Æneid.* sepulchrum *honorarium*, ut Sueton. in *Claud. c. 1.* quod cadaveris vacuum, sed in mortui honorem paratum est, non esse locum religiosum, ut a Marco Philosopho & L. Vero, minuendæ superstitionis causa, decretum est, *l. 6. § ult. de relig.* Nam ab antiquis religiosum id habitum esse, dubium non est, uti recte Marcianus ex Virgilio probabat, *de lib. 3. Æn.* ubi Andromache ad cenotaphium mariti *sacraverat aras, libabat cineri, manesque vocabat.* Hæc Marciani sententia refertur, in *l. 6. § ult. de R. D.* *Sed Divi fratres contra rescripserunt*, subjicitur immediate a Triboniano, verbis Ulpiani in *l. 7.* prorsus in *d. l. 6. § ult. de Relig.* quod rescriptum Marcianus ignorasse videtur; cum vixerit post Fratres divos, sub Alexandro Mammeæ, ut Lamprjdius scribit. Inter hos textus de religione cenotaphii, antinomiam esse, vult A. Matth. *disp. Inst. 9. th. 13. & seqq.* profecto sine ulla necessitate. Nam etsi Marcianus dissenserit, Justinianus auctor Pandectarum mox eum refutat. Uno spiritu legenda sunt ultima *d. l. 6. de R. D.* & verba *l. 7.* Nam totus Pandectarum contextus est continuus & Justiniani proprius; Nomina JCtorum tantum præfixa sunt, ut auctoribus debita laus maneret, *l. 2. § 19, C. de V. J. E.* Si referam ego sententiam alterius & mox eum refellam, numquid tum ob relationem alienæ opinionis a meipso dissentire dicar? Fatendum, multos abuti distinctione inter narrationem & dispositionem legum, ad tollendas contrarietates; sed ideo non debet nunquam usurpari. dix. *lib. 5. Digress. c. 4.*

11. (k) Ab religiosis & sacris differunt *Sanctæ*, (etymologiam vid. in *l. 8. § 1. de R. D.*) quæ sanctione, id est, pœnali constitutione adversus violatores sunt munitæ: Nam sanctio dicebatur pœnalis clausula legis, *§ 10. b.* ubi exempla sanctarum rerum, *Muri* & *Portæ* civitatis, *l. 8. & l. 9. § 1.*

(k) *Pos. 23. & 24.*

9. § 2. *de R. D.* Imo Romani ἅπαν τὸ τεῖχος ἱερὸν πλὴν τῶν πυλῶν νομίζουσι, *omnem murum putant sacrum, præter portas*, ait Plutarchus *in Rom.* Vinnius *ad § 9. h.* distinguit, quasi Jure Pontificio portæ non sint sanctæ, secus apud JCtos. Atqui Plutarchus non negat, portas esse sanctas, hoc est inviolabiles, sed sacras esse negat, quia multa per eas non pura invehuntur. Puniuntur capite, qui portas & muros violant, *hoc § 10.* quod communiter ad urbem Romam restringunt, licet textus sint generales de muris civitatis, & municipales muri æque sint sancti atque Romani, *d. l. 8. § ult.* sed esse aliquem inter urbem gentium dominam, eique subjectas civitates differentiam, hæ tam æquo animo pati debuere, quam imperium passæ sunt. Ideoque in communi interpretatione acquiescimus; pœnam capitis de urbe Roma esse intelligendam, cujus mentio tantum fit *in l. ult. d. tit.* Moribus nostris, pœna hæc etiam fuerit extraordinaria, pro magnitudine periculi atque intentione animi, qua delinquentes usi sint. Cæterum, ipsi muri portæque sunt & habentur hodie res vere publicæ, non universitatis, quibus muri portæque pro munimentis adhibentur; quia jus muniendi ad *armandum*, Feudistis appellatam, pertinet, quæ cum ex numero sit Regalium, solius summæ potestatis in manu est, idemque dicendum, etsi civitates suo forte sumptu portas & muros excitaverint atque sustentent; hoc enim securitati suæ, cujus a jure distincta ratio, imputabunt.

12. (l) Res *singulorum* supra esse diximus, quarum nomine competit actio, uti rem amisisse dicitur, qui nullam ejus persequendæ actionem habet, *l. 14. § 1. de V. S.* Actio est in rem, vel in personam. In rem, qua petimus rem nostram. In personam, qua persequimur rem nobis debitam, ut plenius ad *§ 1. I. de action.* Res nostra proprie quidem dicitur, quæ est in Dominio nostro, *l. 29. de V. S. & l. 66. de R. V.* cujus vindicandæ jus habemus, *l. 49. de R. V.* ita ut id, quod *suum* est, opponatur ei, quod in credito est, *l. 27. § 2. & l. 34. in pr. de aur. & arg. leg.* quanquam non raro quod *suum* est, ad ea, quæ nobis debentur, extendi videmus, *l. 6. § 6. de his, quæ in fraud. credit. l. 22. & l. 96. § 1. de solut.* Generaliter igitur, Res nostræ *singulorum* sunt, quas actione, vel reali, vel personali persequimur. Actionis in rem fundamentum est, non modo dominium, sed latius omne *Jus in re*, ita dictum; Fundamentum personalis actionis est, *Jus ad rem*, vulgo dictum. Hæc enim recepta est distinctio inter jus in Re & ad Rem, ex Jure Canon. *c. 8. de concess. præb. in 6. & 40. de præb. in 6.* In jure civili hæc oppositio specierum nusquam reperitur. Jus in re memoratur quidem sæpius, at non perpetuo hoc sensu, cum aliquando tam late pateat, ut omnes causas ejus, quod interest, complectatur, *l. 2 § 21. de Vi bon. rapt.* Sed jus ad rem ita simplici er nusquam nominatur: quanquam docendi causa lubenter his terminis utimur. dix. *lib. 4. Digress. c. 4.* Sequitur hanc doctrinam Grotius 2. *manud. c. 1. § ult.* quando Jus circa res dividit in *Beheering en Inschuld. Behering* est jus in Re. Quod subtilius, ait, esse *Recht van toebehooren bestaande tusschen den mensch en de sacke, sonder noodig opsicht op een ander mensch.* Iterum *Inschuld*, Jus ad rem, est, *Recht van toebehooren, dat de ene mensch op den anderen heeft, om van hem eenige saeke te genieten.* Hoc exemplo nobis quoque, Jus in Re sit, *Facultas homini in rem competens, sine respectu ad certam personam.* Unde producit actionem in rem, ubicunque ea sit, & contra quemcunque possessorem. Jus ad rem est, *Facultas competens in aliam personam, ut nobis aliquid det, vel faciat*, quod ideo producit actionem *in* certam *personam*, non contra tertium. Eodem modo definitur obligatio; Nam qui alium habet obligatum, jus ad rem habere dicitur, ut *in loco* videbimus. Nos quinque Species Juris in re statuimus, *Dominium, Jus dominio proximum*, vulgo *utile Dominium, Hereditatem, Servitutem, Pignus.* Quod si tu utile dominium pro specie distincta dominii malis accipere, quod per me licet, recte dices, *quatuor esse juris in re species, ut est in positionibus.*

SCHOLIUM.

Imo potius unica, Dominium nempe, sub quo hereditas, servitus, pignus, commode possunt comprehendi, per tradita a nostro τῷ πάνυ Bornio dissert. Inaug. de jur. in Re. *confer Auctorem supra* n. 1. *verbis*, de dominio.

RESPONSIO.

Hæc sententia non præstat nobis hunc usum, propter quem unice terminum & species Juris in Re in Scholis recepimus, ut distincte concipere possimus fontes actionum in Rem. Quod si dominium deinde partiaris in dominium stricte dictum, hereditatem, servitutem, pignus, quid hi-

(l) *Pos. 25. & sqq.*

cis aut compendii feceris, dic sodes, nisi quod dominii significationem negligentiorem & confusam oculis objeceris. Ego quidem Justiniani tractatum de Rebus in pr. h. t. *in duo summa Capita partitus sum, quæ sunt de dominio & de obligatione: Sed hoc ideo, quia Juris in Re terminus Auctoribus Artis nostræ fuit incognitus, eo sensu, quo nunc usurpatur. Id non præjudicat usui Scholastico, cujus respectu me hanc de jure, quod in Re vocatur, doctrinam sectari sæpe professus sum.*

N. ADDIT.

At vero facile est dicere; quid lucis aut compendii faciamus, si dicamus, dominium in genere esse fontem actionum in rem, & deinde dominium dividamus in dominium stricte dictum seu rerum corporalium, & dominium juris, i. e. hereditatis, servitutis & pignoris. Idem enim hic compendii & lucis est, atque cum ex altera parte dicimus fontem actionum in personam esse unicum, nempe obligationem, & obligationem postea dividimus in obligationem ex contractu, vel ex delicto, vel ex variis causarum figuris, i. e. ut Cajus loquitur, ex quasi contractu & quasi delicto. Si vero fontes actionum realium secundum usum Scholasticum dicimus esse quatuor, dominium, hereditatem, pignus & servitutem, quid lucis & compendii hic est? cum nemo fontes actionum in personam similiter dicat esse tres, vel quatuor, cum tamen hic eadem subsit ratio.

Dominium, quia excellit & jus cæteris perfectius est, ideo suum nomen sæpe retinens, a jure in re separatur, *l. 30. de act. nox. & l. 19. de damno inf.* sub quo tamen aliquando continetur, *l. 8. §. 1. C. de præsc. 30. vel 40. ann.* & dicitur plena in re potestas, *§ 4. I. de usuf.* nec dubium, quin rem afficiat ubicunque sit, quod est proprium juris in Re, *l. 23. de R. V.* quod cum non faciat possessio, potest adeo nec fieri, ut sano sensu jus in Re esse dicatur, nihilo magis ac *Jus dotis*, quemadmodum copiose probavimus *l. 4. Digress. c. 9. & seq.*

13. (m) Primum igitur ac præcipuum jus in Re, est, *Dominium*, quod a Grotio definitur *d. l. 2. c. 3. Facultas, qua quis rem non possidens, eam jure consequi potest*, quæ videtur imperfecta definitio. Plerumque dominium finitur; *Jus quo res est nostra.*

SCHOLIUM.

Si Dominium in genere ita describas, nihil deficit, & res satis est clara: si vero in specie dominium corporis, addenda erit vox, quo res corporalis *est nostra. Præterea etiam hæc definitio priori videtur præferenda; quoniam definit a priori, cum illa desumpta sit a posteriori.*

RESPONSIO.

De significatione dominii generali & speciali mox videbimus. Sed ultima Ratio in Jure non procedit; rerum moralium vis & conditio maxime in effectis consistit, saltem inde cognoscitur, & nusquam melius, quam in illis conspicitur; ideoque inde Juris definitiones optime & luculentissime componuntur; quæ a priori petitæ sunt definitiones, amant esse obscuriores.

N. ADDIT.

Primo Autor hic obscuram reddidit sententiam Scholii nostri. Qui enim id legit, prout hic positum est, putabit ac si per priorem definitionem intelligamus definitionem Grotii, cum tamen intelligamus definitionem Mynsingeri. Ita enim scriptum erat in positione 29. ad quam istud Scholium erat adjectum. Prima species dominium, definitur, jus de re corporali perfecte disponendi, aut eam vindicandi, nisi lex vel conventio obsistat. *Mynsing. ad princ. h. t.* Alii brevius: est jus, ajunt, quo res est nostra, *minus plene & minus clare. Deinde etsi non negem, vim rerum moralium maxime in effectis consistere, æque tamen credo esse perspicuum, sive quis in definitione denominet causam efficientem, ex qua effectus oritur, (quod est rem definire a priori,) sive denominet effectum, qui ex illa causa efficiente oritur, (quod est rem definire a posteriori). Interim etiam in moralibus definitiones primi generis creduntur esse perfectiores. Ita & obligatio definitur a priori. Si definitiones a posteriori essent magis perspicuæ, obligatio definienda esset, quod sit jus, rem petendi per condictionem. Atque sic nemo descripsit.*

Sed rectius & plenius Mynsingerus *pr. I. h. t.* Est *jus de re corporali perfecte disponendi aut eam vindicandi, nisi lex vel conventio obsistat.* Dispositio *perfecta* continet plenum ac liberum administrandi & alienandi jus, quo cæteris juribus in rem opponitur; *excepta hereditate;* nam qui usumfr. servitutem, pignus habet, non nisi certum & coarctatum jus in rem habet. Quin & dominis, ut definitio indicat, sæpe legibus aut pactis administratio & alienatio aufertur, ut *infra* videbimus. Alii verbum *corporale* ex definitione eliminant, & volunt, rerum etiam incorporalium esse dominium; idque triplex statuunt *Proprietatis, Servitutis, Possessionis,*

sunt

(m) *Pos. 29. & seqq.*

sunt etiam qui addunt, *Obligationis*. Quorum mihi sententia non pōtest probari, his potissimum rationibus: 1. Quia Rerum duntaxat corporalium dicimur habere dominium, *l. 4. pr. Comm. divid.*

SCHOLIUM.

Hic & sequentes textus agunt de dominio stricte dicto, ut & præsens titulus tam hoc, quam in Pandectis.

RESPONSIO.

Verum est, dominii vocabulum aliquando tam late sumi, ut omni patrimonio hereditatique conveniat, quomodo accipitur in l. 70. § 1. de V. S. & l. 48. de Hered. Instit. *Nec etymologica significatio dominii a domo, nihil magis hoc refugit, quam hereditatis ab hero. Sed usu notissimo juris, prævalet dominii propria significatio, qua de rebus corporalibus usurpatur. Scholiastes omnia, quæ pro definitione dominii protulimus, distinctione latioris & strictæ significationis eludit; quo etiam pertinet sequens ejus Scholium, ubi* vid. resp.

N. ADDIT.

Distinctio dominii in late & stricte dictum, non est elusio. Sed isti potius videntur ludere, qui fatentur, in jure fundatam esse significationem latiorem Dominii, ut ipse Autor noster id in hac responsione fatetur, & tamen illam latam acceptionem non volunt esse propriam, sed proprietatem significationis attribuunt soli Dominio rerum corporalium.

2. Quarum rerum habemus dominium, earum specialis vindicatio datur, *l. 1. § 1. l. 23. pr. de R. V.* sed hæc incorporalibus non convenit, *l. 5. § 4. l. 6. de R. V.* 3. Res, quæ sunt in dominio, tradi possunt, per *l. 20. C. de Pact.* Incorporalia tradi nequeunt; *l. 43. § 1. de A. R. D.* 4. Quod potest usucapi, hoc etiam potest esse in dominio, nam usucapio est adjectio dominii, *l. 3. de usucap.* nec ullus est titulus vel causa dominii, quin etiam sit causa usucapionis & vice versa. Ergo hæc duo inter se convertuntur. Incorporalia autem non recipiunt usucapionem, *d. l. 43. § 1.* igitur nec dominium. 5. In titulo *de acquirendo Rerum dominio* tam Institutionum quam Pandectarum, nulla incorporalium mentio occurrit; unde si alibi secus occurrat, id improprium sit oportet.

SCHOLIUM.

Imo, *quia hic significatus in Arte non est infrequens, pro æque proprio erit habendus, uti significatio mortis & adoptionis. Aliud quippe est significatio lata, aliud propria.*

RESPONSIO.

In usu terminorum Artis sine dubio spectandum est, quid Artis auctores in iis locis, ubi de quaque materia ex professo tractatur, observent. Latam & strictam adoptionis & mortis significationem diserte in iis titulis, ubi de illis rebus agunt, ipsi conditores Juris tradunt & inculcant. Idem si de dominio fecerint, haberemus quod sequamur. At si in iis locis, ubi de dominio plene & unice agunt, nullam nisi de corporalibus mentionem faciant, ut fit, non est seduli Interpretis, fortuitis vocabuli extensionibus aliunde conquisitis abuti ad confusionem terminorum. Si testator in ultima voluntate sua heredem instituat dominum, ut facit in dd. ll. 48. & 70. *quia non potest aliud quam universum patrimonium intelligere, juris consultos potius mentem ejus, quam vocabuli proprietatem interpretari manifestum est. Nos plena manu probatum dedimus, non posse ex usu Juris recto hereditatem, servitutem, & obligationem, cum dominio confundi,* lib. 4. Digress. c. 6. & sqq.

N. ADDIT.

Hic initio repetendum, quod autor ipse modo *§* 12. in respons. *fassus erat, se ideo Justiniani tractatum de Rebus partitum esse in duo summa capita, nimirum de dominio & Obligatione, quia videlicet Juris in re terminus autoribus artis fuerit incognitus. Hæc vero ratio si valere debet, exinde colligendum est* (1) *Dominium, quatenus obligationi opponitur, æquipollere termino juris in Re,* (2) *& adeo Dominium hoc denotare in genere Jus actionem realem producens.* (3) *Hanc exceptionem Dominii autoribus artis non fuisse incognitam, alias enim ratio Autoris nihil inferret.* (4) *Hanc acceptionem Dominii, etsi latiorem altera, qua Dominium denotat certam Juris in re speciem, æque tamen esse propriam. Nam absurdum foret, si quis in recensendis duobus summis capitibus juris rerum, & quidem secundum terminos autoribus artis cognitos, terminis vellet uti significationem impropriam habentibus. Deinde ostendendum est, qua occasione Autor deceptus fuerit post alios, ut putaret, Dominii illam acceptionem latiorem esse impropriam. Eam vero indicant ejus verba paulo ante prolata:* Quia, *inquit,* rerum duntaxat corporalium dicimur habere dominium, *l. 4. pr. Com. divid. Age videamus, an hoc verum sit.* Per hoc Judicium, *ait Ulpianus,* corpora-

lium rerum fit divisio, quarum rerum dominium habemus: non etiam hereditatis. *Hic, si maxime Ulpianus diceret, hereditatis non esse dominium, sed rerum duntaxat corporalium, ut Autor eum explicat, non tamen video, cur ejus Autoritas prævalere debeat textibus Marciani & Pauli* in d. l. 48. & d. l. 70 § 1. *aut cur ad eos conciliandos non deberet magis apta esse distinctio inter dominium late & stricte dictum, quam inter significatum dominii proprium & impropriam. Sed Ulpianus id nequaquam dicit, quod sensit is, qui in additis ad Pandectas distinctionum signis, inter verbum* habemus & non *colon posuit, non comma. Nempe sensus est:* Per hoc Judicium fit divisio, non hereditatis, sed rerum corporalium, nec harum tamen omnium, sed earum, quarum dominium habemus, non ad quas habemus actiones in personam. *His suppositis, ad responsionem Autoris præcedentem facile excipi potest. 1. Uti de morte non succurrit titulus in jure, ita nec succurrit, quod ubi v. g. de morte civili in jure agitur, JCti Romani latam & strictam mortis significationem diserte inculcent. 2. De dominio nusquam plene agunt Autores artis, id est eo modo, ut tradant dominii definitionem, tantum abest, ut tradant varios significatus dominii. Ubi vero de acquirendo rerum dominio agunt, non possunt non agere de dominio rerum corporalium, quia de dominio stricte dicto, & de dominii late dicti nobilissima specie ibi agunt. 3. Dicere, quod lata dominii acceptio sit fortuita extensio vocis, repugnat Autori ipsi, qui peccasset, si fortuita extensione vocis usus fuisset in assignando primario juris rerum capite. 4. Non bene dicitur, significationes dominii late accepti esse ex alienis titulis aliunde quæsitas, videlicet ex titulis* de heredibus instituendis & de V. S. *Nam dum Autor significatum suum proprium deducit ex titulo* de Comm. divid. (*quamvis erronee, ut modo ostensum,*) *non poterit hanc objectionem adversus nos urgere. Nam de dominio in tit.* de communi dividundo *adhuc minus agi debet, quam in titulo* de V. S. *5. Exceptio, quod* in dd. ll. 48. & 70. *JCti potius mentem testatoris, quam vocis proprietatem interpretentur, faceret forte aliquid, si sola* l. 48. *uteremur, ad dictam vero* legem 70. *non quadrat, ubi plane nihil de herede ut domino restituto. 6. Hereditatem, servitutem, obligationem, non poss. ex usu juris recto cum dominio confundi, & nos urgemus, exinde tamen non magis sequitur, servitutem & hereditatem non esse speciem dominii latius dicti, quam si quis exinde, quod obligatio ex contractu non debeat confundi cum obligationibus ex delicto, velit inferre, quod harum alterutra non sit species obligationis generice accepte.*

SCHOLIUM.

Sed de obligatione jam aliunde constat, eam ad dominium non spectare.

RESPONSIO.

Unde magis, quam de servitute & possessione, mihi non constat. Nec enim magis separatur titulus aut opponitur terminus; & textus generales, qui dominium heredis omne jus defuncti continere dicunt, ut d. l. 48. & l. 70. *non minus, imo magis obligationes, quam servitutes & possessionem comprehendunt. Quare si obligationis constat non esse dominium, ut Scholiastes ait, æque facile neque de servitute, vel possessione dominium prædicare posse, colligere licet.*

N. ADDIT.

Initio Scholium non refertur, uti posueram: Dixerat Autor, & possessionem & obligationem opponi dominio. Regesseram, de his jam aliunde constare, quod ad dominium non spectent, (nimirum ad dominium, quod unum ex duobus summis capitibus juris rerum est, æquipollens juri in re, actiones reales producenti). Atqui harum assertionum utramque jam breviter probo. Possessio facti est, dominium juris nomen: Dominium a possessione incipit. Possessio non producit actiones in rem, sed occasione possessionis dantur interdicta. Obligatio tanquam alterum ex istis duobus summis capitibus juris rerum, ipso Autore sic loquente, dominio opponitur, & actionem in rem non producit, quomodo ergo posset ad istud dominium, quod unum ex summis capitibus juris rerum est, referri? Hæc igitur cum ita se habeant, non debebat Autor in scholii mei relatione possessionis mentionem omittere, & in responsione eam iterum immiscere ac servituti jungere, quasi possessionem æque ac servitutem habeam pro specie dominii. Deinde ex dictis constat, cur non valeat argumentatio ab obligatione ad servitutem & hereditatem, cum disparitas, sc. productio actionis in personam & in rem, sit satis palpabilis.

Sed optima ratio est, quæ a remotione specierum incorporalium, in quibus alii Dominium statuunt, desumitur, ut est servitus atque possessio. Nam servitus etiam dominio opponitur,

nitur, *l. un. § 3. de remiss.* Fructuarius dominus non est, *l. 43. inf. de furt.* Ergo species dominii servitus esse nequit. Exceptio Bachovii; Proprietarium esse dominum rei, fructuarium juris, est commentitia, & petit principium. Mera confusio est hæc terminorum detorsio, præsertim, cum & *possessio* inter species dominii refertur, quæ sunt duæ res separatissimæ, ut vel ex rubricis *de acquir. possess.* differentia inter judicia peritoria & possessoria, definitione usucapionis aliisque innumeris rebus patet, minimeque probat contrarium *l. 2. C. ubi in rem actio.* neque *l. 11. C. de omni agro des.* ubi *proprietas possessionis*, quo argumento suos ipsi terminos pervertunt: Nam si tres dominii species, Proprietas, Servitus, Possessio, ut ponunt, qui potest dari proprietas possessionis? an species de specie opposita prædicatur? sed tu intellige, *proprietas fundi in d. l. 11.* ut in *l. 18. de minor.* vid. Brisson. *de V. S.* verb. *possessio*; imo dominium & proprietas sunt unum idemque, *l. 12. pr. de Acquir. rer. dom. l. 4. de alim. leg. l. 2. quib. mod. usufr. amitt.* Nihilo magis obstat *l. 4. in fin. si usufr. pet. l. 15. § 8. Quod vi aut clam. l. 70. § ult. de V. S. l. 118. in f. pr. de V. O. l. 4. de usufr. l. 70. § 2. de fidejuss. l. 17. Quib. mod. usufr. amitt. l. 4. C. de Probat. l. 138. de V. S. l. 3. pr. & l. 1. § ult. de S. R. P. Rubr. D. si servit. vind.* de quibus ad *ff. h. t. vel in Digression. l. 6.* Sane hoc tenendum, abusive aliquando dominium de omni patrimonio usurpari.

14. (n) Divisio dominii, quæ prima traditur in *Civile & Prætorium*, exigui vel nullius est usus. Quamvis enim Prætor heredem subtiliter loquendo non faciat, *pr. I. de bon. poss.* tamen bonorum possessio, quæ ex Edicto prætoris datur, idem jus, quod hereditas, tribuit, *l. 1. & seqq. de bon. poss.* Sed olim Dominium erat *Bonitarium*, vel *Quiritarium*, sive ut Theoph. *ad tit. de Libertin.* Ἔννομος καὶ Φυσικὴ δεσποτεία, *legale aut naturale dominium.* Et hoc quidem, quo res in bonis est ac utilitatem præstat. Civile seu Quiritarium, quod solenni modo ex Jure XII. Tab. est acquisitum; quod fiebat tribus modis, *Mancipatione, Cessione* in jure & *Usucapione.* Mancipatio erat alienatio certarum rerum; quæ *mancipi* dicebantur, conceptis verbis libripende & quinque testibus adhibitis facta, Ulp. *tit. 19. § 1.* qui ritus aliter *Nexus* dicebatur. Res mancipi erant, prædia Italica, servi, pecudes mansuetæ; cætera nec mancipi dicebantur. Cessio in jure, fuit alienatio rerum tam mancipi, quam nec mancipi, facta cessione domini, vindicatione accipientis, addictione Prætoris, Ulpian. *d. tit. 19. § 7.* De usucapione suo loco. Cives Rom. aliique horum modorum nacti dominium, habebant Quiritarium *plenum*, quod & totum in alium civem transferebant; sed si rem in provincialem alienarent, is dominii Quiritarii incapax bonitarium duntaxat acquirebat, & Quiritarium *nudum* manebat penes cedentem. Verum hæc distinctio sublata est per *l. un. C. de nud. jure Quirit. toll.* Est tamen hodieque dominii differentia, quod sit plenum vel nudum. Plenum, cum ususfructus & emolumentum adest. Nudum, a quo separatus est ususfructus, *l. 2. Quib. mod. usufr. am. & l. 4. de alim. leg.* ubi, *ut pleno dominio hæc habeant, & non solum usumfructum.*

15. A doctoribus recepta Dominii divisio in *directum & utile.* Quorum exempla sunt in emphyteusi, superficie & feudo. Nam vasallis, superficiariis & emphyteutis utile, dominis vero directum adscribunt dominium. Sed hos terminos contra ingenium juris & sermonis Latini compositos esse, non potest negare, qui cogitet, directum & utile usurpari de actionibus, minime vero de causis actionum, ut sunt contractus & dominia; Hinc liquet, etsi Utilis in rem actio detur emphyteutis &c. *l. 1. § 1. si ag. vectig. l. 16. § ult. de pign. act. l. 1. § 3. de superfic.* minime inde sequi, quod dominium quoque sit utile, nisi contractus etiam utiles statuere velis, quia & actiones in personam utiles multæ reperiuntur. Hoc saltem verum est, quemadmodum actiones dicuntur utiles, cum species extant affines iis, de quibus actio proprie datur: ita utilem in rem actionem, arguere jus aliquod affine dominio & proximum, quod sane *quasi dominium* appelletur; neque enim id pugnat cum usu Juris civilis, ut appellatio *utilis*; veluti quasi contractus, actio quasi Serviana & similia. Proximum autem jus dominio convenire emphyteutis vasallisque, certum est: neque tamen nugæ sunt, cum de re conveniat, vituperare verba. Æquum est, aliquod discrimen inter scholas nostri temporis & barbari sæculi servare. At jura negant emphyteutis dominium expresse in *d. l. 1. § 1.* dicunt eum alium habere

(n) *Pos. 33.*

Dominium, § 3. *Inst. d. l. 1. § 1.* Opponuntur *emphyteuticarius & rei Dominus*, *l. 1. 2. 3. C. de jur. emphyt.* Quanquam Græcos Impp. suos patrimoniales emphyteutas dominii nomine dignare, videmus in *l. 2. l. 4. & l. 12. in fin. l. ult. C. de fund. patrim.* Nimirum Cæsares magis Principes quam fundorum domini esse gaudent; ideo facilius suis emphyteutis eum titulum tribuunt, quibus etiam plus juris dedisse videntur, ita ut *commissum non metuant, d. l. 4.* (secus ac in privatis, *l. 2 & 3. C. de jur. emphyt.*) sed fundos *perpetuo & inconcusso jure possideant, l. 5. eod.* quo sensu non tam commodare Cæsares, quam *jure dominii tradere* se fundos profitentur, *d. l. 4.* abusive dominii voce pro perpetua & inconcussa possessione sumpta, quales analogicæ improprietates in aliis rebus passim occurrunt. Vasallis in doctrina feudali forte etiam speciosius dominii appellatio, quam emphyteutis communicetur; sed eorum in jure civili, ubi sunt incogniti, ratio haberi nequit. At vero quicquid de dominio Emphyteutæ sit, omnino tamen Dominii *utilis* terminus nusquam reperitur, & sine dubio solœcus est. Quanquam in foro solœcismos tales anxie fugiendos esse, nemo prudens dixerit.

16. Atque hoc est primum jus in Re, Dominium; Cætera non sunt hujus loci. Priusquam tamen pergamus, monitum velim, merito sub Dominio Jus dotis comprehendi, quod aliqui distinctum jus in Re nuncupant, sed ex hypothesi, quam falsam esse non dubitamus; scil. quod maritus, cum habeat actionem in rem ad vindicandas res in dotem datas, *l. 11. C. de R. V.* tamen non sit earum Dominus; quod alibi refellimus, *lib. 4. Digress. c. 9.* Speciosius diceretur, Jus dotis esse universale, etiam talia complectens, quorum non potest esse dominium, ut jura & obligationes, atque ita instar hereditatis constituere jus distinctum. Neque non verum id esset, si actio in rem daretur universalis, qua res in dotem datæ a quovis possessore peterentur. Sed maritus adversus eum, qui dotem promisit, personaliter agit, contra tertium nullam præter rei vindicationem habet, quæ singularis est. Heres, particularium quoque rerum possessorem universali actione compellat, *l. 1. § 1. si pars hered.* de marito ratione dotis, id nusquam auditum. Quare nihil profertur, cur Dos ut est universum quid, Jus in Re dicatur, vel ut respectu corporalium rerum a Dominio distinguatur. De possessione, an jus in re sit, alibi diximus, & dicemus.

17. (o) Ubi, quid & quotuplex sit dominium, vidimus; ad modos, quibus acquiritur, transeundum, qui vel sunt *juris naturalis, quod appellatur jus Gentium*, ait Imp. in § 11. *h. t.* vel juris civilis, de quibus *infra.* Jus naturale dupliciter usurpat, vel pro eo, quod homini est commune cum brutis, ut in *tit. de jure Nat.* vel quod cum recta ratione conjunctum est ac humanæ naturæ proprium; idque hoc loco intelligitur, & vocatur *jus Gentium*, ad distinctionem juris naturæ prima significatione, de qua diximus in loco. A *Modis* acquirendi Dominii distinguuntur *Causæ*, vix alio sensu quam ut causæ rerum proximæ a remotioribus. Nam proximæ, id est, quibus dominium immediate acquiritur, dicuntur *Modi*: Remotiora principia, *Causæ*, quales præcipue sunt tituli obligationum, in quibus de dominio transferendo agitur, ut venditio, donatio, stipulatio &c. *l. 11. § 3. de except. rei jud.* Ipsos tamen modos etiam causas dici, nihil, inquam, vetat, nec aliter JCtus, cum in *l. 3. § 4. de Acquir. poss.* dominium ex pluribus causis contingere posse negat: nam remotiores simul esse possunt, ut pro suo, aut pro herede, *d. § 5.* Discrimen hoc causarum & modorum, in plerisque Juris Gentium acquisitionibus est obscurius; sed in traditione inprimis perspicuum. Venditio enim, stipulatio, similesque tituli causam Dominii continent, sed Dominos non faciunt; verum traditio, quæ sequitur, dominium præstat, *§ 40. & 41. h. t.* Sic & Perceptio est modus acquirendi fructus, causa vero Cura & cultura, *§ 35. h. t.* Occupatio modus acquirendi res nullius, Causa jus homini a Deo in res cunctas datum. Causæ, quæ respondent modis jure Gentium acquirendi, fere omnes ex jure Gentium descendunt, nam plerosque contractus saltem origine hujus juris esse, alibi dictum & dicendum est. Sed & modi acquisitionis, qui juri Civili tribuuntur, plerique tamen causas e jure Gentium repetunt. Nam acquisitio hereditatis, legati, fideicommissi, donationis mortis causa, quod ad momentum acquirendi dominii, sunt juris mere civilis; sed ipsæ successiones, legata, donationes, quæ causam dominii præstant, aperte ex jure Gentium oriuntur; Ne quis putet, cum modos juris civi-

(o) *Pos. 35 & 36.*

lis

lis audit, sermonem esse de rebus jure Gentium ignotis. Porro modi jure Gentium acquirendi Dominii, plures hoc capite recensentur. Præcipui sex esse videntur, *Occupatio*, *Accessio*, *Specificatio*, *Commixtio*, *Fructuum perceptio & traditio*. Alii sex etiam numerant, sed confusionem addunt & fructuum perceptionem omittunt; verum quæ ratio nobis constet, quo minus hanc omittamus, illam sub commixtione intelligimus, *infra* explicabimus. Placet autem simplex harum specierum enumeratio potius quam subdivisiones aliorum. Nam qui modorum quosdam ex facto nostro, alios vi & potestate rei nostræ, tribuere dominium ajunt, ut *D. Vinnius*, ad primam speciem quinque modos, ad secundam duntaxat unam referunt, scil. Accessionem, quod non est operæ pretium. Grotii distinctio *l. 2. c. 3. pr.* in modos acquirendi *originarios & derivativos*, præclara pro ipsius instituto, nobis minus expedit, quia primo ad acquisitiones tam civiles quam juris gentium pertinet; deinde ita comparata est, ut singulos modos divellere possit. Nam occupatio licet præcipue originaria, tamen a nostris etiam ut derivativa consideratur, quatenus res hostiles occupantium fiunt, *§ 17. h. t.* Accessio autem sine dubio, vel originaria est, ut alluvio, Insula in flumine nata, fœtura; vel derivativa, ut ædificatio, intextura, plantatio, scriptura, de quibus *infra* latius. Videamus igitur sex illos modos ordine Imperatorio. Primus & præcipuus est Occupatio, per quam dominium acquiritur *Rerum communium*, quæ aliter *Res nullius* dicuntur; ut dictum *supra de § 5.* Hoc loco de origine dominii & communione primæva agendum erat, qua de re late diximus *in lib. 4. Digress. c. 10. & seqq.* quibus repetendis hoc locus non est.

OCCUPATIO.

18. (p) Pergemus ad modos ipsos dominii acquirendi, quorum primus est *Occupatio*, quæ nihil est aliud, quam *corporalis rei apprehensio cum animo sibi habendi.* Unde sequitur, quæ res corporaliter apprehendi, & *custodia*, ut in *§ 12. h. t.* habetur, *coerceri* nequeunt, has per occupationem in jus privatum nunquam redigi. Videtur omnino res talis esse Mare, quod occupari non posse, nisi quatenus *custodia coercetur*, hoc est, quatenus terris, quæ certorum hominum sint, comprehenditur, ex natura & occupationis & ipsius maris, quod immensum, liquet. Cui accedit, quod rationes, quæ aliarum rerum dominia distingui coegerunt, in mari cessent. Reliquas enim res a singulis teneri oportuit, quod omnes pariter ad usum sui non admitterent, & quod labor cuique suus prodesse deberet: Sed mare commodissime toti humano generi promiscue sufficit, nec capit opera permanentis industriæ, quæ Auctores vindicare debeant. Ideoque divisionem maris nullam a primis mortalibus factam oportuit, quibus insuper Oceanus erat incognitus & imperitia rei nauticæ inaccessus; divisio rem quoque terminatam & occupationis capacem requirit, qualem mare non esse, modo diximus, & res loquitur; Plura Grotius *tract. de mari libero, & de J. B. & P. l. 2. c. 2. § 3. & cap. seqq.* Dominium igitur maris totius aut præcipuarum partium, cum hoc effectu, ut jus sit principi, vel populo, alios prohibere piscari in eo, navigare, aquam haurire, conchas & naufragiorum reliquias colligere, nec est, nec fuit, neque esse potest. At hoc ipsum Jus Romanum docet, quo mare inter ea refertur, quæ *communia sunt omnium*, & quidem *naturali jure*, ne communia civium Romanorum intelligas, quæ, ut *supra* vidimus, publica dicuntur, *§ 1. Inst. & l. 2. de R. D.* Publica in patrimonio sunt populi Rom. *Communia ita* se habent, *ut primum a natura prodita sunt, & in nullius adhuc dominium pervenerunt, l. 14. de A. R. D.* ubi cum feræ, tum littora ejus conditionis dicuntur; ac proinde mare multo magis, quia littora per & propter mare sunt communia, *d. § 4. & l. 2.* Mare igitur & aer non sunt inter ea, quæ in universum occupari possunt.

SCHOLIUM.

Imo sunt, ut latius probarunt Seldenus & Strauchius, contra quos magis ex amore erga Patriam, quam ex vero, disputatur in Digressione. lib. 4. c. 14. & 15. *confer, quoad aerem, notas ad Strauch.* VI. 2. p. 59. *Quod vero refugium in custodia hic quærit Auctor, ad id facilis est responsio. Vel enim dicemus, eam ad res mobiles, de quibus loquitur* d. § 12. *esse restringendam, vel etiam mare custodia nostra coerceri, per leges maritimas & jurisdictionis in eo exercitium.*

RESPONSIO.

De Seldeni & Strauchii argumentis nihil est quod addam iis, quæ in Digressionibus plena manu dedimus; quæ an ex amore Patriæ potius quam judicio defæcato profecta sint, æquus lector judicet. Idem Grotio imputatum est, etiam cum in Patria male habitus, aliis, quorum ambitio

(p) *Pos. 59.*

dem.

dein ad maris Baltici dominium adspiravit, inserviret. Argumentum a custodia, desumptum est e jure Gentium, quod dominia primum a possessione custodiaque stabilivit, l. 1. § 1. de Acquir. poss. *quæ ratio non minus rebus soli quam mobilibus convenit. Responsio de occupatione per leges, non decet Juris Consultum, qui scit, occupationem fieri per apprehensionem corporalem, & jurisdictionem legesque ferendi jus, consequi, non præcedere dominium, vel potius Imperium.*

N. ADDIT.

Diu est, quod sententiam in Scholio positam (quæ etiam in loco illo supra ex notis ad Strauchium descripto, qui de rebus communibus agit, reperitur,) mutaverim, & opinioni Autoris accesserim, vastum scilicet Oceanum non esse dominii capacem, non solum quod custodiæ humanæ non subjaceat, sed & quod usum præbeat toti humano generi sufficientem, nec culturam & curam desiderantem. vide Instit. Jurispr. div. lib. 2. c. 10. n. 123. usque ad n. 135. *Igitur transire poterat hæc responsio Autoris sine noviore nota, nisi gravior illa nota, qua Autor Scholium meum censet,* (*in verbis*: Responsio de occupatione per leges, non decet JCtum,) *saltem leviorem aliquam notam loco exceptionis postulasset. Scilicet non me fefellit ista observatio, qui nunquam dixeram, occupationem fieri per leges, sed custodiam. At differt custodia ab occupatione. Illa hanc præsupponit, & multa occupantur, quæ nec custodiuntur, nec custodiri absque incommodo possunt. De occupatione plane nihil in Scholio, leges autem custodire res occupatas quis negaret?*

19. Recipit tamen hæc sententia aliquas cautiones; *primo*, quod divisio maris institui possit, non ad possessionem stabiliendam, sed ad curam piratas coercendi securitatemque præstandam, ut Grotius notat *l. 2. Jurisp. Holl. c. 1.* Secundo, Imperium in aliquam partem maris posse occupari, ut idem tradit *2. de J. B. & P. pr. c. 3. § 13.* quod primo posse fieri docet vi classium; verum tale imperium, si alia non præcedat causa, vix diutius durare videtur, quam terror classis: quo cessante, mare ad suam naturam redire videtur, quemadmodum fera capta diutius non manet nostra, quam custodia coercetur. *Iterum*, ratione territorii, quatenus ex terra cogi possunt, qui in proxima maris parte versantur, quod sane imperium exiguæ latitudinis est. *Tertia* cautio, conventione populorum fieri posse, ut quidam jure & usu certi maris cedant, aliique imperium quod ad se, permittant; Exempla sunt in *§ 15. d. cap. 3.* Postremo accedit Limitatio, quæ & antea insinuata est; posse dominium quoque in parte maris fundari ab eo, qui terras ad utrumque latus possidet, dummodo tam modica pars maris sit, ut quasi portio & accessio terrarum haberi queat, *§ 8. d. c.* Nam ut privatus particulam maris fundo suo immittens dominium ejus consequitur, uti fecit Lucullus Neapoli, sic nihil est causæ, cur non rex aut populus sinum maris occupare queat terris ejus undique comprehensum; quo jure fœderati Belgæ, qui Sinum Frisicum, cui mari Australi nomen, ambiunt, ejus domini censentur; Romani equidem in mediterraneum mare rectius hanc ob causam dominium vindicare potuissent; sed dominium noluerunt, ut dictum, Imperio contenti fuerunt. Quæ prolixe opponuntur, ea succincte refutavimus *lib. 4. Digress. c. 13. & seqq.*

20. (q) Quæcumque igitur res in communione primæva manserunt, occupatione, quatenus eam recipere possunt, omni die in privatorum dominia rediguntur; qualia inprimis feræ bestiæ, volucres, pisces & omnia animalia, quæ mari, cælo, & terra nascuntur, ut loquitur Imp. *in § 12. h. t.* Occupatio autem facta censetur, cum res apprehensæ in potestate nostra sunt, aut vivariis, piscinisque continentur; sed pisces in lacubus & stagnis etiamsi privatis, feras in sylvis circumseptis vagantes, non posse dominium, scripsit Paulus ex Nerva filio, in *l. 3. § 14. de acquir. poss.* ideoque cum occupatio dominium per possessionem tribuat, consequens est, nec in dominio esse tales feras ac pisces, quod displicet Grotio *l. 2 cap. 8. § 2.* nostroque sæculo rectius contrarium invaluisse, tradit. dix. *l. 4. Digress. c. 17.*

21. (r) Causa dominii per occupationem quæsiti, est Jus Communionis, quod manet, quamdiu res a nemine capta & apprehensa est. Idcirco etsi fera in meo sit fundo, vel tuo, ideo nos nihilo plus juris in eam quam alius quilibet habemus, sed cuivis capienti cedit, *d. § 12* quod etiam de piscibus in majoribus aquis jure civili statuendum, colligitur ex *d. l. 3. § 14.* Quia tamen Domini aliis prohibere possunt, ne ad suos fundos, vel lacus, venandi piscandive causa accedant, & ipsi melius præsentes capiendis feris invigilare queunt, hinc venatio & piscatio in fructu esse traduntur, *l. 9. § 5. & l. 26. de usufr.* Feræ etiam captæ fructuario cedunt, *l. 62. pr. de usufr.* non quod

(q) *Pos. 41.* (r) *Pos. 42. & seqq.*

hoc

hoc ipsius sit præcipuum, sed opposito, putem, ad eas, quæ vivariis sunt clausæ, quorum numerum finito usufructu restituere tenetur, *d. l. 62. §* 1. Illud tamen non impedit, quo minus alii fundum ingressi feram occupent suamque faciant, etsi a Domino ingressu prohibiti; quod locum habet etiam in prædiis, quorum nulla nisi ex venatione utilitas, etsi aliter D. Voetius ad *hunc §* qui in talibus solum dominum venari posse tradit. Comparata quidem est domino spretæ prohibitionis actio injuriarum, *l. 13. in fin. de injur.* qua ratione dicitur, illicitum venari in alieno, ἐν ὠμοτερίοις ἴεσθαι, *l. 16. de S. R. P.* at interim acquisitio feræ procedit, quoniam hæc a libertate naturali ferarum pendet, quam talis prohibitio minime tollit, *d. § 12. h. t.* Factum, quo jus domini violatur, ejusque pœna, separatur a modo acquirendi rem, quæ nullius est, quemadmodum & alias fit; ut factum certo respectu illicitum, alia ratione juris effectum producat, ut in *§ 26. h. t. l. 7. §. 1.* cum *l. 8. π. Quod met. c. &c.* Occupatio autem illa non tantum fit manibus, sed instrumentis quoque, ut retibus & laqueis, dum duo adsint requisita; primum, ut instrumenta sint in nostra potestate, deinde fera ita inclusa sit, ut inde exire nequeat, docente Grotio *l. 2. c. 8. § 4.* Quare qui aprum laqueo per alium posito hærentem abstulit, eum non facit suum, sed si aper ita irretitus fuerit, ut expedire se nequivisset, tum qui laqueum posuit, pro domino habetur, & in id quod interest, adversus eum, qui feram dimisit, agere potest, *l. 55. de A. R. D.* ubi JCtus plures præmiserat distinctiones, quas inter & hæc; utrum laqueus in alieno fundo permissu domini positus esset, vel non; magis, ut videtur, ad discrimen actionis quæ competeret, quam dominii ipsius feræ acquirendi: Sive, quod Cujacius 4. *observ. in fin.* hinc colligit, venantem in alieno sine permissu domini, nihil suum facere, neque in isto loco habetur, nec Juris rationi convenit: ut nec Balduinus ad hunc *§* 12. feras ita captas pertinere ad fiscum notat; ratio quidem non est iniqua confiscandi, sed jure ita cautum esse, non liquet.

22. (s) Speciale autem est in feris, quod, ubi effugerint e potestate nostra, desinant esse in dominio, & fiant iterum capientis, *d. § 12.* cum aliæ res amissæ, licet possessio pereat, *l. 3. § 23. de acqu. poss.* in dominio nostro maneant & a quovis possessore vindicari soleant. Grotius *d. cap. 8. § 3.* diversitatem hanc non probat; nec magis feram, quæ aufugit, nostram esse desinere censet, quam servum fugitivum, qui ubicumque sit, a domino repetitur, *titt. ff. & C. de Fugitivis:* ideoque non tam renovationem libertatis naturalis, quam difficultatem recuperandæ dignoscendæque feræ, pro causa habet, cur possessione ejus amissa, dominium extinguatur, præsumpta scilicet derelictione Domini. At JCti pro discrimine inter cætera mobilia & feras id habere videntur, quod, ut in brutis analogum quid rationis agnoscunt, *pr. I. de jur. nat. l. 1. § 11. π. Si quadr. paup.* sic etiam eorum animo in recuperanda libertate naturæ non parum tribuant, *arg. § 15. h. t.* in verb. *donec animum &c.* Hominum autem alia est ratio: nam qui liberi sunt, aliorum fieri nequeunt, & servi non vagantur per sylvas & agros, nec eorum ulla venatio est, ut extra bellum occupatione acquiri possint: Grotii tamen sententiam juvant verba finalia *d. § 12.* Fera *naturalem libertatem recipere intelligitur, cum vel oculos tuos effugerit, vel ita sit in conspectu tuo, ut difficilis sit ejus persecutio.* Quid autem, si mansuetum animal a lupo aliave fera abreptum, ab aliquo occupetur, nunquid hoc capientis? Ulpianus ex Pomponio scribit: *non desinere nostrum esse, quod a lupo eripitur, vel alia bestia, tamdiu quamdiu ab ea fuerit consumptum, l. 8. § ult. Fam. ercisc.* quem locum fusius & elegantissime tractat in *l. 44. de A. R. D.* cujus tamen conclusio *ex d. l. 8. § ult.* clarior fieri videtur. (t) Porro, quia occupatio non nisi apprehensione perficitur; consentaneum est, feram non esse ejus, qui persecutus eam vulneraverit, & spem capiendi proximam habebat *, sed qui cepit & apprehendit, ut contra Trebatium decidit Justinianus *in § 13.* Improbum tamen esse, qui feram ab alio pæne captam intercipit, non est

* Hinc est, quod Jure Saxonico Communi vulneratæ feræ modica persecutio permittatur, ea scilicet, quæ sine sclopeti explosione, sine incitatione canum, & sine inflatu fit corniculi. *a. L. R. L. 2. art. 61.* Hopp. *ad § 13. I h. Us. Hod.* Richt. *Dec. 16. n. 4. seq.* Jure vero Electorali Saxonico nec ista quidem feram persequendi licentia venatoribus competit, cum Ordin. Provinc. (Landes-Ordnung) *d. ann. 1555. tit.* daß keiner auf des andern Grund und Boden. expresse caveat, daß keiner mit Jagen und Hetzen eines andern Güther nicht berühren soll, ohngeachtet einiges Einwenden, idque sub pœna 100. florenorum, ib. verb. alles bey Pön 100. Gülden. vid. *Corp. Jur. Sax. p. 48. j.* Carpz. *L. 1. Resp. 44. n. 16. seq.*

(s) *Pos. 47.* (t) *Pos. 48.*

dissitervhum, & Judicis erit providere, ne malitiæ indulgeatur; quin nostro sæculo Trebatii sententiam magis obtinere, scribit Baldainus ad *d. §13.* Grotius *l. 2. cap. 4. Jur. Bell.* versic. *Jemant can Wilt*, tradit, dominium quidem fieri capientem, sed eundem multari posse, ut venatorem importunum, *als onbeubiyck jaegende*, ut ita ratio delicti ac pœna, rursus ab acquisitione dominii distinguantur. In apibus * eandem esse rationem, quæ est in feris animalibus & quam exposuimus, docet Imperator *in §Apium quoque. 14. h. t.*

23. Cæterum moribus hodiernis, jus venandi feras Principibus fere, aut aliis proceribus concessum videmus, quamquam de Hispania scribit Hubertus Leodius *in vita Friderici Palatini l. 6.* venationem magis ibi promiscui juris esse; & *lib. 10.* refert, Carolum V. noluisse affirmantibus credere, in Germania prohiberi aucupia, deque ea responsionem fecisse, atque se rogatum, testatur Hubertus, cum legationem obiret, an res ita se haberet? quod *mirum*, ignorasse Carolum Cæsarem vulgatissimum Patriæ institutum: nisi Belgæ Belgii mores melius constiterint, quibus jam stricta venationum prohibitio in usu non est. Brabantis certe juxta lætum introitum ipsius Caroli V. & ejus filii, libera venatio permissa legitur, *art. 33. & 34.* Porro nititur ille mos restrictæ venationis, jure quod habent populi a Deo in cunctas res non occupatas; per quod licet ipsis ordinariam methodum, qua res tales singulorum capientium fiunt, invertere ac prævenire, easque res addicere iis, quibus videtur, adeo ut Principes vi hujus cessionis a populo factæ, dominium ferarum acquirere citra & ante occupationem, scribat Grotius *lib. 2. de J. B. & P. cap. 8. § 5.* Qua ratione Constitutio Caroli V. 169. ut fures ** puniri jubet eos, qui feras & pisces, etiamsi ab aliis non inclusos, capere sint ausi. Contra D. Vinnius ad *d. §12.* jus tantum venandi vulgo interdictum tradit, extra quam feræ per se adhuc sint communes, ut olim. Gudelinus etiam *lib. 2. de jure noviss. c. 2.* & Zypæus *notit. jur. Belg. tit. de jur. fisc.* negant, furtum committi, aut in conscientiam peccari ab eo, qui privatus lepus rem capit, qua de re diximus *l. 1. Legg. sf. c. 19.* Frisii nostri hac parte, ut in aliis, minus procul absunt a Jure Romano. Nam Jus piscandi & aucupandi, (exceptis avibus generosis) apud nos commune est ***; venatio majorum ferarum patet omnibus, qui fundos possident. Ipsæ autem feræ minime ita alliciuntur, sed quo minus fortuito captas retineamus, nihil obstat.

24. (u) Terrestria animalia sunt vel fera vel

* De apibus Jure Saxonico satis liquido constitutum est, simulac ex custodia nostra dilabantur, & ad vicinum evolent, in nostro non amplius esse dominio. Patet ex WBuch. 113. col. 120. §. fleucht ein Bienen Schwarm aus eines Mannes Hoffe it ibid. Dum de Pene tyl cum reliqui Wurm adeoque priori Domino, ex cujus fundo apes evolarunt, statim nullum Jus vindicandi superest, sed vel vicino, vel primo occupanti cedant, *d. a. 119.* Carpz. *p. 2. C. 36. D. 4.* Philip. *Us. Pr. Inst. L. 2. Ed. 5.* licet dissentiat Hopp. *Us. hod. ad § 14. I. de R. D.*

** De pœna eorum, qui feras furentur in Saxonia, videri potest *Corp. El. Nov. 7.* quæ ostendit, apud nos arbitraria, sed non capitali pœna, eos, qui illicite feras occupant, regulariter coerceri. vid. *Appendic. Corp. Jur. Sax. p. 69. j. LR. L. 2. art. 61. Mand. El. d. 1603.* conf. die Landes Ord. *d. an. 1532.* §Also soll von niemandes. *Corp. Jur. Sax. p. 10. ibid.* Carpz. *Prax. Crim. q. 84. n. 47 seq.* Unde nonnumquam pœna pecuniaria dictatur auf denen Weg-Seulen, e. g. pro lepore 10. thal. pro apro 20. th. pro cervo 30. th. Secus est, cum ferarum occupatio in banno ferino Electoris, der auf Churfl. gehegten und befriedigten Wildbahn suscipitur, quæ in occupante laqueo coerceretur. *d. Mand. d. 1603.*

*** Jure Saxon autem Piscatio a nemine exerceri potest, cui ita licentia non est a Principe permissa. Unde *Const. Elect. 8.* pro diversitate casuum, carceris, fustigationis & tractu di corda, pœnam in piscatores temerarios statui jubet, de qua ultima pœna, quæ hodie minus usitata est, Berger *Oss. mat.* conferri potest. add. Carpz. *Pr. Crim. qu. 84. n. 85. seqq.* De aucupio idem sentiendum, quod si illicite quis exerceat, arbitrarie punitur. vid. *P. 4. C. El. 36.* ibique Carpz. *def. 5.* adde *Mand. El. d. an. 1626.* von wegen des Vogelfangs. *Corp. Jur. Sax. p. 520.* & Landes Ord. *de an. 1555. tit.* von Vogelfangen. *C. S. p. 49.* unde constat, iis quoque, qui cum Jure aucupii investiti sunt, non licere a tempore Bacchanalium usque ad diem Bartholomæi suo jure uti, sub pœna 100. Schessel Haber & 50. florenorum. *d. M. El. d. A. 1626.* In venatione terrestri tempus legitimum quoque observandum est. Ita apud nos terminus a quo, est Dominica prima aut sexta post Trinitatis, dies Aegidii, terminus ad quem, Bacchanaliorum, &c. ita tamen, ut ad ferarum diversitatem quoque respiciatur. *Mand. Reg. & El. A. 1702. d. 20. Sept.*

(u) *Post. 45. & 46.*

man-

mansuera. Fera, quæ, ut Varro ait, *naturali suo impetu feruntur & ruunt nullo hominum commercio mansuefacta vel imperio domita*; quod tamen in plerisque fieri posse arte & industria, satis constat, etiam τῶν ἀγρίων ἀγριώτατον, *quarum maxima est feritas*, ut Plutarchus ait in lib. περὶ παίδων. Sed pisces mansu fieri non videntur, nec de iis discrimen inter feros & ciceure usurpatur, διὰ τὸν τόπον οὐ διὰ τὴν φύσιν, ait Plinius apud Plutarchum, *lib.* περὶ τῶν ζώων. *Propter locum, non propter naturam.* Porro, quæ animantia naturam habent feram, licet arte ciceurentur, in se tamen fera dicuntur; etsi consuetudinem quoque eundi redeundique habent, quia hæc feritatem naturæ non tollit: Verum mansuetæ bestiæ domitoribus sunt propriæ, & volucres consuetudinem evolandi revolandique habentes, etiamsi feræ adhuc naturæ maneant, tamen quamdiu retinent hanc morem, in dominio cenientur, nec aliter captantium fiunt, quam si, consuetudine aliquamdiu cessante, animum revertendi deposuisse censentur, ut docet Imp. in § 1. *h. t.* Mansuetæ igitur animantes sues, ut res aliæ, dominos habent, quas inter gallinæ quoque & anseres, § 16. *h. t.* idque e contrario colligit Imperator, quia reperiuntur gallinæ quoque & anseres feræ naturæ. Scil. gallinarum & anserum maxima pars sunt cicures, feri pauciores. Hinc a potiori denominatio: anseres feros omni die habemus; gallinæ quæ sint feræ, inter nos parum liquido dixerim; nam perdices & quibus aliis rustici id nomen tribuunt, in diversam plane speciem incidunt. Varro tamen 3. *de R. R. c.* 9. & Columella *l.* 8. *c.* 2. gallinas dividunt in cohortales sive villaticas, & Rusticas, quæ non ita mansuetæ sunt, nec sine cavea continentur, nec nisi ab aucupe deceptæ capiuntur. Qui gallinas & anserem lucrandi animo detinet, is furtum committere intelligitur, ait Imp. *d.* § 16. *in fin.* & contra eum, qui columbas nostras apprehendit, *furti competere actionem*, scribit ex Pomponio Ulpianus in *l.* 8. § 1. *Fam. ercisc.* idemque de pavone Pomp. in *l.* 37. *de furt.* Quæ loca argumento sunt etiam de parvis & modicis rebus, contra quam Zasius voluit, 2. *sing. respons.* 26. furti posse agi. Nam & actio de vi bonorum raptorum utilis est, etiamsi quis unam rem licet minimam rapuerit, *princ. inst. de vi bon. rapt.* sed hujus quæstionis alia dabitur occasio.

(w) *Pos.* 48. & 49.

25. (w) In § 17. agitur de his, quæ jure belli occupantur. *Ea, quæ ab hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt*, ait Cæsar, & quidem *statim*, ait Imp. idemque est in *l.* 5. § *ult. de A. R. D.* nam si occupationis ea vis est, nihil impedit, quo minus capta protinus nostra fiant, *arg. l.* 13. § 1. *de acquir. poss.* Consummata tamen acquisitio non censetur, nisi cum res ita in potestate est, ut difficulter ab hoste recuperari queat, quod in rebus mobilibus intelligitur, si intra præsidia nostra sint perlatæ, *l.* 5. § 1. & *l.* 19. § *de captiv. & postl.* in immobilibus, quando munitionibus nostris ita sunt inclusæ, ut veteres domini quod satis est, arceri possint, Grot. *l.* 3. *c.* 6. § 3. a quo dissentit P. Cuneus in *resp. cons. de caus. postlimin.* Porro in acquisitione, quæ fit bello, idem procul dubio quod in omni acquisitione, requiritur, ut quisque rem suo nomine, non ut minister alterius, apprehendat; Nam qui ita, eum nihil sibi; sed totum domino quærere, translatitium est. Hinc qui stipendia faciunt, non fiunt domini rerum, quas de hoste capiunt: sed hæ publico cedunt, cujus nomine bellum geritur, adeo, ut peculatus rei sint, qui prædam surripiunt, *l. pen. de pecul.* Hinc Scipio Masinissam alloquens, qui Sophonisben captivam sibi habere cuperet, apud Liv. *l.* 30. *Syphax*, ait, *populi Rom. auspiciis victus captusque est; itaque ipse, conjux, regnum, ager, oppida, homines qui incolunt, quidquid denique Syphacis fuit, præda populi Rom. est.* Idque in rebus immobilibus fere semper obtinet, *l.* 20. § 1. *in fin. de captiv. & postlim.* In mobilibus aliquando milites proprio nomine prædas agunt, si id ipsis ab Imperatore concessum sit, aut in excursionibus extra imperia & signa res obvias capiant, de quibus accipienda *l.* 51. § 1. *de A. R. D.* si non potius loquitur de rebus hosti non ereptis, sed de hostilibus; quæ inter nos, oriente bello, deprehensæ sunt.

26. Postremo Imperator ea, quæ in littoribus inveniuntur & nullius sunt, jure naturali statim inventoris fieri, tradit § 18. *h. t.* ut sunt præcipue lapilli & gemmæ, quas dilmguit, ut faciunt JCti in *l.* 25. § *ult. de aur. & arg. l.* 3. *de R. D.* reprehendente Valla *lib.* 6. *eleg. c.* 64. qui id quidem evincit, non semper hoc discrimen ab Autoribus servari; at JCtos tamen unam Linguæ suæ ignorasse, parum probabile videtur, eosque defendit Alciatus *not. ad Vallam loco cit.* Id monitu supervacuum est, gemmam non esse ejus, qui pri-

mus viderit, sed qui primus apprehenderit, (neque enim aliud est occupare), quique primus possessionem nactus sit, ait *l. 1. § 1. de acquir. poss.* Etiam hoc ultro constat, Res aliorum deperditas in littore inventas, non fieri inventorum, ut *infra* explicabitur.

27. (x) Acquiruntur etiam occupatione res pro derelictis habitæ. Pro derelicto habitum dicitur, quod hoc animo abjectum, vel desertum a domino est, ut in numero suarum rerum censeri nolit; quo facto finitur & extinguitur dominium, §. 46. *h. t.* Quicunque igitur rem pro derelicta habitam, animo sibi habendi apprehendit, dominium ejus adipiscitur, modo relicta sit ab eo, qui jus distincte alienandi habet; quippe non dominus, rem derelinquens, usucapiendi duntaxat conditionem transfert, *tot. tit. D. pro derelict.* Pro derelicto igitur nihil habitum censetur, nisi ab eo, qui & jus & animum amittendi habet. Ideo certum est, quam quis rem invitus amittit, eam manere in ipsius dominio. Proinde, quod non advertentibus & ignorantibus excidit, minime fit invenientium, sed restitui sub poena furti debet, §. *ult. in fin. h. t.* etiamsi dominus ignoretur, *l. 43. §. 4. de furt.* Unde lex apud Platonem ἃ μὴ κατέθου, μὴ ἀνέλῃ, *l. XI. de LL. pr. quæ non deposuisti, ne tollas.* Grotius etiam *lib. 2. de jure B. & P. c. 4. n. 5.* docet, *amissum censeri id, cujus recuperandi spes projicitur, ut porcos a lupo raptos, & quæ naufragio amittimus, nostra esse desinere. Ulpianus* ait, *non statim, sed ubi recipi non possunt, id est, ubi nulla talis voluntatis indicia exstant.* Sed puto, non difficile probatu esse, quod illa τοῦ πάνυ glossa, a mente Ulpiani *in l. 44. de A. R. D.* aliena sit. Neque enim is de spe, vel desperatione recuperandi loquitur, sed docet, res a bestiis raptas, vel in mare jactas, tamdiu manere nostras, quamdiu recuperari possunt; Adeo ut gemma ab ave transvolante ablata, adhuc nostra maneat, quia potest fieri ut recipiatur; etiamsi nemo facile hoc animo futurus sit, ut hoc sperare præsumat: idemque de ovibus a lupo raptis, adseverate scribit Pomponius in *l. 8. § ult. Fam. erciſc.* a quibus exemplis ad res e nave tempestatis causa projectas, JCtus argumentatur in *d. l. 44.*

28. Dicendum igitur, res naufragii vitandi causa ejectas, manere prioris domini, (*vid. l. 1. C. de naufrag.*) etsi penitus eas periisse credat, quamdiu hunc animum retinet, ut si contingat eas reperiri, cupiat sibi habere, prout diserte traditur *in l. 8. ad L. Rhod.* Pro derelicto haberi, quod contra animi sententiam abjectum est, minime potest; desperatio recuperandi, cum desiderio habendi consistere potest, imo hoc semper ei inesse videtur; quomodo igitur qui rem habere desiderat, eam dereliquisse dicetur? Si quis ob hanc desperationem inquirere in rem cessaverit, vel desierit, eaque tamen inventa sit, quid causæ est, cur non eam repetere possit? Nisi dixeris, qui annulum, vel gemmam casu amissam diu quæsiverit, & tandem tædio, vel desperatione destiterit, nec porro curet aut de ea cogitet, hunc, si inveniatur, repetere gemmam non posse; quod incivile & iniquum foret. Dominium, sine causa, qualis hic nulla est, & sine facto nostro, in alium transferri nequit, *l. 11. de R. J.* Ulpianus in *d. l. 44.* rem meam lupo, vel avi ereptam ab alio, repeti posse tradit, etsi conspectum & persecutionem meam effugerit, consequenter etiamsi omnem recipiendi spem abjecerim. Celebris objectio est ex *l. 43. §. pen. de Furt.* ad quam puto cum ratione dici, quod de jactu spontaneo; non propter naufragium, loquatur, etsi Bachovius hoc ut ineptum stolidumque rideat: D. Vinnius responsionem confirmat ex fine *d. §. 3.* ubi distinguitur, utrum res simpliciter jacta sit, vel non. Sed & clarius idem probatur ex §. *præcedente*, in quo expresse de jactu voluntario agitur, idque in §. *seq.* continuatur. Moribus hodiernis, quid circa naufragorum bona juris servetur, vide accurate notantem D. Voetium *ad §. ult. Inst. h. t.* ubi aliter explicat *d. l. 43.* Frisiæ praxin *vid. stat. 21. & append. pag. 57.*

Juris igitur ratione, si quid inventum fuerit, cujus Dominus ignoratur, id interim ab inventore custodietur, qui si animum sibi habendi sumat, furto se adstringit, *d. l. 43. §. 4. de Furt.* nisi postea intelligatur, dominum pro derelicta rem habuisse, tunc enim fur non est juridice; licet coram Deo perinde sit reus, quam si nolenti res excidisset, *ead. l. 43. §. 5.* Contra si putaverit pro derelicto habitam, etsi erraverit, tamen furti innoxius est, *in §. 6.* Conscientiæ igitur recte consulet, si libellum proponat, vel præconis voce significet, quid invenerit, paratumque se ad restituendum, §. *8. d. l.* Reperto domino, & rem suam esse probanti, restituet eam, neque mercedem σῴζετρον, μίσθωτρον, exigere debet, sed impensas duntaxat repetet, ut tamen præmium in-

(x) *Pos. 50. 51. 52.*

terim oblatum accipere honeste possit, *d. l. §. 9.* Domino non veniente, Inventor rem retinebit, quia nemini potius competit; sed an dominium acquiret? Causam video nullam, si derelicta non fuerit. Utique, si servando servari nequeat, consumet eam, vel dabit pauperibus. Si durabilis, an derelicta præsumetur? Probabile id quidem; sed quid si prior dominus postea superveniat, justamque ignorantiæ causam probet? Neque textum, neque rationem video, quæ dominium præstet. An saltem usucapi poterit? Ne id quidem, cum & titulo & opinione dominii careat. Id expeditum est, si res dominum amplius non habeat, eum qui invenit, licet hoc ignoret, revera dominium adipisci; si extet adhuc dominus, nec tamen se prodat, rem manere apud inventorem: eumque superveniente etiam domino, si ab initio animum fraudandi non habuerit, bonæ fidei possessoris jure gaudere. Posse etiam a Lege, vel Magistratu, postquam publicis proscriptionibus in dominium satis inquisitum, præsumpta derelictione, dominium ipsimet, vel pauperibus addici *, ambigendum non videtur. Platonis enim sententia *d. l.* XI. qui res amissas & publice jacentes ne quidem vult tangi, sed numinis Itinerarii custodiæ relinqui, vere Platonica, id est ἄπρακτος est, in hac injustitia avaritiaque hominum.

29. Prope eodem fundamento doctrina de Thesauro nititur, ut per occupationem acquiratur.

SCHOLIUM.

Magis per accessionem. vid. Not. ad Strauch. VI. 32. pr.

RESPONSIO.

Occupationem arguunt verba l. 31. §. 1. de A. R. D. *Thesaurus sit ejus, qui invenerit. Pone locum esse nullius, totus sit inventoris, vi sane occupationis. In loco proprio inventus, sit etiam totus ejus, qui invenerit*, §. 39. h. t. *non jure accessionis, sed ob æquitatem naturalem, habetur in d. §. 39. fundatam in occupatione, quæ nullo alterius æquitatis respectu minuitur; qualis adest, si repertus sit in alieno fundo, nam æquum est, dominum lucri ex re sua facti participem fieri: accessiones semper habent relationem ipsius & ordinationis ad res principales*, l. 19. in fin. de aur. & arg. leg. *cujusmodi nihil in Thesauro, fundi respectu intelligi potest.*

N. ADDIT.

Romani in doctrina de Thesauri acquisitione sæpe variarunt, cujus variationis historiam exposuit erudite Schilterus, Ex. 45. ad Pand. §. 25. seqq. *Tribonianus vero, etsi Pandectis inseruerit sententiam Pauli, Thesauri acquisitionem satis aperte referentis ad genus occupationis, in Institutionibus tamen,* § 39. Inst. de A. R. D. *& reliquis Justiniani Constitutionibus, propius accessit ad accessionis doctrinam. Quod sic probo: Si quis invenit Thesaurum in fundo proprio, ipsius est. Hic nescias, an jure occupationis an jure accessionis, poterit enim ea conclusio deduci ex utroque jure. Si quis casu fortuito in fundo alieno invenerit, dimidium inventoris est, dimidium domini. Hic iterum nescias, cui dederit prærogationem Justinianus, an occupationi, quam allegat inventor, an accessioni, quam urget Dominus fundi. At si quis data opera invenerit thesaurum in alterius fundo, totum thesaurum acquirit Dominus, non in pœnam inventoris, (nam alias occupans in fundo alieno res nullius, etiam data opera, non obstante etiam probibitione Domini, tamen acquirit, ut ex primis principiis constat), sed jure accessionis; nec enim aliud illum jus subest. Unde miror, cur Autor in responsione hanc speciem plane omiserit. Ex qua tamen facile potest dari alia ratio, cur tamen, si quis casu invenerit thesaurum, dimidium accipiat. Neque enim id ideo fit, quod æquum sit, dominum lucri ex re sua facti fieri participem, nam alias etiam dominus fundi deberet accipere dimidium ferarum in fundo suo captarum, sed potius, quod æquum sit, ut dominus fundi qui accessionem hanc ignorabat, eum participem faciat lucri, quo divina prudentia uti voluit tanquam instrumento innocente ipsum ditandi. Jam etiam facile responderi potest ad casum Autoris de thesauro invento in loco nullius. Hic utique totus sit inventoris, & quod additur, vi sane occupationis, etiam verum est: Sed simul verum est, etiam jure accessionis; quia in hoc casu totus fundus nullius est. Si igitur totum fundum occupet, thesaurum acquiret jure accessionis. Si solum thesaurum, jure occupationis, quia nemo adest, qui jure accessionis uti possit. Quod vero porro additur: in Institutionibus haberi, thesaurum in loco proprio inventum fieri totum inventoris, ob æquitatem naturalem, E. non jure accessionis; non*

* Ita in Saxonia, postquam inventor proclamationem consuetam procuravit, nemo vero, qui dominium deducere possit, intra sex septimanas comparuit, duæ partes rei inventæ fisco, tertia inventori adjudicatur. *L. R. L. 2. a. 29. 37.*

magis caberet, ac si ego contra vellem inferre, ergo non jure occupationis? Quis enim dubitaret, & occupationis & accessionis modum niti æquitate naturali? Imo tantum abest, ut mentio æquitatis naturalis ibi opponatur sive occupationi, sive accessioni, ut potius verosimile sit, eam respicere ad leges præcedentium Imperatorum, thesaures fisco indistincte vindicantes. Denique falsum est, quod Auctor dicit, accessiones semper habere relationem usus & ordinationis ad res principales: neque istud dicit allegatus textus. Non quia præterea & pars naturam accessorii habeat in relatione ad totum tanquam rem principalem, nemo dubitat. Itaque thesaurus, cujus dominus ignoratur, in fundo absconditus, est pars fundi.

(y) Est autem nihil aliud Thesaurus, quam vetus quædam depositio pecuniæ, cujus non extat memoria, sic ut jam dominum non habeat, *l. 31. §. 1. de A. R. D.* Per pecuniam quævis intelligi mobilia, probatur ex *l. un. C. de Thesaur. l. 10.* ubi; *condita ab ignotis dominis tempore vetustiori mobilia*, quomodo thesaurum Leo definit. Plane si dominus pecuniæ illius, vel nullus, vel plane ignotus sit, naturalis ratio monstrat, eam non posse quam invenientis fieri. Alias certum est, quod Hotomannus ad § 39. notat, *non omnes defossas abditasque pecunias, hinc legi juri que subjectas esse*, quam in rem subducit ac illustrat speciem *l. 67. de R. V.* Proinde si quis dominii sui fidem faciat, huic non magis thesaurus, quam aliæ res amissæ, negari possunt, *l. 31. ult. §. ult. h. t.* Eam quo eo cautam ex Platonis sententia oraculum erat commendatum, *d. lib. XI. de Leg. princ.* Ἢ πολὺς, inquit, ἐις Δελφὰς πεμπέτω, καὶ ὁ θεὸς ἀναιρῆ περὶ τε τῶν χρημάτων καὶ τὰ κτήματα, τότο ἡ πόλις ὑπηκόσα τοῖς νομίσις ἐξέτω τὰ θεῖα. *Civitas mittat Delphos, & quicquid Deus responderit de thesauro & qui acquirat eum, id civitas oraculis obtemperans, facito.* Verum si dominum jam non habeat thesaurus, ut ponit *d. l. 31. §. 1.* tunc ita juris est; Qui in suo fundo, sua cautione sive industria reperit, is totum facit suum. Qui in alieno data opera, totum domino terræ restituet; sed qui casu fortuito, partem dimidiam sibi retinet, alteram domino fundi præstare debet. *d. l. un. & hoc § 39.* Sed thesaurus magicis artibus inventus, a fisco vindicatur, *d. l. un.* Quanquam Bodinus in *demonomania sua* negat, diabolum habere hanc potestatem, ut servis suis thesauros præbet, multisque ostendit exemplis, magos id operam dantes, fuisse vel delusos, vel terribiliter repulsos, prout sane plerosque huic infelici artificio deditos cum paupertate colluctari, aut minime profecto ditescere videmus.

30. *Porro* etsi thesaurus ut res Nullius consideretur, non tamen, ut dictum, totus invenienti cedit, quemadmodum res aliæ Nullius; sed domini fundorum vocantur in partes, quod secus esse in feris bestiis, aliisque rebus quæ occupantur, intelleximus. Bestiæ enim, quæ vagantur, nullo respectu magis ad agri, in quo sunt, dominum, ac alium quemvis pertinent, ut nec cætera in superficie soli reperta. Sed thesaurus magis afficit fundum, e cujus visceribus eruitur, in quo tot annos reconditus latuit, nec tantum fortunæ vel industriæ, ut reliqua occupata, sed & loci beneficium videtur; cui præsumptio accedit, quod ab antecessoribus præsentis possessoris reconditus videatur. Imo quod magis est, cum feræ aliaque in terris alienis capta, licet studio, dominoque invito, capientis omnino fiant, thesaurus in tuo agro a me data opera quæsitus & repertus, tibi totus cedit, *d. l. un.* Sed cur non & huic investigationis peccatum punitur, ut tamen dominii acquisitio procedat, quemadmodum *supra* toties audivimus? Nempe, non cuilibet peccato id indulgendum, ut auctori suo, licet alio respectu, juris effectum tribuat. Longe differt ingressus in fundum alienum, a persecutione subterranea & effossione ac eversione fundi alieni. Domini autem fundorum omnes intelliguntur, qui vere tales sunt, seu privati, sive etiam Respubl. vel Cæsar, aut fiscus, quibus nihilo plus juris quam reliquis tribuitur, *d. § 39. h.* quod moribus Europæ est aliter, quibus promiscue omnes thesauri fisco vindicantur, teste Grotio *lib. 2. c. 8. n. 7. de J. B. & P.* quanquam de jure Saxonico * aliter Treuterus testatur *vol. 2.*

* Ita est omnino. Nam licet ex verb. L. R *l. 1. art. 55.* Alle Schätze unter der Erden begraben, tieffer denn ein Pflug gehet, gehören zu der Königlichen Gewalt. nonnulli omnes thesauros ad fiscum pertinere velint, v. Reinh. *diss. Jur. Sax. p. 6. diss. 13.* Zobel. *p. 2 diss 62.* Constitutio tamen Electoralis *53. p. 2.* aliter hunc textum explicat, & ad ulteriora verba: Silber mag auch seyn, &c. *d. art. 55.* respiciendo, ad auri

(y) *Pos. 53. & seqq.*

diff.

diſp. 2. th. 2. lit. G. & noſtro Friſiorum jure nihil hac parte mutatum reperitur, ſed juris civilis obſervantia viget. Exterum domini appellatio ſtricte hic ſumitur, ut etiam maritus in dotali fundo, licet revera dominus, repertum theſaurum reſtituere debeat, *l. 7. § 12. Sol. matrim.* Multo minus pro dominis habendi, qui alios agnoſcunt dominos, dum ipſi fructus & emolumenta habent; neque enim in fructu theſauras eſt, *l. 63. § 3. h. t.* proinde, an Emphyteuta pro domino habendus, quem abuſive talem dici probavimus *ſupra n. 13?* Rationes, quibus pro Emphyteuta D.d. moventur, habet Schneidew. *ad l. § 39. h. t.* quas refutat D. Wiſſenbach. *p. 2. ad ff. diſp. 18. th. 14.* alibi videbimus, *a l. de fis* Vinn. *h.* Atque ita juris eſt, ſi theſaurus in loco proprio vel alieno repertus ſit; Quæſtio de iis ſupereſt, qui in ſacro vel religioſo inveniantur; In *d. §. 39.* ſecundum Hadriani Edictum & Naturalem æquitatem, toti ad inventorem pertinere dicuntur; Nam quia ſacra in Nullius dominio ſunt, ſequitur, ſolum occupationis jus ſupereſſe, quo res inventori addicatur. Tamen *lex 3. § pen. de jure fiſc.* theſaurorum in locis ſacris repertorum, partem dimidiam a Fiſco aſſerri tradit. Cujus rei deſperatam conciliationem habent plerique citati a D. Wiſſenbachio *diſp. 10. ad Inſt. th. 54.* ubi tamen quod Hotomannum inter conciliatores recenſet, aliter liquet ex comment. *ad d. § 39.* Scilicet, ſacra loca & religioſa proprie loquendo Nullius omnia ſunt, tamen ratione ſitus & uſus quædam eſſe privata, quædam publica, diximus *ſupra.* De illis agitur in *l. 5. & ſeq. de Relig.* ubi familiaria & hereditaria ſepulcra; de his Aggenus Urb. *in lib. de limit. agr. Sunt*, ait, *in ſuburbanis loca publica, inoſtan deſtinata funeribus, quæ loca Calinas appellant.* Jam quid vetat *d. l. 3. § pen.* de hiſce, at *§ 19.* de privatorum ſepulturis & ædibus intelligi, ut in illis Fiſcus jure dominorum utatur, quod privatis non tribuatur? neque enim immotam, Fiſco aliquid prærogativæ adscribi. vid. D. Vinn. *hic.*

31. Denique miſſilium acquiſitio ad occupationem referenda videtur. Plerumque in traditione, tam acquirentis quam cedentis perſonam debere certam eſſe, res loquitur; fieri tamen poſſe, ut incertæ perſonæ dominium quæratur, docet Imp. exemplo miſſilium, quæ hoc animo jaciuntur, ut quod acceperit quisque, proprium id habeat, *§ 45. h.* nec ſcrupuli quicquam eſt, quo minus juſta illa traditio videatur, quia voluntas ſpargentis & apprehendentis eſt perſpicua, licet præcedens deſtinatio vaga atque incerta fuerit. Conſules atque Prætores miſſilia ſpargere ſolitos narrat Imperator, idque ut Theophilus addit, ἢ ἐν ταῖς προσελεύσεσιν, ἢ ἐν ταῖς θέαις, *in proceſſibus, aut in ſpectaculis.* Qui ex veteribus Rom. magiſtratibus corrumpendæ plebi ſe dabant, generoſius patrimonia ſua effundebant, ludis ad miraculum ſumptuoſis, viſcerationibus, epulis, pecuniis univerſo populo viritim ſine fine modoque præbendis. Auguſtus, ſubacta plebis licentia, fere primus legitur jocandi cauſa privatim obſonia, poma, & res miſſiles ſparſiſſe diripiendas, apud Sueton. *in Octav. c. 98.* aliquando etiam σύμβολα εἰς τὸ θέατρον ἐξέρριψε, *in theatrum ſymbola ſparſit*, teſte Dione *lib. 49.* De Caligula vid. Sueton. *cap. 18.* Item Nero, qui ſparſit *teſſeras frumentarias, veſtes, aurum, argentum, gemmas, margaritas, tabulas picturas, mancipia, jumenta, manſuetas feras, noviſſime naves, inſulas, agros*, per teſſeras ſcilicet. Apud Græcos idem a Magiſtratibus factitatum, ex prohibitione Marciani colligitur, in *l. 2. C. de Conſ.* & conceſſione ſpargendi argenti a Juſtiniano facta, *Nov. 105.* tertiaque prohibitione Leonis *Nov. 94.* Scilicet, hæc miſſilia ſparſa in vulgus fiunt occupantium, ut docet Imp. *in § 45. h. t.* quemquam & ad traditionem, quæ ſit in perſonam incertam, eorum acquiſitio referri poteſt, ut ſit *in d. § 45.*

DE ACCESSIONE.

32. (z) Secundus modus acquirendi Dominii, eſt *Acceſſio*, qua res una principalis, trahit alteram ut ſibi junctam, & quaſi partem ſui. Eſtque duplex; *Naturalis* vel *Artificialis*. Naturalis, quam natura; Artificialis, quam homo facit ad Rem. Naturalis exempla ſunt in fœtura animalium, Alluvione, Avulſione, Inſula in flumine nata, & mutatione alvei. Fœturam quod attinet, Jus Romanum hoc tenet; Dominum fœtus eum eſſe, ad quem pertinet animal, ex quo eſt editus, partum ſequi genitricem, non genitoris Dominum, tam in ſervis quam beſtiis, *§ pen. I. de jur. perſ. §. 19. h. l. 6. h. t.* At ſerupulum

argentique fodinas reſtringit. v. Heig *p. 1. qu. 13. n. 55.* Moller. *ad d. C. n. 2.* Quam interpretationem temere ſagillat Bachovius *ad Treutlerum*, cui reſpondit Carpzov. *ad d. C. def. 4.*

(z) *Poſ. 55. & ſeqq.*

pulum facit, quod fœtus animalium sint res separatæ, nec pro accessionibus genitricum habendi videantur, per *l. 3. de pecul. leg. l. 63. de Leg. 1.* ubi Celsus falsi arguit Servium, qui partum ancillæ accessionem ejus putabat. Doctores hanc ob causam duplicem faciunt accessionem, discretam, & continuam. Discretæ exemplum ponunt in genitura, quia quod natum, a ventre separatum est. Verum dici potest, Fœtus acquisitionem non tum spectandam esse, cum in lucem est editus, sed ubi conceptus & adhuc in ventre situs est, quo tempore pars genitricis & *pars viscerum* vocatur in *l. 1. § 1. de ventr. inspic.* & procul dubio accessionis loco habetur, estque in dominio ejus, qui jus habet in ventrem, quod ita inchoatum & acquisitum, non potest tum desinere, postquam fœtus, cura sumptuque domini ab utero separatus est. Libertas aut servitus competere incipit foetui, dum adhuc in visceribus est, *tit. I. de ingen.* & jus patriæ potestatis acquiritur in filium aut nepotem, statim atque conceptus est, necdum natus, *§ pen. I. Quib. mod. Patr. Pot. solv.* Ideoque nulla causa est, cur non æque dominium fœtus ante nativitatem existat; quod etiam venditione animalis in alium transferri potest ac solet. Aliter philosophatur Grotius *lib. 2. c. 5. § 29. & cap. 8. n. 18.*

33. (a) Sequuntur duæ Accessionis species; Alluvio & Avulsio. Quarum illa est incrementum latens, (proprie causa incrementi), quod mare vel flumen agris insensibiliter adjecit, § 20. *h.* Et quanquam particulæ istæ plerumque aliorum terris abrasæ aliis affluant, juxta illud *Lucani; Illos terra fugit dominos, his rura colonis Accedunt, donante Pado*, quod & in mari experientia testatur; quia tamen ignoratur, unde venerit, ideo pro *nullius* habentur, iisque acquiruntur, quorum fundis sunt adjectæ & quorum partes sunt factæ, eorumque jus & conditionem in omnibus sequuntur, vid. Balduin. *hic.* Grotius tamen *l. 2. c. 8. § 12.* naturaliter alluvionis lucrum pertinere ad eum docet, cujus est flumen & alveus, cum & ripam ejusdem esse, statuat in *§ 9. d. cap.* Proinde, quod privatis alluvio adscribitur, id niti præsumpta concessione populi, qui est dominus fluminis. Quæ præsumptio cessat in agris limite certo discretis, vel mensura expressa comprehensis, quibus ultra eum limitem vel mensuram, nihil incrementi concessum videtur, *l. 16. h. t. l. 1. § 6. de flumin.* dum tamen sciamus, non ubicunque mensuræ aliqua fit mentio, ita juris esse; nam si possideantur agri simpliciter usque ad mare vel flumen, tum alluvio obtinebit, etsi venditores numerum aliquem jugerum profiteantur; modo adjectum sit, ut apud nos fit, *seu plus seu minus in corpore agrorum extet:* atque id servari puto, in oceani incrementis, quæ in septentrionali littore Frisiæ extra publicos aggeres luculentæ sunt. Cæterum, in lacubus & stagnis Jus alluvionis non agnoscitur, ait Callistratus in *l. 12. h. t.* addita ratione, quia, etsi crescunt & decrescunt, retinent tamen suos terminos; cum quod per æstatem fit aridum, hyeme rursus inundetur; ob hanc inconstantiam, in iis nullam accessionis vel decessionis rationem habendam, monet Alfenus in *l. 24. § ult. de aqua pluv.* Indicare tamen illa ratio videtur, si quando in lacu publico, vera, constans & durabilis alluvio fiat, ut experientia testatur fieri, idem juris in iis esse, quod in fluminibus, idque de nostris in Frisia lacubus, qui non minus sunt perpetui quam flumina, omnino dicendum videtur; Unde D. Sandius *lib. 5. tit. 2. defin. 2.* de lacubus & de fluminibus promiscue & eodem jure, quoad alluvionem & exsiccationem, loquitur.

34. Avulsio est incrementum, (sive causa incrementi,) quo vi maris vel fluminis, pars alieni agri nostro palam adjicitur; quæ cum in dominio maneat, nihil obstat, quo minus ea vindicari possit, *§ 21. h. t. l. 5. § 3. de R. V.* quod multo magis de rebus aliis inundatione in agros aliorum delatis, statuendum, quæ se nullo modo ut accessiones habere possunt. Quo pertinet, quod Trebatius refert, apud Ulpianum in *l. 9. § 1. de dam. inf. Cum Tiberis abundasset, & res multas multorum in aliena ædificia detulisset, interdictum a Prætore datum, ne vis fieret dominis, quo minus sua tollerent, auferrent:* sua tollere, auferre, jus vindicandi satis arguunt. Idem tamen Ulpianus in *l. 4. § 2. de reb. cred. Ea, quæ vi fluminum importata sunt,* inquit, *condici possunt.* Cur *condici*, cum dominium manserit? tunc enim nulla condictio est, § 14. *I. de action.* Aut igitur *condicere*, hic generaliter agere vel petere significat, ut Balduinus *hic*; aut dicendum, res importatas in *d. l. 4.* fuisse tales, in quas alioqui ante inundationem possessori condictio saltem, non vindicatio competebat:

(a) *Pos. 62. & seqq.*

bat; vel potius, quod loquatur de terra alterius agro adjecta, quæ coaluit: hanc condici posse, id est, pretium ejus peti, qua alterum locupletari mea cum jactura, par non sit. Ubique enim in hac materia, is, cui dominium decedit, actionem pro indemnitate pretioque retinet, § 26. *h. t.* Itque etiam hic obtinere, postulat æquitas, etsi scrupulum moveat D. Vinnius. Nempe igitur, ubi pars alieni agri per avulsionem meo fundo adjecta coaluit, sic ut fructa distingui nequeant, tunc mutari dominium mihique partem avulsam acquiri, notum est ex *d.* § 21. Coalitio autem facta dicitur, cum nova pars unitatem cum terra nostra fecit, ut ab ea distingui nequeat, *l. 9. § 2. de damno inf.* cujus rei argumentum habemus, si arbores una avulsæ, in meum fundum radices egerint, *d.* § 2. quæ tamen nota minime semper exigi potest, cum nec agri omnes ferant arbores, neque hæ in extremitate partis adjectæ, ut radices ad alteram pertingant, semper positæ reperiantur. Cæterum de avulsione, quæ fit vi maris vel fluminis, hactenus nobis sermo est, cujusmodi exempla non desunt in historiis. An idem erit, si qua terræ motu contingat, quod rarum? Mirabile exemplum habet Bakerus *hist. Angl. in Elisab. cap. de memorab.* Anno 1571. *die 17. Febr.* montem cum agro viginti jugerum in Comitatu Herefordensi, sublatum altumque per aerem esse, cum arboribus & pecudibus per 36. horas, donec subsisteret. Quæri poterat, utrum is ager prioris domini fuerit, an ejus, cujus fundo incubuerat, quod verius videtur; nisi juxta aliorum prædia in aqua subsitisset; tunc enim a priore vindicari posset. Simile miraculum postea contigit anno 1583. in Comitatu Dorsetensi, cum campus trium jugerum eodem modo translatus est, ut idem auctor *eodem loco* refert. Idem *in Henrico I. cap. de memorabil.* refert, apud Insubres integrum pagum terræ motu fuisse transpositum.

35. (b) Sequitur de insulis novis & primo de his, quæ in mari nascuntur, quæ sunt rarissimæ; etsi quædam exempla Plinius habeat, *l. 2. c. 85. & seqq.* ad le Jonston. *Thaumatogr. l. 2. Class. 2. cap. 8. art. 1.* quanquam Vir Clarissimus P. V. *ad hunc* § minime raras, sed frequentes ejusmodi insulas esse scribit, quod res, & dies, & experientia non admittit, neque ratio, cum ea sit violentia maris & vis reciprocantis æstus, ut coalitionem materiæ ad insulam congregandam aptæ, difficulter admittat. De his autem, si nascantur, expedita decisio est, quod ejusdem juris cum Mari sint & occupantium fiant, § 22. *h.* eadem ratione, quam in cæteris rebus Nullius supra vidimus. In fluminibus insulæ frequenter nascuntur, ut Justinianus testatur; Pomponius tres modos recenset in *l. 33. § 2. h. t.* Primus, *cum agrum, qui alvei non fuit, amnis circumfluit;* sed hoc casu proprietas non mutatur, cum ager salvus maneat, tam quoad superficiem, quam fundum, ut & in fine *d.* § 22. habetur. Alter modus, cum locum, qui alvei fuit, flumen relinquit siccum, & circumfluere cœpit. Tertius, cum paulatim colluendo locum eminentem supra alveum fecit, & eum alluendo auxit; qualis fuit origo insulæ Tyberinæ ex frumento Tarquinii de campo Martio defecto, ut scribit Livius *l. 2.* His duobus modis insula fit eorum, qui prope ripas prædia possident, pro modo latitudinis cujusque fundi, quatenus fluvio prætexitur, non habita ratione transversæ latitudinis, qua introrsus protenditur. Cui autem lateri propinquior insula est, in eo qui agros habent, soli insulam acquirunt; si in medio sita est, communis est eorum, qui utrinque prædia possident, *d.* § 22. si dubitetur, dimensioni locus erit, *l. pen. § pen. de A. R. D.* * Hæc ita, nisi agri septo vel mensura limitati fuerint, ad quos non magis insula quam alluvio pertinet; quin hoc casu insulam occupantis fieri, auctor est Ulpianus in *l. 1. § 6. de Flumin.* Quod si insula sit, quæ non ipsi alveo fluminis cohæret, sed virgultis sustentata fluitat, nec solum tangit, (vide Plinium *l. 5. c. 95.*) hæc pars fluminis & publici juris habetur, *l. pen. § 2. d. t.* Quod rationi magis convenit, quam ut occupantis fiat; nec dubitandum, quin & naturaliter, etiam in specie *d. l. 1. § 6. de flumin.* insula publici juris censeri debeat, ut est ipsum flumen, non saltem quod ad usum, ut videtur velle Paulus in *d. l. pen. § 1.* sed & ipsam proprietatem.

36. Præterea volunt Jcti, Alveum derelictum

* In Albi nascituras insulas, sibi reservavit Legislator Saxoniæ Electoralis *D. Augustus, Rescripto ad Quæstorem Vitembergensem an. 1563.* emisso, quod exhibet Zieglerus *de Jur. Maj. l. 2. c. 15. § 27.* Alias Jure Saxonico Juris Civilis dispositio adhuc obtinet, quam confirmat *L. R. L. 2. art. 56.* vid. Carpzov. *p. 3. C. 31. d. 13.* Huber. *ad § 22. Inst. h. t.* conf. *Noe Meurer* vom Wasser-Recht *P. I. pag. 7. n. 9.*

(b) *Post. 65. & seqq.*

esse eorum, qui prope eam ripam prædia possident, *l.t de insula dictum* *. Is autem ager, quem flumen mutato cursu in Alvei formam excavavit, pars fluminis est, adeoque juris publici censetur, *§ 23. h.* Si contingat, fluvium, repetito priori alveo, fossam recentem, quam fecerat, renudare, tunc iterum dicimus, accolas habere idem jus, quod habere solent in alveos exsiccatos: Prioris autem domini proprietas jam extincta, non reviviscit, etsi ratio humanitatis ipsi potius, quam extraneis, favere videatur; unde, Theoph. hic aperte inter jus strictum & æquitatem, τὴν ἀκρίβειαν & φιλάνθρωπον λόγισμὸν, distinguit. Sed Imperator præcise vicinitatis jus sequitur, in *d. § 23.* Cajus vero æquitatem præferre creditur, in *l. 7. § 5. h. t.* Distinguit is, utrum fluvius agrum alicujus totum occupet, an medium perrumpat. Si hoc, tum nihil est scrupuli, cum prior Dominus etiam sit vicinus. Non exprimit Cajus hoc distinctionis membrum, sed innuit, dum mox ait, *Cujus tamen totum agrum, alveus occupaverit &c.* eoque casu clare distinguit; *Stricta ratione*, inquit, *is cujus ager fuerat*, nihil *in eo alveo habere potest*; In fine subjicit, *sed vix est, ut id obtineat*, hoc est, usu hominum ille rigor juris non frequentatur.

37. Alia distinctio suppeditatur a Pomponio & Alfeno, in *l. 30. § 3. & l. 38. h. t.* in qua videtur acquiescendum: si flumen, repente eodemque impetu recesserit ex novo alveo in priorem, tunc restiturus alveus a domino recuperatur, *l. 30.* quam non modo de inundatione, ut *Grotius*, sed & alvei mutatione loqui, e *fin. d. § 3.* intelligitur; quod si paulatim & minutatim retro abierit, vicinis acquiritur, *l. 38.* ita ut illa brevis alvei mutatio inundationi adsimuletur: hanc enim fundi speciem esse, & proinde dominium non mutare, docetur in § 24. *h.* (c) Est quippe præter naturam & solitum aquæ fluxum inundatio, ideoque brevi intra terminos suos rediturа speratur, agro in priori specie relicto, cum alvei mutatio, fundum & excaver, & stabilito fluminis cursu, comparata sit ad perpetuitatem. Atqui Pomponius in *l. 23. Quib. mod. usufr. amit.* si ager flumine vel mari inundatus fuerit, & usumfructum, & proprietatem amitti scribit. Non loquitur, ait D. Vinnius *hic*, de simplici inundatione, sed cum flumen, deserto alveo, totum impetuose in agrum alicujus perrumpit, quasi novum alveum quærens; at hæc responsio non convenit inundationi maris, de qua textus perinde loquitur. Balduinus aliique, proprietatem non penitus, sed fructu & effectu tenus amitti dicunt; Receptior distinctio est inter gradus inundationis, ut levis & brevis non mutet dominium, gravis & diuturna mutet, quod tamen juris esse naturalis, negat Grotius *d. Cap. 7. § 10.* Forte Balduini responsio præferenda fuerit. De possessione & usufructu simpliciter juris est, ut per inundationem extinguantur, sed recedente aqua, restituantur, *l. 3. § 17. de acquir. poss.* Mores hodierni præscriptionem receperunt, ut si ager toto decennio mersus fuerit, pro derelicto habitus & amissus censeatur, nisi dominus possessionem aliquo actu continuaverit, qualis etiam piscatio est, licet per eam jure Romano fundi aqua operti possessio retineri nequeat, *d. l. 23. & l. 3. § 17.* Idem in Hollandia servari de agris harena littorali opertis, & in similitudinem littorum redactis, testatur Grotius *l. 2. Jur. Holl. cap. 9.* post lapsum scil. decennii; nec a juris civilis ratione id abhorrere videtur. De fluminum insulis hodie fere sic juris est, ut sint publicæ & principi cedant, nisi quod in Geldria aliisque locis, vicinorum occupationi fiant; sed ritus occupandi suavis est; oportet enim vehiculum fimo oneratum per vadum in insulam agere, ibique cantharum vini aut cerevisiæ ebibere, Grot. *d. cap. 8. § 14.* Coris *advers. 4. 24.* P. Voet. *hic.* In agro Putteno, ubi vicinus gladio suo insulam contingere potest, dominium ipsi acquiritur, Grot. *l. 2. Jur. Holl. c. 9. in fin.*

38. (d) Accessionis artificialis exempla sunt in *§ 26. 27. & seqq.* In priori agitur de eo, qui purpuram alienam suo vestimento adtexuit, quem fieri dominum purpuræ, per consequentiam vestis, etsi pretiosior sit purpura, docet Imp. & ratio juris, quæ dictat, accessionis respectum non referri ad disparitatem pretii, sed ad rem, cujus ornandæ causa fuit comparata, *l. 19. § ult. de Aur. arg. leg.* Jam satis constat, Purpuram alienæ vesti junctam, a dominio sine dubio amitti, tantisper dum juncta manet, ea vero separata, dominium reviviscit & vindicari potest, ut de tigno ædibus juncto videbimus *infra*, licet aliter

* Idem jure Saxonico receptum, Land. R. *L. 2. art. 56.* Cæpoll. *d. Servit. rust. præd. cap. 34.* Carpzov. *P. 1. C. 31. d. 14.*

(c) *Pos. 67.* (d) *Pos. 69.*

in his

in his, quæ per ferruminationem consolidata sunt, habeatur in *l. 23. §5. de R. V.* de cujus tamen exceptionis ratione, merito dubites. Porro quamdiu res conjuncta manet, contra bonæ f. possessorem dabitur actio in factum pro pretio, quatenus ei cum alieno damno lucrum facere non licet. Quod si fur alienam purpuram, aut aliud quid suæ vesti junxerit, hic primo tenetur furti actione pœnali, tum condictione furtiva, quæ etsi domino tantum competat, *l. 1. de cond. furt.* tamen in hac specie datur & ei, qui cum res furriperetur, dominus fuit, *d. § 26.* Præterea, cum purpura separari queat, agere potest dominus ad exhibendum separandumque, ut purpuram seorsim exhibitam vindicare suo commodo possit, prout de similibus traditur in *l. 6. l. 7. §1. & l. 9. §3. π. ad exhib.* Ex quibus apparet, forense momentum in hujus rei interpretatione, non esse adeo magnum. Fit sane, qui jungit aliena suis rebus, eorum dominus; at quorsum? Si bona fide sit, tenetur ad pretium, si fur sit, insuper duplum præstat: quin ipsa res & dominium, ei potest extorqueri, levi circuitu facto per actionem ad exhibendum.

29. (e) Sequitur ædificatio in *§ 29. & 30.* de qua regula traditur; *Quod solo inædificatur, solo cedit*, idque tam naturali, (dissentiente iterum Grotio *d. cap. 8. lib. 2. § 21. de J. B. & P.*) quam civili jure, ut Cajus affirmat in *l. 2. de superfic.* Ideo qui ex aliena materia in suo fundo ponit ædificium, ipse ejus intelligitur dominus, non quia ædificavit, sed quia solum ipsius est. Sed ecce subtilitatem juris Romani; quanquam domus cedat Domino soli, tignorum tamen & lapidum omnisque materiæ dominium, ille non consequitur, sed hæc prioris domini manent, *hoc § 29. l. 7. §. u. h. t.* Sunt enim res diversæ, ædificium, & cæmenta, tigna aliæque res, ex quibus ædes constant, *l. 7. § 2. de except. rei jud.* unde qui domum possidet, singulas res possidere non intelligitur, & qui usucepit eam, is ad materiam ædium resolutarum usucapiendam, novi temporis indiget, *l. 23. pr. & § ult. de usucap.* atque ita non offenditur Regula *l. 5. § ult. Comm.* quæ negat, duorum ejusdem rei in solidum posse dominium vel possessionem consistere. Porro, Dominium materiæ a lege ita cohibitum est, ut ædificii dominium non destruat, neque turbet. Hinc nemo sua tigna alienis ædibus juncta, stante ædificio, vindicare potest, neque ad exhibendum de iis agere, quia Lex XII. Tabb. ne ruinæ adspectum urbis corrumpant, *l. 2. C. de ædif. priv.* id prohibuit, *h. § 29.* idemque de vineis traditur in *l. 1. de tigno junct.* Ne tamen dominus tigni injuriam queri possit, datur ei actio, per quam non modo pretium, sed & omne id quod interest consequitur, actione in factum in duplum, *d. § 29. & l. 1.* nisi forte tignum ita sit junctum, ut sine ruina vel gravi detrimento eximi queat; tunc enim nulla est ratio, cur non ædificator eximendo tignum, si deterius non sit, liberare se possit. Nam quod Lex XII. Tab. dicitur *non permittere* tignum solvi aut vindicari, id respectu domini tignum repetentis intelligendum; de ædificatore cavit eadem lex, ne is tignum eximere *cogatur, ne* ædificia rescindi *necesse sit, § 29. h.* Cujusmodi verba non inferre quidem necessario licentiam *si velit*, alibi ostendimus; tamen ubi nullæ sunt rationes in contrarium, a naturali significatione verborum, quæ facultatem supponit, non est recedendum. Actio igitur in duplum constituta est in favorem ædificantis, ne is domino rem vindicare volenti cum strage domus suæ parere cogatur; sed redditionem ipsius rei, præstando duplum loco ejus quod interest, evitare possit: vide sis Rævard. *c. 23. ad L. XII. tabb.* Igitur quicunque non potest cogi ad solvendum tignum, neque id solvere vult, is tenetur in duplum, *l. 23. § pen. d. R. V.* atque ita non is tantum, qui mala, sed & qui bona fide junxit, *cui propter optionem, de qua diximus*, injuria non fit; etenim solvat atque reddat tignum, si gravari se putet. Idque textus evincunt in *d. § 29. l. 23. § pen. & l. 7. § 10. h. t.* Nec aliud est in *l. 98. in fin. de Solut.* Lex XII. T. *tignum ædibus junctum vindicari posse scit:* hoc est; Novit dominum suo jure posse tignum repetere; *Sed interim id solvi prohibuit;* cum id sciret, jus illud dominii impedivit; *pretiumque ejus dari voluit*, justit dominum esse contentum æstimatione tigni, & quidem, ne conqueratur, duplum indulsit; non prohibet dominum reddere tignum, quod facturus non est, si absque ruina ædium solvi nequeat.

SCHOLIUM.

Satis quidem erudite pro hac sententia disputat Auctor in præsat. *Sed his tamen non obstantibus, retinemus adsertionem contrariam, per dicta ad* Strauch. VI. 45. p. 77. *Momentum controversiæ in eo consistere videtur, an solutio tigni*

(e) *Pos. 72. & seqq.*

in l. 6. D. ad Exhib. & in l. 98. in fin. de Solut. *prohibita, ſpectet ad actorem, an ad reum. Ad actorem ſpectare, putat noſter* d. l. *Sed ad reum ſpectare, innuit, ni fallor,* l. 1. pr. h. t. *ubi Ulpianus: Lex XII. T. neque* (reo) *ſolvere permittit tignum ædibus, vel vineis junctum, neque* (actori) *vindicare.*

RESPONSIO.

Si ab hujus L. interpretatione res pendet, facilis expeditio eſt. Lex XII. T. prohibuit ſolvere tignum ædibus junctum actione ad exhibendum, qua hoc petit actor, ut clare docet l. 6. ff. ad Exhib. *& per eandem vetat directe tignum vindicari; reliqua jam dicta dicendo non repetimus.*

N. ADDIT.

Ego vero hanc explicationem non intelligo: Lex XII. Tabb. prohibuit ſolvere *tignum actione ad exhibendum, qua hoc petit actor, ut clare docet l. 6.* ad Exhib. *Verum eſt, docet id* d. l. 6. *quod hoc petat actor. Sed non docet, quod petere ſolutionem & ſolvere, ſint unum idemque, &, quod prohibitio ſolutionis ſit eadem cum prohibitione petitionis ſolvendi, quod erat in quæſtione. Ergo potius proderit addere dicta, ad quæ provocat Scholium.* Dixeram ad Strauchium (*qui etiam putat, b. f. poſſeſſorem poſſe liberari eximendo tignum*). *Potius negatur quæſtio, quia verba l. 12. tabb. ſunt prohibitiva.* L. gemma 6. verſ. aliter. ff. ad exhibend. l. qui res ſuas. 98. § ult. ff. de ſolut. l. 1. pr. ff. de tigno junct. Locam. quæſt. Juſtin. 37. *Conf.* Brunnem. exerc. 6. ad Inſt. p. 52. *Quamvis ergo quandoque in legibus dicatur, non cogi ædificatorem tignum eximere, inde tamen non concludere licebit, Ergo, ſi velit, poteſt; quippe argumenta a contrario ſenſu contra alios textus expreſſos non procedunt. Illud autem, quod lex 12. tabb. non niſi ordinariam actionem ad exhibendum & rei vindicationem impedire voluerit, ab Auctore non probatum, quin potius aliud apparet ex* l. 1. pr. ff. de tign. jun. *verb.* ne vel ædificia.

Utrum vero tignum ſit furtivum, id eſt, a tertio ſurreptum fuerit, vel ſecus, nihil intereſſe poteſt, etſi mentio furtivi ſæpe fiat ſimpliciter, qua de re *ad tit. ff. de tign. junct.*; quia vindicandi jus domino, circa furtum æque competit, ideoque & prohibita vindicatio eadem actione dupli compenſanda eſt; neque ratio exigit, ut ædificator ideo in duplum muletetur, quia tertius furtum in tigno commiſit, nec enim alieno odio gravandus quisquam: ſed & textus citati generaliter de tigno alieno loquuntur, & ratio, ne deformetur aſpectus urbis ruina ædium, non magis locum habet in furtivo, atque aliis tignis trabibusque: Quod ſi de non furtivo tigno, rei vindicatione, vel ad exhibendum agi nequeat, ut certe non poteſt metu ruinarum, *arg. l. 1. de tign. junct.* dupli actionem de eo dandam eſſe, caret omni dubio, *d. l. 23. § pen. de R. V.* Tigni vindicatio negatur domino in gratiam ædificantis, ne deſtruere domum cogatur: hic favor non minus ei impertiendus, qui tignum ſine furti vitio junxit, quam ei, qui furtivum: Ergo neutrum vindicari poteſt, ſed de utroque in duplum agi. Nec eſt tamen quod abſurdum videatur, furem & mala fide ædificantem, ejusdem conditionis cum eo, qui bonam habet fidem, cenſeri. Nam furti pœna, ut ſæpe dictum, a ratione dominii ſeparata eſt: Proin ſi is ipſe, qui junxit tignum, furatus id ſit, nulla cauſa eſt, cur non ut fur civiliter ac criminaliter puniatur, tametſi tignum repeti nequeat; quod ſi tertius ſurripuerit, idque ſciat is, qui junxit, præter actionem in duplum, tenetur actione ad exhibendum in id quod intereſt, quaſi dolo poſſidere deſierit, *d. l. 1. & l. 23. § pen.* Cæterum, diruto ædificio, quia dominium ipſius materiæ mutatum non fuit, priori domino datur Rei vindicatio, ceſſante tum ratione Legis de metu ruinæ: verum & hic inter bonam ac malam fidem intereſſe, Juſtinianus indicat *in fin. § 29.* ſi jungas *l. 2. de tign. junct.* Nam Imperator ita dat rei vindicationem; *ſi non fuerit duplum jam conſecutus prior dominus:* Ulpianus in *l. 2.* rei vindicationem ſupereſſe affirmat, etiam cum actum eſt tigni furtivi nomine in duplum; quæ loca ſibi non conſtant, niſi § 29. de bona fide, & *l. 2.* de fide mala intelligas. Quidam Tribonianum accuſant, quod is ea verba, *ſi non fuerit &c.* de ſuo adjecerit in § 29. cum non reperiantur apud Cajum in *l. 7. § 10. h. t.* unde § *ille* eſt deſcriptus, idque conciliationis loco ſufficere volunt. Sed cum Inſtitutiones, ut Tribonianus eas edidit, confirmatæ ſint, ac ita vim Juris habeant, nihilo ſecus ea verba, etiamſi adjecta, valebunt, quam ſi in *d. l. 7. § 10.* haberentur; atque ita nihil ominus quærenda conciliatio, quam nunc dedimus. Moribus hodiernis quanquam actio in duplum non uſurpatur, ſolvere tamen ædificator tignum non cogetur; eadem ſervandarum ædium cauſa quæ fuit Romæ, ſed Domino materiæ, actio

in factum in id quod interest dabitur. Zypæ. *notit. tit. de rei vind.*

40. (f) Hæc de eo, qui ex aliena materia in suo solo ædificavit. Ex diverso, si quis in alieno fundo ex sua materia domum ædificaverit, dominium ædificii pertinet ad eum, cujus est solum: Materia autem, si bona fides adfit, manet ædificantis *. Sed qui sciens in aliena terra posuit domum, is non modo structuram, sed ipsius quoque materiæ dominium absolute perdit, adeo ut ne soluto quidem ædificio, eam recuperet, aut vindicare, vel tollere possit, quoniam ultro eam alienasse & donavisse creditur, § *30. h. l. 7. § 12. h. t. arg. l. 35. d. R. J.* At, quia *lex 2. C. de R. V. ind.* expresse post dissolutionem, materiam ad pristinum redire dominum tradit, *sive bona fide, sive mala ædificium exstructum sit.* Exceptio additur: *si non donandi animo ædificia alieno solo imposita sint*, quod in *d. § 30. & l. 7. § 12.* semper de mala fide præsumitur ac statuitur. Hæc tamen exceptio, collata cum *l. 37. de R. V. ind.* ἀναθέσφρασιν conciliandi præbet; ut materia amitti dicatur, nisi ædificans probabilem dubitandi causam habuerit, an solum esset alienum, vel si litigiosum hoc fuerit, tunc enim non habuit donandi animum, quia & solum sibi mansurum sperabat; denique, si fundum bona fide nactus, sub ædificandi tempus scire cœperit, esse alienum, quæ est species *d. l. 37.* Jam si adeo materia per malam fidem amittitur, certum est, nec impensas structuræ servari posse, cum ædificium sine scrupulo funditus amittatur. Tamen Interpretes rotunde hic docent, mala fide ædificantem servare impensas necessarias, ex *l. 5. C. de R. V. & l. 38. de Hered. pet.* quo obtento, sequetur, malam fidem non obstare, quo minus omnis materiæ, sine qua ædificium esse non potuit, pretium exigatur, ac ita aperte eludetur fundio § *30.* Sed plane dicendum, *d. l. 5. & l. 38.* loqui de impensis in domum alienam antea exstructam factis; Hic res flagitat, dominum refundere debere sumptus, quibus carere domus non poterat, quia ipse eos perinde fecisset; sed in ædificio novo, de quo agitur *d. § 30.* diversa ratio liquet, quia arbitrariam, non necessarium est, ædes novas educere, in quibus impensæ quoque omnes, nedum materia, fere sunt necessariæ, quæ in exstructis conservandis modicæ sunt. Nihil igitur ex tali ædificio servat mala fides, nec pretium, sed oleum & operam omnino perdit. Qua in re praxis hodierna mitius comperata est, quæ malæ quoque fidei possessoribus tollendi facultatem, vel impensas repetendi concedit, testibus quos citat D. Voetius *ad § 31. in fin. h. t.* At bonæ fidei ædificatores, non modo materiæ dominium retinent, sed cum eam vindicare nequeant, pretium ejus consequuntur, & mercedes quoque fabrorum aliasque impensas non voluptuarias, per exceptionem doli mali servant, *d. § 30.* Idque *si in possessione constituti* sint, tum, inquam, exceptio datur. Eadem æquitate, non possidentibus actio danda videbatur, ne dominus soli, cum damno bonæ fidei possessoris, lucrum faceret; sed nullam competere, probat *l. 33. de condict. indeb. l. 14. de except. dol.* licet obstare videatur *l. 40. § 1. de condict.* de qua vid. D. Vinn. *ad h. §.* Imo qualem haberet? In rem actio convenire nequit, quia non est dominus ædificii; Nec in personam potest, quia hæc datur ex contractu vel delicto, quasi aut vero, quorum inter ædificantem & soli dominum nihil intercedit. Cujacius auctor est condictionis incerti: Alii dant utilem negotiorum gestorum. Balduinus *in factum.* Quæ varietas & textus, quibus utuntur, satis indicant, solide nullam constare, scil. ex juris ratione; nam ex æquo & bono, ut alias fit, ubi stricta ratio deest, competere aliquod remedium, pulchre Balduinus probat. In praxi utique id locum habiturum, nihil est dubitandum. De Impensis in rem alienam prius existentem factis, earumque differentia, in Necessarias, Utiles, & Voluptuarias, *l. 1. de impens. in res dot.* alibi locus erit agendi *ad ff.* **

41. (g) Eadem ratione, qua solum trahit ædificium, planta quoque in alieno posita, cum radices egit, terræ domino jure accessionis addicitur. Cui & alia ex causa debetur; nempe quod arbor actis radicibus alimentum ex solo capiat, ac ita paulatim nova fiat, omnemque substantiam fundo, cui imposita est, acceptam ferat, § *26. h.* Corpora enim viventia, ut Alienus ex philosophis in *76. de Jud.* tradit, *ex quibus particulis*

* Conf. de ædificio a censuario, dem Zinsmann fundo censitico imposito L.R. *L. 2. a. 21. 35.*

** Jure Saxonico ædificia solo feudali imposita, ad successores feudales transeunt, citra refusionem impensarum, aliis hæredibus allodialibus, *v. II F. 28. § si Vasallus.* faciendam. L.R. *L. 2. a. 21. P. 3. C. 31.*

(f) *Pos. 74. & seqq.* (g) *Pos. 77. & seqq.*

minimis consistant, hæ quotidie ex eorum corpore decedunt, aliæque extrinsecus in earum locum accedunt, ex alimento scilicet, cum nutritio nihil sit aliud, quam instauratio partium, quæ diffluxerunt. In eandem sententiam Paulus in *l. 26. §. 2. de A. R. D.* Si arbor, quæ coaluerat, *rursus eruta sit, non ad priorem dominum revertitur*, inquit; *nam credibile est, alio terræ alimento aliam factam.* Idque in tantum valet, ut si arbor, cujus stirps, truncus & rami, sunt in tuo fundo; radices in meam humum egerit, mea tunc arbor efficiatur; sed si ex utriusque fundo alatur, communis fiat, *d. §. 31. & l. 22. pr.* *Quod vi aut clam.* ubi post annum, vitis, quæ in tuo fundo coaluit, adeo tua fit, ut etiam radices, quæ in meo fundo supersunt, tibi cedant, quod de modicis tenuibusque fibris res jubet intelligendum, quomodo & Pomponius in *l. 6. in fin. Arbor. furt. cæs.* accipiendus. *Si radicibus vicini arbor alatur*, ait, *tamen ejus est, in cujus fundo origo ejus fuerit*; sunt enim arbores, quæ originem satis remotam a vicini solo habentes, tamen extremitates quasdam usque in illud propagant. vid. de magnitudine radicum Plin. *l. 16. c. 2. & 32.* Porro quia arbor, radicibus per duorum fundos sparsis, fit eorum communis, ejus causam fructus etiam sequi, non est dubium, ut ex cujus solo per plures majoresque radices plus alimenti recepit, is majorum quoque fructuum partem consequatur. Sed obscura & subterranea hæc indagandi ratio, difficulter usu hominum recipitur; vulgoque in partitione fructuum magis ad ramos, quod expeditius, quam ad radices arborum attendi solet *; quin Statuto Ultraject. *Rubr. 27. art. 1.* cautum est, ut propendentes fructus communicentur, quod populare & nostratibus crebro in usu. Utique in locationibus prædiorum, Conductores omni die arbores a se plantatas finita locatione auferunt, etsi radices in conducto solo egerint: quia & regeri potest, pro alimentis arborum solutam esse mercedem: plane eum, qui succum terræ suæ a vicini arbore exhauriri sentit, denunciare domino posse, ut succidat radices; aliter ipsum id posse, vel etiam funditus exscindere arborem, colligi ex eo potest, quod de ramis propendentibus traditur in *tit. ff. de arbor. cæd.* Qua de re, ne turbamenta litium facile inter vicinos orirentur, Solon prudenter olim Athenienſibus tulit legem, qua cavit, oportere quemque ἐλαίαν ἢ ἄλλην συκῆν ἐντὸς πέδας ἀπὸ τοῦ ἀλλοτρίου φυτεύειν, τὰ δ' ἄλλα δένδρα πέντε πόδας. *Oleam aut ficum ab alieno agro ad novem pedes plantare, cæteras arbores ad pedes quinque*, quod vetustatis fragmentum Gajus exhibet in *l. ult. Fin. regund.* Semen arvo alieno bona malave fide injectum, & quod nascitur inde, domino fundi cedit, salva eadem repetitione impensarum, quam supra de ædificatione exposuimus, quæ utique etiam de plantis intelligitur, *§. 32. h. l. 25. §. 1. de usuf.* Impensæ autem in fructibus colligendis factæ æque a malæ ac bonæ fidei possessore servari possunt, quia fructus ipsos minuunt; neque hi aliter quam deductis impensis intelliguntur, *l. 36. §. ult. de hered. pet.*

42. (h) Jam porro quod de scriptura atque pictura tradit Imperator, in *§. 33. & 34.* videndum, qua ratione nitatur. Si in chartis, inquit, membranisve tuis carmen, vel historiam, vel orationem Titius scripserit, hujus corporis non Titius, sed tu dominus esse videris, quia charta trahit literas, quæ sine charta esse nequeant: *Necesse est ei rei cedi, quod sine illa esse non potest*, ait Paulus in *l. 23. §. 3. de R. V.* Quod licet *ibidem* Paulus etiam de pictura statuat, Justiniano tamen *videtur melius esse, tabulam picturæ cedere.* Etsi enim pictura sine tabula nihilo magis quam literæ sine charta, esse possit; & tabula sit subjectum, unde naturaliter hæc instar soli trahere picturam deberet, tamen propter enorme discrimen, quod est inter tabulam, quæ paucis assibus, & picturam, quæ multis sæpe millibus æstimatur, (quales fuere, quas Attalus rex & Augustus sexagenis aureorum millibus taxarunt, *vid. Plin. l. 35. c. 10. & l. 38. c. 7.*) placuit hic prævalentiam colligere ex pretiositate; ut is qui pinxit, Dominus tabulæ, dato alteri pretio fiat, contra communem Accessionis regulam. Male igitur sine dubio Mynsingerus *hic* notat, subjecto non aliter cedere accessorium, quam si huic illud pretio quoque prævaleat. Nam & supra ostendimus, Accessionis causam pretii differentia minime niti, ex *§. 26. h.* & repetitur idem hoc ipso *§. 33.* Proin quod idem Auctor hodie chartam scripturæ cedere, veluti picturam scribit, *Propter immutatum cursum naturæ, vel consue-*

* Idem in Saxonia attenditur, nostrum enim jus magis ad jus aeris ramorumque propendentium, quam ad jus soli & ramorum repentium respicit. *LR. L. 2. a. 52.*

(h) *Post. 49. & seqq.*

tudinis

tudinis; cum hoc tempore semper fere scriptura multi pluris æstimetur quam charta, id cur verum sit, parum adverto. Nam si materiam, de qua scribitur, consideremus, veterum historiæ, carmina, orationes, sine dubio præstantiores quam hodiernæ fuerunt. Materiam, per quam literæ pinguntur, pluris hodie esse quam chartam, nemo dixerit; attramento enim quid vilius? aureas vero literas olim perinde habuerunt ac hodie. Maxime vero id mirum, citari ex Paulo in *d. l. 23. §3.* hanc regulam, *rem alicujus pretiosiorem, per prævalentium alienam, rem trahere ad se, ut semper insficiatur quod est pretiosius*, cum nihil tale, sed contrarium potius in loco extet. Habemus igitur in pictura exceptionem. Et jure tamen quæras, cur carminis, orationis, historiæ, minor habeatur ratio, in quibus & artificii plus & dignitatis est situm, quam picturæ. Quid si vir doctus meditationes suas chartæ alienæ per errorem inscripserit, cogeturne manuscripta chartæ domino tradere, aut si penes eum sint, repetere non licebit? Iniquum id absurdumque ait *hic* Hotomanus. Pæne dixerim, JCtos id consideratse; dominium esse rerum, quæ in commercio sunt, pecuniaque æstimari queunt, & cautam similis habere naturæ. Jam pictura sine dubio æstimabilis atque in commercio est; carmina, orationes, historiæ, non æque, quin eruditæ meditationes nummario pretio dehonestarentur, *arg. l. 1. § 5. de extraord. cognit.* Ideirco dominium proprie dictum non tribuunt. Tamen extraordinarium aliquod remedium scribenti competere, ubi momentum rei & æquitas id suadet, dubium non videtur. Actio in factum datur ei, cujus pecuniarie interest habere scripturam, veluti rationes suas, quæ in charta aliena sunt, *l. 3. § pen. ff. ad Exhib.* Inde audebimus colligere, idem statuendum in cata eruditæ scripturæ; Cujus etti diversa videatur ratio, tamen æquitas omnino postulat, ne eruditioni minus honoris & juris, quam pecuniario commodo deferatur; Nec dubitandum, quin Fora hodierna tam actionem, quam exceptionem in tali specie, Scriptori darent. Imo plane in scriptura idem quod in pictura sequendum esse, Grotius censet, 2. *Jur. Holl. c. 8.* & Hyntingero affirmanti, id in Praxi ita obtinere, credere licet, tametsi rationes, quibus utitur, parum rationis habeant.

43. (i) Tertius modus, acquirendi jure Gentium Dominii, est *Specificatio*; Cum quis ex aliena materia facit novam speciem, ut poculum, vel navem. Quidam Accessionem hanc artificialem vocant, sed male, cum hic una tantum res sit, & Accessio duas, quarum una principalis, supponat. Vetus autem disputatio est, utrum is, qui materiæ dominus est, an qui formam dedit, speciem factam acquirat. Tempore Augusti, luxuriantibus ingeniis, Juris Professores in duas abiere sectas, ducibus Atejo *Capitone* & Antistio *Labeone*, Viris amplissimæ dignitatis, quos *duo pacis Decora* nominat Tacitus *lib. 3. Ann. sub fin.* Capito ut erat ingenii subservientis, quod ex Tacito videmus, quæ a Præceptoribus acceperat, ea excolere satagebat. Labeo Græca eruditione & ingenii qualitate, quod liberum nec ulli obnoxium erat, ne Principi quidem, (unde Horatius Cæsaris adulator *1. Sat. 3. Insanum* vocat) plurimum innovare instituit, *l. 2. § 4. 7. de O. J.* Capito successorem in principatu scholæ, habuit Massurium Sabinum, & hic C. Cassium Longinum: unde *Sabiniani* & *Cassiani* hæc secta nominata. Labeoni successit Nerva, Nervæ Proculus, Proculo Pegasus, unde *Proculejani* & *Pegasiani, d. § 47.* Horum dissensionis multa parum vestigia in Pandectis extant, de quibus Balduinus *ad §25. h. t.* Inter alia nobilis fuit de Specificatione quæstio. Sabinianis videbatur, naturali & civili rationi magis convenire, ut dominus materiæ fieret dominus speciei, quod huic utique facto alieno rem suam interverti iniquum esset; & si materia ejusdem maneret, necessario forma, quæ inerat materiæ, sequi deberet. Proculejani subtilius disputabant, per formam esse rem quod esset, eum, qui speciem novam fecisset, auctorem esse rei, quæ nunquam fuisset, quam alii cedere absurdum foret. Hanc controversiam alii per distinctionem, ut fit, conciliare cœperunt, quam & Imperator *hoc §25.* amplexus est. Si talis forma speciei inducta sit, quæ aboleri potest, ita ut res ad rudem materiam reduci queat, tunc forma velut accidens cedit materiæ ut substantiæ, dominiumque speciei censetur ejusdem, cujus materia fuit. At si forma sit immutabilis, ut ad primam rudemque materiam reduci nequeat, tum forma prævalet & materiam quasi absorbet, quæ δοκεῖ τρόπον τινὰ ἀποσβέσθαι, *quodammodo extincta videtur*, ut Theoph. in simili § *seq.* loquitur. Ideo tunc

(i) *Pos. 8. & seqq.*

qui

qui fecit, est dominus speciei, salva alteri conditione ad pretium repetendum. Secundum hæc in præpositis exemplis: Si quis ex auro argentoque meo fecerit scyphum, quoniam is ad rudem auri massam contundi vel conflari potest, ego sum scyphi dominus, salvo tamen & ipsi, bonam fidem habenti, operæ pretio. Contra, qui ex alienis tabulis fecit navem, is est dominus navis, *l. 26. h. t.* quia navis non est amplius lignum, *non manet cupressus*, ait Paulus, sed cupresseum corpus, id est navis. Graviter tamen obstat *l. 61. de R. V.* ad quam missis aliorum inventis, respondé, *Carinam* ibi non significare materiam navis sive lignum, ut Gothofred. ibi notat, verum infimam partem & fundamentum navis, ut Festus in voce *Carinantes* exponit; nempe, sicut pars superior ædificii cedit ei, cujus est infima pars & fundamentum; sic in *t. 61.* Julianus ait, *Proprietatem totius navis, carinæ causam sequi*, id est, fundamenti navis. Inter exempla, quibus species ad materiam reverti nequit, recenset Imperator vinum, oleum, frumentum, quæ proinde iis, qui expressere & excussere ex alienis uvis, olivis, spicis, acquirantur, cum ad uvas & spicas per naturam reditus non pateat. Descriptus est hic locus ex Cajo, *l. 7. §. 7. h. t.* sed omitti non debuit clausula Caji & animadversio de frumento; quod ideo excutientis non fiat, quia separatio a spicis non est Specificatio; quippe grana, jam cum spicis adhuc cohærerent, suam habebant perfectam speciem, & erant ac dicebantur frumentum; adeo ut is, qui excussit, nullo modo speciem novam fecerit, sed eam, quæ pridem erat, detexerit. In vino & oleo est alia ratio; quia liquor oleorum & uvarum inclusus corticibus, nondum erat nec dicebatur oleum atque vinum, ut bene D. Vinn. *hic.* Plane studio brevitatis, peccato omissionis Tribonianus hoc loco aperte tenetur.

44. Vidimus quid requiratur, ut specificatione dominium mutetur, *primum*, ut tuo nomine facias novam speciem, quod Cajus quidem ponit *d. l. 7. §. 7.* sed non est peculiare specificationi, verum generale omnibus acquirendi modis: Tralatitium enim est, eum, qui nomine alterius utitur, non sibi, sed alteri acquirere, *l. 27. §. 1 h. t.* ut videbimus infra ad *§ 5. I. per quas pers. cuique acquir.* adeo ut inepte Justinianus reprehendatur, quod requisitum illud hoc § 25. non expresserit. *Alterum* a multis requisitum collocatur, ut is, qui speciem facit, bonam fidem habeat, alienamque esse materiam ignoret: quamvis alii non putent, Justinianum in §. 25. & Cajum in *d. l. 7.* id fuisse omisturos, si necessarium credidissent: quod etiam magis mihi videtur. Veteres omne rei momentum in eo ponebant, utrum materia formam, an hæc illam traheret. Qui facit speciem, is producit rem novam, quæ auctori cedit, quia nova est; Formationis & Specificationis ea vis est, quam mala fides non magis impedit, ac spreta domini prohibitio occupationem feræ, ut *supra* vidimus. Et quis dicet, Specificationem minori efficacia tribuere dominium quam Accessionem? de qua certum est, eum, qui mala fide purpuram alienam suo vestimento intexit, fieri dominum purpuræ, *§ 26. h. t.* Si texturæ accessoriæ ea vis sit, eritne minor texturæ principalis? qui purpuram suæ vesti adsuit sciens alienam, sit, inquam, dominus; qui ex lana alterius sciens novum facit pannum, non fiet? Qui ex aliena materia in suo solo bona vel mala fide ædificat, sit dominus ædium; ut ad *§ 69.* dicetur; cur solum fortius trahit superficiem in Accessione, quam forma absorbet materiam in specificatione? Quando per Confusionem transfertur dominium, non distinguitur, utrum bona vel mala fide materiæ sint confusæ, ut mox videbimus; quid proferatur, cur specificatio minus confusione valeat? Scimus, modos acquirendi habere separatam rationem a pœna delicti, quod in aequirendo committitur. Qui prohibente domino feram in ejus fundo venatur, scit rem se facere illicitam, sit tamen dominus per occupationem; sed punitur actione injuriarum. Qui purpuram furtivo animo suæ vesti intexit, tenetur ut fur, & tamen purpuræ sit dominus; uti *mox*; idem de confusione. Quid dubitamus, etiam eum, qui sciens ex aliena materia facit novam speciem, teneri quidem ob malam fidem, at Specificationem nihilominus procedere; formam tamen subigere materiam, suoque se Autori addicere? Forma extinguit materiam, *l. 6. §. 3. ad Exhib.* quæ proin a dominio vindicari nequit, *§ 27. in fin. h. t.* Materia non est amplius, *l. 26. h. t.* Ergo nec in domino est. Donellus *4. comm. 12.* opponit *§. 30. h. t.* qui nihil obstat, cum ibi domus cedat solo, seu bona seu mala fide structa. Sed gravius obstat ratio *legis 12. §. 3. ad Exh. h.* At rationem legis ultra decisionem extendere, sæpe minus tutum est: decisio illic de actione ad Exhibendum loquitur.

tur. Quod etiam in *L. 14. de Condict. furt.* furem uvarum teneri condictione musti traditur, inde jus dominii in suo rigore deduci non potest, siquidem & domino purpuræ datur ejus condictio, postquam alienæ vesti intexta fuit, *§ 26. h.t.* Opponitur etiam *l. 29. § 1. de donat. inter vir. & ux.* sed inde magis firmatur adsertio nostra, quia tradit, uxorem, cui lana donata est, vestimenti inde facti dominam, licet nullo jure lanam possideret, & haud dubie sciverit, donationem esse prohibitam, fieri.

DE COMMIXTIONE ET CONFUSIONE.

45. (k) Succedunt Commixtio & Confusio, quas inter solet hoc discrimen statui, quod Res liquidæ & humidæ confundantur, aridæ misceantur; sed JCti his terminis promiscue utuntur, *l. 3. § ult. l. 5. in pr. de R.V. l. 7. § 8. h. t.* ideo cum inter liquida & arida exiguum hactenus discrimen sit, nihil opus est, duas appellare distinctas acquirendi species, quas Artis Autores non distinguunt. Sit igitur Commixtio genus, quam si tu Confusionem vocare malis, non intercedam, ut nec, si quis dicat, Commixtionem esse vel talem in specie, quæ sit rerum aridarum, vel Confusionem, quæ liquidarum. In genere igitur Commixtione dominium acquiritur tum, quando res plurium dominorum aut consensu eorum sunt mixtæ, aut fortuito ita confusæ, ut secerni non possint, *§ 27. & 28. h. d. l. 3. pr.* Voluntatem dominorum habere effectum communicandi dominii hac parte, ut alias semper, non est mirum. Sed confusione casu facta, aliquod discrimen memoratur inter liquidas res & aridas; nam liquidæ communicantur, quia particulæ earum tam penitus & subtiliter coincidunt, ut eædem res videantur, nisi nova species facta sit; aut ex melle & vino mulsum, hoc enim fit facientis, *d. l. 5. § 1. princ.* Arida non perinde communia fiunt, quorum particulæ crassiores sunt, ita ut singula corpora, veluti grana frumenti, in sua substantia durare dicantur, *d. § 28.* Utrumque limitatione non caret; nam si diversæ partes liquidæ iterum separari & in principia redigi queant, ut si plumbum cum argento mixtum sit, dominia manent distincta, *d. l. 5. § 1. vers. sed si.* Idem est in ære & argento, *l. 12. § 1. de A.R.D.* Sed æs & aurum separari non posse, ait Ulp. *d. l. 5. § 1.* dominiumque ideo communicari. Hodie quidem aurum ab ære separant artifices, sed hoc fieri cum interitu æris, ait Giph. *hic.* per exhalationem scil. adeoque idem manet juris, ac si non posset deduci; quia singulis suum redhiberi nequit. Dein, non omnia arida commode & civiliter separationem recipiunt; pecudes sane, quod exemplum est in *§ 28.* libri quoque & similia facile atque recte; calx, harena, frumentum non æque, ut res & usus probat; ideo tunc non multo diversus habetur exitus, quam si liquida sint; Etsi enim subtiliter dominii jus idem maneat, ideoque singulis in rem actio pro sua parte competere dicatur, tamen neuter potest designare sua corpora, quod alioqui in vindicatione requiritur, *l. 6. pr. d. t.* sed quantitatem duntaxat, neque singuli sua grana, sed totius massæ partem pro rata recuperant. Judex autem de bonitate cujusque partis arbitrabitur, & eum, cujus frumentum deterius fuit, in pecuniam alteri condemnabit, *d. § 28. in fin.* Atqui idem fieri debet vino oleoque duorum confuso, *l. 3. de R.V.* ut adeo non tam effectus, quam genus actionum discrepet; de aridis enim rei vindicatione; de liquidis communi dividundo agetur, *l. 3 § ult. l. 5. pr. eod. tit.* Jam de nummis certum est, eos distinctis manere corporibus & durare in substantia sua magis conspicue quam frumentum; Et tamen de his scriptum est, eorum mutari dominium, si aliis ita mixti sint, ut discerni nequeant, in *l. 78. de solut.*

SCHOLIUM.

Nummi non fiunt communes, sed dominium saltem mutatur, ita ut transeant plane ad alterum; l. 78.

RESPONSIO.

Ita quidem fert species d. l. 78. nummos alienos ad accipientem transire, si discerni non possint; nempe quando hoc agitur, ut unus omnes habeat; Inde vero manifestum est, pro parte dominium transire, si hoc agatur, ut massa duorum communis sit.

N. ADDIT.

Initio notandum, vim Scholii fortiorem esse, si respiciantur verba positionum, quam verba hic posita. In positionibus dixerat Autor: Duorum farinæ commixtæ non minus fiunt communes, quam vina duorum: imo & nummi ejusdem characteris. *Hic adjeceram istud Scholium. Deinde falsum est, quod Autor dicit, in l. 78.* hoc agi, *ut unus omnes nummos habeat, quia lex lo-*

(k) *Pos. 86. & seqq.*

quitur de nummis invito domino solutis. Et frigidum est, quod Autor in fine addit, manifestum esse exinde, pro parte dominium transire, si hoc agatur (scil. a duobus dominis) ut massa duorum communis sit: quasi de hoc casu (& non potius de communione invita domino alterutro, vel utroque) esset quæstio: Quasi de hac quæstione quisquam, nisi Domitius dubitare possit, ut opus sit eam ex d. l. 78. *manifestam reddere.*

Unde consequi videtur, *in reliquis etiam quibuscunque rebus ita mixtis, ut civilem commodumque separationem non recipiant, communionem introduci;* cum quod designari nequit, vindicari quoque non possit, *d. l. 6. pr. de R. V.* Nec inter confusionem liquidorum & mixtionem aridorum, quale frumentum, quod gratim secerni nequit, discrimen solidum liquet. Utrobique enim non potest dari is exitus, ut cuique sua corpora reddantur; adeoque me partem tui, & te partem mei habere oportet, quæ est vera communio. Crassius quidem frumentum est, quam particulæ vini, sed ad hanc rem sufficit, illud æque ex usu hominum inseparabile esse quam hoc; & quid si comminutum sit ad farinam? Etiam hæc arida est; ideoque mea & tua mixta casu farina non fiet communis? cum tamen ipsa necessitas communionem ingerat. Sane etiam in vino & melle particulæ minimæ non penetrant se mutuo, sed æque distincte manent ac in farina; ut adeo nec naturale nec civile discrimen hactenus satis constet. Donellus 4. *comm.* 22. in specie *d. l.* 78. nummos vult datos ex justa causa; nec aliter Commixtionem omnino transferre dominium invicem. Sed neque ex *l.* 78. id apparet, nec justus titulus pro causa dominii in confusione habendus est, verum necessitas, quæ sublata separatione, alium quam communionis exitum non præbet.

DE FRUCTUUM PERCEPTIONE.

46. (1) Fructus esse accessiones fundorum, ex §. 32. *& alias* intellectum, rebusque eos acceptos ferri, constat ex *l.* 18. §. 1. *ad SC. Trebell.* Hinc eorum perceptio a plerisque inter Accessionis species recensetur. Sed minus recte: nam fructus sunt accessiones fundi respectu ad dominum soli habito, *l.* 25. §. 1. *de Usur.* At in §. 35. *h. t.* docetur, quomodo ex fundo alieno acquirantur. Si accessionis tantum vis spectaretur, fructus a bonæ fidei possessore percepti non ipsi, quod hic traditur, sed ei, cujus res principalis est, domino soli, inquam, cederent; Imp. hoc expresse non per Accessionem, sed ob curam & culturam, fructus acquiri testatur. Ideoque novam hic & diversam acquisitionis causam speciemque tradi, manifesto liquet. Summa fructuum divisio est in Naturales & Civiles. Illi, qui natura proveniunt; hi, qui jure percipiuntur, *l.* 62. *de R. V.* Naturales iterum vel sunt tales in specie, vel industriales; qui *curantur*, ut ait *l.* 7. §. 9. *Sol. matrim.* Utrosque Natura producit, sed priores sponte fere absque opera & impendio, ut poma, nuces, pyra, glandes, ligna, gramen &c. Hi non sine cura cultuque multo, ut vinum, oleum, frumentum aliaque fata, *l.* 45. *de usur.* item lac, pilus, lana fœtusque pecudum, ut agni, hœdi, viruli, equuli, suculi, *l.* 28. *eod.* §. 37. *h.*

SCHOLIUM.

Hos potius malo ad fructus naturales referre cum Strauchio XIII. 6. & aliis; imo & lac, lanam, pilos; contra quam Auctor hic.

RESPONSIO.

Haud ita sentient, qui præcipuam multis locis industriæ ruralis partem in re pecuaria consistere norunt. Nihil sic dicetur; fructus mere naturales apud nos haberi paucissimos, ne fœnum quidem in horrea convectum.

N. ADDIT.

Ita est: Fructus mere naturales dantur paucissimi, nisi forte fructus sylvestres. Ergo dum fructus dividuntur in naturales & industriales, id non est explicandum in mere naturales & mere industriales. Nam, uti ipso Autore fatente industriales etiam producuntur a natura, ita naturales non excludunt industriam. Hinc a potiori fit denominatio, ubi impensæ in curam multæ sunt, ibi industriales vocantur, ubi paucæ, ibi dicuntur naturales.

Neque enim sine labore sumptuque magno hæ res utilitatem præstant. Civiles sunt, qui non immediate ex ipsa re vel industria possessorum; sed instituto artificioque hominum proveniunt, ut sunt usuræ, pensiones, mercedes, vecturæ similesque reditus, *l.* 27. §. 1. *l.* 29. *de hered. petit.* Præterea dividuntur fructus in extantes & consumptos. Illi, pendentes vel percepti. Pendentes, qui adhuc hærent in solo, *l.* 27. *pr. de usufr.* Percepti, qui a solo separati sunt, *l.* 78. *de R. V.* Fiunt autem fructus bonæ

(1) *Pos.* 89. *& seqq.*

fidei

fidei poſſeſſoris, *naturali ratione, pro cultura & cura*, ait Imperator *d.* §35.

SCHOLIUM.

Imo potius per factum perceptionis, d. §35.

RESPONSIO.

Juſtiniani verba ſunt hæc; *Naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, ejus eſſe pro cultura & cura. Hinc tu non falleris, ſi dicas, ut in poſtione 89. ſcriptum eſt, cauſam acquirendi fructus eſſe factum curæ & culturæ atque perceptionis.*

N. ADDIT.

Imo falleris. Nam illud pro cultura & cura *non denotat*, prout *coluit & curavit, ſed* in ſolatium *culturæ & curæ. Ergo cultura & cura non eſt cauſa remota acquiſitionis, & ne quidem titulus, ſed ſaltem occaſio.*

Alii, quos inter Bachovius & Vinnius *hic*, negant, cauſam eam eſſe præcipuam, ſed ejus loco *bonam fidem* ſubſtituunt, quæ poſſeſſorem quaſi dominum faciat. Mihi Cæſaris ratio non tantum autoritate potior; ſed & ſolidior in ſe eſſe videtur. Nam bona fides abſolvit quidem non dominum a delicto, ſed non a reſtitutione, & cauſam dominii minime præſtat; abſurdum enim foret, opinionem alterius meum jus minuere, vel mutare; Cauſa fructuum acquirendorum, eſt *factum* aliquod poſſeſſoris, ut eſt in fine *l. 45. de uſur.* Requiritur quidem bona fides eſt & conditio *ſine qua non*, ut loquimur, *l. 25. §1. de uſur. l. 48. de A. R. D.* ſed cauſam poſitivam oportet aliam eſſe, quæ ex jure Naturæ petenda, quod pro fundamento hujus rei Imperator ſupponit. Hoc autem dictat, ait Grotius *l. 2. cap. 10. §4. Fructus rei*, id eſt mere naturales, *rei dominium ſequi.* Verum *induſtriæ fructus, etiamſi fere ex re non procederent, rei tamen non debentur*, inquit, *ſed poſſeſſori bonam fidem habenti cedunt*; de quo mox clarius. Igitur quibus neque ſatio, neque curatio, nec perceptio artificialis adhibetur, hos ex naturali ratione, non fieri poſſeſſoris, neceſſario ſequitur; Et cum jus civile hac ratione ſe fundet, conſentaneum eſt, fructus naturales non fieri B. F. poſſeſſoris: quin ita diſerte id ſcriptum eſt in *l. 45. de uſur.* ubi quod de marito erat dictum, eum ex re ab uxore donata non acquirere fructus, niſi quos operis ſuis quæſierit, generali ratione firmatur; *ſicut nec cujuslibet b. f. poſſeſſoris.* Quæ verba non particularem, ſed univerſalem negationem inferre, ex curſu textuque oratio-nis aperte, ni fallor, liquet. Volunt alii hoc de poſſeſſore ſine titulo, vel cum titulo lucrativo accipiendum; atqui prima quæſtio eſt quidem de tali, ſed ratio generalis eſt alioqui principium peteret ii. tum quod in *fine legis* ſubjicitur, *quia non ex facto naſcuntur*, omni non domino convenit, ſeu titulum habenti, ſive non, lucrativum aut oneroſum. Secundum hæc, quod habetur in *l. 48. pr. de A. R. D.* Emptorem b. f. *ſuos facere fructus non tantum eos, qui diligentia & opera ejus provenerunt, ſed omnes*, id ſic capiendum erit cum *gl. & D.* ut vox *omnes* reſpondeat particulæ *Ejus*; ſuos facit fructus non tantum ab ipſo, ſed & quolibet alio ſatos, ac ita *omnes*, ut docet *l. 25. §1. de uſur.* Neque refellitur hoc ratione ſubjecta, quia b. f. poſſeſſor *quod ad fructus attinet, loco domini pene eſt.* Nam vox *pene* ſatis reſtringit poſſeſſorem. Imo eadem ratio, ſine particula *pene* eſt in *d. l. 25. §1.* nec ibi tamen ſenſum priorem impedit. Cura & cultura facit, ut loco domini ſit, ubi nempe *cura & cultura* intervenit; neque enim ultra terminos habiles extendi hoc argumentum debet. Hæc reſponſio ad *d. l. 48.* illuſtratur collatione §*ultimi ejusdem legis*: ubi fœtus ovium b. f. poſſeſſori cedere dicuntur, etiamſi prægnantes venierint, & lac, etſi plenis uberibus: nam impletio uteri & uberum facta, dum res adhuc erat apud alium, ſimilis plane ſementi frugum, ab aliis in agro factæ, eſſe videtur.

47. Qui diſſentiunt, negant rationem Juſtiniani *pro cultura & cura*, oppoſitionem inter fructus naturales & induſtriales inferre, *quia vix ulla res eſt*, ait Vinnius, *quæ ſine cultura aut cura aliqua fructum ferat*: quod quid aliud eſt, quam totam negare diſtinctionem inter fructus, quos ſola natura, & quos induſtria producit? Præterea ponit Vinnius, fœnum & oleam eſſe fructus manifeſte naturales, quia Plinius *l. 15. c. 1.* ex Virgilio *2. Georg.* teſtatur, *non deſiderare oleam raſtros aut ſalcem ullamve curam*; idemque de fœno in confeſſo putat: atqui oleas & fœnum b. f. poſſeſſoris fieri, probat ex *l. 13. quib. mod. uſusfr. amit. l. 78. de R. V.* De fœno reſpondere nihil hæreo, id potius induſtriale videri, non multo minus quam frumentum, utpote cui fere tantundem operæ curæque, ut in hyemem duret, omni die impendi cernimus. Gramen quidem naturale merum eſt, ſed aliter cum fœno ſe rem habere nemo ignorat. Similiter olea dum naſcitur, exiguam poſtulat cultu-

turam; *Veruntamen & tondentur*, ait Plinius *d.c.l. ſicut & vites, atque etiam interradi gaudent.* Præterea quoniam quæſtio de lucro non habet uſum, niſi poſt conſumptionem, hinc natura fructuum in hac diſputatione magis ex aptitudine ad conſumptionem quam initio perceptionis ſpectatur. Ligna, poma, pyra, glandes, cæteraque naturalia, nihil novæ curæ poſt perceptionem, ut conſumantur, requirunt; ſed oleæ non habentur, niſi ut oleum inde fiat, quod plus artis quam vinum poſtulare, in *loco citato* Plinius autor eſt. Ideoque vel tondendi radendique dum naſcitur, vel hujus curæ ſubſequentis reſpectu, oleum pro fructu induſtriali a JCtis haberi, ſemperque cum vino ac frumento recenſeri videmus. Teneamus igitur, Naturales fructus non cedere lucro poſſeſſoris, ſed induſtriales, quibus civiles qui dicuntur, comparandi videntur, *l. 27. §. 1. l. 29. de her. pet. l. 34. de uſur.* neque enim domini intereſt, per ſe b. f. poſſeſſor an per alium exerceat agrum, fructus colligat an colligendos locet. Diſſentiunt Bachovius & Vinnius aliique *hic*. Diſſentit etiam Scholiaſtes noſter ad *poſit. 95.* ſed nihil profert, quod aliis reſpondendi rationibus, quam heic ſunt collocatæ, ſit excipiendum.

N. ADDIT.

Apponamus tamen Scholion. Dixeram: *Imo & naturales, (fructus acquirantur b. f. poſſeſſori) per ea, quæ habent Struv. XI. 21.* ibique in reſolut. *Frantzk.* ad tit. de R. V. n. 43. 49. Conf. *Strauch.* XVIII. 7. & 10. ibique notata, p. 201. *ex quibus facile reſponderi poteſt, ad ea, quæ Autor in prælectionibus dubia movet. Hoc verum eſt, nihil hic diſerte proponi contra Autorem, quod novam ejus reſponſionem mereatur. Interim Autores citati multa talia proponent, qui adeo non fuere occultandi. Et cogita ſaltem rem ipſam ejusque naturam. B. f. poſſeſſor, ajunt diſſentientes, non acquirit fructus naturales. Bene, quis ergo acquirit? Si dicas, nemo, ſed eſſe nullius & cedere occupanti, habebunt omnes quod rideant. Multo magis autem, ſi dicas furem & malæ fidei poſſeſſorem. Quod ſi vero urgeas ſententiam hanc, quod b. f. poſſeſſor non acquirat fructus naturales, reſpicere dominum, quod nempe huic eos reſtituere debeat b. f. poſſeſſor, frigida erit obſervatio. quia & induſtriales, quos tamen acquirit, reſtituere debet, ſi extent. Et ipſe Autor jam fatetur, diſputationem ſuam non habere magnum uſum intuitu ipſius negotii & praxeos, ſed ſaltem in explicatione legum. Jam vero ulterius quæro, annon illa interpretatio legum in dubio majorem plauſum mereatur, quæ leges explicat ſecundum naturam negotii, quam quæ contra?*

At vero fatendum eſt, quæſtionis hujus uſum eſſe majorem in explicandis legibus, quam in uſu negotii; vix enim eſt, ut in foro ulli fructus acquiſitioni b. f. poſſeſſoris ſubducantur; ut videre licet apud Sandium 3. 15. 1. quo facit, quod ſupra diximus, eſſe perpaucos, ut apud nos eſt agricultura & res ruſtica, fructus mere naturales.

48. Sic igitur ſe habet ratio naturalis. Cura & cultura, cui bona fides adeſt, poſſeſſori jus in fructus naturales tribuit, operæ pretio tenus. Perceptio hoc addit, ut intuitu omnium non Dominorum pro domino habeatur, *l. 28. pr. de uſur. l. 78. pr. de R. V. & §. 35. h. t. l. 4. §. 19. de uſur.* & verus dominus, dum latet, pro eo qui non ſit, habetur: mox conſumptione ſecuta, cum ipſa re dominium ejus plane perit, & ſic b. f. poſſeſſor, cujus dominium reſpectu illius revocabile erat, dicitur pleniſſime fructus acquiſiviſſe, atque tunc initio inſpecto, cura & cultura, ut cauſa acquiſitionis prima memoratur, *l. 40. in fin. de A. R. D. l. 4. §. 2. Fin. regund.* Quod ſi dominus fundi, extantibus adhuc fructibus, ſuperveniat, evaneſcit dominium b. f. poſſeſſoris; & in repetitionem ſumptuum ac operarum convenitur, ipſosque fructus adhuc extantes domino reſtituere debet, *l. 22. C. de R. V.* Conſumptio non auget jus ejus, nec lucri cauſam addit: impoſſibile enim eſt, ut conſumere quis poſſit rem alienam, ideo, quia conſumit; ſed an jure conſumat, hoc ex cauſa præcedente pendet; Ideoque ratio non fert, ut conſumptio novi juris ſit cauſa, ſed ut effectum duntaxat conſiderari poteſt. Tollit quidem dominium prius, ſed non parit novum, quia rem facit non eſſe, cujus nulla affectio eſt. Unde ἐμφατικῶς Imp. in *d. §. 35.* de conſumptis fructibus *agi non poſſe* affirmat; plenius hac de re diſſeruimus in *lib. 4. Digreſſ. cap. 23.* B. F. poſſeſſor igitur extantes fructus reddit, ſervato quicquid ſua intereſt; quod conſumpſit, reddi nequit, nec tenetur ad pretium, ſi id quoque ſine fraude ejus perierit, quia hoc ipſius foret damnum; at quod ſupereſt pretium, de eo tenetur, retento quod ſua interfit, quia ſi totum retineret, id domini detrimentum eſſet. Idque adeo tenemus, b. f.

Poſſeſ-

Poſſeſſorem, quatenus ex conſumptis fructibus locupletior eſt factus, teneri ad reſtitutionem, quia quod ex re habet & quod beat ipſum, id extare & ſupereſſe videtur, nec aliter Grotius *lib. 2. c. 10. § 5.* Idem Jure Romano de hereditatis petitione clare proditum eſt, poſſeſſorem b. f. teneri de conſumptis fructibus, in quantum locupletior eſt, *l. 25. § 11 l. 28. de hered. pet. l. 1. C. eod.* Cur in vindicatione rerum ſingularium aliud ſtatuendum ſit, nulla ſatis gravis ratio apparet, neque auctores pro negativa plures ſunt, quam affirmante ſententia, ut videre licet apud Sandium *lib. 3. tit. 15. def. 1.* Eandem eſſe rationem in hereditatis petitione & in Rei vindicatione, liquet primo ex generali ratione, quia *hoc natura æquum eſt, neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem, l. 14. de cond. indeb.* quam doli ſpeciem eſſe, docet *l. 17. § pen. de Inſt. act.* Id autem hic fieret, ſi poſſeſſor domino, qui re ſua tam diu caruit, negaret, quod ex bonis ejus redactum ſupereſt, ſiquidem plus ſit penes ipſum quam alioqui conſumptum fuiſſet. Idem probatur ex *l. 23. de reb. cred.* Qui locupletior eſt, is Re obligari videtur, unde etiam pupillus tenetur, cujus maximus alioqui favor eſt, ut dix. *ſupra de auctorit. tut. in princ.* adde *l. 8. C. de donat. int. V. & Ux.* & *§ 2. Inſt. de off. jud.* ubi Imp. *et ſi hereditas petita ſit*, ait, *eadem circa fructus intervenient, quæ diximus intervenire de ſingularum rerum petitione.* Opponuntur *l. 40. in f. de A. R. D. l. 4. § 2. Fin. regund. l. 33. C. de R. V. l. 4. § 19. de uſucap. l. 25. § 11. de hered. pet. l. 70. § ult. cum ll. ſeqq. d. Leg. 2.* junctis *l. 6. C. de R. V. l. 21. de hered. vel act. vend.* & quæ præterea habent Vinnius *hic* & D. Tim. Faber. *diſp. 14. th. 7.* quibus omnibus diluendis hæc theſis non ſufficiat; videbimus *alibi, in lib. 6. Digreſſ.* Diſſentit etiam Scholiaſtes noſter ad *poſit. 97.* absque rationibus propriis.

N. ADDIT.

Sufficit, quod citaverim Struvium XI. 23. & ibi reſolat. *ex quo facile ſatisfiet Autori. Saltem fortiſſimam ejus rationem deſtruimus: Scilicet, eandem eſſe rationem hereditatis petitionis & rei vindicationis, negamus. Cur in hereditatis petitione fructus conſumti computentur, ex quibus b. f. poſſeſſor eſt locupletior, (v. g. ſi vendidit) ex eo eſt, quod in hereditatis petitione, etiam intuitu omnium rerum hereditariarum, pecunia ſuccedat in locum rei, quod ſecus eſt in rei vindicatione.*

49. Interim verum eſt, ejusmodi computationes, an b. f. poſſeſſor ſit locupletior nec ne, reddere lites intricatas. Unde hodierna praxis haud inutiliter recepit, ut fructuum ante initium litis perceptorum reſtitutio non exigatur, *licet extent*, ait D. Vinnius ad *hunc § n. 11.* quanquam Sandius *lib. 3. tit. 15. defin. 1. ſub fin.* autoresque ab eo citati, conſumptorum duntaxat meminerunt; & duriuſculum videatur, repetitionem extantium, qui vindicari poſſunt, negare Domino.

SCHOLIUM.

In foro Saxonico bonæ fidei poſſeſſor fructus conſumptos, ex quibus locupletior eſt factus, reſtituit.* Hartm. Piſtor. l. 4. qu. 25. 26. Carpz. III. 32. def. 28. 29. Philip. II. Ecl. 15.

N. ADDIT.

Ita quidem tum ſcripſeram, ſecutus communem errorem, dum ea, quæ deprehenduntur in libris JCtorum Saxonicorum, putant etiam obtinere in foro Saxonico, cum tamen JCti Saxonici multa diſputent theoretice, quæ nullum uſum habent in praxi. Adducit quidem Carpzovius d. def. 28. *ſententias Scabinorum. Sed vereor, ut ibi per vocem* erübrigte Früchte *intelligantur fructus conſumti, in quibus quis locupletior eſt factus, ut quidem Carpzovius explicat. Mihi potius videntur intelligendi extantes. Nam* erübrigte Früchte *ſunt* die noch übrig ſind, *qui adhuc extant. Imo & de his vix caſus eſt dabilis, ut in praxi magnus talium ſententiarum uſus ſit, quia in foro Saxonico fructus tanquam res mobiles anno præſcribuntur.* vid. *Hartm. Piſt.* d. q. 26. in fine. *Carpz.* d. def. 29.

Id Juris communis rationi conſentaneum eſt, b. f. poſſeſſorem ad extantes fructus, quos per triennium poſſedit, utpote uſucaptos, reſtituendos non teneri, *l. 4. § 5. ibique gl. de uſucap.* Sed cum impenſis, quas prætendit, compenſari debere & hos, & conſumptos, dictum *ſupra*; probaturque a Sandio contra Ant. Fabrum &

* Uſu Saxon. bonæ fidei poſſeſſorem ex fructibus conſumtis teneri, quatenus factus eſt locupletior, docent Hopp. *ad § 35. I. b. Uſ. hod.* Carpzov. *p. 3. C. 31. d. 18.* Nec obſtat, quod fructus a fundo ſeparati tanquam res mobiles, Jure Saxon. anno, 6. ſeptimanis & 3 diebus uſucapiantur, ut recte ſentit Hartm. Piſtor. *l. 4. qu. 26. n. 20. ſq.* Heig. *p. 1. qu. 16. n. 34. j.* Balbum *de Præſcr. p. 4. qu. 35. n. 1.* licet diſſent. Jacob Schultes. *qu. 35.* poteſt enim contingere, ut de conſumptis b. f. ſed nondum uſucaptis fructibus, lis poſſeſſori moveatur.

Collegas suos, *d. tit. 5. def. 2.* Malæ fidei possessor nullus omnino fructus lucratur; non perceptio, non consumptio eum a delicto absolvit, ideoque omnes restituere vel ipsos, vel æstimationem cogitur, *d. § 35. in f. d. l. 22. C. de R. V.* Imo de his etiam, quos percipere honeste potuisset, sed neglexit, conveniitur, *l. 33. de R. V. l. 5. C. eod.* quia non tam quid ipse perceperit, quam quid dominus fuisset percepturus, spectatur, *l. 62. § 1. de R. V.* Omnes autem bonæ f. possessores incipiunt esse m. fidei, cum amittunt bonam, id est, ubi scire cœperunt rem esse alienam, *l. 25. § 1. de A. R. D.* Quia autem lite mota, multo magis utrinque contestata, rei alienæ conscientia inducitur, ideo interrumpitur acquisitio fructuum post litem contestatam, *l. 22. C. de R. V. l. 4. §. 2. Vin. reg.* imo post motam controversiam, *l. 25. § 7. de hered. pet.* quibus contraria videtur *l. 25. § ult. de usur.* ad quam alibi respondemus *ad tit. ff. de Hered. pet. Pos. 15. & seqq.*

50. (m) Quemadmodum b. f. possessores, ita & usufructuarii, fructus acquirunt percipiendo *, quippe cum ususfructus nihil sit aliud, quam jus percipiendi emolumentum ex re aliena, ut in loco videbimus. Non tamen ita simile jus eorum est, ut non aliquæ sint differentiæ. Nam primo b. f. possessor perceptione fructuum defungitur, cum a solo sunt separati duntaxat, ut *supra* diximus. Fructuarius perceptionem absolvisse non censetur, nisi postquam fructus plene collegerit, ut discimus ex Juliano in *l. 25. § 1. de usufr.* quem in eandem sententiam citat Paulus *in fine l. 13. ff. Quib. mod. usufr. amit.* qui tamen ipse *imtio Legis* aliter differere videtur, quod per ultima verba sine dubio corrigitur. Notandum autem in locis *citatis*, perceptionem plenam & collectionem fructuum, vocari per excellentiam, vel respectu fructuarii, *perceptionem*, ne quis putet, separationem a solo non esse pro *perceptione* in b. f. possessione habendam, *§ 37. h. t.* Alterum discrimen est, quod b. f. possessore, fructibus nondum perceptis, moriente, nihil obstet, quo minus heres in titulum ejus, & jus apprehensa possessione, succedat, fructusque a defuncto satos percipiat; sed mortuo ante perceptionem fructuario, cum jus ejus mere sit personale, nec ad heredem transeat, *§. 3. I. de usufr.* deficit causa, per quam heres fructus a defuncto satos percipere possit, ideoque dominus proprietatis eos percipit & acquirit, refuso heredi operæ atque impensarum pretio, juxta ea, quæ *supra* intelleximus. Ante perceptionem igitur melior est b. f. possessoris conditio; sed ubi fructus semel percepti fuerint, acquisitio fructuarii multo quam illius efficacior atque utilior est. Nam possessor etiam tertius naturales omnes, item industriales, si adhuc extent, domino evincenti, ut audivimus, restituere debet; Fructuarius absolute & irrevocabiliter eos acquirit, quia non per errorem & ignorationem domini, ut possessor, sed vi juris expresse in re constituti, fundum exercet omnique emolumento fruitur, *l. 7. de usufr.* Atque *eadem fere de colono dicuntur*, ait Imp. *d. § 36. in fin.* Nam ut fructuarius non aliter fructuum dominus efficitur, quam se ipse, vel aliquis nomine *ipsius* eos perceperit, *hoc § 36. pr. d. l. 13. de usufr. amit.* ita nec Colonus. Unde si fur messem sustulerit, colonus nec vindicationem, nec condictionem furtivam, quæ datur domino, habet, sed tantum ex conducto Dominum, ut eos repetat sibique restituat, compellere potest, *l. 60. § 5. Locati.* plane furti actionem, quæ non jure dominii, sed ejus quod interest competit, tam fructuario quam colono dari, patet ex *l. 12. § ult. de usufr. l. 26. §. 1. de furt.* Sed quid sibi vult particula *fere* in *f. d. § 35?* Illa παρέλκεται, abundat, superflua est, ait Theoph. quod de modo quidem & momento acquisitionis verum, quia neuter fit dominus, nisi perceperint; sed non de omnibus, quæ traduntur in hoc §. Nam in transmissione juris percipiendi, differt in fructuario colonus, quoniam hic licet pendentibus adhuc fructibus sit mortuus, tamen suum jus ipsosque fructus ad here-

* Jure vero nostro in fructibus industrialibus non tam ad perceptionem, quam ad semen, culturam & curam respicimus. Hinc quando semen rastro subactum, Usufructuarii heredibus fructus debentur, *v.* L. R. *3. art. 76. P. 3. C. Ll. 32.* Carpz. *def. 1. & 5.* Struv. *Jurisp. For. L. 2. T. 8. § 8.* Richter. *Dec. 56. n. 5.* In Vineis respici solet ad diem Urbani. Carpz. *l. c. D. 8. j.* Coler. *p. 2. C. 3. n. 303 sq.* In fructibus autem mere naturalibus Jus Saxon. J. Civilis dispositionem sequitur, adeoque fructus nondum perceptos non usufructuarii heredibus, sed proprietario vindicat. *d. C. 32.* ibique Carpz. *def. 23. seq.*

(m) *Pos. 150.*

dem

dem transmittit: quia locatio conductio morte non finitur, quemadmodum ususfructus, § *ult. I. de locat. cond.* Hinc, moriente usufructuario, quia dominium fundi plenum confestim pertinet ad proprietarium, fructus in eo stantes tanquam pars fundi, continuo ipsi cedunt, heres autem quia usumfructum non habet, percipiendi quoque jure statim destituitur, salva ipsi repetitione impensarum procul omni dubio. Sic etiam fundo vendito, fructus pendentes ad emptorem pertinent, qui tamen impensas simul emisse censetur, *l. 13. § 10. de act. empt.* Quod si fructuarius fundum locaverit, an perinde heredi ejus pensiones cedent vi contractus, quam venditori ejusve heredi, *d. l. 13. §. 11.?* Utique pro rata temporis, quo fruitus est, *l. 9. § 1. Locati.* sed ultra mortem fructuarii conductio vim nullam habere potest, *d. § 11.*

51. Genera fructuum, de quibus agitur *in § 37.* initio hujus disputationis satis sunt explicata. Id singulare hoc loco adspergitur; non placuisse, partum ancillæ fructuario, ut foetus pecudum acquiri, quia absurdum videtur, hominem in fructu hominis esse. Veterem eam controversiam esse, Ulpianus testatur in *l. 58. de usufr.* Marcum Brutum circa eam dissensisse a Manilio & Scævola, scribit Cicero *1. de Fin.* Sed negantium sententia prævalait, ob præstantiam conditionis humanæ, cum hominis gratia omnes fructus natura produxerit. Ἀναγκαῖον inquit Aristot. *1. polit.* τῶν ἀνθρώπων ἕνεκεν αὐτὰ πάντα πεποιηκέναι τὴν Φύσιν. *Necessario naturam cuncta in hominum fecisse gratiam;* rationem reddit, quia natura nihil facit frustra, μηδὲν μήτε ἀτελὲς ποιεῖ μήτε μάτην. Proinde cum homine nihil sit dignius in mundo, consequens esse, omnia propter hominem creata videri. Cæterum de sententia paragraphi 38. ubi de gregis usufructu, quoniam aliena ab hac materia est, atque ut Cujacius loqui amat, fugitiva, supersedebo, donec ad titulum de usufructu sit perventum. Et de thesauri inventione ejusque acquisitione jam dictum est § 46. Quare nunc ad § 40. transeamus.

52. Hactenus acquisitiones, quibus dominium nobis sine facto alterius tribuitur; Sequitur nunc species, in qua duorum affectus & effectus, transferentis rem, & accipientis, concurrit, Traditio. Quæ postremus aut creberrimus Dominii jure Gentium acquirendi modus celebratur: Per hanc *Jure Naturali res nobis acquiruntur*, ait Justinianus in § 40. *h. t.* Sed ratio, quam subjicit; *nihil enim tam conveniens est naturali æquitati, quam voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferri, ratam haberi,* (Accursius scrupulum injicit lepidum, & valde ad rem; *Imo*, inquit, *Deo servire est convenientius*) hæc, inquam, ratio parum abest sane, quin confirmet, quod Autor certissimæ philosophiæ Grotius docet *lib. 2. de J. B. & P. c. 6. pr. & § 1. item cap. 8. § 25. nec non Jur. Holl. 2. cap. 5.* naturaliter, id est, ex simplici dictamine rationis, supposita propagatione dominiorum, sufficere ad alienationem dominii, declarationem perspicuam domini de re sua in alium transferenda, sive ut Imp. *voluntatem domini, volentis rem suam in alium transferri.* Porro Grotius; *Ut vero Traditio etiam requiratur, ex lege est civili*, inquit, *quæ quia a multis gentibus recepta est, jus gentium improprie dicitur.* D. Wissenbachius *disp. 1. de mut. th. 4.* notat Grotium, quod traditionem vocet *Commentum* Juris Civilis, *l. 2. c. 12. n. 15.* & quidem *parum civiliter!* aliaque addit, ex quibus putasse videtur, id in contemptum Juris Romani a Grotio dictum, quo nihil magis ille procul habet, imo in *objecto loco*, de traditione ἀδὲις λέγες habetur, sed de aliis circa venditionem singularibus, nec usquam de traditione *commenti* vocabulo, quod sciam, utitur, etsi hoc positum quoque nihil gravius, significaret. Quæ D. Vinnius & alii in contrarium disputant, alibi refellimus.

(n) Sed quid est Traditio? Theophilo definitur, ἀπὸ χειρὸς εἰς χεῖρα μετάθεσις, *de manu in manum translatio*; nimis tropice, cum rebus immobilibus, quarum est vera quoque traditio, proprie utique non conveniat. Hic consideratur tanquam modus acquirendi dominii, itaque potest definiri; *Translatio rei corporalis, facta* idoneo titulo, per eum, *qui jus & animum alienandi habet.* Primo enim requiritur, ut res, quæ traduntur, sint corporales, quia traditio non fit aliter, quam applicatione corporis ad corpus; unde rerum incorporalium non nisi impropriam esse traditionem, mox videbimus. Sciendum quoque II. rem debere talem esse, quæ sit in commercio; non sacra, religiosa, publica, vel similis, *de quibus alibi.* Præterea III. tradens debet habere jus alienandi. Nam si dominus non sit, aut dominus quidem,

(n) *Pos. 101. & seqq.*

sed

sed administrandi expers. *qua de re suo loco*, traditio ejus dominium haudquaquam tribuit. Sic etiamsi *jus* alienandi habeat, nisi tamen IV. animus dominii transferendi adsit, nihil hactenus agitur: Nam traditiones, quæ in commodato, pignore, deposito, similibusque causis intercedunt, nihil ad hanc rem pertinent. Præterea V. requirit Imp. in *d.* § 40. ut causa sive titulus ad dominium comparandum habilis præcedat, quales hic numerantur, donatio, dotis datio, venditio; præter quas sunt & aliæ, ut permutatio, mutuum, stipulatio, transactio, in solutum datio, legatum &c.

SCHOLIUM.

Adderem & hoc requisitum, ut adsit accipientis voluntas & consensus, Strauch. VI. 38. *Imo & ejusdem habilitas, hoc est, ut ipse quoque rem in commercio habeat. Nam requisita, quæ Autor recenset, id efficiunt saltem, ut dominium a me abeat, non autem ut in alterum transeat.*

RESPONSIO.

Jam antea dictum est, in omni acquisitione supponi ut necessarium, Acquirentem dominium, esse præditum animo & jure sibi acquirendi, ut hoc identidem in singulis acquirendi modis inculcare, visum sit supervacuum.

N. ADDIT.

Ergo pax est inter nos, si modo addas, superflua non nocere.

53. Post definitionem occurrit memorabilis quæstio; an & quomodo ad transferendum traditione dominium, requiratur *vacua* rei possessio. Donellus enim secutus antiquos Dd. 4. *comm.* 19. statuit, sufficere factum traditionis nudum, quando Dominus corporalem rei apprehensionem alteri, in quem jus suum transferri vult, simpliciter præstat, etsi alius animo rem absens possideat. At recentiores pleriqùe hanc sententiam repudiant, neque aliter res traditione nostras fieri volunt, quam translatione vacuæ possessionis, hoc est, ita liberæ, ut res a tertio non possideatur. D. Vinnius *l. 1. partit. c. 20.* autorem suum Donellum secutus, postea recantat, & contra eum ex professo disputat in *Comm. ad hunc* §. Nobis ea, quam *Doctores* & Donellus tuentur, magis arridet opinio, hac imprimis ratione, quia naturaliter certum est, ad transferendum dominium sufficere declarationem Alienantis, ut modo abunde probatum. Jus Civile, an Gentium, ad majorem certitudinem, novum actum continuatæ voluntatis & executionem ejus requirit, non alio fine, quam ut perseveratio in priore consensu clarius liqueat. Jam si actus ille ad hoc significandum satis sit efficax, rationi juris positivi satisfactum est: Traditionem eam esse omnino oportet; & si talis sit, ut dominium rem, quam addixerat alteri, apprehendendam ei præbeat, non potest dubitari, quin is actus satis sit perspicuus ad constantiam voluntatis ostendendam. Quod si nunc apud alium nihil sit juris, quo tradens impediatur liberum exercere dominii arbitrium, quid vetat transire dominium? Alius absens possessionem habet? nihil obstat, neque enim hic de possessione, quæ ad ipsum, sed de dominio agitur; cujus effectus, qui juris est, nullo modo impediri a possessione potest, quæ facti esse & cum dominio nihil commune habere, dicitur *l. 12. § 1, de Acquir. poss.* Dominus tradens rem, absente possessore, nihil juri ipsius præjudicat, Interdictis experiatur. Quid causæ est, cur possessor domino plus præjudicii ferat, quo minus jus suum alienet, quam hic illi? Possunt pariter consistere possessio in eodem loco, & mutatio dominorum. Et quid? An rem a fure detentam domino vendere non licebit, & tradere, si copia detur? an furis possessio domini jus implicabit? Id quidem oportebat, si absque vacua possessione dominium transire non posset; sed aliter docet *l. 10. § 2. de Condict. furt.* Dominus alienavit rem a fure possessam, id est, dominium transtulit, unde condictionem, quæ soli domino datur, *l. 1. d. t.* amisisse dicitur; & quidem *facto* suo rem alienavit, inter vivos, ut è textu liquet, quod aliter quam de traditione intelligi nequit. Alienatio enim inter vivos ex facto domini, non potest excogitari aliter, quam per *traditionem* celebrata: adde *l. 16. de fund. dot.* Quæ ab adversa parte proferuntur, alibi refellenda. Vid. Vinn. *h.*

54. Porro quamvis Traditio jure positivo introducta, & a naturali simplicitate aliena, etsi non contraria sit, tamen Jus Romanum vetus sola traditione ad Dominii propagationem minime contentum erat, sed plura desiderabat solennia. Præsertim in mancipatione atque in jurecessione, quibus modis dominium Quiritarium constituebatur, ut dict. *supr.* Sed traditione sola Bonitarium duntaxat dominium quærebatur in rebus *nec mancipi*, ut prædiis provincialibus, quæ stipendiaria & tributaria dicebantur.

tur. Nam victis bello populis, Romani dominos se ferebant prædiorum, quæ aut vendebant, aut in plebem vel milites veteranos partiebantur, aut denique reddebant deditiis, tributo sive stipendio iis imposito, Liv. *l. 3. in fin.* Sic ut τὸ κυριώτατον, jus summum, penes Remp. Rom. tota rei utilitas & libera dispositio ipsorum esset provincialium, ἐπικαρπία καὶ πλεονεκτικὴ κάτοχή, *emolumentum & plenissima possessio*, interpretatur Theophilus. Et hoc jus, dominium *Bonitarium*, ac summum illud civium Rom. *Quiritarium* vocabatur. Longe autem diversa ratio fuit *bonitarii*, quam ejus, quod *utile* vulgo appellatur. Provinciales enim nullo non dominorum jure & effectu, tam in administrando quam alienando gaudebant, neque cogniti erant modi, quibus bonitarium dominium, ut hodie emphyteusis, amitteretur. Traditione igitur olim non Italica, sed stipendiaria & tributaria prædia alienabantur, quomodo *quæ in provinciis sunt* vocabantur, ait Imp. Eodem modo Glossarium vetus Græcum, & Theoph. stipendiaria prædia appellant, τὰ ἐν ταῖς ἐπαρχίαις κτήματα, *Possessiones provinciales.* Atque ita est, quod talia non nisi in provinciis fuerint; cave interim putes, cuncta in provinciis prædia fuisse tributaria & stipendiaria; non paucæ enim per provincias civitates Jure Italico donatæ erant, quæ immunitate gaudebant, ut Hotomannus *hic* monet; ideoque Tribonianus provincialia non exposuit una voce, quod alias expeditius erat, sed ita circumlocutus est, ut significaret, esse in provinciis agros, qui onera provinciarum non ferrent. Haud perinde explicuerim, quid his verbis sibi velit Imp. *Itaque stipendiaria quoque & tributaria prædia eodem modo alienantur.* Indicant enim, olim ea per traditionem alienari non potuisse, verum nova Justiniani constitutione in *l. un. C. de usuc. transform.* id introductum esse, quod sine dubio falsum. Traditionem esse, rerum nec mancipi, docet Ulp. *tit. 19. § 6.* Res mancipi non traditione, sed aliis modis alienabantur, de quibus *supr.* dixi. Jam prædia Italica erant mancipi, Provincialia secus. Ergo hæc tradi potuerunt, illa non poterant olim, hodie per *d. l. un.* possunt; dicendum igitur; *ipsa Italica quoque prædia eodem modo alienantur.* Theophilus evitavit hoc vitium sua paraphrasi, cum ἡ διαφέρουσα δὲ ἑτοίου δήποτε ἐς τὸ παραδιδόμενον πρᾶγμα ὑπὸ τοῦ δεσπότου, inquit, εἴτε ἀγρὸς Ἰταλικὸς, εἴτε στιπενδ. &c. *Non distinguo, qualis sit res, quæ traditur a domino sive ager Italicus, seu stipendiarius &c.* Denique Justiniani, inquam, tempore certum est, nihil fuisse discriminis inter acquisitionem prædiorum, quæ in Italia, & quæ in provinciis erant, nedum inter tributaria & stipendiaria; sed hodie omnium dominia per Traditionem indistincte transferri*, *d. § 40. & l. un. C. de usucap. transform.*

55. Quoties igitur Traditio facta est ab eo, qui jus & animum alienandi habet, necesse est transire dominium. Animus autem cum titulo sive causa conjunctus esse solet, cujus discrimen a *modo* acquirendi dominii, qualis Traditio, indicavimus *supra.* In sola venditione, etiamsi causa præcesserit, eamque traditio secuta sit, tamen dominium non transfertur, nisi emptor venditori pretium solverit, vel alio modo ei satisfecerit, aut denique venditor sine solutione & satisfactione emptori fidem de pretio habuerit, *§ 41. h. l. 19. de contrab. empt.* Atque hoc Lege XII. Tabb. fuisse comprehensum, testatur *hic* Imp. Imo πρὸ πάσι τοῖς ἔθνεσι πολιτεύεται, apud omnes gentes id observari, affirmat Theophilus; & recte dicitur, addit Imp. etiam jure gentium, id est jure naturali, id effici, quod dictat, non amitti dominium priusquam dominus prior animum amittendi habuerit; sed venditor, quoniam unice pretii causa contrahit, animum dominii amittere non videtur, nisi postquam securus de eo est, quod vice rei expectat. Hinc sequitur, si fidem de pretio non habuerit, posse venditorem jure dominii rem venditam atque traditam, ubicunque sit, vindicare, de concursu aliorum creditorum nihil sollicitus, cum quibus alioqui, si fidem emptoris secutus fuerit, parem causam habebit, nisi res specialiter ei pro pretio sit obligata, *l. 7. C. Qui pot. in pign.*

* Jure Saxon. Comm. prædia tantum avita, Censitica & Emphyteutica, judicialiter tradi debere, alias dominium a pristino possessore non transferri, *a. L. R. L. 1. art. 9. & 34.* affirmat Franzk. *L. 2. Res. 12. n. 8.* H. Pist. *Obs. 230. n. 8. sqq.* Philipp. *ad Dec. El. 62. Obs. 1. n 5.* Sed Electorali Saxon. Jure indistincte in traditione omnium rerum immobilium requiritur, ut Dominus in manus judicis suum dominium resignet, & is, qui in se dominium transferri cupit, de eo investituram a judice accipiat. *Dec. El. 61.* Berlich. *p. 3 d. 354. n. 1.* Carpz. *Decis. 147.* nisi consuetudine aut Statuto legitime confirmato aliud fuerit introductum, *d. Dec.*

pign. vel prætextu emptionis a fraudatore ad tradendum fidemque habendum doloſe induſtus ſit, *arg. l. 3. de pign. act.* Gail. *2. obſerv. 15. n. 6. & ſeq.* Excipiuntur quoque Argentarii, qui ius jus vindicandi rem venditam comperit, donec τὰ τίμημα λάβοισν, *pretium recipiant*, ſine d ſcrimine, fidem aut hypothecam habuerint vel non, *Nov. 136. c. 3. § ſi tamen.* Satisfactio, de qua modo, opponitur Solutioni, *l. 6. Quib. mod. pign. ſolv.* quid autem hic ſub satisfactione contineatur, docet Imp. in *h. § 41.* & Ulpianus in *l. 9. § 3. de pign. act.* Satisfeciſſe Emptor dicitur, ſi expromiſſorem vel *partem pretii* dederit, vel nuda conventione, & quoties venditor contentus fuit, per *d. l. 9. § 3.* adeo ut hac generali ſignificatione, nunquam fides de pretio haberi poſſit, quin etiam *ſatisfactum* dici queat; verum in hoc *§ 41.* & in *præd. l. 9.* ſimplex fidei adhibitio ſatisfactioni diſerte opponitur, quæ proinde ad cautionem realem vel perſonalem reſtringenda erit. Quod autem Schneidewinus *ad hunc §* velut ex communi Dd. ſententia monet, ex qualibet traditione in dubio præſumi fidem emptori eſſe habitam, non ſine ratione Bachovio, Vinnio aliisque diſplicet, & ex veteſtioribus Joh. Faber *ad h. § n. 2.* contrarium ſuo tempore exiſtimatum fuiſſe ſcribit. Præſumendum potius videtur, fidem non eſſe habitam, niſi id aliquo facti veſtigio perhibetur. Rem ſuam nullus venditor dimittere creditur, niſi conſtet, eum de hoc ſecurum eſſe, propter quod rem alienat. Naturali Juri id convenire, affirmat Imp. proinde affectus rem retinendi, nili de pretio ſatisfiat, eſt naturalis; vulgatumque eſt, quod Naturalia ineſſe creduntur, quamdiu contrarium aperte non liquet. Si dicas, ex ſola traditione id conſtare, principium petes: nam hoc quæritur, an traditio ex cauſa venditionis dominium transferat. Negatur, niſi fides ſit habita, quod inepte per traditionem ipſam probes; aliud ſine dubio oportet accedat, nempe ſi venditor fidejuſſorem vel pignus acceperit: ideo enim illa fiunt ut fides; quæ ipſi emptori non habetur, in alia re vel perſona acquieſcat. Eſt & fidei habitæ argumentum, ſi terminus ſolutioni ſit appoſitus, *l. 3. C. de pact. int. empt & vend.* aut ſi dixerit emptori venditor, ut ſit, rem tibi nunc habeto, pretium poſtea dabis. Nonne etiam, ſi in libros rationem ſummam pretii retulerit, novem factum, itumque eſſe in creditum dicemus? Utique, inprimis ſi rem non modo tradiderit, ſed emptorem ea diutius ſit uti paſſus, ſolutionem non urgens, dubitari vix poteſt, quin fidem habitam eſſe appareat.

56. (o) Utrum vero dominus ipſe rem tradat, an alieno utatur miniſterio, nihil intereſt, *§ 27. h. l. 9. § 4. h. t.* ideoque ſi dominus ſpeciale non datum alienandi rem ſuam alteri dederit, quin is ſecundum voluntatem ejus dominium transferat, dubium non eſt. Sed an generale mandatum ad omnia bona ſufficiat, quæritur. Imp. ex *l. 9. § 4. h. t.* rem ita accipientis ait fieri, ſi tradat is, cui libera univerſorum negotiorum adminiſtratio fuerit. Plerique in voce *libera* putant διαιρελὴν eſſe, unde procuratorem generalem faciunt duplicem, vel ſimpliciter totorum bonorum, vel *cum libera* ſcil. adminiſtratione; ut ea ratione textus conciliet, quorum aliis procuratori omnium bonorum tribuitur jus alienandi, ut *hoc § 42. & d. l 9. § 4. l. 58. de Procurat.* aliis negatur, *l. 63. eod. l. 16. C. d. tit.* Duareno, Donello, Bachovio aliisque diſplicet hæc diſtinctio. Nam quid intereſt, ait D. Vinnius, ſimpliciter adminiſtratio univerſorum bonorum mandata ſit, an adjecto verbo *libera*? Hæc quidem alterius loci quæſtio fuerit; ſed objectæ *Leges 63. D. & 16. C. de procurat.* ut & *lex 60. D. eod.* accipi forte queant de alienatione, quæ ſit præter rationem adminiſtrationis contraque utilitatem domini & præſumptam ejus voluntatem, *vid. l. 12. de pign. act.* Atque ita Leges, quæ procuratori generali modo tribuunt, modo negant alienandi facultatem, non illa diſtinctione quæſita, ſed hoc modo conciliandæ erant, ut alienationem valere dicamus, ſi evidens domini utilitas eam commendet; non procedere, ubi ſecus comparatum eſt.

57. Hactenus de traditione propria & uſitata, quæ fit poſſeſſione translata & corpore ad corpus adjuncto. Sed uſus rerum hominumque ſpecies quasdam inſolitas & analogicas invexit. Propter quas dicendum eſt, Traditionem eſſe propriam vel impropriam. Propria eſt, inquam, rei corporalis translatio naturalis, φυσικὴ μετάβεσις, qualem natura cujusque rei admittit; h facile movcatur, translatione de manu in manum, ſi difficulter, exhibitione præſenti, *l. 1. § pen. de acquir. poſſ.* Si res immobilis ſit, traditio perficitur inductione in fundum, vel domum, pedibus in quamlibet ejus

(o) *Poſſ. 109.*

par-

partem illatis, *l. 3. § 1. h. t.* Impropriam traditionem dicimus esse, vel incorporalium rerum, vel etiam corporalium. Incorporalium, veluti servitutum, in quibus loco traditionis, ex parte accipientis est usus earum, *l. ult. de Servit.* ex parte concedentis, patientia, *l. 1. § ult. de S. R. P.* quibus textibus collatis, dic *patientiam usus* pro traditione servitutum haberi; Ita enim est in *l. 3. pr. de usufr.* dare usumfructum heres intelligitur, si legatarium *patiatur uti* frui. Impropria rerum corporalium Traditio, erit nobis ficta, vel symbolica, quæ distinctio, etsi vulgo non usurpata, necessaria tamen visa fuit; alioqui minuendis potius, quam terminis Artis augendis operam esse dandam intelligimus. Ficta vocatur, cum possessio pridem existens apud eum, qui faciendus est dominus, ex nova causa in ipsum translata fingitur, ἑτεροδὴ προϋπῆρχε Φυσικὴ κατοχὴ, *quia naturalis detentio præexstitit*, habet Theoph. idque exemplis rerum commodatarum, locatarum & depositarum declaratur in § 42. *h. t.* quæ si vendantur aut dono mutuove his, qui tenent eas, dentur, dominium immediate in illos transfertur, quasi res ad priores dominos reversæ ac denuo ipsis traditæ essent, quæ fictio, brevis manus dicitur in *l. 43. § 1. de jur. dot.* cum ordo rei gestæ occultatur, ut Cellus *l. 3. § pen. de don. int. V. & ux.* Symbolicam vocamus, cum non res ipsa traditur, sed actus aliquis repræsentans traditionem celebratur. Sic merces pro traditis habentur, quando claves horrei vel cellæ in loco traduntur, *l. 1. § pen. de acq. poss. § 45. h. l. 47. de contrab. empt.* Trabes videri traditas ait Paulus, quas emptor signasset, *l. 14. inf. de peric. rei vend.* Eodem pertinet, quod traditione instrumentorum fundus pro tradito habeatur, *l. 1. C. de Donat.* Distinguimus hanc symbolicam a traditione ficta, quoniam ubi fictio locum habet, ibi nihil est gestum, sed in illis speciebus, utique celebrati sunt aliqui, licet improprii ac symbolici actus. Nihil geri, & aliquid analogum geri, sane toto genere differunt. Imo videri posset, signatione trabium pæne propriam absolvi traditionem, non minus quam si venditorem quod emerim deponere, in mea domo jusserim, tunc enim possidere me certum est, quanquam id nemo dum attigerit. Sic etiam, si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret, vacuamque se possessionem tradere dicat, non minus possidere cœpi, quam si pedem finibus intulissem, *l. 18. § 2. de acq. poss.* Eo quadrat, quod Xenocrates apud Plutarchum *in lib.* περὶ πολυπραγμοσύνης, licet alio fine differit· μηδὲν διαφέρει, inquit, ἢ τὰς πόδας ἢ τὰς ὀφθαλμὰς εἰς ἀλλοτρίαν οἰκίαν τιθέναι. *Nihil refert, utrum oculos an pedes in alienam domum inferas.* Non est talis ficta traditio, quoniam actus vere celebratur, neque symbolica, quia nullum adhibetur signum; sed insolita, attamen vera, ut videtur. Alii hanc fictionem longæ manus appellant. Corvin *in crotem. h.*

58. Facilius ad Symbolicam Traditionem retulerim, Scotationem & Effestucationem, quæ post jus Romanum invectæ sunt. De Scotatione est textus in *cap. ex literis. 2. de Consuetud.* ubi Innocentius III. *Hanc*, inquit, *conferendi formam esse proponis, quod in hujusmodi donationibus modicum terræ consuevit in manus accipere, vel in extremitate pallii, quod manu Prælati Ecclesiæ sustinetur aut super altare ponendum, sub testimonio, videntium & audientium, sub dicta forma, quæ Scotatio vulgariter appellatur.* Effestucatio est Traditio solenniter in judicio facta, cum venditor festucam sive baculum manu tenens eumque abjiciens, cedere se possessione alteri declarat, quod Galli *verpir* appellant, qua de re vid. Goris *adverss. tract. 3. part. 1. cap. 1. n. 13. & seqq.* Et his modis ipsam transferri possessionem, ut non opus sit alia apprehensione, probat Frider. Sandius *comment. de effect. cap. 2. n. 8. & seqq.* Etiam hi ritus valde similes mancipationi & in jure cessioni Romanorum videntur, nisi quod tantum in rebus immobilibus obtineant. In mobilibus nihil diversi a jure civili receptum constat.

59. (p) Traditio, ut dictum, est Translatio *possessionis.* Quid est Possessio? Græci *Βασιλικῶν lib. 50. tit. 2. l. 1.* dicunt, eam esse Φυσικὴν κατοχὴν, *detentionem naturalem.* Theophilus vocem Φυσικὴν explicat *pr. Inst. de interdict.* Σωματικὴ, inquit, πράγματος κατοχὴ *Rei corporalis detentio.* Sed bene monent Interpretes, aliquid addi oportere, quo intelligatur, eum, qui rem obiter mox reddat, sine titulo aut animo detinendi, non possidere. Ideo plerique adjiciunt, *cum effectu sibi habendi*, etiam Grotius *lib. 2. c. 2. pr. Jurispr. Holl.* ut excludantur usufructuarii, coloni, commodatarii,

(p) *Pos. 115.*

precario tenentes, depositarii & similes. Non incommodam fore doctrinam eam, facile apparet, eaque lubenter uterer, sed tot expressis juris textibus, qui enumeratis istis possessionem tribuunt, qui faciendum? De usufructuariis est *l. 12. pr. de acquir. poss.* De colono, commodatario, depositario textus in *l. 2. § 1. pro herede. l. 3. § ult.* cum *l. seq. Ad exhib.* De precario *l. 4. § 1. & ult. l. 15. de precario.* Cum his Jura possessionem tribuant, eam mihi religio est negare, quamvis affectu rem ipsam sibi habendi careant. Atqui nec creditor, quem omnes possidere fatentur, ex *l. 13. § 1. de publ. in rem act.* istum animum habere videtur, sed tantum custodiendi, donec pecunia solvatur. Vix est igitur, ut verba illa generali possessionis definitioni conveniant.

60. Bachovius ad Treutl. *disp. de acquir. poss. th. 1.* definit possessionem cum vetustis Dd. *Jus rei corporali insistendi*, significantius quam Græci *detentionem* dicunt; nam factum detinendi rem nudum, per verbum *jus* satis excluditur. Sed hoc scrupuli restat, definitionem illam videri convenire & ei, cui possessio per injuriam erepta est. Nam qui de fundo vel ædibus per vim dejectus est, nonne is habet *jus rei insistendi*? Omnino, & in hunc finem, adeoque vi hujus juris, habet interdictum recuperandæ possessionis. Proinde ei, qui possessionem non habet, congruit hæc definitio, quod est emendandum. Dicamus igitur, possessionem esse *jus, quo res corporalis detinetur*, scilicet actu & in præsenti, non tamen corpore semper, sed etiam animo, uti mox. Potest etiam cum Vinnio in hoc sensu generali Possessio definiri, detentio rei corporalis, cum animo sibi, aut alii, eam habendi, *l. 2. Quæst. c. 36.*

SCHOLIUM.

Tò aut alii *non agnosco; Nam depositarius v. g. & commodatarius, quamvis habeant animum hanc rem habendi deponenti & commodanti, possessores tamen non sunt, sed nudi detentores,* l. 6. Depos. *juncta* l. 38. in fin. & l. 3. § ult. de acquir. vel amitt. poss. *Et præterea deponens per depositarium possidet: Ergo depositarius possidere non poterit, quia duo eandem rem in solidum non possident. Confer omnino Auctorem in* Præiect. ad tit. de Interd. n. 8.

RESPONSIO.

Probatum est e textibus supra adductis, Pos-

(9) *Pos. 116. & seqq.*

sessionis vocabulum iis etiam, qui pro aliis habere volunt, frequenter adscribi, quorum juribus alia voces non conveniunt; idque fit in iis locis, ubi de possessione ex professo agitur, quod ad usum terminorum Artis in primis pertinet. Ideoque in possessione plane se res habet, ut in adoptione, morte, ut in publicis rebus, aliisque fit locis, ubi Ars ipsa voces in latam strictamque significationem distinguit. Leges adductæ a Scholiaste nihil probant, excepta l. 3. § ult. *quæ possessionis vocem negat creditori in possessionem misso; quia Paulus ibi de possessione, per quam itur ad dominium, tractat. Ultimo argum. respondebitur ad* d. tit. de Interd. n. 8.

N. ADDITA

Imo vero dum in d. l. 3. § ult. *possessio & custodia sibi invicem opponuntur in creditore, probat etiam sententiam nostram* l. 6. depos. *quod nempe depositarius non possideat, quia videlicet res ei ibidem dicitur tradi ad custodiendum & reddendum. Denique in* alleg. tit. de interdictis n. 8. *nihil invenio, quod ad responsionem contra ultimum meum argumentum trahi possit.*

(q) Divisio possessionis in Naturalem & Civilem, habetur in *l. 1. § 9. de vi arm.* Naturalem intelligimus, Jus, quo res corporalis sine opinione Dominii detinetur, quæ in *citatis textibus* tribuitur personis modo recensis. Hæc alias corporalis appellatur, *l. 25. § ult. de acquir. poss.* non modo respectu commodatarii, depositarii & similium, sed etiam creditoris, in *l. 40. § ult. de pign. act.* adeo ut si quis dicat, naturalem possessionem improprie adscribi reliquis, huic idem de creditore sit dicendum, de quo tamen possessio proprie dicta prædicatur; Naturalis solet justa, vel injusta esse, *l. 2. Uti possid.* Justa est sine affectu sibi habendi, ob alium finem limitarum, velut Fructuarii ob emolumentum, Commodatarii ad usum, Creditoris, Depositarii ad custodiam; etsi creditor in casum defectæ solutionis plus animi habeat. Injusta plerumque cum affectu sibi habendi & in proprietatem redigendi conjuncta est, qualis in fure, prædone, invasore, *l. 15. de acquir. poss. & l. 24. de Usucap.* ubi scribit JCtus, servum non posse ignoranti Domino *corporalem sed justam* acquirere possessionem; unde Donellus 5. *comm. 7.* naturalem possessionem colligit omnem esse injustam, sed potest ita exaudiri JCtus, ut non *quamvis* corporalem, non

talem

talem, de qua ibi agit, sed justam acquirere servus dicatur.

61. Civilis est possessio, qua quis ita rem detinet, *ut se Dominum esse credat, l. 13. § 1. de publ. in rem act. l. 21. C. de furt.* ubi: *bonæ fidei possessor Domini cogitatione possidet*, ψυχῇ δεσπόζοντος, ait Theoph. *ad tit. per quas pers. cuique acquir.* § 4. (unde nota, possessionem bonæ fidei & civilem unum) esse idemque. Ita Basilici *lib. 50. tit. 2. in fin.* Κατὰ δὲ τοὺς νόμους νομή ἐστι ψυχῇ δεσπόζοντος κατοχή, *Civilis possessio est, detentio cum animo dominii.* Sed an hæc omnis est justa? Ita multi volunt, etiam Cl. Wissenb. 2. *ff. 19. 3.* Recte, quod ad animum & conscientiam attinet; nam omnis possessor civilis habet opinionem Dominii, quæ est bona fides, *l. 22. § 1. de nox. act.* Sed non dixerim, quod idem vir summus ad *l. 136. de R. J. monstrosum est, dari bonæ fidei possessionem sine titulo, aut cum titulo reprobato.* Ecce, cui res ex errore falsæ causæ traditur, is est bonæ fidei & civilis possessor, ut etiam usucapiat, & tamen aperte titulo caret, *l. 3. pro suo.* Qui juris errore titulum esse justum putat, is titulum habet reprobatum, & tamen civilis possessor est, & bonæ fidei, quoniam dolo caret, *l. 25. § 6. de hered. pet. & l. 2. C. si quis ignor. rem alien.* Quippe ad bonam fidem negativa dominii opinio sufficit, *si quis ignoret, rem esse alienam, l. 109. de V. S.* Augustinus *de fide & oper. In jure*, inquit, *prædiorum tam diu quisque bonæ fidei possessor rectissime dicitur, quamdiu se possidere ignorat alienum.* Hinc Canonistæ bonam fidem ajunt esse, *Illæsam rei alienæ conscientiam, cap. ult. X. de præscript.* Ad usucapionem tamen verum est, juris errorem non prodesse, *l. 31. de usuc.* Igitur possessio civilis quoad animum possidentis semper justa, quod ad titulum potest esse injusta, sive illegitima.

62. Cæterum, civilis possessio species præcipua est, eximiosque in Jure effectus habet, adeo ut per excellentiam nomen generis haud raro sibi vindicet, inprimis ubi de usucapione tractatur, ut in *l. 25. de usucap.* quomodo accipiendum, quod Imperator in *d. § 4. per quas pers.* fructuarium *possidere negat*, civiliter scil. ut Theoph. optime interpretatur ψυχῇ δεσπόζοντος, non videtur possidere quoad usucapiendum; nam de hujus jure ibi sermo est; nec alio sensu Commodatarius, Colonus, exterique, non tam possidere, quam esse in possessione, & ministerium præbere dicuntur possessioni civili, cui interdicta applicantur, ut est in § 5. *Inst. de Interdict.* Comparative igitur respectu civilis, possessio corporalis & naturalis fere non est possessio, quia plerisque juris effectibus caret, quanquam possessionis nomen absolute alias non potest ei negari. In usufructuario res clara est, quem possidere utique, constat ex *l. 12. pr. de acquir. poss.* etiam cum effectu interdicti, *l. 3. § pen. & l. 9. § 1. de vi arm.* nihilominus in *d. § 4.* possidere negatur, quod ad usucapionem scilicet, civiliter.

63. Divisio autem in naturalem & civilem possessionem, eleganter exprimitur in *l. 10. C. de acquir. poss.* ubi; *possessionis duplicem esse rationem, aliam quæ jure consistit, aliam quæ corpore:* huic *jus* negatur, id est, præcipui juris effectus, non quod plane Jus non sit: Esse enim inde liquet, quia ne furem quidem & prædonem in possessione a tertio turbari fas est, *per l. ult. de acquir. poss.* Porro jus & corpus non significant hic specificas differentias sibi invicem oppositas, quarum una non insit alteri. Sed quæ juris est, etiam in corpore consistit; Qui civilem habet possessionem, is quoque naturalem habet. Hæc igitur inest illi: Civilis possessio est naturalis, addito affectu dominii. Nec tamen ideo rejicienda hæc divisio, ut quibusdam videtur, cum idem aliis multis eveniat. Sic Dominium modo distinximus in nudum & plenum: atqui illud huic inest. Qui habet plenum, is etiam hoc tenet, quod is, qui nudum habet. Usus & usufructus ponuntur ut duæ species sub eodem genere, at qui usumfructum habet, idem & usum, *nam fructui usus inest, & fructus sine usu esse non potest, l. 14. § 1. de usu & habit.* Quare cum possessio naturalis & civilis utraque sit corporalis, hinc non animo solo, sed & corpore ad acquirendam eam opus est, *l. 3. § 1. & l. 8. de acquir. poss.* Retinetur autem solo animo, *l. 3. § 11.* perinde & amittitur, *l. 3. § 6. in fin.* quæ ut conciliandæ sit cum *d. l. 8.* dicendum est alias.

TIT. II.

De rebus corporalibus & incorporalibus.

Divisio rerum in corporales & incorporales. Quid hæc. Hereditas quo sensu incorporalis. Corporalia exponuntur. De mobilium & immobilium differentia.

Supereſt adhuc tertia rerum diviſio, quam imperator in ultimum locum *titulo diſtincto* rejecit, ut tranſitum ad tractatum de Servitutibus haberet. Ea eſt, quod Res ſint Corporales, quæ ſui natura tangi poſſunt, veluti fundus, homo, veſtis &c. Vel incorporales, quæ tangi nequeunt, *tit. I. de reb corper. & incorp.* Quam diviſionem habent noſtria Phyſicis, ait Giphanius *hic.* Sed hi quidem alio ſenſu, quia ſubſtantias ita dividunt, & per res incorporas ſpiritus intelligunt, de quibus nihil JCti, ut nec Phyſici quicquam de rebus, quæ in jure conſiſtunt, cujusmodi noſtra incorporalia ſunt. Incorporalia igitur omnia in jure conſiſtunt, ut hereditas, uſusfructus, Uſus & Obligatio, habet textus; quorum tamen ſubjecta materia in corporibus conſiſtit; pleraque enim, quæ ex obligatione debentur, ſunt corporalia, ut & fructus in uſufructu, & res hereditariæ in hereditate. Quomodo obligatio differat a rebus, quæ debentur, & uſusfructus ab ipſis fructibus, nemo dubitat, ſed diſtinctio inter hereditatem & res hereditarias non eſt æque perſpicua; ut jam a Seneca inter argutas JCtorum ineptias relata ſit, *6. de benef. 5.*

2. Gajus & Julianus hereditatem definiunt, *Succeſſionem* in univerſum jus, quod defunctus habuit, *l. 24. de V. S. l. 62. de R. J.* D. Vinnius rejectis aliorum interpretationibus, Hereditatem ſignificare ait univerſas res hereditarias ſimul ſumptas; hoc ſenſu jus dici, & ſic differre a rebus hereditariis, ut univerſitatem a ſingularibus, quo maxime facit *l. 208. de V. S.* Bene atque perſpicue ita ſumi hereditatem, non eſt quod negetur, ut cum hereditas peti, dividi, poſſideri dicitur; & ſic ipſa quoque *Succeſſio* accipitur in *l. 10. C. famil. erciſc.* Sed Imperatorem in *hoc titulo*, & JCtos alibi, cum ex arte loquuntur, ita vocem uſurpare, non putem. Cæſar hereditatem eodem modo a rebus hereditariis diſcernit, quo obligationem & uſumfructum, a rebus quæ debentur, & a fructibus. Ut ſint jura circa res ſive facultates, quarum vi perſecutionem rerum aut iis utendi fruendique jus habeamus. Eodem modo hereditas intelligitur, jus in rebus defuncti, ſeu facultas, qua univerſæ res hereditariæ ad nos pertinent. Nihil adeo impedimento eſt, quo minus, ut uſusfructus & obligatio ſunt jura perfecte nobis acquiſita, ſic quoque hereditas ſit Jus in univerſis defuncti rebus tam corporalibus quam incorporalibus conſtitutum, comprehendens quidem & dominium & jus ad rem, quoad nomina, imo & jus ex re, *l. 19. de her. pet.* ſed ab utroque tamen diſtinctum, & in individua quadam univerſalitate conſiſtens, eoque reſpectu actionem in rem, tam adverſus debitores hereditarios, quam rerum poſſeſſores producens, *l. 15. § fin. de Hered. pet.* Rationes Vinnii contrarias examinavimus in *lib. 4. Digreſſ. c. 27.* Exempla corporalium rerum memorantur in *hoc tit.* ex *Cajo* in *l. 1. § 1. de R. D.* fundus, homo, pecunia, nempe in individuo ſumpta, ſive in ſpecie, (nam JCti genus & ſpeciem vocant, quod Logici ſpeciem & individuum, *l 54. de V. O.*) ſic pecunia, quæ in arca eſt, vocatur ſpecies, in *l. 30. § 6. de Leg. 1.* Pecunia igitur ſine dubio res corporalis eſt, ut hèic traditur; aliter enim cenſeri nequit, quod ex auro argentoque conſtat, ideoque etiam nummi vindicantur, *l. 14. de cred. reb.* quod non niſi corporalibus convenit, *l. 5. § 4. & l. 6. de R. V.* Eadem ratio eſt in omnibus, quæ pondere, numero, menſura conſiſtunt, ut oleum, vinum, frumentum; quas res corporalis naturæ eſſe, dubitari nequit. Sed conſideratæ ut quantitates, opponuntur corporibus, *l. 30. pr. de leg. 1.* quia non durabilem & conſiſtentem, ſed tranſitivum habent uſum, nec ita in commercio habentur, ut eadem ſubſtantia, ſed tantundem reddatur. Habent igitur illæ res duplicem naturam, corporalem, quatenus tangi & cerni poſſunt, certoque loco ſunt circumſcriptæ, *d. l. 30. § 6*, incorporalem, prout in quantitate conſiſtunt, *cod. l. in pr.* Hanc diverſitatem in nummis exprimit *l. 94. § 1. de ſol.* ubi in communibus nummis duplex communio intelligi dicitur, una *in ſingulis nummis pro indiviſo*, altera, *ſi in pecunia non corpora, ſed quantitatem cogites:* atque hoc poſteriori ſenſu pecunia rebus corporalibus opponitur in *l. 46. de cond. ind.*

3. Scilicet, Res corporales, quod nondum diximus, dividuntur in Mobiles & Immobiles. Sub mobilibus etiam moventes ſe, *αὐτοκίνητα*, ut animalia, continentur, *l. 1. de R. V.* Immobiles ſunt Res ſoli, ut domus, fundi, & quæcunque loco moveri nequeunt, *pr. Inſt. de inut. ſtip. l. 15. Qui ſatisd. cog.* Hotomannus ad *hunc tit.* & D. Voetius *comment. ad eund. h. tit.* nullam uſu fori quam rerum immobilium mobiliumque differentiam reperiri affirmant. Ego vero practicos ſcriptores alios conſtanter tradere video, Jura & actiones naturam habere diſtinctam ab utrisque tam mobilibus quam immobilibus non tantum jure civili, quo res clara eſt, *l. 7. § 3. de pecul.*

pecul. & l. 5. § 2. de re jud. sed usu & effectu quotidiano, ut docet Peckius *lib. 5. de testam. conjug. c. 30. n 5.* & Pinellus *l. de bon. matern. n. 24.* qui has inde conclusiones deducit, ut *n. 25. quod in donatione, vel relicto bonorum mobilium non contineantur jura & actiones.* item, *n. 26. quando confiscantur mobilia, non publicari jura & actiones,* nisi in casu, quo jure communi omnia bona publicari constat, *n. 28.* Ex quo confirmari potest, quod idem Pinellus *in § 29.* disputat, in hypotheca bonorum mobilium & immobilium aliter obtinere, ut sub illa actiones quoque & jura comprehendantur; cum, quia est ex stylo Notariorum, quam mente contrahentium, qui ad omnia bona spectant, tum quia duplex cum sit hypotheca, specialis & generalis, hæc utique specialis non est, ergo generalis; at hæc jure communi de omnibus indistincte bonis intelligitur. Præterea, ne reditus quidem annui sub legato mobilium & immobilium comprehenduntur, etiamsi redimibiles, quia incorporales sunt, teste Sandio *lib. 4. tit. 4. defin. 6.* ubi prorsus de expresse incorporalia a mobilibus atque immobilibus distinguit, quod firmatur *l. Stat. 19. § 6.* quanquam fieri potest, ut cum Statuta de mobilibus & immobilibus loquuntur, sub alterutris Jura & actiones intelligi debeant. * Ex quo tamen minime inferre debes, species illas hodie omnino confundi; longe enim aliud est, incorporalia quandoque eodem cum corporalibus jure censeri, atque non differre ab illis: nisi putes, mobilia ab immobilibus non discerni, quod aliquando eodem effectu gaudeant, ut supra in pecunia ostendimus; sic mobilia, quoties ut partes immobilium considerantur, horum jus quoque sequuntur, & naves majusculæ in Hollandia; quoad nummum 40. venditiones, pro immobilibus habentur, *const. ord. Holl. Anni 1662. Mart. 10.* quod nostratibus Statutis non exprimitur, nec etiam usu servatur.

TIT. III.

De Servitutibus.

Continuatio & definitio Servitutis. Divisio & quæ sint prædia urbana, vel rustica, propria ratione. Rusticæ servitutes, iter, actus, via. Et cæteræ. Urbanæ, ubi oneris ferendi. Stillicidii vel non. Altius non tollendi & tollendi. Luminibus non officiendi &c. Cur prædiales vocentur servitutes. Modi, quibus constituitur servitus.

(a) Modos, quibus dominium jure gentium acquiritur, ordine Imperatorio vidimus, novissime que discrimen rerum corporalium & incorporalium, quas inter præcipuæ servitutes feruntur. Nam ut homo natura liber constitutione Juris Gentium alteri sit obnoxius & servus, ut dictum in *loco de Jure personarum*, ita cum quisque rei suæ natura liber sit moderator ac arbiter, varie accidit, uti hæc libertas coarctetur; idque vel ita, ut dominus duntaxat prohibeatur pro arbitratu suo rebus uti, quo spectat alienatio & administratio prohibita; vel ut alteri Jus in re nostra constituatur, cujus vi aliquid non facere, vel admittere cogamur, quod libere alioqui liceret, aut secus; idque respectu domini est onus, alterius respectu, in cujus gratiam comparatum est, Jus & facultas merito vocatur. Hæc jura sive onera Rerum *Servitutes* dicuntur, quarum explicatio, quia dominio accedunt & ex jure Gentium oriuntur, hoc loco non incommode sequitur.

SCHOLIUM.

Dantur tamen & prædiorum jura alia, quæ non sunt servitutes. vid. Noric. addit. ad h. t.

RESPONSIO.

Esse alia jura prædiis imposita, per quæ dominus aliquid non facere, vel pati cogatur in suo, alterius in utilitatem, expectabimus, dum probetur. Alia si dentur, hinc aliena sunt, & facile patior.

N. ADDIT.

In positionibus dixerat simpliciter: Jura & onera prædiorum dicuntur servitutes. *Ad ista verba adjiceram id Scholium, non ad verba præ-*

* In Jure Saxon pecunia credita Uxoris ad res mobiles referrur, sive uxore viva peti potuerit, sive non potuerit, *P. 3. C. Ll 23.* Pecunia vero hereditaria & annui reditus, quorum dies viva uxore nondum venit, immobilibus accensentur, *d. p. 3 C. Ll. 21. & 24.* ibique Carpz. *d. 3. Berl. p. 3. Concl. 33. n. 5. seq.* conf. Menck. *Disputatio de Pecunia hereditaria cap. 1. th. ult. ibique citat.*

(a) *Pos. 1. 2.*

Lectio-

lectionum, ubi alius est sensus, si dicas, Hæc *jura. Ergo dura est Autoris petitio, ut demonstrentur alia jura, per quæ Dominus aliquid pati, vel non facere teneatur &c. cum hæc sit ipsissima servitutis definitio. Intellexi vero v. g. jura braxandi, immunitates prædiorum, quæ non nego ab hoc titulo aliena esse. Non erat tamen alienum ea annotare contra communem Dd. sententiam, qui jura prædiorum & servitutes putant esse synonyma, cum Triboniano suo* in § 3. de reb. corporal. & incorpor.

Definienda videtur *Servitus*, quod sit Jus in re aliena constitutum, quo dominus in commodum alterius aliquid pati in suo, vel non facere cogitur, fere ut Donellus 9. *Comm. 21.* Servitutes Jura esse *in princ. I. de Servit.* & alibi passim legimus; *In re aliena*; neque enim fieri potest, ut res sua cuiquam serviat, *l. 5. pr. Si usufr. pet.* quippe non minus implicat, rem propriam servire domino, quam ut sui quis ipse servus dicatur. Porro & tale jus est, quod in alterius utilitatem cedat, personæ aut rei.

SCHOLIUM.

Scilicet prædii; spectat enim hæc proprietas ad servitutes prædiales.

RESPONSIO.

Imo etiam ad personales &c. nisi quod cum utilitas non nisi ad personam referri potest, malleham alterius *simpliciter ponere; non exclusa sed tacite intellecta, quod Scholiastes monet, ut ex sequenti positione liquet. Hæc utilitas ejusmodi esse debet, ut non egrediatur usum personæ, vel rei, cui servitus debetur, nec enim commercii causa valere servitutem, docet* l. 5. de Servit Rust. in fin. *nec voluptatis, ut mox intelligimus.*

N. ADDIT.

Scilicet hoc volui: Utilitatem, quæ voluptati opponitur, pertinere saltem ad servitutes prædiales. Hinc etsi Tribonianus legem illam 8. de servit. Ut pomum decerpere liceat, item ut spatiari & cœnare in alieno possimus, servitutem imponi non posse &c. *collocaverit sub rubrica generali de servitutibus, id tamen eum fecisse putandum est, ex errore, cum debuisset poni inter regulas servitutum prædialium, nam voluptas non est usus rei, sed personæ. Et voluptas etiam personarum civilem æstimationem recipit, adeoque intuitu personarum utilitati non opponitur. Ut adeo non opus sit, textum exponere cum Autore & communi interpretum schola, de otiosa voluptate, de qua quæstio foret Domitiana.*

(b) *Pos. 1.*

SCHOLIUM.

Malim vocem personæ *omitti. Nam & hæc proprietas est solummodo servitutum prædialium & commercium spectat ad usum personæ.*

RESPONSIO.

Cum excludimus a servitute prædiali voluptatem & commercium, usumque rei adæquatum inculcamus, personæ consideratio abesse non potest. Ne tamen cogitatione a prædiali servitute nos alienemus, adjectum est, vel rei; *particula, vel exegetica, non alternativa.*

N. ADDIT.

Nec hic videtur Autor mentem meam satis percepisse: Regulam, quod commercii causa non possit constitui servitus, dixi non pertinere etiam ad servitutes in genere, sed ad prædiales in specie, idque eo magis patet, quia ea regula a Triboniano in d. l. 5. de S. R. in fin. (*quam citaverat Autor in positione 4. ad quam illud scholium erat additum,*) *diserte sub titulis de prædialibus servitutibus agentibus erat posita.*

(b) Servire enim Latinis utilitatem præstare significat. *Neque servitus appellabitur servitus, si non servit,* ait Cicero pro Plancio, id est, ut jam dixerat, *si non utilis mihi aut rebus meis est.* Hinc otiosæ voluptatis causa, *ut pomum decerpere, spatiari & cœnari in alieno possimus,* jure servitutem imponere non licet, *l. 8. pr. de Servit.* Quanquam *amœnitatis ergo,* quæ civilem recipit æstimationem, aquæ ductus recte constituitur, *l. 3. de aqua quot.* nisi forte ad effectum interdicti, non ad servitutis appellationem ille textus pertineat. Jam quo minus contractus, quo quis voluptuarium aliquid stipulatus est, servetur, nihil impedimento est, hactenus, ut actio personalis detur, *l. 15. ff. Comm. præd.* quod etiam Gl. & Bartolus in *d. l. 8.* volunt. Hugolinus, quem sequitur Sutholt. *dissert. 5. th. 9.* servitutem volebat esse personalem, quæ produceat actionem in rem. Costalius ad *d. l. 8.* personalem quoque servitutem appellat, sed abusive, quia addit, *jure personalis obligationis valebit, arg. d. l. 13.* fit quidem aliquando, ut Servitus prædialis certæ personæ intuitu constituatur, ac ita personalis fiat, *l. 4. de servitut. Rust.* At illa vere & proprie servitus non fuit; nam ut jus, quod Leges negant servitutem esse, fiat servitus, citra legem expressam minime concedendum est; textus autem, qui citantur, *l. 30. de Usufr. l. 1. § 12. & l. 3. pr. de Aqua quotid.* nihil ad rem pertinent, neque etiam *l. 14. § ult. de Alim. leg.* de quo mox

etiæ

erit dicendi locus; posse aliquem sane jus habere faciendi idem quod hi, quibus servitus data est, carere tamen servitute, probat *l. 6. de servit. leg. & l. pen. de S. R.* Responsio ad *l. 19. de servit.* cujus trita objectio est, bifariam concipi potest. Primo, posse fundo imponi servitutem, *etsi non sit utilis* in præsentiarum, si modo sit ejus naturæ, ut aliquando utilis esse queat. II. Valere servitutem fundo acquisitam, quæ est utilis in genere suo, quanquam isti fundo sit inutilis, ut si quis fundo suo non sitienti aquæductum acquisiverit. Lex approbat factum; nec curat, an paterfamilias bene sibi fundove suo consuluerit. Ultima defensionis verba indicant, servitutis naturam non consistere in hoc, *ut aliquid faciat quis, sed ut aliquid patiatur, aut non faciat, l. 15. §. 1. de Servit.* velut, pati alium ire, agere per fundum nostrum, non altius tollere, non luminibus officere & similia. Si quis roget, cur jura, quibus facere, commercium, voluptas continetur, Servitutes esse nequeant, rationis loco sit, quod Labeo suggerit in *l. 6. §. 2. in fin. Si servit. vind.* has servitutes *non hominem debere, sed rem*, factum autem ab homine proficisci debet, res nihil facere potest.

SCHOLIUM.

Imo saltem prima, scil. τῶ facere, convenit hæc ratio. Nam ad reliquas duas non quadrat; potest enim res etiam voluptatem mihi debere & pati, ut venditur; Ergo harum ratio potius in eo consistit, quod servitutes prædiales debeantur rei, non personæ.

RESPONSIO.

Cum audio, Servitutem non hominem debere, sed rem, intelligo, servitutes prædiales ejusmodi esse debere, quæ semper æquabilem usum, non pro varietate possidentium mutabilem aut temporarium præstant. Atqui voluptas non est qualitas realis, sed a Φαντασία cujusque pendet, ut quod huic voluptas est, aliis non sit; commercii quoque ratio non convenit omnibus, & præterea usum exhauriret, quatenus unum prædium commercio infinito non sufficeret. Unde liquet, tribus hisce qualitatibus probibitis bene convenire hanc rationem, servitutem non homo, sed res debet; *etsi non intercedo, quo minus a Scholiasta addatur hæc ratio*, quod servitutes prædiales rei potius quam personæ debeantur.

N. ADDIT.

Continuat scholium istud meditationes scholiorum præcedentium, quod scilicet servitutes prædiales non constituantur commercii aut voluptatis causa, quæ debeantur rei, i. e. prædio. Prædium autem non sentit voluptatem, nec exercet commercium. Hæc ratio cum non adsit in servitutibus personalibus, nihil obstat, quo minus hæ & voluptatis & commercii causa constitui possint, quia commercium & voluptas sunt affectiones personæ. Cum vero Autor defendat, etiam servitutes personales non posse constitui commercii & voluptatis causa, aliam rationem quæsivit ex l. 6. §. 2. si serv. vindic. *quam cum refutaverim perspicue in scholio, in responsione mutat statum controversiæ, & cum antea phrasin JCti, quod servitus non ab homine debeatur, sed a re, explicuerit de servitute non in facto consistente, jam aliam hujus phraseos expositionem tradit, ne cogatur respondere ad scholium. Quæ tamen explicatio, (quod scilicet semper æquabilis debeat esse usus servitutum,) uti a mente JCti ibi plane est aliena, ita &, si extendatur ad servitutes personales, plane falsa est, quod vel exemplo usus fructus, imo & usus patet,* l. 22. § 1. de usu & habit. *Unde cadit subsumptio ejus, quod scilicet voluptas non sit qualitas realis, sed a phantasia cujusque pendeat, ut quod huic voluptas sit, aliis non sit, quanquam adhuc plura hic possint regeri. Nam in servitute personali, quæ personæ debetur, non necessarium est, ut qualitas realis sit voluptas, quia hanc servitutem res non rei, sed personæ debet. Deinde etsi voluptatem habere sit qualitas personalis, tamen voluptatem præbere est etiam qualitas realis. Porro & utilitas, quatenus voluptati opponitur, in servitutibus personalibus non est qualitas realis, sed a phantasia hominum dependet, ita ut quod huic utile sit, alteri non sit, & quod hoc tempore eidem sit utile, alio tempore utile esse cesset, & tamen propterea servitutes personales non cessent esse servitutes. Denique non credendum est, quod cum servitus voluptatis causa constituitur, hæc voluptas vagari debeat, & plane ut indeterminata concipi, quod repugnaret illi æquabili usui, nec facile & prolubitu mutabili, quem Autor urget. Inde in lege non de eo casu agitur*, ut voluptatem percipere liceat, *sed ut* pomum decerpere, *ut* cœnare, *ut* spatiari *in tuo libeat, etsi voluptatis causa, qui satis determinati sunt & æquabiles usus. Eadem ergo est responsio ad id, cum Autor urget: commercii quoque rationem non convenire omnibus. Quod vero addit, commercium præterea usum exhaurire, quatenus unum prædium*

dium commercio infinito non sufficeret, id iterum mutat statum controversiæ. Nemo enim unquam dixit, commercii infiniti *causa servitutem constitui posse. Ut enim omnes usus rerum alienarum possunt exerceri salva rerum substantia, & uti bonus paterfamilias solet uti, ita & res intelligenda est de servitute commercii causa constituta. Et quæso quid aliud est ususfructus silvæ, lapidicinæ, &c. quam servitus commercii causa constituta?* l. 9. § 2. & ult. de usufructu.

Sola excipitur in *d. l. 6. § 2.* servitus oneris ferendi, quam qui debet, is quoque parietem, quo vicini ædificium nititur, reficere debet; cujus ratio exceptionis est in *l. 33. de S. U. P.* petita a formula, secundum quam ea servitus constituitur. Estne etiam exceptio in *l. 2. § 7. de aqua pluv. arc.* si fossa in agro tuo, per quam aqua e meo fundo labitur, obstructa sit, *agi tecum posse, ut reficias;* sed dicendum, vel cum Accursio, accipiendum id alternative, quemadmodum in § 1. *d. l. 2. ut ipse purgaret, aut actorem pateretur in pristinum statum eam redigere;* vel pro *reficias* legendum *reficiatur;* ut vult Comanus *d. c. 7. n. 2. in fin. 2.*

2. (c) Transeamus ad divisionem. Agi hic de servitutibus rerum, jam intellectum est, scilicet, quæ rebus, non personis sunt impositæ. Sed respectu ejus, cui debetur, Servitus dicitur esse vel personalis, vel realis. Personalis, quam res debet personæ, ut usus & ususfructus; Realis, quam prædium servit prædio. Prædia autem cum sint rustica, vel urbana, hinc servitus prædialis perinde Rustica, vel Urbana dicitur; illa rustico, hæc urbano prædio debetur, *l. 1. de servit.* Quæ sint prædia urbana, quæ rustica, minus liquet, quam quæ servitutes rusticæ, vel urbanæ sint. Nam hæ liquide enumerantur, de illis disputant Interpretes. Id constat, discrimen illud prædiorum non peti a situ, vel loco, utrum ruri vel in urbe habeantur, quod populariter fit, sed *a materia*, teste Ulpiano in *l. 198. de V. S.* id est, usu & fine, ut Gœddæus monet *in comm.* ideoque urbana prædia esse docent, quæ ad habitationem; rustica, quæ fructuum causa comparata sunt, quod non sine ratione Bachovius & Vinnius improbant, quos videre licet. Dixi, certius constare, quæ servitutes rusticæ, vel urbanæ sint; nec proinde erraturum puto, si quis dicere malit, prædia urbana esse, quibus conveniunt urbanæ servitutes, Rustica consequenter. Nam certum est, naturalem rustici & urbani prædii significationem mutari hic ob servitutes; quæ usu potius quam loco differunt, ideoque prædiorum differentia e servitutibus, non servitutum e prædiis explicari debet. Atqui urbanæ servitutes sunt, oneris ferendi, tigni immittendi, stillicidii vel fluminis recipiendi, altius non tollendi, luminum, prospectus, projiciendi, protegendique, & similes, § 1. *h. l. 2. & l. 15. de S. V. P.* Rusticæ; Iter, Actus, Via, Aquæ ductus, Aquæ haustus, pecoris ad aquam appulsus, jus pascendi, calcis coquendæ, arenæ fodiendæ &c. *pr. & § 2. h. t.* Dicendum igitur, quibus prædiis hæ servitutes conveniunt, Rustica; quibus illæ, Urbana prædia esse oportere. Jam res loquitur, priores illas omnibus ædificiis, habentibus alias ædes vicinas, competere, non tantum quæ habitantur, sed horreis quoque & stabulis, *l. 198. de V. S.* Ideoque hæc prædia urbana sunt etiam ruri, non simpliciter, sed cum juris effectu, *l. 4. § 1. In quib. caus. pign. tac. contrah.* Loca plana, ut agri, horti, & ædificia sparsa per agros, sunt Rustica, quia servitutes urbanæ illis nullo modo congruunt, etiamsi alioquin horti modici cohærentes domibus urbana dicantur, *d. l. 198.* Servitutes Rusticæ in solo fere consistunt; Urbanæ in superficie, id est, eo quod solo imponitur, *l. 3. de Superfic.* Quare ubi nil nisi solum est, ibi rusticum prædium, ubi superficies sive structura positis terminis habilibus, ibi urbanum esse videtur. Quin omnia ædificia esse prædia urbana, diserte traditur, non addito, habitandi ergo, *d. § 3. d. l. 198.* Atqui ædificia sunt etiam, quæ ad fructus percipiendos comparata sunt, *l. 13. § 6. in fin. de usufr.* Proinde cum horreo & stabulo deberi possit servitus altius non tollendi, tigni immittendi, oneris ferendi, similesque urbanæ, sequitur, nec prædia esse diversi generis. Quod si habitandi finis speciem variet, sequetur, si dominus horreum stabulumve habitando aptaverit, ex rustico prædium fieri urbanum, cum in servitutibus nihil mutari tunc possit. Imo si servitutes eædem maneant, verum est, prædia quoque ejusdem esse naturæ, cujus dudum fuerint, urbana videlicet, quemadmodum servitutes. Quod autem Neratius in *l. 2. de servit. rust.* eas servitutum species, quas modo urbanas diximus, rusticorum ait esse prædiorum, speciale & abusivum est, dum quæ ruri sunt, ea rustica prædia appellare videtur, populares potius quam

(c) *Pos. 4, 5.*

Artis

Artis usum hoc loco secutus. Teneamus igitur, prædia urbana in hac materia etiè ædificia quævis contigua, Rustica præcipue agros & hortos, etiam vero domos mediis in agris seorsim sitas, etsi verum sit, posse aliquando Rusticas servitutes horreis, stabulis domibusque habitatis deberi, imo etiam personis, ut dictum & adhuc dicetur. Sed ædificia per agros sparsa, prædiis rusticis, non urbanis accenseri, docet Neratius in *l. 4. § 1. In quib. caus. pign. tac.* cujus rei non potest alia ratio esse, quam quod usus urbanarum Servitutum, quæ viciniam requirunt, in illis non potest habere locum. Sed & idem Neratius, hoc in materia servitutum potissimum, non æque in aliis habere locum, *ibidem* docet; ac ita præit exemplo, prædiorum urbanorum & rusticorum distinctionem ab usu servitutum explicare.

SCHOLIUM.

Hæc descriptio prædii urbani & rustici inde profluit, quod Auctor putat, prædia esse urbana, quibus conveniunt servitutes urbanæ; illa rustica, quibus rusticæ. Nos vero communem opinionem sequentes, e converso illas servitutes urbanas dicimus, quæ debentur prædiis urbanis, & contra rusticas, quæ rusticis, adserimus. Vid. Strauch. VII. 6. & Struv. Exerc. 13. th. 16.

RESPONSIO.

Mea sic ratio est, quod clarius & certius est, inde petendam explicationem rerum obscuriorum & incertarum. Atqui urbana & rustica prædia quæ sint incertum est, textibus & Interpretum expositionibus. Servitutes facilius discernuntur, ideoque ab his illa putamus explicari simpliciter & clare. Quanquam in definiendo nihil refugimus dicere, Servitutes urbanas esse, quæ debentur urbano prædio, & sic porro.

N. ADDIT.

Et mea hic ratio est, obscuras res explicare ex clarioribus & certioribus. Fateor etiam, satis dubium & incertum esse, quid interpretes per rustica & urbana prædia voluerunt intelligere. de vero nego, servitutes facilius discerni, adeoque a servitutibus prædia clare explicari. Contrarium enim ostendit Scholium paulo post adjectum ad §6. Ex quo patet, Autorem, dum prædia ex servitutibus voluit explicare, explicasse rem obscuram ex æque aut magis obscura. Plura adversus hanc responsionem excepi in dissertatione de servitute stillicidii, jam Lipsiæ anno 1689. habita, quæ est 15. in dissertat. Lips. § 9. seq.

(d) Jam rusticas servitutes primo loco recenset Imp. quarum prima est, Iter, * quod definit, *Jus eundi & ambulandi hominis, pr. h. t.* Aliud est, ait Brissonius *lib. 1. de V. S. ambulare, quam ire, nam qui spatia facit & in sua vestigia reflectit, ambulare dicitur. It vero, qui porro & ulterius pergit.* Sed non esse id perpetuum; vel Flori ad Hadrianum versiculus iste probaverit: *Ego nolo Cæsar esse, Ambulare per Britannos, Scythicas pati pruinas.* Idem cum telo ambulare, id est, cum ferro incedere, *l. 1. pr. ad L. Corn. de Sicar.* Cicero pro Quintio; *Neminem esse, qui possit biduo, ad summum triduo, centum millia passuum ambulare.* Non est igitur necesse, ut ambulare significet animi gratia spatiari, quod servituti repugnat, *l. 8. h. t.* sed ultro citroque commeare ad usus prædio necessarios. Theophilus inter *ire* & *ambulare* parum aut nihil quoque discriminis agnoscit, uno verbo βαδίζειν utrumque complexus. Credo tamen eum, qui iter habet, posse etiam spatiari per consequens, sed si definitionem τὸ spatiari ingreditur, dicendum fuerit, etiam principaliter id inesse itineri, quod verum non est. Ire etiam homo dicitur, qui sella aut lectica, vel equo vehitur, *l. 7. & l. 12. de serv. rust.* ubi Modestinus; Iter esse ait, *qua quis pedes vel eques commeare potest.* Imo pedibus iter facere dicitur, qui lectica vel equo vehitur; Pedestre enim iter navali opponitur, Cicero *5. ad Att. 9. & 10. ad Att. 4. Me tamen*, inquit, *consilio juva, pedibusne Regium, an hinc statim in navim;* nihil quis putet, Proconsulem Romanum cursitasse ut pedissequum, aut etiam Augustum; de quo Suetonius *cap. 16.* cum *præter Locros pedibus iret;* paulo ante de maritimo Cæsaris itinere locutus. Sic & *pedestre* iter pro terrestri, Ulpianus *l. 1. § 14. in fin. de flumin.*

3. (e) Secunda rusticarum servitutum, est Actus, quem finit Cæsar, *Jus agendi Jumentum*

* Ejus latitudo Jure Civili determinata non est, licet Dd. duos pedes tribuant. vid. Wesenb. *ad ff. tit. de servit. præd. rustic. n. 1.* conf. Autor. *Digr. L. 2. p. 2. cap. 12.* & Menag. *Amœn. Jur. c. 30.* Jure Saxon. latitudo hujus servitutis 3 pedes continet, WB. *art. 129.* Schultz. *Syn. Inst. b. tit. lit. A.*

(d) *Pos. 6.* (e) *Pos. 8.*

vel vehiculum, * *pr. h. t.* Quod de jumento; id de omni pecore; etsi vocum proprietas repugnet, intelligendum, ratio dictat & argum. *l. 38. § 4. & 5. de Ædil. Ed.* Quod si tam angustus sit locus, ut jumentum eo deduci possit, non vehiculum, adhuc tamen Actus habetur, *l. 13. de Servit.* quia quod plus quam iter est, id actum necessario esse oportet. Similiter quod plus est, minori inesse nequit; minus majori inest; saltem consequenter, *l. 21. de R. J.* Hinc qui iter habet, Actum non habet. Qui Actum, is etiam iter, & ire potest non modo cum, sed & sine jumento, *pr. h. l. 1. de S. R.* adeo ut is, qui primo actum stipulatur, deinde iter, posteriore stipulatione nihil agat, sicuti qui decem, deinde quinque stipulatur, nihil agit, *l. 58. d. V. O.* Idque ita, si actus simpliciter constitutus sit, nam ut iter & actus sunt distinctæ servitutes, ita separatim quoque haberi possunt, ut ne iter quidem per consequentiam insit actui, quod fit, si pacto vel testamento ita concedatur Actus, ut sine jumento ire non liceat, *l. 4. § 1. Si servit. vind.* e quo principio interpretanda *lex de alim. leg.*

4. (f) Tertia est Via, qua finitur Jus eundi & agendi & ambulandi hominis, *l. 1. pr. de S. R.* Pro eundi legere admodum vellem *vehendi*, ut se vidisse in vetere MS. obscure tamen, testatur Connanus *4. Comm. c. XI. a pr.* Adde quod Varro *l. 4. de L. L.* *Qua agebant, actus; qua vehebant, viæ dictæ*, inquit, & probabile est, aliquid novi viæ definitioni insertum, cum *eundi* si legas, nihil viæ tribuatur, quam quod itineri & actui inest; dein quæ tautologia & quæ divulsio *eundi* & *ambulandi*, interjecta voce *agendi?* quod si *vehendi* legas, ordine, trium notæ servitutum exprimuntur. Nam & iter & actum via in se continet, *d. pr.* expresse, quia definitionem ingrediuntur, cum actus iter non nisi consequenter trahat. In hoc primum via & actus differunt. Præterea actus nulla est certa latitudo, *l. 13. § 2. de S. R.* viæ latitudo ex lege XII. T. in porrectum octo pedes habet; in anfractum, ubi flectitur, sedecim, *l. 8. eod.* ut plurimum ita, ** nam pacto mutari potest, *d. l. 13. § 2. l. 23. pr. eod.* Varro etiam *d. l. 4.* actum patere in latitudinem quatuor pedes solere, tradit, *fortasse ab eo, quod & quadrupes agitur*, ait Hotomanus *hic*, quasi pecus transversum agi soleat: potius quia actus est dimidium viæ, iter dimidium actus, ut Balduinus. Hinc plus juris habet via quam actus. Nam per hanc trahere lapides & tigna, hastasque rectas ferre non licet, quia ob angustiam arbores læderentur, quod in via secus est, *l. 7.* Etiam hoc interesse videtur: Via non est, nisi qua & jumentum & vehiculum agi potest, *d. l. 23. pr.* Actus etiam est, ubi duntaxat jumentum, *l. 13. de servit. in fine.* Hæ differentiæ actus & viæ, legum intelligendarum causa necessariæ sunt: hodie vix usurpantur, sed ut fere conjunctim habentur, ita quoque appellantur *reed en drift.* Potest tamen fieri, ut alicubi differant etiammum.

SCHOLIUM.

Jure Saxonico adhuc est differentia, per ea, quæ habet Schult. in syn. h. t. lit. b. c. ubi lit. a. *de itineris usu confer.* Noric. addit. ad pr. h. t. & Philip. l. 2. Ecl. 22.

5. (g) Sunt præterea Servitutes Rusticæ, Aquæ ductus, Aquæ haustus, Pecoris ad aquam appulsus, & Jus navigandi. Aquæ ductus est Jus aquæ ducendæ per fundum alienum, *in fin. prine. h. t.* Aquæ haustus est jus hauriendi ex aqua aliena; nam ex aqua publica cuivis haurire licet, *l. 3. § ult. de S. R.* Sed tunc aditus ad hauriendum per fundum alienum est servitus, qui alias servituti aquæ haustus inest, *d. § ult.* Sunt autem prædiales illæ servitutes, ut & pascendi, calcis coquendæ, cretæ arenæque fodiendæ, lapidis eximendi, ligni ex silva cædendi, fructus cogendi coactosque habendi, *l. 3. & l. 6. de S. R.* quanquam si persona demonstretur, etiam personales fieri possunt, *l. 4. eod.* quomodo accipienda forte *l. 14. § ult. de Alim. leg.* nisi textum emendare velis ut vitiosum, quod hoc loco Vinnius aliique notant, ut hoc modo legatur: *Nam & haustus aquæ, ut pecoris ad aquam appulsus, est servitus; persona tamen ejus, qui vicinus non est, inutiliter relinquitur.* Cui religio, est emendare, quod consistere potest, utatur priore intellectu. Rustica servitus potest etiam urbana fieri, si v. c. iter vel æquæ ductus urbano prædio debeatur, quin etiam per domum potest iter constitui,

* Per agrum incultum vehiculum ducere non permittit Jus Civile, *l. 11. C. de servit.* Saxonicum tamen, L. R. *L. 2. a. 47.* quod in praxi limitatum, dummodo ager inde nihil percipiat detrimenti. Conf. Schulz. *Syn. Instit. h. t. lit. b.*

** Weichb. *a. 129.*

(f) *Pos. 9. 10.* (g) *Pos. 11. 12.*

l. 7.

l. 7. §1. & l. 14. Comm. præd. quæ de re ad ff. latius.

6. (h) Pergamus ad servitutes Urbanas, quarum præcipuæ sunt *in § 1. h.*

SCHOLIUM.

Attamen, quæ hic memorantur urbanæ servitutes, alio loco inter Rusticas referuntur, vid. l. 2. in pr. de S. R. *& quæ hic inter Rusticas numerantur, aliis accensentur urbanis*, vid. l. 20. § 1. de S. U. P. *ad quos textus non facile secundum Auctoris hypothesin responderi potest, poterit tamen secundum hypothesin nostram*, vid. Strauch. VII. 6. add. Struv. ix. 7. *Quanquam, ut ingenue fateamur quæ res est, exiguus videtur esse usus distinctionis in servitutes urbanas & rusticas*, arg. tot. tit. Comm. Præd. tam urb. quam Rust.

RESPONSIO.

Accidit hujus divisioni, quod aliis in Jure desinitionibus & partitionibus crebro evenit; ut vera sint ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον, ut plurimum, *nec Juris autores se rebringi patiuntur, quo minus vocum terminis suo arbitratu variisque utantur. Ita nos ad memoratas difficultates respondemus, ut jam dictum est, ampliusque dicetur ad l. ult. §. Nec aliis responderi mihi his Scholiastes, & quos sequitur, sane sensu possint uti.*

N. ADDIT.

Scripsimus istud Scholium potissimum eum in finem, ut ostenderemus, certitudinem illam Servitutum urbanarum & rusticarum, tantam non esse, quantam Autor in præcedentibus eam judicavit. Adeoque hæc objectio nostra per responsionem hic positam non tollitur. Neque enim unquam dubitavimus, an respondere posset Autor, sed an respondere posset salva sua hypothesi de certitudine servitutum urbanarum & rusticarum. Atqui tantum abest, ut hoc dubium per hanc responsionem tollatur, ut potius eadem illud augeat. Si enim veræ sunt istæ denominationes servitutum, saltem ut plurimum, nec Juris autores se rebringi patiuntur, quo minus vocum terminis suo arbitratu variisque utantur, sane servientes urbanæ istæ & rusticæ non sunt evidentiores prædiis urbanis & rusticis; ut illæ ex his definiri possint. Porro, etsi ego eadem responsione de denominatione servitutum ab eo, quod sit ut plurimum, non usus, sufficit tamen, quod ea responsio meam hypothesin præcedentem potius stabiliat, qua statuimus, servitutes potius a prædiis, quam prædia a servitutibus dici urbana vel rustica. Jam sæpe dixi: Ideo servitutes quædam dicuntur urbanæ vel rusticæ, quia nempe regulariter & ut plurimum, debentur prædiis urbanis vel rusticis. Quod si vero aliquando contingat, ut v. gr. aquæductus debeatur prædio urbano, tum etiam erit & dicetur Servitus urbana, & ita de cæteris similibus. Sed. satis quidem disputatum est de re exigui usus & momenti, ut innuimus in Scholio, & Autor tacendo approbat. Non ita vero approbant assertum Dd. alii, qui in praxi solent esse magnæ autoritatis, tres potissimum recensentes differentias inter servitutes urbanas & rusticas. (1.) *Servitutes rusticas solo non-usu perire, non ita urbanas.* (2.) *Rusticas solum pignori dari posse, non urbanas.* (3.) *Opus novum nunciari posse urbanarum servitutum nomine, non rusticarum. Sed hanc doctrinam latius refutavi, & textus co pertinentes simul perspicue exposui*, in dict. dissert. de Servit. rustic. § 16. ad § 25.

Primo recensetur servitus Oneris ferendi, quæ est *Jus, quo quis præstare cogitur, ut vicini ædificium suo pariete vel columna niti possit, l. 33. de S. V.* Quia autem servitutes sunt perpetuæ, & parietes vel columnæ sine refectione brevi intereunt, ideo qui debet hanc servitutem, ad reficiendum quoque tenetur: formula enim servitutis hujus, quæ traditur in *d. l. 33.* est hæc: *Paries oneri ferundo uti nunc est, ita sit*; quibus verbis qui hoc promittit, refectioni se adstringere censetur: Et hæc est unica illa exceptio, de qua dixi *supr. n. 1. h.* cum cæteroqui nemo serviens ad reficiendum teneatur, *l. 6. § 2. si serv. vind. & l. 15. § 1. de servit.* Affinis ei est servitus *tigni immittendi*, qua quis pati cogitur, ut vicini tignum suo parieti immissum in eo requiescat, *l. 242. § 1. de V. S.* Tignum generaliter omnem materiam ædificii significat, hic non nisi trabes, ait Mynsingerus; imo quicquid in parietes immitti potest, seu lignum, sive etiam ferrum, aut lapides oblongi. Putrescente fracto ve tigno, aliud sumptu dominantis, & prorsus simile reponere licet, per *l. 20. § 2. de S. V.* quod aliter est, si precario tignum te immittere passus sim, *l. 14. pr. si servit. vind.* In communi pariete non opus est servitute, verum suo jure singuli tignum immittendi jus habent, per *l. 12. Comm. div.*

7. (i) Sequuntur duæ servitutes in textu; *ut stillicidium vel flumen recipiat quis in ædes suas, vel in aream, vel in cloacam, vel non recipiat.*

(h) *Pos. 13. 14. 15.* (i) *Pos. 16. 17.*

Stillicidium est quasi stillæ cadium; stilla contracte a stiriola, quod est diminutivum a stiria, quæ guttam significat concretam aut pendentem, *Turpis ab invisо pendebat stiria naso*; habet Martialis, *l. 7. epigr. ad Castricum.* Hic stillicidium est aqua guttatim de regulis cadens. Flumen, quod continuo fluxu aquam mittit per tubulum vel canalem, ut fit. Varro *l. 4. de L. L. Fluvius quod fluit, item flumen, a quo lege prædiorum urbanorum scribitur, Stillicidia fluminaque, ut ita fluant cadantque.*

8. Flumen fluere, stillicidium casitare, quod est frequentativum a cadere, dicitur. Hinc qui stillicidii *jus* habet, inferius demittere tegulas, unde casitat, non potest, attollere potest; nam ex alto lenius cadit & sæpe direpta spargitur aqua: deprimendo tectum, gravior fit servitus, *& pro stillicidio flumen*, ait *l. 20. § 5. de S. V.*

9. (k) Sed verba textus modo relata geminam servitutem inculcant, *Recipiendi* still. vel flum. & *non recipiendi.* Hujus rei duplex interpretatio est, una talis; Servitutem recipiendi esse, cum quis pati cogitur, ut vicini aqua stillet aut fluat in suas ædes, aream, aut cloacam; quod alias pati nemo cogitur, *l. ult. § pen. Quod vi aut clam.* neque de hoc articulo dubitatur. Non recipiendi servitutem, plerique volunt eum habere, qui potest cogere vicinum, ne is aquam de suo tecto labentem excipiat, verum vicino permittat; Quæ servitus est utilis, ait Pacius *hic*, ubi est aquæ inopia, ut in Ægypto; velut, si cisternam habeas, pergit Mynsingerus, cui quantum satis est implendæ, stillicidia domus tuæ non sufficiunt, vel hortos tuis ædibus contiguos, qui ex vicini tui stillicidiis commode possint irrigari. Bachovius, *Recipiendi & non recipiendi* unam eandemque vult esse servitutem, affirmative aut negative appellari diverso dominantis & servientis respectu, vel a formulis confessoriæ & negatoriæ actionis, quæ contrarias quidem nominationes habeant, sed unam tamen servitutem designent; subtiliter quidem, si non ita nimis inepti Auctores Juris videbuntur, quod tam otiosa tautologia bis idem iisdemque locis inculcent; cur non idem fecerunt in servitutibus oneris ferendi, tigni immittendi, aliisque, ubi æque rationes istæ obtinebant? cur non & ibi dixerunt, oneris ferendi vel non, tigni immittendi vel non immittendi? Alii, quos inter Vinnius *hic*, in servitute non recipiendi, præsupponunt statutum aut consuetudinem, qua cuivis jure ordinario liceat stillicidium vel flumen immittere in solum vicini, isque hoc pati, & aquam recipere cogatur. Qui si malit eam non recipere, servitute opus esse, ne recipiat aquam vicini.

(k) *Pos. 18. 19.*

SCHOLIUM.

At quomodo? certe non nisi hoc modo, ut vicinus cogatur avertere stillicidium; sed obstat l. 15. § 1. de Servit. *vide quæ notavi ad* Strauch. VII. 12. 86. seq. *qui explicationem servitutis hujus ab auctoris expositione non absimilem tradit.*

RESPONSIO.

Argumentum ex l. 15. § 1. *est, quod avertere sit factum, quod servitus non recipit; sed tenendum, Servitutem in hoc consistere, quod domino aquam suam immittere in solum vicini non liceat: aliud in ipsa servitute non continetur. Si quid facere cogatur in suo, ne aquam immittat, de hac consequentia ipse viderit; ad servitutem illa non pertinet; non magis quam si quis ire, agere prohibitus, iter novum sibi facere cogatur.*

N. ADDIT.

Forte conciliatio fieri posset, si distinguas, utrum vicinus ædificium jam extruxerit, an illud sit adhuc extruendum. De priori casu locutus sum in Scholio, & hic ista noviter constituta servitus consisteret in puro facto, scilicet in aversione stillicidii, quod hactenus casitaverat in aream vicini. Aliter se res habet casu posteriore, de quo intelligo Autorem, ubi servitus consistit primario in non immissione.

Rectius statutum ita, quam pactum supponitur, quo servitus recipiendi antea sit constituta, quemadmodum Theophilus. Si enim tibi primo servitutem recipiendi stillicidii debeam, dein paciscar, ne debeam, nihil hoc aliud est, quam prædii mei libertas restituta. Grotius *l. 2. Jur. Holl. c. 34.* præter servitutem stillicidii recipiendi, quam vocat *Drop*; agnoscit alteram, *Dropvang*. Illa onus, quo cogimur vicini aquam recipere. Hæc vero Jus, quo alterius aquam nostro commodo recipimus, quæ est eadem cum servitute non recipiendi stillicidium, ex mente Pacii & Mynsingeri; cui tamen verbotenus magis conveniunt termini *legis 2. de S. V.* stillicidii *avertendi*, vel non *avertendi*; Ut servitutem avertendi habeat is, qui potest dimittere aquam super vicinum; *Non avertendi*, qui aquam suam proprio arbitratu avertere nequit,

sed

sed in usum vicini relinquere debet. Nec obstat, quod hæc explicatio de non avertendo, servienti aliquod factum, nempe ut aquam derivet ad vicinum, tribuere videatur; neque enim facti speciem hoc ullam habet, quia permittitur solummodo cursus aquæ de tegulis, quem sponte habet, nec aliud eo casu fit, quam in simplici jure stillicidii.

10. (l) Sequitur apud Justinianum *d.* § 22. Servitus *ne alius quis tollat ædes suas.* Quod extra casum servitutis, nemo facere prohibetur, *l.* 8. *C. de Servit.* in infinitum quoque, *l.* 14. *de S. V.* & cum incommodo vicini, *l.* 9. *eod.* modo legitima ab illo distantia, *d. l.* 14. quibus nihil obstant *l.* 30. *de Usufr. l.* 10. *in f. d. S. V.* docent enim heredem ædes a testatore legatas non posse penitus obscurare, sed quantum ad diurni luminis moderationem necessarium est, relinquere debere; hic beneficium defuncti, quod totum præstare debet, inutile relinquere non debet, quæ ratio in herede specialis ad alios non pertinet. Idem inculcat Scholium *ad posit.* 25. Ergo qui vicinis nullo jure sunt obstricti, pro arbitratu ædificare possunt, sine respectu ad alterius commodum vel incommodum. Nam qui suo jure utitur, is per alterius incommodum impediri nequit, *l.* 137. § 4. *de V. O.* & hactenus in suo cuique facere licet, quatenus nihil in alienum immittat, *l.* 8. § 5. *Si servit. vind.* Verum tamen humanitas & civilitas sæpe aliud flagitat. Nec alienum erit a Magistratus officio videre etiam hactenus, ne malitiis indulgeatur, præsertim si quis voluptuose ædificet aut vexandi causam habeat (πῆμα κακὸς γείτων.) Unde cum laude memoratur judicium Theophili Imperatoris, qui *Petronæ* nobilis & potentissimi hominis superbam domum funditus evertit, ad querelam pauperis viduæ, cujus lumina ædificando penitus ille corruperat, referente Besoldo, *cap. 6. Hist. Constantinop. ex Manasse*, cujus versus retulimus *l.* 4. *Digression. c. ult.* Est etiam exceptio in *l. ult.* § *ult. C. de servit.* de area trituræ frumenti destinata, quam ad rem, ut olim fiebat, aere ventoque opus erat libero, quem ædificando vicinus ab Area tali excludere prohibetur, quia tum paleæ secerni a frugibus nequeunt; quod speciali annonæ causa placuit.

11. (m) Jam qualis est Servitus altius tollendi? Bachovius idem hic sentit, quod modo de stillicidio diximus, unam esse eandemque servitutem, *altius tollendi atque non tollendi.* Sed, inquam, ineptum est, credere JCtos tam fuisse ineptos, ut rem eandem contrariis toties verbis inculcarent, quod faciunt in *l. 1. & l. 2. de S. V. l. 2. de S. R. & l. 7.* § *1. Comm. præd.* § *2. I. de Act.* Bachovium tam luculenter & perspicue D. Vinnius refutavit, ut nobis otium fecerit, sufficiatque ad refellendum docere, quæ sit igitur servitus altius tollendi. Sunt qui dicant, eum debere hanc servitutem, qui tenetur suum ædificium altius in nostrum commodum tollere, ut ventum aut solem minus liquidum avertat; sed hoc aperte naturæ servitutis repugnat, quæ servientem ad factum, quale hoc est, non obstringit, sed ut supra diximus, ad patiendum duntaxat vel non faciendum; nisi quis hunc esse dicat usum servitutis illius, ne is, qui parietem ad certam altitudinem habet ædificatum, eum submittere possit, quod tamen nec ita quidem videtur. Verius est, servientem Altius tollendi præsupponere statutum vel morem civitatis, quo ultra certam altitudinem vicino invito, nulli ædificare liceat; proinde si quis formam consuetam supergredi cupiat, id ei a vicino impetrandum, servitute acquisita, *l. pen.* § *1. C. de ædif. priv.* Cujusmodi facultas, ut reliquæ servitutes, longa etiam præscriptione acquiri potest, *l. 1. C. de servit.* atque hoc esse videtur, quod de forma ac statu antiquorum ædificiorum scribitur in *l. 11. pr. de S. Urb.* Etiam Tacitus memorat, *15. Ann. cap. 43.* post incendium Romæ, novam ædificationem legibus ordinatam fuisse, ne, ut post Gallica incendia, nulla distinctione, nec passim insulæ erigerentur, sed dimensis viarum ordinibus, & latis insularum spatiis, *cohibita ædificiorum altitudine*, ac patefactis areis, additisque porticibus. Etsi autem publica fuerit de altitudine domuum constitutio, tamen eam pactis usuque privatorum mutari potuisse, probatur ex *d. l. pen.* § *1. & l. 1. C. de Servit.* Unde Ulpianus in *d. l. 11.* § *1. Si inter te & vicinum non conveniat, ad quam altitudinem extolli ædificia, quæ facere instituisti, oporteat, arbitrum accipere poteris.* Si invitis nobis vicinus altius tollere nequeat. Ergo cum id pati cogimur, servitutem eam esse oportet.

12. (n) Postrema apud Justinianum *d.* § *1.* verba sunt, *ne luminibus vicini officiat*, quibus verbis ait Vinnius, non videtur hoc loco nova demonstrari servitus, sed suus propositæ. Et esse

(l) *Post. 20. 21.* (m) *Post. 22.* (n) *Post. 23.*

hanc

hanc unam ſervitutem cum *altius non tollendi*, tradunt Donell. *11. Comm. 5.* Bronchorſt. 2. *antiq. 5.* D. Widenb. XI. *ad Inſt. 16.* nec aliter Theophilus; Μὴ ἐξεῖναι ἀνυψοῦν τὴν σὴν οἰκίαν, καὶ ἐντεῦθεν ἀφαιρεῖσθαι τὸ τῆς ἐμῆς οἰκίας φῶς. *Non licere altius tollere domum tuam, atque ita meæ domui auferre lucem.* Licebit hic tamen regerere, quod modo Vinnius Bachovio objecit, veriſimile non eſſe, JCtos unam ſervitutem duabus formulis iisdem loci ſignificare, quin potius diverſitatem terminorum res quoque diverſas arguere in *hoc §. 1. & in l. 2. de S. P.* Imo conſtat ſervitute, ne luminibus officiatur, prohiberi quodcunque ſit ad luminis impedimentum, *l. 15.* velut *ſi quis arborem ponat, l. 17. pr. eod.* ubi *in § 2. Interdum dici poteſt, eum quoque, qui tollit ædificium, vel deprimit, luminibus officere*, quæ verba evidentiſſime diverſitatem oſtendunt. Verum eſt, quod Servitus altius non tollendi eum maxime finem contineat, ne luminibus officiatur, hoc ſolum verat, ne altius ædificetur; ſed ne ullo modo lumen intercipiatur; quod aliter quam ædificando fieri poſſe, res & usus docet.

13. Sed nec illud verum eſt, quod vult Bachovius, Servitutem luminum eſſe eandem cum ſervitute, ne luminibus officiatur; eadem ratione, qua modo de ſtillicidio recipiendo vel non, altius tollendo, vel non, audivimus. Ideoque miror, ipſum ab hac ſententia Vinnium non eſſe alienum, quando apertiſſime ſeparantur hæ ſervitutes in *d. l. 4.* Quid ſervitus luminum ſit, mihi quæ copioſe hac de re diſputant alii, docere videtur Paulus *l. pen. eod. tit. Eos, qui jus luminis immittendi non habuerunt*, inquit, *aperto pariete communi, nullo jure feneſtras immiſiſſe, reſpondi.* Modo dixit, ſervitutem luminum eſſe, qua vicinus lumina noſtra excipere cogitur; id hic jam interpretatur, quando jus immittendi luminis in parietem alienum, vel communem cœcum habemus, ut eo aperto, feneſtraque impoſita, lux & ſol ad nos transmittatur, quod vicinus alioqui minime pati cogeretur. Ea explicatio procul dubio aptiſſime Paulo convenit in *d. l. 4. ut vicinus lumina noſtra excipiat.* A lumine differt proſpectus: Nam ad illud ſufficit cœlum videri, nec aliter quam ex ſuperiore loco, proſpectus etiam ex inferiore venit, *l. 16. eod.* Qui debet ſervitutem, ne proſpectui officiatur, nihil facere poteſt, quo liber & gratior proſpectus impediatur; qui *ne luminibus*, id ſaltem, ne cœlum obſcuretur, *l. 15. cod.*

14. (o) Poſt enumeratas ſervitutum ſpecies, docet Imperator, ideo prædiales vocari has ſervitutes, quia tam qui debent, quam eos, quibus debentur, prædia habere oportet, neque ſine prædiis conſtitui poſſint, *§ 3. h. l. 1. Comm. Præd.* nempe quatenus jura in re acquiſita ſunt, nam promitti ſervitutem poſſe etiam ei ædificio, quod nondum eſt, ut effectum habeat, ubi ſtructum fuerit, nihil impedimento eſt, non magis quam ne aquæductus conſtituatur, aqua licet nondum inventa, *l. 23. §. 1. de S. P. & l. 10. de S. R. & l. ult. Si ſerv. vind.* ut etiam promittere viam is poteſt, qui fundum non habet, *l. 25. § 10. ff. Fam. erciſc.*

15. (p) Cauſæ, quibus ſervitutes conſtituuntur, ſunt remotæ, vel proximæ. Remotæ videntur, quas ſimpliciter vocamus *cauſas*, quæ actionem dumtaxat perſonalem ad acquirendas ſervitutes pariunt, ut ſunt pactiones, & ſtipulationes, de quibus in *§ ult. I. de ſervit.* per *pactiones* non utique nuda & ſola pacta, ſed quæ contractibus in continenti adjiciuntur, intelligemus, ex quibus actio efficax proficiſcitur, *l. 7. § 5. de pact.* poſſunt etiam verba *pactionibus atque ſtipulationibus* conjunctim accipi, quia moris erat, pactiones nudas firmare ſtipulationibus; has illis ſubjicere; unde Africanus in *l. 33. fin. pr. de S. R.* recte eſſe ſervitutem impoſitam ait, *maxime ſi pacto ſtipulatio ſubdita ſit;* quo ſenſu, nuda pacta per ſtipulationes ſumere effectum, dicuntur in *l. 45. de pact.* Proximæ ſervitutis cauſæ vocari ſolent *Modi*, partimque ſequuntur conventionem, partim ſine ea ſervitutem immediate producunt. Prioris generis eſt ceſſio in Jure, de qua Ulpianus *tit. 19. § 10.* & Paulus in *l. 39. de S. P. & l. ult. Comm. præd.* Sed hodie modus acquirendi ſervitutem proximus, eſt patientia uſus, ut dix. ad *§ 44. ſupra de A. R. D.* cum is, qui debet ſervitutem, patitur vicinum in fundo ſuo aliquem actum ſervitutis inſtituere, *l. 11. § 1. de publ. act.*

SCHOLIUM.

Sed patientia tantum requiritur in ſervitutibus affirmativis. In negativis per ſolam promiſſionem conſtituitur ſervitus. Dix. ad Strauch. VII. 18. 88. & ſeqq.

RESPONSIO.

Ita eſt; nam Res loquitur, in ſervitutibus, quæ ad non faciendum pertinent, initium a pa-

(o) *Poſ. 27.* (p) *Poſ. 24. 25.*

tientia

tientia intelligi magis, quam actu aliquo externo celebrari.

Igitur Cessio illa & patientia sequuntur pactiones & stipulationes, quarum hæ sunt cautæ, illi vero modi, quibus servitutes constituuntur; Sed cum in testamento relinquuntur, (quod ut fiat, videndum in *d. § ult. & l. 6. comm. præd.*) non minus plene & immediate servitutum quam aliarum legata rerum acquiri videntur, ita ut, quemadmodum cætera legata dominos ipso jure faciunt legatarios, *l. 80. de leg. 2.* sic servitutes etiam legatæ, sine facto heredis statim perfecto jure competant, ut continuo vindicari possint, *l. ult. de servit. leg. & l. 19. § 1. Quemad. servit. amitt.*

16. (q) Postremus acquirendæ servitutis modus est, *diuturnus usus & longa quasi possessio, l. 10. pr. si servit. vind.* non igitur usucapio, *l. 43. § 1. de A. R. D.* quoniam hujus fundamentum est possessio, *l. 25. de usuc.* servitutes autem, ut omnia incorporalia, non vere, sed ficte, & *quasi* possideri, notum est, *l. 43. § 1. de A. R. D. & l. 3. pr. de acquir. poss.* Tametsi vero idem tempus * præscribendis servitutibus, quod usucapioni corporalium rerum, constitutum est, cætera tamen usucapionis requisita hic non exiguntur, maxime titulus habilis & bona fides; nam in præscriptione servitutum necesse non est docere, quo jure, vel titulo, servitutem acquisieris, tantum ut ostendas, per annos forte tot usum te non vi, non clam, non precario, *d. l. 10. Si servit. vind.* quod sane in servitutibus speciale est: quando satis constat, in usucapione & longi temporis præscriptione, bonam fidem titulumque alioqui præcise requiri, *l. un. C. de usuc. transf. l. 4. & l. ult. C. de præscr. longi temp.* *l. 24. C. de R. V. & l. 8. pr. C. de præscr. 30. ann.* Scriptum quidem est in *l. 2. C. de servit.* exemplo rerum immobilium illis præscribi, sed hæc verba recte ad tempus, non ad titulum referunt Fachin. 13. *contr.* 83. Bronch. *cent. 2. aff. 93.* Et hæc quidem sententia de titulo, satis communiter negative recepta est; sed e contra scientiam domini, adversus quem præscribitur, requiri, communiter D.D. statuunt, teste Bronch. *cent. 2. aff. 7.* tueturque eam contra Treutl. Bachovius *vol. 1. 17, 9. c.* Sed verius esse, quod nec scientia requiratur, primo citata *lex 10.* probat, quæ nihil exigit quam usum tot annorum; dein *lex ult. C. de longi temp. præscr.* diserte scientiam, vel ignorantiam, in præscriptione longi temporis non attendi docet; *eodem observando*, subjicit confestim, *& si res non soli sint, sed incorporales, veluti ususfructus & cæteræ servitutes;* cui accedit, quod vix præsumendum sit, ignorasse dominum per tot annos, usum servitutis in suo prædio, vel si nesciverit, sibi id imputandum habeat; præscribenti sane probatio talis scientiæ imponi nequit. Initium præscriptionis ab usu libertati contrario ducendum, ex his, quæ dicta sunt, facile colligitur.

SCHOLIUM.

In servitutibus scilicet affirmativis. In negativis autem Servitutibus initium temporis currit a prohibitione domino prædii servientis facta. Not. ad Strauch. VII. 19. pag. 19.

RESPONSIO.

Cum dicimus, præscriptionem servitutis incipere ab usu contrario, non vi, clam, vel precario instituto, id de his, quæ in non faciendo consistunt, intelligi non posse, rursus manifestum est. Recte monet igitur de his Scholiastes.

TIT. IV.
De Usufructu.

Continuatio, & definitio Usufructus explicata. Divisio in generalem & specialem. In verum & quasi usumfr. De cautione fructuaria. De constitutione ususfr. obiter; & differentia veri ac quasi ususfructus. De modis, quibus finitur ususfructus, morte, non usu, cessione, consolidatione. De rei interitu & mutatione.

(a) SErvitutes, ut prædem diximus, sunt prædiales, vel personales, *l. 1. de Servit.* Illæ prædio debentur sine respectu ad certam personam, etsi per mille manus hoc ambulet: Atque hæ reales nomen servitutum *κατ' ἐξοχὴν* sibi vindicant, *Rub. D. C. & Inst. de Servit.* imo usufru-

* Apud Sax. sine discrimine 31. ann. 6. sept. 3. d. præscriptione servitutes acquiruntur, *a. & R. l. 1. a. 29.* Carpz. *p. 2. C. 4. Def. 8.*

(q) *Pos. 26.* (a) *Pos. 1. 2.*

ctui quandoque opponuntur, ut § 9. I. de Legat. Personales sunt, quando Res obnoxiæ sunt certis personis, iisque solis utilitatem præstant, nec in alias transferri queunt. Cujusmodi sunt Ususfructus, usus & habitatio. Vocantur etiam hominum servitutes in l. 15. de Servit. longe tamen diversæ a servitute personarum, de qua dictum in *libro primo*. Nam in illa homo servit, in hac res servit homini, illa ad Statum, hæc ad utilitatem pertinet. Definitur Ususfructus, quod sit *Jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia, pr. I. h.* Quam definitionem aliqui justo esse latiorem, quia conveniat marito quoque, & emphyteutæ, vasallo, colono, creditori anticheretico, & similibus. Quod ut evitent incommodum, verbum *Jus* pro servitute accipiunt, quod recte improbat D. Vinnius: Censeo autem, nulli istorum congruere hanc definitionem; nam maritus respectu dotis non habet jus in alienis, sed in suis rebus, quia naturaliter & civiliter dominus est, ut *infra* videbimus. Reliqui omnes, tametsi alienis rebus suo modo uti & frui videantur, nemo tamen ex hac definitione, quid sit Emphyteusis, Feudum, Locatio, ἀντίχρησις, intelliget, cum singula pluribus constent requisitis. Nec videtur posse aliquod Jus proferri, cujus naturam hæc definitio plene exprimat, præter usumfructum. *Rursus*, ait Clar. Vissenbach. *disp. ad Inst. 12. th. 3. Hæc definitio videtur esse angustior suo definito, quia non convenit quasi usufructui, in quo rerum substantia non manet salva*, adeoque genus hoc esse analogum & πρὸς ἕν alteri tantum speciei conveniens, censet. Ego putem, quasi usumfructum prorsus non esse usumfructum, sed jus quoddam ei simile & affine, ideoque nec definitionem ei congruere oportere, quod Justinianus perspicue docet *in fine* § 2. *h. t.* & Gajus in *l. 2.* § 1. *de Usufr. ear. rer.*

2. (b) Dominium igitur plenum duas quodammodo partes habet, Jus, quo res nobis propria est, & Emolumentum rei, quod Ususfructus vocatur. Idque vel proprietatem comitatur, vel per se ac separatim subsistit, *l. 126.* § 1. *de V. O.* In priore sensu pro parte dominii habetur, per *l. 4. de usufr. & l. 70.* § 2. *de Fidejuss.* Unde, cui fundus est legatus, huic etiam ususfructus censetur relictus, nisi expresse additum sit, nudum legari detracto usufructu, *l. 19. de usufr. leg. & l. 6. de us. ear. rer.* qui textus docent, si uni relinquatur fundus simpliciter, alteri ususfructus, quod tum prior nudam proprietatem solus, & usumfructum cum altero communem habeat; idemque perinde obtinebit, etsi proprietas fundi legatur uni, & alteri usufr. *l. 19. de usufr. accresc.* quæ subtilitas a simplicitate praxeos hodiernæ aliena judicatur a D. Grœnewegio *de LL. abr. ad l. l. 19.* adeoque abrogatum esse illud jus, fidenter affirmat Autumnus, *in conf. Gall. ad l. l. 19.* Sed Cravius i lam Juris Rom. sententiam inter eas, quæ praxi receptæ sunt, refert, *Recept. sent.* § *legatum. quæst. 25. n. 3.* & Mantica, *l. 9. de conject. ult. vol. tit. 6. n. 17. & seqq.* hoc ipsum in legato particulari ut certum & notum refert, sed in hereditate & legato usufr. universali secus obtinere, ita ut cum Testator primo heredem ex asse instituit, dein usumfr. omnium bonorum alteri legat; heres in usufr. non concurrat, nisi additum sit, cum pleno eum dominio institui, quod discrimen textus prædicti, nominatim § 1. *h. t.* facile ferunt, qui in terminis legati fundi & ususfructus ejus, non de proprietate sub titulo heredis comprehensa loquuntur, quoniam hæc singularum rerum dominia non afficit ita, ut a titulo heredis separari nequeant; quemadmodum legato fundo, cujus vis non nisi proprietate ac usufructu impletur. Quid si usufr. omnium bonorum tibi, fundus Titio legetur? Verius videtur, Fructuarium generalem concurrere etiam in fundi usumfructum, aliter quam si usufr. fundi Titio legatus fuisset, ut latius iidem Autores.

3. (c) Ex his facile judicari potest distinctio ususfructus vulgata in *Causalem* atque *Formalem*: Causalis dicitur, qui cum proprietate conjunctus est, Emolumentum, quod dominus habet in re sua; Formalis, qui in rebus alienis consistit. Fatendum, causalem usumfructum, si rem potius quam vocem consideremus, non esse nihil; neque enim dubium, quin dominus usumfructum rei suæ alteri concedere possit, *l. 63. h. t.* Quod quis autem det alii, hoc ipsum habere necesse est, vel formaliter, vel saltem, ut Scholastici, causaliter, sive virtualiter. Sed non ideo, usumfructum recte in causalem & formalem dividi, concedimus. Species enim, quæ cum genere suo non habet idem genus commune, species legitima esse nequit; ὑπὸ τὴν αὐτὴν διαίρεσιν δεῖ τὸ γένος τῷ εἴδει εἶναι, *Genus & species sub eadem partitione consistere debent,*

(b) *Pos. 6. 7.* (c) *Pos. 3. 4. 5.*

debent, Arist. 4. *Top.* 1. atqui ususfructus, de quo hic agitur, genus habet Servitutem; Causis ususfructus non est Servitus, quia res sua nemini servit, *l. 5. si usufr. pet.* idque omnes fatentur, proinde nec fieri potest, ut usufruct. duas habere species dicatur, Causlem atque Formalem. Ne igitur præter necessitatem dialecticos terminos in Artem Legum invehamus, præstat dicere, quod Ususfructus aut pro emolumento rei propriæ, aut pro servitute capiendi fructum ex re aliena sumatur; ac ita divisio non species oppositas, sed tantum diversas significationes vocabuli *Ususfructus* infert, *l. 2. § pen. de except. rei jud.*

4. Est igitur, ut dictum, Ususfructus hoc loco, Jus alienis rebus utendi fruendi, continens omne emolumentum omnemque reditum, qui ex re quovis modo percipitur, *l. 7. pr. & l. 9. h. t.* seu per ipsum sit, sive per colonum fundus colatur, adeo quidem, ut fructuarius conductorem a domino impositum, nisi expresse id prohibitum, expellere possit, *l. 59. § 1. h. t.*

5. (d) Absolvunt porro Ususfructus naturam verba definitionis; *salva rerum substantia*, id est, ut Theophilus interpretatur: ἐφ' ὅσον αὐτὰ τὰ πράγματα σώζεσθαι πέφυκε, *quoad usque res ipsæ principales salvæ manserint*, quam explicationem Giphanius præfert vulgatæ Interpretum, qui his verbis officium fructuarii, ne rem perdat, vel corrumpat, designari putant: in quem finem versu sequenti; *est autem &c.* legi vult, *est enim*, ut habetur in *l. 2. de Usufr.* unde hoc principium est desumptum, prout Theophilus παράφρασε. Sed dubium non est, quin *& hoc & natura rerum*, in quibus ususfructus constitui potest, his verbis significetur; quæ scilicet ejusmodi esse debent, ut earum substantia utendo non consumatur, uti fundus, domus, pecus, supellex. Denique & officium fructuarii iisdem verbis inculcatur. Ita enim uti & frui debet, ut rem non deteriorem, nec aliter quam bonus paterfamilias in re sua faciat; Proinde, ne res consumantur, corrumpantur, aliamve in formam transmutentur, *l. 13. § pen. l. 44. l. 61. d. t. de Usufr.* quare etiam rem suis impensis reficere debet, nisi tanta opus sit impensa, ut usumfructum derelinquere malit, *l. 64. d. t.* quod tamen ei non permittitur, si suo suorumque facto culpave res deterior reddita sit, *l. 65. & sequ.* Heres certe reficere non cogitur, ne quidem si vetustate jam deterius factum reliquisset testator, *ll. l. 65. § 1.* Hinc etiam sequitur, si ususfructus rei e pluribus congregatæ sit relictus, eam semper integram, substitutis in locum deficientium novis, oportere præstari, quod in vineis, hortis, sylvis, arboribus in demortuarum locum adserendis, usum habet, *l. 7. § ult. & l. 18. eod. tit.* Idemque de grege tradit Cæsar in *§ 38. I. de A. R. D.* scilicet in locum demortuarum pecudum alias e fœtibus esse substituendas, non aliunde comparandas, ut grex integer subsistat; cum, si pecudum usufr. esset relictus singularum, morte tam proprietas quam ususfructus periisset.

6. Definitionem sequitur divisio ususfructus in *Generalem* & *Specialem*. Generalis est, omnium bonorum; Specialis in rebus certis consistit. Generalis ita valere dicitur, si non excedat dodrantis æstimationem, habetur in *l. 29. de usufr.* quod Vivianus ad *d. l.* ita accipit, usumfructum omnium bonorum legari posse, *præterquam in quarta, quæ debeat heredi remanere de bonis* ratione legis Falcidiæ; male, nam tum heres plus quam pro lege Falcidia haberet, quartam liberam, & proprietatem totius nudam. Cæterum, quibus legitima competit, his jam non Quarta, verum legitima portio salva esse debet, hoc est, triens vel semis omnium bonorum, qua de re *ad tit. de Inoff. testam.* Rectius Accursius, quod in tali legato oporteat *æstimare proprietatem & usumfructum*, quia potest *minus valere proprietas quam ususfructus*; imo fieri posse oportet, ut ususfructus pluris sit quam dodrans omnium bonorum, veluti hoc modo: Si ponas usufructuarium esse victurum per XXX. annos, quod est maximum, ex *l. 43. ff. ad leg. Falcid.* præsumasque adeo reditus quincunces, id est, quinque de centum quotannis, usuræ quidem superabunt dodrantem, nec interusurium faciet, ut pluris sit dodrans præsens substantiæ, quam expectatio redituum per totos XXX. annos: Sed ut reditus quincunces, imo trientes, ubique & indistincte ponantur, vix habet civilem facultatem. Simplicior est Aristonis sententia, Juliano probata in *l. 1. § 9. ad Leg. Falcid.* quartam fructuum partem quotannis esse deducendam, idque Curiæ Parisiensi placuisse, testis est Costalius *ad l. 19.* Ex facto tamen scio, proprietatem sortis XVIII. millium, cujus ususfructus erat relictus juvenculæ viduæ, æstimatam esse

(d) *Pos. 8. 9. 10. 11.*

III. M. & DC. ac ita venditam esse quasi justo pretio, quo facto ususfructus longe dodrantis æstimationem excedebat.

7. (e) Hæc fuit prima divisio, missa doctorali in causalem & formalem, de quâ modo. Receptior & notior est divisio in Verum & Quasi-usumfructum, quam ex sequentibus intelliges.

Generalis ususfructus ad omnia bona æqualiter pertinet, etiam ad ea, quorum substantia salva manere nequit; cujusmodi omnes sunt res, quæ usu consumuntur, ut vinum, oleum, frumentum, pecunia numerata, item lana, odores, aromata; *l. 11. de usufr. ear. rer.* esculenta denique & potulenta, quæ neque naturali ratione, neque civili recipiunt usumfructum, ait Justinianus *in § 2. h. t.* per naturam enim fieri nequit, ut illis rebus utamur fruamur, quin ipsæ pereant, quod & civili rationi, quæ restitutionem ejusdem corporis requirit, adversatur. *Non debet ea mulier*, inquit Tullius in Top. *cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, cellis vinariis & olearis plenis relictis, putare id ad se pertinere.* Postquam tamen de his etiam rebus quasi ususfructus est constitutus, earum quoque jus, ut & pecuniæ, sub usufr. generali continetur, *l. 24. de usufr. leg.* Nec tamen ideo Usufr. in duas species recte dividetur, quia fungibilium rerum per Naturam usufr. dari nequit. Proinde rectius dicitur, de iis aliquod jus affine usufructui constitutum esse, quo rerum istarum transfertur dominium, sub hac lege, ut finito usufructu, tantundem, vel æstimatio restituatur; quod jus vocatur Quasi-usufructus, *d. § 2.* Ejusque differentia a vero sic satis perspicua est, quod nec in re aliena sit, nec salvam relinquat substantiam. Quippe in hoc dominium, in vero usus duntaxat & emolumentum transfertur. In hoc sunt quantitates, Resque eodem in genere, in vero eadem species restituitur. In hoc, inquam, sunt quantitates, in illo corpora. Ex quibus colligitur, vestimentorum non esse Quasi, sed verum usumfructum, quia diserte scriptum est in *l. 15. § 4. h. t.* vestimentorum non habere se ut quantitatis usumfructum, & quia vestis in eadem specie restitui potest ac solet, *l. 9. § pen. Usufr. quemadm. cav.* Quod autem in *d. § 2.* habetur, vestimentorum esse quasi usumfructum, id ita comparatum est, ut vel inviti opinionem Triboniani, consulto vel errore contrariantem agnoscere cogamur; nam conciliationes, quæ proferuntur, diuturiores sunt, quam ut consistere possint. Frustra dixeris, vestes consumi, quas diu videmus integras usurpari, cum aliarum rerum usus in continuo abusu consistat. Deteritur potius & longo usu minuitur, quod ipsum in animantibus aliisque rebus fit, quarum verus ususfructus est. Notandum tamen hic, quod Pomponius monet in *l. 28. de Usufr.* pecuniæ veteris & rarioris, quæ non erogandi, sed ostentandi causa habetur, usumf. posse verum, instar gemmarum, constitui.

8. (f) Porro, quia ad exemplum Ususfructus, Quasi-usumfructum Senatus ordinavit, *d. § 2.* non est dubium, quin iisdem modis, quibus verus ususfructus, constitui possit, tam contractu, quam testamento; Quanquam alii, quos inter Wesenb. *in fin. tit. de usufr. ear. rer.* non nisi per legatum id posse fieri censeant, quia & hujus tantum mentio fit in *d. § 2. & l. 1. ac toto tit. de usufr. ear. rer.* & quia hoc jus inter vivos constitutum naturam Mutui induceret, quod adeo tortum Hotomannus putat, ut ridiculum censeat de hoc jure inter vivos quærere constituendo. Sed mentio legati in illis textibus, recte dicitur, frequentioris exempli causa fieri; confusio autem cum Mutuo non est metuenda, quia hoc jus stipulatione ante dationem rei, *l. 10. § 1. eod.* mutuum non nisi traditione perficitur; In mutuo non nisi Res in eodem genere, in Quasi-usufructu justa rerum æstimatio restituitur, & quidem, si is, qui habet hoc jus, moriatur, aut capite minuatur, *d. § 2. l. 7. d. t.* (aliis modis non finitur quasi-ususfructus, *l. 9. d. t.*) cum quod mutuo datur, omni tempore possit repeti. Denique, mens contrahentium haud difficulter e verbis eorum colligi potest, quæ vix adeo obscure concipi queunt, ut inde non liqueat, mutuum an usumfructum partes contrahere voluerint.

9. (g) Officium fructuarii esse diximus, ut rebus ita fruatur, quo salva sit earum substantia, in quem finem *cautio* tam in vero, quam in usufructu *quasi* ita dicto, exigitur. Utrobique cautio necessaria est, * verum in quasi usufructu

* Jure Saxonico ab ista cautione immunitatem habet vidua in doralitio usufructu gaudens, vid. *P. 3. C. Ll. 16. 32.* & maritus usufructuarius bonorum uxoris, *a. L. R. L. 3. a. 23. 45.*

(e) *Pos. 13. 14. 15. 16.* (f) *Pos. 17.* (g) *Pos. 18. 19.*

potest

potest etiam dici *essentialis*; quia, cum ususfructus rerum fungibilium dari nequeat, *per cautionem* fit, ut imitamentum ejus hoc jus constituat, quod prius aliterque non erat, ideoque ipsum juris hujus essentiam tribuit ac confert. Sed verus ususfructus, etsi cautionem necessario requirat, tamen absque ea potest intelligi, imo & exercetur absque illa, quando heres eam negligit exigere, ut fit non raro. Scilicet hæc vera cautio bimembris est; *usurum fruiturum se boni viri arbitratu:* & finito usufructu *restituturum quodinde extabit*, *d. l. 1. in pr.* estque tam necessaria, inquam, hæc satisdatio, ut remissio ejus a testatore facta inutilis sit, *l. pen. C. Ut in possess. legat. & l. 6. pr. ff. eo. l.* quasi contraria naturæ ususfructus, cum per eam fieri possit, ne salva sit substantia rerum: Quo minus tamen heres ipse, cui præstanda cautio, eam remittat, nihil obstare videtur, *arg. l. 71. a. l. L. Falcid.* At illo urgente, negantur actiones hereditariæ tantisper fructuario, *l. 13. pr. de Usufructu & d. l. 1. C. h. t.* quin etiam heres non modo condicere potest cautionem, hoc est, in personam agere, ut fructuarius caveat; sed in rem quoque ad ipsas res fructuarias repetendas, *l. 7. in pr. Usufr. quemadm. cav.* Cæterum, sit illa cautio per stipulationem, quæ ut efficax esse queat, recte faciet dominus, si in testatum redigi curet statum cujusque rei præsentem, ut dein probatio, quid damni sit datum, facilior esse queat, *d. l. 1. § 4.* sed confirmanda est hæc stipulatio per fidejussorem, quia satisdatio, est *§ 2. h. l. 8. pr. de usufr. car. rer.* satisdare autem est, dare fidejussorem, *l. 1. Qui satisd. cog.* cui accedit, quod sit Prætoria stipulatio, cujus id proprium est, fidejussione confirmari, *d. l. 1. Qui satisd. cog. in pr.* junctа *l. 7. de Prator. stip.* quod tamen hactenus mitigandum, ut qui eò paupertatem fidejussores reperire nequeunt, jurejurando defungamur, *arg. N. 11. c. 2. in f. pr.* at si persona suspecta, fluxis moribus & fide sit, necesse videtur, Res ipsas sequestreri, vel domino aut tertio locari; ut fructuario merces præstetur, atque ita ex usufructu *Reditus* fiat, vel aliter consulatur arbitrio judicis: est enim generale monitum, ut deficiente satisdatione *res apud officium deponatur*, *si hoc judici fecerit*, ait Ulpianus *l. 7. § ult. Qui satisd. cog.* vid. Gail. *2. obs. 47. n. 8. & seq.* Peck. *de testam. conj. l. 5. c. 24. n. 4. sub fin.* Cautio quasi ususfructus bifariam præstatur, vel tantundem rerum fungibilium, vel æstimationem earum finito usufructu restitutum iri, *§ 2. vers. itaque h. t. l. 3. de usufr. car. rer.*

10. (h) Constituitur & acquiritur Ususfructus iisdem fere causis & modis, quibus Reales servitutes, de quibus dictum *præced. tit. a prine.* nimirum ultimis voluntatibus, aut inter vivos pactionibus & stipulationibus, dein immediate per patientiam usus, *l. 3. pr. de Usufr.* præscriptionem longi temporis, *l. pen. C. eod.* & per cessionem a domino in jure factam, Ulp. *tit. 19. § 10. l. 65. de usufr. l. 66. de jure dot.* nihilo secus quam modo de servitutibus dictum; nisi quod requisitum tituli & bonæ fidei nusquam in Usufr. remissum, quemadmodum de servitute intelleximus. De constitutione quasi usufr. jam dicere occupavimus.

11. (i) Sequuntur in *§ pen.* modi, quibus finitur usufructus. Distingui possunt ita, ut vel habeant respectum ad personam fructuarii, vel ad rem. Modi personales sunt tres: Mors, negligentia, Cessio. Reales etiam tres: Interitus, Mutatio, Consolidatio. Primus est Mors naturalis, quia est jus personæ conjunctum, cum qua extingui debet, secundum *l. 126. de R. J.* Exceptio est fatis enormis in filiofamilias, a cujus morte usufr. in patrem continuatur, quia cum filii esset, simul Patris videbatur jure patriæ potestatis, *l. ult. C. h. t.* quod non perinde obtinet a Patre in filium *l. 3. pr. C. de Usufr.* Quodsi in constituendo usufructu ad litum sit, ad heredem ut pertineat, nihil obstat, quo minus in herede continuetur, non ut idem, sed ut duplex ususfructus, *l. 38. § 12. de V. O.* quo tamen casu, simplici appellatione heredis, non nisi primum heredem intelligi, docet *lex 14. C. de Usufr.* Potest etiam ante obitum finiri usufr. tempore vel conditione, quæ adjecta erat, extante, *l. 12. pr. C. de Usufr.* Præterea finitur ususfructus morte civili, id est, maxima & media capitis diminutione fructuarii, *d. § pen. l. pen. § ult. C. eod.* Non utendo, per modum & tempus amittitur usufr. Per *modum* τρόπῳ χρῆσθαι, ut Theoph. *secundum legem* initio *dictam*, qualis est, ut certis horis utatur, aut certo genere vehiculi, ne faciem fundi mutet, ex pascuo arvum, quod alias licet, vel contra faciat, *l. 10. § 1. Quemad. servit. amitt.* Male utendo verius est non amitti usumfr. quia ad hoc persequendum propriæ actiones comparatæ sunt, *l. 13. § 2. de usufr. l. 1. § 5. Usufr. quem-*

(h) *Pos. 17.* (i) *Pos. 12.*

ad l. xx. neque pœna commissi ob hanc causam ullibi exprimitur. Sed ipse usus fructus durat, donec constituto tempore pereat, inquit Cajus in *l. 27. f. pr. de Nox. act.* Per *tempus*; id Theophilus interpretatur ὡρισμένῳ χρόνῳ, *tempore præfinito*; si intelligat, a contrahentibus, errat; nam tempus sine dubio generaliter accipiendum, quod in *l. pen. § 1. in f. C. h.* statuitur idem, quod dominio præfixum, in mobilibus triennium, in immob. longum tempus * decem vel 20. annorum, ut *infra* videbimus. Neque illis adsentiendum, quos inter Bachovius *not. ad Hes. Quemadm. usufr. amitt. in pr.* Justinianum etiam in usufr. mobilium statuisse longum tempus, quod rationi non convenire, ipse fatetur, neque evincitur ex *l. pen. C. de Servit.* quia hæc non sancit tempus præscribendi usufr. sed refert, quod alibi sancitum, nempe in *d. l. pen. § 1.* quæ ad similitudinem dominii tempus ordinat. Quod autem *hæc l. pen.* temporis longi tantum meminerit, ob comparationem cum servitutibus fit, quæ rebus soli duntaxat conveniunt; adde D. Vinnium *ad § pen. Inst. h. t.*

12. (k) Finitur quoque Usufr. si dominio proprietatis ab usufructuario cedatur; nam cedendo extraneo nihil agitur, ait Imperator *d. § pen.* quæ oppositio in verbis, *finitur*, uno casu *nihil agitur*, altero perspicue probat, cessione extraneo facta *non* finiri usumfr. sed nihil agitur; Cessio pro non facta habetur, ἀνενέργητός ἐστιν ἡ παραχώρησις, *inefficax est cessio*, habet Theophilus, & nullius momenti, sic, ut nihil omni ex parte fiat; quæ est locutionis illius propria significatio, ut multis probat Brisson. *l. 12. de V. S. in voce Nihil.* & crebriore Interpp. calculo in hac quæstione probatur, teste Pinello *l. 1. part. 3. de bon. mat. n. 38.* Grotioque idem τῷ μειζῳ placet *l. 1. de J. B. & P. c. 4. § 10.* Alii *nihil agere* tantum ad extraneum referunt, in quem nihil transferatur: hoc vero agi putant, ut qui cedere voluit, usumfr. amittat, isque ad proprietatem revertatur, & hoc probant ex *l. 66. de Jure dot.* quæ tamen bene considerata hoc non evincit. Species ejus hæc est; Mulier usumfr. fundi habens eum viro in dotem dat, fit divortium, reddendus est usufructus, sed mulier pro extranea habetur, quia proprietate caret, nec cessio, nisi proprietario fieri potest: si in mulierem fiat, *reversurum* ait textus *usumfr. ad proprietatem.* Non dicit reverti, *sed reversurum*, id est, non transire ad mulierem, sed in statu manere, ut pro solo proprietario sit, suo tempore scilicet, & modis jure præscriptis (nisi enormis pœna foret, ex conatu cedendi toto statim usufructu mutari. Sand. *cap. 5. de act. cess. n. 35*). Quia tamen aliquid agi debet in præsenti, suggerit JCtus, non in jure cedendum, sed locandum mulieri, aut vendendum uno nummo usumfr. quippe tunc non agetur nihil, sed mulier effectum usufructus consequetur, dum jus ipsum penes maritum manet. Si tamen durum videtur, verba *reversurum usumfr.* aliter accipere, quam statim a cessione reverti usumfr. ad proprietatem, dic, ibi sic esse juris, quia penes maritum soluto matrimonio, dotalis usufr. manere non potest.

13. (l) Cessio hic, illa solennis, scil. quæ in Jure fiebat, intelligitur, per quam jus totum penitus & funditus transfertur a cedente in accipientem, de qua Ulp. *tit. 20. § 8.* Simplex alioqui venditio in extraneum, domino licet invito, prohibita non est, *l. 12. § 2. l. 38. & l. 67. h. t.* quia per hanc ipsa Servitus & jus primævum usufructus non transfertur, sed penes venditorem manet, *d. l. 12. § 2. & l. 38.* ex cujus persona quoque finitur, *arg. l. 45. de R. J.* adeo ut facultas percipiendi fructus magis quam usufructus ipse vendi videatur, *l. 66. in f. de jur. dot.* atque talis venditio potest etiam cessio vocari, *l. 57. Sol. matrim. l. 13. C. de usufr.*

14. (m) Sequuntur modi reales, quorum primum esse diximus, interitum. Nam cum usufructus sit qualitas Rei, *d. § pend. in fin.* necesse est, eum perire interitu rei totali; In proprietate habemus regulam; Quicquid supereſt e re nostra, id manet nostrum & vindicari potest, *l. 49. § 1. de R. V.* sed usufructus fragilior est, recipitque distinctionem, quæ hæc est; Si pars sit ejusdem nominis cum re tota, parte pereunte, manet usufructus in reliquo, sicut in agri parte superstite contingit. Si vero pars, quæ supereſt, idem nomen tueri nequeat, ut area post domum exustam, ne quidem in area ipsa manet usufructus in *l. 5. § 2. usque l. 13. Quib. mod. usufr. amitt.* Idem accidit mutatione, per quam res desiit esse quod fuit, nomenque suum

* Jure Saxon. & mobilium & immobilium Usufructus amittitur non-usu ann. 31. 6. sept. & 3. d. Richter. *dec. 21. n. 57.* Carpz. *L. 1. Resp. 36. n. 3. seqq.*

(k) *Pos. 31.* (l) *Pos. 32.* (m) *Pos. 33.*

amisit,

amisit, ut latissime explicatur in *d. l. 5. § 2. & seqq.* Hinc ædibus, inquam, exustis, areæ usus-fr. non debetur, neque enim area domus est, *hoc § pen. d. l. 5. § 2.* Perit etiam usus-fr. re mutata, sicut in areæ usufr. domo ei imposita, quia desiit area esse, *l. 5. § f.* Idem si ex agro stagnum, vel e stagno fiat ager, *l. 10. § 2. & 3. eod.* Imo si ex silva fiat arvum, non tamen si ex vinea arvum vel pascuum, *§ 4. d. l. 10.* Massæ usus-fr. perit, vasis inde factis, *§ 5.* quod secus in domino, *§. 25. I. de A. R. D.* multo magis, nave dissoluta refectaque, licet ex iisdem tabulis, *§ 7.* Imo quadrigæ usus-fr. uno pereunte equo, extingui tur, *§ ult. d. l. 10.* Si ex balneo testator habitationem, ex taberna diætam fecerit, usus-fr. area legatus interit, quia habitatio non est balneum, nec dicta taberna, *l. 12. pr. d. t. Quib. mod. usus-fr. amitt.* Quin & Hadrianis servi usus-fr. perit, si testator nomenclatorem fecerit, etsi adhuc servus sit, hinc eo tamen cessavit, *d. l. 12. § ult.* quarum rerum quam late pateat consequentia, non est obscurum.

15. (n) *Quintus* finiendi usus-fr. modus, traditur in loc. *§ fin.* Consolidatio, quæ vocatur, quando Usufructarius proprietatem rei acquirit, quia in re propria nemo usus-fr. ut nec aliam servitutem habere potest, *l. 5. § usus-fr. pet.* Semel autem consolidatus cum proprietate usus-fructus, non reviviscit, etsi proprietas iterum recedat, qua de re notabilis species est in *l. 17. Quib. mod. usus-fr. amitt.* Tibi usus-fr. fundi pure legatus est, Titio proprietas sub conditione; quæ pendente, proprietas ad te pervenit, & sic consolidatio facta est: dein exstitit conditio, per quam Titius proprietatem cedere debet; quia autem tu usumfructum consolidatione amisisti, jam frustra eum retinere laboras, dudum quippe extinctum, sed fundus in solidum Titio cedit, cui legata erat nuda proprietas. Haud alienum, inde est, quod in *l. 26. de leg. 2.* legimus; Testator servum, in quo nudam proprietatem habebat, tibi legat, usumfructuarium heredem instituit; tu servum recte in solidum petis, nec usumfructum heres retinere potest: an quia heres, proprietate jure heredis quæsita, usumfr. amisit, ut vult Balduinus *ad hunc §?* Non videtur, quia legatario, non heredi, immediate proprietas quæsita est, *l. 64. in f. de Furt.* Potius quia testator servum legans dominium plenum legavit, quod heres, cum possit, præstare debet, quia si alienus fuisset servus, idem debuisset, *§ 4. I. de Leg.* Cæterum, si consolidatio semel facta rescindatur, usus fructus revivisscit, ut exemplo querelæ inofficiosi declaratur, in *l. 57. de Usufr.* finitemque casum vide in *l. 35. de bon. libert.*

16. (o) Quia autem proprietatis & usus fructus conjunctio naturalis est, ac ratio jubet, ut suo quique domino emolumentum ferat, ultro consequitur, quoties finitus fuerit usus fructus, eum reverti ad proprietatem; scilicet si *totus* finiatur, ut ἐμφατικῶς additur in *§ ult. h. t.* Nam pro parte finitus, ut observant hic interpretes, accrescit ei, qui alteram habet partem: quod tu cave simpliciter intelligas, nec enim usum habet, nisi cum pluribus ejusdem rei usus fructus conjunctim legatus est. Nam partibus separatis, jus Accrescendi cessat; quemadmodum in omni quoque usufr. inter vivos constituto, quia Accrescendi jus non nisi in ultimis voluntatibus locum habere potest. Sed de hoc jure alibi locus erit dicendi.

TIT. V.

De Usu & Habitatione.

Usus definitio & ab usufr. differentia: item, an hic sine usu esse queat. Quid Juris sit in usu simili vel eadem. De operis servorum. De Habitatione.

(a) SEcunda personalis servitus est Usus, quem finire licet; Jus alienis rebus modice utendi, salva earum substantia. Differunt enim quantitate emolumenti. Nam usus fructus omne commodum, quod ullo modo ex re percipitur, continet; Usus nihil quam quod necessitas vitæ & quotidianus utentis victus exigit, *l. 12. § 1. h. t.* Græce usus dicitur χρῆσις, *l. 10. § 1. h. t.* qua voce aliquando & fructus significatur. Curius ad Ciceronem *l. 7. Epist. 29. Sum enim* χρήσει μὲν *tuus*, κλήσει δὲ *Attici nostri*, quod interpretatur, *Ergo fructus est tuus, mancipium* (proprietas) *illius.* Ciphanius *ad princ. de usufr.*

(n) *Pos. 31.* (o) *Pos. 36.* (a) *Pos. 1*

nulla

nulla lingua satis diserte usumfr. reddi posse existimat; nam Germanicum Nießung, generale est, neque Belgicum *Lyfrocht*, quod usitatum & a Grotio usurpatur, satis clare usumfructum ab Usu distinguit. Græcum tamen ἀπόλαυσις efficacius est quam χρῆσις, sed in hoc sensu JCtis minus usitatum; unde Theophilus suo more οὔσου & οἰσουφρ. dicere mavult. Belgæ examussim usumfructum reddunt, *Vrucht-gebruik*. Ut igitur vocabulum *Ususfructus* ex usu & fructu componitur, ita re ipsa hæc servitus utrumque continet, non formaliter, sed quia usufructuarius procul dubio & hoc, quod is, qui usum habet, percipere potest. Ne autem duplex servitus, Usus, & Fructus, contineri videatur, sciendum, nihil interesse, Fructum an Usumfructum dicamus, *l. 14. § t. h. t.* ubi etiam Fructui Usus inesse dicitur, & quidem, *Fructus sine usu esse non potest*, ait *ibidem* Ulpianus. Atqui idem in *l. 5. § 2. Usufr. quemadm. cav.* diserte *Fructum sine usu* obtingere posse scribit. Est autem ita: Cum Testator proprietatem fundi penes heredem relinquens Usumfr. Titio legat, tunc unam facit servitutem, cui etiam Usus inest, non ut distincta servitus, sed per consequentiam; quia is, cui plus datur, etiam habet quod minus est: Proinde ususfructus simpliciter constitutus, naturaliter sine usu esse nequit, non magis, quam ut is, cui omne lucrum cedit, modicum non habeat. Ideoque, si usufructu legato, usus adimatur, nihil est ademptum, *d. l. 14. § 1.* quia quod legatum non est, adimi nequit; at Usus velut propria servitus, legatus non fuit. Verum si ab initio & nominatim testator dicat, se Usum dare Titio, Fructum Cajo, tum nihil obstat, quo minus ille nudum usum pro necessitate, alter reliquum percipiat emolumentum, heredi nuda proprietate relicta, quod est in *d. § ult.* Eodem plane modo diximus *supra tit. 3. n. 3.* Actum simpliciter constitutum, absque fructu esse non posse, verum si ab initio ita expresse caveatur, nihil obstare separationi.

2. (b) Ex eo, quod usus necessitati duntaxat inservit *, aliud discrimen ab usufr. nasci videtur, de quo Paulus in *l. 19. h. t. Usus pars legari non potest, nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus.* Servitutes Reales sunt individuæ, quia pro parte earum usus instituitur nequit, *l. 17. de Servit.* Ususfructus divisionem recipere intelligitur, *l. 5. de usufr.* ratione fructuum, qui percipiuntur. Sed cum in Usu quoque ejusmodi res percipiantur, quæ dividi possunt, cur non usus æque dividuus habetur? Dicendum, quia usus nihil tribuit, quam necessitatem victus: cujusmodi necessitas, quia pro parte nemo vivere potest, imminui vel in partes secari nequit. (c) Præterea, ususfructus in alium non modo per locationem, sed & venditionem, aut donationem transferri potest, Usus nullo modo, § *t. h. t.* quia translatio in alium excedit modum necessitatis. Adhuc aliam inter Usum & Fructum differentiam, tradit Giphanius ad § *t. h. t.* quod Fructuarius cautionem præstet, Usuarius non præstat, *argum. tit. Usufr. quemad. cav.* Sed incogitanter Giphanium solius Rubricæ argumento usum esse, indicat *l. 5. § 1. l. pen. eod. tit.* quæ de nudo etiam usu cavendum esse, diserte docet: scilicet, Usuarium ultra quam necessitas requirat, non usurum.

3. (d) Porro, ut natura Usus exacte cognoscatur, videndum per genera rerum, quid ad Usuarium pertineat. Neque enim in omnibus rebus eadem ab usufructu differentia apparet. Usuarius fundi nihil habet ulterius, quam ut oleribus, pomis, floribus, fœno, stramentis & lignis ad usum quotidianum utatur, § 2. *h.* secundum Nervæ sententiam, dein emendatam a Sabino, Cassio, Labeone, Proculo, qui auctores fuerunt, usuario quoque de foliis, oleo, frumento, frugibus, quod ad victum sibi suisque sufficiat, concedere, *l. 12. § 1. h. t.* De pecudibus in § 4. *h. t.* traditur, usuarium neque lacte neque lana usurum, verum stercore solo ad agrum stercorandum; At hæc quoque Labeonis opinio, ut nimis putida, displicuit Ulpiano, qui etiam modicum lac usurario tribuendum putat *d. l. 12. § 2.* Ideo diximus in *Positione 5.* liberalius *deinde* cautum esse, de quo Scholiastes noster ita observat.

SCHOLIUM.

Obscurior est hæc locutio, & facile quis inde putare posset, mentem Auctoris esse, jus vetus contineri in Institutionibus, novum in Pandectis, cum tamen Institutiones ex Pandectis sint collectæ.

RESPONSIO.

Scholiastes ipse respondet, cum lectori monstrat:

(*) Ita in Saxonia Parochis usus, non ususfructus, competit in denen Pfarr-Höltzern. *Art. Gen. 31. Ref. Gr. de A. 661. von Consist. S. gr. 28.*

(b) *Pos. 2.* (c) *Pos. 3.* (d) *Pos. 4. 5. 6.*

hanc

hunc locum in Prælect. ubi mox ita scriptum est: Sed hoc ampliandum ex l. 12. § 1. & 2. h. t. *modo id observetur, in ipsa* l. 12. *diversi temporis jura memorari: adeoque tò deinde ibi recte etiam retineri.* Pergamus igitur.

Hoc inquam ampliandum ex *l. 12. § 1. h. t.* ut ex omnibus, quæ in fundo nascuntur, quod ad victum sibi suisque sufficiat, sumere possit usuarius; atque etiam habitare in villa potest, *quatenus domino fundi molestus non sit.* Atqui in *l. 10. § ult. h. t.* habetur, Usuarium (si nempe plenus prædii usus cum villa & prætorio relictus sit, *l. 12. pr. h. t.*) prohibere posse dominum, venire in fundum, scil. habitandi causa, non quo minus ad fructus colligendos ibi versetur, *l. 15. § 1.* quin & habitare tantisper potest, *d. l. 12. in pr.* Ex fundo igitur qui usumfr. habet, longe plus percipit quam qui solum usum. (e) In ædibus non est tantum discrimen; nam præter habitationem, quæ usuario debetur, vix est, ut alii reditus e domo proveniant; quin & sæpe usus ædium excedere videtur necessitatem: Si enim tam *angustus* sit, id est, tam parvæ familiæ, vel tam parvo contentus, ut pars minima domus ei sufficiat, proprietario tamen nihil cedere cogitur, sed vel mutabit aliquando diætas, *l. 22. § 1.* vel locabit reliquas partes, & tum quoque mercedem percipere potest, si, inquam, ipse partem inhabitet, *l. 2. § 1. & l. 4. pr. h. t.* Totum enim usum, nec pretio, nec gratis, ut modo diximus, transferre potest; quominus autem hospites & familiam licet magnam, recipere liceat, hodie quidem non dubitatur, *d. § 1. h.*

4. (f) Minus adhuc discriminis in servi operis animadvertitur, utrum, qui has habet, usuarius an fructuarius sit. Nam in *l. 4. de oper. serv. Fructus hominis*, ait Gajus, *in operis consistit, & retro in fructu hominis operæ sunt.* Contra Terentius Clemens *in l. seq. Operis servi legatis, usum datum intelligi, & ego didici, & Julianus existimat.* Imo *operis servi legatis, neque usus neque ususfructus in eo legato esse videtur*, scribit Paulus in *l. 1. § 9. ad L. Falcid.* Satis perplexe. Dixerim ita; Accurate loquendo, Operæ, jus medium sunt inter usum & fructum, plus enim quam usus continent, quia ex eo ultra necessitatem lucrum etiam oritur; minus quam Fructus, quia non omne lucrum, sed quod ex operis provenit, duntaxat tribuit. Ergo proprie *in operis servi legatis nec usus neque fructus est,* ut habet *d. l. 1. § 9.* Tamen quia res tanti non est, ut distincta species constituatur, & proxime ad naturam utriusque accedit, idcirco operæ Fructus esse videntur, quia plus sunt quam usus, *d. l. 4.* Rursus videntur usus esse, quia minus quam ususfructus sunt, *l. seq.* Atque ita proprie nec usus nec fructus, improprie vero utrumque appellari possunt. Id vero peculiare ab utroque habent operæ, quod nec capitis diminutione, neque non utendo, nec denique morte ejus, cui relictæ sunt, sed morte vel usucapione servi finiantur, *l. 2. de usufr. leg.* Idem est in jumento, ait Imperator *in fin. § 3.* Sed pecudum usu plusculum comprehenditur, ut diximus.

5. (g) Sunt etiam res, in quibus nullum discrimen, usum an usumfructum statuas, reperitur, cujusmodi res est pecunia, omnesque, quæ res fungibiles vocantur, *l. 5. § ult. & l. 10. de usufr. ear. rer.* Sed quod idem in usu silvæ legato vult esse recipiendum Hadrianus *in l. 22. h. t.* fateor, quam habeat rationem, me non intelligere. Nam quod Cæsar ait, *nisi legatariis cædere silvam & vendere, quemadmodum fructuariis licet, nihil habituri essent ex eo legato.* Quid enim, nonne ad usum sui foci, vinearum aliasve necessitates, uti potest lignis & stipitibus, ut tamen inde multum in alios quoque distrahi posset? Plane silvas tam modicas dari posse, quæ hoc discrimen non recipiunt, intelligimus, & de talibus igitur ille textus accipiatur.

6. Præterea subtilitate Jurisperitorum accidit, ut habitatio distincta servitus haberetur, licet in effectu parum ab usu & minus adhuc hodie ab usufructu differat. Usum excedit, quia, cui habitatio debetur, is totam domum locare, aut consequenter gratis concedere potest, *§ 5. h. l. 13. C. de usufr.* Verum ita coincidit cum usufructu ædium, quo quid magis continetur, quam ut domum inhabitare liceat?

SCHOLIUM.

In eo tamen puto esse differentiam, quod si conditorium mercium sit junctum ædibus, ein Gewölbe, illo uti possit usufructuarius, non ille, cui habitatio relicta est.

RESPONSIO.

Cum habitatio contineat jus locandi domum totam, non video, si taberna vel horreum pars ædium sit, quin simul eam partem locare liceat habitationis legatario. Si pars ædium non est, ne fructuario quidem plus juris erit.

(e) *Pos. 7.* (f) *Pos. 9. 10.* (g) *Pos. 8.*

N. ADDIT.

Potius invertimus: si ipse, qui jus habitationis habet, non potest uti conditorio mercium, nec potest locare, non enim potest jus in alium transferre, quam ipse habet. Quod vero non possit uti taberna mercatoria, (einem Kaufmanns Gewölbe,) *inde patet, quia habitatio saltem relicta est, i. e. domus ad habitandum, non ad exercendam mercaturam. Ad Autoris objectionem respondemus, in allegatis textibus nusquam dici, quod habeat jus locandi totam domum, sed saltem dicitur, quod habeat jus locandi habitationem. At domus vocabulum plura comprehendit, quam habitationem.*

Hactenus sane juris acumine ab Usu & a Fructu differt Habitatio, quod neque capitis diminutione, neque non utendo finiatur, *l. 10. h. t.* prout modo de Servorum operis est dictum Ratio redditur in fine *l. pen. de cap. min.* quia tale legatum in facto potius habitandi, quam in jure consistit; adeóque res est quasi *meræ facultatis*, cui præscribi nequit, ut D.d. volunt; & qui capite minutus est, jura quidem amittit, statu mutato, sed ad factum habitandi perinde ac alius sufficere existimatur. Animadverti ex his potest, in quibusdam rebus usum & usumfr. parum aut nihil discrepare, in aliis, ut fundo & pecudibus; discrimen quidem perspicuum notari, sed cujus termini sint valde lubrici & instabiles. Fieri enim vix potest, quin inter eum, qui Usum ad necessitatem, & qui reliquum habet lucrum, non continuæ oriantur difficultates, de modo necessitatis & qualitate fructuum, quibus indigeat Usuarius: præsertim si hic in prædio habitet, & fructuarius in eodem versetur. Quare usum & habitationem in populati praxi haud frequenter ab usufructu distingui existimem. Plerumque Res simpliciter concedi videmus *tot lyfstonde*, qua voce Usumfructum intelligi, nemo, ni fallor, dubitat. Ideoque parum abest, quin Usus non multum habere videatur usus.

TIT. VI.

De Usucapionibus.

Continuatio & definitio usucapionis, ejusque justitia defensa. Differentia a præscript. Requisita usucapionis in summa. Primum & secundum specialiter. Tertium de titulo justo. Quartum de re habili atque inhabili ad usucapiendum. Quintum continuæ possessionis. De re aliena a fisco vendita.

(a) MOdi, quibus hucusque dominia rerum & Servitutes acquiri diximus, ex Jure Communi & Gentium oriri creduntur. In transcursu de superficie & de Servitute, quæ sunt duo jura in Re, est actum;

SCHOLIUM.

Sed ubi? Videtur respicere ad ea, quæ dixit tit. de R. D. ad §. 30. pol. 74. *Sed ibi magis de jure soli, quam de jure superficiei disseruit. De superficie porro ita tene; sive per illam Autor intelligat jus soli, de quo dixit supra ad* d. posit. 74. & seqq. *sane illud spectat ad dominium rerum corporalium; sive intelligat illud jus superficiei, de quo agitur* in ff. tit. de Superfic. *& hoc spectat ad dominium rerum corporalium, sed utile.* vid. Struv. Ex. 44. th. 28.

RESPONSIO.

Tam de jure superficiarii, quam de eo, quod soli dominus habet, d. loco *satis diserte, ni fallor, actum est, quanquam in Pandectis locus de* Superficie *proprius occurrit. Quod scholiastes superficiem sub dominio comprehendendam putat, de eo supervacuus satis responsum existimo ad* posit. 28. de A. R. D. *de utili dominio satis etiam* posit. 34. *disseruimus.*

N. ADDIT.

De jure quidem superficiarii parum aut nihil ibi agitur. Est enim Superficiarius, qui in area aliena cum consensu domini ita ædificavit, ut ipse sit Dominus superficiei, alter vero maneat Dominus soli. Supra vero actum fuit de iis, qui in alieno solo inscio vel invito domino ædificant. Porro quod dicit, se supra ad posit. 28. *respondisse assertioni, quod superficiem hic referam ad dominium, forte sensum haberet, si eam retulissem ad dominium late dictum, utpote de quo supra illo loco disputatum fuit. Nunc cum diserte addam in Scholio, superficiem pertinere ad dominium corporalium rerum, nihil in allegato loco deprehendes, quod hanc meam assertio-*

(a) *Pos. 1. 2.*

nem

nem saltem impugnet, cujus veritas insuper sensu quasi communi percipitur. Nam uti solum est res corporalis, ita etiam superficies. Quod autem ultimo loco de dominio utili, provocat ad posit. 34. de A. R. D. *nec ibi quicquam reperitur, quod thesin nostram seriat. Primo sugillat ibi denominationem dominii directi & utilis, quia scilicet in jure dicatur quidem actio directa & utilis, sed hi termini tamen non prædicentur de causis actionum. In verbis simus faciles, modo in re conveniamus. Si quid valeret objectio Autoris, valeret etiam contra JCtum, quisquis sit, qui primus terminum actionis directæ & utilis invenit. Ratio denominandi non inepta est. Dominus utilis est, qui quotidianas utilitates ex re percipit; directus, qui Dominus soli est, & a cujus voluntate jus dominii utilis quasi dependet. Concedamus Autori tamen, non esse nugas, cum de re conveniat, vituperare verba, concedamus terminum dominii utilis solenem esse; sufficit, quod, ut ipse rursus concedit, in foro solœcismos tales anxie fugiendos esse, nemo prudens dixerit. Rem ipsam vero quod concernit, etsi emphyteutam ibi negat esse Dominum, sufficit tamen, quod leges ab ipso adductæ ex Codice, contrarium statuant, ex quibus ad leges pro se allatas facile responderi potest, si distinguas inter dominium soli & superficiei vel emphyteuseos.*

Nunc transit Cæsar ad modos acquirendi Juris civilis proprios, quos vel particulares dicere solemus vel universales. Particulares præcipue tres noscuntur, Usucapio, Donatio, & Legatum; denique, si hoc addere lubet, Fideicommissum singulare, quod vix hodie a Legato differt. Etsi vero apud alias Gentes eædem acquirendi species frequententur; quando nulli sunt populi, in quibus non donetur, aut legetur, vel præscriptiones fiant, tamen quia momentum harum acquisitionum non a facto hominis, sed immediate a lege pendet, quæ cujusque civitatis propria & pure civilis est, idcirco hos modos acquirendi mere civiles appellamus.

2. (b) Quos inter primo occurrit Usucapio, quæ definitur a Modestino in *l. 3. de Usucap.* quod sit, *Adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti.* Dicitur *Adjectio* potius, quam *Adeptio*, quia hæc magis facium hominis, illa vox vim legis, dominium inscientibus nobis, ipso jure adjicientis, significat. Reliqua verba indicant, Usucapionem esse talem modum, quo res aliena fit nostra, ex eo, quod tam diu a nobis possessa fuerit, ut lex inde præsumat, verum dominum aut non extare amplius, aut rem pro derelicta habere; cui accedit summa ratio, quod generis humani & publicæ quietis maxime interfit, litium prætextus aliquo tempore finiri. Legis enim officium est, possessoribus rerum præstare securitatem, & *finem* (ait Cicero *pro Cæcin.*) *solicitudinis ac periculi litium*, quam certitudinem ipse eleganter *usucapionem* vocat. Et quidem præsumptam derelictionem vel negligentiam domini, plerumque revera intervenire, probabile est, quia vix fieri potest, quin longo tempore res ad nos pertinens aliqua via ad notitiam nostram perveniat. Atqui tunc simplicissima æquitas naturæ, usucapioni suffragatur; quod si gravissimis causis impeditus sit, quo minus scire potuerit, ubi sua res mobilis foret, aut quo minus immobilem vindicaret; restitutionem in integrum impetrare posse videtur, ex clausula Prætoris in Edicto, quod extat in *l. 1. § 1. Ex quib. caus. major. l. 2. & l. 4. C. Quib. non objic. longi temp. præscr.* Imo Justinianus, in *Nov. 119. c. 7.* statuit, usucapionem rei, in qua semel mala fides perpetrata est, adversus ignorantem dominum non procedere; sed hunc sola præscriptione longissimi temporis excludi; ex quo intelligimus, nullam superesse causam, quare usucapio rationi aut æquitati inimica vel repugnans, ut Amesio *5. de Conscient. cap. 41.* visum, sit statuenda: multo minus impium præsidium appellanda, quod in *Nov. 9.* fieri videtur; tametsi non temere Constitutio illa, quæ in Græco non extat, pro spuria habeatur. vid. Duar. *Comm. ult. ad h. t. c. 1.* Plura Grotius *2. de J. B. & P. cap. 4.*

3. (c) Erat autem usucapio modus olim proprius civium Romanorum: Peregrinos enim jure acquirendi legitimo, quod per cessionem, mancipationem, usucapionem, hereditatem exercebatur, caruisse, nota res est. Nominatim de usucapione in hunc sensum omnes adhuc ea verba intellexere, quæ ex XII. Tabulis supersunt; *Adversus hostem æterna auctoritas esto*, ubi per hostem Cicero *1. off.* Sextus Pompejus, & Macrobius 1. *Saturn.* 16. peregrinum monent intelligendum, juxta ac Varro docet 4. *de L. L.* peregrinum, qui suis legibus uteretur, olim *hostem* nominatum; quam interpretationem omnes eruditi sine scrupulo sunt secuti, an-

(b) *Pos. 3. 4.* (c) *Pos. 5.*

te Virum Cl. A. B. Van *Tienen*, qui in disputatione *ad tit. Inst. de A. R. D.* putat, *& Macrobium & Pompejum, atque ipsum etiam Ciceronem errasse*, adeoque hostem in XII. Tabulis nihil significare quam adversarium. Mihi vero nulla adhuc causa, cur veteribus in linguæ suæ intellectu fides hac parte neganda sit, justa satis videtur. Per usucapionem igitur cives Romani Dominium Quiritarium consequebantur, rerum quidem tam mancipi quam nec mancipi, ut docet Ulp. *tit. 19.* § 7. non tamen prædiorum provincialium, sed in illis recepta erat præscriptio decem annorum inter præsentes, 20. inter absentes; cum usucapio in mobilibus anni, in immobilibus biennii spatio absolveretur; *Lex*, ait Tullius *pro Cæc. jubet in usum & auctoritatem fundi esse biennium*, quod a pari *ad domos* traxit *in Topicis*. Id quod Justinianus merito abrogavit in *l. un. C. de Usucap. transform.* miseros appellans dominos, *qui absentes & nescientes tam angusto tempore suis cadebant possessionibus.* Nam ad stabiliendam præsumptionem negligentiæ vel derelictionis, tam exigui temporis spatium minime valebat. Naturaliter id certum est, lapsum temporis immemorialis quasi infinitum esse, & proinde talem sine exceptione ad ejusmodi præsumptionem sufficere. Obliterandæ autem memoriæ quot anni requirantur, in universum difficulter constitui potest. Sane cum viva hominum recordatio, non literis propagata intelligatur, dubium non est, quin centum anni abunde sint, quæ est maxima, sed extraordinaria, in jure civili præscriptio, *l. 23. & Auth. seq. C. de SS. Eccl.* Quin nec improbabile visum, quot annis generationes hominum circumaguntur, totidem memoriam hominum absolvi; At ab omni antiquitate γενεὰς, generationes, tertia sæculi parte definitas fuisse constat; Quod spatium moribus quarundam gentium hodieque in longissima præscriptione receptum est, ut in Hollandia, teste Grotio *l. 2. Jur. Holl. c. 7. n. 34.* ubi, *een derdendeel van honderd jaaren.* adde L. Goris 5. *adverss. miscell. 9.* neque abludit inde Jus Romanum, cui maxima præscriptio ordinaria, qua omnes Juris prætextus omnesque lites terminantur, placuit annorum (quia rotundus numerus expeditior videbatur) *triginta, l. 3. l. 4. & l. 7. § 1. C. de Præscript. 30. vel 40. annor.* Quadraginta enim & quinquaginta anni certis duntaxat casibus desiderantur, *d. l. 3. § ult. C. de Aleator.*

4. Sed in Rubrica hujus tit. ab Usucapione distinguitur longi temporis præscriptio, ut etiam distinguuntur in *l. 5. 4. de Evict.* Præscriptio fuit olim accommodata rebus, ut dixi, quæ usucapi non poterant, ut sunt prædia provincialia, quorum non erat dominium, nisi *bonitarium:* Sed usucapio erat modus acquirendi jure Quiritium, unde *Quiritarium* dominium, *l. un. C. de usucap. transform.* Præscriptio non tam dominium transferebat, quam exceptionem a temporis lapsu suppeditabat, ut *infra ad tit. de perpet. & temp. act. & de Except.* docebitur. Justinianus præscriptionem longi temporis & usucapionem, quod attinet ad res immobiles, confudit, ac inter se miscuit, atque ex utraque fecit unam *usucapionem*, quæ nunc etiam est rerum Provincialium, & durat longum tempus, cum olim biennalis esset, adeo ut hic de longi temporis fiat mentio præscriptionis, ut Lector vim ejus in hoc quoque titulo contineri præsumeret.

(d) Hodieque itaque duplex Usucapio est, mobilium rerum, vel immobilium. Res mobiles usucapiuntur triennio, Immobilia, ubicunque sita, longo tempore, id est, 10. annis inter præsentes, 20. inter absentes. * Iaeirco termini adhuc diversi sunt; Usucapio atque Præscriptio. Illa enim non nisi rerum corporalium, hæc etiam incorporalium & actionum est; illa tribus, 10. vel 20. hæc pluribus vel paucioribus annis constat. Sed discrimen inter prædia Italica & provincialia, uti & omnis differentia effectus, sublata est; siquidem ex præscriptione dominium hodie perinde plenum atque ex usucapione transfertur, *l. un. C. de usucap. transform. l. un. C. de nudo jure Quir. toll.* Verum ut usucapio, quantum fieri potest, ad regulas Justitiæ ordinetur, sciendum, præter legitimum temporis lapsum, quod est *primum* requisitum,

* Jure Saxonico anno 6. sept. 3. diebus res mobiles, immobiles 31. ann. 6. sept. & 3. dieb. præscribuntur, LR. *l. 1. art. 28. 29. L. 2. a. 4.* Lehn-R. *c. 10. j. P. 2. C. Ll. 3 & 6.* Schilt. *ad ff. Lx. 45. th. 50. & 54.* Annus tamen in rei mobilis usucapione, non nisi scienti domino currit, *d. art. 28.* Carpz. *ad d. C. 3 d. 13.* In immobilium autem præscriptione ex tanto temporis lapsu bona fides præsumitur, usque dum contrarium probetur, *P. 2. C. Ll. 3.* Carpzov. *ad d. C. d. 7. 8.*

(d) *Pos. 6.*

secun-

secundo adesse debere bonam fidem, id est, opinionem, qua possessor se dominum esse credit, *pr. h. t. l. 109. de V. S. Tertio*, Justum titulum sive causam habilem ad transferendum alioqui dominium, *d. pr. l. 1. 2. & seqq. de Publ. in rem act.* de quibus vide Rubricas *ff. pro soluto, pro emptore, pro herede, pro donato, pro derelicto, pro dote, pro suo. Quarto*, Rem oportet esse usucapionis capacem, quales non sunt, quæ enumerantur in § *1. 2. & 4. h. t. Quinto* & præcipue necessaria est possessio continua, non interrupta, § *diutina. 7. hic, l. 2. de Usucap.*

5. (e) Secundum ordinem autem horum requisitorum, tractatus *hujus tituli in Institutionibus* absolvitur. De *tempore* enim tam quod olim, quam quod est hodie, agitur *in princ.* deque eo satis est dictum. Civiliter autem computatur, (*vide l. 134. de V. S.*) non tamen, ut annus cœptus pro impleto habeatur, quemadmodum in honoribus, *l. 8. de muner. & honor.* sed ut diem postremum ultimi anni sufficiat inchoatum esse, *l. 6. de usuc.* quanquam in præscribendis actionibus naturaliter, id est exactis omnibus horis & momentis, computatio fiat; *l. 6. de O. & A.* In eodem *pr.* est alterum, nempe *bonæ fidei* Requisitum, ut possessor ignoret rem esse alienam. Etenim nihil est aliud B. fides, quam opinio, qua quis credit, se esse dominum rei possessæ, sive, ut Canones, *Illæsa rei alienæ conscientia, c. ult. X. de Præscript.* ita ut *ignorare* sufficiat, *rem esse alienam, l. 109. de V. S.* de quo dix. In dubio autem potius est, ut bona fides præsumatur; etiamsi emptor in casum, si res ab alio evincatur, quasi spreta auctoritate tradentis, diligenter sibi caverit, *l. pen. C. de Evict.* Schneidew. *ad pr. h. t. n. 21.* Cui consequens est, eum, qui suspicione de alterius dominio oborta, dubitare cœpit, non statim bonam fidem exuere, sed tum demum, ubi vel jus ejus satis exploravit, vel causa in judicium deducta est, *l. 10. C. de Acquir. poss.* Verum ejus opinio juris errore fundata est, is, etsi dolo careat, & quod ad fructus pro bonæ fidei possessore habeatur, *l. 25. § 6. de Hered. pet.* in usucapione tamen, quæ merito strictæ interpretationis est, nequaquam pari effectu gaudet, *l. 31. & l. 32. § 1. de usuc.* ideoque nihil vetat, juris errorem ad malam fidem referri; tametsi non intercedo, quominus eum, si placet, ad defectum tituli referas justi, ut vult Scholiastes noster ad *posit. 8. h. t.*

N. ADDIT.

Ego vero intercedo, ne juris error ad malam fidem referatur, etsi non gaudeat effectu bonæ fidei. Rationem dedi jam in eodem Scholio, ab Autore suppresso, quia obstat huic sententiæ §. item si is. Inst. de usuc. *verbis:* furtum enim &c. *Ad quam nihil hic respondet Autor.* *

6. (f) Cæterum, bonam fidem sufficit ab initio adesse; nam, mala fides superveniens non interrumpit usucapionem semel bona fide cœptam, *l. 48. § 1. de A. R. D. l. un. C. de usuc. transf.* tametsi in fructibus acquirendis contra obtineat, *d. l. 48. § 1.* scilicet usucapio ad jus pertinere existimatur, fructuum perceptio magis est facti, ubi quælibet temporis momenta spectantur: sed Jus Pontificium vult malam fidem, quocunque tempore supervenientem, impedire usucapientem, vel præscribentem, *cap. fin. extr. de præscript.* at malæ fidei possessorem nullius etsi immemorialis temporis præscriptione muniri, aut dominum Pontifices fieri permittunt, *c. 2. de R. J. in 6. d. cap. de præscript.* Cæterum, in usucapiendis hominibus specialiter jure civili placuit bonam fidem requiri continuam, *l. 4. § 16. & seqq. h. t. l. pen. pro suo.*

7. (g) Tertium requisitum *tituli justi*, memoratur in *eod. prine.* scilicet talis, per quem dominium alias transferri queat; Nam ex quibus causis dominium præstatur, si transferens sit dominus, ex iisdem non dominus Usucapiendi conditionem tribuit, § *5. in fin. I. Per quas person. cuique acquir.* ut si quis insolutum acceperit emeritve rem, quæ, ut accipiens putabat, non erat venditoris aut debitoris; idem in donatione, si jure permissa sit: nam si vir uxori donaverit, ea nec domina fit, quia lex prohibet, nec usucapio procedit; *l. 1. § 2. pro donato*, nisi vir rem alienam uxori donarit; tunc enim quæ propriam mariti nullo modo acquirere poterat, temporis lapsu dominio alienæ rei, in qua vir liberalis fuit, potitur, *l. 3. d. t. & l. 25. de donat. int. Vir. & ux.* qua scilicet donatio ea tantum inter conjuges prohibita est, quæ donantem facit pauperiorem, qualis non est liberalitas ex

* Scholium Thomasianum hoc est: In allegato textu *l. 31. h.* non dicitur, hunc pro malæ fidei possessore haberi, & obstat etiam huic sententiæ *d. § item si is, l. h. t.* Ergo potius dicerem, eum, qui in jure errat, propter deficientiam tituli non posse usucapere.

(e) *Pos. 7. 8.* (f) *Pos. 9.* (g) *Pos. 10. 11.*

alieno, *d. l. 25.* Sed quæ est ratio, quod donatio mortis causa, traditione a donatore vivo impleta, usucapionis effectum non præstet, ut habetur in *l. 13. pr. de donat. m. c.?* Quia dominium hoc a donatore semper revocari potest, *l. 30. eod.* ideo, si donatarius per usucapionem dominus sit factus, æque datur repetitio, quam si mox ab initio dominium adeptus esset, perinde atque de condictione indebiti scriptum est in *l. 15. §. 1. de cond. indeb.*

8. Jam id ultro liquet, contractum simulatum fictumque, ubi nihil agitur, pro nullo esse, *l. 1. C. Plus val. quod ag.* Sed ubi aliud pro alio simulatur, si is, qui dissimulatur, saltem habilis sit, eum sufficere ad effectum juris, ut cum venditio donandi animo celebratur, *l. ult. pro donato.* Possessionem quoque oportet esse translatam ex ejusmodi titulo: Scriptum enim est, errorem falsæ causæ non parere usucapionem, § *6. h. t.* velut, si rem mihi commodatam postea oblivione putem mihi venditam, vel donatam. Si tamen traditio facta sit ex errore falsæ causæ; ut si heres tradiderit mihi rem, putans legatam a defuncto, cum idem ego putarem, etsi nunquam legata fuerit, usucapio procedit, *l. 3. Pro suo. l. 48. h. t.* quod etiam in reliquis titulis, excepta venditione, procedit: Nam in hac non sufficit, tempore traditionis utrumque contrahentem putasse, quod venditio præcesserit, verum & revera oportet eam esse celebratam, *d. l. 48. & l. 2. in pr. pro Emp.* nisi error valde probabilis sit, cujus exempla vid. in *l. 11. & l. 13. §. 1. ff. pro emp.* Ratio autem, cur in venditione error traditioni cohærens, minus quam in reliquis sit efficax, esse videtur, quod nunia foret inæqualitas, si opinio venditionis pro vera haberetur, ubi nullum intervenisset pretium. Ac in cæteris cum mens tradentis non sit, pretium accipere, etiam fraudari non videtur, quod error ejus pro veritate habeatur, contra ac venditor, qui rem amittat pretio non accepto. Videtur etiam si error valde probabilis sit, opinio sola sine traditione ad usucapionem sufficere, venditione rursus excepta, *l. ult. pro suo.*

9. (h) De Quarto requisito, *ut res sit Usucapionis capax*, prolixius agitur in §1. *& seqq. h. t.* Incapacitas autem oritur vel ex natura rerum, vel privilegio, vel denique ex vitio illarum. Ob *naturam* suam primo usucapi nequeunt Res incorporales, ut servitutes, *l. 3. §. 1. de A. R. D.* item Res commercio exemptæ, ut sacræ, sanctæ, religiosæ, & liberi homines, § *1. h.* quia talia dominium plane non recipiunt, nec titulus alienandi illis convenit. Ob *privilegium* usucapioni subtrahuntur primo, Res Fisci, quæ scilicet nunciatæ & acquisitæ sunt fisco. Nam bona vacantia, licet ad Fiscum spectent, ejus tamen non sunt, nec jure fiscalium gaudent, § *4. h. l. 13. & l. 24. § 1. h. t.* Fiscalibus, ut alias, ita hactenus comparantur Res Dominicæ, id est, principis patrimoniales, item res civitatum, Ecclesiarum, gerontocomiorum, aliarumque domuum miserabilium, de quibus in *tit. C. Ne rei dom. vel templ. l. ult. C. de sund. patrim. l. ult. C. de sund. rei priv. & l. 23. C. de SS. Eccl. N. 9. N. 111. N. 131. c. 6.* Præterea res pupillorum, *l. 3. C. Quib. non obest l. t. præscr.* quibus neque longissimi temporis præscriptio currit, *l. 3. C. de præscr. 30. v. 40. ann.* Porro nec Res minorum usucapionem recipiunt, *l. ult. C. in quib. caus. in int. rest.* Nec bona adventitia filiorum fam. *l. 1. § 2. C. de Annal. except.* Neque res, quas Præses provinciæ contra Legem Juliam comparavit, *l. pen. de L. Jul. repet.* denique res prohibitæ alienari lege, vel testamento, *l. 2. C. pro empt. & l. 16. de fundo dot.*

10. (i) *Vitiosæ Res* sunt, Furtivæ, atque vi possessæ, quas factum furis & invasoris tam odiose afficit, ut ne a tertio quidem & bonæ fidei possessore usucapi queant, propter vitium rei inhærens, quod possessorem quemvis comitatur, *l. 7. C. Pro empt. l. 11. C. de Acquir. poss.* Unde in rebus mobilibus non facile procedit, ait Imperator, § 2. *h.* ut bonæ fidei possessoribus usucapio competat, quia difficulter accidat, ut res aliena mobilis sine justa causa in manus tertii, absque *furti vitio* perveniat. Posse tamen id fieri, duobus docet exemplis: uno, si heres rem defuncto commodatam aut locatam, vel apud eum depositam, existimans hereditariam esse, bona fide accipienti vendiderit, aut donaverit, aut dotis nomine dederit; tunc enim, quin is, qui acciperet, usucapere possit, dubium non est, quia heres furtum non commisit, & qui accepit, bonam fidem habuit. Utrum autem ipse heres tali casu usucapiendi jus habeat, non decidit Imperator, ideoque id alias examinandum. Alter casus est, si quis rem bona fide acceperit ab eo, qui per juris errorem eam possidebat. Quanquam enim usucapio ipsi interdicta sit, a furto tamen procul abest. Ideoque vitium rei nullum ex ejus possessione inhæret. Exem-

(b) *Pos. 12. 13.* (i) *Pos. 14. 15.*

plum

plum refertur in partu ancillæ, quem fructuarius putat suum esse erronee, cum fœtus hominis in fructu non sit, ut dictum supra in § *37. de A. R. D.* Proin ipse quidem usucapere cum prohibetur, sed emptori nihil obstat, quo minus usucapiat. Cæterum, longissimi temporis præscriptione etiam res furtivas hodie acquiri, docet *l. 3. & 4. C. de præscript. 30. vel 40. annor.*

11. (k) *Res* porro *vi possessæ* intelliguntur immobiles, quæ alias dicuntur invadi, § *1. in fin. de vi bon. rapt.* Atqui nec hæ usucapionem recipiant, sed tantum longissimi temporis præscriptionem, *Auth. male fidei. Cod. de præscript. long. temp.* Quod si rem soli aliquis sine vi sit nactus, a Domino neglectam, hic quidem usucapere eam propter conscientiam prohibetur, sed nullum rei vitium, quod successorem comitetur, imprimit, quia nec possedit, nec furtum, quod cadit nisi in rem mobilem, commisit; quæ omnia in *d. § 2.* commemorantur. Porro quamdiu res ad usucapiendum inhabiles retinent hanc naturam, vitium; aut hoc privilegium, manent æque incapaces usucapionis. Et quidem incorporales, item sacræ & religiosæ res, vix ullam conditionis mutationem recipiunt; sed res dominicæ, fiscales, civitatum, pupillorum, minorum, similesque, ubi dominum mutaverint, usucapionem, ut quælibet aliæ, recipiunt, *l. 24. § 1. h. t.* Inter vitia quoque habetur, si quid Prædii contra legem Juliam datum sit, *l. fin. ad L. Jul. repet.* imo quælibet prohibitio alienandi lege, vel testamento facta, rem vitio afficit, ut ad usucapionem inepta fiat, *l. 2. C. Pro empt. & l. 16. de Fund. dot.*

12. (l) Vitium autem rerum furtivarum & vi possessarum, purgari dicitur, quam primum justa ratione in potestatem domini redierint: ideoque si tum demum alienentur, usucapio procedit, *§. 3. h. t.* In Domini autem manus, non utique in ejus, cui furtum est factum, reverti res debet. Ideo si creditori pignus sit surreptum, purgatio vitii non contingit per reditum pignoris in manus creditoris, sed potius debitoris, tanquam Domini, *l. 4. § 6. h. t.* Nisi forte debitor ipse pignus furripuerit; tunc enim placet vitium purgari, etiam ubi creditor rem recuperavit, juxta quem commode explicatur Paulus in *l. ult. de usucap.* sed an eo casu vitium perinde purgetur, si debitor ipse rem vendiderit, an vero ut furtivæ rei usucapio interdicta sit, merito dubites, propter *d. l. 4. § 21. & l. 6. C. pro empt.* quarum illa affirmat, hæc negat usucapionem procedere; neque apparet conciliandi ratio, nisi distinguas inter pignus & hypothecam. Debitor pignus a creditore possessum surripiens, idque vendens, usucapiendi conditionem transfert, quia furtum rei non fecit, sed possessionis duntaxat, quo res ipsa in vendendo affici non videtur; at debitor vendens hypothecam a se possessam, eo ipso furti sese alligat, & usucapionem impedit, ut videtur, *l. 66. de Furt.*

13. (m) Ultimum Usucapionis Requisitum est, *Possessio continua*; definitionem Possessionis *supra in fine tit. de A. R. D.* habuimus, sicut latissimo sensu accipitur, quatenus hæc appellatio ad usufructuarios, colonos, commodatarios & depositarios extenditur, etiam ad eos, qui precario possident. Angustius possessio significat rei detentionem cum animo sibi habendi, quo sensu fructuarii, & qui modo collocati sunt, non possidere, sed tenere dicuntur, in *l. 9. de R. V. & l. 1. § 8. Quod Legat.* & esse in possessione, *§ 5. Inst. de Interd.* Strictissime possessio sumitur pro detentione cum animo dominii, quæ vocatur possessio civilis, opposita naturali, quæ est absque opinione dominii, *l. 25. de usucap.* Atqui talis, scilicet civilis, in usucapione necessaria est, idque, cum diximus bonam fidem adesse oportere, satis indicatum est. At requisitum continuitatis expressius declarandum; nam si possessio fuerit interrupta, Usucapio non procedit, quia hæc ejus naturæ est, ut sine possessione nec constet ab initio, nec cum cœperit, procedat, *l. 25. h. t. & l. 19. Ex quib. caus. maj.* Dicitur autem interruptio in Jure Usurpatio; eaque duplex est, Naturalis, vel Civilis. Naturalis interruptio est, cum quis vi de possessione dejicitur, *l. 5. h. t.* Civilis fit per litis contestationem, *l. 10. C. de Acquir. Poss.* vel etiam per libelli oblationem, *l. pen. & ult. C. de Ann. except.* Ut igitur Usucapio absolvatur, possessor rem sine judiciali controversia per legitimum tempus detinere debet: Quod si vel in detentione turbetur, vel lis ei moveatur, possessio præterita nihil ad summam dominii prodest.

14. (n) Porro de translatione possessionis ab uno in alium, sciendum est, eam non interrumpere usucapionem, sed tempus primi possessoris etiam prodesse successori, tam universali quam particulari, modo tamen dispari. Nam

(k) *Pos. 16. 17. 18.* (l) *Pos. 19.* (m) *Pos. 20.* (n) *Pos. 20.*

heres

heres in usucapione a defuncto rite cœpta pergit indistincte, *licet ipse sciat prædium alienum esse;* quoniam hæc pro superveniente scientia habetur, §7. *h. l.* 43. *h. t.* heres autem omnimodo defuncti vice fungitur, *l.* 22. *h. t.* Ideoque nihil consideratur, quam an defunctus usucapere potuerit; si ita, potest & heres; sin, neque hic potest; etiamsi bonæ sit fidei, ut ne quidem inchoare permittatur usucapionem ex sua persona & fide bona, quia vitium defuncti, a quo res primum possessa fuit, obstat heredi, qui illum repræsentat, siquidem non succedit, *l.* 11. *de div. & temp. præsc. & l.* 11. *C. de acquir. poss.* Inter successores particulares, ut emptores, venditores, donatarios, legatariosque tempora similiter conjunguntur, quod constitutione Antonini effectum, §8. *h.* qua posteriores esse videntur, *l.* 14. *h. t. l.* 2. § *pen. pro empt. l.* 14. *de diverf. præscr.* ex quibus gratis Hotomannus *hoc* probat, etiam ante Antoninum hanc conjunctionem in usu fuisse, ut colligat inde, Auctoris bonam fidem prodesse etiam successori particulari mala fide prædito; quod verum non est. Nam etsi inter particulares conjunctio fiat, tamen non ita fit, ut successor auctorem per omnia repræsentet, quemadmodum heres defunctum, (rationem vide in § 11. *I. de Testam. ord.*) sed hi utuntur accessione temporis, quo primi, si bonam habuerint fidem, possederunt, si & ipsi hanc fidem bonam pariter adferant, *l.* 2. § 20. *pro empt. l.* 14. *h. t. & l.* 14. *de diverf. & temp. præscr.* Quodsi primus possessor malæ fidei fuerit, manifestum est, non posse prædonis detentionem cuiquam ad usucapionis effectum prodesse. Et si ille fidem bonam habuerit, mala autem successor laboret, non potest hic continuare inchoatam capionem; quia fide caret, & persona Antecessoris nihil ipsi præstat, quia illum non repræsentabat, nec in virtutes ejus succedere solet, *l.* 2. § 17. *pro empt.* Verum alia parte, meliori quam heres conditione fruitur successor particularis bonæ fidei; nam cum heredi, usucapionis initium quoque interdicatur, si defunctus sciverit rem alienam esse, ut dictum, Emptor sine, vel donatarius, ex sua persona minime vetantur longo usu capere, quod ignorant alienum fuisse, tametsi venditor & donator id fraudulenter celaverint. Nam quemadmodum illos in virtutibus non repræsentant, ita neque in vitiis eorum vices gerunt, *l.* 5. *de diverf. præscr.* quæ & generaliter & specialiter de vitio donationis loquitur, quod hoc donatario non sit impedimento, quo minus ex sua persona, modo fides adsit, usucapiat; cui nobis obstare non videtur *l.* 4. § 31. *de doli & met. except.*

15. (o) Cæterum, usucapionis jus cum sit civile, tametsi fundamentum in Jure Gentium habeat, potest tamen a Lege ad utilitatem Reip. varie gubernari. Cujus rei speciem habemus in § *ult. h. t.* ubi multo facilius, quam per usucapionem, domini jura suarum rerum amittunt. Nam si res tua, te inscio, ad Fiscum pervenerit, isque eam rem alienaverit, tu vindicare tuam rem a possessore non potes, (quod tamen olim licebat, *l.* 13. § 9. *de hered. pet. & l.* 41. *de jur. fisci*). Sed quia a Fisco emit citra usucapionem, confestim securus est, nec Domino quicquam reliquum est, quam actio de pretio adversus Fiscum intra quadriennium: Atqui hoc privilegium Justinianus etiam patrimonio Principis & Augustæ concessit, *d.* § *ult. & l. ult. C. de Quadr. præscr.* Est autem constitutio illa satis in se enormis, ut quæ non modo dominium tollit, sed & duriorem adversarium, qualis est princeps, objicit, quod iniquum, *l.* 3. *in pr. de alien. jud. mut.* Usque adeo tamen utilitatis publicæ interest, venditiones fiscales prompte expediri, ut eo respectu hæc constitutio facile defendatur. Quod si dicas, frustra utilitatem publicam citari ad defensionem iniquitatis, sciendum est, quod *in* publicam utilitatem sit, id ex communi civium consensu fieri censeri. Proinde, cum ipsi malint privatos damno, quam Rempubl. incommodo affici, damnum tunc, quod privati patiuntur, iniquum non est erga volentes, quod injustum foret adversus invitos, vel ejusdem Reipublicæ vinculo non conjunctos. Pluribus, quid utilitas publica valeat præ singulorum commodis, vide luculenter differentem Æneam Sylvium in *lib. de ort. & auct. S. R. I.*

TIT. VII.

De Donationibus.

Donatio, modus an causa dominii acquirendi, & an modus Juris Gent. an civilis. Definitio & Divisio, & quid mortis causa Donatio. Differentiæ hujus ab Legato. Donatio inter vivos quid & quotuplex. Revocatio illius. De propter nuptias donatione.

(o) *Pos.* 25.

(a) Se-

(a) SEcunda inter modos acquirendi civiles, refertur a Justiniano DONATIO, de qua tamen dubitari potest, sitne modus, an causa, seu titulus acquirendi Dominii. Sane cum non traditione duntaxat, sed & conventione, uti mox videbimus, perficiatur, conspicuum est, quatenus conventione absolvitur, ita non esse modum acquirendi immediatum; quia tralatitium est, non pactis, sed traditionibus, rerum dominia transferri, *l. 20. C. de pactis.* quatenus vero traditione fit, ita est *modus* quidem dominii transferendi, sed non peculiaris: magis igitur est, ut *donatio*, qua talis, uti causa dominii consideretur; Utrovis autem modo fiat donatio, certum est, genus ejus proprie non esse Contractum; non quando traditione fit, quia ex contractu obligatio nascitur, quæ non oritur ex donatione statim impleta, *l. 1. pr. de donat. & l. 3. §1. de O. & A.* Conventione autem facta Donatio parit quidem obligationem ad tradendum, *§ 2. I. h. t.* sed proprie tamen contractus non est, quia nullum in ea negotium, nullum συνάλλαγμα, quod dici possit, geritur; sed est beneficium & liberalitatis exercitio, quæ opponitur contractui sive negotio gesto, *l. 14. de precario. l. 58. fin. pr. de donat. int. Vir. & Ux. & l. 43. § 1. de Admin. tut.* Nec aliam ob causam Justinianus hunc titulum potius heic, quam inter contractus collocavit, tametsi hoc reprehendat Balduinus *ad hunc §*, & tam subtile discrimen illud sit, ut ob affinitatem donatio sæpe juxta Contractus recenseatur, *l. 7. C. de his, quæ vi met. l. 17. C. de fide instrum. l. 8. C. de præscr. 30. vel 40. ann.*

SCHOLIUM.

Igitur donatio in genere melius definitur per actum, *Struv.* Exerc. 40. th. 2.

Jam, quia nemo dubitat, quin factum sive negotium donandi, Gentium cunctarum commune sit, atque traditio sit etiam modus acquirendi Juris Gentium, *§ 40. I. de R. D.* nec de eo dubitari potest, utrum donatio sit Modus adipiscendi Juris Civilis, an Gentium. At scrupulum facit, quod hic donatio in serie acquisitionum juris civilis recenseatur; nec satisfacies, si dixeris, originem ejus ex Jure Gentium esse, formam specialem ex jure civili; nam sic dicere posses, traditionem quoque ex venditione, esse modum juris civilis, quia non pauca & in venditione specialia jure civili reperta, constat: Proinde absolute fatendum, donationem, quæ traditione inter vivos fit, esse modum juris Gentium, sed quod Justinianus eam in ordine civilium acquisitionum referat, hoc donationem mortis causa, & propter nuptias, spectare. Tu dices, non apud Romanos solos mortis causa donatur, sed & apud Græcos, ut exemplo Telemachi ex Odyssea probat Imperator; & ubivis Gentium; nec inficiamur, quod ad factum & genus donandi: Sed heic consideramus articulum momentumque & quasi punctum acquirendi, quod Jure Romano transigitur immediata vi legis, sine ullo facto hominis, ut donatarius confestim a morte donantis fiat Dominus, *l. 2. de Publ. in rem act.* ad exemplum legatorum, *l. 80. de Leg. 2.* quod procul dubio a simplicitate juris gentium alienum est. Præterea etsi apud alias quoque gentes propter nuptias donetur, tamen quæ jure nostro prodita est, eam talem putamus, cui similis alibi gentium nusquam reperiatur, adeo ut toto genere nova videri possit, uti mox intelligetur.

2. (b) Cæterum, Donatio nihil est aliud quam liberalis rei in alium *collatio.* Dicamus ita potius quam *alienatio*, quomodo in *posit. 1. h. t.* habetur; nam alienationis vocabulum non convenit donationi, quæ fit per conventionem, quia significat translationem dominii, *l. 1. C. de fund. dot.* ut recte animadvertit *Scholiastes* noster. Donationis duo sunt genera, mortis causa, & non mortis causa, inquit Imper. *in pr. h. t.* Mortis causa donatio est, quæ propter mortis fit suspicionem, sive imminente periculo, sive ob solam mortalitatis cogitationem *, *l. 2. & seqq. de donat. m. c.* Fit quidem utplurimum ita, ut res donata non nisi post mortem donatoris transferatur, quia proprium hujus donationis est, quod donator se rem malit habere, quam donatarium, ut Imperator versiculis ex Homero probat, *hoc* § 1. (c) Verum potest etiam sic fieri, ut traditio confestim sequatur, quod fieri solet, ubi de vita donator desperat, *l. 2. de m. c. donat.* Qui si præter opinionem convaluerit, donatio ipso jure rescinditur, *§ 2. h. t.* ubi tres modi traduntur, quibus mortis causa donatio revocatur; primus, *si donator supervixerit*, sive periculum, cujus re-

* Donatio mortis causa omnium bonorum, Jure Saxon El. insinuatione judiciali opus habet, *P. 3. C. El. 1. §* damit nun.

(a) *Pos. 12. 13.* (b) *Pos. 4.* (c) *Pos. 1*

ſpectu donaverat, evaſerit; alter, ſi donatarius moriatur ante Donatorem; tertius, ſi donatorem pœnituerit; Quibus caſibus non modo retinere poteſt, quod nondum tradidit donator, (d) ſed etiam repetere, quod revera præſtitit; Duntaxat de genere actionis dubitatur; *l. 35. § 3. de donat. m. c. & l. 29, eod.* & in *l. ſequent.* Caſſiani perſonalem dabant, & quidem condictionem ob cauſam dati, cauſa non ſecuta, *l. 35. § 3. de donat. m. c.* Ulpianus putat defendi poſſe in Rem eſſe dandam, *l. 29. eod.* & in *l. ſequent.* utramque conjungit; Nimirum condictio fundatur in translatione Dominii, quæ per traditionem anticipata erat; at quia donatio hanc conditionem habebat, ut certis caſibus irrita eſſet, his exiſtentibus, dominium donatoris manſiſſe videtur; ut ita rem non directe, ſed utiliter vindicare poſſit, tanquam ſi dominium tacite ad ipſum redierit, vel nunquam diſceſſerit. Fundamentum tamen perſonalis actionis evidentius eſt, quia traditio illa procul dubio dominium tranſtulerat; Ideo Caſſiani fidentius ſtatuebant, ſe non dubitare, quin condictio daretur, *d. l. 35. § 3.* Proculejani timidius, ſe putare in rem actionem poſſe defendi, *d. l. 29.* interim tamen condictionem quoque admittebant, in *l. 30.* Adeo autem revocandi facultas ineſt huic donationi, ut ſi quis præſenti mortis cogitatione ita donavit, ne ullo caſu revocetur, quanquam verbis tenus ſpeciem donationis mortis cauſa habeat, ac ita vocetur in *l. 13. § 1. in fin. & l. 35. § 4. de donat. m. c. it. Nov. 87.* vim tamen contineat donationis inter vivos, *l. 27. de donat. m. c.* vel potius mediæ cujusdam naturæ eſſe videatur; qua de re mox iterum.

3. (e) Hactenus igitur hæc Donatio ultimæ voluntati ſimilis eſt, quod pœnitentia, & morte ante teſtatorem extinguatur; quemadmodum in cæteris Legato per omnia comparatur, ut loquitur Cæſar in *§ 1. h. t.* Nam etiam quinque teſtes, ut omnes ultimæ voluntates, requirit, *l. ult. C. de donat.* detractionem Falcidiæ admittit, *l. 5. C. ad L. Fale.* recipit ſubſtitutionem, *l. 1. C. de Donat.* jus accreſcendi, *l. un. § 14. C. de cad. toll.* cautionem Mutianam, *Nov. 32. c. 44. § ult.* Denique & dominium, inſtar legati, immediate transfert, *l. 2. de publ. act.* At vero per plura & inſigniora diſcrepant. Et quidem ſumma differentia eſt, quod legatum ſit voluntas unius teſtatoris dominiumque legatario præſtet abſenti ac ignoranti, *l. 80. de leg. 2. & l. 64. de Furt.* *inf.* Sed donatio non dantis voluntate duntaxat, verum & acceptatione Donatarii perficitur, quod tam naturali rationi quam civili conſentaneum, ut docet Grotius *2. de J. B. & P. c. 11. § 14.* Hinc abſenti non aliter res donata acquiritur, quam ſi præſens, vel per internuntium eam acceptaſſet, *l. 4. & l. 10. de donat.* Eaque communis interpretum & praxi confirmata doctrina eſt, teſte Sandio *lib. 5. deciſ. tit. 1. def. 1.* ubi Fabrum contra docentem ex *l. 35. § 5. C. de donat.* refutat. Atque hic utriusque voluntatis concurſus non tantum inter vivos, ſed æque in mortis cauſa donatione requiritur, ut apparet ex *l. 8. § 3. de bon. libert.* Hinc in *l. 38. h.* Marcellus, *nam mortis cauſa donatur*, inquit, *quo præſenti dat*; reſpectu ad id, quod plerumque fit, habito, cum ſane id in legato minime deſideretur. Id tamen ſciendum, donantis voluntatem ſemel declaratam durare; ideoque acceptionem poſt mortem ejus factam ſufficere ad requirendum; At ſi donatarius moriatur priusquam acceptarit, certum eſt, heredem nihil habere petendum, *d. l. 10.* Grot. *ibid. d. § 15.* Sunt & plura, in quibus hæc donatio actus inter vivos imitatur; ideo cum legatum in annos ſingulos regulariter ſit multiplex, ſecundum *l. 4. de ann. leg.* donatio mortis cauſa in annos ſingulos, ut ſtipulatio; eſt ſimplex *l. 35. § ult. h. t.* Legatum non niſi poſt mortem perfectum eſt, ideoque tunc indigno auferri poteſt; *hæc donatio conſenſu mutuo perficitur, neque poſt mortem ob indignitatem adimi poteſt. l. 5. § 17. de his, quib. ut indign.* Filiusfamilias legare ne quidem Patris conſenſu poteſt, quia teſtandi incapax, ſed mortis cauſa donare, Patre annuente, non prohibetur, *l. 25. § 1. h. t.* In legatario capacitas & tempore mortis, & aditæ hereditatis ſpectatur, *§ 4. Inſt. de hered. qual.* In hac donatione ſimpliciter tempore mortis, *l. 22. h. t.* Denique, Revocatio liberalitatis propter periculum ceſſans, de qua dictum, non obtinet in legatis; ſed in his expreſſa revocatione opus eſt, *tit. D. de adim. leg.*

4. (f) Sequitur donatio inter vivos, quæ ſine reſpectu ad caſum mortis celebratur, eſtque vel ſimplex, vel non ſimplex ſive relata. Simplex, quæ fit ex abſoluta liberalitate. Relata, quæ celebratur, ob reſpectum aliquem, quo ceſſante non fieret, ut eſt donatio remuneratoria, *l. 27. de Donat.* Propter nuptias, *§ 3. h.* atque ipſa mortis cauſa donatio, de qua dictum; Omnesque

(d) *Poſ. 11.* (e) *Poſ. 5. 6. & ſeqq.* (f) *Poſ. 13. 14. 15.*

adeo

adeo, quæ sub modo, die, vel conditione fiunt, *tit. C. de donat. quæ sub mod.* Hæ omnes sub genere donationis sine scrupulo continentur, quia χωρὶς ἀνάγκης, *nullo jure cogente fiunt*, qui est character Donationis, *l. 29. eod.* Beneficium autore Seneca, dicitur, *quod quis dedit, cum ei liceret & non dare.* Remuneratoria donatio dicitur quidem non mera, in *d. l. 27.* sed hoc est, non simplex, non absolutæ liberalitatis; neque enim placet eum textum accipere de præstatione honorarii pro opera impensa, sed de liberali datione gratitudinis causa, ut ex verbis Reguli donatoris apparet. Modus porro Donationem perficiendi, est voluntas dantis, & acceptatio donatarii, ut modo dictum, id est mutuus consensus; qui vel traditione statim confirmatur, vel in conventione subsistit, donec traditio sequatur; Ad quam Donator etiam invitus compelli potest, non secus ac venditor ad rei venditæ traditionem, § 2. *hic.* Id tamen ex superioribus repetendum, si donator promiserit, alter nondum acceperit, locum esse pœnitentiæ, & promissionem μετανοίᾳ factam, posse revocari, quia nulla adhuc obligatio ex unius voluntate contracta est; quemadmodum etiam, si quis absenti dixerit, se aliquid donare, vel remittere, nulla inde obligatio contrahitur, ne quidem si postmodum acceptetur, quando alter mutat voluntatem, ut ex re memini ede judicatum. Denique, cum olim sola stipulatio donantem obligaret, ex Justiniani constitutione pactum etiam nudum eandem vim habet, *l. 35. § ult. C. de Don.*

5. Porro idem Imperator insinuationem in acta publica præcepit, (g) si donationes summam quingentorum solidorum * sive aureorum excederent, *l. penult. § ult. C. eod.* qua omissa, quod excedit definitam summam, id tanquam vitiosum præciditur, & soli præstantur quingenti, *l. 34. eod. l. Nov. 162. c. 1. § ult.* Alias prohibita non est Donatio, quantumvis omnium bonorum, nam futurorum, ut videtur, quam præsentium, *l. 35. § 4. eod.* modo liberis, si quos habet donator, legitima relinquatur, *l. 5. C. de inoff. donat.* Attamen simpliciter facta Donatio omnium bonorum, non præsumitur futura complecti, *arg. l. 7. de aur. & arg. leg. l. 22. de donat.* Nec quisquam alterius hereditatem viventis donare potest, quod est *festinare adversus bonos mores & jus Gentium*, ut eleganter ait Papinianus in *l. 29. § f. de donat.* Bartolus tamen & communior Dd. consensus donationem omnium bonorum præsentium & futurorum, ut insanam & contra bonos mores factam, improbat, nec valere censet, teste Schneidewino *hic n. 86. & 88.* Fachin. *6. controv. 87.* nisi donator usumfr. retinuerit, Fachin. *d. l. 6. c. 89.* sed præsentium duntaxat bonorum donationem concedunt, vide Fabr. in *suo Cod. l. 4. lib. 22. tit. 5. n. 13. & 14.* Clarum § *Donatio p. 19.* Bronchorst. *cent. 3. assert. 71.* Tamen ut absit omnis suspicio fraudis, recte a Justiniano constitutum est, enormes Donationes uti actis insinuarentur. Cui tamen legi non nisi donationes absolutæ subjacent; non igitur remuneratoriæ, non mortis causa, non propter nuptias, redemptionem captivorum, restitutionem ædium incensarum, neque Principi vel a Principe factæ, *d. l. 34. l. pen. pr. § 1. & 2. C. eod.* Donatio autem piis locis facta, si excedat 500. solidos, legi est subjecta, *l. 19. C. de SS. Eccl.* nec ulla causa est, cur Donatio per jusjurandum firmata, absque insinuatione subsistat, ut tradit Gail. *2. obs. 39.*

6. Donare autem possunt omnes, qui rerum suarum dominium atque administrationem habent, nisi quod is, qui crimen capitale admisit, tametsi administrationem rerum suarum retineat, *l. 46. § 6. de jur. fisc.* donare tamen cum effectu nequeat, sed post condemnationem donatio revocetur, *l. 15. de Donat.* tanquam in fraudem fisci & *sufficione pœnæ* facta, ut loquitur Ulpianus in *l. 7. de Donat. m. c.* quæ ratio indicare videtur, postquam bona publicari desierunt, quod donatio amplius non revocetur, *arg. Auth. bona damnatorum. C. de bon. proscript. ex Nov. 134. c. ult.* Cæterum, mortis causa donationes strictius olim reis capitalibus interdictæ fuerunt quam inter vivos, siquidem illæ etiam ante crimen factæ, secuta damnatione, rescindebantur, *l. 7. de donat. m. c.* exemplo ultimarum voluntatum, *l. 8. ff. Qui testam. fac. poss.* Quod an perinde per *d. Nov. 134.* mutatum sit, alibi disputandum. Præterea Pater filiofamilias frustra donat, *l. 1. Pro donato.* quoniam ipse sibi donare videtur, propter vinculum patriæ potestatis, *l.*

* Id est in Saxonia aureorum seu ducatorum *p. 2. C. Ll. 14. §* Eo aber. Cæterum Jus Sax. hic adeo Juris Civilis dispositionem sequitur, ut Gerada quoque, si 500 aureos excedat, coram Notario & testibus donari nequeat, *d. C.* ibique Carpz. *D. 16. conf. dicta ad tit. 20. L. 1. § f.*

(g) *Pos. 16. 17. 18. 19. 20. 21.*

ult. C. de impub. subst. quo soluto, quo minus Pater filio donet, nihil vetat, adeo quidem, ut morte patris donatio confirmetur, atque inde ab initio valuisse existimetur, *l. 25. C. de Donat. inter Vir, & Vx.* cum olim non nisi scriptura ultimæ voluntatis firmari posset, *l. 16. de Donat. l. 5. C. eod.* In militiam tamen proficiscenti filio, Pater recte donare dicitur, *l. 4. C. famil. ercisc.* item propter bene merita, sustineri Patris remunerationem erga filium, communis est sententia Dd. teste Gail. *2. obs. 38.* Fachin. *3. controv. 74.* De conjugum prohibitis donationibus est tit. in *Pandectis.*

7. (h) 5. Porro, quia Donatio mortis causa sit hac mente, ut donator se rem habere malit quam donatarium, sed inter vivos ex absoluta liberalitate; ideo hæc est irrevocabilis, ut nec morte, nec pœnitentia rescindi queat: Nisi quod Donatio habitationis, morte Donatoris semper finiatur, quod est admodum speciale, *l. 32. h. t.* quanquam secus in Donatione remuneratoria observetur, *l. 27. de donat.* Præterea proditæ sunt legibus certæ ingratitudinis causæ, quarum unam si donatarius commiserit, everti donationem Imperator concedit, *l. ult. C. de revoc. donat.* Species autem hujus ingratitudinis, ob quam donatio revocatur, sunt hæ; Nempe, si atroces injurias in donatorem effundat, vel manus impias inferat, vel grave damnum substantiæ ejus imponat, vel vitæ aliquod periculum ei intulerit, denique si conditiones liberalitati adjectas implere noluerit, *d. l. ult.* Præter quas an admittendæ sint aliæ graviores, vel aperte similes, disputant Interpp. sed affirmativa communis ac probabilior sententia est, ut videbimus, ubi hanc quæstionem de causis exheredationis tractabimus; Neque alienum a ratione est, inter pares causas referri & hanc, quod donatarius omnium bonorum, alimenta donatori ad inopiam redacto negaverit: Confer. *l. 8. de Decurion.* Motz. *cap. ult. de donat. num. 59.* idque communissime receptum esse, testatur Bachov. *vol. 2. ad Tr. disp. 19. th. 7.* Est adhuc alia revocandæ donationis causa, scil. supervenientia liberorum, quæ traditur in *l. 8. C. de revoc. donat.* sed ibi tantum in persona patroni, qui liberto donaverit, memoratur, in quo specialis est ratio, si quidem is patrono ob inæstimabile beneficium libertatis obstrictior est. Ideoque ex mente illius textus, nativitas liberorum post factam donationem, non est causa generalis revocandi donationis. Sed in praxi aliter receptum esse, ex communi Dd. sententia tradit Mynsing. *cent. 5. c. 65.* neque id tam invita ratione, quam verbis legis fieri, argumento sunt *l. 101. de C. & D. l. 30. C. de fideic.* nimirum si donatio sit omnium, vel magnæ partis bonorum. Fachin. *3. contr. cap. 88.*

8. (i) Præterea inter personas, quibus interdictum est donationibus, de quibus supra, sunt etiam Conjuges; ita, ut ipso jure nihil valeat quod actum est, *l. 3. § 10. de Donat. inter Vir. & Ux.* Sed licita est ea, quæ propter nuptias dicitur, de qua Imperator agit in *§ 3. h. t.* & veteribus JCtis incognitam fuisse memorat; Donationes equidem inter sponsum sponsamque, satis notæ & usitatæ jam olim erant, ut apparet ex *l. 1. § 1. de Donat. l. 8. & seqq. C. de Donat. ante nupt.* Sed hæc est constitutio pecuniæ, qua mulieri præstatur securitas & quasi repræsentatio dotis, ut si de hac periclitetur, vice aliquid dotis dissipatæ habeat: itemque ut quibus casibus dotem vir lucratur, iisdem uxor donationem propter nuptias retineat, *Nov. 61. c. 2. pr. & § 1. Nov. 91. cap. 2. N. 97. c. 1.* quæ alioqui, soluto matrimonio, regulariter ad maritum, quemadmodum dos ad mulierem, revertitur, *l. ult. C. de don. ante nupt.* Conveniunt etiam in his, quod dos & donatio ejusdem quantitatis, ac quoad pacta aliasque conditiones ejusdem qualitatis esse debeant, ne, si donatio præ dote excellat, in speciem absolutæ liberalitatis incidat, quam inter virum & uxorem prohibitam esse, modo diximus, *l. pen. C. de Donat. ante nupt. & Nov. 97.* Non tamen idem juris mulier in donatione propter nuptias, quod vir in dote exercet; Nam quia hæc pro sustinendis oneribus matrimonii datur, quæ mulieri nullæ incumbunt, consentaneum est, eam nec fructus rerum donatarum percipere, quod nec usquam legitur; (Nam *Nov. 22. c. 23.* de usufructu dato loquitur,) & si fieret, dos viro penitus foret inutilis, si quantum ex dote perciperet, tantum ex donatione amitteret; imo nec dominium, nec possessionem ad eam transire, statuit Clarus. D. Wissenb. disp. ad *Inst. 14. th. 16.* ex Bachovio *2. ad Tr. disp. 19. th. 8. lit. 8.* Quod si verum est, quare hæc Donatio appelletur, nullus video; præterquam quod vindicare mulieri res donatas ut proprias permittitur, *l. 29. C. de jur. dot.* quam jus Dominii arguere, tralatitium est. Responsio ad hoc, & rationes in contrarium, quas pro-

(h) *Pos. 30. 31.* (i) *Pos. 26. 27. 28. 29.*

fert

fert *d. loco* Bachovius, oppido parvi sunt momenti. Ideoque & tradi res donatas, & dominium transferri, sed administrationem atque emolumentum penes maritum esse, ex *d. l. 29. & Nov. 61. c. 1. aliisque textibus* existimaverim. Nisi donationem sola conventione perfectam, per quam res non traditæ, sed mulieri assignatæ, & quasi cautæ sint, intelligendam putemus. Quod de jure accrescendi circa servum communem manumissum, traditur ab Imperatore *in § ult.* non est operæ pretium in loco alieno commemorare. Tu, vide sis in textu.

TIT. VIII.

Quibus alienare licet vel non.

Quid sit alienatio. Fundum dotalem a viro non posse alienari, licet Dominus sit. De pignoris distractione. Et de alienatione pupilli.

(a) PErfecta dispositio, quæ dominis de re propria competit, nulla in re clarius perspicitur, quam in potestate alienandi. Unde Aristoteles *lib. 1. Rhet. cap. 5.* Ὅρος τὸ ἐπὶ ἐμοὶ εἶναι, inquit, ὅταν ἐφ' αὐτῷ ἀπαλλοτριῶσαι, *Definitio Dominii est, ubi penes nos est alienandi potestas.* Hinc & in jure nostro Alienatio definitur, *omnis actus, per quem dominium transfertur, l. 1. f. C. de fundo dot.* unde notissima regula, quemque rei suæ liberum esse moderatorem atque arbitrum, *l. 21. C. Mand.* nihil tam naturale esse, quam voluntatem domini, rem suam in alium transferentis, esse ratam, *§ 40. supra de. A. R. D.* cui regulæ ex adverso alia respondet; Eum, qui non est Dominus, alienandi potestatem non habere. Sed revocanda in memoriam limitatio, quam pridem in definitione dominii perfectæ dispositioni de re sua addimus; *nisi lex vel conventio obstiterit.* Sæpe enim accidit, ut alienandi facultatem non habeat is, penes quem est dominium, & contra, ut qui non est Dominus, alienare possit, cujusmodi exceptiones, (τὰ ἔκτοπα δίκαια, ait *Theophilus*) in hoc capite tractantur. Nos hujus regulæ, *Qui non est dominus, non potest alienare*, primo dabimus exceptionem, quam Justinianus secundo loco refert, ordine sic postulante. Est autem hæc;

2. (b) Creditor, etsi Dominus pignoris non sit, tamen hoc alienare potest; non modo si convenerit ita cum debitore, (quo casu debitor ipse magis alienare videtur), sed etiamsi nihil convenerit, modo antea denuncietur, ut solvat debitori, *l. 4. C. de distr. pign.* imo etsi debitor sit pactus, ne alienare liceat, adhuc tamen creditori alienatio permittitur, si prius rer denunciaverit debitori, ut solveret, atque cessaverit, *l. 4. de pignor. act.* Nam si, deficiente solutione, pignus nunquam vendere liceret, scopus pignorationis qui est, ut creditori satisfiat, penitus cessaret. Cæterum, Justinianus novum præscripsit modum, in executione crediti & pignore alienando, *l. ult. C. de jure dom. imp.* Nempe, si quid pacto convenerit, sine dubio id servandum, *d. l. 3. § 1.* Si nihil conventum, post denuntiationem, vel sententiam de solvendo, permittitur distractio, quam non aliter debitor impedire potest, quam integra sorte cum usuris oblata, *l. ult. C. debit. pign. imped. non poss.* Quod si res emptorem non invenerit pretio tolerabili, fit iterum denunciatio, vel absenti judex terminum præfiget, intra quem solvat. Cui si non pareat, Creditor dominium a Principe impetrabit, quod tamen debitori intra biennium luere, solutione oblata, conceditur, *§ 2. & 3. d. l. 3.*

3. (c) Altera regula, quod *dominus alienare possit*, habet plures exceptiones; & quia locus hic incidit in articulum *de prohibita alienatione*, qui magni usus est, placet heic parumper ab ordine Cæsaris digredi. Adeoque sic habetote. Prohibitio alienandi est vel publica, vel privata. Publica vel immediate ex lege fit, vel interveniente Magistratus decreto. Priore modo propter rationes personales, aut reales. Ratione personali prohibentur alienare pupilli, de quibus Imperator agit in *§ ult. i. t.*

4. (d) Scilicet pupilli, quamvis rerum suarum Domini, nullam rem sine tutoris auctoritate alienare possunt. Cujus rei exemplum Imperator proponit in mutua pecunia, quam si solus alii dederit, *non contrahit obligationem, quod pecuniam non facit accipientis*, habet textus *in pr. § ult. h.* cui consequens est, eum vindicare posse nummos adhuc extantes, sive apud ipsum debitorem, vel apud tertium, ut indicatur illis

(a) *Pos. 1. 2.* (b) *Pos. 3. 4.* (c) *Pos. 5.* (d) *Pos. 6.*

 verbis,

verbis, *ſicubi extet.* Conſumptis nummis, diſtinguitur, utrum bona fide conſumptio facta ſit ab eo, qui dantem eſſe pupillum ignorat, an mala. Si bona fide, reſponſum eſt, convaleſcere mutuum ex conſumptione, ideoque naſci condictionem certi, quæ eſt ordinaria mutui actio, *l. 19. § 1. de reb. cred.* (e) Ex eo autem, quod pupillus alienare nequit, non modo ſequitur; non recte ei ſine tutoris auctoritate ſolvi, ſed nec debitorem ſolutione ita facta liberari, ut ratiocinatur Paulus in *l. 15. de ſolut.* quemadmodum & Gajus in *l. 28. pr. de Pactis*, inde colligit, nec paciſcendo pupillum remittere poſſe debitum, ne quidem ad tempus. Juſtinianus id latius proſequitur in *d. § ult. verſ. Ideoque.* ubi addit epitomen conſtitutionis ſuæ ad Cæſarienſes advocatos, quæ creditur eſſe *l. 25. C. de adminiſt. tut.* ei ſane non diſſimilis, qua, ut debitor minori aut pupillo ſecure ſolvat, præceptum Judicis requiritur, *niſi quid ex reditu vel penſione ſolvatur, vel uſuris non excedentibus centum ſolidos, aut biennii metas*, ut habetur in *l. 27. d. t.* cujusmodi ſolutiones ordinaria auctoritate peragi poſſunt. Contra præſcriptum legis ſolutio facta, ſi quidem tutoris vel curatoris auctoritas interceſſerit, valet quidem ipſo jure, & effectum liberationis debitori tribuit, ſed pecunia forte in rem pupilli non verſa, impetrari poteſt reſtitutio in integrum, *l. 1. C. ſi adverſ. ſolut. l. 2. C. ſi tutor.* quæ nec hodie competit, nec olim adhibito judicis decreto dabatur, *l. 7. § 2. in fin. de minor.* At ſi pupillo aut minori curatorem habenti, ſolutio ſoli ſit facta, pro non facta habetur; Ideoque debitor adhuc manet obligatus, ut pecuniam tamen extantem vindicare liceat, aut condicere; quatenus minor aut pupillus inde locupletior eſt factus, vel iisdem caſibus petentem ex obligatione, doli mali exceptione repellet, *ut in citatis textibus eſt ſcriptum.* Quod ſi penes pupillum nihil ex ea pecunia, vel occaſione ejus comparatum, ſuperſit, debitor *ἐμμάχως κατεδικάζεται, omnino condemnatur*; etſi adoleſcentes pecuniam malo ſtudio in aleis & luſtris prodegerint, *ἀσώτως*, ut ait Theophilus. Habet enim quod ſibi debitor imputet, præſcripta legum non ſecutus. Jam illud per ſe conſtare poteſt, quod (f) habetur *in fin. h. tit.* pupillum non recte quod debet ſolvere, quoniam id alienare eſt, proinde nec ſolventem liberari, neque nummos accipientis fieri, ſed vindicandos, niſi fuerint conſumpti; quo caſu, ut de mutuo ſupra intelleximus, ſolutio convaleſcit, & pupillus ab obligatione liberatur, *l. 14. § ult. de Solut.* idemque, ſed latius, eſt in *l. 19. § 1. de reb. cred.* neque diſtinguitur hic, utrum creditor ſit locupletior vel non, ſed etſi pecunia caſu fortuito perierit, pupillum tamen vel minorem liberari, verius videtur, ut contra Donellum recte cum Doctoribus defendit D. Vinnius, *ad hunc §*, cujus rationibus addi poteſt, creditorem ſibi imputandum habere, quod ab eo pecuniam acceperit, quem jus dandi non habere cognoſceret. Quæ de pupillis ex Imperatore commemorata ſunt, hæc ipſa de minoribus & omnibus, qui ſub cura ſunt, accipienda eſſe, docent textus *in l. 3. C. de in int. reſtit. min. l. 5. l. 40. de R. J. & l. 65. § 3. ad Sct. Trebell.*

5. Reſpectu reali non poſſunt alienari res exemptæ commercio, ut ſacræ, ſanctæ, religioſæ, liberi homines, publicæ, nominatim res dominicæ, vulgo *domania*. Res litigioſæ, denique Dotales. De his omnibus hoc agere non eſt conſultum, & occaſiones aliæ dabuntur. Sed de rebus dotalibus agit Imperator *in pr. h. tit.*

6. (g) Scilicet, donationem propter nuptias uxori ante aut in vicem dotis dari, *ſuperiore titulo* intelleximus. Dos autem, nihil eſt quam *Pecunia data marito ad ſuſtinenda onera matrimonii, l. 56. § 1. D. & l. 20. C. de jure dot.* Pecuniæ vox generaliter in definitione, ut in *l. 5. de V. S.* accipitur, pro cunctis rebus, tam mobilibus quam immobilibus. Et rerum quidem mobilium ſine dubio vir fit dominus*. Etiam immobilium æſtimatarum, quæ proinde pro lubitu

* Quin horum, ut & rerum immobilium æſtimatarum venditionis gratia, dominium mariti in Saxon. competat, nemo dubitat. Dominium autem mariti Civile, ex legum ſubtilitate introductum, v. *Ant. h. § 7.* in rebus immobilibus num etiam apud Saxones locum habeat, ſunt qui dubitent. Unde Ziegerus *ad Ord. n. Proc. Sax. t. 7. verb.* der Mann regen ſeines Weibes Sachen. & Nicol. *ad Proc. p. 1. c. 7. n. 39.* maritum in dotalibus non niſi cum cautione rationis agere vel excipere poſſe, ſtatuunt. Verius tamen eſt, etiam hoc dominium Civile apud Saxones hodie abolitum eſſe. Unde cautio, quam *d. § O. P. S.* a marito exigit, ad bona uxoris receptitia ſimilia ve merito referri potest, aut ad casum, ſi maritus non ſuo, ſed defenſorio nomine uxoris agat, accipiatur. vid. Menck. *Diſp. ad Proc. V. ad Tit. VII. th. 10.*

(e) *Poſ. 7. 8.* (f) *Poſ. 9. 10.* (g) *Poſ. 11. 12. 13. 14.*

alie-

alienare potest, *l. 10. § 4. D. l. 3. l. 5. l. 10. C. de jure dot.* ut & res mobiles indistincte, *l. 3. § 2. de suis & legit. hered. l. 3. C. de jur. dot. Auth. sive ante. C. ad Sc. Vellej. l. 21. de Manumiss. & l. 1. C. de serv. pig. dat.* Quo minus autem res inæstimatas maritus æque alienare possit, Lex Julia ab Augusto lata impedimento est, per quam cautum fuit, ne fundum Italicum dotalem maritus, invita uxore, alienaret, nec e consentiente ea obligaret, Paulus *2. sent. 24.* Strictius, ut videmus, interdicta fuit obligatio, quam alienatio; Cujus rei eadem ratio est, ac in SCto Vellejano, quod mulieribus pro aliis se obligantibus succurrit, *l. 4. § 1. ad SC. Vell.* Nimirum, quia faciles sunt mulieres, & imprudentes quidem, sed tenaces, haud temere donantes reprehendas, quia id raro faciunt, *l. 16. C. de donat. ant. nupt.* Sed cum in præsenti nihil expendunt, facile exorari se patiuntur, ut res suas obligent, neque ita valent prudentia, ut vim oraculi Delphici percipiant, ἐγγὺς πάρα δ' ἄτη, sensu potius jacturæ præsentis, quam providentia futuræ moventur. Justinianus tandem, teneritudine sua erga mollem sexum motus, ne volente quidem uxore, vendi fundum dotalem permisit, *l. un. § 15. C. de rei ux. act. & pr. h. t.* ita, ut non modo omnes tituli, quibus dominium transfertur, quos inter divisio, transactio, compromissum, permutatio; sed & oppignoratio, & servitutis impositio, sub alienatione prohibita contineantur, *l. ult. C. de reb. alien. non alien.* (h). Moribus hodiernis, cum jura dotium vix frequententur, hanc quoque prohibitionem superfluam esse consequitur. In Frisia quamvis Dotes ejusque privilegia supersint, teste Sandio *l. 2. tit. 2. def. 2.* vir tamen & uxor pariter alienare dotalia non prohibentur*, *d. l. 2. tit. 4. def. 2.*

7. (i) Cæterum prohibita alienatio fundi Dotalis, certissimo argumento est, maritum esse revera Dominum fundi dotalis; quia alioquin inepta foret exceptio hæc a regula, Dominus alienare potest; Excipe maritum. *h. pr.* Sed & dominium ei tot locis asseritur, ut nihil clarius, *l. 13. § 2. de fundo dot. l. 7. § 3. de jur. dot. l. 23. C. eod. l. 47. § ult. de pecul. & l. 21. § 4. Admunicip.* Et quidem expresse ipsarum rerum dotalium, *d. l. 23. & l. 7. § 3.* unde refellitur Vulteji distinctio inter dominium juris dotalis & rerum dotalium, *discept. scholast. cap. 19.* quam feliciter confutat M. Lyclama *7. membr. 26.* Justinianus quoque inter causas Dominii jure Gentium acquirendi, Dotem expresse refert § 40. *I. de A. R. D.* Quod repetit Theophilus disertius ad hoc *princ.* Καὶ διὰ τῆς παραδόσεως δεσπότην αὐτὴν ἐποίησε τῆς πάσης προικὸς, *mulier per traditionem fecit eum totius Dotis dominum;* non igitur rerum duntaxat æstimatarum, ut alioqui, inter quos Donell. *14. comm. 4.* contra claros textus, qui indistincte loquuntur, volunt. Quin ipsius fundi, quem Lex Julia vetat alienari, quemque inæstimatum intelligi, nota res est, Dominus & præsupponitur maritus esse, frustra alioqui excipiendus, & diserte appellatur *l. 13. § 2. de fund. dot.* Præterea ex eo, quod dos est causa acquirendi jure Gentium, refutantur, qui maritum juris subtilitate duntaxat Dominum fieri, uxorem revera & cum effectu pro Domina, durante etiamnum matrimonio, habendam esse tradunt, velut Duarenus ad *tit. D. sol. matrim.* pariterque similis distinctio, maritum habere bonitarium, uxorem dominium Quiritarium; Cives enim Romanos in rebus mancipi notum & certum est, aliud quam Quiritarium habere non potuisse: idemque docent tot necessarii effectus solis dominis convenientes; primo, quod vir fundum dotalem vindicare possit, *l. 9. C. ad. R. V. l. 24. ff. Rer. amot.* quæ ratio validior ex eo fit, quod mulier personalem duntaxat actionem ad recuperandam dotem habuerit, priusquam Justinianus in Rem ei daret, *l. 30. C. de jur. dot.* Dein, Maritus fundum alienum in dotem accipiens, usucapiendi conditionem assequitur, *l. 1. pro dot.* sed non posse idoneam usucapionis causam esse, nisi & habilis sit eadem dominio acquirendo, dictum supra, & liquet ex *l. 74. inf. de contrab. empt.* Præterea, Maritus dominium fundi servientis dotali prædio nactus, servitutem amittit, *l. 7. de fundo dot.* Unde æque fortiter dominium evincitur per *l. 1. Quib. mod. servit. amitt.* Usufructui vero, cui

* *Decisio Ll. 24.* alienationem rei immobilis, a marito consentiente uxore factam, validam declarat, marito tamen jus & spem succedendi in pecuniam ex alienatione hac redactam denegat, nisi alius quoque Curator contractui fuerit adhibitus. Imo licet *d. Decisio* id expresse haud exigat, videas tamen DD Jurisconsulti ad alienationem rei dotalis immobilis præcise alius Curatoris consensum desiderare. *a. L. R. L. 1. a. 31.* Phil. *ad d. Dec. Obs. 5. n. 10.* Carpz. *p. 2. C. 15. d. 21. n. 7.* conf. quæ diximus ad *L. 1. t. 13. § 1.*

(h) *Pos. 17.* (i) *Pos. 16.*

alii

alii comparant dotem, hæc & id genus alia nequaquam, sed vero tantum solidoque dominio conveniunt. Objectiones ad *ff. tit. de Fund. dot.* aut in Digressionibus removebuntur.

8. (k) Atque hæ sunt prohibitiones, quæ immediate *a Lege* perpetrantur. Interveniente Magistratus decreto, alienari prohibentur res pupillorum atque minorum, urgente necessitate, secus minime; sed hac de re caput proprium *in ff.* De privata alienandi prohibitione non agit in *hoc tit.* Justinianus; satisfaciamus paucis divisioni propositæ. Privata prohibitio fit vel conventione, vel Testamento, dispari effectu, respective. Nam quæ conventione juxta traditionem facta est, valet equidem, ita ut pacta atque contractus valere possunt, *l. 48. de pact.* nempe, ut adversus eum, qui non stetit pactis, agatur in id quod interest, *l. 135. § 3. de V. O. l. 3. C. de Condict. ob caus. dat.* Sed quemadmodum pactis & stipulationibus Dominia rerum non transferuntur, ita nec res illis ita adficiuntur, ut dominia per conventiones impediantur transferri, *l. 20. C. de Pact.* etsi de Pacto, quo creditor a debitore paciscitur, ne pignus ab ipso alienetur, secus est scriptum in *l. 7. § 2. de Distract. pign.* Cæterum, Testamentaria prohibitio plus valoris a legibus accepit: Nam si alienatio adversus præceptum testamento factum sit commissa, cui jus inde comparatum est, sive is, in cujus gratiam constat esse factam prohibitionem, habet in rem actionem, quæ dominii argumentum est, *l. 123. in pr. de R. V.* habet, inquam, in rem actionem, *l. 69. § 3. de Legat. 2.* juncta *l. 1. Comm. de leg. & fideic.* quæ non competeret, si dominium, alienatione contra testamentum facta, translatum fuisset; sed latior hujus rei explicatio pertinet ad caput *de Fideicommissis.* Hoc unum tacite non est prætereundum; sæpe fieri prohibitiones in testamentis sine designatione personarum, quibus Testator velit consultum. Tales etsi difficillimæ, nihil operantur; non quod heres parere non debeat, sed quod nemo inde jus agendi acquirat, si contra factum sit, qua de re vide *l. 114. § 14. de legat. 1. & l. 93. in pr. de legat. 3.*

Tit. IX.

Per quas personas cuique acquiritur.

Jure Rom. aliis per alios acquiri non posse, nisi per servos & filios fam. Peculiorum origo. Eorundem distinctio. Jus Patris in Filium emancipatum. De acquisitione per servos. Quatenus per liberas personas acquiratur.

(a) QUanquam a simplicitate juris Naturæ & Gentium non abhorret, dominia & obligationes per alias acquirere personas, præcedente, vel secuta voluntate nostra, juris civilis tamen ea est ratio, ut, nisi casibus certis, de quibus in *hoc titulo* agitur, id non procedat. Obligationes non posse per alium acquiri, notum est ex *l. 73. § ult. de R. J.* & videbimus ad *§ 28. I. de inutil. stipulat.* Ratio, quæ ibi redditur, quia obligationes sunt inventæ, ut unusquisque adipiscatur, quod sua, non alterius interest, etiam Dominii quærendi modis applicari potest: Nam & obligationes sunt causæ Dominii, atque alium fieri Dominum, nostra nihil interesse videtur; utique si de pecuniaria utilitate, quæ in foro consideratur, loquamur. Nam aliter in societate hominum multa evenire possunt, ut non minoris amicum, quam nos ipsos, locupletari æstimemus, quod humanitati maxime est consentaneum. Proinde non est juris naturæ illa ratio, tametsi nec evertat jus Naturæ, ut recte probat T. Faber *disp. anniv. 18. th. ult.* sed mere positiva & civilis; cui ex antiquitate addendum videtur, Dominium per actus juris Quiritium non transferri, nisi per mancipationem, aut in jure cessionem, quarum neutram sine præsentia ipsius acquirentis peragi potuisse, constat ex Ulpiano *tit. 19.* uti nec cretio hereditatis per alium fieri poterat, *l. 77. de R. J.* Hinc sero admodum est receptum, ut actiones per ministros inferre, vel suscipere liceret, quod in *tit. Inst. Per quos agere possumus.* traditur, cum olim non liceret, nisi cum litigantes prorsus inhabiles ad personales functiones erant, ut populus, pupilli, servi. Ita nec Dominium per alios acquiri potuit, quam qui plane dominii incapaces erant, ut servi & filiusfam. Utrique enim non modo quod ad corpora, sed res etiam ac bona, erant in potestate &

(k) *Pos. 18. 19. 20.* (a) *Pos. 1.*

ditione

ditione aliorum, non modo servi, inquam, sed & filii respectu Patrum, ut Dionysius Halicarn. *lib. 8.* testatur; ubi probaturus, falsum esse, quod Cassius a Patre ob affectatam tyrannidem supplicio affectus fuerit, ostendit, eum prorsus non fuisse filium familias, ex eo, quod bona ejus publicata tradantur: At, inquit, filius fam. nihil bonorum, nihil propriam habere poterat. Quare, si quid in filium, vel servum transferretur, cum acquisitio in ipsorum personis consistere non posset, necessario dominium patri, vel hero cedebat. Hinc Imperator *in princ. hic* acquiri nobis non solum per nosmet ipsos, sed & per eos, quos in potestate habemus, scribit; olim quidem indistincte tam per liberos quam servos, donec in liberis peculiorum discrimen receptum est.

2. (b) Nam ante Cæsares satis constat, peculia liberorum, ut servorum, una atque simplicia fuisse. Peculium autem est, pusillum filii f. & servi patrimonium. Antiquitus omnia bona vocabantur *pecudium*, a pecudibus, in quibus universa veterum substantia constabat, ait Servius ad *Ecl. Virg. 1.* Imo τὰς οὐσίας ἄχρι νῦν ἀπὸ τῶν προβάτων Πεκούλια καλοῦσι, Patrimonia adhuc hodie *peculia* ab ovibus appellantur, ait Plutarchus in *Public.* exemplum in *l. 16. ad Sc. Trebell.* ut pecunia in *l. 5. f. pr. de V. S.* Sed quia verbum est ὑποκοριστικὸν, ut ait JC. in *d. l. 16.* ideo patrimonialis filiorum ac servorum, inde jam olim applicitum fuit. Sic Livius *lib. 2.* & Plin. *l. 24. c. 4.* ex peculio Sp. Cassii signum Cereri consecratum tradunt, (unde refelli posset Dionysii argumentum, de quo modo). Patres enim & Domini, ut per liberos atque servos opes augerent, siqui diligentiores ex iis viderentur, hos pecuniis, armentis, mercibus instruebant, ut pascendo, negotiando, vel artificio aliquo facerent lucrum. In quam rem Varro *l. 1. de R. R.* monet, dandam esse operam, ut servi *habeant peculium, quo alacriores fiant.* Hujus quidem aliquando libera administratio ipsis concedebatur, ut contrahere, novare, & omnia, quæ domini possent, *l. ult. de Novat.* non tamen donare, nisi ex singulari causa, *l. 7. de donat.* proprietas enim & fructus, patris erant ac dominorum. Quin etiam Patribus omnia cedebant, quæ liberis successione materni generis, aliave prospera fortuna obveniebant, ut probatur ex *§ 1. h. l. 6. § 2. & 3. & l. 19. & l. 92. de Acquir. hered.* Verum Alciatus *4. parerg. 3.* contendit, jam antea jure ff. a D. Marco fuisse constitutum, ut bona materna liberis ipsis quærerentur: Sed hoc parum liquet, Nam etsi ex Capitolino constet, Marcum tulisse leges de bonis maternis, tamen quæ & quales fuerint, non memorat, & verba de SCto Orphitiano intelligi possunt: præter quod Paulus & Ulpianus in citatis textibus contrarium scripsere, qui post Marcum vixerunt; neque satis probat, quod ait, ex *l. 22. de inoff. test. l. pen. ad SC. Tertull. l. 1. C. Qui admitti ad bon. poss. & l. 6. C. de bon. quæ lib.* denique nec *§ 2. h.* quæ agnoscit res, quæ olim acquisitionem paternam effugiebant. Nam hæc de jure non Digestorum, sed quod vetustius ævo Justiniani sit, facile intelliguntur, quo spectant leges *l. 2. & 4. C. de bon. quæ lib.* Varii enim Imperatores, alia & alia bona Patribus subtraxerunt, donec Justinianus distinctionem, quæ nunc obtinet, absolvit.

3. (c) Peculium enim filiifamilias, duplex omnino traditur, *Paganum*, vel *Castrense*. Paganum rursus duplex, profectitium, vel adventitium, *l. ult. C. de inoff. test.* Profectitium vocatur, quod ex re & substantia Patris proficiscitur, *§ 1. h. t.* Adventitium, quod non a Patre, sed aliunde advenit ex successione materna, liberalitate fortunæ, aut hominum, denique propriis laboribus, *l. 6. C. de bonis quæ lib.* nisi cum operam filius profectitiis rebus adhibuit, easque per industriam auxit, vel si quis Patri donaturus filio dederit; talia enim profectitia censentur, *d. l. 6. § 2. arg. & l. 45. § ult. de Acquir. hered.* ut etiam, si quid filius stipuletur ex causa profectitia; nam in Patris pleno jure sit, *§ 1. h. d. l. 6. & § 1. Inst. Per quas person. oblig. acquir.* Peculium adventitium, quæque ejus occasione acquiruntur, quod ad proprietatem attinet, sunt liberorum, usus-fructus ad Patrem spectat, cum jure administrandi pleno & dominii proximo, de quo dictum *supra lib. 1. tit. 18. n. 3. l. 5. C. de bon. quæ lib. Nov. 22. c. 34.* Sunt tamen præter castrensia, & quasi-castrensia, quædam alia conditionis alioquin adventitiæ, quæ pleno jure liberis acquiruntur, ut quæ relicta sunt liberis, sub conditione, ne pater usumfructum habeat, *Nov. 117. c. 1. in pr.* & alia plura, quæ in Pandectis memorabimus. Denique castrensia utraque sunt adeo plene filiorum fam. ut tam inter vivos quam mortis causa de iis libere disponant, *§ ult. Inst. Qui testam. fac. d. l. ult. C. de inoff.* Est autem castrense peculium, quod

(b) *Pos. 2. 3 juncta 8. 9.* (c) *Pos. 4. 5. 6. 7.*

milites in sago lucrantur, ἐκ σιδήρου καὶ ὅπλων περιελθόντα, ut ait Glossar. *e ferro & armis quæsita*, de quo vid. *pr. Inst. Quib. non est permiss. fac. test.* Quasi castrense vocatur, quod in toga acquiritur a Magistratibus, Professoribus, Advocatis, de quo *in § ult. de testam. milit.*

4. (d) Igitur amplum jus est Patrum adversus liberos, in potestate dum sunt, & verendum erat, ne non difficulter hoc jus dimitterent liberosque raro emanciparent, uti tunc omnia sibi vindicaturos. Λυπεῖ γάρ τινας, *Solent enim agre ferre homines*, ait Theoph. οὐχὶ οὕτω τὸ μὴ κτᾶσθαι, ὡς τὸ μετὰ τὴν κτῆσιν ἀφαιρεθῆναι, *non tam quod nunquam habuerint, quam quod aliquid nacti perdiderint.* Ideo parentibus in præmium emancipationis, Lege Constantini dabatur tertia pars bonorum filii adventitiorum, quod Justiniano visum est ἀπάνθρωπον, *incivile*; ideoque pro triente proprietatis dedit partem dimidiam ususfructus, quo & Patres plus haberent, pro triente semissem, & filii integram proprietatem conservarent, § 2. *h.* Atque hoc ipso jure, licet Pater *nihil* in emancipando sit pactus, obtinet; sed renuntiare, si velit, filioque suum jus donare non prohibetur, *d. l. 6. § 3. C. de bon. quæ lib.* quæ tamen vera donatio (illicita inter Patrem & filium, *l. 1. § 1. pro donato.*) non est; neque enim alienat, qui occasione acquirendi non utitur, *l. 6. pr. Quæ in fraud. credit.* Cæterum, in tacita emancipatione, quæ fit hodie per nuptias, non retinet Pater dimidium usumfr. quia novi patres-familiarum suis bonis ipsi inxegris adornandi sunt, idque ita servatur *omni die.*

SCHOLIUM.

Et jure Saxonico, si filius separatam œconomiam instituat. Nam & tunc pater omnia adventitia, non retenta dimidia usufructus, restituere filio tenetur. * Noric. ad § 2. h. t.

(e) In acquisitione dominorum per servos, ratio juris Romani simplicior est. Nam cum unum duntaxat eorum sit peculium, quicquid illi ex qualibet causa acquirunt, id confestim, ἐν ἀτόμῳ, fit dominorum, quia proprietas in illis ne momento quidem subsistere potest. Sed interest aliquid inter causas dominii particulare, atque hereditatem. Nam ex illis, ut est stipulatio, donatio, legatum, dominis vi & potestate juris, acquiritur ignaris atque invitis, § 3. *h. l. 32. de A. R. D.* nec modo si lucrativus; sed & si onerosus sit titulus; ut est emptio, vel mutuum, quia dominus concedendo peculium jus tales ineundi contractus servis pariter dedisse videtur; unde sequitur, ultra quantitatem peculii, dominum ejusmodi obligationibus non adstringi, in quem finem comparata est actio de peculio, *de qua in loco.* Sed hereditatis aditio, cum excedat peculii administrationem, majorisque sit præjudicii, placuit eam non nisi jussu domini procedere, § 3. *h. l. 10. § 1. de A. R. D.* Porro, quia nec possessio civilis servo convenire potest, ut dictum *supra*, ideo quicquid juris in possessione est, id continuo in Dominum transit, § 3. *in fin. h. t.* ubi exemplum usucapionis & longi temporis possessionis. Dicitur quidem possessio facti esse, in *l. 1. § 3. & 4. de Acquir. poss.* & servos ea, quæ facti sunt, non transmittere in dominos, § 2. *l. de stipul. serv.* At hoc de possessione, quatenus naturali apprehensione acquiritur, verum est; sed & multum eam ex jure mutuari, scriptum est in *l. 49. fin. pr. & § 1. eod.* Proinde ignorantes quoque & inviti, per servos domini possessionem adipiscuntur, si causa possessionis ex peculio sit orta, quia concessio peculii pro voluntate sufficit; at extra peculii rationem possessio servi est factum inutile, nihil ad Dominum pertinens, *l. 1. § 5. (ubi idem de filiofam.) l. 44. § 1. de Acquir. poss.* Unde sequitur, nec Dominium, quoties per traditionem & possessionem transfertur, extra causam peculiarem ignorantibus acquiri.

5. Per servos usufructuarios & bona fide possessos, placuit duabus ex causis nobis acquiri, suis ex operis, & ex re nostra. Fructuario enim debentur operæ jure proprio, bonæ f. possessori ad instar fructuum fundi: Lucrum vero ex propria substantia, ut si usuras pecuniæ suæ percipiant, neutri invidendum, § 4. *h. t.* Unde etsi nominatim servus ex his causis Domino vero stipuletur, ipsi quidem acquiritur, *l. 37. § pen. de A. R. D.* sed dominis condictio ad recuperan-

* *A. P. 2. C. 10. § R. L. 1 n. 11.* conf. præter *Noricum* a Thom. sio citatum, Carpz. *p. 2. C. 10. d. 5.* & Colerum *d. c. 41. n. 8* Schopffer *ad ff. tit de usufruct n. 9.* In formali autem emancipatione, Patrem Usufructus dimidium etiam hodie apud nos retinere, statuunt Hopp. *ad § 2. I. b. in Ff. bud.* conf. Struv. *S. J. C. Ex. 12. th. 5.*

(d) *Pos. 9.* (e) *Pos. 2.*

dum

dum datur, *l. pen. de Stipul. serv.* Extra illas causas servus proprietario, vel sibi cum liber est, & bona fide servit, dominium parat, *l. 10. § 3. de A. R. D.* nisi constet, eum contemplatione nostri heredem instituturum, vel legato aliave libertate auctum: tunc enim nobis nostroque jussu acquirit, *l. 21. & seq. de Usufr.* non quasi opera sua, (nam hereditatis aditio non est in operis, *l. 45. pr. de Acquir. hered.*) sed quasi ex re nostra, *§. ult. d. l. 45.* Atque hactenus bonæ fidei possessor & fructuarius, comparantur in *§ 4. h. t.* Differentiæ alioqui satis sunt notæ; unum hic obiter discrimen memoratur, quod bon. fid. possessor servum, contra quam fructuarius, usucapere possit, tam, quoniam ille scit servum esse alienum, quam quia non possidet, scilicet civiliter ψυχῇ δεσπόζοντες, ait Theoph. *hic.*

6. (f) Atque ita se habet acquisitio per eos, qui sunt ipsi prorsus incapaces dominii, nobisque subjecti, in cæteris valet regula fori Romani, quod alii per alium acquiri nequeat. Ratio tamen commercii expressit, ut ab hac rigida subtilitate JCti ad promiscuam utilitatem deflecterent, & vicariam acquisitionem per circuitum stabilirent. Intellexerunt enim, possessionem, ut facto & naturali apprehensione constantem, posse per extranei hominis operam rite nobis acquiri, & cum possessio sit via, per quam itur ad dominium, sic mediate dominium per alium conciliari, scilicet per Procuratorem, *§§. h. l. 20. § ult. & l. 53. de A. R. D.* Atque ita facilius dominium, quam obligatio, per procuratorem acquiri potest, siquidem hæc non aliter domino ad actionem prodest, quam ex mandato procuratoris, in cujus persona jus obligationis hæret, *l. 49. § ult. de Acquir. poss.* Additur ibidem, & in *d. § 5. h.* quod & Dominis ignorantibus procuratores acquirant, scilicet τὰ καθ' ἕκαστα, circumstantias singulares ignorantibus; nam mandatum præcedens qualemcunque scientiam præsupponit. Usucapiendi tamen conditio, quam similiter possessio procuratoris præstat, si rem non a domino acceperit, certam procul dubio scientiam requirit, *d. l. 49. § ult. & l. 47. de Usucap.* Quod si Procurator hac mente rem ab alio acceperit, ut sibi, vel tertio, non mihi acquireret, etsi tradens mihi quæsitam voluerit, nihil tamen acquiram, *l. 1. § 19. de Acquir. poss.* modo id præ se tulerit, atque expresserit; nam tacita cogitatio rem sibi acquirendi, cum a me haberet mandatum, nihil operatur, quomodo conciliari posset *l. 13. de Donat.* cum *d. l. 1. § 20.* Cæterum probe notandum, eos, qui per nuntios acquirunt, non tam per alios, quam per semet ipsos acquirere censeri, non secus quam si rem per literas expedirent. Neque enim ut procurator, ita nuntius ipse acquirit; sed acquirentibus nobis ministerium præstat, *l. 14. § ult. & seq. de Constit. pecun.* Moribus hodiernis, ut obligatio immediate per alium, cui mandatum dedimus, in nos transit, ita nec dubium est, quin idem de dominio intelligatur, Grœnew. *ad l. 1. C. h. t.*

(f) *Pos. 12.*

TIT. X.

De Testamentis ordinandis.

Modi acquirendi per universitatem, & specialiter per Hereditatem. Testam. factionem esse juris G. Definitio Testamenti. Historia testamentorum apud Rom. Primum testam. requisitum, unicus contextus; ubi, an testamentum recipiat contractum. Secundum testam. requisitum, numerus VII. testium & eorum qualitas. Specialia testamenti scripti requisita. Cum quibus sit Testamenti factio, & qui testes esse prohibeantur. Heredem non posse. Legatarios recte adhiberi testes. De testamento nuncupativo.

(a) POstquam modi res singulas jure Gentium acquirendi omnes, & juris civilis duo sunt explicati, transit Imperator ad acquisitionem universitatis, & TESTAMENTI jus enarrandum; postea dicturus de legatis & fideicommissis, quæ testamento relinquuntur. Species autem acquirendi per universitatem, jure antiquo plures fuere, quorum quidam Justiniani ævo jam pridem exoleverant; omnes, una excepta, nostris temporibus ignorantur. Nam olim universitas bonorum quærebatur, hereditate, agnitione bonorum possessionis, arrogatione, addictione bonorum libertarum causa, *§ ult. Inst. per quas pers. cuique acquir. tit. Inst. de suc-*

(a) *Pos. 1. 2.*

ceſſ. ſubl. per bon. vend. & ex SCto Claud. item ſucceſſione per venditionem bonorum debitoris, redactione liberæ mulieris, quæ ſervili adulterio ſe maculaſſet, in ſervitutem, conceptione l. conventione uxoris in manum mariti; de quibus vide Contium *t. diſp. 12.* Quibus accellit fiſci ſucceſſio in bona damnatorum, & heredes nullos habentium, *l. 1. & 17. de jure Fiſci.* item ingreſſus in monaſterium, *N. 5. c. 4. Auth. ingreſſi. C. de SS. Eccl.* Præcipua ſpecies, & propè unica nunc uſum habens, (ſiquidem bonorum poſſeſſio in effectu nihil ab hereditate differt, *l. 119. & l. 138. de V. S.*) eſt Hereditas, de cujus definitione abunde diximus *ad tit. de reb. corp. & incorp.* Hoc addi aut reponi vult methodus; Hereditas eſt ſucceſſio in univerſum jus, quod defunctus habuit, *l. 14. de V. S. & l. 62. de R. J.* Succeſſio eſt facultas ſucceſſione acquiſita, & *univerſum jus*, materia ſubjecta hereditatis, continens tam jura quam corporalia, quæ in bonis & quæ ex bonis, & quorum non modo proprietas, ſed & emolumentum, uſus, aut periculum, ad defunctum ſpectavit, *l. 13. in fin. cum ll. ſeqq. ff. de Hered. petit.* (b) Quemadmodum autem in particulari acquiſitione *cauſas a modis* acquirendi diſtinximus, ſic etiam hereditatis acquirendæ videntur aliæ eſſe *cauſæ* & alii *modi*. Cauſæ ſive tituli ſunt, per quos defertur hereditas, eo mortuo, cujus de bonis agitur; atque illi duo ſunt, Teſtamentum, & Lex; unde duplex ſucceſſio; ex teſtamento, & ab inteſtato, quarum prior & præcipua teſtamentaria habetur. Tralatitium enim eſt, quamdiu ſucceſſor ex teſtamento ſperatur, ab inteſtato heredibus locum non dari, *l. 39. de Acquir. hered.* Quin lex quaſi præſumpto teſtamento, hereditatem ad eum defert, cui defunctus eam deſtinaſſe creditur, ſanguine ſcilicet proximo, quem naturæ ductu cariſſimum habuerit, quod eſſe fundamentum ſucceſſionis legitimæ apud Romanos, conſtat; & docet Grotius *2. de J. B. & P. c. 7. n. 3.*

2. (c) Naturali juri conſentaneum eſſe, ut voluntas domini, rem ſuam in alium transferentis, ſit rata, monet Imp. in § *40. ſupr. de A. R. D.* Alienandi jus ex poteſtate Dominii oritur, quæ in ultimo viræ articulo non minor eſt, quam antea. Hinc Plutarchus in *Solone*, ubi narraſſet, illam Athenienſibus dediſſe liberam teſtandi facultatem, addit appoſite ad hanc rem; τὰ χρήματα κτήματα τῶν ἐσχόντων ἐποίησεν, *effecit, ut res ſua cuique propria & in poteſtate eſſet*, nullo id alio probans argumento, quam quod eos teſtari permiſiſſet. Igitur cum teſtamentum nihil aliud ſit, quam alienatio in mortis eventum; ſequitur, jus condendi teſtamenti, non modo ex æquitate, ſed & neceſſitate deſcendere naturali: verumque eſſe, quod in *l. 1. C. de SS. Eccl. Imp. Nihil enim eſt*, ait, *quod magis hominibus debeatur, quam ut ſuprema voluntatis, poſt quam aliud velle non poſſunt, labor ſit ſtylus. & licitum, quod iterum non redit, arbitrium.* Ex naturali ratione derivatum hoc inſtitutum, in mores & jus Gentium abiit, quarum plerasque voluntas ultimas recepiſſe, ac etiamnum uſurpare, probat Grotius *l. 1. c. 3. § 12. a med. & l. 2. c. 6. § ult. & in notis.* Tametſi verum ſit, non ubique eandem fuiſſe teſtandi libertatem, ob politicas rationes, de quibus vide Bodinum *5. de Rep. c. 2.* Proinde naturali rationi conſentaneum eſſe, condere teſtamenta, pluribus probat Balduinus in *προθεωρ. ad hunc tit.* attamen quia nulla pars juris communis, præ hac Teſtamentaria, Legibus Romanis, Edictisque Prætorum magis aucta & exculta eſt, mirum videri non debet, quod jus Teſtandi frequenter legibus & juri civili adſcribatur, *l. 120. & l. 130. de V. S. l. 3. Qui teſtam. fac. poſſ.* Ex ratione *l. 5. de J. & J.* ſemu quoque proprio, dicitur eſſe publici, non privati juris, factio teſtamenti, qua de re dix. *part. 2. Digreſſ. lib. 1. cap. 21.*

3. (d) Appellatur ex eo Teſtamentum, ait Imperator *pr. h.* quod teſtatio mentis ſit, ſecutus in eo Serviun Sulpicium, quem hoc nomine Gellius reprehendit *6. Noct. Att. 12.* Verum nec definitionem ſcil. nec etymologiam, ibi veram, ſed alluſionem Cæſar venuſtam reique declarandæ non ineptam tradidit, cujusmodi crebras cum aliis Scriptoribus ipſi habent JCti. Nam non tantum Auguſtino ac Priſciano *mentiri* eſt contra *mentem ire, & argumentatio, argutæ mentis oratio*: ſed Paulo quoque & Labeoni verborum & etymologiarum peritiſſimo, teſte Gellio, *poſſeſſio* dicitur *ſedium poſitio, l. 1. de Acquir. poſſ. Novatio, nova Ligatio* apud Ulpianum *l. 1. de Novat.* & id genus alia paſſim. Modeſtinus Teſtamentum definit, quod ſit, *Voluntatis noſtræ juſta ſententia, de eo, quod quis poſt mortem ſuam fieri velit.* Sunt, qui teſtamentum in genere acceptum, omnem ultimam voluntatem, adeoque & codicillos, de quibus *infra*, denotare volunt,

(b) *Poſ. 3. 4.* (c) *Poſ. 5.* (d) *Poſ. 6. 7. 8.*

idque

idque definitione Modestini & Justiniani in *d. l. 1 & hoc pr.* probat Vir Cl. in *Exam. ad tit. ff. qui test. fac.* Sed hoc cum usu juris pugnare manifestius est, *quam ut probatu fit necesse*, verba sunt Viglii *ad pr. h. t. n. 21.* Idem ut Modestini definitionem a codicillis alienam ostendat, per *justam* voluntatem intelligit *solemnem*, cujusmodi non esse codicillos, affirmat Justinianus in § *ult. de Codic.* atqui sæpe vox *justum* nihil aliud quam legitimum significat; exemplo sunt Nuptiæ, de quibus Justinianus in *pr. de Nupt.* Justas, inquit, nuptias inter se cives Romani contrahunt, *qui secundum præcepta legum coeunt*; ut autem Testamenta secundum regulas juris civilis fiant, requisitum indultum est, in *l. 4. ff. Qui testam. fac. poss.* Nec tamen non verisimile est, voce *justa* intelligi quoque *solemnem*; nam in Rubrica de injusto, rupto testamento, *injustum* explicatur in *l. 1.* quod non est jure factum, id est, ubi *solennia* juris defuerunt; ideoque justum necessario, ubi adsunt *solennia*, si oportet; & cum nihil in toto jure tam sit solenne quam testamentum, quid vetat, eam hic interpretationem recipi, quæ efficax nec otiosa est? uti foret, si nihil quam legibus conforme significaretur, cujusmodi omnia juris instituta habentur. Quid multis? Denotet igitur *justa* voluntas legious conformem; Illa conformitas maxime in solennibus consistit, ideoque non potest justa, non potest legitima voluntas, nisi quæ solennis est, condi: ut adeo, velint nolint, per *justam* dissentientes solennem agnoscere cogantur. Atque ita vox *justa* tam solemnem quam legibus conformem significabit. Quod autem plurale verbum *nostræ* habetur in definitione, cave putes, duos in eodem testamento posse testari: sed intelliges, *cujusque nostrum*; qua de re dabitur *inferius* agendi locus. Ultima verba, *de eo quod quis*, sunt indefinite & universaliter accipienda, ut intelligamus, latissimam potestatem tribui testatoribus, quicquid voluerint, disponendi, *l. 120. de V. S.* modo regulæ juris observentur, quas nulli, tametsi leges adversus moribundos sint indulgentissimæ, negligere, aut abolere fas est, *d. l. 120. ff. de V. S.*

4. (c) Post definitionem non potest præteriri, quod Justinianus ex antiquitate de usu ac forma Testamentorum censuit præmittendum: *κἂν ἡ τοιαύτη ἀρχαία μορφὴ φέρει κινδυνον*, ait oppositæ Theophilus; *etiamsi talium rerum ignorantia nullum adferat periculum.* Tamen cum historiæ cognitio per se dulcis ac utilis habeatur, licet rerum nihil ad nos pertinentium, quis gravetur memoriam paucis de arte sua antiquitatibus applicare? præsertim cum nec periculo, quicquid Theophilus, eorum inscitia careat. Vix enim juris novi rationes cuiquam exacte constabunt, nisi originem atque progressum juris vetusti exploraverit: quod exemplo historiæ Testamentariæ hoc loco, & Fideicommissariæ *infra*, luculenter apparebit. Sciendum igitur est, Juris Testamentarii apud Romanos quatuor observationes diversis obtinuisse temporibus. Prima & vetustissima in duplici erat differentia; nam aliter domi, aliter militiæ primi Romani testabantur. Domi & in pace coram universo populo, ad comitia per lictores, cornicines & præconem convocato, voluntatem suam declarabant, quod testamentum *Calatis comitiis* dicebatur; nam calare a Græco *καλεῖν*, *vocare* significat. Altera species, Testamentum *in procinctu* dicebatur, non *procinctum*, ut Theophilus compendiose, sed parum latine; tametsi non putarit, procinctum esse epitheton ipsius testamenti, ut ei Vinnius imputat, quia mox ait, *τὸ ὄνομα δεξάμενον ἐκ τοῦ σχήματος, ὅπερ ἔχοντες διετίθεντο, nomen esse deductum ex habitu, quo induti testabantur*, quam explicat Plutarchus in *Camillo*: Morem fuisse apud Romanos, cum milites in acie starent, *εἰς τάξιν καθιζάμενοι*, saga se præcingere, *περιζώννυσθαι τήβεννον*, & coram testibus tribus vel quatuor, (*τριῶν καὶ τεττάρων*, ait Plutarchus, trium & quatuor, qui sunt septem, numerus solennis, sed *καὶ* pro *ἢ* procul dubio sumendum) hæredes sibi nuncupare, *ὀνομάζοντες τὸν κληρονόμον*, ita ut testamenta in procinctu fuerint nuncupativa, *διαθήκας ἀγράφους, testamenta non scripta*, dixerat ante paulo. Ex quibus verbis apparet, jam olim milites Romanos, ubi in hostem exissent, habuisse potestatem quovis modo disponendi, quod privilegium perpetuo mansit ac etiamnum supersit, quemadmodum mox videbimus; etiamsi vetus forma testamentorum in procinctu, jam tempore Ciceronis dudum obsoleta fuerit, ut testatur in *lib. 2. de Nat. Deor.* & institutum calatis comitiis testandi, jam olim, ut nimis solenne molestumque,

(a) *Puf. 10. 11. 12.*

(cujus non semper copia, feminisque comitiorum expertibus nunquam dabatur) est abolitum; maxime, postquam alia compendiosior ratio inter cives Romanos invaluit, quæ *per æs & libram* dicebatur, de qua Imp. in *h.* § 1. & quam eleganter explicat Theophilus.

4. (f) Ulpianus *tit.* 20. § 9. actum testandi per æs & libram, duabus constare partibus memorat, *familiæ mancipatione, & nuncupatione testamenti.* Mancipationem refert idem, *tit.* 20. § 1. fieri solitam *certis verbis, lipripende & quinque testibus præsentibus*, per quam fiebat alienatio inter vivos, adeoque ipsa venditio, coram illis enim emptor ære appenso rem, ut soluto pretio emptam, acquirebat, & quidem cum effectu plenissimo dominii Quiritarii. Idcirco ut dominium quoque a Testatore in heredem optimo jure transferri videretur, placuit veteribus ritum adhibere emancipationis. Hinc est, quod in testamento per æs & libram, adhibiti dicuntur quinque testes puberes, cives Romani, cum libripende; & quemadmodum in emptione ordinaria ipse emptor aderat, ita in testandi actu, Familiæ, id est, hereditatis emptor septimam personam, juxta libripendem & quinque testes referebat. Is familiæ emptor, olim erat ipse heres, ut Theophilus affirmat, quod nescio an alibi usquam sit scriptum; Ἐκεῖνος, inquit, ὃς ἔμελλε γίνεσθαι διάδοχος τῷ τελευτήσαντος, ἠγόραζε τὴν τοῦ μέλλοντος τελευτᾶν περιουσίαν. *Is, qui heres futurus erat morituri, substantiam ejus emebat*, uno nummo, quasi pretio, a libra appenso. Sed erat venditio hæc τυπικὴ Theoph. *imaginaria*, ut Justinianus, quoniam omnes norant, agi de successione post mortem, non de venditione inter vivos: Sed quia mancipatio erat causa dominii perfectissima, speciem ejus huic negotio applicuerunt, ne quid pleno heredis dominio deesse videretur. Quoniam autem familiæ emptor, ipse heres futurus, tali mancipatione dominium, quod post obitum testatoris demum sperare debebat, quasi a vivo jam accepisse videbatur, facile ex tam præsenti translatione in eam opinionem transibat, ut hereditatem habere, quam expectare mallet, atque ita ἐπεβούλευε τῷ δεσπότῃ τῆς περιουσίας, *insidiabatur* testatori; qui dum viveret, erat dominus bonorum. Quod periculum ut evitaretur, mos invaluit, ut non ipse heres, sed alius familiæ emptor imaginarius, heredem repræsentans adhiberetur. Hæc admodum διηγηματικῶς & concinne a Theophilo narrantur. Quando autem illa mutatio contigerit, nemo facile dixerit; siquidem vix est, ut quisquam hujus mutationis omnino veteres inter, mentionem fecerit; adeo ut Hotomannus parum fidei Theophilo deferendum putet. Atque ita fuit prima pars actus Testamentarii, Mancipatio. Altera apud Ulpianum est; Nuncupatio testamenti. Nam venditio illa per unum nummum erat tantum imaginaria & quasi scenicus actus. Quid autem testator post mortem fieri vellet, quis foret heres, scriptum erat in tabulis ἰδίᾳ, *privatim, secreto* a testatore compositis. Quas manu tenens ita coram testibus loquebatur: *Hæc uti in his tabulis* cerisve, *scripta sunt; ita do, ita lego, ita testor, itaque vos Quirites testimonium præbitote.* Qua contestatione facta, totus actus pro completo habebatur: idque fuit usitatum in pace testamentum, in illius, quod calatis comitiis fiebat, locum, ut Imperator indicat, surrogatum.

6. (g) Cæterum, imaginaria illa bonorum venditio, paulatim magna ex parte etiam inter veteres, abiit in desuetudinem, ut est in *fine* § 1. Quare Prætor, cujus officium erat, nimium rigorem vel ineptudinem juris antiqui corrigere, & seculo adtemperare, edictum proposuit, idque in perpetuam jurisdictionem transivit, daturum se bonorum possessionem, (quæ est hereditas prætoria) secundum tabulas testamentorum, in quibus septem modo signa testium ostenderentur, cujusmodi signa in testamento per æs & libram, non requirebantur, ut docet Imperator in *h.* § 2. Quamvis autem post illud Jus prætorium, alia testandi forma sit introducta, quæ exponitur in § *seq.* manet tamen adhuc illa facilitas Prætoris, qua ex testamento septem testium signis munito, tametsi alia juris requisita desint, dat bonorum possessionem; at sine præjudicio alterius, qui justam rescindendi testamenti causam proferre possit: quod si fiat, impetrata bonorum possessio sit sine re & sine effectu: si non, manet cum re & cum effectu. Hinc adeo testamentum, in quo filius fam. est præteritus, valet jure Prætorio, sed rescinditur per bonorum possessionem contra tabulas, § 12. *I. de hered. ab intest.* Quod si filius acquiescat, manet bonorum possessio penes scriptum heredem, *l. 17. de injusto rupto irr. testam.* Nec aliter in exheredato aliisque obtinere, videbimus *infra.*

(f) *Pos.* 13. (g) *Pos.* 14.

7. (h)

7. (h) Porro cum Testamenta per æs & libram paulatim obsolescerent, Prætorumque nimis soluta ac facilis observatio videretur: atque omnino progressu temporis, civile jus & prætorium in mutuam consonantiam jungerentur, novissime testamenti ordinandi ratio partim nova, ut Imp. ait, partim ex antiquo jure Prætorio vel civili stabilita est, quam etiamnum observamus. Scilicet, duplex omnino Testamentum usurpatur, *Scriptum*, cujus solennitas scriptura, & *Nuncupativum*, quod viva voce perficitur. Requisita Juris ad ordinationem eorum necessaria, sunt vel communia utrique, vel specialia singulorum. Inter communia primo ponitur heredis institutio; at hæc potius est forma quasi substantialis testamenti, *§ 34. I. de Legatis*, imo ipsum testamentum, quod tribus verbis, *Titius heres esto*. conflare potest, *l. 1. § 3. de Hered. instit.*

8. (i) Primum igitur inter generalia requisita est, ut Testamentum fiat uno contextu. Per quem duæ res significantur, continuitas temporis, & uniformitas actus, *l. 21. § ult. ff. Qui Test. fac. poss. l. 28. C. de Test.* Continuitas postulat, ne testandi actus interrumpatur, nec, priusquam plane sit absolutus, testes digrediantur, *d. l. 28.* nisi cum substitutio pupillaris testamento inseritur; Etenim *quia tunc* duplex quodammodo testamentum videtur, nihil obstat, quo minus Pater hora prima sibi, secunda filio scribat heredem, *l. 16. § 1. de Vulg. & pup. subst.* Imo etiam sibi scripto designare, filio viva voce nuncupare potest heredem, *l. 20. § 1. eod.* quod alioquin uniformitas actus non pateretur; quemadmodum hoc nomine arcentur a Testamento cuncta, quæ ab ultimis voluntatibus aliena sunt, inter quæ procul dubio Contractus numerantur, *l. 20. de V. S.* ut pluribus confirmat Viglius *ad § 3. h. t. n. 5. aliique passim.* Neque enim fas est in testamento quicquam præter voluntatem Testatoris declarari, cum contractus non aliter quam duorum voluntate perficiantur. In testamentis ambulatoria semper est voluntas, *l. 4. de Adim. leg.* in contractu quod semel placuit, immutabile est, *l. 5. C. de O. & A.* & est perpetua toto jure differentia inter actus inter vivos, ultima que voluntates. Ideoque, si Testator in ipso actu testandi aliquid emat, vendat, aut locet uni ex testibus, vel præsenti, vel per procuratorem, factum non valere dicemus: quia verum non est, uno contextu id esse factum. Quod si in ipso testamento scriptum reperiatur; testatorem vendere fundum Cornelianum Titio mille aureis, de quo pretio antea tractaverant, sed convenire non potuerant; neque venditionem hanc esse statuemus, quæ non mutuo consensu facta est, neque testamentum vitiari, quoniam unitas contextus per ejusmodi declarationem non vitiatur: imo nec absurdum videtur, si Titio placeat conditio, quin post obitum testatoris, oblatis mille aureis, petere possit fundum, quasi reliquo pretio ipsi legato. Sane si testator contractum in testamento prius cum alio celebratum professus sit, dubium non est, quin heres ad eum implendum teneatur, per *l. 37. § 5. de leg. 3.* Quæcunque porro declaratione solius Testatoris constant, etsi contractibus similia, recte in testamentis fieri videntur, qualis est divisio rerum communium, *l. 32. Famil. ercisc.* talis etiam est assignatio liberti in *l. 1. § 3. de Assign. lib.* cum testator libertum, qui communis heredum futurus erat, uni ex illis ad jus Patronatus præstandum addicit. Talis est constitutio pignoris, in *l. 26. de pignorat. act.* ubi nihil agit testator, quam quod onus rei suæ, pro securitate creditoris imponit, perinde ac si servitutem in re sua constitueret. Nec diversum est in *l. 36. de ritu nupt.* juncta *l. 2. de Sponsal.* ubi Pater non despondere, sed destinare filiam nuptiis, suamque de iis voluntatem duntaxat explicare dicitur.

9. (k) Sed an Donatio mortis causa, quæ per conventionem solam, aut cum traditione conjunctam perficitur, in testamento fieri non potest? Viglius id loco citato negat, neque se usquam in legibus scriptum invenisse profitetur: textus enim, quem vulgo citant, ait, in *l. u. de Inoff. test.* nihil ad hanc rem pertinet. Videtur hoc tamen perspicue indicare Marcianus in *l. 25. pr. de Donat. m. c.* ubi, *Tam is, qui testamentum facit, quam qui non facit, mortis causa donare potest.* Verum hic locus vel sic potest intelligi, ut JCtus doceat, eum, qui jus testandi habeat & qui non habeat, mortis causa donare posse, quia mox subjicit, filiumf. qui testari ne quidem patre contentiente potest, mortis tamen causa ex Patris voluntate posse donare. Vel hoc modo; donationes mortis causa vel testato fieri, vel ab intestato; quemadmodum de codicillis traditur in *§ 1. I. de Codicill.* qui tamen propterea, cum testamento facto conduntur, cum testamento

(h) *Pos. 15.* (i) *Pos. 16, & seqq.* (k) *Pos. 22.*

non

non confunduntur. Et ex *l. ult. C. de donat. m. c.* nihil aliud colligi potest, quam donationem mortis causa speciem ultimæ voluntatis esse, distinctam a codicillis & testamento. Plane si quis in testamento declaret, se donare fundum Titio, quo minus voluntas ea valeat, ac a Titio deinde acceptetur; nihil video quid obstet; cum sit ultimæ voluntatis declaratio, sine mutui consensus interventu. (l) De praxi hodierna quidam testantur, contractus posse nunc testamentis inseri. Peckius 1. *de testam. conjug. 43. n. 7.* Mantica *de conject. ult. vol. l. 3. tit. 1. n. 36.* Quod alii temperant; si vel contractus quodammodo ad testamentum pertineat, ut Grassus *recept. sent. § testam. qu. 60. n. 2.* vel si breviter perfici queat, Schneidew. *ad pr. de leg. n. 10.*

10. (m) Puto ad hujus rei momentum bene dijudicandum facere, ut intelligamus, a quo tempore capiat initium unitas contextus, & quamdiu illa duret: nam si quis putet, dum scribitur testamentum, & testes aliud agentes confabulantur, leges unici contextus esse custodiendas, prohibitio contractus celebrandi, tam inter testes, quam cum ipso testatore, late pateret; Sed tu ita serva; Unitatem contextus incipere ab hoc, *Quando testator scriptas habens tabulas declarat eas sibi esse prælectas, in iis suam ultimam contineri voluntatem, rogatque testes, ut velint attestari*, tum ipse atque testes *signant, & subscribunt, l. 28. C. de Testam.* Testamenti autem conscriptio, non est pars unici contextus. Sed eam nihil vetat prius atque seorsum fieri; quod & in *l. 21. § sed licet. d. t. C. de Testam.* scriptum est, usuque omni die observatur; Proinde licet interea, dum Notarius scribit, testes digrediantur, aut inter se vel cum testatore aliquid contrahant, ea res nihil ad unum contextum facit violandum; sed quando scriptum est, quando suum os aperit testator, dum voluntatem explicat suam; tum vere sibi testes dictum putent, *hoc age*, nec aliud quicquam; adeoque in illis momentis, contractibus extraneisque negotiis abstineant; quam observantiam non esse remotam a civili facultate, res ipsa loquitur; adeoque nihil insolentiæ esse videtur in ea sententia, quæ statuit, si tum contractus celebretur, corrumpi actum testandi, omnique esse vitiosa. Non est tamen incivile jus nostrum, neque Diomedei necessitatibus hominum actiones includit: Proinde si ipse brevis actus ille, transversatio aliquo naturali aut morboso interrumpatur, id actum testandi non vitiare, docet πραγματικῶς; & accurate Justinianus in *d. l. 23. C. de testam.*

11. Post (n) unitatem contextus, quam ex jure civili antiquo, id est ritu testandi per æs & libram, descendere, affirmat Imperator, generale Testamenti requisitum est, numerus septem testium; qui unde sit ortus, ex iis, quæ dicta sunt, intelligi potuit. Justinianus ait, ex jure Prætorio; sane quatenus omnes illi septem pro testibus habentur; sed alioqui in ipso per æs & libram T. æque septem personas adfuisse, nec aliunde eum numerum a Prætore petitum esse, nobis quidem videtur, ut disseruimus *P. 1. Digress. l. 4. c. 33.* Sed jure Pontificio, & usu frequentiore populorum, duo sufficiunt testes masculi cum tabellione, vel duo Scabini cum scriba, Grot. *l. Jur. Holl. 17.* Gudelin. *2. de jure novissimo 5.* Visi tamen nostri & testium numerum, & reliqua fere juris Romani solennia servant, teste Sandio *l. 4. tit. 1. def. 4.* Stat. *l. 1. t. 16. art. 2.* Circa (o) testes autem, præter numerum septenarium, singularia quædam requiruntur, primum, ut a testatore specialiter rogentur, supremæ voluntati suæ ut testimonium perhibere velint, *l. 21. § pen. D. Qui testam. fac.* ne detineantur inviti, *l. 20. § ult. eod.* & testatorem videant, *l. 9. C. eod.* Denique, uti cum illis sit testamenti factio, qua de re mox pluribus agendum.

12. (p) Specialia scripti testamenti sunt, 1) ut ipse testator testamentum scribat, aut saltem subscribat, vel si nequeat, octavum testem scribendo adhibeat; verum ὁλογράφῳ testamento, quod sua manu testator totum scripsit, non est necesse uti subscribat, modo a testibus id fiat, *l. 25. § 1. d. t. C. de Testam.* 2) Tabulas clausas testibus ostendat, eisque voluntatem suam contineri, declaret: cujus se bene conscium, adeoque sibi prælectas, si ipse non scripserit, affirmet; nam si notarius dictatum a testatore & in mundum redactum, ei soli non prælegerit, testamentum non valebit, ut judicatum refert Sandius *l. 4. tit. 1. def. 5.* quemadmodum contra prælectio & approbatio sufficit, etsi Tabellio capita testamenti ab alio dictata acceperit, *eod. tit. def. 11. in f.* 3) Testes, petente ipso, subscribebant atque subsignent, *l. 21. C. de Testamentis.* Fuit & quartum, ut nomen heredis manu Testatoris exprimeretur, vel si imperitus scribendi, palam nuncuparetur, quod testes in sua sub-

(l) *Pos. 23.* (m) *Pos. 24. 25. 26.* (n) *Pos. 27.* (o) *Pos. 27.* (p) *Pos. 37. 39.*

scri-

ſcriptione tunc addere debebant, ut latius ſancitur in *l. 29. C. de Teſtam.* Sed hoc merito remiſſum & abrogatum eſt in *Nov. 119. c. 9.* ut jam ſufficiat, nomen heredis ab eodem tabellione, qui totum ſcripſit teſtamentum, ſecreto in tabulis eſſe conſcriptum; quod commodius & tutius eſt, ne teſtator palam, quis ſit heres, ſignificare cogatur, in quem præcipue finem ſcripta atque obſignata teſtamenta in uſum introducta ſunt. Adde ſis *Poſ. 38.* Subſcriptio teſtium proprio chirographo, non manu vicaria fieri debet, *l. pen. D. h. t.* Ideoque regulariter teſtes literati requiruntur, excepto caſu *l. 31. C. de Teſtam.* ubi literarum periti pro imperitis ſui ſcribere jubentur. Omnium maxime ſuperſtitioſum fuit requiſitum, ut annulo tantum ſignare liceret, quod legitur in *l. 22. § 5. D. h. t.* ubi diſerte, aliud ſignum poſſe adhiberi, negat Ulpianus, idque ad myſticam teſtamenti ſolennitatem pertinere, cenſet Viglius *hic* & Cujacius *l. 14. Obſ. 11.* Sed quidquid comminiſcamur, difficulter adſequemur, ne non maneat inepta ſubtilitas, quod præciſe rotundum debuerit eſſe ſignum, tametſi forte eadem ſculptura eſſet in quadrato; maxime, cum non fuerit vetitum, annulis alienis uti; imo & omnes uno annulo teſtes conſignare potuerint, § 5. quod multo juſtius prohibendum videbatur. Neque tamen ita, quod male me habet, emendationi correctum velim, nec iis adſentiri, qui & multi & doctiſſimi ſunt, particulam *non d. l. 22. § 5.* inſerentibus. Senſus enim ſatis ſibi conſtat, & veteribus id genus ſubtilitates ſatis familiares fuiſſe, multa fidem faciunt, nusquam vero magis illas quam in teſtamentis eſſe conſectatos, ea, quæ diximus, eximie teſtantur. Moribus hodiernis, ſignácula teſtium penitus ubique in deſuetudinem abierunt, teſte Gudelino *de jure novis. 2. cap. 5.* Grotio *2. Jur. Holl. 7.*

13. (q) Sed requiſitum generale de teſtibus, latiorem poſtulat explicationem, quam Imperator in *§ 6. & ſeqq.* perſequitur, *Teſtes*, inquit, *adhiberi poſſunt ii, cum quibus teſtamenti factio eſt.* Duplicem vulgo teſtamenti factionem Interpretes agnoſcunt, Activam, atque Paſſivam; illam in poteſtate & in forma condendi teſtamenti, hanc in jure percipiendi ex teſtamento conſiſtere, docent; quæ diſtinctio fundamentum habet in *§ 4. I. de testam. qual. & diff.* At in hoc præcepto de teſtibus *d. §. 6.* intelligere Cæſarem non tam activam, quam paſſivam, ex-

(q) *Poſ. 28. 29.* (r) *Poſ. 31.*

inde colligi poteſt, quod tales perſonæ excipiuntur, quibus activa nullo modo competit, ut impubes, ſervus, furioſus. Alioqui planius dici poterat, teſtes adhiberi poſſe, *qui teſtamenti factionem habeant*, (quibus verbis activa plerumque intelligitur, *l. 3. l. 4. l. 8. in fin. l. 18. & 19. h. t.* etſi aliquando de paſſiva quoque uſurpentur, *d. § 4. & l. 16. h. t.*) tum enim ſolæ mulieres excipiendæ forent; reliqui enim heic excepti per ipſam regulam ſatis excluſi forent. Theophilus utramque teſtamenti factionem intelligi a Cæſare putat, *οἵτινες ὑφ' ἡμῶν δύνανται κληρονομεῖσθαι ἠ̃ ἀφεθῆναι καὶ ἀφεῖναι ἡμᾶς*, *Qui & a nobis heredes inſtitui & nos inſtituere poſſunt.* Quod autem mulieres a teſtamentis arceri placuit, ratio videtur; quod olim quinque teſtes puberes, cives, adeſſe debuerint, ut modo audivimus; neque Romani moris fuerit, mulieres in ſolennibus & publicis actibus admiſcere viris; ne dicam, teſtes illos comitia populi quodammodo repræſentaſſe, quorum feminas nullo modo participes fuiſſe conſtat. Porro impuberes & furioſi cur teſtes eſſe nequeant, non eſt, quod ſolicite indagetur, neque cur prodigis, quibus bonis interdictum; quia tralatitium eſt, eos fere in omnibus pro furioſis haberi, *l. 12. § 2. de tutor. dat.* neque de ſervis dubium, qui pro mortuis habentur. Muti etiam & ſurdi indiſtincte prohibentur, quibus tamen aliquando teſtari permittitur, ut *infra* intelligemus; (r) Cœcorum, etſi nulla fiat mentio, æque tamen improbandum videtur teſtimonium, quia in *l. 9. C. de Teſtam.* diſerte requiritur, ut teſtes videant teſtatorem. Sed & eadem ratio, quæ ſurdos & mutos repellit, videbatur obſtare omnibus ſermonem defuncti ob linguæ imperitiam non intelligentibus. Ideo enim teſtes adhibentur, ut ſi poſtea de veritate rei geſtæ controverſia oriatur, teſtes quid viderint ac audiverint, referre queant; id autem non magis ab eo, qui linguam non callet, quam ſurdo quovis, præſtari poteſt. Scriptum tamen eſt in *l. 20. § pen. D. h. t.* intelligentiam ſermonis in teſte non exigendam, ideoque eum, qui latine non norit, recte fieri teſtem, D. Marcus reſcripſit, addita ratione, *ſi vel ſenſu percipiat quis, cui rei adhibitus ſit, ſufficere.* Poteſt enim per interpretem ſcilicet referri, quid in actu teſtandi ſit geſtum; cum neceſſarium non ſit viſum, ut omnes circumſtantiæ a teſtibus commemoren-

tur. Utique hæc res in testamento scripto conciliari potest, in nuncupativo haud perinde; nec de eo *d. l. 20. § pen.* accipienda videtur.

SCHOLIUM.

Sed tamen ratio d. l. 20. § pen. *quam Autor dicit consistere in eo, quod per interpretem scilicet & percipi & referri possit, quid in actu testandi sit gestum, etiam videtur accommodari posse ad testamentum nuncupativum.*

RESPONSIO.

Vocem percipiendi *ad circumstantias, non ad dicta pertinere volui, quæ in mystico sive clauso testamento nulla de negotio ipso proferuntur. Ut autem in nuncupativo testatio ipsa per interpretem testibus exponatur, nec subtilitas unici contextus, neque natura negotii ferre videtur: utpote, cum nuncupatio testamentorum vix aliter; quam rapido instantis mortis periculo, soleat usurpari.*

N. ADDIT.

Facile mihi persuadeo, JCtum in l. 20. § pen. *cogitasse de testamento scripto & mystico, quod per æs & libram fiebat. Interim tamen rationes Autoris mihi nondum persuadent, quod decisio JCti ad testamentum scriptum sit restringenda. Nam quod primio dicit, in testamento mystico & clauso nulla dicta de negotio ipso fuisse prolata, id repugnat iis, quæ* in fine §5. hic *de formula solemni nuncupationis in testamentis, per æs & libram adhiberi solitis, ipse recensuit. Deinde, quod dicit, in testamento nuncupativo subtilitatem unici contextus non ferre, ut negotium testibus per interpretem exponatur, parum ad rem facit, quia & in testamento illo per æs & libram, unitas contextus non obstabat, quo minus Autor hanc rationem legis daret, quod per interpretem testi referri posset, quid sit gestum. Denique quod ultimo loco provocat ad naturam negotii, initio non universale est, quod testamenta nuncupativa fiant in instanti mortis periculo; deinde, si esset, magis persuaderet sententiam contrariam: Nam subitaneæ mortis periculum poterat excusationem præbere testatori, quod propter illud testes, utcunque potuerit, conquisierit, nec adeo ipsi imputandum sit, quod non fuerit diligentior in conquirendis testibus sermonis latini peritis.*

(f) Postremo arcentur a testimonio *improbi & intestabiles*, in *d. §* 8. qui, ut dictum, etiam facere testamentum vetantur, *l. 26. h. t.* quæ verba conjunctim accipienda sunt, neque enim quamlibet improbitatem, sed talem esse oportet, quæ hominem reddat intestabilem, id est, omni testimonio fideque habenda indignum. Habentur autem intestabiles, non quilibet infames; sed illi tantum, quos ipsa Lex tales esse jussit, ut recte Viglius *ad hunc § 13.* *Una vero tantum species reperitur*, pergit Viglius, *ex qua intestabilis hodie quis fiat, scilicet, cum quis ob carmen famosum damnatus est, l. 21. de Testibus. d. l. 18. § 1. h.* Theophilus tamen *eam vocem aliter declarat*, nam is dicit improbum ac intestabilem hoc loco esse, qui ut testis testamento adhibitus subscripsit & signavit, post mortem autem testatoris sistere sese ac testimonium confirmare noluit; Μισοῦσι τὸν τοιοῦτον οἱ νόμοι, *Leges ejusmodi hominem oderunt*, inquit, neque testari, aut capere ex testamento, permittunt. Desumpsit exemplum illud ex ipsa L. XII. Tabularum, in quo scriptum fuisse refert Gellius *lib. 15. noct. c. 13.* in fine; QUEI SE SIERIT TESTARIER LIBRIPENSVE FUERIT NI TESTIMONIUM FARIATUR IMPROBUS INTESTABILISQUE ESTO. quæ tamen sanctio non modo in testamentariis, ut videtur velle Theophilus, sed inter vivos quoque mancipationibus locum habebat, ut docet Rævardus *ad L. XII. Tab. cap. 10.* Ex Constitutionibus Imperatorum, ordini quoque intestabilium accensendi perduellium liberi, *l. 5. C. ad L. Jul. Majest.* item improbiores hæretici, pagani & apostatæ a fide vera, *l. 3. C. de Apost. l. 3. & l. pen. C. de hæret.* sed hæretici minus pernicioſi, in Testamentis & contractibus admittuntur, atque in judiciis, cum inter sese litigant, non adversus orthodoxos, *d. l. penult.*

14. (t) Cæterum conditio testium, an his vitiis, quæ recensa sunt, laborent tempore testamenti facti, consideratur; proinde, si tempore mortis, aut cum tabulæ aperiuntur, eorum status melior, aut deterior sit factus, id nihil nocet, neque prodest, *l. 22. § 1. h. t.* Quod si aliquando eveniat, ut ejusmodi inter testes persona reperiatur, cujus conditio inhabilis ad testimonium latet, omnibusque ignota est, quemadmodum si servus, ut in *hoc §*, vel hæreticus, aut mulier in habitu virili, inter testes irrepserit, talis defectus, quoniam quod ignoratur, civiliter ac si non esset, habetur, nihil nocet testamento. Verum si postea ante apertas tabulas rei veritas innotescat,

(f) *Pos. 30.* (t) *Pos. 32. 33.*

etiam-

etiamsi ex rigore juris testamentum vitiaretur, Imperatores tamen ex æquitate, ἐκ φιλοτιμίας, ut Theoph. decreverunt, ut æque firmum habeatur, ac si, ut oportebat, factum esset, § 7. *h.t.* quod ratio publicæ utilitatis expressit, siquidem nulla animis omni die infirmarentur, si latentes defectus personarum, quæ, dum ad actum aliquem adhibentur, omnium judicio idoneæ credantur, id quod ageretur, vitiarent; confer *l. 3. pr. de SCto Maced. l. 3. de Off. præt.* Cui accedit, quod, ut antea diximus, rei ignoratæ nullus jure civili effectus dari potest. Valde igitur D. Voetius improbabiliter contra Bachovium & *D.I. communiter* disputat, *comment. ad hunc* § *n. 2.* constitutionem in *d.* § 7. ultra speciem casus propositi, minime extendendam esse: neque enim dubitari potest, quin Imperatores sub servi exemplo, in omnibus occultis personarum defectibus idem obtinere voluerint, servique meminerint, quia casus ille usitatior, reliqui minus frequentes erant.

15. (u) Præterea non admittuntur ad testimonium, domestici Testatoris, εἰκότως οἱ μάρτυρες. (Nam quod testes inter se domestici, id est, unius familiæ sint, id non obstare docetur in § *8. h. ex l. 17. de Testibus*). Vox autem domesticorum aliter in judiciis, aliter in ultimis voluntatibus accipitur. In illis domestici vocantur, quicunque de domo nostra producuntur, *l. 24. de test. h. l. 3. C. eod.* Sed hoc loco strictius eos duntaxat domesticos vocamus, qui cum testatore eodem patriæ potestatis vinculo sunt conjuncti, ut patet ex hoc § 9. liquet; unde recte Theophilus domesticum testimonium, non ex habitatione, neque usu tecti aut mensæ, neque ex cognatione, sed ἐξ ἑνώσεως τῆς ἐν ὑπεξιότητι, *ex conjunctione potestatis*, æstimari docet. Filius igitur in testamento Patris, cui subjectus est, testis esse nequit, nec Pater in eo, quod filius familias fecit, scilicet de peculio castrensi post missionem ex militia, ut habetur in *d.* § 8. Nam in eo, quod fecit dum miles erat, dubium non est, quin testimonium ejus recipiatur, de quo casu si responsum Ulpiani & Marcelli, cum Viglio aliisque multis accipiamus, in *l. 20. § 2. h.t.* gravem amoliemur antinomiam, quæ multis inevitabilis videtur, neque temere, ut multis probat Vinnius. Quod si contrarius huic iste locus sit dicendus, videmur tamen habere quod sequamur; Cum enim Justinianus hunc verticulum non sumpserit ex alio in Pandectis responso, sed locus plane sit singularis, decisio hæc Imperatoris prævalebit JCtis, quorum responsum pro abrogato habebimus. Neque enim refert, utrum constitutiones in Codice, an Institutionibus reperiantur, *arg. § 6. proœm. Inst.* Id vero jam sponte liquet, patrem, filium & fratres, qui per emancipationem separati sunt, sibi invicem testimonii dictionem in testamentis præbere posse, quod longe aliter in judicialibus comparatum est, *l. 9. de Testib. l. 6. C. eod.* quoniam ratio quoque diversa utrobique est. Nam in judiciis cognati arcentur, quoniam veritati rerum gestarum vix fieri potest, quin ex affectu consanguineo grave præjudicium creetur, & testes pro conjunctis personis non aliquid aut veri dissimulent, aut ultra verum addant: sed testatores non ideo testes adhibent, ut per eos de commodo suo certent, cum heredis potius utilitas vertatur; verum ut coram illis suprema sua ordinent, quod inter amicissimos plerumque fieri amat. Ratio igitur, quæ personas illas vetat esse testes, alia esse non videtur, quam quod per vinculum patriæ potestatis cum testatore, eædem personæ censeantur, ac ita testator se ipsum quasi testem adhibere videatur.

16. (x) Eadem ratio dictat, quando heres prohibetur testis esse § 10. id perinde accipiendum de iis, qui potestatis vinculo cum herede sunt juncti, seu filius, seu Pater, sive fratres sint non emancipati: Sed narratio Justiniani incidit in scrupulum, qua commemorat, veteres heredi & iis, qui per potestatem conjuncti fuerant, concessisse testimonia in testamentis præstare, idque propterea, ut Theophilus addit, quoniam heredis nomen in testamento per æs & libram erat occultum; quapropter in sua causa testis esse non videbatur, utpote ignarus suum commodum verti; quod si forte ei innotuisset, veteres eum dehortabantur, ne facultate concessa perhibendi testimonium abuteretur. Obiter notatu digna sunt verba Cæsaris *d.* § 10. *Tamen nos, quod ab illis suasum est, in legis necessitatem transferentes.* Hæc enim creberrima & pulcherrima legum materies; ut quæ ex naturali ratione laudabilia, non tamen necessaria sunt, iis Legislatores ἀναγκαστικὴν δύναμιν, vim *obligandi* atque cogendi tribuant. Heres igitur, quoniam inter ipsum & testatorem omne testandi negotium geri creditur, sibimet ipsi ut

(u) *Post. 34. 35.* (x) *Post. 36.*

teſtis ſit, merito improbatur. Ideo que fidem Viro Cl. nullo modo habendam cenſeo; moribus hodiernis, heredem in teſtamento ſcripto poſſe teſtem eſſe, *audacter aſſerenti;* at ſine nullo auctore, vel rei judicatæ præjudicio, *comm. ad h. § 10. n. 2.* Legatarii autem & fideicommiſſarii particulares, (nam qui univerſo fideicommiſſo honorati ſunt, pro heredibus habentur, *§ 3. & 4. I. de fideic. hered.*) ad teſtimonium & olim fuerunt admiſſi, *l. 20. pr. h. t. l. 14. de reb. dub.* & expreſſa conſtitutione Juſtiniani etiamnum admittuntur, ut ipſe teſtatur in *§ u. h. t.* Ratio autem, cur Legatarii & fideicommiſſarii non prohibeantur, redditur ab Imperatore, *quia non juris ſucceſſores ſunt;* quod plerique ita interpretantur, quod non ejusmodi ſucceſſores ſint, qualis eſt heres, nempe juris univerſalis, ſed particularis duntaxat. Theophilus verba illa reddit, ἐπειδὴ οὐ σωμάτων γίνονται διάδοχοι, *quia non fiunt rei incorporalis ſucceſſores.* Ejus igitur explicatio videtur, quod Legatarii corpus, aut rem certam conſequantur; heres non corpus ullum, neque rem certam, ſed jus a defuncto relictum; Nam hereditas etiam ſine ullo corpore, juris intellectum habet, ait JCtus in *l. 50. de hered. petit.* quod tam onera, quam commoda complectitur, *l. 19. de V. S.* Ideoque heres repræſentat teſtatorem, quod de Legatario dici nequit. Res eo redit, quod in *§ 9.* dictum eſt, negotium omne geſtum credi inter teſtatorem & heredem, qui hereditatem, id eſt, ipſum jus defuncti nanciſcitur; ideoque dum is totum negotium occupat, cum legatario nihil proprie actum videtur, vel tam exiguum hoc eſt, ut in cenſum non veniat; aut forte, quia teſtator ipſum legati quoque negotium cum herede gerit, e quo id vult præſtari legatario; eſt enim legatum donatio quædam ab herede præſtanda *§ 1. I. de Legat.* qua de re plenius in loco. Plane ſi par eſſet Teſtamentarii ac judicialis ratio teſtimonii, vix fieri poſſet, ut fidem mereretur is, cujus tantopere intereſſet, ac legatarii in teſtamento intereſſe liquet; tralatitium enim eſt, neminem in propria cauſa teſtem eſſe audiendum, *l. 10. C. de Teſtib.* & propriam cujusque cauſam vocamus, cujus emolumentum aut damnum proprio nomine ad aliquem pertinet, *l. 1. § u. Quand. appell.* Legatarii autem in teſtamento verti lucrum, tuo nomine, res ipſa loquitur. Sed ad differentiam inter teſtamentaria & judiciorum teſtimonia videtur & hoc pertinere, quod in judiciis ſecundum depoſitiones teſtium cauſæ decidantur & ſingulæ ad probationem pertineant, cum in teſtamentis multitudo teſtium ad ſolennitatem magis quam probandi neceſſitatem ſpectet, neque ex unius aut alterius teſtis fide, delatio hereditatis pendet, quando plura ſunt alia, quæ ad teſtamentorum obſervationem requiruntur, falſoque fabricando ſunt impedimento. Præterea, ſi Legatarii ob teſtimonium in ſua cauſa dictum liberalitate defuncti excideren, non ab alio quam herede repellendi forent; Sed qua fronte heres aut quo jure negabit eorum teſtimonia valere, quorum vi ipſe tanquam ex valido teſtamento, univerſam ſucceſſionem nactus eſt? quod recte vidit Bachovius. Poſtrema ratio profertur a Symmacho *lib. 10. epiſt. 55.* *Calumnia*, inquit, *inanis objecta eſt, quod ſignatores neſcio quid legati ex eadem voluntate acceperint &c. Nam ſi his legibus viveremus, inimicis potius ſignatoribus uteremur. Quis non familiariſſimam quæque ſignandis addibet, cum extrema condantur? Jam quid mirum eſt, ſi in oculis poſitus, meretur aliquod monumentum religionis, qui meruit advocari* &c. Et mox; *Non fero ſignatorem, cui pars bonorum magna defertur.* Ex quibus verbis, rerum duntaxat modicarum legatarios, ad teſtimonium admittere videtur. Sed jus noſtrum non diſtinguit, neque ſpectat quantitatem lucri, ſed jus directum ſucceſſionis, etiamſi ſuſpicionem falſi enormis legatum facilius movere poſſet. Non utimur ad defendendum Legatarii teſtimonium ea ratione, quod in ſcripto teſtamento plerumque ignotum ſit legatariis, quid his aut illis relictum ſit; Putamus enim, in *nuncupativo* etiam legatarios inter teſtes admitti, quia leges non diſtinguunt, & rationes allegatæ in utrisque locum inveniunt. In praxi etiamnum ſervari jus Romanum, contra Groenewegium defendit D. Voetius *ad § u. n. 2.*

17. (y) Leve porro eſt, quod Imperator monet in *§ 12.* nihil intereſſe, membranis, charta, palimpſeſto, vel aliis ſcribatur teſtamentum; neque magis intererit, utrum ſtylo, an calamo, atramento, aut alia re; nec qua lingua, aut genere ſcripturæ ſit uſus Teſtator, modo literæ ſint claræ atque diſtinctæ; nam teſtamentum *notis* exaratum, id eſt compendiis

(y) *Poſ. 41.*

litera-

scerarum, non valet, *l. 6. § ult. de bon. poss.* nisi militis, *l. 40. de Testam. mil.* aut Parentis inter liberos, *l. 21. § ex imperf. C. de Testam.* quibus id postea Justinianus diserte prohibuit, in *Auth. quod sine. C. de testam. ex Nov. 107. c. 2.* Idemque omnes notas *seu siglas*, ut loquitur, in libris juris amplius usurpare prohibet, quibus olim pleni fuerunt JCtorum libri, *l. 2. § 22. C. de vet. jur. enucl.* Quod si recte observatum fuisset, vix potuerat esse verum, quod Cujacius observat, multos in libris juris nostri errores ex ejusmodi irrepsisse notis, *ad § ult. l. de vulg. subst.*

18. (z) Postremum, quod de scripto Testamento tradit Imp. in *§ 15.* spectat securitatem atque commoditatem ultimarum voluntatum; si Testatores peregre sint abfuturi aut alioqui metuant, ne tabulæ testamenti intercidant; facultas illis datur, plura instrumenta eodem exemplo conficiendi, iisdem verbis scripta, ab iisdem signata testibus, quorum si unum forte, vel fraude aliorum pereat, voluntas defuncti ex eo quod supersit, intelligi atque impleri possit. Explicat rem Papinianus *in l. ult. de his, quæ in testam. del. induc.* *Pluribus tabulis*, inquit, *eodem exemplo scriptis, unius testamenti voluntatem eodem tempore dominus solemniter complevit;* eleganter exprimens, utrumque testamentum esse debere authenticum, non alterum alterius exemplo factum, verum uno solennitatis actu comprehentum. *Si quasdam tabulas*, pergit, *in publico depositas abstulit atque delevit, quæ jure gesta sunt, præsertim cum ex ceteris tabulis, quas non abstulit, res gesta declaretur, non constituentur irrita.* Quamvis deletio & inductio testamentum faciat irritum, ut ex *l. 1. eod. t.* apparet, tamen, si ex pluribus testamentis unum modo sit deletum, vel incisum, heres scriptus ex eo, quod integrum profert, petere adhuc potest hereditatem: Quia singulis instrumentis tota vis probandi scilicet inest, & præsumptio est, testatorem reliqua delevisse; quod superflua censeret: nam si animum adimendi hereditatem habuisset, omnes tabulas publice depositas procul dubio sustulisset. Quod si hæc præsumptio per contrariam probationem aut fortiorem præsumptionem everti possit, aliter statuendum fuerit, quemadmodum Paulus ad eundem Papiniani locum notavit, *Sed si ut intestatus moreretur, incidit tabulas, & hoc probave-rint hi, qui ab intestato venire desiderant; scriptis avocabitur hereditas.* Nec secus videtur, quando testator peregre forte absens, quas in potestate habebat, tabulas deleverit aut concideritit; tunc enim de reliquis idem facturus, adeoque animum abolendi testamenti habuisse credendus est. Papiniani quippe sententia agit de casu, quo tabulæ omnes in publico extant, omnesque a testatore facile auferri & aboleri poterant; ideoque, ubi contrariæ sunt circumstantiæ, diversum sine dubio statuendum videtur.

19. (a) Sed non æque expeditum est, an, ut unius testamenti plures tabulæ, ita in iisdem tabulis diversæ diversorum testatorum dispositiones conscribi possint, quod hic a Viglio negative disputatur, cui se Peckius opponit *l. 1. de Testam. conjug. c. 19.* ubi recte *in princ.* monet, hanc quæstionem in scripto duntaxat testamento habere locum. Nam quo minus diversæ nuncupationes heredum separatim factæ, in eadem charta scribantur, nihil vetat, quia scriptura ibi tantum ad probationem, non essentiam actus pertinet. Magis tamen adsentiendum Viglio videtur, subtilitatem & unitatem contextus non permittere, ut diversæ voluntates conjungantur, nec trahendum in consequentiam, quod de substitutione pupillari scriptum est, patris & filii testamentum pro uno haberi, in *l. 20. de vulg. & pup. subst.* quod nec applicari nostræ quæstioni potest; cum unus duntaxat ibi sit testator & unius voluntas, etiamsi duo heredes; Duplex *quodammodo* in pupillari substitutione testamentum esse, ait Imp. in *§ 2. I. de pup. sub.* sed revera est unum, quia pupillare pars & sequela paterni est, adeo ut si Patris testamentum non valeat, nec filii quidem valere queat, ut docetur *§ 5. eod. tit.* quod longe aliter se habet, ubi duo sibi mutuo non subjecti pariter sunt testati. Tunc enim revera duo esse Testamenta, non modo ex diversitate testatorum, sed etiam ex effectu liquet. In id enim Doctores consentiunt, alterum sine altero novum condere posse testamentum, ac ita derogare priori, quod pro parte tamen alterius valere pergit; atqui, si unum esset, necessario totum per posterius rumpi debebat; idque ipsum argumento est, uno non subsistente, alterum tamen subsistere posse, quod secus erat in pupillari. Igitur ubi duo sunt Testamenta, ibi non potest esse unus

(z) *Pos. 42.* (a) *Pos. 7.*

contextus. Quod alia adhuc ratione probari videtur; nam in proposito casu fieri potest, ut unus testator contextum exacte observet, alter cum interrumpat, vel extraneos actus immiscear; Quid enim si unus testes rogaverit, alter non, aut fundum unus vicino vendiderit, alter nihil tale fecerit? utrum dicemus totum, an pro altera tantum parte vitiari testamentum? Si pro parte dicas, id haud dubie a ratione juris Romani abhorret, ut e scriptura testamenti non jure completa solennibus defecta, heres existat. Nec tamen, quod omnino corruat, statuendum videtur, quia verum est, unum testatorem ita esse testatum, ut omnia juris requisita examussim servarit. Utrumvis autem decernas, id perspicue appareat, non posse unum in testamento dici contextum, ubi unus servavit, alter violavit suum contextum. Ac ita quidem jure civili videtur: sed Doctores & usus populorum notissimus contrarium recepit, ut Peckius *d. c. 19.* probat.

20. (b) Atque ita Romani voluntates suas in scriptis ordinabant. Poterat autem quisque, & potest etiamnum condere testamentum nuncupativum, in quo solennia de testibus, unitasque contextus eadem, quæ in scripto, observantur, *l. 21. § 2. C. eod. § ult. Inst. h.* Tantum voluntas Testatoris clara voce pronunciatur, & consequenter solennia, quæ scripturam comitantur, in eo secundum *dd. ll.* cessant. Celeriorem hanc esse testandi rationem, satis appareat, eaque est unica pæne ratio, propter quam usurpari solet, ac solebat, quando nimirum repentina vis morbi spatium non relinquit scripturam conficiendi, omniaque solennia adhibendi, uti de Horatio scribit Suetonius in ejus vita *in fine; Decessit &c. herede Augusto palam nuncupato; quum urgente vi valetudinis non sufficeret ad obsignandas testamenti tabulas.* Plerumque autem post consummatum testandi actum, declaratio testatoris in mundum redigitur, testiumque subscriptione munitur, vel eorum apud acta examinatio instituitur, ut depositiones publico instrumento inferantur, qua de re Schneidewinus *ad hunc §* tractat. Satis autem constat, ejusmodi scripturas non esse testamenta, sed probationi duntaxat inservire, adeoque testamentum esse atque manere nuncupativum. Nihil tamen obstat, quo minus Testamentum aliquando, & ut scriptum, & ut nuncupativum valere possit; primo, si heredem quidem scribat, legata vero aliaque testamenti capita voce viva nuncupet, *l. ult. de Codicill.* Dein, si testator primo coram testibus heredem clare nominet, ac cætera, quæ voluerit, declaret; tunc eodem contextu voluntas nuncupata in Tabulas redigatur, cui testator ipse testes que subscribent: quo casu, si testatorem, antequam scriptura perficiatur, exspirare contingat, dispositio tamen ut nuncupativa valebit; in quem finem congruere potest clausula, quam vulgo notarii inferant Testamentis, ut si tanquam scripta valere nequeant, saltem ut nuncupativa subsistant. Tametsi & tunc eam adjicere soleant, quando voluntas testatoris ignota testibus, secreto a Tabellione scripto comprehenditur, etiamsi tunc inutilis videatur. Neque enim fieri ullo modo potest, ut Testamentum pro nuncupativo habeatur, ubi Testes heredis nuncupationem nullam audiverunt, & quis ille sit, ignorant. Quanquam sunt, qui scribant, Testamenta in foro omnia nuncupativa censeri, etiam quibus clausis in dorso inscriptum est a Notario coram testibus, voluntatem testatoris supremam iis contineri. Imo si moriatur testator, antequam voluntas soli Notario cognita in scripturam fuerit redacta, vel ab ipso, testibus & notario subscripta, nihilominus sustinebitur, ait D. Voetius *ad hunc §.* multosque in eam rem auctores citat, quorum tamen plerique id iis in locis non agnoscunt. Sandius tamen noster *l. 4. tit. 1. defin. 9. in fin.* scribit, eam esse Doctorum sententiam, scriptum testamentum professione Testatoris, quod scriptura testibus exhibita voluntas sua contineatur, *sustineri tanquam nuncupativum, quasi nuncupatione implicita facti*, quod quam sit alienum a Jure Civili, facile ex superioribus intelligitur. Talis enim professio tantum abest ut ex scripto nuncupativum facere queat testamentum, uti proprium quoque sit requisitum ipsius scripti, *l. 21. C. h. t.* Jam quid monstri est, speciale atque necessarium Testamenti scripti requisitum id efficere, ut jure nuncupativo sustineatur; Si a Doctorum opinione, qui Romanam testandi rationem penitus per insciitiam magis, quam mutatos seculi mores aboleverunt, (ut toties queritur Viglius,) non videatur alienum, apud nos fane, qui Juris civilis requisita prope omnia servamus, sententia illa vix tolerabilis videtur. Saltem improbatum esse a Curia nostra Testamentum, quod Testator a

(b) *Post. 43. 44.*

Nota-

Notario scribi jasserat, sed cui hora fatali præventus nec ipse neque testes subscripserant, tametsi jam calamum coram testibus manu teneret, & clausula nuncupativi inesset, aliquandiu, sententia pronunciata, intellexi. Postremo sciendum, Testamenta secundum loci, in quo facta sunt, consuetudinem rite facta, ibique etiam, ubi diversæ solennitates requiruntur, valere ac effectum habere, tam quod ad mobilia quam immobilia bona, ut eleganter probat Sandius *d. lib. 4. tit. 1. defin. 14.*

TIT. XL

De Militari Testamento.

De Testamentis privilegiatis in genere. De Testamento militari, ejusque ratione privilegii. Requisitum fundamentale testam. milit. De Veteranorum testam. & ante milit. factis. Cur minima cap. diminutione non tollatur milit. testam. De testam. super peculio quasi castrensi.

(a) HUcusque de testamentis secundum juris solennia factis. At sciendum, proditas esse legibus species ultimarum voluntatum, quas ob graviores rationes placuit solvi quibusdam, aut omnibus iis requisitis, ad impediendas fraudes, quæ nec alibi frequentius quam circa testamenta olim committebantur, excogitatis; adeo ut Lex Cornelia de Falsis *Testamentaria* exinde nuncuparetur, *§ 7. Inst. de publ. jud. l. 30. pr. ad L. Corn. de Falsis.* Certæ solennitates remittantur *primo* in testamentis rusticorum omniumque ruri habitantium, quæ subsistunt cum signis & subscriptione quinque testium, imo signis etiam solis, si litterarum periti, ut fit in agro, haberi nequeant, *l. ult. C. de Testam.* Dein Testamenta tempore pestis facta valent, etiamsi testes *metu contagionis, διὰ τὸ μὴ τῆς νόσου μεταλαβεῖν*, ut Basilici, non pariter, sed alii post alios advocati fuerint; de numero autem testium *contrahenti*, habet textus, aliisque solennibus nihil est remissius, *l. 8. C. de testam.* quod secus est in foro *, Sand. *lib. 4. tit. 1. defin. 4.* Omnes solennitates remissæ sunt in testamento, quod Principi oblatum, & quod apud acta judicii conditum est, *l. 19. C. de testam.* idem in eo, quod parentes utriusque sexus inter liberos fecere, tam emancipatos quam suos, primi, vel ulterioris gradus (Sand. *d. tit. 1. defin. 6.*) *l. 21. § ex imperfecto. C. de Testam. & Auth. seqq. ex Nov. 107. c. 1.* denique auctoritate Juris Canonici, (quod duobus testibus ubique cum Parocho contentum est, *cap. cum esses. 10. X. de Testam.*) receptum est, quod ad Testamenta ad pias causas, de quibus est *cap. relatum. 11. eod. tit.* Schneidew. *ad § 5. h. in fine*, Tiraq. *de privil. piæ.* de quibus ad Pandectas plenius *in loco.*

2. (b) Omnium autem maxime privilegiatum est militare Testamentum. Quia non modo absque solennitatibus in actu testandi adhibendis valet, sed & alia multa contra regulas juris communis militibus indulta sunt, qualia sunt, quod miles plura possit facere testamenta, quæ omnia valent, *l. 19. & l. 35. de milit. testam.* impune præterire liberos, *l. 9. C. eod.* quod nec testamentum ejus querela inofficiosi rescindatur, *l. 27. § 2. de inoff. testam.* deportatum scribere possit heredem, modo, cum miles moritur, sit restituturus, *l. 13. § 2. de Testam. mil.* quod denique testatus partim, partim ac intestatus decedere potest, *l. 6. eod.* Quæ omnia nimis quam aliena sunt a testamentis PAGANORUM; qua voce omnes, qui milites non sunt, intelligi, nihil toto jure tritius; idem apud Suetonium *in Augusto cap. 27. & Galba cap. 19.* Plinium Secundum *lib. 7. epist. 25.* Tacitum 1. *hist. 53. l. 2. c. 14. c. 88. & l. 3. c. 43. & 77.* Ratio appellationis nobis videtur, quia milites emeriti castris valedicentes, ab imperatoribus in pagis

* Jure Saxon in testamento tempore pestis condito, duo aut tres testes, licet non consociati, v. *Dec. El. 46.* sufficiunt, dummodo aut ipse testator peste laboret, aut domus, in qua est, contagium sentiat, *P. 3 C. Ll. 4* ibique Carpz *Def. 4 n. 2.* Finckelthaus. *Obs. 7. n. 6.* Philipp. *ad Dec. El. 46. Obs. 11.* Diff. Moll. *ad d. C. Ll. n. 1. seq.* Interim etiam in hoc testamento hæredis institutionem necessariam, eaque omissa testamentum esse invalidum, exceptis legatis ad pias causas aliisque, docet *d. Dec. El. 46.*

(a) *Pos. 1.* (b) *Pos. 4.*

ad colendos agros sibi donatos collocabantur; Unde pagani, qui militare desierant, & producto vocis usu omnes ἀπόλεμοι & ἀγράτευτοι.

3. (c) Ratio indulti militibus privilegii, redditur a Justiniano *in pr. de Milit. Testam. Propter nimiam imperitiam eorum*, qui tamen potius color, quam solida ratio videtur. Quippe secundum hanc milites quoque in ædibus, vel in sedibus, id est, præsidiis suis atque hybernis, idem privilegium obtinerent, quoniam ibi nihilo peritiores sunt, quod tamen negatur *eodem princ.* ubi locus privilegio duntaxat est *in expeditionum necessitate;* extra quam milites observatione juris communis obstricti sunt, ut pagani, *in fine d. princ.* Unde liquet, veram rationem petendam esse ex laborum & periculorum functione, justaque occupatione animorum, qua militibus in procinctu stantibus, minime est integrum adhibere tot prolixas & curiosas solennitates, sed in hybernis agentes consulendi peritiores copia non carent, ideoque nec juris ignorantiæ tum probabilis excusatio habetur, *l. 9. § 3. de jur. fact. ignor.* Eadem ratio efficit, ut omnibus, qui in hostili solo versantur, nec tamen servi sunt hostium, eadem libertate testari liceat, quomodo velint & quomodo possint, *l. un. pr. de bon. poss. ex testam. mil.* ubi & hoc ex § 1. discimus, milites tam navales quam legionarios, etiam remiges & vigiles, gaudere hoc privilegio. Proinde; cum pro hodiernis militibus eædem rationes, quæ pro Romanis, militent, nulla causa est, cur non perinde nostri sine ullis solennibus suprema sua ordinare possint, neque aliter in praxi servatur, teste Gailio 2. *obs. 118.* Gudelino *5. de jure noviss. cap. fin. n. 8.*

4. (d) Solennitatibus igitur cunctis in militari testamento remissis, nihil requiritur, quam ut certo constet, quid miles voluerit, & quod serio, quæ dixit, animoque testandi voluerit. Nam si quis fortuito sermone miles jactaverit, se aliquem facere, aut facturum heredem, id pro testamento minime observandum esse, Trajanus sancivit in § 1. *h. t.* ad arguendam sine dubio avaritiam antecessoris sui Domitiani, captare soliti hereditates hominum, qui vel uno teste probari poterant aliquando dixisse, heredem se facere Imperatorem, narrante Suetonio in vita ejus *cap. 12.* cujusmodi captatio improbatur in *l. ult. ff. Qui testam. fac. poss.* Sufficit autem de voluntate seria animoque testandi constare ea certitudine, quæ in omni probatione est necessaria. Proinde si militis ipsius scriptura proferatur, quam propriam ipsius esse non dubitatur, dicendum est, sine ullis testibus valere illud Testamentum, idemque erit, *si quid in vagina aut clypeo literis sanguine suo rutilantibus adnotaverint*, ut legimus in *l. 15. C. h. t.* imo si quid *in pulvere*, addit Imp. *inscripserint gladio suo:* cujusmodi tamen adnotatio desideratam certitudinem difficulter præstare poterit, si nulla testium præsentia scientiaque sublevetur: vis enim foret, ut perspicue discerni posset, utrum a moribundo milite, an ab alio literæ pulveri essent impressæ. In nuncupativo sane militis Testamento, duobus ad minimum opus esse testibus, docet Trajanus in *d.* § 1. ubi, *convocatis hominibus*, tot scilicet, quot ad probationem rei gestæ conficiendam jure communi desiderantur; At ubi numerus testium non adjicitur, ut hoc loco, etiam duos sufficere, Ulpianus respondit, eo quod pluralis elocutio duorum numero contenta sit, *l. 12. de Test.* (e) Jam quod privilegii loco militibus imputatur, etiam mutos & surdos eorum condere posse testamenta, id vix usum aut locum privilegii habere videtur, postquam omnes muti surdique hanc facultatem adepti sunt, modo voluntatem suam muti scribendo, surdi loquendo exprimere possint, *l. 10. C. qui testam. fac.* quod nec aliter de militibus intelligendum; quia nec fingi potest, testamenti factionem illis, qui animi sententiam declarare nequeunt, convenire; qualés plerumque causaria missione militum numeris eximuntur, ut Theophilus notat; post millionem autem militariter eos non posse testari, id monere, quod facit Theophilus, superfluum est.

5. (f) Siquidem de omnibus veteranis, hoc est dimissis e militia, traditum est, si testamenta condere velint, ea communi jure fieri debere, § 3. *h. t.* Erant autem veterani apud Romanos post Augusti tempora duplices, exauctorati & dimissi. Exauctorationis ea vis erat, ut milites sacramento solverentur, signis aquilisque ademptis, non tamen dimitterentur protinus, sed forsan in exercitu agerent sub uno aliquo vexillo, immunes a labore, vigiliis, excubiis & omni munere castrensi, excepta pugna in hostem. At

(c) *Pos. 2. 3.* (d) *Pos. 5. 6. 7.* (e) *Pos. 8.* (f) *Pos. 9.*

plenæ

plenæ missionis effectus, ut statim ab exercitu castrisque demum, aut in colonias irent, præmiis acceptis, agrisque, quos colerent, assignatis: Exauctoratio post sedecim stipendiorum annos fiebat; missionis plenæ tempora diversa & incerta erant, ut Tacitus *lib. 1. Annal. ibidemque* Lipsius tradunt. Et hæc erat honesta exauctoratio atque missio; Alia fuit ignominiosa tam missio quam exauctoratio, item causaria, ob valetudinem vitiumque animi vel corporis, de quibus in *l. 2. de his, qui infam. not.* Quocunque genere missionis miles esse desierit Testator, privilegio castrensi excidebat; præter honeste exauctoratos, & sub vexillo agentes, qui cum vere milites essent, privilegia quoque militaria merito usurpabant. Sed de testamentis jure militari a militantibus factis, quæstio incidebat, an ea post missionem protinus valere desinerent. *Hoc* cum durum, nec tamen jure consentaneum videretur, ut qui pagani dudum fuerant, cum Testamento imperfecto decedentes heredem inde haberent, placuit anni spatium veteranis plena vel causaria missione potitis indulgeri; intra quod, si post relicta castra morerentur, testamenta eorum valerent, diutius si viverent, infirmanda; quod utique de his, qui ignominiæ causa missi erant, non accipiendum, *l. 26. pr. & §1. h. t.* neque de illis, qui successoribus acceptis militare desinunt, ut præfecti, tribuni & similes, *l. 21. h. t.* quia verba constitutionis tantum de missione loquuntur, ideoque sic statuendum ait Africanus, *quantum ad verba* legis, subindicans ex mente & sententia secus statuendum. Cur enim duces & præfecti, qui æque discrimina belli adeunt, minori jure quam caligati gauderent? Cæterum adeo testamentum, cum intra annum a tempore missionis testator est mortuus, valet, ut nec aliter obtineat, si forte conditio heredis institutioni adjecta sub anni finem adhuc pendeat, ac postea demum existat, *d. § 3. in fin.* quia conditio existens facile ad principium actus, cui adjecta est, retrahi potest, *l. 16. de Condit. instit.*

6. (g) E contrario, si quis Paganus testamento neglectis solennibus juris condito, militiæ postea nomen dederit, quærebatur, an hoc Testamentum valeret, si postea miles factus moreretur; Affirmat Imperator, si novum aliquod voluntatis argumentum, quo constet, militem illud prius testamentum valere voluisse, editum fuerit, idque dum erat in expeditione, sit declaratum, *§ 4. h. l. 20. § 1. & l. 25. h. t.* Quod enim Ulpianus in *l. 15. § 2. eod.* nihil aliud hoc casu exigere videtur, *quam si militis voluntas contraria non sit*, capiendum de hypothesi, qua testator aliquod signum novæ voluntatis edidit: Hæc renovata voluntas, vel confirmat prius testamentum, vel contraria est; *si non sit contraria*, confirmat: ac ita his verbis confirmatio expressa infertur. Proinde si nihil fecerit aut dixerit miles, testamentum ante militiam imperfecte conditum ad privilegia militum non pertinet, ait Julianus in *d. l. 20. in fin.* ideoque *lex 15. § 2.* explicanda est ex hac *l. 20. & l. 25. & § 4. h. t.* tanquam clarioribus & expressis textibus; minime vero hæc capita legum interpretanda ex *d. l. 15. § 2.* ut vult D. Voetius *ad d. § 4. h. t.*

7. (h) Porro, quia patria potestas non obstat militi, quo minus de bonis castrensibus testari possit, ut *mox latius*, sequitur, militem quoque arrogatum, non modo novum condere posse testamentum, sed etiam hoc quod fecit, non infirmari, *§ 5. h. t.* Sive enim consideremus potestatem Arrogatoris in personam militis, sive in bona ejusdem, neutra in hoc comparata est, ut officere queat Testamento, quia, inquam, jus condendi habet Testamenti sub potestate constitutus: bona castrensia ad facultatem juris Patrii nulla ratione pertinent, multo minus emancipatio filiifamilias militis, evertit testamentum; Si enim hoc, cum Patri subjectus esset, valuerit, quid obstat, quo minus e manu dimisso illo, subsistat? Tu dices, si nihil obstet, ut revera nihil apparet, cur igitur in textu id monetur, testamentum militis per emancipationem *irritum fieri non videri?* Hærent Interpp. & sunt, quibus locus inextricabilis videtur, culpandusque Tribonianus ut minus *accurate & incongrue locutus*, ait D. Voetius. Sed ratio, per quam putari potest, testamentum emancipatione irritum fieri, est, quod per minimam capitis diminutionem, miles in imaginariam servilem causam deductus fuerit, *l. 3. § 1. de cap. dim.* per quam testamentum infirmatur, *l. 11. § 2. de bon. poss. sec. tab.* ut in loco videbimus; at huic scrupulo occurrit Imperator in *d. § 5. h.* & JC. in *l. 22. eod.* valere scilicet militis testamentum, quasi ex novâ ipsius voluntate; nec sane mirandum, si cui tot gravissima legum requisita indulgentur, huic imaginaria quoque subtilitas juris remittatur.

8. (i)

(g) *Pos. 10.* (h) *Pos. 11.*

8. (i) Exemplo militum quosdam togatos, quasi-milites appellari, notum, & alias intellectum est, qua de re elegans comparatio extat in *l. 14. C. de Advoc. diverf. jud.* Hinc peculium quasi-castrense, & jus ejus militari peculio simillimum, *supra* vidimus in loco. Sed ibi quidem comparatio illa, quod ad administrationem inter vivos, tractata fuit: hic etiam de ultimis voluntatibus additur; filiosfam. de peculiis quasi-castrensibus condere posse testamenta, quia hactenus pro patribusfam. habentur; sed quia in illis cessant pericula & occupationes castrorum, ideo solennitates juris communis, æque ab iis ac aliis civibus Romanis, observandæ sunt, § *ult. h. l. ult. C. de Inoff. test.* Qui textus insuper docent, non ideo tantum filiosfam. de bonis quasi-castrensibus habere jus testandi, quod ea pleno jure sint ipsorum, sed lege ad hunc effectum opus esse expressa; quia postquam castrensia peculia filiisfam. dudum propria facta fuerant, jus tamen testandi certis duntaxat ordinibus dabatur, ut consulibus, præsidibus, aliisque in eminentiori dignitatis gradu positis, non patronis causarum, magistris bonarum artium, similibusque: donec Justiniani constitutione generali his etiam provisum, concessumque jus libere & indistincte de bonis hisce testandi. Quod ideo restringendum non videtur, ut D. Voetius existimat *Comment. ad hunc tit. in fine*, qui illam testamenti factionem non debere concedi putat *filiisfam. nisi in quantum sunt quasi in expeditione togatorum, id est, ubi legunt, vel docent, vel consulunt, vel patrocinantur, vel aliis fungentes muneribus suis laboribus prodesse conantur.* Hæc enim limitatio rationem haberet, si filiosfam. de quasi-castrensi absque solennibus testari liceret, ut militibus. Nunc cum testandi potestas, a lege tanquam effectus pleni dominii sit concessa, sequitur, omnes, qui habent quasi-castrensia, simpliciter de illis testari, quanquam actu forte militiam togatam exercere desierint, neque opus est, excipere desides, qui nomine tenus sunt Advocati: vix enim est, ut tales peculium quasi-castrense, quod non nisi labore paratur, acquirere possint; si tamen sunt, excipiendi fuerint a privilegio.

Tit. XII.
Quibus non est permissum facere testamentum.

Causa prohibitionis prima, defectus status. Vitium animi. Vitia corporis. Improbitas.

(a) EX ea exceptione, quod Filiisfam. de veris & quasi-castrensibus jure testari queant, intelligitur, regulam esse, quod alioqui non possint. Neque illi duntaxat, sed omnino tres causæ, totidemque hominum ordines sunt, quibus testandi jus interdictum est. Etenim alii propter defectum status, (ita rectius dici, quam ob capitis diminutionem, ut est in *posit.* 1. monet Scholiastes noster,) alii propter vitium animi vel corporis, quidam ob improbitatem prohibentur. Status cum triplex sit, maximus, medius, minimus, totidem inde prohibitiones oriuntur. Ob defectum maximi status, id est libertatis, vetantur servi, tam vernæ & mancipia, quam qui pœnæ servi * dicuntur, *l. 8. § ult. ff. Qui testam. fac.* item qui in hostium potestate sunt, *l. 8. in pr. eod.* quorum quæ apud hostes condiderunt, testamenta non convalescunt, etiamsi redierint, § *ult. h.* quod secus obtinere de testamentis in hostili solo ab iis, qui captivi non sunt, factis, diximus *supra*, & probatur ex *l. un. de poss. ex test. mil.* Quod etiam ante captivitatem a cive conditum fuerat, id per secutam conditionem servilem minime fit irritum: Nam si manus hostium evaserit, reversusque in civitatem sit, valet testamentum fictione juris postlimii; si mortuus sit, successive heredes scripti censentur, exinde quo captus & civiliter mortuus fuit testator, juxta quam Lege Cornelia cautum, *d. § ult.* plura de postliminio & Cornelia lege, vide supra *lib. 1. tit. 12.* (b) Propter defectum medii status, juris scil. civitatis, testandi jus negatur deportatis, exsulibus, peregrinis, *l. 8. § 1. & 2. Qui test. fac. poss. l. 1. ad L. Falcid.* item obsidibus, nisi a principe jus testandi, vel usum togæ Romanæ impetraverint, *l. 11. Qui test. fac. l. 32. de jure fisci.* Mo-

* Ad mortem damnatus testamenti factionem activam adhuc habet, quod præter universalem ferme Germaniæ observantiam, in Saxonia *P. 3. C. El. 6.* confirmat, dummodo tale delictum haud commiserit, quod præter ultimum supplicium, bonorum confiscatione multatur. *d. C. 6.*

(i) *Pos. 12.* (a) *Pos. 1, 2, 3.* (b) *Pos. 4. 5.*

ribus

ribus hodiernis, ſublata ſervitute, ſtrictoque civitatis jure, quale Romanum erat, neque captivi apud hoſtes, nec obſides, nec peregrini, a teſtandi jure excluduntur.

2. (c) Propter minimum ſtatum, prohibentur Filiifamilias, *pr. h.t. l.6. pr. D. eod.* Ratio ab Ulpiano redditur in *tit. 20. §9.* quoniam nihil ſuum habent, de quo teſtari poſſint; ex qua ſequi videbatur, filiosfamilias de rebus, quæ pleno jure proprie ſunt ipſorum, condere poſſe teſtamenta: quod tamen negandum eſſe, modo probavimus ex *l. ult. C. de inoff. teſtam.* idemque luculenter patet ex *l. pen. C. Qui teſtam. fac. poſſ.* Ratio ſcilicet illa cauſam Decemviris dedit, ut lege XII. T. caverent, *Paterfamilias uti rei ſuæ legaſſit, ita jus eſto, l. 120. de V. S.* Sed non ſemper, quod ſemel auctoritate legis ſancitum eſt, ceſſante ratione, quæ legem introduxit, vim ſuam amittere, multa argumento ſunt: Teſtamenti factio, poſtquam Lege XII. T. ſtabilita eſt, ita juris publici habita fuit, ut ne Patre quidem conſentiente filiusfam. teſtari potuerit, quia lege antiqua excludebantur a teſtando, nec ulla nova admittebantur, *l. 6. h.t. & l. 25. §1. de donat. m. c.* Tantum de bonis caſtrenſibus & quaſi-caſtrenſibus, extant conſtitutiones expreſſæ, quæ filiusfamilias ultimarum voluntatum facultatem concedunt, *pr. Inſt. h.t. d.l. ult. C. de inoff.* De adventitiis igitur cum nullæ dentur Leges, certum eſt, non licere filiofam. de iis teſtari, ne quidem de hiſce, quorum proprietas ad ipſum pleno jure pertinet, quoniam legis ſuffragio deſtituimur. Nam quæ objiciuntur legum capita, ab aliis refutata ſunt, de quibus vide Bronchorſt. *3. controv. 21. & 2. miſcell. 17.* Fachin. *5. controv. 49.* Bach. *vol. 2. diſp. 10. th. 2. ad Treutl.* item in *tract. de action. diſp. ult. 2. coroll.* Præcipua difficultas objectionis, eſt *in l. ult. § filiis autem famil. C. de bon. quæ lib.* Nam quod in *Nov. 117. c. 1. § 1.* habetur, filiofam. de bonis, quorum uſusfructus Patri non quæritur, licere *quovis modo diſponere*, facile refellitur, cum ex proprietate verbi διοικεῖν, quod eſt in textu originali, atque ſignificat *adminiſtrare*, tum ex requiſito *perfectæ*, & excluſione minoris ætatis, quam eſſe 25. annorum, nec in teſtamenti factione requiri, conſtat. Sed in *d. l. ult.* ſic habetur; *Filiis autem familias in his duntaxat caſibus, in quibus uſusfructus apud parentes conſtitutus eſt, donec parentes vivunt, nec de iisdem rebus, teſtari permittimus &c.* Ergo de his, quorum uſusfructus ad Patrem non pertinet, teſtari licebit. Hanc conſequentiam præcidit alia Conſtitutio expreſſe in hanc rem lata, quæ eſt *in l. pen. C. Qui teſtam. fac.* ubi antiqua lex, de prohibitione teſtandi, non obſtante conſtitutione *de bonis quæ liberis.* adhuc durare dicitur, extra caſus, quibus olim ſpecialiter teſtandi facultas filiisfamiliarum data eſt. Verba igitur negativa *d. l. ult.* vel ab excluſione concludens argumentum, heic non ſufficit, opus eſt ſanctione nominatim teſtamenti factionem tribuente, quæ non eſt in *d. l. ult.*

3. (d) Sequitur ſecundus eorum ordo, qui teſtari prohibentur, quos inter ob animi vitium impuberes, furioſi & prodigi, *§ 1. h. t.* Impuberes prohiberi dicuntur, quia nullum eorum animi judicium eſt; Ex quo tamen cave colligas, puerum ante pilos ſolertem, & proximum pubertati, condere poſſe teſtamentum; neque enim quoties in particularibus ratio ſanctionis ceſſat, continuo vis quoque ceſſat ejusdem, ut alias dictum: Et quidem hac in re Lex nominatim requirit, ut teſtator annum quartum decimum compleverit, tamen ut exceſſiſſe non ſit opus. Proinde qui Kalendis Martiis natus eſt ultimo Februarii anni XIV. elapſo, ſtatim poſt mediam noctem jus conſequitur teſtandi, *l. 5. Qui teſt. fac.* Porro furioſi prohibentur, *quia mente carent*, ait Imp. Unde apparet, non modo eos, qui rabie animi agitantur, ſed omnes mente penitus captos & ad omnia cæcutientes, prohiberi: ſimpliciores autem & ſtupidiores, qui poſſunt mediocritatem officiorum, & vitæ communem cultum atque uſitatum obire, a jure teſtandi non excluduntur, qua de re videatur Sand. *l. 2. tit. 1. definit. ult.* In hoc autem differunt furioſi a dementibus, (*l. 2. de Inoff.*) quod hi cæcitate animi continua absque intermiſſione laborent, illi vero per intervalla quiete aliqua inumbrentur, quin & longiore aliquando rationis uſu fruantur. Cum dilucidæ ſunt remiſſiones, omnia gerere poſſunt ὡσανεὶ σωφρονοῦντες, *tanquam ſapientes*, ideoque & facere teſtamenta, *a. l. 9. C. Qui teſt. fac.* & teſtes in aliorum teſtamentis adhiberi, *l. 20. § 4. D. eod.* Id vero facile intelligitur, teſtamentum ab homine ſanæ mentis & boni moris conditum, ſuperveniente furore, aut luxuria, atque interdictione bonorum vitiove corporis, nullo modo vitiari, *l. 6. § 1. & l. 18.*

(c) *Poſ. 7. 8.* (d) *Poſ. 9. 10.*

cod. quanquam si status testatoris capitis diminutione mutetur, testamentum prius factum valere desinit, *l. 6. §5. & seqq. de injusto rupto testam.* qua de re infra ad §4. *Quib. mod. testam. infirm.* furiosis æquantur fere per omnia prodigi, nominatim quoque in prohibita testamenti factione, §2. *h. l. 18. D. eod.* Quia tamen prodigus mente non caret, sed corrupto solet esse judicio, & suis, quorum opera bonis ei interdictum est, infesto, hinc si re ipsa contrarium ostendat, feceritque testamentum, in quo & sanguini æquum honorem habuerit, piasque in causas legata reliquerit, adeoque ita, ut hominem siccum sobriumque decet, testatus sit, Leo Imperator in *Nov. 39.* voluit ejusmodi Testamentum approbari, quam limitationem ut perhumanam Practici laudare videntur, ut tradit Sandius *lib. 2. tit. 1. definit. 3.* ubi & aliud, quod faciliorem mereatur assensum, docetur; si cui luxurioso propterea ab propinquis curatum sit bonis interdici, ne testamentum facere, aut mutare possit, ejusmodi interdictionem, ut in fraudem juris factam, bonisque moribus contrariam, nullo modo infringere testandi libertatem.

SCHOLIUM.

De hoc tamen non immerito dubitare liceret, arg. l. 12. vers. Prætor. de J. & J. l. 207. de R. J. *Conf. Strauch.* IX. 8. ibique notata pag. 106. *& in formato a Sande casu aliæ insuper adsunt* circumstantiæ.

RESPONSIO.

Sandius adducit duas rationes ex facto, utramque a nobis heic collocatam. In ultima, quæ Scholiastæ displicet, fundat imprimis decisionem. Alteram, quæ a nobis priore loco posita est, addit quidem: Sed eam minime tamen validam esse, mox ostendemus. De eâ, quam Scholiastes notat, ratione nihil dubitandum videtur. Textus ab eo allegati nihil habent, nisi rem judicatam pro veritate, consequenter prodigum declaratum pro tali semper habendum. Atqui legibus & sententiis nihil derogat, qui sic ait; Eos, qui in fraudem legum & sententiarum agunt, earum fructu non gaudere; judicis esse cavere, ne malitiis indulgeatur. Si fraus Senatus adhibita sit consulto, cessare SC. docet Ulpianus in l. 7. §3. ad SC. Macedon. *Quo minus id decreto prodigi declarati applicetur, nihil obstare potest.*

N. ADDIT.

Ea, quæ in fraudem legum & sententiarum fiunt, item SCtorum, parum apte huc applicantur: Talia enim præsupponunt existentiam legum, sententiarum, SCtorum, l. 29. 30. de LL. *At fraus, de qua loquitur Autor, præcedit sententiam, nec propterea eam ipso jure reddit irritam, cum Prætor etiam inique jus dicens, jus tamen dicere prædicetur,* l. 11. de J. & J. *Deinde petitur id, quod est in principio quæstionis, cum supponitur, quasi propinqui, qui luxurioso (de hoc enim diserte loquitur Autor in præcedentibus. Aliud forte foret, si homini frugi, per calumniam propinquorum & collusionem cum Judice, bonis fuisset interdictum, ne testamentum faceret), curarunt bonis interdici, ne testamentum faciat, fraudem commiserint. Quid enim fraudis est, conservare mediis legitimis successionem, quæ a lege debetur? Nec credo, vocasset hoc fraudem Autor, nisi supra cum Grotio docuisset, testamenti factionem esse Juris Naturæ & Gentium, quod tamen falsum esse, docui nuper peculiari dissertatione* de origine successionis testamentariæ.

4. Verum Sandius addit rationem *aliam*, ex Novella Leonis Philosophi XXXIX. qui reprehendit veteres, quod acta gesta mortis causa, vel inter vivos, prodigorum indistincte nulla esse voluerint. Ipse disputat, hujusmodi servandum esse moderamen hac parte, *si quid*, ait, *inutiliter gestum sit; non admittere, in quo vero aliqua utilitas vertitur, id suscipere oportet.* Sic Imperator Philosophus, longe aliter quam antiqui Jurisprudentes, qui jura condiderunt generalia & stabilia, neque pro casuum varietatibus aliter ac aliter usurpanda; ne quidem etsi ratio juris introducti in certis casibus evidenter cessaret. Ecce; Impuberes non possunt facere testamentum, *quia nullum eorum est animi judicium,* §1. *h. t. Inst.* Detur Impubes, qui multo solertior sit quam alius pubes, non poterit tamen facere testamentum. *Minorum bona non possunt alienari*, nisi ex causa æris alieni, aliave præcise necessaria, *l. 22. C. de admin. tut.* lata hæc lex est in eorum utilitatem. Quid si detur occasio vendendi res minoris cum utilitate insigni, valetne alienatio? Non valet, ut Sandius ex sententia Curiæ recte differit in *lib. 2. tit. 1. def. 14.* idque religiose in Senatu & abscisse servatur. Ratio, quia cum semel ita receptum est; ut prohibitiones ejusmodi cessent, ubi cessat ratio in his aut illis casibus, nihil certi juris habemus, sed totum a judicum arbitrio pendet. Verissimum in his omnibus est illud Taciti, quod legi applico: Omnis lex *habet aliquid ex iniquo*

iniquo, quod utilitate publica contra singulos rependitur. Sufficit, legem in universum Reipublicæ esse utilem; si quando certis in casibus durior videatur, id utilitate constantis observantiæ superatur. Videndum, ne non idem de alienationibus prodigorum per testamenta, vel contractus, (de utrisque Leo differit,) eventurum sit; valeant, ait ille, si bene utiliterque, non valeant, ubi secus consultum fuerit. Standum potius Jure Civili, quod rectum & æquabile est in universum, etsi casibus aliquando singularibus observatio legis durior videatur.

5. (e) Prohibitio propter corporis vitium, pertinet ad surdos, mutos & cœcos. De surdis & mutis sunt textus in §3. *h. & l. 10. C. eod.* quorum summa huc redit; Posse mutum ac surdum testari, si voluntatem suam declarare valeant; mutum, si scribere, surdum, si loqui potest, tum hunc nuncupativum, illum etiam scriptum condere posse testamentum; Quin etiam mutum surdumque simul, eandem habere potestatem. Quod per se intelligitur, non posse de alio quam de eo, cui sinistro casu audiendi loquendique facultas ablata est, accipi; Nam cui a primis natalibus occlusæ fuerunt aures, hunc necessario & mutum esse, aut saltem ἀσήμως sive ἀνάρθρῳ Φωνῇ, voce inarticulata loqui, ratio flagitat, quicquid Justinianus in *d. l. 10.* cum Celso philosophetur. Potius enim Plinio in hoc genere crediderim, *lib. 10. c. 69.* quam Justiniano affirmanti, neminem reperiri adeo nihil exaudientem, quin percipere possit, quod alius *supra cerebrum* ipsius loquatur, qua de re videatur tamen Menagius *amæn. jur. cap. 27.* qui id exemplis quibusdam confirmat. Ipse alioqui hominem vidi a nativitate surdum penitus, ut ferebant, qui amicos & res necessarias nominibus suis appellaret, multaque verba imitari posset cum perspicuo intellectu, idque ex solo motu labiorum, quem in aliis animadvertisset.

6. (f) Mutis porro surdisque subjunguntur cœci, quos Paulus *lib. 3. sentent. 4. Testamentum*, ait, *facere posse, quia accire possunt adhibitos testes, & audire sibi testimonium perhibentes.* Sed Justinianus ad impediendas fraudes, quarum maxime apud cœcos copia, formam testandi peculiarem illis præscripsit in *l. 8. C. h. t.* qua primo cavetur, Testatorem cœcum voluntatem suam nuncupare debere, tum præter septem testes adhibere tabularium, qui dictatam voluntatem calamo excipiat, vel si tabularii copia haberi nequeat, octavum vocare testem, qui id loco tabularii præstet, omnesque deinde subscribant, & signa sua apponant. Qua in re notandum, ex præcepto Legis Testamentum ita fieri nuncupativum, & sine scriptis; necessarium tamen esse, ut scribatur, eique subscribatur: Unde colligimus; non quicquid ad necessitatem alicujus rei pertinet, etiam pertinere ad essentiam: cum enim testamentum illud sit nuncupativum, fieri nequit, ut solennitas scripturæ, quæ est propria speciei contrariæ, alteri oppositæ speciei sit essentialis. Est tamen, ut e textu apparet, omnino necessaria. Cæterum, potest etiam cœcus, Testamenti instar scripti condere, hac ratione; ut voluntatem suam dictet amico, dein testes convocet cum tabulario; qui scriptam voluntatem in præsentia testium ac testatoris prælegat, dein Testator declaret, se vere ista & ex animi sui sententia disposuisse, tum testes roget, qui deinde cum tabulario subscribant & signent: mysticum vero, id est, occultum testibus, non potest cœcus condere testamentum, *d. l. 8.*

7. (g) Quarta prohibitionis causa, est Improbitas, per quam primo testari vetantur omnes capitis damnati, quia, ut inquit Gajus in *l. 8. § ult. D. h. t. Libertatem perdunt, bonaque eorum publicantur; unde apparet, amittere eos testamenti factionem.* Atqui cum hodie capitis damnati libertatem retinent, quia servitus pœnæ sublata est, *Nov. 22. c. 8.* ut & sublata est publicatio bonorum, *Nov. 134. c. ult.* inde consequi putat Wesenbecius, *paratit. d. t. n. 13.* quod jure novo capitis damnati testamenta condere possint, quia cessent perspicue rationes, quibus olim effectum fuit, ut testamenti factione excluderentur, *d. l. 8. § 5.* Sed etsi publicatio bonorum improbata & abrogata sit, damnatis tamen dispositio de illis minime concessa fuit, sed lex bona defert propinquis lineæ rectæ, quibus deficientibus adhuc publicatio sequitur, *d. Nov. 134. c. ult. in fine.* Ideoque magis est, ut jus vetus hac parte mutatum non videatur. Idque probat Carpzovius *part. 3. Qu. Crim. 35. n. 19. & seqq.* etsi de moribus aliter fere servari, tradit.

SCHOLIUM.

Imo videtur esse mutatum, non tam ob rationem Nov. 134. c. ult. *quam ob rationem* Nov. 22.

(e) *Pos. 11.* (f) *Pos. 12.* (g) *Pos. 13. 14. 15.*

c. 8. *vid. Wesenb.* in Paratit. Qui testam. fac. poss. n. 13. *ibique Hahn. Cui sententiæ favet & Praxis morum nostrorum, & inprimis juris Saxonici.* Wesenb. d. l.

RESPONSIO.

Ratio servitutis pœnæ & publicationis bonorum, utraque in solidum, faciebat olim, ne damnatis testamentum facere liceret. Igitur, quando altera ex iis ratio supersit, manet prohibitio. Scholiastes ipse fatetur, Rationem, quæ est a Publicatione bonorum, hac parte non esse sublatam. Ergo illa sufficit ad prohibitionem sustentandam.

N. ADDIT.

Fateor, me aberrasse a vero in Scholio, & jam Autori consentio. Nam Novella 134. *derogat hac parte* Novellæ 22. *Et notum est, Justinianum in materia successionum mire variasse.*

Deinde improbitatis causa prohibentur intestabiles, de quibus jam diximus. Postremo, qui incestis se nuptiis funestarunt, extraneos heredes instituere nequeunt, *l. 6. & Auth. incestas. C. de incest. nupt.*

TIT. XIII.

De Liberis exheredandis.

Quid exheredatio. Præteritio filii f. quem habeat effectum. Requisita exheredationis. Posthumi quid habeant juris. Quid emancipati & adoptivi. Quid novi juris introductum. Militaris testamenti hac parte licentia. Causæ exheredationis. Graviores similesque causas ejusdem generis admitti. Omissionem causæ non facere nullitatem.

(a) INter cætera, quæ ad ordinanda Testamenta necessario desiderantur, principale jus est, de liberis heredibus instituendis, vel exheredandis, *l. 30. de lib. & posth.* adeo ut heredis institutio sit basis, caput, ac fundamentum testamenti, § 34. *Inst. de Leg.* Hanc docendi causa distinguere licet in voluntariam & necessariam. Voluntaria sit eorum heredum, qui pro lubitu institui, vel exheredari possunt. Necessaria ad eos pertinet, quos testator instituere cogitur, nisi justam exheredandi causam habeat, *pr. h. t. l. 17. de injust. rupt. testam.* tales autem proprie sunt liberi, in potestate testatoris constituti, jure civili; & emancipati quoque jure Prætorio, *d. pr. & § 3. h. d. l. 17.* Quia autem in heredis institutione primum præcipuumque caput est, quod ad liberos testatoris pertinet, ideo de his instituendis, vel exheredandis, tam in Pandectis quam in Institutionibus, primo loco agitur; Et quidem hæc inscriptio, de *exheredandis* duntaxat meminit; quoniam institutio tam extraneis quam suis heredibus communis est, exheredatio autem proprie de solis liberis, & quidem suis, usurpatur, quemadmodum emancipatio, *l. 132. de V. O.* Extranei non dicuntur exheredari, nisi cum prius instituti, postea a successione submoventur, ut in *l. 27. ad L. Falcid.* Locum igitur exheredatio duntaxat habet in his, qui necessario instituendi, vel exheredandi sunt, atque ita Exheredatio est Exclusio ab hereditate lege *data:* Nam *sui*, id est, qui *defuncto proximi, atque in ejus potestate sunt*, ipsa lege datur immediate hereditas, reliquis tantum defertur, § 2. *Inst. de hered. qualit.* quanquam latius & abusive, Exheredatio pro omni exclusione ab hereditate, aliòqui lege competente, sumi possit ac soleat.

2. (b) Filiifamilias igitur necessario instituendi, vel exheredandi sunt. Nam silentio si prætereantur, testamentum adeo totum & ipso jure nullum est, ut nec legata, nec fideicommissa, nec libertates exinde valeant *; nisi filius ultro in paterna voluntate acquiescat, ejusque bonis abstineat; tunc enim dispositio, licet subtilitate juris invalida, ex bono & æquo sustinetur, *l. 17. de injusto rupt. testam. & l. 4. C. de lib. præt.* etiamsi filius ante patrem decesserit e vivis, *h. pr.*

* Jure Saxonico Electorali, testamentum hujusmodi, in quo Pater filium nec instituit, nec exheredavit, tantum quoad institutionem nullitatis vitio laborat, legata autem & fideicommissa in eo relicta, sustinentur, & ab heredibus ab intestato ad successionem pervenientibus, præstanda sunt, *P. 3. Const. El. 9.* ibique Carpz. *Def. 3.* Eadem Constitutione Matris quoque & Maternorum Ascendentium prætertio non pro exheredatione habetur, ut jure Romano, v. § 7. *I. h.* sed, salvis legatis ac fideicommissis, etiam talis dispositio nullitatis vitio laborare censetur, conf. Carpz. *L. 6. Resp. 10. n. 3.*

(a) *Pos. 1. 2.* (b) *Pos. 3. 4.*

l. 7. d.

l. 7. d. t. de lib. & posth. imo licet renunciaverit hereditati patris viventis, legitimaque ab illo accepta contentum se fore promiserit, per *l. 35. §. 1. C. de inoff. testam.* Sed Irnerius Constitutioni *l. ult. C. de lib. praeter.* subjecit excerptum authenticum ex *Nov. 115. c. 3.* quo juri veteri ex parte derogatum videtur. *Ex causa exheredationis*, inquit, *vel praeteritionis, irritum est Testamentum, quantum ad institutiones. Cetera namque firma permanent.* Verum, si conferatur his locus cum ipsa Constitutione, unde sumptus est, patebit, eum de tali praeteritione accipiendum, quae pro exheredatione habetur, facta scilicet a matre, vel avo materno, § *ult. h.* Imperator enim tota ista *Nov. 115. c. 3.* docet, quomodo testamentum per querelam inofficiosi expugnetur, quam certum est, filio a patre praetermisso, nequaquam dari, ut notissimum, & probabitur *infra ad tit. de inoff. testam.* Indicat *in princ. d. cap. 3.* velle se aliquid prohibere, quod olim erat permissum. Atqui praeteritio patris olim aeque illicita erat ac hodie: sed matris avique materni praeteritio, sine expressione causae valebat, dum querela rescinderetur, *d. § ult.* Hanc igitur cohibere, at de illa nihil sancire voluit. Consilium ipsi fuit, liberis prospicere adversus morositatem parentum: non contra, effectum aliquem tribuere ipsorum praeteritioni, ut dissentientes volunt. Autores hujus sententiae sunt Alciatus *4. parerg. 10.* & Cujac. *in d. l. 19.* aliique. Diss. Dd. communiter, & Bronchorstius *cent. 3. assert. 29.* qui per *d. Authent. Ex causa.* mutatum esse jus vetus opinantur, quod nullo modo statuendum est.

SCHOLIUM.

Ego vero mutata esse statuo. Autoris quippe opinio eo fundamento nititur, quod in d. N. 115. C. 3. agatur de testamento ope querelae inofficiosi rescindendo, cum tamen agatur de testamento ipso jure nullo, sicut mox dicetur. Conf. Not. ad Strauch. IX. 15. p. 108.

RESPONSIO.

Apparet, inde quaesiti pendere summam, utrum in C. 3. d. N. 115. agatur de testamento ipso jure nullo, an, quod per querelam sit rescindendum, quod nos tenemus: idque sub finem hujus tit. comprobavimus, quo lectorem remittimus.

N. ADDIT.

Quod circa hanc quaestionem Dd. ita frequenter dissentiant, ita ut communis opinio repugnet communi opinioni, in causa est, quod Tribonianus, vel qui fuit minister Justiniani in conscribendis Novellis, ea laboraverit imbecillitate ingenii, ut non potuerit sensa animi breviter & dilucide proponere; sed ubique fere in verbis prolixus sit, & multa otiosa ac inania verba adhibeat, in sententia vero sit obscurus, ut nescias, quid voluerit, aut ut facile in utramque quaestionis partem suppeditet argumenta. Ita & in praesente quaestione contigit. Pro querela nullitatis faciunt verba initialia: non licere penitus *patri, vel matri &c. liberos praeterire, aut exheredes facere, testamento, nisi forsan probabuntur ingrati, & ipsas* nominatim *ingratitudinis causas parentes suo* inseruerint *testamento. Ex his verbis, si sola essent posita, quilibet facile intelligit, quod Imperator* formae *exheredandi pristinae, aliquid addere diserte voluerit, & licentiam pristinam firmiter etiam exheredandi restringere, unde sequitur, si quid contra factum fuerit, querelam nullitatis locum habere. Sed cum in verbis sequentibus postea verbum* evacuationis *in istis casibus adhibuerit Imperator, hac voce arrepta Dd. in aliam plane sententiam abierunt, putantes, querela inofficiosi impugnandum esse testamentum. Qui dissensus non est de inani conceptu formulae, sed in re ipsa etiam diversos effectus sortitur, quos exponit Autor* hic n. 14. *Jam videndum, quid utraque sententia utrique respondeat. Autor priori respondet* initio d. n. 14. *exheredationem non debita forma factam, pro praeteritione haberi, non esse axioma universale, sed valere saltem de forma exheredationis secundum Jus antiquum. Quod quidem miror, Viro tanti Judicii excidisse, quasi nimirum forma novi juris desinat esse forma. Desinit autem, si potest adesse vel abesse, sine laesione negotii, cujus forma est. Igitur haud dubie Dd. sententiae prioris, hanc distinctionem Autoris inter formam, a qua essentia & subsistentia rei dependet, & a qua non dependet, non agnoscent, sed eum ad scholas Metaphysicorum remittent. Deinde dicit Autor, si explicatio prior obtinet, fieret nimis magna strages juris antiqui, sublata bonorum possessione contra tabulas, differentia suorum & emancipatorum quoad institutionem, sublatis item maxima parte titulis ff. C. & Inst. de inofficioso testamento & similibus. Quod profecto nimis gravis sit praejudicii, si statuamus, Justinianum, qui nunquam jus vetus, nisi cum multa praefatione, & ostentatione prudentiae suae, abrogat, tot tamque praecipua juris capita, una con-*

sequen-

sequentia silentioque abolevisse. Sed hoc argumentum saltem pro illustrante, non pro probante habendum est. Ostentationes Justiniani sunt fere in præfationibus Novellarum. Præfationes vero potissimum diriguntur ad materiam, de qua agit capitulum primum. At vero in Nov. 115. *prioribus duobus capitulis deplane diversa materia agitur, nempe de appellationibus & aliis capitibus, ad processum pertinentibus. His, nescio quo fato, emendatio de querela inofficiosi fuit adjuncta. Forte etiam occasio talis emendandi fuit, quæ non præbuit magnam ostentationis causam. Jam enim alii notarunt, & ostendunt ipsæ leges Justiniani, quam turpiter inconstans fuerit in ferendis & mutandis legibus, testamentarias successiones & legitimas respicientibus. Deinde ista objectio Huberi ferit pariter ipsius sententiam ac nostram. Nam Jus antiquum pariter magnam stragem patitur eodem modo, etiamsi in istis casibus detur querela inofficiosi. Qui vero priorem sententiam defendunt, illi respondent ad verbum* evacuandi, *id sumi in sensu laxiori, ut correspondeat etiam querelæ inofficiosi.* vide Scholium infra ad tit. de inoffic. Testam. n. 16. ab autore relatum. *Deinde urgent, si semper, ubi quis contra dispositionem Novellæ fecerit, daretur querela inofficiosi, nulla esset differentia, an quis secundum, an vero contra Novellam fecerit. Nam &, si quis secundum jussum Novellæ heredem exheredaverit, inserendo nominatim aliquam ex istis causis 14. tamen poterit heres legitimus querela inofficiosi uti, eum in finem, ut heres probare debeat illam causam. Si ergo quis causam exheredationis non inseruerit, & heres legitimus instituat querelam inofficiosi, at heres scriptus probet, aliquam ex 14. causis subesse, tum sane non obtinere possit actor, qui obtinuisset, si instituisset querelam nullitatis. Adeoque verba Imperatoris de inserenda nominatim causa, nullum haberent effectum, sed frustra essent posita, & impune possent negligi. Mihi quidem ista ratio fortissima videtur. Sed aliter visum Autori, qui* infr. n. 14. *respondet, ostendendo rationem disparitatis inter querelam inofficiosi prioris & posterioris generis. Cum enim causa exprimitur, dicit, heres ad probandam eam causam admittitur, eaque probata exheredatio habet effectum cum exclusione exheredati. Sed omissa causa, exheredatus querelam necessario obtinebit, ejusque præsidio testamentum oppugnabit. Hic dissentientes rem ipsam quidem concedent in posteriori casu, si videlicet querelam nullitatis instituas, negabunt vero, istam assertionem admitti posse, supposito, quod eo casu querela inofficiosi fuerit instituta. Fundat se querela inofficiosi, quanta quanta est,* in iniquitate *testatoris, quod videlicet contra regulas æquitatis & pietatis, sine justa causa actorem exheredaverit, aut præterierit.* pr. Inst. de inoff. testam. *Jam ponamus: Testator post Novellam* 115. *exheredavit filium, non apponendo causam. Filius querelam instituens non poterit aliter conqueri, quam quod Pater* inique & sine justa causa *exheredaverit. Igitur quæstio est inter actorem & reum, an ea actoris assertio sit vera. Et nulla adeo ratio subest; quæ reum excludat a probatione, quod justa causa exheredandi, nimirum aliqua ex illis 14. subfuerit. Quod si urgeas, ita formulam agendi in hoc casu non debere concipi, sed hoc modo: Pater me injuste exheredavit, quia nullam causam adscripsit: Et sic heredem ad probationem causæ non admitti, quia hic sit saltem in quæstione, an pater scripserit, vel non, quod evidentia testamenti ostendat. Contra haud dubie respondebunt dissentientes, formulam hoc modo formatam, non pertinere ad querelam inofficiosi testamenti, sed ad querelam nullitatis. Neque enim ullam subesse iniquitatem, quod pater causam non adscripserit, quamvis ita recte dicatur* injuste *exheredasse, quatenus injustum denotat id, quod* non solenne, *& ita* nullum *est. Jam uti cuilibet liberum relinquo eligendi sententiam ex istis duabus, quam voluerit, ita non diffiteor, si res ex meo definienda foret ingenio, mihi adhuc placere priorem sententiam præ contraria Autoris.*

Cæterum, jure Prætorio non esse per se nullum id testamentum, in quo filius fam. est præteritus, dixi *ad tit. de Testam ordin.* & probatur, quia dat bonorum possessionem contra tabulas filiofam. præterito, perinde ac emancipato, § 12. *I. de hered. ab intest.* quod fieri non posset, si tabulas pro nullis haberet. Quanquam tamen absolute illas non probat, quia scriptis heredibus non dat possessionem secundum tabulas, nisi cum certum est, filium jure suo non usurum, *l. 2. pr. de bon. poss. sec. tab.* Quin etiam, si filius malit uti b. possessione *Unde liberi*, ab intestato, hanc quoque concedit, *l. 1. § ult. Unde liberi*; *scil.* rei veritate potius & eventu, quam specie tabularum considerata. Unde liquet, præcipuo respectu tabulas a Prætore quasi pro nullis haberi

haberi, quia non ſecundum eas, ſed ab inteſtato dat b. p. Agnoſci autem tabulas pro tabulis, non ut effectum vel minimum habeant; ſed ut filiisfam. præteritis, remedium jurisdictionis illis accommodet.

3. (c) Exheredatio ut recte fiat, deſideratur *in hoc princ.* 1. ut nominatim filius exheredetur; nam filiam neceſſe non erat proprio nomine demonſtrari, ſed *inter cæteros* ſub generali excluſione comprehendi poterat, *d. princ. l. 1. 2. 3. D. h. t.* II. Pure, non ſub conditione, *l. 3. § 1. eod.* Ratio utriusque eſt in *l. 18. pr. de bon. poſſ. contra tab.* quia liberi certo parentum judicio exheredari debent, certum autem non eſt, quod a conditione ſuſpenditur, aut locutione circumducta ſignificatur. Tertio, debet fieri exheredatio a tota hereditate, non ab re certa, veluti a fundo, *l. 9. h. t.* tametſi inſtitutio ex re certa jure fieri poſſit, ut infra videbimus, & in ipſa *l. 19.* memoratur. Quin etiam, ſi legatum filio Pater reliquerit, eumque a reliqua hereditate excluſerit, non valere exheredationem, Paulus ex ſententia Scævolæ reſpondit in *d. l. 19 de lib. & poſth.* niſi legatum illud acceperit atque agnoverit filius-fam. *l. 10. § 1. & l. 12. pr. de inoff.* aut legatum quartam legitimam exæquet, *§ ult. Inſt. de inoff.* quomodo poſſunt, ut videtur, conciliari *d. l. 19. & d. l. 10. § 1. l. 12. pr. de Inoff. teſt.* Subtilius & forte rectius ita poteſt dici; non valere legatum, quo exheredatio leniatur & limiterur, ad eamque ſe referat: ſeorſim ab exheredatione legatum, ut cuivis extraneo relictum; quo minus valeat, nihil obſtare videtur. Quarto requiritur, ut exheredatio fiat ab omnibus heredibus, non a certa perſona. Quinto, *ab omni gradu*, non a ſolis inſtitutis, ſed etiam a ſubſtitutis, hoc modo: *Uxor heres eſto, Cajus filius exheres eſto, Si uxor heres non ſit, Titius heres eſto, Cajus filius exheres eſto. l. 3. § 2. 3. 6. de lib. & poſth. & l 8. § 3. de bon. poſſ. contr. tab.* Quod ſi ab uno tantum herede filium exheredaverit, inſtitutio tota vitiatur; veluti: *Titius, filio Cajo excluſo, heres eſto. Mævius heres eſto, Lucius, Sempronius heredes ſunto, d. l. 8. § 3.* Quod ſi a primo gradu praeteritus, a ſecundo exheredatus ſit, (veluti, *Titius heres eſto, ſi Titius heres non ſit, Mævius, filio meo excluſo, heres eſto*) primus tantum gradus vitiatur, & ſubſtitutus ſit ſtatim heres, *d. l. 3. § ult. & l 43. § 2 de Subſtit.* Sed media inter utrumque gradum exheredatio ad utrumque porrigitur, *d. l. 3. § 4.* item, quæ facta eſt ante primam, vel poſt ultimam inſtitutionem, pertinet ad omnes, *§ 3. d. l. 3.* Horum trium requiſitorum ratio, non multum abludit ab ea, quæ in duabus prioribus fuit, quod exheredatio non niſi certo parentum judicio, plenoque & determinato fieri debeat conſilio, ut pater filium quaſi morte dignum judicet, idque ſine *remorſu*, cujus indicium eſſe videtur, ſi non plene planeque eum excludat; ſed, oſtio clauſo, feneſtram rurſus aperiat.

4. (d) Debet etiam juſte fieri exheredatio, hoc eſt, ob aliquam ingratitudinis cauſam Legibus expreſſam, de quibus paulo inferius agetur. Sed in Poſthumis doctrina præteritionis paulo aliter ſeſe habet. Sunt autem Poſthumi (potius poſtumi) proprie, qui poſt obitum Patris ſui naſcuntur; at in hoc § generaliter, qui poſt factum teſtamentum, ſui heredes teſtatori adnaſcuntur, qui etiam inſtitui debent, vel rite exheredari, ſcilicet pure, ab omni hereditate, & *nominatim*, ſi maſculus naſcatur; nam ſi femellæ, exheredatio inter cæteros facta valebat, modo aliquid iis legaretur, ne per oblivionem præteritæ viderentur, *hoc § 4.* Præteritio autem poſthumi non facit teſtamentum ipſo jure nullum, ut a principio non valeat; ſed ante nativitatem jure factum cenſetur, *l. 3. § 4. de injuſto rupto*; & demum agnatione poſthumi rumpitur, atque *ea ratione totum infirmatur*, ait Imper. *d. § 1.* unde patet, neque legata, nec fideicommiſſa ex eo deberi, quod per *Nov. 115.* non magis eſſe abrogatum, quam modo præteritionem filiorum fam. ex rationibus ante productis apparet, etſi diſſentiat Pacius *ad hunc §*, Accurſius, & alii, quos ſequitur noviſſime D. Wiſſenbach. *ad tit. D. de ventre in poſſ. mitt.* etiam *Scholiaſtes* noſter *ad poſit. 10. h. t.* Jure veteri memorant, poſthumos & infantes potuiſſe exheredari, jure novo poſſe nequaquam, utpote quibus nulla conveniat cauſa ingratitudinis. Sed verius & utilius, hac parte minus inter jus vetus & novum, quam illis videatur, diſcriminis reperiri. Nam jure veteri non apparet, filios, de quibus probari poſſet, quod ſitis erga parentes officioſi fuiſſent, cum effectu potuiſſe exheredari, ita ut a bonis paternis penitus excluderentur; ſed tantum hoc ſenſu, quod teſtamentum, in quo puer, vel poſthumus exheredaretur, immediata vi legis non eſſet nullum, neque ſola nativitate rumperetur, ſed initio va-

(c) *Poſ. 7.* (d) *Poſ. 8. 9. 10.*

leret, donec per querelam expugnaretur, *§ 2. in fin. de inoff. teſtam.* quod aliter jure noviſſimo obtinere, nulla ratione locove animadvertimus; Nu quam enim traditur, teſtamentum, in quo posthumus sit exheredatus esse nullum, vel agnatione rumpi, sed per querelam rescindi, *N. ult. c. 3.* Saltem hoc interest hodie, quod, cum olim cauſæ pro arbitrio Centumvirorum probari, vel improbari poſſent, nunc Imperator certum earum numerum præſcripſerit, quorum canone judices obſtringerentur. Sed aliquas olim cauſas Patrem habere debuiſſe, proba ur ex *l. 7. de bon. damn.* ubi, *certis de cauſis*, vel potius, ut haber lectio Florentina, *meritis de cauſis.* Nam ſi probare poſſent liberi, *quod obſequium debitum jugiter parentibus adhibuerunt*, adeoque *immerentes* ſe fuiſſe excluſos, per querelam hereditate potiebantur, *l. 5. D. h. t. & l. 28 de inoff.* duntaxat fuere cauſæ, quibus, ſalva pietate Parentem moveri conſentaneum fuit, velut ſi filium aliunde locupletem in gratiam liberorum egentium exheredem ſcribat. Matri quoque videtur fuiſſe permiſſum, ut odio mariti, filium ex eo ſuſceptum Patri quaſi relinquere, & a ſucceſſione removere poſſet, quod ut iniquum prohibuit Juſtinianus in *l. 33. § 1. C. de inoff. teſt.* Adde Vinnium *Comm. ad d. § 2.*

5. (e) Hæc non modo de poſthumis ſtricte ita dictis, qui poſt *humationem* patrem ſunt nati, ſed de omnibus, *qui poſt teſtamentum factum jus ſuorum heredum conſecuti ſunt*, intelligenda fuerint: ſic enim ſi tu poſthumos definieris, omnes eorum ſpecies, quæ variæ ex variis legum capitibus fuere, perſpicue complecteris. Sunt autem vere, vel quaſi *poſt nati.* Vere, poſt *mortem teſtatoris*, vel eo vivo *poſt* factum *teſtamentum*, tam filii, quam nepotes. *Quaſi poſt nati*, ſunt Nepotes, qui vivo eo, vel ante, vel poſt factum teſtamentum nati ex filiofam. mortuo, vel emancipato Patre, avo in locum proximum, ac ita *ſui* heredes evaſerunt; de quibus paulo agetur diſtinctius *ad h. t. ff.* Veri poſthumi agnaſcendo, ſicut intelleximus, rumpunt teſtamentum. Quaſi tales idem *quaſi* agnaſcendo *rumpere* dicuntur: & ſic ad imitamentum veræ agnationis atque ruptionis, jure, quæ de poſthumis veris prædicavimus, huc ἀπὸ κοινῆς transferuntur.

6. (f) Inſtituendi igitur, vel exheredandi neceſſitas, in ſuis duntaxat heredibus obtinebat, id eſt, proximis gradu & in poteſtate conſtitutis. Emancipati, qui de familia exierant, quemadmodum Lege XII. Tab. non vocabantur ad ſucceſſionem ab intestato, ita nec neceſſe erat comprehendi, ſed ut extranei impune præteriri poterant, *§ 2. h.* Verum Prætor, ſicut in eorum gratiam bonorum poſſeſſiones intestati Edicto introduxit, ita etiam Teſtamento facto ſuccurrere illis voluit; eo modo, ut ſi liberi emancipati utriusque ſexus præteriti fuerint, habeant bonorum poſſeſſionem contra tabulas*, *d. § 3. in f.* per quam, inquit Theophilus, filii & nepotes totam hereditatem, filiæ neptesve tantundem conſequuntur, ac filii præteriti jure civili titulo accreſcendi habebant, per quem ſuis heredibus auferebant portionem virilem, extraneis ſemiſſem, teſte Ulpian. *tit. 22. § 17.* quod eſt intelligendum de Conſtitutione Antonini Magni, id eſt Marci philoſophi, opinor, nam olim filia per *contra tabulas* totum reſcindebat, ſi fides Juſtiniano in *l. 4. C. de lib. præt.* g) Liberi vero adoptivi, paris jure civili conditionis erant cum Naturalibus, adeo ut ſilentio præteriti Teſtamentum dicerent nullum. Sed emancipatis a patre adoptivo, nec jure Civili nec Prætorio, ullum dabatur remedium contra ejus præteritionem, quia ſoluto per emancipationem vinculo adoptionis, nulla ſupererat æquitas naturæ & ſanguinis, qua Prætor ad ſuum ſubſidium accommodandum impelleretur. Verumtamen in bona Patris naturalis, idem jus ei beneficio Prætoris ſupererat, quod reliquis liberis emancipatis; ſi modo Pater ejus naturalis, emancipatione eveniente, adhuc in vivis foret, illo enim extincto, bonisque pridem diviſis, ne quidem ad naturalis parentis bona ſupererat regreſſus; quod ut emendaret Juſtinianus, filio ab extraneo adoptato, omnia jura integra ſervavit in ſucceſſione Patris naturalis, *l. 10. C. de Adopt.* qua de re dictum ſupra *ad § 2. de Adoption. ad pof. 3.*

7. (h) Prærogativa marium præ femminis, ut modo audivimus, jure antiquo eximia fuit. Sed Juſtinianus ſimplicitati naturæ convenientius putavit, utrumque ſexum eodem jure conferi. Ideo conſtituit, ut filia, ſi non eſſet nominatim exheredata, perinde ac filius, pro præterita habeatur,

* Jure Saxonico etiam hoc caſu, quo liberi emancipati ſunt præteriti, teſtamentum erit nullum. C. *Ll. 9. P. 3.* quæ generali hic Liberorum & parentum appellatione etiam emancipatos comprehendit.

(e) *Poſ. 11.* (f) *Poſ. 12.* (g) *Poſ. 13.* (h) *Poſ. 15, 16.*

beatur, cum olim jus accrescendi habuerit: Dein, ut filia præterita gaudeat eodem jure, quo filius, nempe Sua testamentum dicat nullum, emancipata bonorum possessionem contra tabulas habeat, prout latius explicatur in *d. l. 4. C. de lib. prat. & § 5. h.* Discrimen autem inter suos & emancipatos, quo illi de nullitate, hi bonorum possessione contra tabulas agunt, nec in ista *l. 4.* nec alibi usquam abrogatur. Atqui in *d § 5.* sunt verba, quæ si præcise a cæteris intuearis, id inferre videntur; *ut omnes, sive sui sive emancipati sint, vel heredes instituantur, vel nominatim exheredentur, & eumdem habeant effectum circa testamenta parentum suorum infirmanda*, quasi nulla prorsus inter eos differentia supertit. Sed ex præcedentibus & consequentibus satis liquet, hunc esse sensum, omne discrimen sexus sublatum esse inter omnes, *sive sui sive emancipati &c.* (i) Circa adoptivos quid jure novo constitutum sit, docetur *med. § 5. in fin.* ubi se refert Imperator ad distinctionem alibi memoratam, adoptatos scilicet ab extraneo posse impune præteriri, sed ab aliquo in adscendenti gradu præteritos, testamentum dicere nullum, *§ 14. I. de Heredit. ab intest.*

8. (k) Necessitas illa instituendi nominatim, vel exheredandi liberos, ut omnis fere testamentorum requisita, a militibus haud perinde exigitur. Nam ut eorum testamenta per querelam inofficiosi non rescinduntur, *l. 27. § 2. de inoff.* nec ob defectum solennitatum vitiantur, ita Militum testamenta ne quidem ob præteritionem liberorum, qui in potestate sunt, valere desinunt, modo testatores non nesciverint, se habere filios. Nam si constet, hoc eos ignorasse, vel quod uxorem gestare uxorem non senserint, vel falso de morte inaudierint, nihil valere testamentum, docent Impp. in *l. 9. & seqq. C. de Testam. mil.* at si de vita filiorum certi, tamen eos silentio omiserint, perinde habetur ac si diserte exheredassent. *§ 6. l. 12 de bon libert.* & cum militaria testamenta querelæ inofficiosi subjecta non sint, per *d. l. 27. § 2.* sequitur, liberis nullum superesse remedium, quo paternam hereditatem, licet optime meriti, nec quidem quo legitimam vindicent, cujus satis constat exheredatis minime dari petitionem; quanquam & credi par est, rarissime fieri, ut liberi a parentibus immerito exheredentur. (l) Porro non militum modo, sed etiam matris avique, seu sciverint sive ignoraverint se habere liberos, *l. 27. § 1. & l. seq de inoff. testam.* & omnium, qui extraneos heredes habent, præteritio, vim habet exheredationis, quia necessitas instituendi nominatim, vel exheredandi, de solis, ut dictum, suis heredibus intelligitur. Ideoque præteriti ab his, movent querelam inofficiosi, quæ competit exheredatis, *§ ult. h.* quod infra latius docetur.

9. (m) Exheredatio etiam *juste* fieri debet: Ad justitiam vero quid requiratur, olim erat in arbitrio Centumvirorum, teste Val. Max. *lib. 7. cap. 7.* Quintil. *l. 4. cap. 7.* Plinio *4. epist. 8.* Sed Justiniano minus e republ. visum fuit, rem tanti momenti esse arbitrariam; qui proinde Canonem certarum causarum condidit, quibus tam judices quam testatores adstringerentur. Et quidem Parentibus præscriptæ sunt causæ quatuordecim, relatæ *in cap. 3. Nov. 115.* propter quas liberos ab omni hereditate excludere possunt. Earum pleræque spectant personam Parentis directe, quædam honorem ejus indirecte lædunt. Pleræque filiis & filiabus communes sunt, quædam speciales. Communes sunt hæ: I. Si quis parentibus suis gravem injuriam fecerit, βαρεῖαν καὶ ἀπρεπῆ, ait Justinianus *in § 2. d. cap. 3.* II. Si manus iis intulerit. III. Si vitæ insidiatus sit. IV. Si per delationem Parenti grave damnum incusserit. V. Si cum maleficis hominibus ut maleficus versetur, ubi per *maleficos* intellige, non malos, sed *veneficos*, ut in *tit. Cod. de malef. & mathemat.* Nam in Græco est, Εἰ μετὰ Φαρμακῶν ὡς Φαρμακὸς συναναστρέφεται. VI. Si testari prohibuerit. VII. Si furiosum neglexerit. VIII. Si captivum non redemerit ab hoste: quibus casibus hereditas ipso jure quoque aufertur, ut & IX. Si hæretici fuerint; quales pronunciantur § 4. qui quatuor Synodis Nicænæ, Constantinop. Ephesinæ primæ, & Chalcedonensi non assentiuntur. Speciales filiorum sunt: X. Si patrem criminis, excepto Majestatis, accusaverint, *§ 3.* (mulieres enim ab accusatione arcentur omnino, *l. 8. de Accusat.*) XI. Si novercam aut Patris concubinam corruperint, *§ 16.* XII. Si mimos parentibus invitis sint secuti. XIII. Si Patrem carceri inclusum, fidejussore oblato, non liberaverint, quod filiæ non impo-

(i) *Post. 14.* (k) *Post. 17.* (l) *Post. 18.* (m) *Post. 8.*

nitur; quia intercedendi incapax est. Postremo, si filia minor annis 25. cui Pater dotem & maritum dare volebat, αισχρὸν βίον, turpem, id est, meretriciam vitam elegerit. Liberi parentes exheredare possunt octo de causis. I. Ob accusationem capitalem. II. Propter insidias vitæ structas. III. Ob stuprum uxori, vel concubinæ illatum. IV. Ob prohibitam testandi facultatem. V. Si pater liberos ab hoste captos non redemerit. VI. Si in furore constitutos neglexerit. VII. Parentem hæreticum filius excludere potest. VIII. Si venenum Pater uxori; quæ & mater filii, aut viceversa mater paraverit mariro, *d. Nov. 115. c. 4.* Fratri vero adversus fratrem, tres ingratitudinis causæ imputantur, in *Nov. 22 cap. 47. in pr.* si aut vitæ insidias, aut criminis accusationem, aut bonis jacturam inferre, sit ausus.

10. Jam de causis illis exheredandi octo & quatuordecim, affirmat Imperator, quod ἐνομικῶς, *nominatim* eas comprobaverit, nec alias excogitari permittat * *in pr. d. c. 3.* Quæ tamen verba plerique ita recte interpretantur, ut aperte similes, vel atrociores in *eodem genere*, non excludantur, sed leviores, aut *toto genere diversæ*, quæque non sint liquido graviores. Concedimus, licere Patri filium mimos sequentem exheredare; non licere homicidam & adulterum, quia sunt hæc diversi generis crimina, suisque pœnis adficiuntur. Verum ut in eodem genere sic verba captemus, ut extensionem ad similia aperteque graviora præcludamus, non permittit civilis ratio sapientiæ: Nec ullo modo existimandum, ea fuisse mente Justinianum, ut rem absurdissimam, sanæque rationi & humanitati prorsus contrariam statueret: Parenti scilicet licere filium exheredare certa de causa non valde gravi, verum si multo adversus eum atrocius peccasset filius, idem non licere: Si Patrem carcere clausum filius fidejussione liberare cunctetur, exheredandus erit: at si ipse eum in carcerem per injuriam compegerit, id non licebit? Si patrem testari prohibuerit, exheredari mereretur, si compulerit & coegerit ad suam libidinem testari, non poterit? Si filius noverca corruperit, fulmine testamentario dignus est, si filia se vitrico substraverit, matri invitæ fiet heres? Liberi & parentes hæretici merito exheredantur, a quibus differre certum est atheos & blasphemos; ergone in hos, qui Deo convitiantur eumque abnegant, idem quod in male sentientes & errantes, non licebit? Hæc sane aliaque, si Viglius, Connanus, Kronchorstius, Giphanius, Perezius, aliique verbis Justiniani mordicus inhærentes, urgeant, religio erit illis adsentiri. Si qua inde absurditas, ajunt, hæc Legislatori imputanda est; Sed verba non sunt tam violenta, ut nulli mitigationi pateant: Vult emendare licentiam juris antiqui Imperator, quo prorsus arbitraria causarum dijudicatio erat; ad cohibendum judicem præscripsit Canonem, ex quo haberet quod sequeretur; non tamen ut κωφὸν πρόσωπον, mutus & cœcus esset, neque ex arte æquitatis, & paritate inevitabili rationis idem jus statueret, ubi par aut major aperte ratio militaret; Interpretatio legum semper hoc habet conjunctum, ut apparet ex *l. 10. & seqq. de LL. l. 13. de Trst. b. l. 11. de Pan.* Certum est tamen, non valere consequentiam ad similia & majora, si toto genere diversa sint; valere, cum sunt ejusdem generis & naturæ, qualia modo prædiximus. Ceus in his; Sic gravius est, Filium habere Lenonem, quam si mimos sequatur; ob lenocinium tamen exheredari posse filium, licet ob societatem mimorum possit, ex Canone Justiniani haud facile dixerim; ne quidem ob venerem infandam, tamerti omnibus causis atrociorem.

11. Sed ita hodie, opponit Viglius *ad ff ult. b. t. non quatuordecim, sed infinitæ prope ac innumerabiles erunt causæ.* Atqui si non aliam, quam ad ea, quæ aperte similia vel graviora, quin & ejusdem generis naturæque sunt, exemtionem statuamus, parvi illud periculum momenti videtur, nisi casus & facta, non genera factorum intelligat, cujusmodi innumerabilia dari posse, neque negamus, neque absurdum est. Dein, *quid opus*, inquit, *enumeratione erat, aut in quo veterum altercatio sublata est: si alibi aliis licet assumere?* Jam responsum est, ut regula Judicibus

* Decisio Electoralis 52. Novellam 115. prorsus sequitur, ac præter ibi denominatas nullas alias admitti patitur, vid. Phil *ad d. Dec. Obs. 1 & in Us. Pr. Inst. L. 2 Tit. 57.* Sicuti autem ea non magis quam Novella, causas atrociores in eodem genere e. g. concubitum cum Matre aut Patre &c. *a. Nov. 115. c. 4. §. 6.* excludere voluisse videtur, ita nec per eam derogatum fuit Ordin. Matrimoniali *d. an. 1724. part. 1.* quæ liberos sine Consensu Parentum nuptias contrahentes a Parentibus usque ad dimidium legitimæ, aut in solidum, exheredari permittit. vid. *dicta Lib. I. Tit. X. §. 9.*

prx-

præscriberetur, quam prius non habebant; regula autem est præceptum generale, quod uni speciei præcise applicari non potest: Ecce, causarum una est, *si filius gravem injuriam Parenti ingesserit*; annon hæc generalis, nonne plures injuriæ species complectitur, quorum ab una ad alteram necessario argumentandum? Tertia Viglii objectio; *Imperator queritur, ab antiquis graviores fuisse causas prætermissas.* Jam si extensio ad graviora per se est licita, quid opus erat nominatim a Justiniano graviores memorari? Dicendum, quod Justinianus incuriam veterum reprehendens, exprobret iis, quod leviores causas proponerent, cum graves ponere deberent, quas sub intelligebant: Se autem ut causas vere dignas traderet, levioribus omissis, posciisse pares & dignas. Hoc quippe ineptum ei visum, docere, liberos ob leves causas posse exheredari, nec meminisse graviorum. Quartum Viglii argumentum reliquis acrius & validius videtur, quod habet ad *§ ult. Inst. de Inoff. testam. in fine. Nam si communi opinioni adhæremus, cur non idem etiam tradimus in iis causis, ob quas frater a querela excluditur? an minus grave est cum fratris conjuge rem habere, quam ipsius facultates diminuere? quæ autem res conjugis amori, quem iste avertit, æquiparari debet? & tamen ibi tres tantum causas posuit Imperator, liberorumque & fratrum ingratitudinem causarum numero distinxit.* Primo, quod opinionem, quam tuemur, communem Viglius agnoscit, bene habet; Inter causas vero fratris exheredandi & liberorum non parum dici potest interesse; Nam frater testatoris de merito exheredationis disputare non potest, nisi turpis persona heres sit instituta, *l. 27. C. de inoff. testam.* Quod si fecerit testator, forte mirandum non erat, strictius exheredationem ejus, quam parentum filiorumque censeri: nemo, inquam, mirabitur, fratrem, qui meretricem aliumve hominem infami infamem, fratre exheredato, minus ad hoc licentiæ habere, quam patrem & filium erga se invicem, si heredes honestos scribant. Qui in ratione si quis non acquieseit, huic cogitandum, ne nihil absurdi in eo situm videatur, quod etiam in fraternis causis argumentum a pari & a majori obtinere possit.

12. Una superest ratio, cui occurrere sit operæ pretium; petita frequenti regula, quod in his, in quibus specialis sanctio Legis requiritur, nulla similitudo vel consequentia admittatur. Hinc mandatum meri imperii Lege Julia in casu absentiæ permissum, *l. 1. de off. mand.* negatur ab Interpp. ad casum morbi trahendum; adde D. Wissenbach. *disp. 29. thes. 17. part. 1. ad Pandect.* Sed causæ exheredationis sine dubio ex speciali lege proficiscuntur. Respondeo; distinguendo, utrum lex de casu uno, certo & limitato, an de multis ac indefinitis agat, quales hæ causæ, de quibus loquimur: In priori genere facile omnis consequentia præcidi potest, in posteriori non æquè. Præterea interesse videtur, utrum Legis sanctio, moralibus personarum meritis nitatur, an ratione mere *positiva*; Si hac, tum nihil mirum est, casum, quem Lex non ponit, sub eo, quem ponit, non comprehendi; Sed ubi lex ejusmodi meritis movetur, valde durum est, non producere legem ad eos casus, quibus merita illa prægnantiora sunt, quemadmodum alibi de causis revocandæ donationis propter ingratitudinem donatarii diximus, *supra. de donat. ad pos. 30.*

13. Porro, scriptum esse filium exheredem justa de causa, tametsi illa probari queat, non sufficit; nisi Parentes, ait Imperator *d. cap. 3. in pr.* nominatim illam testamento inseruerint. Quo non facto, nullum exheredatio effectum habere potest, sed querela inofficiosi testamentum omnino rescinditur: quod volunt verba in *d. N. 115. c. 3. § 12. in fin. evacuata institutione*, item *§ ult. vers. si autem*, evacuato testamento; *cap. 4. § 9.* legitur, rescisso testamento; quibus *adde arg. l. 208. de R. J.* in Græco sunt ἀκυροῦσθαι & ἀνατρέπεσθαι, quæ supponunt κύρος καὶ ῥᾴσιμον καὶ βεβαίον τι, *aliquid validum & firmum, ab initio quod fuerit.* Contraria verba, *quod testamentum in sua maneat firmitate*, extant in *d. cap. 3. § 12. in fin. & § ult. vers. sive igitur. cap. 4. § 9.* ibique sine dubio habent hunc sensum, quod Testamentum, querelæ inofficiosi non sit subjectum. Unde sequitur, verba ἐκ παραλλήλου his adversantia, sensum quoque perfecte habere contrarium, ac efficere, ut locus querelæ esse dicatur.

14. Renovatur heic loci objectio, quam alibi passi sumus sine noxa; quod exheredatio non rite debitaque forma facta, nihil quam præteritio sit, *§ 12. Inst. de hered. ab intest.* Dictum enim pridem, id obtinere de interna perfectione formaque exheredationis, secundum jus antiquum, a quo diversum est requisitum de justitia causæ, quodque inde dependet. Præterea objicitur,

quod ex hac ſententia ſequatur, præceptum Juſtiniani de cauſis teſtamento inſerendis, impune poſſe negligi, nihilque intereſſe, utrum exprimatur cauſa, vel non, ſiquidem utroque caſu querela locum inveniat: Sed nihilominus aliter ſe res habet: Cum enim cauſa exprimitur, heres ad probandum eam cauſam admittitur, eaque probata exheredatio habet effectum cum excluſione exheredati; ſed omiſſa cauſa, exheredatus querelam neceſſario obtinebit, ejusque præſidio teſtamentum expugnabit. Nec tamen propterea inanis argutia dicenda eſt, quod teſtamentum illud nunquam habeat effectum, neque vero ſit nullum. Quippe ſi dicamus, exheredationem ſine cauſa expreſſi, teſtamentum facere ipſo jure nullum, ſequitur, quod & liberi emancipati, quippe nunquam in poteſtate fuerunt, teſtamentum perinde nullum dicant, ſi tacitam ob cauſam ſint exheredati; quod poſthumi exheredati teſtamentum agnaſcendo rumpant, quia cum cauſa nullo modo exheredari poſſunt; aliaque plura inde ſequentur, fierque nimis quam magna ſtrages juris antiqui, ſublata bonorum poſſeſſione contra tabulas, differentia ſuorum & mancipatorum, quod ad inſtitutionem, titulis *ff. C. & Inſt.* maxima parte de inofficioſo teſtamento, & ſimilibus. Quod profecto nimis eſt gravis præjudicii, ſi ſtatuamus, Juſtinianum, qui nunquam jus vetus, niſi cum multa præfatione & oſtentatione prudentiæ ſuæ abrogat, tot tamque præcipua Juris capita, una conſequentia ſilentioque aboleviſſe. Porro, illa quidem expreſſio cauſæ, ſpecialiter in exheredatione a patribus facta, deſiderari videtur. Nam quod liberi aut fratres, neceſſe non habeant certum addere judicii ſui elogium, dubio caret, quia reſpectu illorum id nusquam præcipi videmus, ſed ratione *Parentum* duntaxat, *in pr. d. cap. 3.* tum quia nihil intereſt, utrum parentes exheredentur an prætereantur, cum neque veteri, nec novo jure, omiſſio illorum per ſilentium, cauſam nullitatis præbeat. Qua ratione colligitur, ne quidem a matre avoque materno expreſſionem cauſæ requiri; tametſi horum diſerte mentio fiat *in princ. cap. 3.* & mox generaliter in parentibus requiſitum exprimendæ cauſæ memoretur; Nam quia certum eſt, matris aviique materni præteritionem pro exheredatione haberi, *§ ult. h. t.* neque id usquam mutatum legimus, fieri non poteſt, ut ubi ſilentium ſufficit, ſpecialis expreſſio cauſæ neceſſaria eſſe dicatur. Cui rei conſentaneum eſt, qui præteriti pro exheredatis habentur, eos cum effectu excludi ab hereditate; modo probari poſſit, quod ex aliqua memoratarum legibus cauſarum vere parentes offenderint. Diſſentit etiam Scholiaſtes noſter, *ad finem* laudans ἐμέψηφον Struvium *Ex. 32. th. 16.* ſed rationes occupatæ ſunt.

TIT. XIV.

De heredibus inſtituendis.

Quid ſit Heredis inſtitutio, & de perſonis quæ poſſunt inſtitui. De partitione hereditatis. Quid juris, ſi quidam cum partibus, alii ſine partibus ſint ſcripti. De modis inſtituendi.

(a) Heres eſt Succeſſor in univerſum jus, quod defunctus habuit, *l. 24. de V. S. & l. 62. de R. J.* unde, quid ſit heredis inſtitutio, nihil inquirere neceſſum eſt; Surrogatio videlicet in univerſum jus, quod defunctus tempore mortis habuit. Qua ratione autem inſtituatur, ex natura Teſtamenti, cujus caput ac baſis inſtitutio eſt, intelligitur; quod cum ſcribendo vel nuncupando perficiatur, ſequitur, heredem quoque inſtitui per ſcripturam, vel vivæ vocis nuncupationem; nec refert, cujusmodi verbis teſtator ſit uſus *; modo per ea ſatis liqueat voluntatis intentio, licet femineæ & balbutiente lingua proferantur, *l. 15. C. de Teſtam.* Et autem Heredis inſtitutio vel talis in ſpecie, vel Subſtitutio, de *qua titulo ſequenti.* (b) Quoad inſti-

* *Ex P. 3. C. El. 9. §* und obgleich obſervari hoc loco meretur, in heredis inſtitutione liberorum & parentum, verba communia e. g. haben ſie, accipiat, perveniat ad ipſum &c. haberi pro derelictis, vid. Carp. *ad d. C. def 7.* Moller. *ad d. C. n. 7 8.* Bart. *ad l. centurio. 15. ff de vulg. & pup ſubſt. n. 36.* atque hoc Juri quoque Communi convenire, *a. c. 1 d. teſtam. in o. N. 115. c. 3. 4.* reſp. *Fac. Jur. Lipſ. Menſ. Dec. 1725.*

(a) *Poſ. 1. 2.* (b) *Poſ. 3. & ſeqq.*

tutio-

tutionem, hoc capite agitur *primo*, de personis, quæ possunt instituí; *secundo*, de partibus hereditariis; *tertio*, de modis instituendi. De personis ait Imp. permissum esse, heredes instituere tam liberos homines, quam servos; ἔξεστιν πρώτεσον, pro *tam servos*, quam liberos, & quidem servos potest tam alienos ex persona dominorum, *l. 31. h. t.* quam proprios, simul cum libertate; etiamsi & simpliciter instituti hereditate pariter ac libertate potiantur. *h. pr. l. pen. C. de serv. necess. her.* ex ratione supra dicta ad § 2. *l. Qui 5 ex quib. caus. man.* Nisi quod servus adulterio dominæ maculatus, ab eadem nullo modo per testamentum honorari possit, *d. pr. in fin.* quemadmodum nec ullus omnino servus a domina adulterii accusata, manumitti potest, ne quæstioni subducatur; quod & de iis verum esse, ait Ulpianus in *l. 32. § 1. Qui & a quib. manum.* qui extra ministerium mariti in agro vel in provincia fuissent; quod quidem perquam durum, at legem ita scriptam esse, subjungit; verum mitigatus est ille rigor, & sanctio ad eos restricta, qui domi adulteræ fuerunt, in *l. 32. C. ad L. Jul. de Adult.* (c) Cæterum, quem habeat effectum institutio servi, tam alieni, quam proprii, docet Imp. *in § 1.* & vel per se, vel ex iis quæ ad *tit. de hered. qual. & diff.* dicenda sunt, intelligi potest. Quin etiam servus hereditarius, id est, cujus dominus est mortuus, jacente adhuc hereditate ejus, instituí potest: Jacere autem dicitur hereditas, quæ nondum est adita, sed speratur adeunda. Ratio dubitandi erat, quia talis servus neque ex sua persona est capax hereditatis, cum id nulli servo conveniat, neque ex persona domini, quem nullum habet: at hunc scrupulum eximit Imp. eo, quod jacens sive nondum adita hereditas, personæ defuncti vicem sustineat, non heredis futuri, sed defuncti, quæ de re confer *l. 31. § 1. h. t. l. 34. & l. 61. de d. R. D.* Ideoque servus hereditarius ab alio heres dictus, recte institutus intelligitur ex character defuncti; in utilitatem tamen heredis futuri. Unde haud difficulter solvi potest nodus *l. 24. de Novat.* ubi hereditas jacens non defuncti, sed heredis futuri personam representat: Distinguendum quippe inter quæstionem juris & eventum rei. Servus enim hereditarius jacentis, characterem juris omnino mutuatur a persona defuncti, herede existente nullo; quia tamen pro herede futuro acquirit, ideo recte & hunc repræsentare dicitur. Vel sic, Repræsentatio consideratur aut præsens, aut præterita, id est post aditionem; si quæratur in *præsenti*, quem servus jacentis hereditatis repræsentet, dicimus, defunctum, quia heres futurus necdum est; si post aditionem quæras, quem servus repræsentaverit, dum jaceret hereditas, dicimus, heredem futurum, quia jam notus est. Plura de personis hic traduntur, nisi quod in § 4. subjicitur, nemini præscriptum esse, quot velit instituere heredes; numerum esse plane arbitrarium & infinitum, id est, ἀπέραντον, indefinitum, ut Theophilus. Observandum interim, non posse heredes instituí illos, qui jure civitatis non gaudent, *l. 6. § 2. h. & l. 1. pr. ad L. Falcid.* adeo ut nec is, qui manumissus ex lege Julia Latinus erat factus, heres esse potuerit, teste Ulpiano *tit. 32. § 2.* Hinc peregrini, *d. l. 6. § 2.* & omnes, qui maximam mediamque capitis diminutionem sunt passi, hereditatis vel incapaces, vel indigni sunt. Incapaces, qui hunquam capere potuerunt, quorum hereditates pro non scriptis habentur, & remanent apud heredem, ut olim peregrini, personæ incertæ, *§ 25. I. de Legat.* municipia & universitates, apud Ulpian. *d. tit. 22. § 5.* orbi & cælibes, *ibid. § 2. in fin.* qui tamen omnes jure novo capaces habentur. Peregrinis testamenti factionem restituit Fridericus in *Auth. omnes peregrini. C. Comm. de succ.* De personis incertis, *vid. § 27. I. de Leg.* Universitatibus hereditates & legata relinqui, permittit *l. 12. C. de hered. Inst. l. 1. C. de SS. Eccl.* quamquam & jure Pandect. legata iisdem & fideicommissa recte præstari potuerint, *l. 71. § pen. & l. 122. pr. de Leg. 1. & l. 2. de reb. dub. l. 16. ad Sc. Trebell.* De orbis & cælibibus, erit locus dicendi ad *pr. Inst. de Fideicommiss. hereditat.* Indigni sunt, qui propter delictum ab hereditate excluduntur, & quorum portiones a fisco vindicantur, de quibus est titulus *ff. de His, quæ ut indignis*; quemadmodum & ea, quæ incapacibus clam relinquuntur, *l. 1. & l. 3. § 1. de jure Fisc.* Idem juris est in heredis institutione deportati, quæ pro non scripta habetur. *l. 1. C. de hered. inst.* denique, non possunt instituí heredes pagani, apostatæ, improbiores hæretici, *l. 3. C. d. Apost. l. 4. § 2. l. 5. & l. pen. C. d. Hæret.* eorumque receptatores, *Auth. Credentes. C. de Hæret.* denique, liberi perduellium, *l. 5. C. ad L. Jul. Majest.* Quæ per-

(c) *Vid. § 6.*

sonæ

sonæ cum *intestabiles* sint, ut ad *tit. de Testam. posit. 29.* diximus; recte videtur esse dictum *posit. 7. h. t.* intestabiles non posse heredes instituí.

SCHOLIVM.

At supra de Testam. ordin. n. 24. *dixerat Noster, has personas posse capere Testamento, quod etiam videtur verius. Dicit equidem Vinnius in* not. ad § 6. Inst. de testam. ordin. *cum intestabili ne quidem testamenti factio est*, l. 26. Qui testam. fac. poss. *sed hoc quidem non dicit* d.l. 26. *& contrarium patet ex* l. 18. § 1. eod. *Videntur autem Vinnium in hanc sententiam pertraxisse verba* d.l. 26. neve ipsi dicatur testimonium. *quæ de isto casu intellexit, si* intestabilis *heres instituatur. Sed ad hanc conjecturam facilis est responsio, si dicamus, dicta verba exponenda esse secundum ductum* d. l. 18. § 1. *quod nimirum non debeat ei dici testimonium, si testamentum facere velit. Forte igitur Auctor intelligit apostatas, hæreticos, liberos perduellium, de quibus* supra.

RESPONSIO.

Sunt illi etiam intestabiles, ut & paganorum conventus, l. 4 & Auth. Credentes. C. de Hæret. l. 9. C. de pagan. & l. 5. C. ad L. Jul. Majest. *textibus* supra *citatis. Vix est igitur, ut de aliis, quam de famosi carminis auctoribus damnatis, quæstio supersit. Nam reliquos intestabiles nihil etiam capere posse, fatetur ipse Scholiastes. Capere posse intestabiles, non est dictum a me ad* tit. de Testam. ord n. 29. *sed personas a Testimonio in ultimis voluntatibus perhibendo exclusas, capere posse dixeram simpliciter; de uno e multis casu excepto, & excipiendo, tum, ut in brevissimo scripto, minus animum adverteram. Ego de uno illo casu non habeo, quo magnopere a Scholio dissentiam.*

N. ADDIT.

At vero ego nunc a me ipso dissentio, scilicet quod secundum principia Juris Romani ob carmen famosum damnati, eo ipso quo intestabiles facti sint, neque ex testamento aliquid capere potuerint. Intestabilis enim est, qui non potest testamentum facere, & cui non dicitur testimonium, sive testamentum faciat, sive heres instituatur. Nam testes testamentarii testimonium dicunt tam testatori, quam heredi, dicunt enim illis, inter quos negotium geritur, in primis cum olim negotium gereretur inter testatorem & familiæ emptorem, qui primis temporibus erat ipse heres. Latius hanc rem deduxi in differt. de sensu legis decemviralis testamentariæ. *Deinde, cum constet, reliquos intestabiles non capere ex testamento, nimirum apostatas & improbiores hæreticos*, l. 1. 3. C. de Apost. l. 45. C. de hæret. Authent. Gazaros. C. eod. *liberos item perduellium*, l. 5. C. ad l. Jul. Majest. *nulla causa subest, cur hi debeant privilegium præ reliquis habere, cumprimis cum leges id iis non diserte tribuant.*

(d) *Pos 9. 10. 11.* (e) *Pos. 12. 13.*

2. (d) Sequitur de partibus hereditariis; Et quidem obtinuit apud JCtos, ut inter ar is terminos appellatio Assis reciperetur, ad significandam hereditatem, id est, uti hic ea vox usurpatur, universas res hereditarias pariter sumptas. As seu libra Romana distribuitur in duodecim partes, quæ unciæ vocantur (nostrates libræ sunt unciarum XVI) quarum undecim una voce *deunx* quasi decem & uncia, vel deunx, id est unum de asse, X dextans, quasi sextans de asse. VIIII. dodrans ex de & quadrans; quasi quadrans de asse. VIII. *bes* quasi bis triens. VII. *septunx*. VI. *semis*. V. quincunx, a numero unciarum; sed IV. triens, id est, tertia pars assis. III. *quadrans*, quarta pars assis. II. *sextans*, pars sexta assis. Unica pars per μετάθεσιν *Uncia*, cujus dimidium *semuncia*, pars quarta *sicilicum*, l. 27. § 2. *de ann. leg.* sexta pars *sextula*, apud Ciceronem *in orat. pro Cecinna*: ubi hereditatem dividit in deunceem, semunciam & tres sextulas; unde *ibidem*, aspergere *sextulam*. (e) Est quidem hæc usitatissima partium enumeratio, nec tamen ἀνεμφατικῶς, hereditatem, addit Imp. *plerumque* dividi in duodecim uncias; Neque enim adeo perpetua est hæc partitio, ut nunquam alter institui queat, verum tot unciæ hereditatem constituunt, quot Testator voluerit. Unde si tres ex quadrante singuli heredes scripti sint, tres quadrantes, id est novem unciæ, complent assem; at ex diverso, si quatuor ex trientibus, sedecim unciæ in hereditate intelliguntur. § 7. *h. t.* Atque istæ novem aut sedecim unciæ tantundem efficiunt, ac alias duodecim: Ad quem numerum si redigantur, tunc heredibus scriptis jus accrescendi vel decrescendi contingit: Accrescendi his, quibus novem pauciores ve quam XII. partes erant assignatæ; decrescendi illis, quibus sedecim distributæ fuerant; Idem juris est, quando te-

stator

ſtator unum ex ſemiſſe tantum heredem ſcripſit, quocaſu totus as in ſemiſſe erit: Ratio redditur a Cæſare in *§ 5. h.* quia nemo ex parte teſtatus, ex parte inteſtatus decedere poteſt, niſi ſit miles, *l. 7. de R. J.*

3. (f) Unde infertur a multis, quia nemo poteſt facere, quo minus in teſtamento ſuo leges valeant, *l. 55 de Leg. 1.* quod teſtator illud jus accreſcendi ne prohibere quidem poſſit. Quæ tamen dura & enormis ſententia videtur, ut ei totam adjudicemus hereditatem, ad quem teſtator diſerte, plus quam dimidiam pervenire vetuit: nec multum abeſt, quin probabilior ſententia Bartoli videatur, in *l. 9. § 13. h. t. item conſ. 156 & 177.* in tali conflictu juris & voluntatis Teſtatoris, collabi potius teſtamentum, quam ut vim inferamus aut rationi juris, aut expreſſæ voluntati Teſtatoris: idemque fere evenire, quod contingeret, ſi quis ſervum ſuum ſcriberet heredem eumdemque liberum eſſe obnixe prohiberet. In puncto juris tamen verius exiſtimatur, quod pars vacans, invito etiam prohibenteque teſtatore, ſcripto heredi accreſcat; quod quidem textus a Bronchorſtio objecti *2. miſcell. 14.* non refutant. Non citata lex *9. § 13. de hered. inſtit.* neque *l. 69. de Leg. 2.* neemagis *l. 57. § 1. de Uſufr.* Sed ratio validius obſtat ea, quam dixi, quod ſucceſſionem ex teſtamento ordinemus, contra mentem Teſtatoris claram & indubitatam; & præterea, quod fundamentum, ex quo heredes jure accreſcendi deficientem portionem, ſive ex partium, ſive perſonarum defectu conſequitur, ſit præſumpta voluntas Teſtatoris, qui partem defectam ei potiſſimum deſtinaſſe creditur, quem in teſtamento jam honoravit: Proinde ubi non modo illa præſumptio ceſſat, verum & efficaciſſima intentio in contrarium liquet, ibi & fundamentum juris Accreſcendi deficere videtur. Plane, ſi teſtator Titium ex ſemiſſe heredem ſcripſerit, alterumque ſemiſſem acquiri ipſi noluerit, ſed apud heredes legitimos ut maneret, præceperit, nihil dubitandum eſt, quin alter ſemis debeatur cognatis, non vi juris ab inteſtato, ſed magis ex teſtamento. Tametſi enim ſolita formula eos non inſtituerit heredes, intentio tamen voluntatis ejusmodi verbis ſatis indicatur, quod ad effectum heredis inſtitutionis hodie ſufficit, *l. 5. C. d. Teſtam.* Quod ſi, non addito, penes quos alter ſemis remaneret, duntaxat, ne ſcripto heredi accreſceret, prohibuerit, videamus, ne non dicendum ſit, ſcriptum quidem heredem vi juris ex aſſe heredem fieri, ſed vi voluntatis cogi ad reſtituendam partem iis, in quorum gratiam teſtator eum, parte aſſignata contentum eſſe præcepit, *arg. l. 69. in pr. de Leg. 2.* quæ media ſententia placet etiam Viglio *ad § 5. h. t* itemque Bachovio.

4. Quod dictum eſt de partibus aſſis, hoc etiam de rebus certis traditur, ut ſi Teſtator ex rebus certis unum vel plures fecerit heredes, nihilque de reliqua hereditate addiderit, tunc ſcripti heredes, ex aſſe heredes intelligantur, *l. 1. § 4. de hered. inſt.* & quidem æqualiter, etiamſi in rebus illis certis inæquales habuerint partes, niſi aperte liqueat, teſtatorem voluiſſe, ut eædem partes in aſſe, quæ fuerant in re certa, ſervarentur, quæ eſt ſententia *d. l. 9 § 13. h. t.* Quod ſi unus vel plures, ex rebus certis ſint ſcripti, alii vero ex parte aſſis, vel indefinite, tum priores loco legatariorum habentur, præceptisque rebus illis certis, reliqua bona heredi ſimpliciter ſcripto relinquent, *l. 13. C. eod. tit.* Cæterum, miles in *hoc § 5.* & in *l. 7. de R. J.* dicitur, ſecus atque paganus, pro parte teſtatus pro parte inteſtatus decedere poſſe: Ideoque ſi unum ex fundo heredem ſcripſerit, quantum ad reſiduum patrimonium inteſtatus deceſſiſſe creditur, in *l. 6. de teſtam. mil.* Qua de re tamen aliter eſt deciſum, in caſu, quo miles filiam e ſextante, & uxorem ex uncia heredes inſtituit, *l. 3. C. de Teſt. milit.* In partibus aſſis igitur locum habet, etiam in militis teſtamento, hæc regula, quod partes aſſis non adæquatæ, ſemper reducuntur ad aſſem, *§ & ſi plur 9. h. t.*

SCHOLIUM.

Ita quidem & Imperator § 7. h. t. *& JCtus* l. 13. *§* 3. & ſeqq. ff. eod. *jubent ope ſubtractionis aut additionis, pauciores vel plures uncias a teſtatore factas ad aſſem redigi, remque exemplis declarant. Sed ni fallor, iſte modus computandi plus ſubtilitatis quam utilitatis habet, & longe planior eſt ille, quem petimus ex § 5.* eod. & d. l. 13. *§* 1. *tot uncias aſſem efficere, quot teſtator voluerit. Exemplum cape ſequens; Inſtituerat teſtator Titium in quincunce, Mevium in ſextante; Cajum in Uncia, Sempronium denique in deunce. Maſſa hereditaris autem conſtabat 1557 5. thaleris. Jam inſtitue diviſionem ſecundum dictum § 7. & deprehendes,*

(f) *Poſ. 14.*

quantis ambagibus ibi sit opus: quibus omnibus carere poteris, si divisio fiat secundum regulam § 5.

RESPONSIO.

Non hoc vult Imperator, in ratione computandi semper utendum propositione Assis, sed partes, quae non exhauriunt totam hereditatem, ita accipiendas, ut heres aut heredes omnia bona vi testamenti consequantur, ne casus testati atque intestati simul existat. Alioqui in computatione facienda, si res ita ferat, non dubitant ab Assis ratione discedere Jcti, quemadmodum patet ex l. 13. in pr. de lib. & posth. hered. instit. *ubi cum divisio per 12. uncias fieri non posset, Julianus ad calculi rationem utitur numero septenario.*

N. ADDIT.

At vero, si quis allegatos textus adspiciat, videbit, JCtos quosdam ita subtiliter scrupulosos fuisse, ut omnia redegerint ad solennem assis distributionem. Vide dictam l. 13. § 2. 3. 4. 5. de hered. inst. *Quamvis alii ea scrupulositate non fuerint usi, sed hereditatem absque reductione ad assem, statim diviserint in tot uncias, quot in testamento invenerunt, ut vel* ex § 6. & 7. ejusd. legis *patet. Nam in textu ab Autore allegato, plane diversus a nostra quaestione casus est, & specialissimus, qui, ut ex ipso textu patet, aliam habet dubitandi rationem.*

5. (g) Si partes heredum inæquales velit esse Testator, diserte oportet hoc exprimatur; Simpliciter enim nominati, partes habebunt viriles, *§ 6. h.* quæ semper ad assem rediguntur, si forte vel eum superent, vel non æquent. Nisi unum vel duos distincte, reliquos collectiva oratione complexus sit, velut, *Titius heres esto, Sejus & Mævius heredes sunto*, aut *fratris mei filii heredes sunto.* Tunc enim duæ fiunt partes hereditatis; quarum unam Titius separatim scriptus, alteram duo pariter positi, vel fratris filii obtinebunt, *l. 11. l. 13. l. 15. pr. & l. 59. § 2. h. t.* nisi vel celeritatis causa factam esse conjunctionem, appareat; ut *l. 66 eod.* vel testator particulam *aque* aut æqualiter adjecerit, ut Ulpianus docet in *l. 13. pr. eod.* aut alia concurrant singularia, de quibus vid. *l. ult. C. de imp. hb. inst. ibique Interpp.* adde D. Wissenbach. *t. Pand. disp. 56. th. 14.* (h) Quod si testator quorundam partes expresserit, aliosque sine partibus heredes adjecerit; videndum est, an partes expressæ pauciores sint, vel pares, aut plures, quam in asse contineantur. Si pauciores, tum, qui sine partibus sunt scripti, eas partes, quæ desunt assi, habebunt; Quod si æquent assem, tunc, qui indefinite sunt scripti, totum semissem reliquis auferunt; quia testator assem inter certos heredes distribuens ac insuper alios nominans, novum videtur assem constituisse, quem his destinavit, *§ 6. h.* Idem est, si partes expressæ superant assem: ita hereditas in duos ibit asses, sive dupondium, *§ 8. h. t.* quia & tunc duo putantur Asses, seu dupondius constans XXIV. unciis, scilicet dimidiatis, revera semunciis: quarum numerus testamento expressus cedit heredibus particulatim scriptis, ut si quatuor ex trientibus, alii simpliciter instituti; tum quatuor priores XVI. uncias, seu semuncias, reliqui habebunt octo, ut docet Imp. in *§ 8. h. t. l. 18. & l. 87. eod.*

6. Transeamus ad modum instituendi, de quo est *§ 9.* Potest enim institutio fieri pure, vel sub conditione. At in diem, vel ex die ut heredes instituantur, ratio juris Romani non patitur, quo heredis qualitas est indelebilis, neque temporarium characterem recipit, *l. 88. h. & l. 7. § 10. de minor.* Cui accedit ratio modo allegata, quod paganus simul testatus ac intestatus mori nequeat, eo quod harum rerum naturaliter inter se pugna sit, ut loquitur Pomponius in *l. 7. in R. J.* quod de ingenio & proprietate juris Romani accipiendum, quo Testator heredem instituens alium suo loco surrogare intelligitur, qui totum se repræsentet, nec alius, quam ipse fuerit, esse videtur: Qui proinde semel heres factus, non potest non statim incipere, nec unquam desinere defunctum repræsentare, non magis quam defunctus ipse potuerit a certo tempore vel ad tempus esse, quod fuerit. Quod autem temporis adjectio vitiosa dicitur, id ita accipiendum; ut superflua, non heredis institutioni noxia censeatur, *§. 9. h. t.* sed dies incertus merito conditionis loco habetur, *l. 75. de C. ac D.* siquidem nihil refert, utrum heres scribat, *si navis ex Asia venerit*; vel *quo die venerit.* Nec tantum id obtinet, cum de die plane non constat, an & quando sit extiturus, ut in isto exemplo; neque cum certum est, quando; incertum, an sit extiturus, ut, *cum filius pubes factus erit*; sed etiam, quando certum est, quod sit extiturus, incertum quando; veluti; cum Cajus morietur, *l. 4. in pr. Quand. di leg. ced.* quia manet incer-

(g) *Pos. 15.* (h) *Pos. 16.*

tum,

tum, an dies vivo herede ſit extiturus, ut ſi hic ante Cajum decedat.

7. (i) Conditio definitur, *Adjectio caſus in futurum collati, a cujus eventu actus ſuſpenditur.* Dicitur quidem in præſens quoque & in futurum concipi, ſed verborum figura magis quam revera, cum poteſtatem conditio nulla, niſi futurum reſpiciens, habeat, *l. 39 de reb. cred.* Juſtinianus in *l. un. § 7. de Cad. toll.* triplicem facit conditionem, terminis non valde Latinis, *caſualem, poteſtativam & mixtam*, quibus tamen verbis haud cenſeo abſtineamus: Quidni enim Cæſar tot placitis jure Romano donatis, voculas quoque paucas eidem juri inſerere poſſit, non ut Latinæ, verum ut ſint juridicæ? Caſualis eſt, quæ ex eventu fortuito pendet. Poteſtativa, quæ in arbitrium confertur, *l. 13. de Acquir. hered.* Mixta, quæ partim in arbitrio, partim in poteſtate non eſt, qualis, ſi Cajam in uxorem duxerit. Jus & effectus conditionis eſt, ut ſi non impleatur, heredis (k) inſtitutio deficiat, *l. 8. fin. pr. de Condit. inſt.* niſi forſitan is, in cujus perſona debuit impleri conditio, vel cujus emolumento deficeret, implendæ conditioni ſit impedimento, *l. 5. § 5. Quando dies legat. ced.* ubi tale exemplum; Scriptus es heres, ſi Titia tibi nubat, Titia non vult, tu fis tamen heres, idemque ſi legitimus heres vel ſubſtiturus nuptias impediat, *l. 161. de R. J.* Porro ejusmodi (l) conditio eſſe debet, quæ exitum habere poſſit; Nam quæ ex genere ſunt τῶν ἀδυνάτων, impoſſibiles conditiones, ſive per rerum naturam, ſeu juris ratione fieri nequeant, fruſtra adjiciuntur; turpes, inquam, & impoſſibiles conditiones, eodem loco hac parte habentur, *l. 6. l. 14. & ſeqq. de cond. inſt.* ſcilicet, pro non ſcriptis; neque impediunt, quo minus vi pura ſubſiſtat inſtitutio. *l. § 10. l. 1 & l 6. de cond. inſt.* quemadmodum diximus de die certo, cum inutiliter adjici, quatenus pro ſupervacuo habentur: niſi quis hoc intereſſe obſervet, impoſſibiles pro non ſcriptis haberi, turpes remitti, ut loquitur *l. 9. de cond. inſt. & l. 20. de C. & D.* Atqui Marcianus & Julianus irritam eſſe inſtitutionem ſcribunt, cum conditio exiſtere non poſſit, *in l. 16. eod.* ſed ex propoſito liquet, non ſimplex ibi τὸ ἀδύνατον, factum unum quod fieri nequeat, intelligi, ſed duplicem conditionem, quarum una alteri contrariatur eamque evertit, vulgo *perplexam* vocant; Quippe ubi pugnantia inter ſe in teſtamento jubentur, neutrum eſſe ratum, monet Celſus in *l. 188. de R. J.* Habetur autem impoſſibilis conditio, quæ per ſe repugnantiam a natura, vel jure implicat: quæ vero poſſibilis in genere, ſed planè aut pæne impoſſibilis ſit reſpectu ejus, cui injungitur, ut ſi homo octuagenarius heres inſtituatur, *ſi poſt 50. annos monumentum teſtatori fecerit*, hic non eſt heres. Uti nec ſervus liber fit, qui manumiſſus eſt ſub conditione, ſi heredi *millies* dederit, id eſt, 75. tonnas auri quas vocant, *l. 4. § 1. de ſtatu lib.* Ergo nec ut impoſſibilis conditio pro non ſcripta habebitur, qua homo claudus heres inſtituitur, *ſi pedibus in capitolium adſcenderit*; neque forte cum Eunuchus, *ſi filium procreaverit*; ſed ejusmodi conditiones tanquam non completæ inſtitutionem corrumpere videntur, *arg. d. l. 4.* Impoſſibilia igitur in teſtamentis ſemper explicantur in favorem eorum, quibus adſcripta ſunt, quia cum Teſtator liberalitatem exercere, neque non ſerio agere præſumatur, ineptitudo adjectionis τοῦ ἀδυνάτου, per incogitantiam, aut ob quidvis potius, quam ut irritum ſit quod diſponit, excuſatur. Inde vero ſequitur, quando teſtator ab herede legatum vult præſtari cum impoſſibili conditione, non legatario, ſed heredi adſcripta, id quoque in heredis favorem explicandum, ac ita vitiari legatum, *§ ult. in fin. I. de legat.* quod valeret, ſi τὸ ἀδύνατον legatario fuiſſet adjectum. Cæterum, poſſe heredem ſub qualibet conditione, quæ non prorſus facultate careat, inſtitui, cum paſſim aliunde certum eſt, tum ex *l. un. § 7. C. de cad. toll.* etiam ex eo, quod filiusfam. excipitur, ne ſub quavis conditione inſtituatur, ſed tantum ſub ea, quæ ſit in poteſtate ipſius, *l. 4. de hered. Inſt.* Ratio eſt, ne conditione non exiſtente, neque inſtitutus, neque exheredatus inveniatur, quam ob cauſam etiam impoſſibilis aut turpis conditio filiofam. adjecta, infirmat teſtamentum, *l. 15. de cond. inſtit.* Hodie nulla cauſa eſt, cur non filiæ, quia pari jure cum maribus liberis gaudent, etiam hactenus illis adæquatæ videantur, *arg. § 5. tit. præced. l. 4. C. de lib. præt.* Duo poſtremi verſus apud Juſtinianum ſunt lectionis tantum; Si plures conditiones in inſtitutionibus adſcriptæ ſunt; ſi quidem conjunctim, ut puta, *ſi illud & illud factum erit*, omnibus parendum eſt; ſi ſeparatim, veluti, *ſi*

(i) *Poſ. 17.* (k) *Poſ. 18. 19.* (l) *Poſ. 21. 22.*

illud, aut illud factum erit, cuilibet conditioni obtemperare satis est. Ii, quos nunquam testator vidit, heredes instituì possunt; veluti, *si fratris filios peregrinantes*, ignorans *qui essent*, heredes instituerit, ignorantia enim testantis inutilem institutionem non facit. Hactenus Imperator.

TIT. XV.

De Vulgari substitutione.

Substitutio quid & quotuplex. Tres de substitutione regulæ. Quid juris, si servus pro libero institutus acceperit substitutum.

(a) Cum facile eveniat, ut is, quem Testator successioni suæ destinaverat, eam vel nolit suscipere, vel fato non possit; ne defunctus contra voluntatem suam ad intestati conditionem recidat, provisum est legibus, ut plures heredum gradus ordinare liceat, ita ut deficiente primo, secundus loco ejus potiatur, quod jus *Substitutio* vocatur; quæ definitur, *secundi vel ulterioris heredis institutio*, *l. 43. § 2. in fin. de vulg. & p. substit.* quamvis & institutioni specialiter dictæ sæpius opponatur, *l. 1. eod.* Eaque duplex fertur in *Rubricis Pandect. Instit.* & passim, Vulgaris, atque Pupillaris. Tertium quidem genus, Reciproca substitutio appellatur in *l. 4. § 1. h. t.* sed verborum figura tantum diversa, revera nil nisi duplex, vulgaris est, aut pupillaris. Vulgaris, quæ fit *vulgo*, id est generaliter, a quovis testatore, in locum cujuslibet heredis. Pupillaris, quæ a Patre fit, in locum filiifam. impuberis, de qua *tit. seq.* Vulgaris fit in casum, ut dicitur, primum, si is, qui institutus est, heres non fiat, quod accidit, non modo in casu delatæ, non acquisitæ hereditatis, ut vult Cujacius; sed etiam, quando ne delata quidem est, ut si heres ante testatorem moriatur, *l. un. § 4. C. de Cad. toll.* item quando delata hereditas repudiatur, vel adiri non potuit, *l. 3. C. de hered. inst.* Forma igitur hujus substitutionis est talis, *Titius heres esto, si Titius heres non erit, Cajus heres esto*, ut Justinianus *hoc in pr.* docet; addens, surrogationem illam posse & deinceps, in quot gradus voluerit Testator, produci. Sub illis autem verbis; *si heres non erit*, duo casus comprehenduntur, *si vel noluerit, id est, repudiaverit, vel non potuerit ante vel post obitum testatoris, morte præventus, d. l. un. § 4. C. de caduc. toll. l. 3. C. de hered. instit.*

2. (b) Quæ porro Justinianus in *hoc capite* tradit, ea tribus regulis, unaque singulari quæstione comprehenduntur. Regula prima est in § 1. substitutionem exemplo institutionis *sit. præced.* numero fieri posse indefinito, uni priore loco instituto recte plures substitui; & pluribus institutis unum posse substitui; atque etiam heredes sibi invicem substitui solere, quæ est reciproca substitutio, ut vocatur in *l. 4. § 1. h. t.* seu mutua, ut in *l. 64. de leg. 2.* & hæc vel distinctis periodis fit, vel una complexione verborum, quam vulgo breviloquam appellant, (c) seu compendiosam, *l. 8. de Imp. & al. subst.*

SCHOLIUM.

Hæc reciprocæ substitutionis species plane videtur esse superflua, nec ullam utilitatem in praxi habere: cum, etiamsi illa facta non fuisset, idem tamen heredes sibi substituti consequerentur, jure accrescendi.

RESPONSIO.

Jurisconsultos id agere, ut quæ tacite consequuntur, sæpe tamen expresse commemorare & inculcare gaudeant, idque in arte populari fructu non carere, satis constat. Neque vero diversitas in usu negotii deest: etenim accrescendi jus, si plures sint conjunctorum copulæ, tantum inter conjunctos ejusdem generis habet locum, non inter omnes coheredes; cum substitutio reciproca ad omnes æqualiter spectet, l. un. § 10. C. de cad. toll. l. 89. de legat. 3. *Modestinus sine reciprocam substitutionem tertii generis appellare non dubitat, d. l. 4. § 1. Bonis avibus! Contenti simus hoc Catone, neque censuram in Artis conditores eo usque producamus, ut quæ clarius docendi causa ab illis instituta sunt, etsi non omnia perinde gravia, boni consulere gravemur.*

N. ADDIT.

Hic mallem, ut JCtorum causam contra Scholium melius defendisset Autor, quam fecit. Aliud est doctrinæ causa, quæ tacite sequuntur, expresse commemorare, quod sua utilitate non caret, aliud, in negotiis & actionibus humanis modum agendi inculcare, & commendare, qui nullum

(a) *Pos. 1. 2. 3. 4. 5.* (b) *Pos. 6. 7.* (c) *Pos. 8.*

habet

habet usum & effectum: quod sine laudem non meretur, & vix excusationem. Diversitas, quam ostendere vult Autor, a me non agnoscitur. Nam textus adducti probant equidem, quod asseruit de jure accrescendi, non probant quod asserit, in substitutione reciproca ex tali causa omnes aequaliter succedere. Finge, dixit testator, Primus & secundus heredes sunto, Tertius heres esto, Quartus, Quintus & Sextus heredes sunto. Et hos sibi invicem substituo. Hic secundum mentem autoris, si primus deficeret, omnes reliqui aequaliter per hanc formulam deberent ejus portionem inter se dividere. Ego vero arbitror, solum secundum esse substitutum, vel ex regula, quam mox tradit Autor: Quemadmodum testator dilexit heredes in instituendo, ita eosdem dilexisse videtur in substituendo. Quod vero Modestinus reciprocam substitutionem tertii generis appellet, id sive bonis sive malis avibus factum sivit, scholium non ferit, quod nunquam de existentia substitutionis dubitavit, sed de utilitate. Reliqua verba testantur quidem de indignatione Autoris erga meum Scholium, & de veneratione erga JCtos Romanos, sed tamen bonam JCtorum causam, quod pace Viri, quem etiam post mortem veneror, dictum sit, male defendunt. Ergo videamus, an illam nasutam scholii objectionem cum majori JCtorum honore removere possimus. Scilicet per leges de caducis, (de quibus videatur praeter Comment. ad Cod. tit. de Caducis tollendis, *Ulpianus* in fragm. tit. 17) *impediebatur Jus accrescendi: Quoniam tamen eadem leges non impedirent substitutiones, a testatoribus, qui secundos heredes scribere nolebant, & tamen jure accrescendi locum esse, aut potius leges caducarias excludere volebant, inveniebatur substitutio illa reciproca, quae adeo tum magnum habebat usum. Quem a me tum, cum scholia scriberem, pro supina illius temporis juris, qua pollebam, scientia ignoratum fuisse, non miror, miror vero valde, a Viro in Antiquitatibus Romanis tam egregie versato non fuisse observatum, cum tamen ejus disertam mentionem faciat ipse Imperator* in d. l. un. pr. de Caducis tollend. *Adde Wissenb.* ad illum tit. Cad. p. m. 664. *Nunc autem, postquam Justinianus leges de caducis abrogavit, etsi nullum habeat amplius usum substitutio reciproca, nec credo ullum ejus in praxi occurrat exemplum, non injucundum tamen est, eam fuisse traditam; ut videlicet & antiqui mores Romanorum non ignorentur, qui saepe viam pandunt ad intelligendas eo melius constitutiones noviores.*

Regularum altera est in § 2. *Quemadmodum Testator dilexit heredes in instituendo, ita eosdem dilexisse videtur in substituendo.* Quod axioma duntaxat in reciproca substitutione obtinet; nam alioqui partes nihilo secus inter secundos heredes ac inter primos constituuntur, de quibus dictum *tit. praec.* Verum, si duo ex quadrante, tertius ex semisse heres sit dictus, iique mutuo substituti, dein contingat, ut ex duobus alter ac ita quadrans deficiat, tum de illo quadrante heres ex semisse, tanto plus habet eo, qui ex quadrante est heres, quanto semis quadrante major est; consequenter ille duas, hic unam habebit unciam. (d) Tertia regula *in § 3.* est haec; *Substitutus substituto etiam est substitutus instituto.* Testator fecit heredes *Primum & Secundum.* Hunc illi substituit, Secundo substituit *Tertium.* Secundus deficit, *Tertius* ei substitutus jam portione ejus potitur; mox & Primus deficit, Secundo jam sublato; *Tertius* partem quoque primi petit; Heres legitimus excipit; Tu non es primo substitutus. Replicat *Tertius*, ego sum substitutus *Secundo*, qui substitutus erat Primo, consequenter etiam Ego. Et hoc efficit ratio, ne testator pro parte testatus, pro parte fiat intestatus, ut Tertius partem quoque *Primi* deficientis adipiscatur, *d. § 3.* (e) In *§ ult.* species proponitur singularis, quae utcunque nullum his temporibus usum habere queat, doctissimorum tamen hominum ingenia torquere non desinit, tametsi ab eo, qui nil quam Practicus εὐχεται εἶναι, impune contemnatur. Servus est in hypothesi, quem testator sui juris esse credens, fecit heredem, eique substituit Sempronium. Detecta mox conditione servili, Dominus ejus vindicat hereditatem jure communi; substitutus contra, sibi arrogat successionem; quia cum servus heres esse nequeat, primus gradus deficere, ac ita substitutus vocari videtur. Cum uterque probabili ratione nitatur, via medietatis placuit, ut substitutus cum domino servi in partem admittatur, *aequam*, ut videtur, τὸ ἥμισυ λαμβάνει, inquit Theoph. partem quippe simpliciter positam, de parte aequali intelligendam esse, probat *l. 43. de instit. l. 164. § 1. in fin. de V. S.* Nota objectio est ex *l. 40. de Hered. Inst.* ubi primo Julianus ait, Sempronium substitutum in partem hereditatis admit-

(d) *Pos. 9.* (e) *Pos. 10.*

ti; in fine dicit, semisses fieri, & alterum semissem dividi. Si fas sit, conjecturis antimonias conficere, dicamus licet, substitutum Sempronium *in l. 40.* fuisse coheredem servi, & hac ratione semissem unum habuisse præcipuum, alterum vero tanquam substitutum, cum Domino servi esse partitum. Cujacius in *d. l. 40.* pro *alter semis* legendum putat *as*, quasi errore ex notarum consuetudine orto; sensu quidem optimo, sed audacius. Majori verecundia se commendat lectio Viri Cl. *G. C. Crusii*, Antecessoris Lugdunensis, ut pro *SEMIS* scribatur *SEM. AS.* tali contextu; *igitur in hoc casu semisses fient, ita ut alter Sempronii (sit) as inter eum, qui dominus &c.* qua de re diserte auctor in Diatribe ad *d. l. 40.* Sed hæc emendatio non bene *descendit ad literam*, dixisset Accursius.

SCHOLIUM.

Speciem in d. l. 40. *recensitam ejusque decisionem, tot doctissimorum hominum ingenia fatigasse valde miror;* Vide quos citat Noster in Prælect. conf. Strauch. IX. 25.: ibique notata p. 110. *Res plana est, & principiis bonæ interpretationis convenientissima. Facti sunt duo semisses; unum dominus servi retinuit, alterum cum substituto divisit. Neque huic contradicit Tribonianus. Mallem enim ostendatur mihi ratione aliqua firmiter concludente, per partem in* § 3. h. t. *intelligi partem dimidiam; Plura addere hujus loci non est.*

RESPONSIO.

Quid concludentius esse potest, quam quod habetur in l. 164. § 1. de V. S. *Si non* fuerit portio adjecta, dimidia pars debetur, & in l. 43. de usufr. *Si non* specialiter *facta sit partis mentio*, dimidia pars bonorum continetur. *Quod nec sensu communi aliter se habere posse, manifestum est. Non semper igitur quod facillimum, id optimum esse in medicina juridica, putandum est.*

N. ADDIT.

Quasi vero ista communis responsio, & vulgatum dictum de parte dimidia in dubio intelligenda, mihi fuissent incognita, cum scholium scriberem. Et vereor, ne Autor sibi magis quam mihi, dicere debuerit istud monitum. Non semper in medicina juridica id optimum esse, quod est facillimum. Nimirum antequam de sensu Institutionum videamus, brevissimis explicandæ 40. & 41. ll. ff. de hered. instit. Ait Julianus: Si paterfamilias *servum quendam fugitivum, qui se* Titium *nominaverat*, quemque *adeo testator* ingenuum esse credebat, heredem scripserit, eique si heres non esset, Sempronium substituerit, *deinde post mortem Testatoris ille* Titius *a Domino suo vindicatus, &* quia *ita* servus fuerat, jussu domini adierit hereditatem; *quæritur, an dominus servi hujus debeat hereditatem acquirere, an vero Sempronio substituto restituere, quia scilicet, si Testator scivisset Titium esse servum, forte non instituisset, sed statim substitutum in ejus locum instituisset; & quia, cum eum ut ingenuum instituisset, casus iste, si Titius (nempe ut ingenuus) heres non erit, quasi extitisset. Sed cum tamen ista ratio valde sit dubia, quia Romanis non fuit infrequens, etiam servos heredes facere, & adeo illa ratio saltem præsumtionem aliquam faciat, contra rationes fortiores in contrarium sint: regulæ æquitatis suadent, ut in hoc dubio major hereditatis pars maneat apud Dominum Titii, adeoque* potest dici, Sempronium, *propter illud leve dubium saltem* in partem *aliquam minorem hereditatis admitti. Rationes autem fortiores, quæ pro domino militant, intellectu non sint difficiles.* Nam qui scit aliquem servum esse, & eum heredem scribit, & ita substituit: Si Stichus heres non erit, Sempronius heres esto; intelligitur tale quid dicere: Si Stichus neque ipse heres erit, neque alium fecerit: At qui eum, quem liberum putat esse, (*ut in proposito casu testator fecerat,*) heredem scripserit, hoc sermone, Si heres non erit, nihil aliud videtur significare, quem si hereditatem vel sibi non acquisiverit, vel mutata conditione alium heredem non fecerit. Quæ adjectio *verborum ultimorum, (ne quis miretur, quomodo, qui hominem liberum esse putat, possit de ejus domino cogitare)* ad eos pertinet, qui patres familias heredes scripti, postea in servitutem deducti & *servi pœne effecti* fuerint. Igitur, *cum hic pro Sempronio sola militet legis ista conjectura, quod tamen testator errans in statu Titii, forte, si scivisset, eum servum esse, eum non instituisset,* in hoc casu semisses fient, *non, ut unum eorum retineas dominus & alterum det Sempronio, sed* ita ut *solum* alter semis inter eum, qui dominus instituti heredis fuerit, & substitutum, æquis portionibus dividatur, *alter vero semis integer apud dominum maneat. Si ita ex regulis bonæ interpretationis textum explices, nulla difficultas est, nulla correctione opus. Et miror, quod DD. textum corrigentes, non senserint, absurdissimam fore sententiam Juliani, si recta-*

recitatis solum rationibus pro Dominio Titii, nulla (nec illa quidem, quam modo in expositione & peripbrasi textus supplevimus) pro substituto, decisionem tamen in favorem substituti ex æquis hereditatis partibus facere voluerit. Porro, quod legem subsequentem attinet, excerptam ex Pomponio, ipsa verba, quibus compilatores utuntur, ubi in textu ipso Pomponium citant, ostendunt, quod illius verba non sint Pomponii ipsius, sed unius ex compilatoribus, qui putavit, se sententiam Iuliani egregie illustrare potuisse, exemplo illo Parthenii. Optandum equidem esset, ut de hoc casu & exemplo distinctius constaret. Nunc vero apud historicos, quorum opera vel fragmenta ad nos pervenerunt, ea de re nihil. Parthenius Cesaris Tiberii servus, ut compilator dicit, ab aliquo testatore ut ingenuus erat instituus; & ut ingenuus etiam adierat hereditatem. Postea a Cesare vindicatus, cum hic retinere potuisset hereditatem totam, tamen ex quadam animi generositate divisit hereditatem cum substituto. Unde patet, hoc exemplum non quadrare ad mentem Iuliani, qui voluit, quartam saltem partem substituto reddi. Sed compilator non intelligens sensum Juliani, exemplum hoc, tanquam quod mentem Juliani egregie illustraret, imperite adjunxit. Jam ad Institutiones. Hic primo evidens est, cum, qui hujus compilationis autor est in formando § ult. h. t. *ante oculos habuisse duos illos textus Pandectarum hactenus expositos. Nam ad verbum ex istis duabus legibus integer paragraphus est descriptus, nisi, (ut videlicet compilator de suo aliqua adderet,) quod substitutus ibi non Sempronius, sed Mevius appellatus fuerit, & quod verba illa Iuliani, de divisione assis in duos semisses, vim omnem decisionis ejus continentia, plane omiserit, cum scilicet ea non intelligeret; (uti nec intellexerunt nostri interpretes, propterea de ejus intellectu se torquentes, aut non putaret, convenire ea cum decreto Tiberii in lege sequente. In eo tamen compilator Institutionum cautior fuit, quod, cum sentiret, decisionem Juliani de asse dividendo in suos semisses, aliquid continere, quod non intelligeret, ne forte lex sequens 41. ut jam suspicari incipiebat, inepte in Institutionibus connecteretur cum verbis præcedentibus legis 40. sententiam decreti Tiberiani de divisione in partes æquales non distincte retulit, sed saltem dixit, quod Tiberii decretum sit conforme decisioni præcedenti. Interim ista omissione verborum Juliani, effecit compilator Institutionum, ut duo orirentur incommoda. Initio, ut, qui Institutiones explicare inciperent, & nescirent, paragraphum hunc ex istis legibus Pandectarum explicandum esse, sed ejus verba, prout jacent, considerarent, putarent, per* partem *in verbis ex Juliano desumptis, intelligi partem dimidiam, secuti videlicet rationes ab Autore in responsione adductas, (in quo eos facile excusatos habeo, cum si sine relatione ad fontes suos excerpta hæc considerentur, nullam aliam explicationem postulent,) & rationes a Juliano pro domino servi adductas, plane in alium sensum traherent, quasi nempe Julianus iis ad objectionem, quod tota hereditas pertineat ad substitutum, respondere & ostendere voluerit, cur tamen Dominus admittatur in partem dimidiam. Ita statim Theophilus paragraphum istum in sua paraphrasi interpretatus est, quem deinde interpretes reliqui secuti sint, ut anseres anserem. Deinde, quod, cum in Pandectis deprehenderent verba Juliani in Institutionibus omissa, non admittere expositionem illam, quam de textu Institutionum fecerant, non animadverterent textum Institutionum ex hoc fonte suo aliter esse explicandum, sed formarent sine ulla ratione antinomiam inter Institutiones & Pandectas, & postea, ut conciliarent hanc in cerebro suo effictam antinomiam, muris modo judarent & textum misere torquerent. Illud obiter addo: Theophilum in paraphrasi sua Parthenium ex errore facere servum Imperatoris D. Pii. Et falli Dionysium Gothofredum, qui ibidem vult, in Instit. pro* Tiberius *legendum esse* Titus Vespasianus. *Etsi enim eum in finem citet Dionem & Suetonium, hi tamen nihil aliud dicunt, quam quod Parthenius quidam fuerit cubicularius Domitiani, adeoque non ejus servus, imo Suetonius diserte mentionem injicit de quodam liberto Parthenii.*

TIT. XVI.

De Substitutione pupillari.

Unde & quid substitutio pupillaris. Alteram speciem alteri tacite inesse. Nullam sui heredis exheredationem jamare Inst. pupillares. De substitutione exemplari. Ad § 2 & 3. De substitutione facta exheredato. Ad § 5. 6. Denique ad § 8. ult.

(a) Jus

(a) Jus illud vulgare ſubſtituendi, proſluebat ex regula XII. Tabb. *Paterfamilias uti de re ſua legaſſit, ita jus eſto, l. 120. de R. J.* Sed pupillaris ſubſtitutio virtutem illius regulæ egreditur, neque ex lege XII. T. ſed moribus introducta eſt, ut Ulpianus affirmat in *l. 2. pr. de Subſtit. item hoc pr. in f.* tanquam effectus Patriæ poteſtatis, *ibid.* quæ & ipſa moribus recepta dicitur, ab eodem Ulpiano in *l. 8. de his, qui ſui vel al. jur.* Et quidem antiquo jure, quo cuncta liberorum bona Parentum erant propria, non usque adeo inſolens erat, Patrem de bonis filiorum diſponere; ſed poſtquam adventitiæ res propriæ liberorum ſunt factæ; paulo enormius videtur, Patrem dare filio heredem, non modo in ſua, ſed in bona materna quoque, & ab iis maternum excludere ſanguinem, avum etiam & matrem, fratresque ac ſorores *l. 8. §. 5. de inoff. teſtam.* Quod videlicet eſt ex juribus patriæ poteſtatis, quam ſupra monuimus, longe apud Romanos exceſſiſſe terminos juris naturæ & gentium. Quanquam alioqui hæc ſubſtitutio rationi optime congruit, ut pro eo, qui per judicii infirmitatem ipſe teſtari nequit, fungatur is, quem natura gubernatorem omnium ipſius actionum eſſe voluit. Eſt igitur pupillaris ſubſtitutio, *Quando Pater liberis impuberibus, quos habet in poteſtate, dat heredem, in caſum, quo heredes jam exiſtentes ante pubertatem ſint morituri,* qui caſus eſt ſecundus, reſpectu alterius, *Si heres non erit;* qui primus eſt, *l. 8. C. de impub. & al. ſubſt.* adde *pr. h. t. ibique* Theophilum.

2. (b) Differentias a Vulgari definitio ſatis indicat. I. In hac quilibet teſtator ſubſtituit, in pupillari ſolus pater, non mater; etenim *l. 33. de vulg. & pup. ſubſt.* agit de ſubſtitutione facta quidem pupillo; unde *pupillares* tabulæ; ſed forma vulgari. II. In vulgari quibusvis heredibus ſubſtituitur, in pupillari filiisfam. impuberibus. III. Illa fit in caſum primum, hæc in ſecundum, ut expoſuimus. Præterea notandum, quod vulgariter ſubſtitutus teſtatori ſuccedat, non ei, cui ſubſtitutus eſt, *princ. tit. præc.* ſed in pupillari ſubſtitutione ſucceditur pupillo, non teſtatori. *princ. h. t.* Unde ſequitur, ad ſubſtitutum etiam adventitia, nec non ea pertinere bona, quæ poſt obitum teſtatoris ad pupillum pervenerunt, *l. 10. §. 5. h. t.* Item quando pupillus ſe abſtinuit hereditate paterna, quod tunc ſubſtitutus, (qui nihilominus admittitur) ut mox videbimus, creditoribus hereditatis paternæ reſpondere non debeat, *l. 42. de Acquir. hered.* niſi pupillus primo ſe miſcuerit hereditati, poſteaque beneficium abſtinendi repererit. De quo caſu cum Accurſio videtur intelligi poſſe *l. paterfamilias. 28. de reb. auctor. jud. poſſid. verſ. cum pupillus.* neque tunc opus delenda particula *non*, de qua vid. Godofredum *ad d. l. 28. verſic. idem in ſubſtituto.* Refellitur enim ex *verſ. ſeq. quoniam filii pudori parcitur &c.*

3. (c) Quamvis autem ut ſpecies oppoſitæ proponantur, vulgaris & pupillaris ſubſtitutio, re ipſa tamen ſunt ſubordinatæ, nec quicquam impedit, quo minus in terminis habilibus conjungantur; Quam ſpeciem Græci portentoſa compoſitione vocant *ξελγχεοπαπιλλαρίαν*; Cujus exemplum proponit heic *in pr.* Imperator his verbis: *Titius filius meus heres mihi eſto. Et ſi filius meus heres mihi non erit: ſive heres erit & prius moriatur ante, quam in ſuam tutelam venerit, id eſt, antequam pubes factus ſit, tunc Sejus heres eſto.* Ex quo liquet, olim, ut ſubſtitutio utroque caſu facta intelligeretur, utrumque caſum exprimi debuiſſe; *ſi filius heres non erit, ſive erit heres, at impubes morietur.* Unde ſequebatur, ſi quis filio ſuo pupillariter ſubſtituiſſet, isque Patrem morte præveniſſet, ſubſtitutum non potuiſſe admitti, quia filius heres non fuerat, quæ conditio erat ſubſtitutionis. Quanquam conjectura paternæ voluntatis non immerito dici poterat, cum qui usque poſt XIV. annos heres futurus erat, ex mente teſtatoris, multo potius vocatum videri, ſi ſtatim voluntas ejus exitum habere poſſet. Quemadmodum in hanc ſententiam veteres ea de re diſputaſſe, ex Cicerone variis locis, & Quintil. *l. 7. c. 7.* intelligimus. Hodie vero etiam hoc membrum deciſione Imperatoria explicatum eſt, *ut pupillaris expreſſa contineat vulgarem tacitam;* (quicquid diſſentiat Vigl. *hic*, & Fab. *dec. 32 err. 9. & 10.*) ſed alter caſus, ſimili regula comprehenſus eſt, *ut vulgaris expreſſa tacitam pupillarem contineat.* Idem cum Pater filiofam. ſubſtituit, *ſi heres non erit*, atque ille ſuperſtes Patri hereſque exiſtens poſtea impubes moritur, tametſi conditio teſtamenti expreſſe deficiat, tamen, quia apparebat, teſtatorem noluiſſe filium ſuum mori inteſtatum, placuit eum ſenſum amplecti, quo filius exitum teſtati haberet; quatenus id

(a) *Poſ. 1.* (b) *Poſ. 2. 3. 4. 5. 6.* (c) *Poſ. 7. 8. 9.*

ſalvis

salvis legibus fieri poterat; adeoque heredem, qui statim post obitum certo casu heres futurus erat, vocari ad successionem, quocunque tempore filius ex patris testamento heredem habere posset. Idque etiam propterea, ut videtur, quia conditio, *si heres non erit*, in specie existere non poterat, nisi filio ante Testatorem mortuo: nam si superviveret, heres ipso jure & necessario fiebat. Atqui patris voluntatem restringere ad casum turbatæ mortalitatis, absr e videbatur; Et servato ordine naturæ, eventum consequi non poterat; Hæc interpretatio est *legis 4. h. t.* Disputare prolixius contra Vigilium, Fabrum & alios, quod facit D. Vinnius *2. Quæst. 24.* pro parte regulæ prima, mihi supervacuum videtur, quia longe fortiori puto ratione, productionem casus secundi ad primum niti, quam primi ad secundum, quem illi extra controversiam statuunt. Citatæ autem *l. 4.* plane ea mens est, pupillaris tacitæ, quæ vulgari inest, eundem esse effectum qui pupillaris expressæ; ideoque nulla causa est, quare non etiam mater per hanc tacitam excludatur,* ut crebrius sentiunt Interpp. quos citat D. Wissenb. *t. ff. 56. th. 28.* non paucis tamen dissentientibus, quos Forum probasse, testis est Faber *l. 6. Cod. tit. 8. def. 1.* Nituntur hi duobus textibus, q tibus revera exceptiones continentur. Prima est in *l. 2. C. de impub. subst.* Exceptio altera est in *l. ult. C. de Inst. & Subst.* Dicemus ad *ff. h. t.*

4. (d) Dictum aliquoties, sufficere ad effectum pupillaris substitutionis, quod filius fam. Patri superstes fuerit, tametsi bonis ejus se non miscuerit, neque hereditatem agnoverit, sed timore æris alieni semet abstinuerit; quia nihilominus verum est, filium Patri heredem fuisse; si quidem jus abstinendi characterem sui heredis nequaquam tollit, ut latius *ad § 1. de hered. qual. & diff.* Traditur hæc res diserte in *l. 12. h. l. 42. de Acquir. hered. l. 44. de Re Jud. aliisque locis.* Atque hoc est, quod communiter dictum est; nudam sui heredis existentiam, confirmare tabulas pupillares. Unde e contrario sequitur, verba hujus *princ.* si quidem *non extiterit heres filius,* ad eum casum non pertinere; si filius se *abstinuerit*, ut recte habet Theophili paraphrasis; quam cur D. Vinnius reprehendendam putet, aut quid inconcinni ex ea interpretatione oriatur, non animadverto; sane quod videtur subesse, id nihili esse apparet. Cæterum, quando extraneus heres una cum filio, vel exheredato filio institutus est, tum ad confirmandas pupillares tabulas, opus est aditione hereditatis, *l. 11. § 1. ad Sc. Trebell. l. 2. § 1. & l. 10. § 4. de vulg. & pup. subst.* E quibus temere Anton. Faber regulam generalem contrariam eduxisse videtur in *l. 2. Conject. cap. 2.*

5. (e) Cæterum, quia per judicii imbecillitatem filius, inquam, ipse testari nequit res postulat, ut pater ipsius vice fungatur, usque dum ætate satis matura vicariam testationem leges facessere jubent. Sed quoniam in liberis mente penitus captis, hæc ratio cum ætate habili ad testandum non cessat, quia semper testamenti faciendi sunt incapaces, ideo placuit Justiniano, jure ordinare, (cum olim a Principe impetrandum esset, *l. 43. de vulg. & pup. subst.*) *exemplo* pupillaris substitutionis aliam *quasi-pupillarem* stabilire; *quia jus sit Parentibus utriusque sexus*, (in concursu tamen Patri potius,) *liberis perpetuo mente captis, non minus quam ex legitima institutis, dare substitutum, in casum, quo extra usum rationis sunt morituri*, & quidem, si priusquam mente caperentur, nullum condiderint testamentum; id enim alioqui vim suam retinebit. Sub mente captis plerique hic intelligi non modo furiosos & prodigos, sed etiam mutos & surdos volunt; Mihi præter eos, qui vitiosa naturæ dispositione continuo nihil sapiunt, religio est alios complecti, quia procul dubio hæc quasi pupillaris substitutio præter rationem veteris Jurisprudentiæ ex speciali constitutione recepta est, quam nobis ultra terminos legis expressos non magis producere licet, quam veteribus ante Constitutionem *in d. l. 9.* veram pupillarem ad hanc ipsam exemplarem extendere licuit. Jam Constitutio in eadem *l. 9. C. de impub. & alior. subst.*

* In Saxonia nec expressa nec tacita pupillaris substitutio, matris aut aviæ legitimæ præjudicare potest. Nam *P. 3. C. El. 8.* expressis verbis matri legitimam relinqui jubet, si secus factum fuerit, nihilominus legitimam, nulla habita substitutionis ratione, vindicat, vid. Carpz. *ad eand. def. 3.* Quam Constitutionem cum Interpretes ad solam matrem, non ad reliquos Ascendentes Maternos, pertinere existimaverint, Carpv. *l. c. d. 5.* Decisio *Elect. 47.* Aviæ Avoque Paterno & Materno idem jus tribuit. conf. Philip. *add. Dec. Obs. un. n. 42. seqq.*

(d) *Pos. 7.* (e) *Pos. 10.*

loquitur tantum de his, qui *perpetuo* mente capti sunt & nihil sapiunt. Atqui mutos & surdos non sapere, nemo dicet; Furiosos verum quidem est nihil sapere, dum furunt; sed non sunt hi, qui perpetuo desipiunt; Nam & intervalla habent *κχιρὰς διαλειμμάτων*, *l. 6. C. de Curat. fur.* & sperantur *ἀνανήψειν*, ad sanam mentem redituri, temperie spirituum mutata, quod plerumque fieri videmus. Proinde liberis furiosis stricte ita dictis, qui rabie agitantur, in casum, quo in furore morientur, substitui posse a parentibus, affirmare non ausim, multoque minus prodigis, a quibus verba constitutionis adhuc longius absunt. Dissentit Scholiastes noster ad *Posit. 10. h. t.* remittens Lectorem ad ea, quæ dixerat ad Strauchium; quibus occupari, nobis heic integrum non est. Quamvis autem exemplo pupillari hæc altera ordinata sit, non est tamen æque libera & arbitraria; nam parentes non modo liberos *mente captorum* præterire nequeunt, sed nec suos liberos, qui sunt fratres & sorores mente captorum; substituere enim *omnes, vel certos, vel unum ex illis* oportet; ergo reliquos, uno substituto, præterire potest; quod quidem durum, vix tamen durius, quam quod est in *l. 8. § 5. de inoff. testam.* ubi pater substituens filio pupillariter, matrem ejus præterit, ut nec Legitima peti possit. Ex eo quod dictum, etiam matri exemplaris substitutionis facultatem permitti, quia non potestatis, sed humanitatis intuitu indulta est, *pr. d. l. 9.* intelligitur, veram pupillarem non esse maternæ dispositionis, quia est patriæ, inquam, potestatis effectus, ut pridem dictum, nihil obstante *l. 33. h. t.*

6. (f) Quæ jam porro docet Imperator, ea minus difficilis sunt explicationis. Nam quod in hac substitutione duplex quodammodo testamentum esse, observat in *§* 2. id mox corrigit, *aut certe unum*, inquit, *testamentum est duarum causarum*, id est, *duarum hereditatum*. Una quippe patris, altera filii, quæ & separari possunt, ut una ad substitutum perveniat, altera non, ut *supra* dictum; Quin & duæ additiones necessariæ, *l. 2. § 1. h.* Nec tamen nisi unum est testamentum, quoniam ab uno Testatore eodem actu & solennitate factum, iisdemque a Testibus signatum est, *l. 20. h. t.* denique pupillare Testamentum, quod dicitur, pro parte & sequela paterni habetur, *§ 5. h. t.*

7. (g) Levius, & consiliarii magis quam Legislatoris est, quod in *§ 3.* inculcat; Testatorem, si metuat, *ne* substitutus spem nefariam conscientia potiorem habens, filio suo insidietur, recte facturum, si versus eos, quibus substitutio pupillaris continetur, in extrema pagina scribat, eamque complicet, vel alteri applicet, linoque & cera consignet; palam prohibens, ne pagina ista, vivo & impubere adhuc pupillo, aperiatur. Ita facile obtinebit Testator, ne pupillus ejusmodi periculis sit obnoxius, quibus alii propter nimiam de amicis fiduciam, succubuisse leguntur, cujusmodi exempla sunt in *l. 39. de Pœn.* Cicer. *orat. pro Cluent.* Sueton. *Galba cap. 9.* De forma veterum libellorum & instrumentorum; quæ plura quam heic necesse est, memorari poterant, ea remittimus ad locum, tu vid. Sueton. *Ner. c. 17. l. 1. § pen. & ult. l. 8. § ult. de b. p. sec. tab. & l. ult. de fideic. lib.*

8 (h) Id quoque ex iis, quæ dicta sunt, colligi potest, Patrem filio etiam exheredato recte substituere, *§ 4. l. 10. § 5. h.* quoniam hunc perinde ac suum heredem habet in potestate, ac substituendi jus a Patria potestate pendet, quemadmodum de tutoris datione dictum ad *§ 3. supra de Tutel.* Difficulter tamen dixeris, quibus in bonis jure antiquo illa substitutio & tutoris datio habuerit effectum, si quidem omnia liberis undecunque acquisita Patrum erant propria, exceptis castrensibus, qualia impuberes habere non possunt. Sane in his bonis, quæ liberi exheredati habebant ac ante puberratem obvenissent, valere poterat substituto exheredati, *l. 10. § 5. h. t.* Jure Codicis autem hodie sine dubio leges est rebus adventitiis paternæ proprietati subtractis. Sed novissime vix est, ut doctrina hujus *§* magnopere obtineat, ajunt Interpretes, quoniam impuberes, quibus hæc substitutio convenit, vix aut nunquam exheredationem merentur. ex *Nov. 115.* Atqui tamen per querelam rescinditur testamentum, in quo impubes exheredatus est, ut olim ita hodieque, sicut *infra* videbimus, & jam vidimus *sub fin. tit. de Exhered. lib.* Si querela non moveatur, heres erit, qui scriptus est, eoque deficiente, substitutus. Quin etiam qui ipsi exheredato substitutus est, admittendus erit, illo ante tutelam suam mortuo; Nunquam enim jus hujus loci mutatum legitur, præsertim postquam jure novo placuit, ut mox intelligemus, per querelam

(f) *Pos. 11. 12.* (g) *Pos. 13.* (h) *Pos. 14. 15.*

non

non rescindi substitutionem pupillarem. Ad hoc in *Post. 13.* non satis exacte animum advertisse videmur, quod non fugit Scholiastem nostrum ad *d. Pos.* Illud & veteri novoque jure certum est, testatorem a filio exheredato ejusque substituto, legata relinquere nulla posse, quia hæc onera sunt, quæ his, quibus nihil commodi a testatore fuit ortum, imponi nequeunt, *l. 4. § 3. de testam. mil.* Verum quid si filius per querelam inofficiosi testamentum rescindat, eoque rescisso, adhuc impubes moriatur, num substitutus hereditate potietur? Jure veteri nequaquam, quia certum est, si Patris testamentum non valeat, nec filii testamentum valere posse, *§ 5. in fin. h.* & cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo valet, ait Paulus in *l. 28. in fin de inoff. testam.* Qua in re mitior fuit bonorum possessio contra tabulas, per quam nihil aliud rumpebatur, quam ut filius contra quam scriptum erat, bona consequeretur; salvo in reliquis capitibus judicio Patris, *l. 34. § ult. h. t.* Nec dissimilis ratio querelæ est hodie, quæ tantum movetur ad amoliendam a filio injuriam exheredationis, bonaque impetranda, quæ natura ei addixerat, adeoque ad institutionem, quæ facta est, removendam, reliquis testamenti partibus inconcussis, *Nov. 115. c. 3. in fin.* ideoque substitutionem pupillarem quoque salvam esse, consentaneum est: nam vulgarem per querelam aditionemque hereditatis evanescere, per se clarum est.

7. (i) Scilicet pupillare Testamentum, sive substitutio est pars, ut dictum, & sequela Paterni, ideoque rescisso principali testamento, pupillaris substitutio non magis salva manet, quam toto corpore abolito, pars integra servari potest. Eadem ratione efficitur, ut pater nunquam aliter filio, quam pariter sibi heredem scribendo, substituere queat, *d. § 5. in pr.* Quin adeo primi heredis institutio fundamentum secundæ est, ut substitutio ne quidem priore loco recte collocetur, quando diversis locis & interrupto contextu pars utraque testamenti componitur, sed institutio præcedere debebat, illo quidem casu *l. 16. § 1. h.* Nam si uno contextu absque interruptione totum scribatur testamentum, ordo verborum nihil attenditur, *l. 2. § 5. eod.* posse autem hoc casu unitatem contextus, alioqui adeo mysticam, negligi in Testamento, alibi observatum est, *supra tit. 10. th. 5.* In § 6. (k) nihil novum aut ἀπροσδόκητον continetur, nam quo minus Testator aut singulis liberis distincte, aut ultimo ex illis morienti, substituere ex arbitratu suo possit, nulla ratio erat dubitandi: Scilicet, cum singulis substituit, tam curiosus fati est, ut liberorum unicuique suum velit assignare heredem; quando ultimo defuncto, cupit, ne bona extra familiam vadant, sed & superstites aliorum mortibus augeantur. De hac specie casus est dubius, talis; Si liberi, quorum ultimo morienti unus idemque substitutus est datus, pariter decedant, an substitutus, qui supremum mortuum probare non potest, admittatur. Africanus affirmat in *l. 34. pr. h. t.* quia *postremus non is demum, qui post aliquem; sed etiam post quem nemo sit, intelligitur.* Martianus *in l. 34. ad SC. Trebell.* habet hanc speciem: Pater filios heredes instituit, partem ejus, qui novissimus ex filiis moreretur, propinquo restitui voluit. Filii simul diem suam obierunt. Propinquus si non ostenderit, quis novissimus obierit, ad partem hereditatis non admittitur. Videntur hæc esse contraria, sed diversæ rationes sunt; In prima specie, substitutus est novissimo morienti. Ita altera pars ultimi rogata fuit restitui, quæ pars demonstranda est: Accedit, ut videtur, favor maternæ successionis, quæ fideicommissariæ opponitur, *in d. l. 34.*

10. (l) Denique, Substitutio potest fieri vel nominatim, quod usitatius & expeditius est, vel generaliter, ut dicat, quisquis mihi heres est, is filio meo heres esto, *§ 7. h.* Inter utramque formulam hoc interest, quod qui nominatim substitutus est, filii successionem consequatur, etiamsi de bonis oneribusque paternis nihil adipiscatur, ut audivimus. Qui ex altera formula, is de secundis tabulis non gaudet, nisi heres Patris fuerit, & quidem expresso ejus judicio vocatus, adeoque scriptus, non herus aut Pater, qui per filium aut servum, heredem se testatoris esse contendit, multo minus qui solo jure sanguinis & intestati fretus est, *l. 8. § 1. h. t.*

11. (m) Finitur Substitutio pupillaris eodem tempore, quo filius incipit ipse sibi scribere posse heredem, id est pubertate, *§ 8. h.* quamvis diserte testator longius tempus comprehenderit, *l. 14. h. t.* Id enim frustra facit, verbis quidem civilibus, *l. 7. h.* Si *frustra* igitur in vim fideicommissi, talis non flectitur substitutio, quod nec ideo fieri potest, quia substitutio, quod nec

(i) *Pos. 14.* (k) *Pos. 16.* (l) *Pos. 18.* (m) *Pos. 20.*

ideo fieri poteſt, quia ſubſtitutio pupillaris eſt de bonis heredis, fideicommiſſum duntaxat de propriis teſtatoris, ideoque toto genere differunt; unde μεταμέρφωσις ejusmodi nimis foret inſolens, utique in paganis; nam in militibus nihil inſolens aut notabile eſt; hi poſſunt & vulgariter, poſtquam heredes extiterunt, & pupillariter ultra pubertatem ſubſtituere; ſic tamen, ut ſubſtitutus ea tantum, quæ propria teſtatoris fuerunt, adipiſcatur, *l. 5. de teſtam. mil. l. 15. h.* Poteſt etiam iis, quos in poteſtate non habet, miles ſubſtituere, *l. 40. § 4. de teſt. milit.* quod paganis nullo modo licet. Verum (n) ſi quis ſuas res ab uno ad alium heredem velit devolvi, id per fideicommiſſum diſponere debet, de quo proprius erit *infra* dicendi locus: ſunt enim res diverſæ; quanquam fideicommiſſum haud inepte ſubſtitutio vocari poteſt, ac ita appellatur a Papiniano in *l. 57. § 1 & 2. de Sc. Trebell.* & clarius ab eodem in *l. 41. § 3. h. t.* Moribus hodiernis, pupillaris ſubſtitutionis uſum obſoleviſſe, niſi quatenus vim fideicommiſſi obtineat, conſtanti Pragmaticorum atteſtatione traditur; cum, quod Patria poteſtas illa Quiritium omnino fere evanuit, tum quod hoc caput, quo pater jus habet excludendi poſt mortem ſuam, fratres ſororesque impuberum a ſucceſſione eorum, (quod etiam in exemplari Juſtiniano iniquum fuit viſum, ne de avis maternis & reliquo ſanguine dicam,) prope inhumanum adeoque a ſecta hujus ſæculi alienum videtur. In Friſia tamen non eſt dubium, quin ſubſtitutio pupillaris plenum robur obtineat, libereque a Parentibus exerceri poſſit. vid. Sand. *lib. 2. Deciſ. tit. 7. def. 1.*

TIT. XVII.

Quibus modis Teſtamenta infirmantur.

Quot modis teſtamenta infirmantur. Et rumpendi modus prior. Alter, facto poſteriori teſtamento. Quo modo fiat irritum. Nuda voluntate non revocari. Principem non recte inſtitui litis cauſa.

(a) Quomodo Teſtamenti factio ordinari & quibus ſolennibus, quomodo heres inſtitui atque ſubſtitui debeat, adeoque totam Teſtamenti ſtructuram & œconomiam vidimus. Jam videndum, quibus modis deſtruantur. Sciendum autem, Teſtamenta, quæ non ut debent, condita ſunt, vel ab initio non valere, vel poſteá infirmari. (b) Quæ ab initio non valent, ipſo jure *Nulla* dicuntur. Cujusmodi ſunt etiam Injuſta, ſive non jure facta, in quibus deſunt ſolennia juris, *l. 1. de injuſt. rupt.* maxime ea, in quibus filiusfam. ſunt præteriti, *l. 17. ibid.* Quæ (c) valent initio, nec tamen firma ſunt, ea infirmantur jure Prætorio, aut jure Civili. Prætorio per bonorum poſſeſſionem contra tabulas, quæ datur liberis emancipatis præteritis, *§ 3. I. de Lib. exhered.* Jure Civili (d) *rumpuntur* aut *irrita* fiunt, aut *deſituuntur*, aut denique *reſcinduntur*, quos terminos non tam ſecundum Priſcianum, quam Juſtinianum diſtinguere ſolemus, *§ 5. h.* Teſtamenta (e) *Rumpuntur* agnatione Poſthumi; & poſteriori Teſtamento æque perfecto. Poſthumi, vel vera, vel quaſi-agnatio eſt. De vera agnatione dictum *ad § 1. ſupr. de exhered. liber.* Quaſi-poſthumorum tres ſpecies ſunt: Prima eſt nepotum, qui morte, vel emancipatione patrum, proximi avis, aëita ſui ſunt facti, *§ 2. I. de lib. exhered.* Altera eſt eorum, qui a Teſtatore poſt conditum Teſtamentum arrogati ſunt, vel in deſcendenti gradu adoptati, *§ 1. h.* junctо *§ 2. de Adopt. & § 14. de hered. ab inteſt.* Tertia eorum, qui a Patre Teſtatore poſt factum teſtamentum ſunt legitimati, *§ ult. de Nupt.* Qui omnes *quaſi*-agnaſcendo rumpunt Teſtamentum, omniaque ad cauſam inteſtati redigunt. Nam conſtitutio nova, quæ ſolam heredis Inſtitutionem infirmat, ad Querelam inofficioſi ſolummodo pertinet, in *Nov. 115. c. 3. in fin.*

2. (f) Secundo, prius Teſtamentum rumpitur per poſterius. Nam declarationem voluntatis, qua nos alteri non obligamus, mutari licere, tam eſt naturale, quam obligationem conſenſu ejus, cujus intereſt, poſſe aboleri, certum eſt. Hoc ſenſu ambulatoria dicitur eſſe hominis voluntas, *l. 4. de adim. leg.* adeo quidem, ut nihil opus ſit, priorem voluntatem revocare in poſteriore, ſed aliam extare ſufficiat, per quam *ipſo jure* præcedens rumpitur, *l. 27. C. de Teſtam.* Quod verum eſt, etiamſi juraverit Teſtator, ſe

(n) *Poſ. 21.* (a) *Poſ. 1.* (b) *Poſ. 2.* (c) *Poſ. 3.* (d) *Poſ. 4.* (e) *Poſ. 5.* (f) *Poſ. 6.*

non

non mutaturum prius testamentum; Tali enim jurijurando nusquam jure civili major efficacia, quam declarationi injuratæ tribuitur. Quod si per juramentum Testator heredi id promiserit, non dixerim, salva conscientia eum mutare posse testamentum; quanquam, si mutatum sit, in Foro posterius valebit. Cæterum (g) duplex in testamento clausula derogatoria usurpatur. Altera posterioris testamenti, qua derogatur cunctis voluntatibus antea conditis, quæ non est necessaria; & altera priori inserta testamento, qua testator declaret, se nolle, ut posterior sua voluntas, si quam forte condiderit, subsistat. Qualis si priori Testamento sit inserta, tamen juris Romani ratio non permittit, ut homo liber, eo modo supremum sibi arbitrium præcidat, auctore Hermogeniano in *l. 22. de leg. 3.* & Marciano *l. 6. § 2. de jure codic.* Sed usu fori est receptum, testamenta clausulis derogatoriis munita, per posteriora non aliter rumpi, quam si Testator in novissimo clare dicat, se mutare sententiam, & revocare illam clausulam, teste Sand. *l. 4. tit. 1. def. 1.* Nec videtur hoc temperamentum carere fundamento, propter *l. 22. de leg. 3.* ubi Testator dixerat; *cui bis legavero, semel deberi volo*, mox in eadem scriptura bis uni legat; JCtus ait, bis deberi, quia posterior voluntas potior est, quam prior derogatio impedire nequit: *sed hoc ita locum habebit*, pergit textus, *si specialiter dixerit, prioris voluntatis sibi pœnituisse, & voluisse, ut legatarius plura legata acciperet.* Hanc clausulam plerique adfutam a Triboniano censent; quod Cujacii & auctoritati, & rationibus *l. 14. obs. 7.* haud ægre concesserim. Atqui Justinianus hoc capitulum omnesque Pandectas, ut a Triboniano sibi oblatæ sunt, confirmavit; adeoque etiam huic clausulæ robur dedit, ut jam parum interfit, Hermogeniani, an Triboniani ea verba censeantur. Quid si ita colligamus; Testator in priori voluntate non potest cavere, ne posterior dispositio valeat, modo constet, eam esse ipsius seriam voluntatem. Quando autem in una scriptura prius dixit, si quid infra leget bis, hoc se nolle bis præstari, tum si mox leget bis, quid fiet, nisi quod dixit, ut semel præstetur? id enim adhuc velle creditur. Mutatio voluntatis tam brevi non præsumitur: Potest tamen mutare, & præcipere ut bis præstetur, sed tum specialiter id exprimere oportet. Ita optime convenit inter *d. l. 22. & l. 14. pr. de Leg. 1.* Sed quando in priore Testamento dicit, se nolle valere, quod postea disposuerit; dein alio testamento, diversaque scriptura & tempore, contrarium quam priore testamento ordinavit, tum facilius mutata voluntas præsumitur, quam in eadem scriptura, *d. l. 14. & l. 22.* Ita videtur opinio Dd. quæ praxin fori peperit, longius extendisse clausulam *d. l. 22.* quam ex ratione juris civilis necessum fuerat. Alias Pragmatici, forte nec inepte, distinguunt, inter clausulam derogatoriam potestatis, & voluntatis, illamnon valere, hanc effectum habere. Id est, non posse testatorem ita circumscribere semetipsum, ut ei non sit integrum mutare voluntatem; sed posse eum ita munire prius testamentum, ut argumentum præbeat, posterius ex voluntate ejus non esse factum. Proinde si servetur ei facultas, derogatoriam clausulam revocandi, satis consulitur libertati, voluntatem mutandi. Quod si derogationem non revocarit, quidni præsumptio sit, eum a priore voluntate non recessisse; proinde fieri debere, quod dixit, testamentum posterius ne valeret?

(g) *Pos. 7.*

SCHOLIUM.

Regulariter ergo semper præsumi debet, eum pœnituisse, quia altas tam solemnem actum, in quo testamentum posterius fecit, de nihilo instituisset.

RESPONSIO.

Atqui præsumitur, quemadmodum Testator aut Testatrix prævidit, se importune ad testamentum recentius sollicitatum iri, contra quod provida clausula ista se voluit præmunitum, ita deinceps eum eamve fuisse compulsam, vel sollicitatum, ut fit.

N. ADDIT.

Consentio huic responsioni. Sed per eam Autor non me refutat, sed seipsum. Adjeceram enim id Scholium positioni 10. ut ostenderem, ibi asserta cum iis, quæ ipse Autor tum tradiderat in prælectionibus, non convenire, & provocaveram ad ipsas prælectiones. Nunc cum ea verba prælectionum, ad quæ ibi provocaveram, hic expunxerit, debeat etiam meum Scholium omittere, aut meliori fide rem, prout gesta erat, narrare.

3. Quid juris sit, cum duo pariter, veluti conjuges, fecere testamentum, ut hodie fit; an & tunc alter inscio altero, testamentum mutare

queat, diximus ad *tit. de Testam. ordin. sub finem.* Multos tamen aliter sentire, satis constat, & testatur D. Voetius *ad § 3. d. tit. n. 2.* quibus hæc ratio præcipua est, quod ea res insignem perfidiam redoleat, si communis consensus fiducia, duo conjuges amicive testari alter in alterius favorem, deinceps alter alterum frustretur; Sane, si id fiat utroque superstite: nam altero præmortuo, superstitem alterum pro lubitu salvaque fide testari posse, non est dubium; utique, si in mutuum favorem duntaxat disposuerint. Nam si communes heredes alios scripserint, eadem fere est ratio in specie perfidiæ, quam modo subduximus. Attamen hæ rationes non possunt efficere, quo minus fortior & verior si hæc regula juris; ambulatoriam esse hominis voluntatem usque ad supremum vitæ exitum, quotiescunque alter alteri non est obligatus, *l. 4. ff. de adim. leg.* quemadmodum duo testatores hoc ipso, quod pari consensu testantur, nulla specie obligationis erga se invicem tenentur, nec possunt quidem, quia, sicut alias & sæpe dictum est, contractus cum actu testandi consistere non potest, *l. 20. ff. de V. S.*

4. Rupto igitur priore testamento, successionem fieri palam est ex novo, quod proinde ejusmodi esse debet, ut *jure* perfectum sit. Nam posterius imperfectum hactenus pro non facto habetur, sive ipso jure invalidum sit, seu postea infirmetur, præterquam si destituatur, id est, hereditas ex eo non adeatur; neque enim hoc ad internam testamenti perfectionem, sed ad eventum spectat, sufficitque tale esse testamentum, ex quo heres existere possit: qui si deficiat, cum voluntas tamen sit perfecta & contraria præcedenti, heres in priori institutus manet excluſus, & defunctus exitum intestati patietur, *d. § 2.* Non habetur hic tamen pro imperfecto testamentum militare, aut simile privilegiatum; nam quia supplemento legis pro consummato habetur, mirum non est, quod per hæc, priora testamenta tollantur; Ideo hæc species, ut exceptio a regula perfectionis, vix poni meretur, etsi ita loquatur Ulpianus in *l. 2. de injustor. irr.* Justior *ibidem* exceptio traditur, quando in posteriore testamento scriptus est heres, qui ab intestato succedere poterat, cum in priore essent extranei, nam tunc in favorem legitimorum posterius imperfectum rumpit prius perfectum, *d. l. 2.* quod etiam verum, quando posterius ipso jure nullum est ratione præteritionis filii, modo heredes scripti sint tales, qui amoto filio, hereditatem ab intestato consequi possunt; etenim & tunc posterius testamentum hactenus valet, ut rumpat prius, in quo filiusfam. erat exheredatus; quo rupto, filiusfam. posterius testamentum expugnat per bonorum possessionem contra tabulas, modo quinque testes adfuerint, *l. 21. § 3. C. de Testam.* Unde apparet, hanc partem exceptionis non in favorem heredum agnatorum, sed filiifamilias exheredati, excogitatam esse, *l. 12. § 1. de bon. poss. contra tab.*

5. (h) Utrum autem heres in posteriore testamento sit ex re, vel rebus certis institutus, nihil quidem interest, *§ 3. h.* nam, ut pridem intellexi-mus ad *§ 5. de hered. inst.* qui ex certa re instituitur, detracta rei mentione, pro herede ex asse, jure accrescendi habetur, quod repetitur in *hoc § 3.* Tale igitur non minus est efficax ad tollendum prius, quam si heres simpliciter esset dictus. Tamen fieri posse discimus, ut prius testamentum rumpatur, ac nihilominus heredes in eo scripti hereditate potiantur; scilicet, si in posteriore, ubi heres ex re certa scriptus est, addiderit Testator, se velle nihilominus, ut valeat primum. Hæc enim verba fideicommissum inferre videntur, ut heres ex re certa dictus, ea re contentus esse velit, ac cætera bona restituere scriptis in priore testamento, *hoc § 3. l. 29. ad SC. Treb.* Ad rumpendi quoque modos referri potest, quod in *tit. ff. de his, quæ in testamento delentur, inducuntur, cancellantur, inscribuntur*, item quando *scinduntur*, aut penitus *abolentur* tabulæ testamenti, traditur. Quicquid horum consulto fit a testatore, sine dubio vim testamenti infringit totumque subvertit; si quid inconsulto fiat ejusmodi invitoque testatore, non nocet hoc, si modo voluntas adhuc constet atque probari possit, *l. 1. h. tit.* Et hæc *moribus nostris* sine dubio sic etiamnum servabuntur: consentiente bona cum gratia Grœnewegio *ad h. tit.* Quid si testator posteriores tabulas ruperit, aut deleverit, & priores adhuc extent, an hæ convalescent, ut exinde peti possit hereditas? Ita juris est, si tabulas supremas inciderit hoc animo, *ut priores supremas relinquaret*, idque se velle *declaraverit*, *l. 1 cit. § 2. de bon. poss. sec. tab.* Alioqui testamentum ipso jure extinctum, sine nova causa, ut habet regula Artis tralatitia, non potest revivisere, *arg. l. 30. pr. de S. V. P.*

(h) *Pos. 13. 17.*

6. (i) Quo-

6. (i) Quomodo rumpatur, dictum; fit etiam *irritum* Testamentum, idque per capitis diminutionem Testatoris maximam mediamque semper, ut & minimam, nisi a milite factum, aut pagano de bonis quasi-aut vere castrensibus, de quibus etiam filiosfam. jus habere testandi, dudum audivimus. *§ 4. h. l. § 5. & seqq. ff. de injust. testam.* Si tamen post factum testamentum capite Testatorem minui contigerit, at, priusquam moreretur, sit restitutus, quanquam rigore juris Civilis irritum sit ac manere debeat Testamentum, benignitate tamen atque humanitate juris Prætorii convalescit, daturque exinde possessio secundum tabulas; *modo* Testator codicillis aliisve literis, vel sufficienti voluntatis suæ indicio declaraverit, eodem testamento cupere se mori, quod ad supplementum *§ 7. h. t.* ex *d. l. pen. § 2. de b. p. sec. tab.* observandum. *Nec putaverit quisquam*, ait Papinianus in *d. l. pen. § 2. nuda voluntate constitui testamentum.* Hoc enim antea pridem jure perfectum fuit.

7. (k) Voluntate alioqui nuda neque condi, nec revocari testamentum potest, ut docetur *§ 7.* Sed testamentum revocatorium, ut & quodvis aliud, omnibus numeris oportet esse perfectum, uti modo intelleximus, adeo ut si testator coram testibus aliquot jam heredes nuncupaverit & plures nominaturus defecerit, ne quidem nominati fiant heredes, quia potius inchoasse quam testamentum perfecisse videtur, *l. 25. ff. Qui test.* Constitutum tamen est, si testator coram tribus testibus, se nolle valere testamentum, declaraverit & decennium exinde sit elapsum, hæc duo sufficere ad revocandum prius testamentum, *l. 27. C. de testam.* Tu dices, quid opus testibus tantique temporis patientia, cum Testator incidere, cancellare, inducere, delere tabulas pro arbitrio, aut dedere Vulcano possit. Notius enim nihil est, quam posse quemque testatorem, vel totum abolere testamentum, vel si partem cancellarit, aut expunxerit, hactenus id revocari, quatenus deletum inductumve fuerit, *l. 1. & toto tit. de his, quæ in test. del. induc.* Existimandum igitur, Constitutionis *d. l. 27.* usum esse, quando testator coram tabularum testamenti non habet, ut quidem videtur.

8. Sed magna dubitatio est, an, si testator coram tot testibus, quot requiruntur ad faciendum testamentum, dixerit, se velle mori intestatum, vel se nolle valere testamentum quod fecerit, ejusmodi declaratio sufficiat ad infirmandum testamentum. Non accidit, ut alibi hanc quæstionem, quæ est magni usus, enucleaverim; ideoque placet id hoc loco instituere diligentius & more Digressionis. Auctoritates quod attinet, hæ in utramque partem, ducibus Baldo Bartoloque, numero pæne pari recedunt, ut videre licet apud Grassum *comm. sent. § testament. quæst. 84.* Alii distinguunt, utrum simpliciter dixerit Testator, se nolle valere testamentum, an dixerit, se velle mori ab intestato, sive bona deferre secundum ordinem legitimum, ut ibi Grassus *n. ult.* & meminit Vinnius ad *d. § ult.* Nos auctoritatibus missis, quæ nos expedire non possunt, ita existimamus, hoc jure utendum esse, ut revocatio testamenti valeat, si coram septem testibus solenniter facta fuerit, vel coram Notario cum duobus testibus, in iis locis, ubi testamenta sic fieri possunt, in qua sententia, ne de aliis dicam, gaudeo esse Manticam *lib. 2. de conject. ult. volunt. tit. 15. n. 19.* & Grotium *lib. 2. Introduct. cap. 24. n. 25.* Ratio mihi duplex videtur, positiva altera, & altera negativa, ut liceat ita loqui. Positivam voco, prægnantissimam æquitatem, quæ nullo modo patitur, ut hæreditas ad eos perveniat, quibus testator solenni modo pronunciavit, eam se nolle delatam. Quæ vis æquitatis, si non directe testamentum tollit, indirecte saltem beneficioque exceptionis id efficiet, uti constat, æquitatis rationes solere producere exceptiones. Laudo igitur, quod Grassus e Socino refert, *loco prædicto; eam sententiam quadrare cuilibet sensato & rationabili intellectui.* Sed rursus assentior Vinnio, qui ad *d. § pen. h. t.* periculosum ait esse, prætexere æquitatem contra expressam juris auctoritatem; proinde, si leges id præcipiant, non vitiari testamentum, de quo testator coram tot testibus, quot requiruntur ad condendum testamentum, dixit, id se revocare, se nolle valere, missam faciemus æquitatem, & jure scripto stabimus, ubicunque jus contrarium non fuerit introductum; quod si leges id non dicant, haud faciles erimus in admittendis consequentiis adversus æquitatem urgentissimam, ut hereditatem invito testatore vindicari patiamur.

9. Sane testator non potest facere, quo minus leges in suo testamento valeant, ideoque si minorem adhibeat numerum testium, quam in condendo testamento requiruntur, nihilo magis

in re-

(i) *Pos. 15. 16.* (k) *Pos. 14.*

in revocando, quam in componendo effecerit. At de nuncupativis testamentis ipsi dissentientes fatentur, procedere nostram positionem, *arg. l. 3. ff. de reg. Jur.* tametsi textus, ex quibus aliter sentiunt, de testamentis indistincte loquantur. Nam constitutio Justiniani, quæ est *l. 27. C. de Testamentis*, ex qua probatur contrarium, agit de testamentis legitimo modo conditis, ea non tolli lapsu decennii, nisi voluntas contraria non paucioribus, quam *coram tribus testibus sit manifestata:* & in fine subjicit, *aliter testamenta mortuorum per decennii transcursionem evanescere, nullo patimur modo;* de testamentis indistincte loquitur; si tu jam velis, ne quidem coram septem testibus factam declarationem revocatoriam infirmare testamentum; non habes ex hac lege, quo probes, nuncupativum ita posse revocari. Hæc, inquam, lex etiam de nuncupativo agit, primo quia generalia sunt verba; rursus, quia si non agatur de eo, dicendum foret, nuncupativum vel decennii lapsu finiri, vel intra decennium coram tribus testibus revocari posse; contrario enim, ac in scripto sit, modo se habeat oportet, si hæc sanctio de eo non loquatur. Sed hoc non largientur dissentientes; & tamen volunt nuncupativum, per septem testes ante decennium revocari posse; nec obstare, quod in hac lege haberur de *testamentis in genere*; Imo vero, inquam, si hoc non obstat alteri speciei testamenti, non potest etiam obstare speciei contrariæ, proinde nec scripto. Denique manifestum est, in hac constitutione non agi de revocatione facta pari solemnitate, qua conditum est testamentum; nec adeo potest inde colligi conclusio adversus ejusmodi revocationem. Adde textum in *l. 1. § pen. ff. si tab. testam. nul. ex tab.* quæ sola quidem non sufficeret; at cum aliis juncta potest augere sententiæ hujus faciliratem.

10. Verum hoc validius profertur; esse rem perabsurdam, testamentum revocari per inscriptionem contrariam, per tenuem literarum inductionem, per cancellationem, id est, deductionem linearum transversarum super universam chartam, ut traditur in *tit. ff. de his, quæ in testament. delentur, inducuntur, inscribuntur*, quibus modis facultas legendi non aufertur, nec aliud sunt, quam indiciæ voluntatis contrariæ, neque possunt æquare solemnem revocationem. Non audimus Vinnium regerentem, *facta majorem habere vim quam verba, ad d. § n. 1.* Ego contra ubi de voluntate quæritur, majorem inesse puto vim dictis, quam factis: Verba enim multo clarius exprimunt animi voluntatem, quam facta quælibet. Ideo Græci mentem atque sermonem eodem vocabulo enunciant, quando λόγον appellant tam προφορικὸν, quam ἐνδιάθετον: oratio nihil est aliud, quam oris ratio, ψυχῆς χαρακτὴρ ἐστιν ἀνθρώπου λόγος, *Character hominis animi est sermo.* Nescio an validius sit alterum Vinnii argumentum *loco praedicto*; si ne tum quidem testamentum antea factum infirmatur, cum ad aliud faciendum testator *processit, quod tamen non consummavit, quanto minus infirmabitur sola revocatione verbali?* Ego contra, si Leges solummodo negant, prius testamentum non tolli per sequentem voluntatem imperfectam inchoatamque, nulla est ratio colligendi, quod non tollatur per revocationem solennem atque perfectam. Sic est, qui non perfecit testamentum, non testatus est, sed incepit testari, adeoque nec id, quod dixit aut scripsit, valet, quia non constat, an perfecturus fuisset, & an non ab incepto destitisset, *l. 25. ff. Qui testament. fac. poss.* Quid commune habet ejusmodi abruptus & abortivus actus, cum revocatione tam gravi seriaque, & omnibus numeris absoluta, denique tam solemni, quam fuit, cum primum conderetur testamentum? Imo *Testator*, pergit Vinnius, *non videtur satis serio improbare voluntatem solemni testamento conditam, qui inde eam revocavit tabulis testamenti integris servatis: si enim testamentum omnino valere noluisset, poterat tabulas incidere, delere, poterat aliud testamentum condere; quod cum non fecerit, præsumere licet, eum revocationis panituisse.* Non videtur mihi Vinnius satis animum advertisse ad usum hujus sententiæ; loquitur enim, quasi testatores semper in manibus haberent testamentorum tabulas, quas sæpe, dum peregrinantur, domi relinquunt, aut amicis custodiendas tradiderunt, quibus notitiam mutatæ voluntatis impertiri nolunt; sæpe etiam reperire non possunt; quibus casibus omnia, quæ in his verbis protulit *Vinnius*, apparent inania. Plane cum testator tabulas penes se habet, vix est dubitandum, quin eas minore molestia sit abolituras. At de altero casu mihi semper visus est loqui Justinianus in *l. 27. C. de Testam.* Quorsum enim expectare lapsum decennii, atque tum adhuc tres adhibere testes? cum si tabulæ ad manus essent, nulla molestia scindi comburive possint; Manifestum igitur est, usum practicum hujus rei tunc esse,

esse, cum testator vult revocare testamentum, nec ipsas tabulas penes se habet. Neque tamen exinde suspendere velim hujus sententiæ definitionem; posset enim & alia causa testator moveri, quamobrem tabulas ipsas nollet eodem tempore rescissas. Præsumptio autem pœnitentiæ in ipso actu solenni revocationis, quam Vinnius colligit, alienissima ab omni similitudine veri, utpote actui ipsi contraria, videtur. Denique movetur Vinnius per *l. 36. § 3. ff. de Testam. mil.* ubi traditur, *si veteranus moriens, testamentum jure communi tempore militiæ factum, irritum esse voluerit, heredum institutiones ac substitutiones in eodem statu manere, legata vero petentes exceptione doli mali summoveri.* Responsio facilis est; Veteranus heic opponitur militi; Hic nuda quavis voluntate testamentum rescindere potest, *l. 5. § 1. & l. 5. § 1 ff. de Testam. mil.* Veteranus non potest, sed opus ei est revocatione solenni. de quo non agit *d. l. 36. § 3.* Id vero ex *d. l. 36 § 3.* non gravate concesserim, hoc sequi, non referre, dixerit testator, se nolle testamentum prius valere, an, se cupere mori intestatum, quæ distinctio placuit aliis; Nam in objecta *l. 36. § 3.* utrumque fuit expressum, & tamen eadem vis utrique formulæ adscribitur; etenim ipsa res indicare videtur, eum, qui solenniter protestatus est, se nolle valere testamentum quod fecit, neque dein aliud composuit, ejus animi esse, ut intestatus decedere cupiat. Grœnewegius, qui est in diversa opinione: super interpretatione juris Civilis, tamen de utu fori hoc modo loquitur, *ad d. § pen. n. 3. Hæc autem Romani juris scrupulosa subtilitas aliena est a simplicitate testatorum, qui contrariæ voluntatis declaratione videntur voluisse decedere intestati, quorumque suprema voluntas semper primum locum obtinere debet.* Apud nos valiturum, quod probavimus, non tantum usu ob æquitatem, verum etiam ex sana Juris Civilis interpretatione, non dubitaverim.

11. (l) Quid sit *destitui* testamentum, in transitu diximus; quando nullus ex eo heres existit, *pr. & § 7. I. de hered. ab intest. § 2. de L. Falc.* sive conditio defecerit, sub qua institutus est, sive mortuus, antequam adiret, aut repudiaverit hereditatem. Cæterum, quamvis imperfecta testamenta ratione solennium, jure Gentium valere queant, ut alibi dictum, & Princeps, qui legibus est solutus, (quod similiter alibi dictum est), relicta sibi testamento non solemni, petere posset, verecundia tamen & generositas ac majestas ejus, non patitur tam vilem captationem, § *ult. b.* Nec similiter admittit hereditatem ejus, qui se litis causa heredem instituit, hac mente testatoris, ut adversarium a bonis in hereditate litigiosis judicio persequendi absterreat. Etsi enim privati, hoc animo heredes instituti, non repellantur, *l. 8. § 3. de alien. jud. mut. caus.* quia vix est, ut horum metu quisquam a lite prosequenda deterreatur, Princeps tamen suæ gnarus potentiæ, nec ipse ea abuti, nec aliis permittere vult abutendam, citans pulchram in hanc rem sententiam, in *b.* §, de qua locus alias dicendi.

TIT. XVIII.

De inofficioso Testamento.

Quid inofficiosum testamentum, & quid Querela, & causæ exheredationis obiter repetitæ. De liberorum & parentum querela. De querela fratrum. De ordine eorum, quibus datur querela. Tres casus cessantis querelæ. De Legitima. Reliqui casus cess. quer.

(a) Non ut testamentum rumpitur irritumque fit, vi ac operatione juris, sine facto hominis, perinde fit rescissio; sed ad hanc remedium actionis adhibetur. Quod autem rescinditur jure Civili, id *Inofficiosum* vocatur; est hoc, *in quo exheredati, vel præteriti sint, qui ex officio pietatis non debebant.* Præteritos intellige eos, quorum præteritio æquipollet exheredationi, ut sunt liberi a matre avoque materno, Parentesque & fratres præteriti, de quibus *ad § ult. de lib. exhered.* Nam suis præteritis, constat ipso jure nullum esse testamentum, quod rescissio recte factum esse supponit, *l. 2. de inoff. test.*

(l) *Pos. 18. 19.* (a) *Pos. 1. 2.*

SCHOLIUM.

De jure Institutionum hoc concedimus. Aliud de jure Novellarum, ubi liberi a matre avoque, & emancipati a patre præteriti, faciunt testamentum ipso jure nullum, Nov. 115. c. 3. *Adde omnino*

Struv. X. 15. & 16. & not. ad Strauch. IX. 39. 40. p. 115.

RESPONSIO.

Contrarium oſtendimus ſub fin. tit. de Exhered. lib. *nec eſt apud* Struvium, *aliosque diſſentientes ibi laudatos, quod* ſupra *non ſit occupatum.*

N. ADDIT.

Sententiam noſtram defendimus in novis additionibus ſupra ad eundem titulum de exher. liberor.

Porro ex ultimis definitionis verbis colligitur, excluſionem aut omiſſionem juſta de cauſa factam, cum pietatem non lædat, teſtamentum quoque non reddere inofficioſum; quæ autem reſpectu ſingularum perſonarum juſtæ ſint cauſæ, repetere nihil attinet, ex iis, quæ dicta ſunt *ad d. tit. de lib. exhered.*

2. Remedium illud reſcindendi, eſt Querela Inofficioſi, quæ optime definitur, *Petitio hereditatis* per reſciſſionem *teſtamenti inofficioſi.* Doctores negant, querelam eſſe petitionem hereditatis, ſed volunt eam remedium eſſe præparatorium, quo teſtamentum reſcindatur, ut, hoc impetrato, hereditas novo judicio petatur. Sed hæc explicatio actionum caret legis ſuffragio, & contrarium perſpicue probatur ex *l. 19. in fin. & l. 20. h. t.* Non obſtat dilemma; quod hereditatis petitio ſit e teſtamento, vel ab inteſtato, quod de Querela neutrum dici poſſit, cum ea teſtamentum ſupponat jure factum & expugnandum. Sed tu dic, *ab inteſtato*; eventu inſpecto & ſecundum hunc, intentione petitoris, *l. 6. § 1. h. t.* In foro non male dixeris, haud multum intereſſe; nam ſi maxime non eſſet petitio hereditatis, nihil tamen prohiberet, eam cum petitione conjungi & ſic pariter abſolvi, adeoque petitionem & Querelam uno judicio perpetrari. Uſum hujus remedii jure noviſſimo valde coarctatum eſſe, Doctores iidem ſentiunt, quia tum demum obtineat, quando una ex XIV. cauſis teſtamento inſerta, de probatione laborat; ſi vero cauſa omiſſa, vel diverſa ab illis 14. ſit, teſtamentum ipſo jure nullum arbitrantur; Sed cum hoc nuper falſum oſtenderimus, *ad. tit. de Exhered. ſub fin.* ſequitur, nec minorem querelæ uſum hodie ſupereſſe quam olim, nec non exheredatione ſimpliciter facta teſtamentum eſſe reſcindendum, ut latius ibidem probavimus. Effectus Querelæ inofficioſi fuit olim, quod nihil ex tali teſtamento valebat, *l. 28. in fin. de inoff. teſtam.* ut omnia teſtamenti capita reſcinderentur, *l. 8. § pen.* Sed Juſtinianus *in Nov. 115. c. 3. in fin.* ſic ait; *Si autem hæc obſervata non fuerint, nullum exheredatis liberis præjudicium generari, ſed QUANTUM AD INSTITUTIONES HEREDUM PERTINET, teſtamento evacuato.* & mox; *Si vero contigerit, in quibusdam talibus teſtamentis, quædam legata, vel fideicommiſſa, aut libertates, aut Tutorum dationes relinqui, vel quælibet alia capitula conceſſa legibus nominari, ea omnia jubemus adimpleri.* Quid de ſubſtitutionibus? Vulgata nullo modo ſubſiſtere poteſt. Pupillaris poteſt, ut diximus *in loco.*

3. (b) Secundum hæc, liberis a parentibus exheredatis primo omnium querela competit, tam ſuis, quam emancipatis, feminis & maribus, etiam legitimatis, & arrogatis, & ab aſcendentibus adoptatis, quoniam illi omnes inſtitui, vel exheredari debent, ut *ſupra* intelleximus, vid. *pr. h. t. l. 1. 3. 5. h. l. 7. & 15. C. h. t.* De matris Teſtamento naturales quoque & ſpurii queruntur *l. 29. § 1. h.* non de patris: utique non ſpurii, quia ad hereditatem patris ne ab inteſtato quidem admittuntur, cum patrem prorſus non habeant, *§ ult. Inſt. de Nupt.* Sed nec, nothi de patre queruntur, extantibus liberis legitimis; quibus non extantibus, hactenus queri poſſunt, quatenus ab inteſtato jus habent ſuccedendi; de quo in tempore dicendum. Nec quidem ſpuriis hodie de matris judicio queri licet, ſi mater ſit illuſtris & liberos habeat legitimos, *l. 5. C. ad Sc. Orfit.* De nothis vero, id eſt ſimpliciter naturalibus, idem quod olim, hodieque ſervatur, *d. l. 5. in fin.* Cæterum, ne filii inſolenter lædant reverentiam memoriæ paternæ, querela ab iis hoc colore intenditur, quaſi parentes furioſi aut dementes fuerint, *h. pr. l. 2. h. t.* At quale hoc genus reverentiæ, erunt qui dicent, parentem furoris & dementiæ, qui ſanus & integer fuit, inſimulare? Atqui mollius eſt, infortunii patrem, quam impietatis arguere & ἀσεβείας, dicere, quod caſu aut vi morbi mente alienatus fuerit, quam quod naturalem erga prolem exuerit affectum. Filii quidem erga Patrem minor, quam patris erga hunc naturalis obligationis eſt neceſſitas, gratitudo tamen & reverentia major eſt filii erga Patrem. Hinc Paulus, legem naturæ liberis parentum hereditatem *ad-*

(b) *Poſ. 6.*

dicere,

dicere, id est, mancipare & facere propriam ait, *l. 7. de bonis damnat.* Parentes ad bona liberorum admitti dicuntur ratione miserationis, l. 7. *§ ult. Unde liberi.* Natura quidem non monstrat bona sursum deferenda esse, turbato tamen ordine mortalitatis, non minus Parentibus, quam liberis pie relinqui debent, ait Papinianus, in cujus epitaphio Parentes heu! superstites hæc ipsa verba, *turbato mortalitatis ordine*, collocarunt in *l. 5. pr. h. t.* (c) Post liberos igitur, datur querela Parentibus exheredatis, aut, quod idem, silentio præteritis, *l. 1. & l. 14. h. t.* nisi bona sint vere vel quasi castrensia, *l. ult. C. h. t.* quanquam per *Nov. 115. c. 4. in pr.* nullum filii testamentum querelæ paternæ eximitur, nisi privilegio vere militari, *l. 27. §. 2. h. t.* Cui per generalem constitutionem *d. N. 115.* minime derogatum videtur. Scholiastes noster, præteritis Parentibus testamentum non rescindi per Querelam, sed ipso jure nullum esse contendit. Quod iisdem rationibus, quas habuimus ad *fin. tit. de exhered. lib.* facile refellendum committimus.

4. (d) Post parentes proximi sanguine & necessitudine sunt fratres ac sorores, ultra quos propinquitatis ratio tam efficax non est, ut testamentum sine illorum honore factum Lex rescindendum putet, sed eos consultius facturos monet Ulpianus in *l. 1. h.* si se sumptibus inanibus non vexent. At nec quidem cuncti fratres sororesque vocantur, sed uterini excluduntur, *l. 27. C. h. t.* cui legis articulo derogatum plerique per *Nov. 118. c. 4.* arbitrantur; aliis obloquentibus, qui sic ajunt: In *d. N. 118. c. 4.* tollitur differentia inter eos, qui per masculinam & qui per femininam junguntur lineam, quod ad successiones ab intestato: Verum ab hac ad querelam minime argumentari licet, cum plerumque, ubi intestati successio obtinet, nullus querelæ sit locus, præterquam tribus in gradibus. Denique nihil necesse erit, ut jus querelæ ordinari dicamus ad simplicem ex testamento vel intestati successionem: effectus quidem querelæ est successio ab intestato, ipsa querela non est ejus generis, nec ejusdem naturæ. Hereditas non obtinetur vi successionis ab intestato, sed vi sententiæ super inofficioso latæ. Has rationes ante hac secutum me fateor. Sed enixam Justiniani voluntatem consideranti, ἀδεμίαν εἶναι διαφορὰν ἐν οἷς δήποτε διαδοχῇ ἢ κληρονομίᾳ, *nulla sit differentia in quacunque successione vel hereditate, inter agnatos & cognatos*, quam penitus vult ἀφεῖναι, *cessare*, non nominari; haud videtur mihi dubitandum, quin æqualitatem naturæ per omnia servari velit; idque solidius juridicum sit, etsi rationes illæ videantur esse dialecticæ; Sed agi hic de aliqua successione, non potest negari; tamen Scholiastes noster in priore sententia me persistere vellet. Neque vero fratres & sorores simpliciter & propter se vocantur, verum ita, si turpes personæ ipsius prælatæ & heredes institutæ sint: *si scripti heredes infamiæ, vel turpitudinis, vel levis notæ macula adspergantur*, ait Imp. *in d. l. 27.* Per infamiam recte intelliges eam, quæ legibus infligitur; per turpitudinem, eam, quæ opinione gravium virorum; proinde per *levem notæ maculam* omnia significari videntur, quæ aliquem paulo deterioris existimationis in civitate faciant; mentem plane Imperatoris apparet, hanc esse; fraternam conjunctionem non esse adeo decretoriam, ut institutione heredis præcise honoranda sit: tamen esse tam prægnantem, ut si minima ad eam testantis contumelia accedat, in tantum se excitet ac corroboretur, ut vim peremptoriam induat, ac institutionem indecoram evertat. Quæritur hoc loco, an si Spurius heres sit institutus, fratri querela competat? Quidam ita censent, tam constantem populorum de spuriis in sinistram partem existimationem esse, ut negari nequeat, quin levis notæ macula adspersi videantur: Ubique enim opprobrii loco haberi, spurium vocari; Jure divino & canonico sacerdotiis arcentur, ac difficulter hodie ad honores admitti solent. Profertur quidem pro illis: quod spurii in ordinem decurionum allegi possunt, ideoque infames non sint, *l. 6. pr. & l. 3. § 2. de decur.* Sed infamiam nemo iis imputat; Levis notæ macula sufficit, quæ vel ex ipso hoc loco probatur; nam in *d. l. 3. § 2.* habetur, legitime natos spuriis præferri, nec hos nisi illorum defectu in ordinem allegi; Unde hoc, ajunt, nisi ex aliqua levis notæ macula? Sic olim nos etiam. Tamen in *posit. 8.* deinceps ita scripsimus, *Levis notæ maculam ad mores magis, quam ad natales pertinere*; quod Scholium quoque non reliquit absque nota. Res est, de qua in utramque partem ambigere possis. Mihi nunc ita potius videtur; gravitati Artis convenire, Spurios, qui nihil admiserunt, non esse male habendos, nisi quatenus lex id expri-

(c) *Pos. 7.* (d) *Pos. 8.*

mendum putavit: Quod cum heic factum non sit, nostri arbitrii id facere, æquum esse non putavi.

5. (e) Quando igitur testator filium, parentem, fratrem præteriit; palam est, primum querelæ locum dari Filio, idque intra quinquennium, quo huic remedio præscribitur, *l. 8. § ult. h. t.* Ante quinquennium si querelam non præparaverit, id est, litem non moverit, filius ejus, nepos testatoris, queri non potest, quia non aliter quam præparata querela transmittitur ad heredem, *l. 6. §. f. & l. 7. h. t.* Utique jure Pandect. Nam in *l. 34. C. h. t.* legimus, jure veteri *omne* quidem *adjutorium dereliquisse nepotem*, sed ex ea constitutione id hactenus mutatur, ut si filius exheredatus interea, dum heres scriptus deliberat, si moriuus, nepos ex eo ad querelam admittatur; unde non sequitur, ut plerique tradunt, quod hodie querela simpliciter a filio testatoris in nepotem transferatur intra quinquennium, sed id tantum, quod modo expressum est. Proinde, si filium post aditam a scripto hereditatem, nulla præparatione facta, (saltem denuntiando, vel comminando accusationem, quod sufficit, *d. l. 7.*) mori contigerit, non videtur habere nepos jus conquerendi; prout etiam non, si filius juste sit exheredatus; quamvis enim nihil nepoti imputari queat, tamen ipse nihil juris habere potest, ubi pater, per quem & a quo id habere debuit, nihil ipse habuit, ut recte decisum apud Sandium, *l. 5. tit. 9. def. 7.* juxta Pauli responsum in *l. 9. § 2. de lib. & posth. l. 6. pr. de injust. rupt. test. l. 7. in fin. pr. und. lib. l. 4. § 1. de bon. poss. c. tab. l. 34. C. de inoff. test.* Non transit igitur querela ad heredem ejus, cui primo defertur; sed ad sequentem gradum, cui lex tribuit querelam, datur omnino transitus, si priores agere nolint, aut nequeant, aut merito repulsi sint, *l. pen. in pr. h. t.* Filio nimirum cessante queri, parens admittitur, & parente etiam cessante, fratres & sorores, qui aliqui primis agentibus excluduntur, *d. l. pen. & l. 14.*

6. (f) Non semper autem illis tribus personarum ordinibus querela cum effectu indulgetur. Varii sunt casus, quibus cessat Querela, quos memoriæ causa redigimus ad quatuor ordines; respectu Actoris, Testatoris, Temporis & Causæ. Primo enim, respectu Actoris, quia durum est hoc remedium, (unde in filiis non nisi sub velo fictæ insaniæ toleratur) placuit, non aliter id competere, (g) quam si unicum, adeoque necessarium sit, ut nullum aliud existat, per quod ad bona vel omnia, vel partem eorum, perveniri posset. Hinc liberis arrogatis impuberibus querela nusquam datur; quia datum est illis aliud beneficium, quo lex injuriam temerariæ exheredationis ab iis amovit; possunt enim quartam petere ex constitutione D. Pii, *l. 8. § 15. h. t.* de qua diximus *ad § 2. supra de adopt.* Posthumi etiam, inquit Imp. in *fine § 2. h.* habent hanc ἐσχάτην βοήθειαν, hoc ultimum adjutorium, ut est *in l. ult. C. de lib. præt. si nullo alio jure venire possint:* nam præteriti, ut notum est pridem, rumpunt testamentum agnascendo; sed exheredatis non potest aliud convenire, quam querelæ beneficium, *l. 6. h. t.* quia nusquam testamentum, in quo posthumus exheredatur, nullum esse dicitur; adeoque non possunt aliud habere quam remedium Querelæ.

SCHOLIUM.

Imo hodie habent, quia testamentum dicunt nullum, arg. Nov. 115. c. 3.

RESPONSIO.

Incidunt hæc in eandem spongiam, quæ explicita est in fin. tit. de Exhered. lib.

N. ADDIT.

Imo potius spongia hac uti debuisset Autor intuitu propriæ opinionis, per tradita in nov. addit. supra de exhered. liber.

7. II. Deficit Querela, si exheredatus agnoverit testamentum, & acquieverit post mortem testatoris; nam renunciatio hereditatis, vivo testatore facta, non excludit querelam, (α) *l. 35. § 2. C. h. t. l. 94. de acquir. hered.* nisi quod pater in ipso exheredandi vel prætereundi actu consentiens, (β) sibi præjudicet, *arg. l. 29. C. d. pact.* (γ) non æque filius, quia præteritio ipsius est nullitas, (δ) non patris, (ε) Sande 4. 2. 4.

SCHOLIUM.

(α) *Quia pacta de hereditate omnia Jure civili sunt prohibita, secus moribus nostris,* * vid. Struv. Ex. 6. th. 44. conf. Sand. d. l. *Ergo hodie valebit hæc renunciatio.*

RESPONSIO.

Justinianus Papinianum secutus, aliam reddit ratio-

* Jure tamen El. Saxon. etiam vivo testatore facta agnitio ultimæ voluntatis, querelam inofficiosi testamenti excludit, *P. 3. C. El. 10.* ibique Carpz. *d. l. seq.* Richter. *Dec. 40. n. 28.*

(e) *Pos. 26. 27. 28. 29.* (f) *Pos. 9.* (g) *Pos. 10.*

rationem, quare liberi, vivo patre querele renunciantes, nihilominus eam, Patre mortuo, movere possint, scil. meritis magis filios ad paterna obsequia provocandos, quam pactionibus adstringendos, d. l. 35. § 1. C. h. t. *non potest pro libero consensu haberi, quem Pater eo modo elicit aut extorquet. Quæ ratio, cur moribus hodiernis non obtineat, nihil causæ video; præter quod apud nos pacta de hereditate viventium, nihilo magis quam Jus civile permittat, admittuntur.*

N. ADDIT.

Sed hæc Justiniani ratio specialis, non negat illam rationem generalem, quam dedi in Scholio, & quam Autor in ipsa hac responsione quoad jus civile concedit. Per mores hodiernos non respexi ad mores in patria Autoris, sed ad mores communes Germaniæ nostræ, ex antiquissimis temporibus deductos, cum Germani semper per pacta disposuerint de futuris hereditatibus, donec ante pauca secula insuper successionem testamentariam ex Jure Canonico & Justinianeo reciperent.

SCHOLIUM.

(δ) *Scil. exheredationi & præteritioni sive in testamento filii.*

RESPONSIO.

Fiat ita, ut hæc explicationis ergo addantur, etiam velim, *quod de renunciatione, vivo* Testatore, *dixi, de patre solo intelligi.*

N. ADDIT.

At vero non adjeci hæc verba explicationis, sed restrictionis ergo; aliud enim est, consentire præsentem exheredationi & præteritioni; aliud pacto renunciare hereditati.

SCHOLIUM.

(γ) *Quod argumentum ex hoc textu Autor formare velit, non video. Potius videtur dicendum esse: Jure civili nec hoc pactum valere; valere tamen de moribus ob modo dicta.*

RESPONSIO.

Argumentum est, quemlibet juri atque favori suo renunciare posse, quando Lex non obstat; sed fuit error in numero editione priori, qui Scholium præstrinxit. De moribus quod ait, ei responsum est.

N. ADDIT.

Quia igitur loco l. 29. de pact. *impressa erat* l. 15. ejusd. tit. *jure de sensu argumenti dubitabam. De moribus quod addit, jam exceptum est.*

(h) *Pos. 14. & seq.*

SCHOLIUM.

(δ) *Sed solum in ipsius favorem, cui adeo renunciare poterit.*

RESPONSIO.

Aliter apud Sandium d. loco *Interpretes laudati*, quod intrinsecus ipsa solennitas ac forma testamenti sit, ut filius fam. heres instituatur vel exheredetur; quæ solennitas, ut ad jus publicum spectans, non magis a filio possit remitti, quam ut is faciat testamentum valere, coram quinque testibus factum. *Accedit, quod renunciatio filii, vivo Patre facta, non videatur esse libera, ut Justinianum audivimus; idque validius est.*

N. ADDIT.

Antecedentia ostendunt, quod Scholium meum intellectum velim de moribus nostris, non de jure Romano, quia dixi, hoc jure omnia pacta de hereditate esse prohibita. Igitur quæ respondet Autor, cum loquantur de Jure Justinianeo, Scholium non spectant.

SCHOLIUM.

(ε) *Imo & patris præteritio alias nullum facit testamentum, propter* Nov. 115. c. 4.

RESPONSIO.

Hoc est γνωτὸν ψεῦδος, refutatum ex his, quæ diximus ad tit. de exhered. lib. sub fin. *nec usquam id scriptum, aut jus vetus hac parte mutatum est.*

N. ADDIT.

At vero id scriptum & jus vetus mutatum esse, docuimus supra ad eund. tit.

Etiam tacita approbatio testamenti excludit querelam, si exheredatus agnoverit legatum in eodem testamento sibi relictum, *l. 8. § 10. l. 10. § 1. & l. 12. § ult. h. t.* Quod tamen incommodum non patitur Tutor, qui ipse exheredatus accepit legatum pupillo suo relictum, *§ 4. h. t.* sicut idem non perdit legatum, si querela nomine pupilli sui mora succubuerit; *§ 5. h. t.* quod perderet, si nomine proprio questus esset, *l. 8. § 14. h. t.* officium ne sit ei damnosum.

8. Tertius casus, quo cessat Querela, est, si testator legitimam iis, qui de inofficioso agere volunt, reliquerit. Etenim (h) Lex certam definivit portionem hereditatis, quam parentes, ceu minimum, liberis relinquere cogentur, & in qua liberos acquiescere oportet, modo institutionis titulo relinquatur, quod Justinianus sanxit in *Nov. 115. c. 3. in pr.* cum olim quovis titulo relinqui potuerit, *§ 3. & § ult. h. t.* quod adhuc

reperitur in *Nov. 18. c. 1.* & in *Auth. Novissime. C. de inoff. testam.* Qua lege autem apud Romanos id primum sit introductum, non pudeat nos ignorare, cum nusquam si proditum. Sufficit legibus receptam & approbatam ejusmodi portionem, ac inde nomen adeptam *Legitimæ*, tam jure veteri, *l. 19. de bon. libert.* quam novo, *instit. Nov. 18.* vocabulo *adjectionis* in significationem substantivam deflexo.

9. Potest Legitima definiri, *portio hereditatis, quam lex iis, qui ex officio pietatis non possunt excludi, necessario relinqui præcipit.* Est portio *hereditatis*; quod si dicere quis malit, *bonorum*, parvi refert, modo non negetur, recte etiam *hereditatis* dici. Nam si *bonorum* ideo malis, quia legitima deductionem æris alieni patitur, *l. 8. §. 9. h. t.* & sic bona sumuntur *l. 39. §. 1. de V. S.* id nihil impedit, quo minus & pars hereditatis vocetur, quoniam quæstio inter heredes de parte deducenda nullo modo, nisi dimissis creditoribus, locum habere potest. Vocatur quarta portionis ab intestato, *l. 8. §. 6. h. l. 31. C. eod.* Hæc autem necessario est hereditatis, *l. 1. de hered pet.* Quin, cum hodie titulo institutionis relinquenda sit, ut mox latius, partem utique hereditatis oportet esse: ex testamento an ab intestato intelligas, nihil refert. Sed nec impedit, quo minus portio hereditatis vocetur; utrumvis eligas, ut vel portionem eam esse totius hereditatis, vel portionis ab intestato: utroque enim sensu verum est, quod legitima sit portio hereditatis. Et quidem, si de legitima cunctis pariter heredibus assignanda quæritur, nihil interesse potest, utrum hereditatis totius, an portionis ab intestato partem, eam esse dicas: at in singulis heredibus non potest esse dubium, quin portio portionis intestati intelligenda sit. Nam si tunc universæ hereditatis diceres, eveniret, ut legitima sæpe major esset, quam filius omnino ex bonis paternis sperare potuisset. Si enim sex ponas liberos, plus sextante singulis obtingere non poterat; legitima vero ex illa interpretatione foret *semis*, qua re nihil absurdius. At tamen alii casus dantur, in quibus equidem plus dubii invenitur. Præterea ex eo, quod legitima *hereditatis* portio est, sequitur, Patrem vivum a liberis nullo modo ad legitimam sibi præstandam posse compelli, quia viventis nulla est hereditas, *l. 1. de hered. vend.* & ejus quod plane non est, nec pars ulla, neque effectus est; accedit textus *in l. 1. §. 21. de Collat.* ubi expresse negatur Quartæ petitio nasci, dum Pater vivit. Argumenta, quæ Fachinæus *l. 12. c. 19.* habet in contrarium, minime difficilis sunt expeditionis. Id tamen non gravate concedendum; Patrem bona prodige dissipantem, mature a liberis conveniri posse, ut sibi in futurum quoque de alimentis prospiciat; Est & in promptu remedium interdictionis bonorum, si parentes nequitia & luxuria desperatæ emendationis sit. Interea tenendum, dari casum, quo Parentis vivi liberis exsolvere legitimam debent, quando monasterium ingrediuntur, *Auth. nunc autem. C. de episc. Nov. 5. c. 5. Auth. ingressi & Auth. si qua mulier. C. d. SS. Eccl.* Item quod donationes, quibus parentum facultates adeo exhauriuntur, ut legitima liberis salva non remaneat, vivis etiamnum parentibus, tanquam inofficiosæ rescindi possint, *l. 5. C. de inoff. donat.* Postremo cum legitima sit portio *hereditatis*, sequitur, filium non posse legitimam agnoscere, & repudiare extera hereditatis, quia nemo hereditatem pro parte eam scindendo adire, nemo quasdam partes agnoscere, quasdam repudiare potest, ut Paulus & Ulpianus docent in *l. 1 & 2. de Acquir. hered.* nihil obstante *l. 8. §. 15. h. t. Auth. naturale, C. de Fideic.*

10. (i) Sequitur in definitione; quod *Lex* eam relinqui præcipiat; nempe juris civilis est Legitima, sed mixti; fundamentum & principium habens in jure naturæ & gentium, determinationem formamque, & effectum specialem ex jure civili: Hinc aliud quæsitum pendet, utrum legitima per leges novas minui atque aboleri possit. * Ponendum enim est, immotam esse legitimam, quatenus in morali necessitate vertitur, extra eam mutabilem; ac necessitatem consistere in obligatione parentis ad ali-

* *P. 3. C. El. 12. § f.* statuta, quæ Parentum legitimam plane tollunt, improbat, ac declarat invalida, cujus Constitutionis ratio ad liberorum legitimam multo magis pertinet. Interim Statuta legitimam minuentia attendi jubet & secundum ea pronuntiari § desgleichen wann. Imo ipsa Constitutio *Ll. Noviss. 2. §* als erdem, *§* ist ob, in casu, quo allodium in feudum conversum fuit, liberorum legitimam minuit, & duobus vel tribus quadrantem, pluribus trientem relinquit. v. Carpz. *ad d. C. El. 12. def. 5. Id. P. 3. C. El. 8. D. 30.* Berlich. *P. 3. Concl. 11. n. 55.* Moller. *Semest. L. 3. c. 5. j.* Carpz. *L. 6. Resp. 44.*

(i) *Pos. 17. &c.*

menta;

menta; ex quo intelligimus, diminutionem recte legibus decerni, quia assignatio alimentorum non consistit in puncto, sed arctari aut relaxari diversimode potest; & cum olim jure Romano angustior determinatio, quam nunc est, fuerit, nihil impedit, quo minus præsens laxitas ad primam arctitudinem redigatur. Abolitionem quod attinet, ea quoad liberos, in universum nulla lege stabiliri potest, quia quisque inevitabili necessitate naturæ curare debet, uti, quos effecit in mundo ut essent, iidem in mundo subsistere queant; qui dedit vitam, debet dare victum; quanquam si liberi semet alendis sufficiant, illa necessitas cessat; enim vero tamen lex in universum loquens, indistincte valere debet, nec ejusmodi varietatibus sanctionem accommodare potest. In Parentibus quoque & in Fratribus, ut supra ostendimus, non tam necessitatis, quam miserationis & gratitudinis ratio militat; quæ cum ad Justitiam adtributricem pertineat, aliter se habere potest, & proinde in hisce legitima tolli posse videtur. Moribus nostratium, si modus succedendi ab intestato pactis antenuptialibus præscriptus, testamento non sit mutatus, parentibus ex bonis liberorum non debebitur portio legitima, ut observat Voetius *ad §. 1. h. t. n. 5.* quod cum ex aliis, tum ex Sandio probat *l. 4. tit. 2. def. 4.* ubi tamen longe alia species tractatur. Equidem si parentes pactis antenuptialibus consenserint, pariterque legitimæ renuntiarint, statuendum videtur, legitimæ illis non dari petitionem, per ea, quæ Sandius disputat.

11. Sed quantum est, quod pro legitima lex olim hodieque determinavit? veteribus quadrans, sive quarta pars ejus, quod ab intestato ad liberos perventurum erat, sufficere visa, *l. 5. §. 6. & 8. h. l. 31. eod. & l. 2 C. de inoff. donat.* Justinianus inprimis humanus legislator, addidit προσθήκην ἐν ἀγκῇ, non ignobile incrementum, ut loquitur *pr. Nov. 92.* Constituit enim, ut, si liberi quatuor vel pauciores sint, eorum legitima Trions sive tertia pars, si quinque vel plures, semis, id est pars dimidia sit, in *Nov. 18. c. 1.* non obscura ratione, quod quo major est numerus, portio decerpta, alimentis minus sufficere solent. In præfatione veteres duritiæ insimulat Imperator, quod tam parce liberos bene moratos honoraverint; & ipsius constitutionis verba atque distinctionem, liberis, ut apparet, accommodavit; claudit tamen illud caput his verbis; *hoc observando in omnibus personis, in quibus ab antiquo quartæ ratio de inofficioso, lege decreta est.* Unde communiter Dd. augmentum legitimæ ex quadrante in Trientem, æque in Parentibus *, imo & fratribus, si turpis persona sit scripta, quam in liberis habere locum, statuunt: Nec ego quid liquidius, quid clarius ex ullis legum verbis colligi possit, video; si quidem indubitate illis personis *olim quarta inofficiosi ratione* decreta fuit; in omnibus autem illis personis idem argumentum esse observandum, sancit Imperator, nec ratio refragatur, quoniam pietas, qua liberi parentibus tenentur, non est minoris apud juris auctores quam necessitas parentum erga liberos, *l. 15. de inoff.* Concedo; inscriptionem præfationemque liberis convenire, quia de his præcipue Justinianus tota hac *Novella* agere decreverat; sed an hoc impediet, quo minus id, quod de liberis statuit, clara distinctaque clausula, ad alios etiam extra, liberos ejusdem sanctionis participes extendat? quid civilius, quid usitatius in quovis genere scribendi? plane geminum vide in *l. 55. §. ult. C. d. inoff.* Prorsus nihil improbabilius a Vinnio *hic* aliisque memini disputatum. Cæterum, in numerandis liberis, & ratione trientis aut semissis ineunda, non computantur liberi, Parentes aut fratres, qui jure sunt exheredati vel præteriti, ut communiter tenent, ac probant ex *l. 1. §. 5. de conjung. cum emanc. lib. ej.* juncta *l. 9. §. 2. de liber. & post.* quæ res ut magni usus, ita diligentiorem requirit explicationem, quam Pandectis loco parallelo reservamus.

12. Præterea certum est, Testatorem nullum gravamen huic legis beneficio, qualecunque fuerit, posse imponere: non legatum, non fideicommissum, vel conditionem, *l. 30. l. 32. & l. 36. C. h. t.* Nisi quod arbitrariam, sive potestativam conditionem aliqui excipiunt, quod verum, nisi gravamen aliquod, aut moram saltem injiciat, *dd. ll.* Imo, fortean plane admittenda non vi-

* In Saxonia idem obtinere, satis apparet ex *P. 2. C. 12.* ubi Legitima Parentum Trions appellatur, ex qua inferunt, legitimam Ascendentium in Saxonia semper esse trientem, nunquam semissem; cum vix possibile sit, plures, quam quatuor, Parentes eandem simul postulare, & Collaterales cum Ascendentibus haud concurrant, *P. 3. C. 11. 17.* vid. omnino Berlich. *p. 3. Concl. 12. n. 43. seqq.*

derur,

detur; ne quidem talis *si frugi sit*: legitima non debet non omnimodo præstari, nec implemento conditionis adventitiæ, quamquam justissimæ, suspendi posse videtur: est enim juris naturalis immutabilis, in liberis, extra causas exheredationis, *Nov. 115. c. 3.* Prohibitio gravamini legitimæ consentaneum est, eam non posse relinqui in fructibus, aut in nuda proprietate; debet enim præstari *e rebus substantiæ Paternæ*, *l. 36. fin. pr. C. h. t.* nec ideo valet institutio liberorum in nuda proprietate, & uxoris aut alterius personæ in usufructu generali. *Sed liberi modis omnibus legitimæ partis, & usumfructum & proprietatem* habere debent, ut sancitum est in *N. 18. c. 3.* ubi cum diserte agatur de casu, quo liberi simpliciter heredes instituti sunt, dicendum videtur, liberos hoc casu proprietatem universam, & usumfructum legitimæ insuper habituros, etsi tum sane plus in summa, quam est in legitima, consequantur, qua de re vide diversum sentientes Auctores apud Sandium *lib. 4. tit. 7. def. 1.* Sed Curia recte censuit, ita ut modo diximus, non habita ratione distinctionis, quam Sandius suggerit, utrum liberi aliunde habeant unde vivant, an secus. Nam etsi Justinianus in *d. N. 18. c. 3.* reprehendens dispositionem Patris, liberos ex sola proprietate scribentis heredes, loquatur de *liberis interim fame forte perituris*; constitutio tamen est generalis, neque ex usu Juris est, leges figere atque refigere, pro diversitate circumstantiarum. Ex iisdem verbis, quod legitima *e substantia bonorum* præstanda sit, recte colligitur, filium, cui legitima solvenda, non posse præcludi a bonis immobilibus, nec etiam sola immobilia cogi accipere, sed de omnibus aliquid capere posse, modo tamen jure dici queat, aliquid in alterutro esse gravaminis; Nec, si adsignatur in pecunia, neque de æstimatione bonorum causa querendi sit, statim videtur esse *gravamen*. Quod si tale gravamen, quo substantia legitimæ diminuitur, sit adjectum, non datur hodie Querela, sed condictio ad supplementum legitimæ; quod etiam obtinebit, si legitima in solo usufructu, vel nuda proprietate sit relicta, *d. l. 30. C. h. t.* Sand. *d. l. 4. tit. 7. def. 2.*

13. (k) Sequuntur casus, quibus cessat Querela respectu Testatoris, quorum primus est, si *miles* sit, & quatenus habet privilegium testandi jure militari, non ulterius, *l. 8. §. 3. & 4. h. t.* Sed *in l. ult. §. 1. C. h. t.* non modo militibus in concreto, ut ita loquar, & ubique, sed etiam iis, qui habent peculium quasi-castrense, non solum testamenti factio, sed etiam Querelæ exemptio concessa fuit; quæ res Justiniano secundis curis displicuisse videtur, in *Nov. 115. c. 4. in pr.* ubi constituit, liberorum testamenta Querelæ parentum esse subjecta, si justas ob causas non sint exheredati, *quatenus habent testandi licentiam*: Aliter enim non sunt termini habiles hujus constitutionis; neque tamen privilegium militare generalibus his verbis abrogasse Justinianum, sed jus antiquum hac parte retentum esse, videtur statuendum ex *d. l. 8. §. 3. & 4.* Alter casus respectu Testatoris est, *si bonamente* filium exheredet, non ut illi obsit, sed ut ei consulat, *l. 18. de lib. & post. hered. l. 12. §. 2. de bon. libert. l. 47. in pr. eod.* Casum habet Tryphonius in *l. 16. §. 2. de Curat. fur.* *Potuit Pater*, ait, *& alias providere negotiis suis, si eos jussisset heredes esse & exheredasset filium*, scilicet prodigum, *sive quod sufficeret, alimentorum nomine ab eis certum legasset, addita causa necessitateque judicii sui.* Nec iis legibus derogatum est per *Nov. 115.* quæ manifesto loquitur de exheredatione noxia, ab iratis Parentibus facta: Necesse tamen videtur, addi causam & necessitatem judicii Testatoris, ut Tryphonius monet. Nam alioqui præsumetur, sicut est, nocendi & excludendi animo facta exheredatio; quemadmodum de injuria dicimus, eam non præsumi animo jocandi, vel bona mente, nisi probetur, esse illatam. Proinde minus rectum videtur, quod Sandius scribit *d. lib. 4. tit. 2. def. 3. ex conjecturis colligi posse, exheredationem factam esse bona mente*. magis est, ut verbis expressis opus sit, nisi forte valde pregnantes & manifestæ in oculis sint conjecturæ. Cæterum, quod de Exheredatione bona mente facta, legibus approbatum est, id sine dubio de gravamine legitimæ, quo liberis consulatur, adjecto intelligendum est. Porro, datur & tertius casus, quo respectu Testatoris Querela cessat; quando Pater filio impuberi fecit testamentum eique dedit substituturum pupillarem: Tunc enim mater, etsi ne legitimam quidem habeat, Querela tamen uti non potest; qua, si filius ipse testatus esset, uti potuisset; adversus mariti ejusdemque Patris pupilli judicium, lex ei non dat querendi remedium, *l. 8. §. 5. h. t.*

14. Ratione temporis amittitur Querela, I. Si quinquennium sit elapsum, nam hoc spatio que-

(k) *Pos. 24. &c.*

relæ

relæ præscribitur, *l. 8. § ult. h. t. & l. 34. in fin. C. eod.* condictioni ad supplementum idem tempus non præscribitur, ideoque illa durare videtur annos 30. per *l. 3. C. de præsc. 30. ann.*

Breviori etiam tempore perit Querela, si is, cui dabatur, mortuus sit, antequam præparaverat actionem sive Querelam actu ad quo judiciali, denunciatione saltem, vel protestatione, *l. 6. § f. & l. 7. h. t.* Solus filius sam. transmittit querelam ad heredem suum, si mortuus sit, dum heres scriptus deliberabat, *l. 34. C. h. t.* quam plerique, sed male, indistincte accipiunt, etiam Sandius 4. 9. 7.

SCHOLIUM.

Quasi scilicet valeat non tantum in filio, sed & in aliis, quibus querela competit, ante aditam hereditatem mortuis, transmittaturque non tantum ad suos, sed etiam ad extraneos, vid. Struv. X. 29 *vel etiam quasi semper filius transmittat suis, sive ante hereditatis aditionem sit mortuus, sive post eam. Quod videtur in mente habuisse Autor Sandium notans.*

RESPONSIO.

Nescio, an recte mentem positionis nostræ perceperit Scholiastes; non in hoc consistit, quod putabam, Sandium & alios imprudenter illud indistincte *accepisse, quasi etiam ad extraneos heredes transmittendi jus sine præparatione extenderetur; sed hoc volebam, illos* d. legem 34. *de suis heredibus* indistincte *accepisse; cum tantum loquatur de casu, quo suus heres decessit,* dum scriptus heres deliberabat, *ut etiam recte observavit Perezius ad* h. t. n. 13. *idque textus ipsius Lectio demonstrat, & in positione satis declaratum est.*

N. ADDIT.

Potuisset omnem ambiguitatem evitare Autor, si in positione duobus verbis additis mentem suam proposuisset clarius. Hoc non facto, licebat sub locutione generali suspicari, quod etiam ad eorum sententiam respexerit, de qua citatus est in scholio Struvius. Neque tamen genuinam Autoris mentem omisi in scholio. Nam qui dicit, quod textus tantum loquatur de casu, quo suus heres discessit, dum scriptus heres deliberabat, & reliquos notat, qui indistincte legem accipiunt, is utique eos intelligit vi oppositionis, qui docent, quasi filius semper transmittat suis, sive ante hereditatis aditionem (scil. heredis scripti & dum hic deliberat,) sit mortuus, sive post eam, ut dixi in scholio. Igitur hæc, quæ omnino plana sunt forte ideo dissimulavit Autor, & maluit mihi imputare, quasi ipsius mentem non intellexerim, ut posset omittere scholium meum statim sequens, in quo ipsi ostenderam, quod non intellexerit mentem Sandii, quod adeo nunc appono. Dum enim Sandium etiam illis accenset, qui ita indistincte & male textum accipiunt, adjeceram: Dubito tamen, Sandium ab Autore diversum sentire, quod facile patet, intuenti ejus verba! Querelam, *inquit*, inofficiosi testamenti filius exheredatus ad suam posteritatem transmittit *indistincte*, hoc est, sive præparata sit, sive non sit. *Et hæc etiam est mens Autoris, quod ratione præparationis non sit distinguendum. Ita tum scripseram: Nunc in responsione præsente confirmatur hæc mea assertio in verbis:* Sine præparatione *&c. quæ alias ad scholium prius nihil faciunt. Ergo expungendus utique fuisset Sandius in textu prælectionum, nec amplius illis, qui male textum accipiunt, fuisset jungendus.*

15. Sequebantur casus, quibus cessat Querela ratione causarum; quanquam propter has Querela non tam cessat; datur enim tum maxime; quam effectu caret. Verum de causis illis copiose diximus ad *tit. de exheredatione liberorum*, quæ heic repeti nihil attinet, nec etiam versiculos memoriales, quibus causæ, tam filiales quam paternæ & fraternæ includuntur, utiles ad ediscendum tyronibus, sed ex positionibus notæ sunt ac inde facile repetentur, ut sunt a nobis ab antiqua memoria emendati. Tantum, quia Scholiastes noster hic aliquid movit, placet positiones, quibus scholia subjecit, adjicere.

16. Ex his, inquam, causis una testamento nominatim inserenda; si tamen omissa sit, adhuc testamentum subverti, rescindi debet, *d. cap. 3. § 12. in fin. & passim*, quod aliter quam per querelam fieri non potest.

SCHOLIUM.

Imo vero potest etiam fieri per remedium nullitatis, arg. t. t. ff. de sent. quæ sine appell. rescind. l. 2. C. de act. empt. *item* § 5. Inst. quib. mod. test. infirmantur. *Et notum est, Autores legum Codicis non ita accurate proprietati verborum studuisse, ut JCtos veteres*, Conf. Struv. resolut. p. 182.

RESPONSIO.

Nimis sæpe repetitur hæc objectio, cui abunde, ni fallor, satisfecimus ad fin. d. tit de Exhered. lib. *Si verba* Nov. 115. c. 3. *non satis valida sint*

ad excludendam nullitatis Querelam; multo minus certe aut illinc, aut e tota Juris analogia profertur, quamobrem nullitatem in casu exheredationis expressæ, causa non expressa, admittere oporteat.

N. ADDIT.

Etiam hæc responsio superius in Nov. addit. ad tit. de Exhered. liberor. *examinata est, ubi ostendimus, indicium non optimæ causæ esse, quod Autor plane nihil respondeat ad observationem scholii, nisi verba indignantia.*

Quod sequitur, etsi jam superius collocatum, quia tamen a Scholaste nonnulla moventur, repetitio non erit otiosa.

17. Causæ graviores, vel similes ejusdem generis, videntur admittendæ, non quæ sunt diversi generis ab enumeratis. *Ex. gr.* Qui se operis scenicis aggregat, exheredari potest, homicida non potest; contra, hæreticus exheredatur, nonne & blasphemus? Qui novercam vitiat, potest, nonne & ea, quæ se vitrico substernit? procul dubio.

SCHOLIUM.

Malim simpliciter dicere, causas similes, vel graviores etiam, nunquam admittendas. Conf. not. ad Strauch. IX. 39. p. 115. &c

RESPONSIO.

Etiam de hac Quæstione diximus ad præd. tit. de Exhered. lib. *Quod blasphemiam non patitur ejusdem generis esse crimen cum hæresi, non habet rationem. Nam magna hæresis est blasphemia, pertinetque ad malum de Deo sensum, quanquam sæpe aliquid addat hæresi. Qui profitentur atheismum, quod genus hominum mirifice augetur hodie, blasphemi sunt; ni tamen hos sub hæreticis hoc liceat complecti, valde me falli oporteat. Instantia de homicidio cum incestu comparato, nimis est inanis, quam ut responsum mereatur. Si corruptionem novercæ & stuprum cum vitrico, non ejusdem generis, sed eandem speciem esse vult, non multum in exitu aberit Scholiastes a sensu nostro, & fieri poterit, ut in extensionibus admittendis non magnopere discrepemus.*

N. ADDIT.

Ante omnia Scholia nostra, ab Autore non adeo tempestive abrupta, sunt integranda. Ita vero addideram de blasphemo: *Ego non puto, quia blasphemia est distinctum delictum ab hæresi, & diversum genere. Et si blasphemia ad exheredationem sufficeret, sufficeret etiam homicidium, quia & hoc est delictum. Neque juvabit, si dicas, blasphemiam convenire generice cum hæresi, quod utrumque sit delictum in Deum immediate commissum, secus ac homicidium. Nam & homicidium generice convenit cum incestu filii & novercæ, quia utrumque immediate in hominem committitur, & gravius est incestu, uti blasphemia hæresi, ergo homicidium quoque ad exheredationem sufficiet, quod tamen nec Autor admittit:* De privigna, *quæ se vitrico substernit, dixeram: Concedo, at hic casus non est gravior, nec similis, sed idem cum eo, qui* d. N. 115 c. 3. § 6. *exprimitur:* argumento l. 1. ff de V. S. *Jam vero judicet Lector, an instantia nostra de homicidio cum incestu comparato, nimis inanis sit, ut non mereatur responsionem. An non potius ea, quæ pro salvanda sua opinione de blasphemia, Autor attulit, talia sint. Certe, qui principia Juris Canonici vel primis gustavit labris, sciet, blasphemiam & hæresin esse distincta crimina, etsi sæpe coincidant in uno actu, uti v. g. adulterium & incestus etiam sæpe coincidunt. Atheus vero & hæreticus adhuc magis differunt. Quod vero alterum exemplum de incestu privignæ cum vitrico attinet, in eo a sensu Autoris abeo, quod ego deducam illum casum ex Novella per interpretationem declarativam, Autor vero doceat, etiam interpretationem extensivam habere locum in* d. Novella, *cui tamen repugnat verbum* duntaxat. *Unde in exitu etiam recedo a sensu Autoris, quia ostendo, quod exemplum hoc non quadret ad ejus sententiam.*

Addendum adhuc de Legitima; Imperator in sæpe citato *cap. 3. in pr.* sancit, non licere Patri, vel matri, liberos præterire aut exheredare, *nec si per quamlibet donationem, aut legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcunque modum, eis dederit legibus debitam portionem.* Unde apparet, non sufficere, liberos titulo particulari habere legitimam, quod olim sufficiebat, *§ ult. h.* nisi nec præteriti, neque exheredati, hoc est, nisi *instituti* sint; Quo fine sufficit, scriptum esse in Testamento, *heres esto*; licet exigua assis particula adspersus, aut eum re certa, quæ legitimam, nullo modo impleat, sit dimissus, *d. Nov. 155. c. 5. in pr.* Si enim minus legitima ex institutione omnimodo habeat, cessante querela, datur condictio, ex *l. 32. C. h. t.* ad supplementum legitimæ, *§ 3. h.* Quod si amplissimo auctus legato, nec tamen heres sit dictus, querelam habebit. Differentiæ ratio

tio non exinde, quod institutionis titulus honorificentior sit, petenda videtur; sed quia, ut Justinianus rem considerat, termini habiles querelæ deficiunt, quando filius est institutus. Voluit enim præterito aut exheredato hoc remedium dari, non scripto heredi. Atqui Veteres id modo spectabant, an pater necessitati naturæ in legitima relinquenda satisfeciisset; Quo facto, parum de titulo erant soliciti; quod visum aliter Justiniano. Institutionem quidem ille requirit; sed non, inquam, ut institutione expressa totam habeat legitimam. Nam & quæ per modum legati, aut donationis M. C. aut quolibet ultimo Patris judicio nactus est, ea in legitimam imputantur, item dos, donatio propter nuptias, *l. 29. C. h. t.* pecunia ad militiam ipsi emendam data, *l. 30. § ult. eod.* Cæterum, cessare Querelam, si intra quinquennium post aditam hereditatem mota non fuerit, jam dictum est *l. 34. in f. C. h. t.* Quod spatium condictioni ad supplementum legitimæ ex *l. 30. C. h. t.* nusquam præscriptum legitur. Ideoque nullam causam esse monent Interpretes, ut breviori spatio quam triginta annorum, quod personalibus judiciis commune est, hanc condictionem terminari dicamus, *l. 3. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* nisi contra scriptum sit, in *l. 34. in fin. C. h. t.* ubi nepoti datur Querela *vel condictio ad supplementum*, nisi pater ejus repudiaverit, vel *quinquennium tacuerit.* In *pos. 26.* paulo secus scripsi; sed parum abest, quin verius sit, quod verba præ se ferunt, *in d. l. 34.*

TIT. XIX.

De Heredum qualitate & differentia.

Differentia heredum. Quibus temporibus cum illis testamenti factio esse debeat. De jure deliberandi. De inventarii beneficio, & incommodis neglecti ejus. Non videri inter illa esse jacturam legitimæ. Quibus modis hereditas acquiratur.

(a) Qualitas heredum ex eorum differentia colligitur, quæ in summa est duplex; Necessarii, vel voluntarii heredes. Necessarii, qui coguntur esse heredes, sive velint, sive nolint, atque hi vel sunt tales duntaxat, vel sui & necessarii simul. Necessarii tantum sunt servi, quos Romani a Dominis institutos, heredes invitos fieri voluerunt, ut si creditoribus heri satisfieri non posset, bona servorum nomine, voci acerbæ præconis subjicerentur; iisque præmium qualiscunque ignominiæ, quæ revera nulla erat, Libertas, & rerum postea quæsitarum irrevocabile dominium, nullis creditorum actionibus obnoxium, cabetur, *princ. h. t.* Sui & necessarii simul erant Filiifamilias, qui primo *sui* antiquissima appellatione dicebantur, quoniam proximi defuncto & in potestate ejus erant, *§ 1. h. t.* Ratio appellationis, quia cum pater & filius eadem persona existimentur, filius patris heres existens, sibi quodammodo ipsi heres fieri videtur, ἀυτεξούσιος. quo, licet minus efficaciter, pertinet, quod Imperator hic ait, ideo *suos* dici, quia domestici heredes sunt &c. Iidem Necessarii vocantur, quod jure Civili ex XII. Tabb. seu nolint quoque seu velint, heredes esse cogantur, exemplo servorum, in quos Patribus olim non minus fuisse potestatis, quam dominis in mancipia, diximus alias. Sed posteri diversam liberorum a servis rationem esse, merito judicarunt, quoniam his neque res, neque dignitas ex bonorum distractione, & ære alieno minuebatur, cum neutra præditi essent. Sed dedecus a mortuorum memoria ipsorum vitio contractum, derivare in liberos superstites, atque hos compellere, ut proprii boni ob paterna debita perderent, id inhumanum erat. Quare Prætor Jus *abstinendi* in usum fori introduxit, quo Liberis subducere se paternæ hereditati permittitur, ita ut nulla creditoribus actio petitioque adversus eos detur, *§ 2. h. t. l. 57. de Acquir. hered.* Hæredes voluntarii sunt, qui pro arbitrio hereditatem vel adire vel repudiare possunt, iidemque extranei, quia non sunt *sui*, id est, domestici, dicuntur, *§ 3.* Tales sunt omnes extra suos, adeoque etiam liberi emancipati, omnesque liberi matris & maternorum rectu, tum fratres omnesque sanguine juncti, & alieni, *d. § 3.*

2. (b) Cum his extraneis, ait Imp. in *§ 4.* debere esse Testamenti factionem; non quod cum suis eadem esse non debeat, sed quia non potest fieri, ut quisquam *suus*; nec tamen capax testamen-

(a) *Pos. 1. 2. 3. 4.* (b) *Pos. 5.*

menti factionis, hoc est, capiendi e testamento sit. *Quia* quibus modis aliquis definit esse capax succedendi, iisdem quoque, si suus sit, desinet esse suus.

SCHOLIUM.

Ita Dd. communiter. Sed quod jus Codicis attinet, non puto, hanc assertionem universaliter procedere. Ad eos enim, qui nihil ex testamento capere possunt, *retulimus* in notat. ad tit. de test. ordin. n. 29. *etiam hæreticos. Sed hæresin tamen jus scitatis non mutare, arbitramur*, argumento Nov. 116. c. 13. § 14.

RESPONSIO.

Sit hæc igitur hactenus exceptio, si quis velit, quales in definitionibus juris in universum vix evitari possunt.

N. ADDIT.

Ego vero hanc exceptionem nolim genericæ naturæ regularum juris adscribere, sed quod sub Imperatoribus leges sæpius magis ex impetu, aut ad suggestionem hominum nec eruditorum, nec justitiæ studentium, latæ fuerint, cumprimis vero in doctrina hæreseos. vid. dissert. nostr. de jure Princ. circa hæreticos.

Jam duobus, ait Imp. temporibus debet esse cum extraneo testamenti factio, temporibus testamenti facti, mortisque Testatoris, medio tempore parum refert, capax fuerit heres an secus; hoc amplius & cum adit hereditatem, esse debet cum eo testamenti factio; aditæ autem hereditatis tempus non ponitur, ut punctum; sed Imperator vult, non sufficere duobus illis temporibus heredem fuisse capacem, *nisi etiam usque ad aditam hereditatem capax manserit*, & sic *aditæ hereditatis*, ponitur synecdochice, pro toto extremum, unde *totum* nomen habet. Igitur, quod acriter disputat Vinnius, tempus aditæ hereditatis, non ut ejusmodi extremum considerari, quale fuit facti testamenti & mortis, neque medium tempus inter mortem aditionemque fuisse innoxium, & ἀδιάφορον, recte id quidem; sed ego nec Justinianum, neque Tribonianum aliter sensisse puto: quia primo scribunt, *duobus temporibus inspicitur*; deinde *medio tempore inter factum testamentum & mortem testatoris* mutationem juris heredi non nocere tradunt; idem de medio tempore inter mortem aditionemque nullo modo affirmant, de quo proinde id neque existimarunt. Et res clara est, heredem non posse potiri successione, si uno post mortem Testatoris momento fuerit incapax hereditatis; Verissime igitur Vinnius, sed absque adversario, utique non eo, qui sit in textu. Et hæc de pura heredis institutione; de conditionali tenendum, ibi tria spectari extrema, nempe præter duo priora, tertium quoque, existentis conditionis; nam si medio inter mortem & conditionis existentiam fuerit incapax heres, si tamen sub ipsam existentiam vitium cessaverit, nihil ipsi ad hereditatem adipiscendam obstat, § 4. *h. t.*

3. (c) Qui autem heredes fiunt, tenentur cunctis oneribus hereditariis, etsi bona superent, *l. ult. § 14. C. de jur. delib.* est enim heres eadem persona cum defuncto, *l. 59. de R. J.* qui hereditatem, inquam, acquisivere, non quibus delata est; deferri diximus *supra* lege vel testamento; ut acquiratur, mox dicemus.

SCHOLIUM.

Quid si ergo suus heres sit institutus, qui secundum n. 23. hic, *ipso jure acquirit hereditatem, atque adeo in eo & delatio & acquisitio concurrunt? An & hic cogetur omnia debita, quæ bona superant, solvere? Post beneficium abstinendi, sane hoc onus ipsi non potest imponi. Ergo Autoris assertio vel de jure veteri, & ante introductum beneficium abstinendi, est intelligenda, vel ita dicendum:* qui hereditatem, inquam, acquisivere, aut ab eadem non abstinent, non, quibus delata est.

RESPONSIO.

Ide reliquis hoc titulo traditis facile collectum juri putabam. Non intercedo tamen, quo minus istuc observent & suppleant Auditores.

4. (d) Tam igitur suis jure Prætorio, quam extraneis absolute, hereditatem vel adire lucrosam, vel repudiare damnosam licet; Quod si dubitent, oneris an lucri plus in ea contineatur, dant leges spatium *deliberandi*, quod surrogatum est in locum antiquæ *cretionis*, quæ nihil quam solennis aditio erat intra certum tempus faciendæ, quod Testator sub pœna exheredationis præscripsit ferat, qua de re Ulpianus *tit. 2.* Deliberandi tempus olim quidem in arbitrio Prætoris erat, modo ne minus centum diebus daretur, *l. 1. § ult.* cum *l. seq. h. t.* Postea certum tempus constitutum est*, *Anni*, quod etiam non petentibus ipso jure competit, hoc effectu, ut si he-

* Decisio Electoralis 57. pariter beneficium deliberandi ad annum civilem, non Saxonicum restringit, verb.

(c) *Pos. 6.* (d) *Pos. 7. &c.*

res

res delatæ hereditatis certior factus intra annum moriatur, jus adeundi usque ad finem anni ad heredem suum transmittat, *l. 19. C. d. jure delib.* Alioqui, nemine urgente aditionem, posse heredem, quamdiu vivit, adire hereditatem, utique intra annos 30. quibus cunctis actionibus præscribitur, *l. 3. & 1. 1. C. de præscr. 30. an.* communiter probatur ex *l. 9. C. de jure delib.* Sane, urgentibus iis, quorum interest, non posse aditionem diutius anno differri, liquet ex *Nov. 1. C. 1. § 1.* Dum deliberat heres, faciendum ei est, ut omnia exploret, instrumenta hereditaria inspiciat, *l. 5. pr. h. t.* rationes ab iis, penes quos sunt depositæ, petat, *l. 28. de Acquir. hered.* res non durabiles vendat, debita onerosa dissolvat, *d. l. 5. § 1.* impensasque faciat necessarias, *l. 6. & l. 7. § 3.* denique, si filius sit is, qui deliberet, alendus ex hereditate est, *l. 9. eod.* Anno elapso, prorsus adire vel repudiare debet; nam tacendo in utramque partem se onerat, tam ut adisse, quam repudiasse intelligatur; adisse in favorem creditorum, ut his obligetur, *l. ult. § pen. C. h. t.* repudiasse in gratiam substitutorum aut legitimorum, ut hi successione potiantur; Cui enim bono alioqui tempus deliberandi certum præfigeretur, si diutius fructum deliberandi libertatem, retineret? Quodsi post deliberationem vel susceperit in se vel spreverit hereditatem, neutrum postea retractare potest; nemo enim potest hereditatem semel acquisitam repudiare vel repudiatam acquirere, *l. 10. C. h. t. l. 4. C. de repud. hered.* exceptis minoribus annis 25. *§ 5. h. l. 7. § 5. de minor.* & militibus, propter emergens æs alienum grande, *d. § 5. h.* Cæterum, de tempore deliberandi statuit novissime Justinianus, (salvo Testatoris præscripto, qui brevius spatium injungere potest, *l. 72. de Acquir. hered.* Sand. 46. 1.) a Principe quidem impetrari posse annum, a judicibus novem menses duntaxat, *l. ult. § 13. C. h. t.* Idque non sine aliqua indignatione permittit, ægre ferens, quod non omnes novo ipsius beneficio malint esse contenti, quo longe pleniorem heredibus securitatem fecit, in *d. l. ult.*

5. (c) Hoc est beneficium Inventarii, per quod Heres, si adire vel repudiare sim, liciter nolit, potest repertorium sive descriptionem omnium defuncti bonorum conficere per tabularios, præsentibus cum legatariis, tum maxime creditoribus, quos citari oportet, (iis enim, qui vocati non sunt, beneficium hoc, cætera validum, non obstat, Sand. *l. 4. tit. 12. defin. 4.*) si non venerint, tres adhibendi testes *Nov. 1. c. 2. § 1.* Ipse heres subscribere debet, addito, quod nihil subtraxerit, *d. l. ult. § 2 & 3.* Inchoari debet hoc inventarium intra dies 30. ex quo scivit, hereditatem sibi delatam & diebus 60. sequentibus absolvendum, vel si absint heredes, intra annum a prima scientia; hæc ita exacte sanciuntur in *d. § 2 & 3.* & cum solennia legum examussim servanda sint, non video, qua ratione Dd. sufficere tradant, si inventarium, licet post diem trigesimum inceptum, intra nonagesimum perficiatur; tametsi Statuto ejusmodi mutationem bono exemplo stabiliri posse nemo neget; sed interpretari aliud quam condere legem est. Præcipue autem *bona* defuncti redigenda in inventarium, *d. § 2.* etiam sane aris alieni capita, at non tam necessario; omissio enim aliquorum ex his minime, perinde inventarium vitiat ac quorundam ex bonis, Sand. *d. defin. 4.* Justiniani scopus fuit, novum hoc *inventarii* inventum ita elaborare, ut sine exceptione publici usus & saporis fieret. adeo luculenter hujus beneficii fructus atque effectus dedit, quorum hi sunt præcipui. Primus, quod heres, inventario facto, non modo legatariis, sed nec creditoribus, ultra vires hereditarias teneatur, cum alioqui heredem ex persona defuncti in solidum obligari, constet *d. l. ult. § 4.* Alterum inventarii beneficium, quod heres ea, quæ defunctus sibi debuit, per confusionem non amittat, ut alioqui fieret, sed perinde suum, ac reliqui creditores, servare possit, *l. ult. § 9.* Tertium memoratur beneficium, quod heres legatariis quartam Falcidiam deducere queat; sed hoc revera non est inventarii beneficium, quia & antehac dudum heredes deductionis illius copiam habuerunt; sed habetur pro tali, quatenus omissio inventarii privationem Falcidiæ infert. Nam ut necessitatem Justinianus universis imponeret, Inventarium conficiendi, quoties non admodum liquida hereditas obtigisset, tria sanxit

Das Spatium deliberandi annuum, so thun die Rechtsverstatten, und auf 52. Wochen zu rechnen ist. Ex qua Decisione quoque apparet, heredi apud nos integrum esse, etiam jam aditam hereditatem, intra annum deliberandi, repudiare, licet inventarium non confecerit, modo specificationem rerum hereditariarum judicialiter insinuet, & ad eam juramento suo confirmandam se offerat, Phil. *add. Dec. Obs. 1. n. 8.*

(c) *Pos. 14 & sqq.*

neglecti inventarii incommoda *, e diametro beneficiis sive commodis modo recensis contraria, ex quibus tamen unum tantummodo novum & ex ipsius constitutione oriundum est. *Primum* est, quod heres creditoribus hereditariis plane satisfacere, etiamsi bona exhausta sint, cogatur, id olim in omni herede, qui agnovisset hereditatem, obtinuisse, notissimum est *d. l. ult. §. 1.* sed legatariis, nec olim nec hodie, neglecto licet inventario, plus quam est in hereditate, debetur, *§ 1. infra de fid. vel. reb. per fidei. relict. l. 1. § 17. ad Sc. Trebell.* Item *alterum*, quod heres confusione suas in defunctum actiones amittat, *l. 57. de Solut.* Sed *Tertium* est verum noviterque excogitatum incommodum; ut heres, non facto inventario, legatariis quoque in solidum teneatur, neque Falcidiam exercere possit, *l. ult. §. pen. N. 1. c. 1.* Idem de Trebellianica statuendum esse, plerique concedunt, quoniam ad hanc a Falcidia, cujus exemplo reperta est, *§ 5. I. de fideic. hered.* plerumque tuto argumentari licet, & Imp. in dictis textibus fideicommissarios cum legatariis jungit: Imo & Trebellianicam satis constat sub nomine Falcidiæ comprehendi, ut in *l. 11. de Leg. 1. l. 30. § 7. ad L. Falc. § 2. I. Quib. mod. Test. infirm.* Adeo ut appellatio Quartæ Trebellianicæ, non tam a Juris conditoribus, quam Interpretibus introducta & usurpata sit. Sic etiam antehac a me scriptum fuit: sed discere & id præferre, me nunquam puduit: Ex facto consultus intellexi, verissimam esse viri sapientis inter paucos, Gailii sententiam; scil. nullam esse causam, textus, qui de sola Falcidia respectu legatorum loquuntur, extendere ad Trebellianum. Heres fuerat scriptus & fideicommisso post mortem conditionali gravatus. Hereditas erat locuples; ideoque de beneficio Inventarii non cogitaverat: Mortuus erat, & exiterat conditio. Ejus Heres Quartam deducere volebat; objecta fuit omissio inventarii; de qua nemo in hereditate opulenta cogitat, ex qua nil nisi post mortem, incerta conditione decedet; putavi id iniquum esse, nec dubitavi, quin legibus standum esset, quæ de Falcidia deque legatis solis loquuntur. Gail. 4. *observ. 38.*

6. Quin etiam libetos Inventarii neglecti pœnam sustinere hanc, quod ne Legitimam quidem servare possint, crebro recentioribus visum est, dissentientibus Bartolo aliisque veteribus, item Fachinæo *6. contr. 24.* aliisque hujus seculi paucis, quorum magis mihi sententia arrisit semper. Id ante omnia tenendum, respectu creditorum non esse locum quæstioni. Adversus hos enim filium servare non posse legitimam, adeo certum est, quam notum, de legitima prorsus verba non fieri, antequam dimissi sunt creditores, *l. 8. § 9. de Inoff. test.* Quæstio duntaxat est, an Legatarii filio, qui as alienum omne dissolvit, legitimam actione legatorum auferre possit. Negandum censeo, quia nunquam potest fieri, citra exheredationem, ut per dispositionem Testatoris, Legitima tollatur, *l. 32. C. de inoff.* Legata autem sunt dispositiones Testatoris. Tu dices, legis hoc opus est, non gravamen Testatoris; Sed ne lex quidem potest tollere legitimam, sine ullo merito filii. Posito tamen, id posse legem, falsum est velle; nusquam liquet. Scopus legis est, heredem, qui supersedit inventario, relinquere in vetustis heredum oneribus, *l. ult. § 14.* novorum onerum nihil addit, nisi quod Falcidiam differre ademit. Quis docuit nos a Falcidia argumentari ad legitimam, cujus multo justior ratio, major sine comparatione necessitas? Quis tam enormem in nova constitutione toleret consequentiam nulla ratione nixam? Quin vide textus: Lex sancit, eum, qui inventarium neglexit, *debitis hereditariis in solidum teneri*, in § 10. ut *in solidum secundum antiqua jura omnibus creditoribus teneatur*, &c. § 14. addito *Falcidiæ* commisso, nihil præterea. Neque porro in *Nov. 1. cap. 2.* aut verba aut mentem esse de legitima, patet ex *princ.* & ex *fine*. In *princ.* habetur, causam sanctioni dedisse fraudem heredum, per quam evenit, ut Falcidiæ locus fiat, cui alioqui non esset locus, quia salva quarta fuisset; atqui legitimæ nunquam non potest esse locus, ut notum. In *fine* est; *Si vero expressim designaverit, non velle heredem retinere Falcidiam, necessarium est, Testatoris valere sententi-*

* Quæ evitare queunt in Saxonia, si juratam exhibeant specificationem, ea enim instar inventarii est Jure Saxon. Communi, *a. L. R. l. 1. art. 6.* Richter *Dec. 60. n. 8.* Coler. *de Proc. Execut. p. 1. c. 10. n. 327. Id p. 2. Dec. 68. n. 2.* & Electorali, *Dec. El. 21. & 57. j.* Tergauisch Ausschreib. rubr. welcher gestalt die Agnaten. § Dies weil aber dennoch diejenigen. Philip. *add. Dec. 57. Obs. 1. n. 13.* Carpzov. *Dec. 25. n. 33.* Id. *P. 3 C. 38. d. 18.* Imo ex eadem ratione quilibet inventarii defectus hodie juramento suppletur; Carpz. *P. 3. C. 33. d. 6.* conf. Mev. *Jur. Lubec. P. 2. t. 2. a. 27. n. 59.* quod juri quoque civili non adeo incognitum fuisse videtur. *L. 22. § 10 C. de jur. delib.*

am. Hæc nullo modo cum legitima conſtare poſſunt, quia hanc a Teſtatore non poſſe prohiberi, nota res eſt. Poſtrema ratio; In eadem *Nov. cap. 1 & 4.* ſtatuitur, ſi heres intra annum Legata non ſolvat, cum cadere hereditate, quemadmodum in *cap. 2.* noſtraque ſpecie, cadit beneficiis inventarii. Tamen & in *cap. 1. & in 4.* Legitima heredibus conſervatur, niſi cum ab inteſtato ſucceſſio fit, *d. cap. 1. in med.* Quid cauſæ eſt, quare in pœna inventarii omiſſi non æque ſalva ſit Legitima, quam in pœna Legati eis annum non ſoluti? an quia pœna repertorii infecti totam hereditatem adeoque & Legitimam exhaurit? quaſi non eadem ratio in altera pœna eſſet, ubi, quod tota hereditas perditur, nihil impedit, quo minus Legitima remaneat. Atqui hoc unum fere contrariæ partis fundamentum eſt; Neglecto inventario, heredem ultra vires hereditarias teneri, unde Legitimæ ſpes nulla conſervandæ. Putem reſolute poſſe dici, primo, id reſpectu creditorum obtinere, quibus in infinitum tenetur heres, nec magis Legitimæ, quam reliquæ hereditati parcitur: Legatario heres nunquam ultra vires hereditatis tenetur, ut *modo* probavimus. Id ex verbis *l. ult.* ſupra citatis liquet. Dein, ſi heredes quoque non facto inventario, legatariis tenentur ultra vires hereditatis, non verebimur reſpondere, id excepta Legitima intelligendum. Nec tu inſolentem dicas exceptionem; quia non minus inſolens videretur ac pœna hereditatis amittendæ in *cap. 1. & 4.* niſi expreſſa foret. Inſtas, hic non excipi? dicam, ſua ſatis natura illam excipi, qui tolli ſecus quam ob ingratitudinem non poteſt; abundeque ſufficit, quod nusquam inter pœnas inventarii omiſſi recenſeatur. Repeto, nullam fuiſſe cogitationem Juſtiniani in *d. l. ult.* aut in *hac Nov. c. 2.* Legitimam ut involveret, quia, cum nominatim de Falcidia loqueretur, ſatis ſciebat, neminem debere eſſe tam imperitum, ut eum caſum intelligeret, quo Falcidiæ termini habiles deſunt. Sed in his, quibus Legitima debetur, Falcidia abſolute ceſſat, quia hæc non aliter, quam ubi quarta deficit, obtinet, is vero, qui legitimam ſumit, multo quidem plus habet: Plane ut non modo nectendæ ratio conſequentiæ deſit, ſed & ratio ejus, quod expreſſum eſt, cum eo, quid ineſſe volunt, maxime pugnet atque collidat. Sed adhuc urgetur, quod ſit igitur incommodum filii inventarium non componentis? *Primo*, ut creditoribus in infinitum teneatur; dein, ut quod ſibi a parente debetur, amittat. Quid ſi æris alieni parum, ſui nihil inveniat heres? palam ex his, quæ diximus, eſt, nullam eſſe pœnam favore legatorum. Etenim multo juſtius eſt, legata pro quarta minui, quæ lex jubet minui, licet inventarium non exteret, quam legitimam penitus tolli, quam lex minui, nedum tolli tam rigide vetat. Una ſupereſt in contrarium ratio; quod pœna inventarii negledi rationem habeat hanc, fraudem heredis præſumptam, qui ſatis ſibi proſpexiſſe creditur; eaque præſumptio perinde locum in filio ratione legitimæ, quam extraneo quoad Falcidiam habeat. Reſponſio in promptu eſt, præſumptionem hanc non poſſe latius operari, quam rei veritas operaretur, ſed deprehenſus ἐπ' ἀυτοφώρῳ, in ipſa fraude heres, non aliter quam duplo mulctatur, minime vero jactura legitimæ, nedum beneficio inventarii, *d. l. ult. §* 10. tametſi aliter in praxi & more Friſici fori obtineat, teſte Sandio *Defin. 6. ejus d. tit.*

7. Porro interea dum heres conficit inventarium, res jubet, ut creditores moleſtiam ipſi creare caveant, *l. ult. §* 11. * Ipſe interim ſolvet ex bonis hereditariis impenſas funeris, actuumque judicialium & ſimilia, quæ moram non patiuntur, *§* 9. deinde creditoribus ſecundum juris ordinem, quatenus vires ferunt hereditariæ, ſatisfaciet, modo liquidus ſatis ille ſit ordo; Nam ſi creditores de πρωτοπαξίᾳ contendant, palam eſt, heredem ejus rei non eſſe arbitrum, ſed ad Judicem recurrendum. Sin ordo non ſit controverſus, heres iis creditoribus, de quibus conſtat, exſolvat; nec ab aliis poſtea ſupervenientibus conveniri poteſt; ſed hi legatarios aut creditores, quos ipſi præcedere debuiſſent, compellare jubentur, in quem uſum eſt condictio ex lege, *d. Lult. §* 5. 6. 7. 8.

8. (f) DE HEREDITATE ACQUIRENDA. Quid & quales ſint Heredes, poſtquam abunde dictum, claudit Imperator Teſtamentarium tractatum notabili doctrina Acquirendæ hereditatis, quod & ipſum momentum, in quo ſucceſſoria Lex acquieſcit. Ubi enim acquiſitio hereditatis ſemel jure conſtat,

* Jure Romano intra novem dies conveniri non poterat, *N. 115. c. 5 §* 1. In Saxonia triginta dierum mora vel non petenti relinquenda eſt, Laud. R. *L.* 1. *t.* 15. conf. Struv. *Jurisp. L.* 2. *t.* 23. § 9.

(f) *Puſ.* 23. *&c.*

dici

dici potest, quod desinat hereditas mortui, & incipiat esse patrimonium viventis. . . Defertur hereditas, ut dictum alias, duobus modis, Testamento, vel lege, delata ubi est, acquiritur; Unde apparet, hoc caput, de acquirenda, commune esse tam legitimæ quam Testamentariæ successioni; adeoque naturaliter post utriusque tractatum, etiam de heredibus ab intestato, sequi debuisset. At cum toties suorum & extraneorum, qui ipso jure, quique adeundo fierent, heredum mentio facta sit, non debebat articulus acquirendi hereditatem, unde potissimum differentiæ illæ pendent, diutius celari tyrones, qui nullo negotio hæc, cum de legitima successione agetur, *ἀπὸ κοινῆ* repetere possunt. Acquiritur, inquam, ipso jure, vel facto Hereditas. *Ipso jure*, id est vi immediata legis, ut nullo ad hoc hominis dicto vel facto sit opus: ita *a suis*, de quibus antea dictum, acquiritur, *l. 14. de suis & legit. hered. l. 11. de lib. & posth. l. 1. § 7. Si quis omiss. caus. Testem.* Extranei hereditatem adipiscuntur Facto aditionis, eoque duplici, declaratione verborum, aut rebus gestis; illam vocare licet aditionem in specie, hanc pro herede gestionem, *l. 25. § 7. h. t. l. 18 pr. ad L. Falc. & l. 20. pr. & § 1. de Acquir. hered.* In utroque facto requiritur animus heredis, quo sensu in *l. 20. pr. h. t. pro herede gerere*, dicitur, *non esse facti, quam animi*, id est, magis spectandum, quo animo, quam quid fiat: Multa enim pietatis custodiæve causa aguntur, ut *ibidem* declaratur: imo fieri potest, ut animus heredis adsit, ubi nullæ res hereditariæ attinguntur, si quæ non sunt, eas putet esse tales, *l. 88. de acquir. hered.* juncta *l. 21. § 1. ed.* Quia autem sui jam ultro sunt heredes, neque ad effectum aliud quam immixtio deest, (termini ita usurpantur, ut sui miscere semet, extranei adire dicantur,) facilius colligitur animus heredis in suis ad confirmandam qualitatem quæsitam, atque in extraneis ad novam acquirendam. Hinc si filiusfam. Patrem sepelierit, opus ei sit testari, quod animo heredis non faciat, *l. 20. § 1. d. tit.* In emancipato pietatis præsumptio, quam heredis, erit proclivior. Ita suus heres implendo conditionem, sub qua institutus est, animum heredis manifestare videtur, *l. 86. § 1. de hered. instit.* quod de extraneis haud perinde affirmandum, *l. 1. § 1. de condict. caus. dat. c. n. sec.* Non valet etiam aditio, nisi fiat cum certa scientia, scil. delatam esse hereditatem, pure sit heres an sub conditione, testamento an ab intestato, *l 13. & seqq. l. 22. § 1. de Acquir. hered. & l. sequ.* Denique non pro parte, sed in totum fieri debet *aditio, l. 1 & 2. d. t.* Sed utrum hoc sciverit, an secus, nihil refert, quia pro parte facta fit ipso jure totalis aditio, per *d. l. 1. 2. & l. 7. de R. J.*

9. In suis heredibus res aliter se habet. Differentia in effectu duplex est, Acquisitionis & Transmissionis. Acquisitionem quod attinet, sui heredes eodem momento, quo defunctus expiravit, fiunt domini rerum paternarum, adeo ut non tam mutari dominium, quam continuari videatur, *d. l. 11.* unde liberi jam vivo patre quodammodo domini fuisse dicuntur, *§ 2. h. t.* Extranei vero non fiunt domini, priusquam adierint; & quidem domini duntaxat, possessio tam in illis, quam suis, non nisi per apprehensionem acquiritur, *l. 23. pr. de Acquir. poss.* tametsi quoad effectum usucapionis, inter defunctum atque heredem continua, non interrupta possessio intelligatur, *l. 30. Ex quib. caus. maj.* idque hodiernis moribus passim in universum fere obtinuit, ut possessio juncta dominio, absque nova apprehensione translata intelligatur. Gail. 2. *obs. 52.* Perez. *ad tit. C. de Acquir. poss. n. 7.**

10. Alterum discrimen inter suos & extraneos heredes, consistit in jure transmissionis. Nam sui, hereditate sibi delata morientes, transferunt suum jus in heredes proprios, etiamsi nesciverint, sibi met ipsis hereditatem fuisse delatam, *l. 3. C. de jur. delib. l. un. § 5. de caduc. toll. l. 9. in pr. de jure fisci*; non tantum in liberos suos, *l. 7. § 1. de Acquir. hered.* sed etiam extraneos, *l. 9. § 1. de Reb. dub. l. 9. de jur. fisc.* sed extranei non aliter transmittunt jus succedendi in heredes, quam si adierint hereditatem, *d. l. un. § 5.* nec quidem jus deliberandi transmittunt, ad quod scientia diserte requiritur, *d. l. 9. C. de jur. delib.* idque eodem modo traditur a Sandio *lib. 4. tit. 9. def. 1.* Ratio hujus differentiæ pendet ex eo, quod *supra* diximus, *suos* he-

* Ita moribus Saxoniæ quoque obtinere, & possessionem ad heredes ipso Jure transire, existimat Carpzov. *dec. 125. n. 22. & P. 3. C. 9. def. 29. n. 6.* Sed sicuti mores Germanorum generales hic jus civile non mutarunt, vid. Gail. *L. 2. Obs. 152. n. 3.* Hahn *Disp. de transition. possess. in heredem*; ita quoque sententia Carpzovii nec consensum Doctorum, nec Praxin fori constantem invenit. vid. Berger. *Elect. Proc. Possessor. th. 29.*

redes

redes ipso jure, sine facto acquirere hereditatem; extraneos facto aditionis, vel pro herede gestionis duntaxat; Quilibet autem jus acquisitum in heredes proprios transmittit; non acquisitum, quod non habet, inquam, nullo modo transmittere potest. Hactenus tamen recessum est ipso jure civili ab his regulis; quod liberi omnes, etiamsi non sint in potestate adeoque non sui, jus hoc immediatum transmittendi habeant in suos iterum liberos, non æque in extraneos heredes, ut plerique accipiunt *l. 11. C. de suis & legit. hered. vel C. de his, qui ante apert. tab.* Ex his sequel atur, eos, qui non possunt adire, vel pro herede gerere; hoc est, qui nequeunt induere atque præferre animum heredis, quales sunt furiosi ac infantes, etiam non posse transmittere jus hereditarium in proprios heredes: præter solos liberos in suas proles: nec enim aditio vel pro herede gestio potest aliter fieri, quam cum animo consilioque suscipiendi qualitatem heredis, *l. 20. ff. de Acquir. hered.* Nec quidem per tutores Curatoresve suos, hoc jus transmittendi perpetrare possunt infantes dementesque: Nam illi quidem aditionis officio funguntur, hactenus, ut administrationem bonorum habeant, non etiam, ut hereditas iis acquiratur, iisque mediis in alios transferatur; textus in *l. 5. C. de Jur. delib.*

11. Secundum hæc δεινῶς juridiceque, si quicquam aliud, disserit Sandius in *lib. 4. tit. 8. defin. 9.* Mater filium furiosum heredem instituerat, eique sorores duas liberosque tertiæ defunctæ substituerat: testatrix diem suum obiit, & post etiam filius in furore e vivis abiit. Oborta est quæstio inter substitutos de prædio Omlandico, quod erat inter bona, quodque secundum jus ejus loci non est subjectum testamenti factioni, ideoque secundum ordinem intestati deferendum erat proximis, sed proximæ furioso novissime defuncto erant materteræ, non consobrini; Respondit tamen Sandius, consobrinos pariter admittendos, quia successio prædii illius regenda erat cum respectu ad matrem furiosi, licet ante defunctam, eo quod furiosus non potuerit hereditatem acquirere, cum effectu, transmissionis sensu animi ad id necessario carens. Rationibus utitur iisdem Sandius, quibus modo nos in universa demonstratione usi fuimus, eo quod furiosus non habeat *animum* heredis, ideoque *cum in furore decedit, nihil ei quæsitum intelligitur*, inquit. Proinde quoties decessit aliquis impos rationis, aut quoties qui sui compos, nulla signa voluntatis animique sui edidit, non potest transmissio hereditatis ad eos fieri, qui ultimo defuncto sunt proximi; sed qui proxime contingunt eos, a quibus hi bona prius adepti sint. *Inspicitur*, inquit Sandius in eo casu, *quis tempore mortis furioso proximior sit, non ipsi furioso, sed ejus parenti.* Sandius hunc casum definitionemque vocat *raram*, ideoque notabilem. Forte rara dici potest hæc species in furioso; at in infantibus, quorum intuitu prorsus eadem ratio esse videtur, & de quibus plerique textus juris, queis Sandius utitur, æque agunt, nihil est frequentius.

12. Jam velim quisque secum reputet, quid omni die fiat in mortibus infantium, adde furiosorum. Nemo dubitat, quin illi successionem ad eos, qui ipsis proximi sunt, jure transmittant, si vel unius horæ spatio, vel minutulo, infans post matrem puerperam spiraverit, ita servamus, docti indocti, ut patres hereditatibus augeantur, neque patres tantum, sed si a latere paterno sint alii propinquiores quam maternæ lineæ, successio sine controversia vadit ad propinquiores. Sæpe, fateor, hæsisse me inter juris tam certi clarique dictamen, & praxeos tam indubitatæ observantias, sine Statuto intermedio, contrariantes. Videamus, an non ad aliquam partem concordiæ res adduci queat: utique si probabiliter usus fori nostri e legibus adstrui possit, non oportet nos esse difficiles in conciliandâ praxi cum theoria, saltem hactenus, ut ex interpretatione legum, sive recte sive minus bene accepta, communis opinio orta videatur; quam alioquin ex mera juris ignorantia natam esse oporteret.

13. Lex unica C. *de His, qui ante apert. tab.* dictat, *liberos a Parentibus scriptos heredes, sive se noverint scriptos, sive ignoraverint, in liberos suos, cujuscunque sint gradus vel sexus, derelictam sibi portionem posse transmittere.* Sed hæc constitutio necdum sufficit ad observantiam praxeos nostræ, quia tantum loquitur de transmissione liberorum paternæ hereditatis in suos liberos; non etiam in parentes suos aliosve propinquos; & dein non agit de successione ab intestato, de qua noster usus vel maxime idem jus introduxit. Lex XI. C. *de suis & legit. hered.* sic ait; *Si matre superstite filius vel filia, qui quæve moritur, filios dereliquerit, omnimodo patri suo matrive suæ ipso jure succedant; quod sine dubio & de pronepotibus observandum*

esse censemus. Hoc titulo agitur de successione ab intestato, & rotunde dicitur, liberos omnes suis parentibus indistincte, *ipso jure* succedere; consequenter aditio ad acquirendam transmittendamque hereditatem non est necessaria, secundum *l. 14. ff. de suis & legit. hered.* Scio, multos non posse in animum inducere, ut credant, in ea constitutione tribus verbis aboleri discrimen inter suos heredes & extraneos, quod ad hereditatis aditionem atque transmissionem attinet; aliterque *d. legem* interpretari; verba scil.cet, *ipso jure*, significare, quod sine cretionis solennitate, quæ hodie sublata est, & circa bonorum possessionem immediate heredes fieri possint, ut est in *l. 3. C. ad Sc. Orphit.* Ita Perezius ad *tit. C. de Sc. Orphit. n. 5.* Non fuerim alienus ab hac sententia, quod per *d. l.* XI. noluerint Imperatores, acquisitionem transmissionemque hereditatis sine aditione stabilire; sed mens eorum esse videtur, ut doceant, quod liberi parente superstite decedentes, non parentem, sed liberos habeant successores, nullo judicis officio implorando, ut docetur in *d. l. 3.* Verba *ipso jure* facile contenta sunt hac explicatione, cum quo hic confer *l. 1. ff. de curat. fur.* Ex ea tamen lege XI. natam esse praxin nostram modo expositam, certo propius est, idemque colligit inde Faber *in Codic. lib. 6. tit. 22. def. 29. in fin.* sed ultra liberos parentibus succedentes, non memini quicquam in jure civili me legere, quod transmissionem hereditatis absque aditione vel pro herede gestione probet, ideoque in cæteris valet, quod est in *l. 5. C. de jure delib. Potuit pupillus pro herede, tutore auctore, gerendo consequi successionem, sed ipsius actus & voluntas sint necessaria; nam si quid nesciente eo tutor egit, illi hereditatem non potuit acquirere.*

14. De furioso est specialis constitutio in *l. ult. §. tali. 7. & seq. C. de Curat. fur.* recentior *d. lege XI. C. de suis & legit. hered.* in hanc sententiam; si furiosus in furore diem suum finierit, hi venient ad successionem, qui mortis tempore furiosi, propinquiores existant ei, *si non in medio esset furiosus*, cujus ideirco aditio, vel acquisitio nulla intelligitur esse; Et hæc est propriè dicta species, a Sandio in sæpe laudita *decisione tit. 8. lib. 4.* definita, licet rationes, quibus utitur, infantibus æque & exacte conveniant. Curia non finxit eam quæstionem apud Sandium; sed ipse & alius senator, arbitri compromisso electi. Sed apud Gajum Nautam in decisionibus MSS. reperio similem speciem contrario modo ab ipsa Curia definitam die *XXV. Martii 1645.* inter *Theodorum Fogelsang* cum sociis, contra *Oricum a Doyem cum suis sociis.* Res meretur, ut speciem subducamus, præcisis, quæ nihil huc pertinent, circumstantiis. *Dodonæa ab Aysma* reliquerat tres liberos prioris; & duos posterioris matrimonii; Ex illis unus *Renicus a Doyem* mente captus seu furiosus, in eo statu brevi post matrem decesserat. Hujus partem nati ex eodem conjugio, tanquam fratris germani, sibi vindicabant; posteriores dicebant, se respectu matris æque propinquos esse, matrisque, non furiosi filii, propinquitatis rationem esse habendam, auctoritate Sandii, juribusque supra deductis nitebantur. Ad hæc Nauta, verbis e vernaculo versis sic ait; *Curia existimans furiosum pro infante habendum, nec aditionem, vel immixtionem in eo requirendam, æquiparavit eum infanti statim post matrem suam mortuo*, cum fuerit *suus, aut ad minimum ipso jure heres.* Proinde pars furiosi fratribus atque sororibus utrinque conjunctis adjudicata fuit. Quid respondendum sit ad *d. ult. § 8. C. de Curat. fur.* quæ est Justiniani & recentior cæteris legibus, quæ de liberis *ipso jure* succedentibus loquuntur, non suggerit Nauta. Sed procul dubio sic visum est *Dominis*, constitutionem *d. ult. § 8.* accipiendam esse de furiosis, succedentibus aliis quam suis parentibus; quemadmodum sane de parentibus nihil in textu; verum de successione furiosi simpliciter agitur. Acquiescendum igitur in hoc videtur; ita receptum esse in Foro, secundum jus civile, vel tanquam exinde, liberos acquirere paternam maternamque hereditatem, sine ullo facto, & ipso jure, consequenter etiam furiosos (de his primo) transmittere successionem ad eos, qui sunt ipsis proximi. Tu dices: Lex XI. quæ est fundus unicus huic sententiæ, tantum agit de successione ab intestato; de casu testati nihil decretum; ergo in hac specie, antiqua standum regula. Responsio est; Rubricam esse quidem de successione intestati, sed verba textus sunt generalia. Denique liberi, de quibus solis loquitur, semper etiam jus ab intestato succedendi habent, etsi testamentum reperiatur factum. Ideoque sanctio hujus loci, testamento condito, excludi non videtur. Verum, quod attinet ad hereditates, furiosis delatas a collateralibus, numquid in his idem statuemus, an

vero

vero has non acquiri, neque transmitti dicemus, nisi per aditionem, vel pro herede gestionem? vulgo equidem opinantur, furiosorum bona generaliter & promiscue devolvi ad eos, qui sunt ipsis proximi: Sed palam est, eam esse crudelitatem nulla, ut puto, ratione, vel lege subnixam. Proinde in collateralibus valebit indubitata regula, quam habet *d. l. ult. § 8. C. d. Curat. fur.* acquisitionem transmissionemque non fieri sine heredis animo & voluntate; proinde, si cui recepta videatur diversa consuetudo, huic reponemus dictum, *l. 39. ff. de legibus*: Quod non *ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet.* Ergo & in hoc casu; cum hereditas furioso extra liberorum numerum delata est, qui nullum suæ voluntatis edidit signum, non dicemus, hereditatem ab illo acquisitam esse, verum successio devolvetur ad eos, qui proximi sunt his, qui hereditatem illi reliquerunt, per *d. l. & C. de jur. delib.*

15. Sed de liberis habemus constitutionem memorabilem in *l. 15. C. de jur. delib.* Sunt vel infantes, vel majores infantia. Infantes habent Patrem, vel non habent. Pater adire potest hereditatem maternam, vel quamvis adventitiam, cum effectu transmissionis. Si non adierit, ac infans moriatur, etiam emancipatus; pater acquirit tamen hereditatem. Si pater non sit, Tutor infantis aditione cum effectu transmissionis fungi potest. Si Tutor non sit, vel is adire neglexerit, hereditas defertur ita, *quasi ab initio non esset ad infantem delata.* Pupillus infantia major ipse adire debet, alioqui non fit transmissio, deque illo videtur accipienda *l. 5. eod. tit. C. de jur. delib.* Hanc legem quo minus pro jure certo in foro nostro habeamus, causam nullam video. Verum exinde tamen refellitur, liberos matri ipso jure succedere, cum effectu transmissionis, quod vulgo probatur ex *l. 11. C. de suis & legit. hered.* quæ est ab iisdem Impp. a quibus est hæcce *l. 15.*

16. Quemadmodum acquisitio in extraneis fit per aditionem, in suis effectum habet per immixtionem; Ita amittitur Hereditas in extraneis *Repudiando*, in suis, non ipsa, sed commoda & onera ejus removentur *Abstinendo, h. § ult.* Repudiatio fit exemplo aditionis, ut contrariorum solet esse eadem doctrina. Ab illis enim & eo tempore potest repudiari, quando & a quibus adiri potest Hereditas; nempe ab iis, qui certo sciunt, ex testamento an ab intestato, pure an sub conditione, necessarii an voluntarii sint heredes, *l. 13. & seqq. h. l. 32. § 1. & l. 76. de J. R.* Ex quibus liquet, aditionem aut repudiationem ab illis factam, qui eo modo certi non fuerant, pro non facta haberi, neque prodesse aut nocere auctoribus, quamvis in arbitrium collata sit conditio. Denique nec is etiam, qui sub conditione institutus est, repudiare potest, *d. l. 13. in pr.*

17. Abstinendi jus amittitur immixtione, Repudiandi pro herede gestione, *l. 14. § 8. releg.* Abstentio insuper aliquid surripiendo ex rebus hereditariis, *l. 71. § 5. de Acquir. hered.* aut emendo per suppositam personam, *l. 91. eod.* sed extraneus heres surripiendo tantum fit reus dupli, *l. 21. pr. eod.* De his aliquando latius *ad ff.*

SCHOLIUM.

De duplo nihil extat in d. l. 21. *junge igitur* § 5. Instit. de obl. q. ex del. nasc.

18. Postremo facilius perit abstentio, quia filiusfam. ipso jure est heres invitus & ignorans, *l. 1. § 7. Si quis omiss. caus. testam.* ideoque fundata præsumptio est in dubio, quod filiusfam. heres sit, Sand. *l. 4. t. 9. def. 9.* Si tamen damnosa sit hereditas, non videtur habendus pro herede, nisi probetur se miscuisse, *l. 12. d. t. de Acquir. hered.*

TIT. XX.

De Legatis.

Ratio methodi & definitio Legati. Diversitas antiqua & unitas hodierna Legati in se & cum fideicommisso. Partitio. Non posse Legari rem extra commercium, posse rem alienam. Ut & propriam heredis, & pignoratam. Quid, si Legatarius rei dominus sit factus, aut bis eadem res legata sit, aut nudam rei proprietatem emerit, aut res mea mihi legata sit. Quando Legatum alienatione rei tollatur. Doctrina conjunctionum. Jus accrescendi. De Legato nominis, & Liberationis, & debiti Legati. Quid juris, si res legata pereat, vel aucta sit. Legatum generis & optionis. Quibus personis Legari possit. Non obstare nominis, demonstrationis & causæ errorem. Subtilitates veterum tres emendatæ. De Actionibus ad petendum Legatum.

(a) Non esse Justinianum methodi securum, nec tamen superstitione ejus contra utilitatem discentium trahi velle, docet *princ. tit. de Legatis.* Cum enim Legatum sit modus acquirendi particularis, statim post titulum de donationibus subjici debuisset; at quia in testamentis Legata relinquuntur, aptius judicavit primo loqui de testamentis. Nunc post successionem e Testamento sequi debebat ea, quæ secundum legem est; Prævaluit ratio, quod ultima voluntas textu continuo satis esset absolvi. Definitur Legatum § 1. h. t. *Donatio quædam a defuncto relicta ab herede præstanda.* (Florentinus in *l. 116. de leg. 1.* clarius & distinctius, delibatio hereditatis, *qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit*). Εμφατικῶς *quedam*, id est, proprii generis donatio; Nam cur proprie donatio non sit, dictum *supra* ad *tit. de donat.* Dicitur a *defuncto relicta*, non *in testamento*, ut Modestinus in *l. 36. de leg. 2.* quia perinde & in codicillis legari potest, olim quidem testamento confirmatis, *l. 8. § ult. l. ult. de Codic. § 10. in f. I. de fideic. hered.* hodie post exæquata fideicommissis Legata, indistincte. Quin etiam ab intestato hodie posse legari, certum est, exemplo fideicommissorum, *d. § 10.* Quod autem fieri (sed raro) queat, ut ipse Testator legatum vivis præstet idemque maneat legatum, *l. 22. de leg. 2. & l. 11. C. de leg.* id definitioni, quæ singulis varietatibus accommodari nequit, nihil derogare potest. Verba ultima, *ab herede præstanda*, ut a Theophilo aliisque libris non agnoscuntur, ita abesse quidem, sed etiam ferri sine nota possunt, explicationis gratia: modo prælationem more solito, de translatione possessionis, vel solutione intelligamus: nam dominium ipso jure, id est, immediata vi legis, a defuncto, cum morte ejus transit in legatarium, *l. 80. de leg. 2. & l. 64. de furtis.* Scilicet, proprie dictum & Naturale dominium, ut dictum, non ut Vinnius aliique, fictum; neque enim alia ratione Legati dominium potest haberi fictum, ac omnium eorum, quæ immediate a lege absque traditione proficiscuntur. Neque probatur secus ex *l. 3. & 5. Quando dies legat. ced.* Quid enim? an ut dies legati cederet a morte statim, opus erat fictum introducere dominium? Cedere dies dicitur respectu actionis, quam lex facile absque dominio præstare poterat.

2. (b) Solennes legandi formulæ erant hæ; *Sumito, capito, habeto*: Id erat vindicationis. Legatum damnationis vocatur ita, *Heres dare damnas esto*; Sinendi modo, *Heres finito.* Per præceptionem, *Ille ex parte heres præcipito.* Quibus formulis olim diversæ legatorum species constabant, ut in § 2. accurateque apud Theophilum legimus, & quarum singulis diversi effectus tribuebantur: Sed hæ a Græcis Impp. quemadmodum reliquæ toto jure formæ solennes, sublatæ sunt, non quod hodieque ejusmodi verbis uti non liceat, ut sane per præceptionem adhuc omni die legatur; Sed quia nihil refert, istis an aliis utare verbis; & quia Legatorum qualitercumque conceptorum una & sim lex natura habetur; tametsi forte loca juris non desint in Pandectis, quæ sine distinctione inter vindicationem & damnationem, haud facile conciliari queant, ut vocabula diligentius quam momenta rerum quandoque deleta videantur, qua de re vid. Merill. *2. variant. ex Cuj. 10.* Differentia olim quoque inter legata & fideicommissa particularia late patebat, cujus summa erat, quod in legatis rigor juris, in fideicommissis favor voluntatis regnaret, *l. pen. de leg. 1.* vid. Cujac. *in parat. C. de fidej. & 3. obs. 34 in f.* D. Wissenb. *2. Pand. Disp. 1. th. 3.* Hodie Legata & fideicommissa per omnia sunt adæquata, *l. 1. de leg. 1.* tam quoad res, quam verba, *l. 2. C. Comm. de leg. & fid.* Quod ad res absolute, quod ad verba non eo sensu, quasi legata & fideicommissa non sint amplius diversa, neque termini distincti; utique enim, relicta verbis directis adhuc legata, verbis obliquis fideicommissa vocamus, *§ ult. I. de fideic. sing.* unde & diversis Rubricis etiamnum collocantur. Veruni, sive directis & imperativis utatur, sive obliquis & precativis verbis Testator, effectus est idem; nihil refert, utrum Testator legatum an fideicommissum relinquat: atque ita verborum differentia sublata dicitur; Quia nihil diversi inferunt, non quia diversa non sunt. Hinc sequitur, posse etiamnum Testatorem, si velit, differentiam realem statuere inter id, quod verbis directis immediate cavet in testamento, atque ea, quæ obliquis fieri velle per heredem declarat, *§ pen. I. de sing. fideic.*

DE REBUS, QUÆ LEGARI POSSUNT.

3. (c) His præcognitis, secundum, hujus tituli quatuor summa capita constitui potie, secun-

(a) *Pos. 1. &c.* (b) *Pos. 5. 6.* (c) *Pos. 7. &c.*

dum

dum quæ potius, quam juxta seriem §§ ordinis & memoriæ causa, res & contenta tractari poterunt. 1. De rebus. 2. De personis, quibus legari potest. 3. De modo legandi & 4. de jure petendi legatum. Ne ordinem quidem positionum hic ubique observare poterimus; quia nescio quo pacto, accidit, ut in his prælectionibus satis diversus institueretur. Primo igitur docet Imp. quæ Res legari possint, *in § 4. & seqq.* Et primo (d) quidem, rem talem esse oportet, quæ sit in commercio, non modo generaliter, sed respectu quoque Legatarii. Generaliter commercio exemptus esse constat, res sacras, sanctas, religiosas, publicas, ædibus junctas, *l. 41. 42 & 43. de leg. 1.* cujusmodi similiumque rerum, de quibus vide *l. 39. § 8. & seqq. eod.* legata nullius momenti sunt. ait textus *h. § 3.* tanquam a furiosis relicta, *d. l. 39. § 8.* adeo ut nec æstimatio debeatur, *d. l. 39. § ult.* Æque nulla sunt, si legatarius solus commercium rei non habeat, *l. 49. § 2. de leg. 2.* quod si is habeat, tametsi Testator aut heres non habeant, eorum incapacitas nihil obstat, *cad. l. § 4.* ut nec obstat, si legatarius ad usum rei sit ineptus, *l. 114. § 5. de Legat. 1.* vel commercium quidem, sed jus possidendi non habeat. *l. 40 de Leg. 1.* Quod autem in *l. 11. § 16. de leg. 3.* militiæ servo legatæ, quæ in ejus commercio non est, scribitur, deberi æstimationem, id eo fit, quia in militia, legata censetur æstimatio reditus, qui provenit ex militia tam armata quam palatina; uti & tesseræ frumentariæ, cujus perinde jus proprie servo non competebat, *l. 49. § 1. de Leg. 2.* vid. Sand *lib. 4. tit. 4. defin. 4.* cum enim legari, vendi *militia* dicitur, non ipsum militandi munus vere aut quasi castrense; sed commoda annonaria, & salaria illis annexa, quæ inde separari poterant, intelliguntur: quemadmodum & tesseræ frumentariæ, fuerunt æreæ aut ferreæ figla, opinor, quibus insculpta erat certa quantitas frumenti, quod ex publico capere licebat; cujusmod. aliquando a Cæsaribus sparsa leguntur in vulgus.

4. (e) Potest etiam Testator, quod prima facie παράδοξον videtur, Rem alienam legare, *d. § 4* hoc sensu, ut heredi redemptionem ejus, si justo pretio redimi queat, injungere censeatur, *l. 39. § 7. de Leg. 1.* cui enim nihil in præjudicium domini testamento alterius dispositio posse, verba XII. Tabb. *Ut rem suam legassit*, satis indicant, *l. 120. de V. S.* Plane sciendum est, ita posse rem alienam legari, quando constat, Testatorem ea fuisse opinione, quod res aliena sit, eaque mente, ut ab herede redimeretur. Nam alioqui id genus Legati pugnare cum civili & ordinario more testandi, res ipsa loquitur. Ideo si Testator rem suam arbitratus, alienam legaverit, volunt leges, id inutile esse legatum, quia præsumitur Testator, si sciviſſet alienam rem esse, non fuisse legaturus. Quæ ratio si quando cesset, consentaneum est, valere quod relictum est. Atqui illa præsumptio cessare videtur, quando affectus Testatoris erga legatarium major est, quam insolentia legandi rem alienam; Igitur proximis & conjunctis personis legatum rei alienæ indistincte debetur, seu sciverit sive ignoraverit, *l. 10. C. de Legat.* Pater enim filio, uxor viro aliquid legans, creditur tam valde id velle præstari, ut, tametsi res aliena sit, voluntas eadem manere videatur. Quod si dubitetur, utrum Testator sciverit, an secus, rem esse alienam; placuit, non heredi, sed legatario incumbere probationem; tam quia semper agenti probatio injungitur, quam quod præsumptio adversus illum sit, quia in dubio credibile est, cum, qui rem legavit, putasse rem suam esse, *h. § 4. in fin. l. 21. de probat.* non est tamen utique necessarium proferre testes aut scripturam, quæ expresse loquantur, sciviſſe Testatorem; Sed ex circumstantiis & probabilibus argumentis constare videtur posse tantum, ut ab ipso herede probatio contrarii expectanda sit, ut in simili docet Celsus in *l. 12. de Probat.* Quid enim si Testator ipse rem alienasse probetur? facti proprii ignoratio minime præsumenda est.

5. (f) Ceterum, proprias heredum res, indistincte legari posse. Licet suas putaverit, a Papiniano responsum est, in *l. 67. § 8. de Leg. 2.* quia cessat ibi ratio, quod testator non facile redimendis rebus alienis heredem onerare voluisse credatur. Accedit, quod heres simpliciter factum & voluntatem defuncti præstare cogatur, *l. 149. de R. J. & l. 14. C. de R. V.* non ultra tamen quam pro sua parte hereditaria, *d. l. 14. & l. 1. C. Si certum pet. l. 2. & l. 6. C. de hered. act.* Unde si plurium heredum unius rem Testator legaverit, coheredes ei suas portiones æstimatas refundere debent; consequenter, si unius coheredum rem Testator reliquis coheredibus reliquerit, non nisi suam illi spartem præstare cogitur, ut decisum refert Sandius *l. 4. tit. 5. def. 4.* Nihilo plus du-

(d) *Pos. 42. 41. 42.* (e) *Pos. 31. 32.* (f) *Pos. 30.*

bii est in rebus a Testatore pignoratis. (g) Nam quo minus is, cui sunt legatæ, dominium earum consequatur, cum Testator earum plane dominus fuerit, nihil obstare potest, § 5. *h.* Quin etiam heres rem a creditore, solutione facta, redimere, & præstare tenetur Legatario, saltem si hic probare possit, quod Testator conditionem pignoris non ignoraverit; Nam si hoc non constat, res qualis est, legata videtur, gauderque Legatarius dominio rei; modo ipse eam luat ac liberet: Nisi adhuc docere queat Legatarius, Testatorem ea fuisse mente, ut non minus sibi legaret, quam ejus rei ab onere liberæ æstimatio ferret, *d.* § 5. *l.* 6. *de fideic.* Plane, si creditor pignus jam distraxerit, heres pretium ejus Legatario debet; nisi & aliud voluisse Testatorem ostendat; cujus voluntas, ut ubique, ita & hic, utramque facit paginam, *d.* § 5. *d. l.* 6.

6. (h) Heres igitur rem alienam recte legatam a rei domino redimere debet; atque ita non modo possessionem, sed & dominium præstat, si quidem testator alienæ rei dominium facere alium sine medio non potuit. Quod (i) si Legatarius Rei legatæ dominus sit factus, antequam ab herede præstaretur, merito recepta est distinctio, utrum ex causa onerosa, an lucrativa, dominium sit nactus; Si ex lucrativa, velut donatione, rem prius sit adeptus, nihil ex testamento quod petat habet, propter regulam, duas lucrativas causas in eundem hominem & eandem rem concurrere non posse, *l.* 17. *de O. & A.* adde *l.* 108. § 4. *de Legat.* 1. *l.* 66. § 1. *de Legat.* 2. *& alibi.* Sin ex onerosa, veluti emptione, permutatione, aut simili, aperto testamento pretium, quod ipsi abest, ab herede potest petere; Idemque procul dubio dicendum erit, si Testator rem alienam legaverit, quam is modo jam emerat, sed cujus pretium nondum solverat. Id enim vel ab herede præstandum, vel solutum a Legatario actione ex testamento recuperandum. Adeoque in effectu nihil refert, utrum alienam rem ponas emptam ante factum testamentum, neque dum solutam, vel post testamentum ante mortem Testatoris, vel denique post mortem, antequam ab herede fieret redemptio. Verba enim & rationes textuum, inter hos casus nullam admittunt distinctionem, § 6. *h. l.* 34. § 7. *& l.* 84. § 5. *Leg.* 1. ubi casus paulo diversus, sed eadem est ratio; Proponitur enim Legatarius ab herede ipso emisse rem legatam, & dicitur, si pretium non solverit, rem sine pretio; quod si jam solverit, rem una cum pretio recuperaturus. Plura ad hanc rem, de quibus *& Scholiastes*, videbimus *ad ff.* Ab (k) eadem ratione pendet altera quæstio in *d.* § 7. An is, cui duobus testamentis eadem res legata fuit, ex utroque testamento fructu legati gaudere possit. Sane, si tam prudens aut felix fuerit, ut ex eo, quod prius apertum est, testamento, consecutus sit æstimationem, tum ex sequenti rem ipsam petere non prohibetur, quia verum est, rem eum non habere; At si res statim ei tradita fuerit, jam penitus transactum, frustraque de pretio postea laborat, quia cum rem sine onere nactus est, pretium ejus similiter tenet. Nam valor inest rei, ut corpori dimensio; sed non contra; valori inest Res; toto genere differunt pretium, & id, quod pretio æstimatur; Ita est in *l.* 88. *ff. de V. S.* Adde *l.* 34. § 2. *de Leg.* 1. ubi id docet JCtus, semel rem, iterumque æstimationem in specie proposita, exigi posse; Unde sequitur, rem ipsam bis non posse peti. Quæ ita accipienda sunt, si non modo diversæ scripturæ, sed diversi quoque Testatores fuerint: Nam si ab eodem Testatore eadem res duabus ultimis voluntatibus relinquatur, non tam sæpius legare testator, quam sæpius loqui videtur, *l.* 66. § 5. *de Leg.* 2. Idem in *l.* 80. § 1. *de Legat.* 1. adeo ut ne quidem, si prius æstimatio petita sit, res deinde peti possit. Aliud est, si quantitas eadem, vel summa pecuniæ, bis ab eodem in diversis scripturis legetur. Huic enim bis eadem summa præstabitur. Nam qui acceptis centum aureis, petit adhuc centum, minime dici potest, rem eandem petere, quia corpora nummorum, etsi numerus sit idem, diversissima sunt; Hoc ita, nisi heres probare possit, quod Testator non bis legatum, sed prius duntaxat repetitum voluerit, *l.* 12. *de Probat.* Plane, si in uno Testamento quantitas una bis relinquatur, ea non plus, quam semel præstabitur, nisi contraria Testatoris voluntas evidentissime approbetur, *d. l.* 34. § 3. *de Leg.* 1.

7. (l) Vidimus, quid juris sit, si rem alienam Legatam, antequam sibi præstetur, Legatarius toram acquisiverit; dignum quæsitu est, quid eveniat, si quis fundum alienum sibi legatum non totum emerit, sed nudam ejus proprietatem duntaxat, usufructu penes dominum manente, qui tamen mox finitus cum proprietate sit consolidatus, qui casus tractatur in § 9. Aper-

(g) *Pos.* 34. (h) *Pos.* 35. (i) *Pos.* 36. (k) *Pos.* 37. (l) *Pos.* 38.

to enim

so enim testamento, res legata reperitur apud Legatarium, rittulo, quod ad proprietatem, onerose, quod ad usumfructum, lucrativo; Quæritur, an Legatarius fundum simpliciter, id est totam ejus æstimationem, petere possit; Ratio dubitandi, quia usumfructum lucrative tenet, unde non hujus, sed ex ratione §. 6. dominii nudi pretium petere debeat: Justinianus respondet, actionem nihilominus recte de fundo simpliciter institui. Nam ut nuda proprietas etiam est dominium, & proprietarius dominus, *l. 57. de Usufr. & passim*; ita fundus quoque, usufructu detracto, fundus est; proinde qui jus tantum ad proprietatem habet, non agit male, si fundum petat: Mentio ususfructus omissa non magis nocet, quam si quis fundum petens, servitutis ei impositæ non meminisset; Ususfructus enim, qui est servitus personalis, non pluris quam servitutes rusticæ, vel urbanæ, hac parte æstimatur, ut Imperator affirmat. Verum ut sæpe actoris intentio Judicis officio temperatur, ita hic, postquam heres replicavit probavitque, usumfructum sine onere ad Legatarium pervenisse, partes sunt Judicis, æstimationem inire, quanti sit nuda proprietas subducto usufructu, neque plus Legatario præstari jubebit, quam proprietas sola, priusquam secundo eventu ususfructus afflueret, valere poterat, *d. §. 9. & l. 82. §. 2. de Leg. 1.* Hæc est perspicua hujus versiculi explicatio, quam & Theophilus expressit, alii reprehendunt.

8. (m) Sic igitur Legatum rei alienæ valet, tametsi sæpius in pretii solutionem resolvatur; non perinde legari potest Res propria Legatarii, quamvis ipse, per fideicommissum jubere possit, eam alteri ut præstet, *§ 1. I. de singul. rerum*: sed si Testator rem amico proprium ipsi leget, tametsi putet suam esse, Legatum ab initio nullum est, adeo ut non modo rem ipsam, (quod per naturam fieri nequit, scil. dominum fieri qui jam dominus est,) sed ne pretium quidem petere possit, quia Legatum inutile est ac nullum. *§ 10 h. t.* Et quidem usque adeo nullum, ut ne valere quidem incipiat, postquam Legatarius eam seu sciens, sive ignorans alienaverit, *l. 42. §. 2. de Leg. 1.* tametsi tum is casus existat, qui exitum habere eo tempore possit, quo testamentum incipit habere effectum, scilicet mortis. At potentior Regula est, quæ Catoniana dicitur, a Catone, vel Catonibus JCtis, *§ 38. in fine l. 2. de O. J.* definiens, Legata quæ non valuissent, si tempore facti testamenti decessit Testator, ea non subsistere, quocunque tempore Testator decedat, *l. 1. de Reg. Caton.* sive, quod ab initio inutile est, id tractu temporis non convalescere; nisi legatum sub hac conditione relictum sit, *si Legatarius rem alienaverit*, *l. pen. eod.* Quæ si mens sit Celsi in *d. l. 1. §. 2.* nempe, si fundus, qui scribendi testamenti tempore tuus est, tibi legatus est; *si eum, vivo Testatore alienaveris*, idque tu feceris, eo casu fundum tibi deberi: jam nulla collisio erit inter *d. l. 41. §. 2. & l. 1. §. 2.* Sed si illa verba in *l. 1. si eum vivo Testatore alienaverit*, non sint Testatoris conditionem adjicientis, verum JCti factum proponentis, ea se prodit ἀντιλογία, quæ difficillimam explicationem recipit; quatenus adhuc apparet. Sequemur igitur, quod nos explicat ἀντινομίας agnoscendæ necessitate, nec est improbabile, quod diximus.

9. Post multiplices de re aliena species; (n) Una super est in §. 12. quando res tempore facti testamenti fuit propria Testatoris, sed mortuo eo, reperitur aliena, facta ab ipsomet alienatione; Equidem, si de animo constet, eum legatum adimere voluisse, nihil quod petat, habet legatarius. Ad hoc autem dijudicandum, distinctio recepta est, utrum voluntaria, an necessaria fuerit causa alienandi. Nam si, ut æri alieno pareret, vendiderit, aut in solutum rem dederit, pretium adhuc recte petetur, quia non creditur alienasse animum a legatario testator, sed necessitati obsecutus; nihil liquido ab herede probetur, mutatam fuisse omnino voluntatem, *l. 11. §. 12. de leg. 3.* scilicet, quod cum posset se rebus aliis vendendis expedire, nullas tamen potius quam res legatas, ne gauderet legatarius, distraxerit. Si vero constet, alienandi rationem fuisse prorsus arbitrariam, haud dubia res est, quin animus adimendi ex ipso facto sufficienter eluceat, veluti in donatione, *l. 18 de adim. leg.* similibusque, de quibus accipiendus textus in *l. 8. de leg. 1. l. 15. de Adim. leg. 1. & l. 3. de pecul. leg.* Quod si rem postea redemerit Testator, legatum semel extinctum non revivisci, nisi de nova voluntate constet, *l. 15. de adim. leg.* excepto, ut videtur, libertatis legato, *l. 58. de manum. test.*

10. (o) Pergamus agere de rebus, quæ legari solent. Tam, inquit Justinianus, res corpo-

(m) *Pos. 58.* (n) *Pos. 9. tit. seq.* (o) *Pos. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14.*

rales

rales legari possunt, quam incorporales, in *§ 21. h. t.* (cujus sententiam anticipabimus,) jura scilicet, ut servitutes, nomina, & actiones, item pignora, *l. 26. de pignor. act.* Nomen sive actio legari dicitur tripliciter: I. Quando Testator id, quod sibi a Tertio debetur, Secundo legat, *d. § 21.* II. Quando Testator remittit legatario quod ipse debet, quod est liberationis legatum, *§ 13. h.* III. Quando Testator legat suum debitum, quo ipse legatario est obstrictus, *§ 14. h. t.* Prima species dicitur proprie Nominis Legatum. Sic inquam Nomen legari dicitur, quando Testator id, quod sibi debetur ab alio, Tertio legat, cujus hic est effectus, non ut jus obligationis immediate in legatarium transeat, (hoc enim personale penes heredem est, qui personam defuncti repræsentat), sed ut heres actionem adversus debitorem hereditarium legatario cedat, *d. § 21. l. 44. § 6. & l. 75. § 2. de leg. 1.* quanquam ad evitandas ἀμφισβητήσεις, insuper habita cessione directarum actionum, legatarius immediate utiles actiones contra debitorem instituere potest, *l. 18. C. de Legat.* Recte etiam quod legatarius ipse debet, quanquam id in dominio habet, ei legatur, *§ 13. h. t.* quod *liberationis* legatum dicitur, quia non ipsæ pecuniæ debitæ relinquuntur; sed vinculum obligationis, quo legatarius defuncto erat obstrictus, remittitur; adeoque juris id legatum est, ut nulla sit ratio dubitandi, num valeat hoc legatum, tametsi olim dubitatum videatur, ut innuit *l. 3. de liber. leg.* cui adde *l. 1. in pr.* Forma hujus legati est; vel, ut testator summam sibi debitam leget, aut remittat, aut heredem damnet, ne petat, *l. 2. eod.* vel chirographum, aut obligationis instrumentum tradat, *l. 3. § 1.* sed redditio pignoris arguit remissionem oneris hypothecarii, non ipsius debiti, nisi voluntas testatoris appareat, cujus præsumptio favorabilis dicitur, *l. 1. § 1. eod.* Effectus legati est, non ejusmodi liberatio, qualis per solutionem, vel acceptilationem contingit, sed qui in eventu spectatur. Ipso jure debitor manet obligatus, sed ab herede conventus habet exceptionem doli, *l. 3. § 2.* aut ultro heredem compellare potest, ut se per acceptilationem liberet, ipso jure, *§ 3.* Potest etiam coarctari legatum, ut pro parte debitum remittatur, *l. 7. in pr.* vel in gratiam unius personæ, non heredum ejus, *l. 8. § 3.* denique ad tempus duntaxat ne petatur, quod vere liberationis legatum non est, *d. l. 8. § 1.* Cæterum, quia vinculum esse debet inter testatorem & legatarium, cujus respectu legatum esse dicatur, manifestum est, sub liberatione simplici non contineri remissionem actionis in rem, sed ad hanc opus esse, uti res ipsa legetur; hinc, si cui liberatio a rationibus reddundis legatur, ab eo reliqua pupilli pecunia nihilominus exigi potest, ut Scævola docet in *l. 28. § 4. d. tit.* quæ res tamen non caret aliqua difficultate, cum propter *l. ult. § 2. cod. tit.* tum per ea, quæ Scholiastes noster observat ad *pr. Inst. tit. h. t.* sed reservemus eam Pandectis *titulo parallelo.* Hoc addamus; quod Scholiastes etiam prosecutus est ad positionem hanc.

II. Quod si Testator fit professus, se alicui debere centum, quos ei non debet, eosque restitui jusserit, centum peti possunt, non ut debitum, sed ut fideicommissum, *l. 88. § 10. de legat. 2.* utique, si testator animum legandi (α) habuerit, cujus probatio incumbet modo legatariis, *arg. l. 34. § 3. cod.* (β) modo heredi; *l. 18. pr. de aur. & arg. leg.* prout huic aut illis favet præsumptio. (γ) Potest fieri, ut prorsus exigi nequeat, nisi legatarius probet vere sibi deberi, *arg. l. 27. de probat.* (δ).

SCHOLIUM.

(α) *Potius dic, fideicommittendi. Si enim verba legandi adhibuerit testator, nullum dubium esse potest, quin legare voluerit. Si vero jusserit debitum restitui Mævio, incertum est, an his verbis fideicommissum contineatur, an sola contestatio heredis, ut debitum solvat.*

(β) *Sed hoc argumentum non admitto, tum quia Modestinus non loquitur de casu, de quo thesis est formata, tum quod argumenta textuum contra textus expressos, qualis est textus* l. 18. pr. de auro & arg. leg. *nihil valent.*

(γ) *Sed mallem, ut ostendisset Autor fundamentum præsumptionis, unde ex* l. 34. de Legat. 2. *argumentatus est, probationem incumbere legatariis.*

(δ) *In hac quidem lege circumstantia, quod legatario non nisi ad certam summam legare poterat, facit aperte præsumptionem contra eum. Ergo dicerem, in casu* d. l. 88. § 10. *regulariter præsumptionem esse pro legatario, per* d. l. 88. in pr. *Exceptionem vero contineri* in d. l. 27.

RESPONSIO.

Non sum alienus ab hac conclusione, quam Ff. positio meu præfert, & fundata est d. l. 88. § 10. & d. l.

& d. l. 18. in pr. *pariter. Sed hoc non obstat, quo minus ob alias præsumptiones a Legatario exigi probatio possit, ut sane fit* in d. l. 34 § 3. *ubi testator nihil suarum rerum penes uxorem esse dixerat, eoque nomine eam inquietari vetuerat. Fundamentum præsumptionis esse potest in verbis minus validis, vim legandi aut fideicommittendi (inter hæc discrimen immerito captatur a Schol.) continentibus.*

N. ADDIT.

Bene, quod Autor non sit alienus ab hac conclusione. An vero posterio eandem sententiam præferat, alii judicent. Textus l. 14. ad quæstionem præsentem, ubi de verbis fideicommissi constat, plane non quadrat, quia illa verba nec legatum nec fideicommissum continent, sed demum per conjecturam voluntatis eo trahuntur. Denique scio, quod fideicommissa & legata sint exequata, adeoque in ipso genere differentiam non quæro. Interim hoc non obstante, potest in speciebus fideicommissorum & legatorum, ex ipsa vi verborum differentia in effectu remanere, uti ex Institutionibus notum est, aliam effectum esse intuitu Juris Patronatus, si libertas legata, vel per fideicommissum data sit.

12. Extinguuntur legata liberationis & nominis, quoties debitum a vivo testatore exactum (ε) est, *d.* § 21. *h.* si sponte solutum, consideratur, an testator animum adimendi habuerit, *l. 11.* § 13. *de legat. 3.*, utique regulariter debito percepto, legatum tollitur, tanquam rei interitu, *l. 21. de liberat. leg.*

SCHOLIUM.

(ε) *Si modo animo adimendi exegerit, qui non præsumitur, si necessitate urgente exegerit,* d. l. 11. § 12 & 13. *Et ita limita* l. 21. de liber. leg. Quid si Testator cœperit agere ad repetendum debitum? Dicendum est, non revocatum censeri, *arg. l. 27. § 3. de Instr. vel Instrum. leg.* juncta *d. l. 11. § 12 & 13.*

Solutio vel peremptio debiti, quæ post mortem accidit, non tollit legatum, quia dies legati statim a morte cedit, hoc est, peti potest, *l. 5.* § *1. Quand. d. leg. ced. l. un.* § 1. & 5. *de Caduc. toll.* secus erat, cum dies cederet ab apertis tabulis, *l. 24. de liber. leg.*

13. (p) Equidem liberatio cum lucrosa sit, quo minus merito legati titulum ferat, nihil erat scrupuli; verum, an testator quod ipse debet, id creditori suo legare possit, difficilius quæri videbatur. Sed decisum est, valere legatum, si plus sit in legato quam in debito, secus non valere, § 14. nimirum, si neque modo, neque tempore, neque conditione, neque loco debitum differatur *l. 29. de Leg. 1.* Plus inesse videtur, ubi conditionale, vel in diem debitum legatur pure, *d.* § 14. vel si debitor idemque testator exceptione tutus fuerit, (remissa enim tunc beneficio legati videtur.) aut cum id, quod actione prætoria debetur, legatum est, quia melior est actio civilis ex testamento, *l. 28. de leg. 1.* Quid si nihil debeat legatario testator? Quantitate non adjecta, constat, nullum esse legatum, *l. 75.* § *1. de leg. 1.* si quantitatem adjecerit, placet causæ defectum falsæ demonstrationis instar haberi, ac utile esse legatum, *l. 25. sub fin. de lib. leg.* Perinde si maritus uxori indotatæ dotem relegaverit, si quidem dixerit, quam rem aut summam dari vellet, utile est legatum; si dotem simpliciter designaverit, nihil scilicet est, quod petatur, § 15. *h. t.* Alioqui valet sane legatum dotis, etsi ab uxore etiam sine ultimo viri elogio repeti potuisset; quoniam plenior est actio ex testamento, quam erat illa vetus rei uxoriæ; quippe, per hanc dos tribus demum pensionibus solvebatur; at legati persecutio peremptoria est: hodieque, etsi pensionum intervallis abolitis, manet tamen præstantia actionis testamentariæ præ dotali, quia secundum hanc maritus ad res mobiles, non nisi post annum restituendas tenetur, *l. un.* § 7. *C. de rei ux. act.*

14. (q) Sed operæ pretium est scire, quid juris sit, ubi res legatæ aliquo casu deperditæ fuerint. Et quidem culpam certum est omnem ab herede præstari, *l. 47.* § *pen. de leg. 1.* quanquam solius legatarii hac parte utilitas versetur. Etiam ubi culpa abest, si tamen facto heredis res desierit salva esse, non est dubium, quin teneatur, licet ἄνευ προαιρέσεως, ignoranter rei perdendæ distrahendæve occasionem dederit, § 16. *h. t.* etenim omnimodo æquius est, factum cuique proprium, quam alii nocere alienum, *l. 25.* § *2. in f. ad SC. Treb.* si casu mere fortuito, aut facto alieno res legata perierit, nulla mora ab herede facta, ratio monstrat, legatarium, qui dominus est, ferre periculum & damnum rei suæ, *l. 36.* § *ult. de leg. 1. l. 23. de V. O.* Culpæ æquiparatur heredis mora, post quam heres luere jacturam te-

(p) *Pos. 15. 16. 17. 18.* (q) *Pos. 27. 28. 29.*

netur, tametsi interitu naturali res perierit, qui apud ipsum quoque legatarium contigisset; potuit enim legatarius rem, si in tempore accepisset, vendere & effugere damnum, *d. l. 47. § ult.* nisi plane constet, eum id non fuisse facturum, sed fatali casu rem etiam apud legatarium, etsi confestim tradidisset heres, opprimendam fuisse, per *l. 14. § 1. in f. Depositi & l. 15. § ult. de R. V.* Si pro parte res interciderit, habemus regulam, id quod supereſt recte a legatario peti; toto enim legato, singulas ejus partes legatas esse intelligimus, quod exemplo gregis ad unum pecus redacti, declarat Justinianus in *§ 18. h. t.* quod secus in usufructu esse, alio loco intelleximus. Sed est ita, ut diximus, ubi una res legata est; una autem censetur tribus modis, auctore Pomponio in *l. 30. pr. de usucap.* Quædam enim res continentur uno spiritu, homo, tignum, lapis; quædam ex contingentibus, hoc est, pluribus inter se cohærentibus, ut ædificium, navis, armarium; alia ex distantibus constant uni nomini subjecta, ut populus, legio, grex, item familia, *l. 29. in fin. pr. de V. O.* chorus, *l. 79. in pr. de leg. 3.* eadem dici possunt unita, connexa, agregata. Sed res principalis cum accessoria, ut ancilla cum suis natis, equa cum pullis, servus cum peculio, ordinarius & vicarius, fundus cum instrumento, & similia, non rem unam, sed plures constituunt, nec sequuntur legatarium, nisi expressa, ut satis constat.

15. Scrupuli plus est, quando principalis res periit, an accessoria possit peti, de quo agit Justinianus in § 17. Continetur hæc res certa regula, quam habet Gajus in *l. 2. de pecul. leg.* Nam, ait, quæ accessionum locum obtinent, extinguuntur, cum principales res peremptæ sunt; quæ vero usum per se habent (*nec accessoria sunt*, addit Scholium *ad pos. 35.*) extincta re principali, nihilominus adhuc peti possunt. Secundum hæc ancilla cum suis natis legata, mortuaque ancilla, nati nihilominus debentur, ut & vicarii servi, sublatis ordinariis. Sed extincto servo, peculii pariter relicti legatum extinguitur, quia peculium absque servo nullum; sic penu legata & absumpta, ne vasa quidem debentur, *l. 2. & 4. de pen. leg.* Idem videtur, si equus cum ornamentis sit legatus, equo ante testatorem (id semper intelligitur) mortuo, ornamenta, quæ sine equo nullum habent usum, peti vix poterunt. Illud ipsum affirmat Justinianus, quando fundus cum instrumento legatur, quod est verum; sed quod idem scribit, obtinere in fundo instructo, in difficultatem impingit. Paulus enim in *l. 5. de instructo vel instrum. leg.* notat Labeonem, quod inter illa duo legata nihil interesse putaverit; *nam inter ea legata hoc interest*, ait, *quod si, fundo alienato, mortuus fuerit, qui ita legavit, ex hac scriptura fundum cum instrumento, nihil sit legatum, in cæteris poterit instrumentum esse legatum.* Parum abest, quin Justinianus improbatam Labeonis sententiam secutus videatur, sed est diversæ locus interpretationi: Fundi instructi legatum plenius est, quam fundi cum instrumento, quam sententiam quotidie crescere & invalescere, testatur Ulpianus in *l. 12. § 27. de instr. vel instrum. leg.* scilicet, fundi instructi legatum continet omnia, quæ in prædio collocata sunt, eo ut instructior esset paterfamilias, ut non tam agri instrumentum, quam proprium suum instrumentum, testator illis verbis reliquisse videatur, *d. § 27.* Fundo igitur pereunte aut alienato, dicendum est, instrumentum fundi, id est ea, quæ fructus quærendi, colendi, conservandi gratia parata sunt, sine quibus possessio exerceri nequit, (*l. 8. in pr. l. 12. in pr. a. tit.*) sequi causam fundi, neque deberi, ex mente Justiniani in *d. § 17.* sed patrisfamilias instrumentum, quod ad personam ejus pertinet instruendam; hoc, cum non sit accessio necessaria fundi, nihilominus recte peti videtur, juxta Paulum in *d. § 27.*

16. Cæterum, quod supra diximus, ancilla mortua, natorum non extingui legatum, id in brutis animantibus Jacobus Faber & Arretinus & cultissimus Baldinus ad *hunc* § aliter se habere interpretantur, cum, quin fœtus humani duntaxat meritio fit, tum quia ratio deficeret. Nam quod nati pueri matris accessio non habeantur, *facit dignitas*, ait Bald. *humanæ naturæ, quæ cum nulla sit in brutis, melius in his potest accessionis loco haberi, et negata vel recta cum singulis, non debeantur sicut in mancipiis.* Atqui non hanc petitam a dignitate rationem reddunt Jcti, cum, ancilla mortua, partum superesse volunt petendum, sed, *quia duo legata sunt separata*, inquit Ulpianus in *l. 3. de pecul. leg.* atqui & in brutis genitrix cum fœtu pridem edito, diversa legata intelligenda sunt; etsi enim fœtus, dum nascitur, jure accessionis sequatur ventrem, quia pars ejus fuit, nusquam tamen legimus, fœtum ab utero separatum, respectu quæstionis postea supervenientis, demto accessionis jure censeri, quod alias explicavimus. Quod accessio cre-

bet

bet esse vel pars rei, vel propter rem aliam esse comparatum, quorum neutrum de fœtibus bestiarum, ratione parentum affirmari potest, nisi tempore legati relicti fœtus adhuc in ventre siti fuerint.

17. Cæterum hæc omnia de legato, intercidente vivo testatore, intelligenda sunt. Nam si post mortem ejus res perat, quicquid de re supersit; seu pars rei principalis sive accessorium, id sine dubio recte petitur, *l. 12. ad pecul. leg.* nisi quod de servo vestito Cellus tradit, cum eo secus comparatum esse, *l. 13. eod.* forte quod vestis legata non censeatur, verum servus duntaxat, etsi vestis ei cohæreat; nam etiam depolito servo vestito, vestis deposita non intelligitur, *l. 1. § 5. depositi*, ubi cum idem de equo & capistro statuatur, tentari potest, equo frenato legato mortuoque, licet post testatorem, frenum non deberi. Quod autem mortuo bove, qui legatus est, neque corium neque carnem deberi, Paulus ait in *l. 49. pr. leg. 2.* non video, quare de morte post testatorem sit accipiendum, ut putat Balduinus, & carpit eo nomine Paulum Autumnus in *censura jur. Rom. ad l. 49.* potius sub regula communi id comprehenderemus, quod ex re nostra supersit, id esse nostrum, ejusque nos vindicandi jus habere, *l. 49. § 1. de R. V.* Sed bovem oportet intelligi vivo testatore mortuum; tum caro & corium non debentur, quia res legata, quæ bos fuit, extincta est, sicut rei interitu perit legatum. Quemadmodum autem interitu partis legatum minuitur, ita ratio dictat, augmentum rei, legato accedens, augere jus legatarii, (r) ut Imperator declarat exemplo gregis, aucti ovibus post conditum testamentum, in *d. § 18.* nec non ædium, quibus columnæ & marmora deinde adjecta sunt, § *19.* sed in augmento peculii legati (s) distinguitur, utrum ipsi manumisso sit legatum peculium, an extraneo: si servo, tum quod jacente hereditate accessit, (nam quod vivo testatore adjectum est, sine discrimine cedit legato), debetur legatario, quoniam dies libertatis legatæ cedit ab adita demum hereditate, *l. 7. in f. & l. sequ. Quand. di. leg. ced.* quicquid autem tempore diei cedentis in legato reperitur, id legatarius acquirit, *l. 8. § ult. de pecul. leg.* sed cum extraneo peculium legatur, tum dies legati cedit, quemadmodum semper in puris legatis cedere solet, a morte testatoris confestim, *l. 2.* cum *3. seqq. Quand. dies leg. ced.* ideoque augmentum post obitum testatoris accedens tum, cum dies cedit, in legato non reperietur; nisi ex ipsis peculii rebus confectum, id enim semper peculii esse judicatur, juxta § *20. h. t.* Nimirum ejusmodi intelligimus augmenta sequi legatum, quæ rebus ipsis cohæreant & partem illarum faciant, non, quæ sint ejusdem duntaxat generis: nam si testator omne suum aurum & argentum, omnem suam vestem leget, traditum est; eas tantum vestes, id auri argentique deberi, quod fuit tempore conditi testamenti, non quod postea comparatum, *l. 7. de aur. & arg.* nisi alia voluntas appareat.

18. (t) Postremum, quod de rebus legatis tractat Imperator, id est de legato generis atque optionis, in § *22 & 23. h. t.* Genus a JCtis passim usurpatur pro eo, quod plura individua continet, id quod Logici speciem vocant; nostri autem vocare speciem solent, rem certam & in numero definitam. Inde quid sit Legatum generis intelligitur, quando id, quod relinquitur, sub communi nomine res plures appellationi isti subjectas comprehendit; debet autem ejusmodi esse genus, quod individua immediate sub sese habeat, genus infimum, quod redigi non possit ad rem vilissimam. Nam si animal aut bestia legetur, quia nomen hoc rebus minimis congruit, ridiculum potius quam utile erit legatum. Ne quidem fundi legatum satis commodum est; singula enim prata, singulæ vineæ, singuli horti, singula oliveta, pomaria, salicta, arbusta, pascua, nemora, aucupatoria, venatoria, piscatoria loca, fundi omnes appellari possunt, ut docet Valla *l. 6. eleg. 41.* atque adeo *quælibet portio fundi poterit fundus dici*, scribit Ulpianus in *l. 60. V. S.* quin & Papinianus, *fundo non demonstrato*, *nullum* ait *esse legatum*, in *l. 69. § 4. de jur. dot.* quanquam si testator habens plura prædia pluresque fundos, legaverit simpliciter fundum, utique ex iis unum deberi legatario, admodum civile dictu est, de quo vide D. Vinnium ad *hunc* §. Supponendum præterea est, generis, quod reliquit, copiam esse in hereditate, *nam si domus sit legata, neque testator ullas ædes reliquerit, magis derisorium est quam utile legatum*, habetur *in l. 71. pr. de leg. 1.* Nam ut heredem oneratum credamus ad domum legatario aliunde comparandam, id a jure abhorrere videtur. Neque enim rei alienæ legatum; quod sic satis est anomalum, ultra terminos legibus positos facile producendum est;

(r) *Pos. 25. 26.* (s) *Pos. 26.* (t) *Pos. 20. 21. 22. 23. 24.*

quanquam neque illud incivile foret, si dicere-mus, domo legata a testatore, qui nullam habet, heredem pro viribus hereditariis & conditione legatarii justam ei præstare æstimationem debere, de quo rursus adi Vinnium, quem hactenus audi, ut nec rigide nimis Legum verbis insistas, nec facile ab earum sententia recedas. Posse fieri, ut generis legatum, etsi nulla species in hereditate sit, debeatur, concedamus, sed regulam esse, *non deberi*, omnino teneamus; Prudentiæ judicis in talibus aliquid esse largiendum, sed parce sobrieque, usu didicimus. Exemplum si velis; Juveni ad rem equestrem animum adjicienti, legatus est equus ab amita cum equitis instrumento, quorum nihil erat in hereditate. Deberi tamen, respondere non dubitavi, cum esset generis legatum.

19. Sed multum interest, utrum genus simpliciter, an electio libera ex omnibus sub genere speciebus relinquatur, quod legatum optionis appellatur, a quo an discrepet legatum generis, cum libero arbitrio eligendi quamcunque speciem voluerit, ut vult Vinnius ad *d. § 24. in fin. pr.* haud facile dixerim. Utique enim & in hoc, quemadmodum in optione, legatarii electio liberrima esse videtur, ut quam velit, optimam quoque speciem, capere possit legatarius, *l. 2. § 1. de opt. vel elect. leg.* quod si in plurali numero scyphorum electio sit data, quamvis alioqui terminus pluralis duorum numero contentus est, plenius tamen ultimas voluntates interpretamur, ut trium facultas sit eligendorum, *l. 1. d. tit.* semel autem facta electio, mutari pœnitentia non potest, *l. 20.* nisi facta sit ante aditam hereditatem, *l. 16.* aut speciebus non omnibus exhibitis, *l. 4. eod.* aut si rem alienam, vel quæ non est in commercio, optaverit, *l. 2. § 2.* Olim hoc legatum morte legatarii ante electionem, extinguebatur, hodie ad heredem transmittitur & purum habetur, *§ 23. h. t.* In simplici legato generali est etiam, ut dictum, electio legatarii, *l. 20. & l. 108. § 2. de leg. 1.* adeo, ut si quam ex speciebus repudiaverit, adhuc eandem eligere possit, *l. 18. d. tit.* sed non est tam absolute libera, si quidem ex speciebus optimam legere ei non conceditur, neque ad pessimum accipiendum tenetur, *l. 37. pr. de leg. 1.* hoc ita, si non apparet, testatorem habuisse in animo certam speciem legatario præstandam; nam si id liqueat, & tamen non constat quæ sit illa species, electio est heredis, *d. l. 37. § 1. & l. 32. § eod.* ubi verba, *quam elegerit, debet præstare*, aliqui ad legatarium, ad heredem alii referenda putant; simplex resolutio est, *heres debet præstare quam elegerit.* est continuatio ejusdem personæ. Quod disjunctive relictum, aut hoc, aut illud, simile est optionis legato, *l. 34. § pen. de leg. 1. l. 23. de Legat. 2. & l. 19. de opt. leg.* eodem adhibito discrimine, quod supra collocatum, utrum per damnationis modum, an vindicationis relinquatur, quod hac in parte non potest videri sublatum, quia perspicuum exprimit indicium voluntatis defuncti; si enim dixerit, *heres meus damnas esto dare hoc aut illud, vel jubeo heredem meum dare hoc aut illud*, satis evidenter dationis ab herede fieri vult initium, idque non obscure colligitur ex *l. 45. § 1. de leg. 1.* sed clarius ex *l. 43. § ult. de leg. 2.* Longe diversa mens testantis liquet in verbis, *Titius hoc aut illud capito, habeto.*

SCHOLIUM.

Sed nescio, an numerus 5. hic, *istam responsionem Autoris admittat. Mihi ita videtur: Africanus in* l. 108. § 2. de leg. 1. *innuit, olim de hac quæstione dubium fuisse, ipse vero pro legatario definit. Contra Ulpianus* l. 32. & 37. § 1. eod. *videtur stare ab eorum partibus, qui electionem heredi tribuunt. Pomponium quod attinet, ad ejus forte mentem quadrabit distinctio inter legatum vindicationis & damnationis, si de eo velis intelligere* l. 20. de leg. 1. *de hoc autem* l. 45. § 1. eod. & l. 43. § ult. de leg. 2. *Caterum Tribonianus in* § 22. Instit. h. t. *amplexus est Africani sententiam.*

RESPONSIO.

In d. pos. 5. scriptum est, distinctionem inter Legata damnationis & vindicationis esse sublatam. Id vero ita accipiendum est, ut naturalis diversitas sensus, quæ cum verbis variat, nunquam sublata videri possit: hoc si teneas, argumentum positionis 5. *nihil vetat ut responsione, quam collocavimus: Scholiastæ explicatio antinomiam ponit in conspicuo, quam Lectoris arbitrio committimus.*

N. ADDIT.

In priori asserto Autoris cum ipso consentio, unde dubitanter locutus sim in Scholio, adhibendo vocem nescio. *Sed antinomiam subesse, vel ideo sibi Lector eo citius persuadebit, quod Autor ejus mentionem tam patienter ferat, qui alias ad tales sententias de antinomiis non sine indignatione respondere soles.*

Deni-

Denique res, quæ non sunt, ut animalia mortua (*), nec esse queunt in rerum natura, nullo modo legari possunt; secus, si jam quidem non extent, futuræ tamen sint, § 7. *h.*

SCHOLIUM.

(*) *Id est* animalia, quæ mortua sunt, sed quæ vivere credebat testator, *arg.* § 1. *Instit. de Inut. stip. Nam animalia mortua, si ut mortua fuerint legata, cur non sint præstanda, causam non video. Aliud, si cadaver hominis legatum fuerit, quoniam hoc est res religiosa & extra commercium.*

DE PERSONIS, QUIBUS POTEST LEGARI.

20. (u) Transeundum est cum Imperatore ad personas, quibus legata relinqui possunt. Legari autem illis solum potest, cum quibus testamenti factio est passiva; ut intelligantur, qui heredes instirui possunt, tametsi jus faciendi testamenti non habeant, § 24. *h. t.* Sed olim personis incertis legata relinqui non poterant. Dicuntur autem incertæ, quas testator confusa opinione animo suo subjecit, *περὶ ὃ ἐρωτώμενος τεθάτωρ οὐδὲν σαφὲς εἰπεῖν δύναται*, *de quo interrogatus nihil certi dicere potest testator*, ait Theophilus; veluti, quicunque filiam meam duxerit in uxorem; quicunque post mortem meam primus consul sit factus. His ideo nihil in testamento relinqui poterat, quia *certum debet esse testantis consilium*, inquit Ulpianus *in tit.* 22. Legata scilicet, testandi affectus causa relinquuntur, qui non potest habere locum adversus eum, quem testator penitus ignorat. Potest Vatinius, potest Catilina prælatus Catoni, aut Ciceroni, Consul fieri, cui ex illa verborum generalitate honos legati deberetur; sic & filia testatoris potest nubere moribus aut genere indigno, ut legata tam imprudenter concepta adeoque præposteris eventibus obnoxia vim obtineant, dementiæ proximum videbatur. Quia tamen odiosa res est, colubere voluntates testantium, ideo si non prorsus vaga & diffusa incertitudo esset, legata facile etiam a veteribus sustinebantur. Primo enim personæ incertæ legatorum erant capaces, si sub numero plurium certarum personarum continerentur, cujusmodi exemplum a Justiniano profertur, *ex cognatis meis, qui nunc sunt, si quis filiam meam duxerit, ei heres meus illam rem dato*, quod si additum non esset, *qui nunc sunt*, evanidum foret legatum, quia non reperiret intentio testatoris ullum habile objectum, *d.* § 25. Si etiam vivo testatore incertitudo ad certitudinem redigatur, peti potest quod relictum est, uti cum dixit testator, *Illis, qui testamentum meum obsignaverint, heres meus decem dato*, l. 14. *de reb. dub.* Summa quoque ratio exceptionis est, si quis remunerandi insignis beneficii causa incertæ personæ aliquid præstari jusserit, hoc esse adimplendum, ne superstitione præceptorum juris, contra naturam humanitatis trahamur, illiusque rei exemplum est in *l.* 5. *de reb. dub.* ubi testator reliquit aureos tot ei, qui restitutionem sibi a relegatione ab Imperatore impetrasset, sive is foret unus ex heredibus, *sive quis aliorum.* Quæ verba satis refellunt eorum responsionem, qui incertitudinem in illo textu esse ajunt non absolutam, sed ex certis personis incertas fuisse designatas. Fuit hæc ipsa ratio, quare posthumo alieno, qui in potestate testatoris non erat nasciturus, legari non potuerit, consequenter nec heres instirui, § 26. *h. t.* quoniam persona erat omnino incerta; si quidem constare non poterat, mas an femina, ater an albus, imo an unquam homo esset futurus. Suus autem posthumus, qui cum nasceretur, in potestate testatoris erat futurus, ideo heres instituendus erat, ne testamentum rumperet agnascendo; sed & alienus institui jam olim poterat, ut legimus in § 28. *h. t.* jure videlicet prætorio, quia cum nascebatur, consequi poterat bonorum possessionem secundum tabulas, *princ. Inst. de bonor. poss.* de quo articulo videatur D. Vinnius *ad d.* §. Verum subjicit Justinianus, *hanc speciem a se esse emendatam*, § 27. *h.* laudata constitutione sua, quæ hodie non invenitur; ideoque dubium esse poterat, utrum emendatio tantum ad novissimam speciem de posthumis, an vero ad priora de personis incertis pertineret. Sed Theophilus adseverate, ad utrumque caput refert emendationem, *ἅπαν τοῦτο*, inquit, *τὸ τῶν ἠκέστων παραδοξως διώρθωσεν.* In sua editione distinguit noster Viglius, hoc sensu, *Totum hoc de incertis paradoxe institutum emendavit*; haud male; sed tum *παράδοξον* scribendum videbitur; at subintelligi potest *παραδόξως (κείμενον)*. Nam fuit hoc revera *παράδοξον*, voluntatem testatoris non impleri,

(u) *Pos.* 43. 44. 45. 46.

quando ex eventu constabat, in quem liberalitas testatoris redundare deberet. Quidni enim valeat legatum tale? Quicunque ex meis popularibus oratione publica mihi parentavit, qui funeris mei dux erit, huic decem dari volo. Recte hodie quælibet dispositio testatoris non turpis aut impossibilis, parendi necessitatem heredibus imponit. Quin & ipsum jus antiquum nullam subesse veteri instituto rationem naturalem, satis eo demonstravit; quod, si per errorem solutum esset legatum personæ incertæ, repetitionem sive indebiti condictionem negarent, ut Justinianus scribit in *d.* § 25. Erat enim hoc effugium ad evitandam scrupulositatem juris antiqui, ut heredi per modum conditionis implendæ aliquid personæ incertæ solvendum injungeretur, veluti, Titus heres esto, si fundum Cornelianum dederit ei, qui sororem meam in uxorem duxerit: nam quod conditionis implendæ causa dandum est, illud certis atque incertis personis relinqui posse, & dari debere, Paulus respondit in *l. 4. de reb. dub.*

21. (w) Denique, ad hunc articulum de personis pertinet, quod est in § 32 & 33. servo heredis pure inutiliter legari, at servo herede instituto, legatum domino *ejus simpliciter posse relinqui. Ratio diversitatis, quia cum servo heredis* pure legatur, acquisitio hereditatis atque legati in idem tempus incideret, quod fieri nequit; cum nemo simul heres & legatarius esse possit secundum idem. Sed cum servus heres, dominus autem legatarius est, utrumque non fit eodem tempore. Nam legatum ipso jure post mortem testatoris immediate acquiritur, hereditas demum per servum tunc, ubi dominus jusserit, *d.* § 33. Postea videlicet, ubi jussu domini servus hereditatem adierit, legatum terminos habiles amittit, idque tum sponte nullum fieri intelligitur, ut ibidem Justinianus.

DE JURE ACCRESCENDI.

22. (x) Sed revertendum ad § 8. Justiniani, ubi de jure *Accrescendi*, quem locum prætervecti sumus, ut de Rebus legandis continuaremus: pertinet ad hunc articulum de personis. Sæpe fit, ut Testator rem unam diversis leget personis, idque separatim, vel conjunctim. Separatim eadem res legari dicitur, quando partes realiter distinguuntur, aut pluribus eadem res in solidum relinquitur. Quod fit, cum aut diversis heredibus præstatio injungitur, aut alioqui mens testatoris legatum duplicari volentis indubitato elucet. Partes distinctas intelligimus; quando vel localis discretio est, ut *Titio partem quæ flumini; Cajo partem quæ viæ proxima est;* vel etiam partes simpliciter, at diversis commatis exprimuntur, velut *partem fundi Titio, partem alteram Cajo.* Hoc est, quod Ulpianus in *l. 1. de usufr. accresc.* legare *separatim*, ait, *esse, cum unicuique pars rei sit relicta.* Quod si uno verborum contextu duobus eadem res pro partibus legetur, separati legatarii non intelliguntur, uti mox videbimus. Tertia separationis est species, cum diversi heredes rem unam diversis legatariis præstare jubentur, ut; *Titius heres esto, isque fundum Cornelianum Mævio dato: Cajus heres esto, fundum Cornelianum Sempronio dato.* Quamvis enim hi duo in rem eandem vocentur, diversitas tamen heredum & præstationum aperte conjunctionem respuit, *l. pen. eod. tit.* Ad priorem speciem pertinere videtur, si proprietas, deducto usufructu, uni, & ususfructus ejusdem rei, vel pars ejus, alteri legetur, *l. 6. § 1. eod.* Verum, si fundus simpliciter uni, ususfructus alteri sit relictus, hi duo in usufructu conjungi censentur, *l. 3. § ult. eod.* Conjunctio traditur in Jure triplex; Prima, quæ *Re ac verbis* fit, altera *verbis tantum*, denique *Re tantum.* Re verbisque simul conjuncti sunt, qui in eandem rem, indistinctis partibus, unoque orationis complexu vocantur, velut *Titio & Sejo fundum Tusculanum do lego*, vel *Titio cum Sejo, l. 36. § 2. de Leg. 1.* aut etiam collective fratribus meis, nepotibus meis, *l. 13. in pr. l. 59. § 2. de Hered. instit.*

SCHOLIUM.

Hoc tamen casu, si unus ex fratribus ante mortem testatoris moriatur, non obstante, quod fratres & nepotes hic videantur verbis & re simul conjuncti, portionem ejus solis fratribus reliquis accrescere puto, argumento l. 13. in pr. *junct.* d. l. 59. § 2. de hered. institut. *& ad rationem objectam respondeo, vinculum unionis fortius esse hoc casu vinculo conjunctionis.*

RESPONSIO.

Nec aliud a me cogitatum est. Hæc verba fratribus meis, nepotibus meis, *tanquam exempla separata posui, ut fratres inter se, nepotes inter se, non fratres ac nepotes simul conjuncti intelligerentur. Bene tamen id hoc ita notum est, expositionis ne causa latioris daretur.*

(w) *Pos. 47.* (x) *Pos. 48. & seqq. ad 66.*

Dein

Dein *Verbis* tantum, cum eadem quidem oratione, diversi in rem unam, sed pro partibus vocantur, simplicibus tamen, non realiter distinctis, *Titio & Sejo fundum Æmilianum do lego ex æquis partibus.* *Re* tantum, quando re ipsa quidem ad rem eandem, diversis tamen orationibus vocantur. quo respectu *disjunctos* aliquando appellari videmus, *§ 8. h. l. 1. § 3. de usufr. accresc. & l. un. § 11. C. de cad. toll.* De his tribus formulis vide *l. 142. de V. S. & l. 89. de leg. 3.*

23. Porro sciendum, discrimen inter relicta separatim vel conjunctim, nobile & eximium esse; Nam eorum, quibus separatim res relinquuntur, partes deficientes, apud eos, a quibus erant præstandæ, manent, *d. l. un. § 4. & 8. C. de Cad. toll.* At quæ conjunctim legantur, ea si deficiant, collegatario conjuncto acquiruntur, *d. l. un. § 11.* Deficere autem legata tribus modis sciendum est; primo, quæ inde ab initio non valent, dicunturque *pro non scriptis* haberi; tum quæ vivo testatore per mortem eorum, quibus relicta erant, aut conditionis, aliumve defectum, *in caussam caduci* incidebant. Tertio, quæ post obitum testatoris ex simili defectu, aut repudiando intercidebant, eaque sola veteres caduca appellabant, *d. l. un. § 2.* sed morte legatarii h. die caduca post obitum testatoris non constituuntur, quia non, ut olim, dies cedit ab apertis tabulis, sed a morte confestim, *d. l. un. § 1.* tralatitium autem est, legatarium post diem cedentem mortuum, transmittere suum jus ad proprios heredes, *l. 5. in pr. Quand. dies legat. cedat.* Quocunque igitur modo conjunctorum unus deficiat, sive ab origine, sive ante, seu post extinctum testatorem repudiando, pars ejus alteri advolvitur, jure *Accrescendi*, quo forte vix aliud subtilius in arte nostra traditur. Fundamentum ejus est præsumpta voluntas defuncti, qui deficientem partem creditur ad eum potius, cui rem eandem legavit, quam ad alium quemquam, vel ad heredem, a quo rem legavit, velle devolvi.

24. Definiri potest, Jus, *quo pars deficientis conjuncto adquiritur*, legatario, vel heredi; quippe in utriusque locum & usum habet. Cujacius in *paratit. de Ujufr. accresc.* est Jus, inquit, *naciscendæ* aut *retinendæ partis ejus, qui non concurrit, vel concurrere desit.* Verba *naciscendæ*, aut *retinendæ*, ad duplex jus, quod aliqui inculcant, respiciant, nempe aliud esse Accrescendi, aliud jus non decrescendi. Illud in reliquis, hoc in Re tantum conjunctis obtinere. Cum enim hi solidum ab initio singuli habeant, si uno deficiente, solidum alter cum effectu adipiscatur, portio ejus non tam crescere, quam non decrescere videtur, ut dixerit Justinianus *in d. l. un. § 11.* Atqui Celsus in omni conjunctione ita comparatum esse affirmat, ut dicere liceat, *totam hereditatem & tota legata singulis data esse, partes autem concursu fieri, l. 80. de leg. 3.* Idque res ipsa fateri cogit. Nam testator duos in rem eandem conjungens, ideo non in partes, sed in rem totam singulos vocat, quia deficiente uno, superstiti rem totam prædestinat; concurrente autem utroque, cum sciat a singulis rem totam occupari non posse, vult scilicet, partes fieri. Prout autem vel concursus, vel defectus, magis ipsi ante oculos versatur, ita formulam conjunctionis huic magis quam illi scopo adtemperat. In conjunctione verbali de concursu maxime cogitat; ideo partium facit mentionem, non ut realiter eas distinguat, tunc enim conjunctio non foret; sed ut, quid fieri velit, legato ad utrumque perveniente, significet. In Reali formula testatoris, scil cirudo exprimi videtur reputantis, quot casibus fieri queat, ne uterque legato potiantur; ita omnes unum duntaxat superfore crederet, distinctis periodis utrumque ad rem totam, quæ alterutri saltem obveniet, vocatum voluit. In mixta autem reali verbalique simul, uterque eventus tam concurrentis utriusque, quam alterius deficientis consideratus videtur. Ideo neque partium in ea fit mentio, neque res tota singulis obnixe assignatur; uterque legatarius ita jungitur, ut tam partes singuli quam totum habere videantur. Summa, in omnibus conjungendi formulis singuli revera & partem & totum habent; adeoque & omnes conjuncti Re sunt conjuncti. differentia triplex a verborum conceptione oritur. Unde sequitur, non admodum esse necessarium, in Re conjunctis negare jus accrescendi, quia sane collegatarius deficiente altero, plus, quam in concursu habuisset, adipiscitur; qui solus retinet quod cum alio partiri debuisset, numquid is incrementum sentire negabitur? In conjunctis quoque cæteris jus non decrescendi intelligi posset; quoniam & hi ab initio rem habent totam; quæ cum postea ipsis obtingit, potius non minui legatum, quam augeri videbatur. Contenti simus uno jure accrescendi; ne geminatis terminis

minis etiam materiæ difficultas ſic ſatis intricatæ duplicetur.

25. Verba ultima in definitione Cujacii, *qui non concurrit, vel concurrere deſiit*, continent aliam differentiam, quæ eſt inter proprietatem & uſum fructum ejusdem rei, duobus conjunctim relictum; Nam jus accreſcendi in proprietate extinguitur, ubi primum legatarii concurrunt, jusque transmittendi ad heredes ſunt nacti, ſed in uſufructu jus accreſcendi, dum vivunt legatarii, ſemper obtinet, ita ut, moriente uno, uſusfructus cum proprietate non conſolidetur, ſed alteri conjuncto accreſcat, *l. 1. § 3. de uſufr. accreſc.* ubi & ratio redditur, quod proprietatis acquiſitio uno temporis puncto fiat, primoque acquirendi actu ita conſummetur, ut acquiſitor poſtea mortuus nullo modo deficere dici poſſit. At uſusfructus natura maxime in exercitio percipiendi fructus conſiſtit, ſemperque & *quotidie conſtitui*, quotidie *legari* videtur, ut eſt in *d. l. 1. § 3.* unde uſusfructus, quocunque fructuarius tempore moriatur, reſpectu futuri adhuc deficere videtur; Ac ita quocunque tempore *non inveniet alter eum, qui ſibi concurrit, ſolus utetur in totum*, ait Ulpianus in *d. l. § 3.* Videtur alia reddi ratio clarior & ſimplicior, in *§ ult. ſupra de uſufr.* quod uſusfructus cum proprietate non conſolidetur, niſi totus fuerit finitus; Unde ſequitur, ſi conjunctim duobus ejusdem rei fructus legetur, uno quandocunque morienre, partem ejus alteri accreſcere, quia ad heredem tranſire nullo modo poteſt, neque ad proprietarium, propter regulam *d. § ult.* Sed vereor, ne non tam jus accreſcendi poſt concurſum ex illa regula derivatum, quam regula iſta ex continuo jure accreſcendi ſit orta. Quid enim impedit, uſumfructum pro parte finiri & ad dominum redire? v. *l. 74. de C. & D.* an hic partis emolumentum non perinde poteſt percipere? ſed obſtat, quod conjunctus accreſcendi jure præferatur; Et hinc regula, uſumfructum pro parte non finiri, ſed partem ei, qui partem habet alteram, acquiri.

26. Habet locum jus accreſcendi inter omnes quacunque formula conjunctos, *l. un. § 5. & ſeqq. C. de caduc. toll.* Et quidem de his, qui re & verbis ſimul junguntur, nulla dubitatio eſt; de Re conjunctis ſunt textus in *l. 89. de leg. 3. & § 8. I. de leg. l. 30. de C. & D.* in quibus ſeparati, nempe quod ad commata orationis, dicuntur. Haud de nihilo quæritur, an accretio obtineat, cum duobus eodem quidem teſtamento, ſed non continuis periodis, verum in diverſis teſtamenti paginis, aut partibus interjectis, legatur. Hotomannus *ad § 8. Inſt. de Leg.* non arbitratur, ſed eo caſu rem ei totam, cui poſtremo legata eſt, deberi, ac ita reſpectu primi legatarii eſſe ademptionem, *l. 87. & ſeqq. de C. & D.* verum Paulus in *l. 33. de leg. 1.* cenſet, ademptionem non præſumi, niſi apertiſſime illa mens defuncti fuiſſe appareat; ſimiliter duplicationem legati non, niſi de voluntate conſtet, agnoſci. In dubio igitur creditur utrumque ad legati partes voluiſſe vocatum. Spectatur quidem noviſſima in legatis voluntas, *d. l. 87.* ſed ita nimirum, ſi mutatio voluntatis eluceat. Quare contra Hotomannum jus accreſcendi locum videtur habere, non modo ſi immediate legatarii jungantur, ſed etiam per intervalla, modo ne verba præ ſe ferant animum adimendi. Sed hac in re ſcrupulum movet Scholiaſtes noſter.

SCHOLIUM.

At quomodo? Sane ſi ita dixerit; Stichum quem Titio legavi, Mævio do lego, *ademptio eſt, non conjunctio, § 1.* Inſtit. de adim. leg. *Sin ita;* Eundem Stichum, quem Titio legavi, Mævio do lego; *præſumptionem magis pro ademptione eſſe quam pro conjunctione arbitror. Adeoque legatario priori probatio incumbet, conjungendi animo legatum fuiſſe factum.* vide quos citat D. Voet. ad tit. Inſt. de adim. legat. n. 3. p. m. 822. *Idem eſſe puto, ſi priori pagina dixiſſet*, Stichum do lego Titio, & *pagina ſequente dicat*, Stichum do lego Mævio &c.

RESPONSIO.

Hac ultima caſus ſpecie ſatis evidens eſt conjunctio realis; ut etiam, ſi quis ita leget una pagina, Fundum Cornelianum Primo do lego altera, *eundem F. C. Secundo lego, nihil proferatur, cur ademptio videri debeat; multo minus, ſi particula etiam, vel ſimilis συγχωρητικὴ adjiciatur. Ex verbis ſane præſumptionem in alterutram partem ege colligendam, non eſt recuſandum.*

N. ADDIT.

Hoc vero poſito, quod ex verbis præſumptio in alterutram partem ſit colligenda, duobus verbis dubio in Scholio propoſito poterat reſpondere Autor, ſi addita fuerit particula conjunctiva etiam *vel ſimilis. Si enim, etiam poſt intervallum, dicat teſtator: Stichum, quem Titio legavi, (ſive Eundem Stichum quem Titio legavi; ſive ſimpliciter: Stichum*) etiam *Mævio do lego, haud dubie non eſt ademptio, ſed conjunctio. Tali particula*

ticula omissa firmior erit, ut puto, mea ratio dubitandi. Neque enim in exemplo ultimo Scholii, neque in exemplo, quod Autor addit, evidens est conjunctio realis. Quid enim interest, postquam Titio legavi Stichum, sive dicam, Eundem Stichum, quem Titio legavi, do lego Mævio, sive eundem Stichum simpliciter? (nam sane idem Stichus est, non alius, quam quem Titio legavi).

Etiam videlicet inter eos, qui verbis tantum conjuncti dicuntur, accretio est, ut clare probat *d. l. 89. de leg. 3.* quæ & prærogativam iisdem, pro conjunctis re tantum, adscribit. Nam quod inter eos, qui partes habent ab initio, cessare jus accrescendi legimus, *l. 1. de usufr. accresc.* id de partibus separatim relictis, non de iis, quæ sola intentione testatoris discernuntur, accipiendum, juxta ea, quæ dicta sunt modo.

27. Differentia tamen inter species conjunctionum non est nulla, si quidem re tantum conjuncti partem deficientis ita nanciscuntur, ut onus, quod personæ quæ deficit, præstandum injunctum erat, ipsemet implere non teneatur, cum id reliquis conjunctis omnino incumbat. Quod ideo placuit, quia Re conjunctus magis expresse solidum habet ab initio, quam cæteri; ideoque hoc onere adventitio minui non debeat, *d. l. un. § 11.* Alio tamen respectu Re tantum conjunctus deteriori conditione utitur, quando cum aliis conjunctis in eadem re concurrit. Nam ex cæteris uno deficiente, portio ejus ad superstitem in eadem formula pertinet; sed ex re conjunctis mortuo altero, deficientis pars ad collegatarios quacunque formula conjunctos devolvitur, quoniam ad eandem rem vocati non minus, quam pro conjunctis re saltem haberi possunt, ut pluribus docetur in citata *l. 89. de Leg 3.* Ex. gr. Primo & secundo fundum Cornelianum do lego. Tertio eundem fundum Cornelianum do lego. Quarto eundem fundum Cornelianum do lego. Quinto & Sexto eundem fundum do lego æquis partibus. Moritur primus, partem ejus habet Secundus, deficit Sextus, pars ejus accrescit Quinto soli. Tertio deficiente, pars ejus ad omnes ex æquo pertinet; quia omnes æque Re sunt conjuncti ac Quartus. Cæteri arctius iis, qui sunt in eadem formula conjuncti, reliquis præferuntur. Observandum tamen est, singula conjunctorum paria non plus accipere, quam unus ille Re conjunctus accipiat, *d. l. un. § 10. l. 89. de legat. 3. & l. 34. de Legat. 1. in pr.*

SCHOLIUM.

De coheredibus adsertionem concede, per d. l. un. § 10. *At quoad collegatarios mallem dicere,* d. l. 34. de leg. 1. *abrogatam esse per* d. l. un. § 11. *junct.* § 10. in fin.

RESPONSIO.

Constitutionem generalem de partibus adæquandis, ad illum specialem casum extendere, non habet rationem.

N. ADDIT.

Sane non intelligo, quid velit hac responsione, partim, quia in d. l. 34. pr. de legatis 1. *non est specialis casus, sed verba sunt satis generalia:* Si conjuncti disjunctive commixti sint, conjuncti unius personæ potestate funguntur; *partim quia hæc responsio obstat ipsi assertioni Autoris, ut qui in* d. l. un. & d. l. 34. *putat eundem esse casum. Interim jam mallem, re distinctius proposita ab Autore, in ejus sententia acquiescere, & verba ista* d. l. 34. *in qua tum temporis putabam latere antinomiam, explicare in eum sensum, quem Autor habet hic in textu,* versic. observandum tamen.

Si plures sint legatarii, portio deficiens accrescit partibus æquis, etsi legata sint inæqualia, *d. l. un. § 11.* qua derogatum videtur *l. 4. de leg. 2.*

SCHOLIUM.

Dissentit Perez. ad tit. C. de cad. tollend. n. 17. *qui unicuique vult accrescere pro portione legati, jam agnita. Sed obstat huic assertioni* d. § 11. l. un. *verbis:* pro virili portione, *quæ verba quamvis* Perezius *exponat, quod idem valere debeant, ac si Imperator dixisset:* pro portione seu rata partis cuique relictæ, *& ad* § 8. d. l. unic. *provocet. Tamen* d. § 8. *satis aperte est contrarius in verbis:* pro virili portione, *id est, pro numero personarum.*

Causa, ut in principio diximus, juris accrescendi, est præsumpta voluntas testatoris; quæ cum æque obtineat in quantitate, quam in specie legata, nihil causæ esse videtur, quare summis viris adsentiendum sit, qui in quantitatibus cessare jus accrescendi opinentur, manifesto eadem adstruitur ex *l. 15. § 1. de leg. 2.* Tu vide Sandium *l. 4 tit. 4. def. 7.* Contrariæ opinionis textum in *l. 7. eod. 2.* cum glossa, recte accipiemus de casu, quo alter conjunctorum capere quidem adhuc non potest, speratur tamen, secundum singulares rationes, quales in *l. 39. § 9. & l. 84. § 8. de*

Leg. 1. Porro, cum extra ultimas voluntates ratio, quo introducitur accrescendi jus, deficiat, consentaneum est, in contractibus aliisque actibus inter vivos cessare ejusmodi accretionem, neque enim si Titio & mihi stipulatus sim, aut aliquid emerim pro parte illius inutiliter, id meam partem auget, sed aliena pars deducitur, *l. 110. de V. O.* Etiam vero in ultima voluntate, si conjunctorum alter habeat substitutum, voluntas expressa testatoris hanc tacitam, quæ facit accretionem, excludit, *l. 2. § 8. de b. poss. sec. tab.* In alimentis quoque legatis cessat id jus, *l. 57. § 1. de usufr.* cui legatum usus merito addatur, ut bene Perezius *ad d. l. un. n. 23.* quia in his legatis non obscure cessat præsumptio de voluntate testatoris. Adde casum *l. 74. de C. & D.* Alioqui non tantum habet locum, inquam, in legatis, sed etiam in Hereditate, tam testamentaria, *d. l. un. § 4.* quam legitima, *l. 9. de suis & legit.* etiam Prætoria *l. 3. § ult. & seqq. de bon. poss.* & fideicommissaria, *l. 43. ad Sc. Trebell.* Quin & post Querelam Inofficiosi, altero desistente, *l. 23. in fin. de inoff. test.* Denique & altero heredum præscriptione temporis excluso, *d. l. in fin. & l. 4. de bon. poss.* Cessat tamen in hereditate militis, *l. 6. de Testam. mil.* (α) Scilicet, ratio juris accrescendi in legatis una est, præsumpta voluntas testatoris, (β) quod partem legati deficientem potius ei destinaverit, quam jam vocaverat ad eam rem, quam heredi, a quo eam reliquit. At in hereditate est adhuc alia fortior ratio, (γ) quod Paganus pro parte testatus & pro parte intestatus decedere nequeat, *l. 7. de R. J.* quod fieret, si pars hereditatis deficiens scriptis heredibus non accresceret; (δ) hæc autem ratio in milite cessat, *d. l. 6.* Denique, jus Accrescendi finitur, quando singuli suas partes acquisiverunt, *l. 80. de Leg. 3.* excepto usufructu, *l. 1. § 3. de Usufr. accr.* de quo ad *Pand.*

SCHOLIUM.

(α) *Sed hic quidem textus sententiam Autoris non probat; Neque argumentum, quod exinde vult deducere. Nam sive legatum in testamento militis consideremus.*

(β) *Hæc scilicet voluntas præsumpta, etiam in testamento militis locum habebit, & adeo simul juri accrescendi erit locus, ne privilegium in favorem militis inventum, in ipsius torqueatur odium. Deinde, quod coheredes in testamento militari concernit.*

(γ) *Vox hæc, quærtitur*, adhuc, *innuit, quod ratio de præsumpta voluntate, etiam juris accrescendi inter coheredes fundamentum sit, quamvis non sola. Ergo,*

(δ) *Quamvis hæc altera ratio in testamento militari esset, ob priorem tamen & hic jus accrescendi observari dicerem. Excipe casum, si miles in re certa heredem instituerit*, d. l. 6. de test. *sed hoc jus accrescendi est improprie tale, quia ibi non est coheres desistens. Excipe etiam, si miles prohibeat expresse jus accrescendi.*

RESPONSIO.

De Legato adjectior, nec aliter habet positio. De hereditate puto argumentum d. l. 6. *peremptorium esse: heres militis habet, quod ei relictum est; nihil amplius. Sed omnis hæc quæstio præciditur in* l. 37. de Testam. milit. *Ubi in terminis nostris jus accrescendi negatur e testamento militari.*

N. ADDIT.

Hic primo miror, quod Autor de hereditate militis nihil responderit ad objectionem Scholii sublat. (γ) *utpote quæ tollit id argumentum, quod Autori placet peremptorium vocare. Heres militis nihil habet amplius, quam quod ei relictum est, nisi scilicet voluntas militis, vel expressa, vel tacita, aliud velit. Denique non ita universaliter, ac indistincte, ut Autor innuit, negatur in hereditate militis jus accrescendi in* l. 27. de test. milit. Si a milite, *ait Paulus* duobus scriptis heredibus, alter omiserit hereditatem, pro ea parte videtur intestatus defunctus dece[d]isse, quia miles & pro parte testari potest; nisi si hæc voluntas defuncti probata fuerit, ut omittente altero ad alterum vellet totam redire hereditatem. *Mihi itaque sic videtur dirimi posse, secundum dictum Scholiorum. Aut miles partes adjecit heredibus, vel res certas, & tunc non habet locum jus accrescendi, nisi voluntas militis aliunde probetur*, d. l. 6. de testam. d. l. 37. de testam. milit. *aut nullas partes adjecit, sive in una propositione conjunxerit, dicendo: Primus & Secundus heredes sunto; sive saltem re conjunxerit, Primus heres esto. Secundus heres esto. Et tum, ut in testamentis paganorum, aut etiam, ut in legatis militaribus, (quod Autor concedit in responsione.) ex præsumpta militis voluntate, jus accrescendi locum habebit.*

Usu fori jus accrescendi abolitum esse, testatur Voetius ad § 8. in *f. h. t.* Quod ego tam crude accipi-

accipiendum nullo modo putem. vid. Zurphen. *tit. de Legat. § 29.* Sandium 4. 4. 7.

DE MODO LEGANDI.

28. (y) Diximus, quando non constat, quid voluerit testator, tum intercidere voluntatem ejus; quod tamen minime intelligitur fieri, quoties est lapsus in nomine legatarii, vel rei legatæ, aut demonstratione, vel etiam causa legati, quemadmodum docet Imperator in *§ 29. 30 & 31.* quæ res pertinent ad modum legandi, juxta ordinem, pœnam, conditionem & modum in specie dictum. Nominis error nihil nocet, proprii scilicet, sive prænomen, seu cognomen, vel agnomen sit, aut quod nomen simpliciter vocamus; modo constet ex aliis descriptionibus, quam personam testator designaverit, *§ 29.* Quatuor nominum species recenset Imperator, quas recte satis explicat Vinnius *ad hunc §.* nisi quod cum agnomen non fuisse necessarium scribat, tria reliqua perpetuo in usu fuisse affirmat; cum tamen nec Caji Marii, nec Quinti Sertorii, nec Lucii Mummii plurium quæ fuerit ullum cognomen. Theophilus, nomen τὸ κύριον, absolute dictum, interpretatur id quod est prænomen; Cognomen vocat ἐπωνυμὶν, ut Pius, Superbus; prænomen χρηματισμὸν, a majoribus sumptum, quod est nomen simpliciter. Male sine dubio. Posidonius τὸ κύριον nomen volebat esse primum, quem refellit Plutarchus *in Mario fr.* hoc argumento, quod tum feminæ fuissent innominatæ, quibus non erat id, quod primo loco ponitur. Res ita fuit, Ordinaria nominatio triplex erat. Ex. gr. Marcus Tullius Cicero, Titus Pomponius Atticus. Primum, ut *Marcus, Titus*, est prænomen, quo domi suæ quique ab aliis discernebantur, ut Marcus a fratre *Quinto* Tullio Cicerone. Secundum est Gentis, κοινὸν Plutarcho, *commune* cunctis ex eadem gente, *Tullius, Pomponius.* Cognomen, προσηγορίαν Plutarcho, fuit Cicero, Atticus; Sic Cajus Julius Cæsar, discrepat a Lucio Julio Cæsare: Cognomen igitur ejusdem gentis familias discernebat. Agnomen, quod Justinianus quarto loco ponit, extraordinarium, & plerumque a rebus gestis adscriptum fuisse, ut in Publio Cornelio Scipione Africano, in Asiatico, Numidico, Achaico, Britannico, aliisque exempla sunt. Hæc de nomine proprio. Error autem nominis appellativi, quod dicitur, cum hoc sit repertum ad essentiam rei exprimendam, (propria sunt arbitraria,) magis noxius habetur. Nomen appellativum est, quasi demonstratio essentialis cujusque rei, & demonstratio plerumque vice nominis fungitur, ait *l. 34. in pr. de C. & D.* sed reliquæ descriptiones, quæ circumstantias & accidentalia rerum spectant, *demonstrationes* a nostris appellantur; quarum falsitas, quia substantiam rei non attingunt, nemo miratur, quod legato nihil noceat, modo constet, aliam rem a testatore designatam, aliamque dari voluisse. Si enim aliquid certo loco circumscriptum, idque solum legaverit, nec tamen ejusmodi res in eo loco reperiatur, manifestum est, nihil aliud posse præstari, ideoque legatum fieri evanidum. Exemplum est, si dixerit testator, *centum quæ in arca habeo, Titio lego;* tunc enim corpus, quod in rerum natura non est, legatum videtur, *l. 1 § 7. de dote præleg.* Proinde, si legaverit mille, quæ in arca habeo, & duntaxat centum reperiantur, non plures quam centum poterunt peti a legatario, *l. 108. § 13. de leg. 1.*

29. Longe minus quam demonstratio, falsa Causa legato adjecta nocet, ait Justinianus in *§ 31. h. t.* idemque Cajus in *l. 17. § 2. de condit. & demonstr.* Rationem reddit Papinianus in *l. 72. § 6. eod.* quia ratio legandi legato non cohæret, quemadmodum nomen vel demonstratio; quippe per causam intelligimus rationem impulsivam, quæ testatorem ad legatum relinquendum movit ac induxit, petita ex eo, quod legati tempore jam præexistit. Ejus, inquam, falsitas nihil nocet, quia in his non consistit substantia liberalitatis, ἐφὴ tantum & occasio inde nata est, in qua licet erraverit testator, haud tamen ideo affectus in legatarium evanescere creditur: neque enim præsumitur, citra illam causam nihil legatum illi fuisse, quando, licet maxime de testatore bene meritus sit legatarius, minime ille se ad legati ἀντίδωρα obstrictum sciebat. Certum præterea & usu notum est, ejusmodi causas frequenter a testatoribus apponi voluntatibus, ut speciem magis & colorem, ad vitandam invidiam, liberalitati suæ erga aliquos concilient, quam quod omne ab illis momentum pendere velint; ut si quis uni amicorum plus se legare dicat, quia non adeo sit copiosus, alteri minus, quia sit opulentior; etiamsi hæc res contra se habere deprehendatur; nemo tamen ideo legatum intercidere dicet. Rursus æquitati parum videri potest consentaneum, si quis vere motus

(y) *Pof. 67. 68. 69. 70. 71.*

aliqua ratione ad legandum, opinione deceptus in hominem nihil de se meritum liberalitatis elogium contulerit, hoc ab herede, licet errorem defuncti probare parato, esse præstandum. Huic incommodo, uti ratio dictat, occursum est legibus, auctore Papiniano in *d. l. 72. § 6. de C. & D. sed plerumque*, ait, *doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse.* Quoties constat, nec raro facile constare potest, quod testator unice ob causam illam putativam legatum posuerit, de quo alioqui nec cogitasset, valet adhuc equidem legatum & peti potest; sed locum habet, quod in arte nostra frequenter usu venit, ut quod summo jure nobis datur, per exceptionem, æquitatis intuitu, rursus eripiatur.

30. (z) Sequuntur tres juris antiqui emendationes, in quibus hunc titulum claudit Imperator. Prima est, nihil interesse, quo ordine legata tabulis testamenti scribantur, utrum ante, an post heredis institutionem. Scripta legata non valebant quasi, extra tenorem testamenti locata viderentur, ἐκτὸς εἶναι δοκεῖ τῆς διαθήκης, ait Theophilus. Nam quia institutio heredis caput ac fundamentum testamenti habetur *, cui reliqua superstrui deberent, id quod sine fundamento collocaretur, nullius valoris existimabant. Sed non placuit, Justiniano simplicioris διαλεκτίας auctori, tam præcise inhærere comparationi moralis cum physico aut artificiali fundamento; statuitque rectissime, ut legata subsistant quacunque parte posita testamenti, etiam videlicet ante heredis institutionem; merito incivile reputans, scripturæ ordinem quidem sequi, sperni autem testatoris voluntatem, in § 34. At verum nihilominus est, ordinem magis naturalem eum esse, ut legata sequantur, institutio, utpote caput ac basis testamenti, præmittatur. Ut ego quidem nostros cuperem rogatos tabelliones, ne ita sibi, quemadmodum plerumque fieri videmus, placeant, legata primo loco & sæpe longa serie recensentes, ipsamque institutionem tantum non, & quandoque prorsus extremo loco subjicientes.

31. Altera (a) veterum subtilitas erat, quod legatum post mortem heredis, aut legatarii, nullum relinqui poterat, *§ 35. h.* idque ob duplicem rationem, & quod non placeret, heredem heredis a testatore posse onerari, teste Ulpiano, *tit. 24. § 15.* & Paulo *3. sent. 6.* & quod regula esset, actionem, quæ non cœpisset a defuncto vel adversus defunctum, initium ab herede vel contra heredem capere non posse, quam Theophilus in *hoc* § commemorat, ἀρχὴ ἡ ἀπ' ἡμῶν μὴ ἀρξαμένη, τῶν ἡμετέρων ἐ διαδέχεται κληρονόμων. Scilicet, quia mors est ultima linea rerum, a ratione alienum videbatur, aliquid ex persona defuncti post obitum ejus nasci atque inchoari. A simplicitate etiam juris gentium abhorrere visum, ut dispositio testatoris non modo in id tempus valeret, quo ipse non erat futurus in mundo, sed etiam quo is, quem post fata sua devinctum habet, vivere desisset. Eadem ratio obtinebat, in *pridie quam moriar, vel mortuus erit ille*; rationem Theophilus reddit, ἐπειδὴ ἐκ τελευτῆς καταλαμβάνεται, πάλιν εἰς τὸ post mortem ἐμπίπτει, *quoniam dies pridiana mortis non nisi ex morte colligitur, rursus in idem, post mortem, incidit.* Sed si *pridie quam moriar* non valet, quam reddemus rationem, quare *cum moriar*, ita legatum subsistebat, ut Paulus & Ulpianus locis modo citatis scribunt, & discimus ex *l. 1. § 2. & l. 79. § 1. de C. & D.*? Nam si moriendi tempus vitæ tribuitur, ut est *l. 18. § 1. de manum. testam.* nonne lux præcedens multo potius vitæ spatio adscribenda? Dicendum videtur, hoc interesse; quod *pridie quam moriar* nunquam, in præsenti possit cognosci, sed tum demum postquam præterüt; utique in ordinario cursu vitæ humanæ: tempus autem moriendi, civiliter cerni atque animadverti queat; neque enim moriendi tempus ita coarctamus, ut illud novissimum τὸ ἐν ἀτόμῳ punctum accipiamus, τὴν ἐξαίφνης φύσιν, quemadmodum Plato, quod nec vitæ, nec mortis est, de quo Gell. *l. 6. c. 13.* sed laxius, nimirum illud spatium, quo animam ægrotus agit, & supremos ducit spiritus, quod adeo non potest non discerni, ut etiam tunc amici convocentur. Ideoque eo tempore, cum adhuc perspicue vivit, qui viam mortis ingreditur, dici potest in præsenti; *jam exitus obligatio.* Sed de legato, *pridie mortis*, in præsentiarum id nunquam prædicari potest. Verum hodie, insuper habita tam anxia subtilitate, non habetur insolens, legatum quomodocunque relinqui, atque etiam in tempus post mortem legatarii aut heredis conferri, idque exemplo fideicommissorum, de quibus jam olim obtinebat *l. 5. § 1 de leg.*

* Conf. Dec. El. 46.

(z) *Pos. 72.* (a) *Pos. 82.*

3. a se constitutum narrat Imperator in § *d. 35. f.h.t.* Regulam autem, qua negabatur actio dari in heredem, quæ non antea in defunctum ipsum competierat, sustulit idem Justinianus in *l.un. C. ut act. ab her.* scilicet voluntas testatoris ejusque favor, subigit omnes juris subtilitates.

32. (b) Tertia juris vetusti emendatio, in § *ult.* continetur; Olim legata pœnæ causa relicta, non valebant, ejusmodi quæ causam & scopum haberent coercitionem heredis; nam si quid ad instar pœnæ legato adjiciebatur, non coarctandi heredis ergo, sed ut legatum melius pertingat, ait Ulpianus *tit. 24. § 16.* de ejus bonitate non dubitabatur, ut exemplo discimus ex *l. 1. de pœn. leg.* Coercendi heredis causa legabatur, quando testator, si quid faceret vel non faceret heres, eum legati a liis præstandi damnabat. Quare id improbaverint, duas Theophilus rationes reddit: prima est, quod cum legatum ex voluntate & studio testatoris erga legatarium, ideoque a certo illius judicio proficisci debeat, mali exempli sit, hoc ita disponere, ut plane ab heredis arbitrio pendeat, μισεῖ ὁ νόμος τὸ λήγατον τὸ ἐν τῇ γνώμῃ ἀπελήμασιν τὲ κληρονόμε. Ratio altera, quod rationi adversum videbatur, ut quod benevolentiæ atque affectus causa erga amicos est institutum, id convertatur in odium heredis. Sed constituit Justinianus, ea, quæ pœnæ nomine relinquuntur, nihil a cæteris distare legatis conditionalibus, exceptis iis, quæ impossibilia sint, vel legibus interdicta, aut alias probrosa. Etsi enim conditio impossibilis ultimas voluntates non vitiare, sed pro non scripta haberi dicatur, id tamen de his, quæ legatario, non de iis, quæ heredi imponuntur, accipiendum, cujusmodi etiam pœnæ sunt, *quibus proinde Legatum vitiatur, § ult. h.t.* τὸ impossibile explicatur *in favorem ejus, cui adjicitur.*

DE JURE PETENDI LEGATUM.

33. Satisfactum est ita quidem huic titulo, secundum ordinem Justiniani. Tantum de Actione pro legatis competente locum, qui occurrebat in *§ 2. sub fin.* transmisimus. Subjiciemus eum heic loci, & simul de omni jure petendi legatum breviter collocabimus. Nascitur hoc jus, quando dies cedit, & jam diximus, diem legatorum & hereditatum cedere statim a morte Testatoris, *l. 1. § 5. Quand. dies leg. ced. l. un. § 1 & 5. C. de Cad. toll.* Excipiuntur legata ususfructus & libertatis, quorum dies cedit ab adita hereditate, *d. l. un. § 6.* Conditionalia, & in diem incertum relicta, cedunt post conditionem existentem, *l. 4. in pr. & l. 5. § 2. Quand. di. leg. ced.* Sand. *4. 4. 7. v. in tertia.* dies certus, & conditio impossibilis, faciunt puras voluntates, *d. l. 4. § 1. d. l. 5. § 4.* Effectus, inquam, diei cedentis est, quod jus agendi parit, & quod moriens post eam diem, sibi relicta transmittit ad heredem; ante eam si decedat, Legatum manet penes heredem testamento scriptum, *l. 3. & l. 4. & pass. d. tit.* Cæterum, dies legata non venit, hoc est, legatum actu non potest peti, ante hereditatis aditionem, cum non sit prius, a quo petatur; proinde si hereditas non adeatur, testamenti vis resolvitur, *l. 181. de R. J. l. 6. de test. tut.* & legata intercidunt, *§ 2. in fin. I. de Leg. Falcid.* Casus excepros vide apud Sandium *l. 4. tit. 4. def. 10.* quos heic recensere nimis longum fuerit; sed est etiam inter eos, qui perquam late patet, si nempe *clausula codicillaris adjecta sit*, quæ cum vix unquam omittatur, imo semper intelligatur, res huc redit, ut heres ab intestato, sicut hereditatem heredi scripto, ita legata legatario præstare debeat, quasi per fideicommissum. Quod si heres primus deficiat, a quo legatum est relictum, hodie sic est receptum, teneri substitutum, itemque coheredem in casu accrescendi, nisi aliter a Testatore sit cautum, *l. 74. de Legat. 1. l. 61. de Leg. 2.*

34. Actiones ad petendum legatum, tres sunt proditæ. I. est actio personalis e testamento, quæ datur e quasi-contractu aditionis*, adversus heredem, de quibuslibet rebus legari solitis, § *5. I. de oblig. ex quasi. contr.* II. Actio in rem, e dominio; quod ipso jure transit in legatarium, adversus quemlibet rei legatæ possessorem, si corporalis sit, & propria testatoris, *arg. l. 6. de R. V. & l. 59. d. R. J.* III. est hypothecaria, ex hypotheca, quam lex dat legatario in bona testatoris, adversus quemlibet rerum hereditariarum possessorem, *§ 2. sub fin. h. l. 1. C. Comm. de Legat. & fideic.*

* Processus in his actionibus, vel ordinarius, vel summarius est apud nos. Apud Saxones tamen ex testamento indubitatæ fidei, tanquam specie instrumenti guarentigiati, executive etiam experiri licet: v. Landsr. Ordn. *A. 1555. t.* verfatzte Brief und Siegel. e.g. Si testamentum apud Acta conditum sit, factumque aditæ hereditatis liqueat ex impetrata ab herede investitura immobilium. Carpz. *P. 3. C. 13. d. 25.*

(b) *Pos. 73. 74. 75.*

35. *Prior actio in heredes competit, si plures sint, pro partibus hereditariis*, idque ut videtur indistincte, seu nominati fuerint heredes, a quibus legatum sit præstandum, sive non; quia hereditas eos obligat, eaque sententia ratione & æquitate vincit, *l. 33. in pr. de Leg. 2. l. 17. de duob. reis.* licet alii textus varie distinguant. Tu vide sis *l. 54. § ult, & l. 124. de Legat. 1.* Wissenb. *ad tit. ff. de Legat. 1. th. 25. & de Leg. 2. th. 6.*

36. Porro, semper adversus alium danda est actio legatario, qui a se ipso capere, vel simul heres & legatarius *esse non potest.* Hinc si duo sint heredes, unus ex uncia, alter ex undecim, iisque fundus sit legatus, unciarius heres habebit undecim partes in fundo, & qui est heres ex XI. unciis, unam partem in fundo *legato habebit*, *l. 34. § 12. de leg. 1.* ubi quidam libri pro *unciarius* male habent *unciarum heredem.*

37. Tenetur etiam heres in fructus & in usuras, sed a quo tempore, non satis constat. Tempus moræ indicant, *l. 78. § 2. & l. 87. § 1. de legat. 2.* litis contestatæ tempus exprimunt, *l. 1. & ult. C. de usur. & fruct. legat.* tempus scientiæ *l. 40. de A. R. D.* acquisiti dominii, quod est statim a morte, *l. 42. de usur.* juncta *l. 64. in fin. de Furt.* Hinc ita videtur esse statuendum. Moræ tempus est statum & ordinarium. Mora autem est personalis aut realis. Illa committitur interpellatione, vel litis contestatione. Hæc solo tempore tardæ solutionis. Lex igitur, quæ a tempore litis contestatæ agnoscit usuram currere, non repugnat ei, quæ tradit moram facere cursum. Qui vero scivit, cum ipse adiisset, rem esse legatam, nec eam præstitit, non videtur reipsa non esse in mora, maxime si legatarius ignoraverit. Ante moram vero aditionemque, statimque a morte fructus & usuras præstari non habet rationem; neque textus id evincunt. Ajunt fructus post acquisitum ab hærede dominium deberi, *d. l. 42. de Usur.* quod non de civili dominio, quod ipso jure transit, sed de naturali, quod incipit a possessione post aditionem, videtur accipiendum, *ex die aditæ hereditatis* ait *l. 86. § 2. de legat. 1.* Dix. *lib. 2. Jurisp. Hod. c. 30. n. 27.*

TIT. XXI.

De adimendis Legatis.

Ademptio Legati duplex, una verbis. Re altera. Exempla mutationis essentialis.

(a) Testatorum voluntates sunt ambulatoriæ usque ad supremum vitæ exitum, habetur in *l. 4. D. h. t.* qua de re alibi, in materia testamentaria, est dictum. Doctrina de ademptione legatorum hoc modo habet. Legata adimuntur verbis aut Re; utroque modo tacite vel expresse. Verbis expresse, quando testator ait; quod Titio legavi, hoc ipsi non do, non lego, aut adimo, & capere veto. Verbis tacite, quando legata transferuntur ab uno in alium, *§ 1. h. t.* veluti quod Titio legavi, hoc Sempronio do, lego; quibus verbis in persona Titii tacita ademptio continetur, sive in eodem seu diverso ultimæ voluntatis instrumento, *d. § 1. h. l. 5. de adim. leg.* cui minime obstat *l. 15. de hered. instit.*

2. Re adimitur legatum expresse, quando testator legatum inducit, cancellat, aut delet, *§ 1. de his, quæ in testam. del. cancell.* Tacite variis modis, primo propter gravem inimicitiam inter testatorem & legatarium coortam, quæ reconciliatione consepita non est, *l. 3. § ult.* cum *l. seq. eod tit.* sine distinctione, utrum legatarius causam inimicitiæ sua culpa dederit, vel non; revocatio enim legati fundata est in præsumptione mutatæ voluntatis, quæ non minus intelligitur, quando testator suam iram inique persequitur, quam ubi legatarius immerentem ad iracundiam provocat. Dein, tacita revocatio fit per alienationem voluntariam, de qua dictum ad *§ 12. tit. præced.* itemque per ejusmodi mutationem, qua efficitur, ne res ad pristinam speciem reduci possit, quemadmodum per talem dominii quoque causam mutari, alias intellectum.

3. Hinc, ligno legato, si navis aut armarium inde fiat, legatum extinguitur; vicissim nave legata, & dissoluta, neque navis neque materia debetur, *l. 88. § 1 & 2. de leg. 3.* Contra, massa argenti legata, scyphis inde factis, manet legatum, & scyphi recte petuntur, *ibid. § ult.* & perinde vice versa, si poculo legato, massa inde facta est, pocula debentur, *l. 44. § 2. de leg. 1.*

(a) *Pos. 1. & seq.*

idem-

idemque si rursus inde poculum a testatore sit factum, *§ 3. ibidem.*

SCHOLIUM.

Quia sc. potest reduci ad pristinam materiam, & massa poterit iterum ad priorem speciem seu poculum reduci. Imo si quis lancem legavit, & massam fecit mox poculum, debebitur poculum, d. l. 44 § 3. *quia scilicet, ut puto, & ex poculo poterit iterum lanx fieri. Sed jam desidero genuinam rationem decisionis, cur nave legata eaque dissoluta, non debeatur etiam materia,* d. l. 88. § 2. *& quenam inter istum casum, & hunc de massa argenti, sit vera differentia,* conf. l. 98. § ult. de solut.

RESPONSIO.

Videtur hæc esse, Poculum in massam, massa in poculum mutari potest; Navis in ligna dissolvi, ligna ad navem reduci nequeunt. Ideoque est mutatio diversi generis, non reciproca.

N. ADDIT.

Consentio. Nam jam facile concipio, quod ex nave in ligna dissoluta non possit iterum navis fieri. Tum vero nescio, qua stupiditate cogitaveram, textus de nave loquentes intelligi de dissolutione glutinis vel picis, quasi sit dissoluta navis non in ligna, sed integras tabulas & asseres, qualis tamen dissolutio non procedit.

His ex adverso; lana legata, vestem, quæ ex ea facta sit, deberi non placet, ait convenienter huic distinctioni Paulus, *in d. l. 88. pr.* Ulpianus tamen ex sententia Juliani, de lana legata & veste inde facta, scribit idem quod de poculis in massam transmutatis, *d. l. 44. § 2.* addito temperamento, ni testator mutaverit voluntatem; auctoritas tamen Pauli solidior esse videtur, quia nititur recepta distinctione in articulo specificationis. Ulpianum tamen in *l. 44.* dissentire, negat Scholiastes noster his verbis.

SCHOLIUM.

Imo non, nam si Ulpianus hac in parte a Paulo dissentiret, dissentiret simul a se ipso vide l. 70. § 5. 6. 7. de leg. 3. *Mens ergo Pauli est: Sub voce lanæ legatæ non continetur vestis lanea, sive ante testamentum, sive post idem sit confecta. At Ulpianus* d. l. 44. *§ 2. id saltem asserit:* Si lana *omnis* legetur, & vestimentum *postea* ex ea, *hoc est, ex aliquot libris de illa lana* fiat, Julianus scripsit legatum *relique lanæ propterea non censeri ademptum, sed* consistere, *& adeo* deberi *legatario*, quod *de lana legata adhuc* extat. conf. Wissenb. ad Tit. de leg. 1. th. 15.

RESPONSIO.

In l. 70. § 5. 6. 7. de Legat. 3. *Ulpianus nihil aliud tractat, quam quid Lana legata contineatur aut secus; argumentum conciliationis exinde quod colligitur, nullum est, multo minus ut Ulpianus sibi contradicere videatur. Reliqua judicet Lector.*

N. ADDIT.

Et si Ulpianus in d. l. 70. *primario agat de eo, quid lana legata contineatur, tamen argumento legis etiam id infertur, quod asseveram; nam si lana legata ne quidem debetur, si quasi vestimentum ex ea factum sit,* d. l. 70. § 6. *multo minus verum vestimentum. Interim tamen fateor, nunc illam periphrasin* d. l. 44. *§ 2. quam dedi in Scholio, mihi ipsi displicere ideo, quia Ulpianus ibi duos casus conjungit:* Si pocula quis legavit & massa facta est, vel contra; item si lana legetur, & vestimentum ex ea fiat &c. *Igitur uti per id quod* extat, *in primo casu intelligitur* poculum *ex massa factum, ita in secundo casu intelligitur* vestimentum ipsum *ex lana factum. Ideoque nunc arbitror, Ulpianum cum Paulo sensisse, & horum sententiam secundum tradita Autoris esse præferendam sententiæ Juliani, qui utique ab utroque dissensit, sed cujus sententiam ibi Ulpianus refert, non approbat.*

Quid si area legata, eique domus imposita sit, numquid arex legatum extinguetur? Negandum hoc, nisi testator mutaverit voluntatem, quod ubi non liquet, æstimatio saltem debetur, *l. 98. § ult. vers. non est his. de Solut.* ubi, quod sequitur, *cui etiam superficies cedit,* pars rationis est, non definitio nova, ut putes Legatarium petere posse ædificium. Cum hoc committendum non puto Celsum in *l. 79. § pen. de leg. 3.* ubi area legata, inquit, si inædificata medio tempore fuerit, ac rursus area sit, *quamquam peti non poterat*, nunc tamen debetur. Non dicit in thesi, quod peti non potuerit, cum esset inædificata, sed quod nunc debeatur, etiamsi res ita comparata fuerit, ut stante ædificio, peti non potuisset ob causam specialem, quam conjicere, non asseverare licet nobis.

SCHOLIUM.

Per d. l. 44. § 4. de leg. 1. l. 39. de leg. 2. *Cui obstat* d. l. 79. § pen. de leg. 3. *Ad quam quidem Autor voluit respondere* in prælect. *hic. Voluerunt & alii, a Wissenb.* d. l. *relati. Sed verius est, Celsum in* d. l. 79. *ab aliis JCtis dissensisse, argumento* d. l. 98. § ult. de solut. *Adde* Wissenbach.

bach. d. l. *cujus sententiam Autor quoque hic videtur amplecti.*

RESPONSIO.

Forte liceat hoc etiam modo respondere, quod jam prætulerim; Tunc, cum inædificata esset, ipsa area peti non poterat, ejus æstimatio tantum, nunc (ædificio sublato) area ipsa cum effectu peti potest.

N. ADDIT.

Hic judicium lectori relinquo, præprimis cum Autor ipse dubitanter loquatur. Id certum est, in his & similibus quæstionibus JCtos non fuisse unanimes, ut vel ex modo præcedentibus patet.

Quæstio apud Dd. frequens, an ut donatio, supervenientibus liberis, ita legatum revocetur, de qua varias distinctiones vide apud Tiraquell. ad *l. si inquam. C. de rev. don. n. 258. & seqq.* Peckium *l. 1. de testam. conjug. cap. 45. n. 11.* ea, inquam, supervacua videtur, & ex doctrina de rescissione testamentorum intelligi potest; si enim testamentum valeat, legatum quoque valebit: secus, si ruptum sit testamentum agnatione posthumi. Rescissione per querelam hodie non vitiari legatum, & hoc jam constat ex *Nov. 115 in fin.*

4. Porro ad doctrinam de adimendis legatis, pertinent ea, quæ de Legatis, ut indignis, auferendis habentur in *tit. de his, quæ ut indign.* quæ heic loci non occupabimus. Inter ea non est, quod olim quæsitum fuit, si ex heredibus uni prælegatum sit relictum, isque hereditatem repudiet, an & legatum pariter amittat. Ita nonnullis visum fuit; sed Papinianus *durissimam* hanc vocat *sententiam*; *non enim impugnatur*, ait, *judicium ab eo, qui justis rationibus noluit negotiis hereditariis implicari*, idque Gordianus Imperator laudat in *l. 12. C. de Legat.* adde *l. 4. de Sc. Trebell.* suppositâ videlicet hac limitatione; *nisi Testator aliter statuerit*, *l. 88. d. tit. de legat. 1.* Sand. *lib. 4. tit. 4. def. 7. vers. At verius est.* Addit Scholiastes aliam exceptionem, rectè & facile præsumendam.

SCHOLIUM.

Item, nisi sub conditione heres institutus sit, & vel eandem adimplere noluerit, l. f. § f. de ed. dol. *vel alias defecit conditio*, l. 77. pr. de cond. & demonst.

TIT. XXII.

De Lege Falcidia.

Legis Falcidiæ origo, sententia & ratio. Eaque ponenda in singulis heredibus. Quo tempore bona æstimanda, & quomodo. Casus quibus cessat Falcidia.

(a) Verba XII. tabularum, *Uti quisque rei suæ legassit, ita jus esto*, tametsi ad omnigenam supremæ dispositionis libertatem spectarent, directe tamen & liquidissime effusam legandi licentiam tribuebant, adeo, ut universum quisque patrimonium suum, si vellet, exhaurire posset. Quod cum merito absurdum judicaretur, leges Furia atque Voconia latæ sunt, quarum Furia cavebat, ne supra mille asses cuiquam legare liceret, ut Autor est Ulpianus, in fragm. *tit. 1. §. 1.* Theophilus ad *hoc princ.* μὴ ἐξεῖναί τινι λῆγατεύειν περαιτέρω χιλίων νομισμάτων, ne plus mille nummis cuiquam relinqui posset; Gothofredus, quod summopere miror, τὰ νομισμάτων vertit *aureis*, falsissime; de sestertiis fortean accipi potuisset, nisi locus Ulpiani monstraret asses. Lege Voconia cautum erat, μηδὲν πλέον λαμβάνειν τῶν λῆγατάριων τοῦ κληρονόμου, Ne quis legatariorum plus caperet, quam heredi obtingere posset, ut idem Theophilus & Cicero *in Verrina tertia* testantur. Sed harum neutra legum, sufficiens remedium pro satisfactione heredis suggerebant; quoniam salva earum sententia, fieri poterat, ut nihil, aut parum cederet heredi: etenim per Furiam legem is, qui decem millia in bonis habebat, decem personis millena legare poterat, totamque ita exinanire hereditatem. Voconia in eodem casu decimam modo partem apud heredem relinqui postulabat; quod pro nomine molestiaque heredis, qui cuncta curabat, perexiguum erat. Imo Theophilus exemplum profert, in quo unus tantum aureus pro herede remaneret. Nam si testator habens centum aureos in bonis, nona-

(a) *Pos. 1 & 2.*

ginta

ginta novem legatariis singulos aureos reliquisset, heredi unus tantum supererat, neque de Vocouia lege violata conqueri poterat. Tandem plenius huic incommodo consultum est lege Falcidia, seu plebiscito, rogante P. Falcidio tribuno plebis, tempore Triumvirali. Dion. *l.* 48. *Nemini quam pars quarta hereditatis, maneret penes heredem, qui detraheret quod plus dodrante Legatum foret, l.* 1. *pr. h. t.* Errasse autem Dionem, dum adjicit, licuisse heredi per legem Falcidiam, quarta parte hereditatis retenta, reliquum omittere, si in eo gravatus esset, id scribit errans ipse, ni fallor, Balduinus in προθεωρία ad h. tit. *neque enim jus nostrum permittit*, ait, *heredi partem hereditatis omittere, sed totam agnoscere jubet.* Verba Dionis sunt ὥσε τινὰ τὸ τέταρτον τῆς κατελιφθείσης οὐσίας, ἂν δέκη ἐξέντας, λαβόντα τὸ λοιπὸν ἀφεῖναι, id est, *ita ut quartam partem hereditatis relictæ accipiens, reliquum remittat*, aut *permittat.* Nam ἀφίημι maxime proprie significat; remitto aut *permitto*, ut heres quartam habeat ipse, reliquum remittat, sive permittat aliis, quibus id reliquerat testator. Loquitur de effectu perceptionis, non de agnitione, aut repudiatione. Nihil necesse est, ut aditionem totius hereditatis ab herede faciendam, negare Dionem statuamus; quia nihil aliud liquet, quam quod reliquo supra quartam frui atque gaudere nequeat, sed hoc legatariis permittere debeat; quod est verum & planum. Ne autem sanctio Falcidia libertatem testandi, cujus favor eximius, coercere videretur, προφύλαξιν, *præmunimentum* suggerit Imperator, dum in ipsorum testatorum gratiam provisum esse monet, ut pluisculum heredibus relinqueretur, *ob id, quod plerumque intestati moriebantur, recusantibus scriptis heredibus pro nullo aut minimo lucro hereditates adire.* Sed hanc Justiniani διάνοιαν ita recte acceperis, ut intelligamus, nihil esse causæ; quare lex Falcidia in odium aut duritiam adversum moribundos trahenda sit, non etiam, ut præcipuum in illa testantium favorem verti, interpretemur. Res enim satis loquitur, id agi ex professo, ut heredum lucro consulatur, unde tum ipsa quoque testatorum utilitas, ne voluntas eorum penitus intercidat destituto testamento, per consequentiam derivatur. Simpliciter in ipsorum gratiam id non fuisse constitutum, satis inde patet, quod renunciare Falcidiæ, seu prohibere eam non potuerint, ut *inferius* liquebit: heres autem beneficio hujus legis, ut quilibet suo favori, renunciare & abstinere semper potuit, imo laudatur hoc nomine in *l.* 5. § 15. *de donat. inter vir. & ux.* quod adeo sancta ei voluntas defuncti sit visa, ut sui commodi rationem duxerit postponendam. Producta est porro lex Falcidia ad donationes mortis causa, etiamsi vivo testatore per traditionem impletæ fuerint, *l.* 2. *de Donat. m. c. & l.* 5. *C. h. t.* Idem est in donationibus conjugum, quæ non nisi morte donatorum confirmantur, *l.* 12. *C. h. t.* Denique & ad successiones, quæ fiunt ab intestato, produxit hanc legem Divus Pius in *l.* 18. *D. h. t.*

2. (b) Sed ne eluderetur scopus Legis, ut in Juria & Voconia evenire poterat, provisum est, ratio uti Falcidiæ non respectu omnium heredum simul, sed in partibus singulorum spectaretur. Adeo ut si quis semissem bonorum suorum legatis intactum, uni reliquerit, ex altero tamen semisse alium, vel certos fecerit heredes, quos nominatim tot tantisque oneravit legatis, uti nec quartam habeant salvam, tum ab hoc semisse detractio secundum legem fieri debeat, § 1. *h. t.* Et quidem hoc satis expeditum est, si uterque semis ad eos, quibus sunt adsignati, pervenerit; verum si per defectum unius, tota hereditas in unum concurrat, atque ita heres idem totum semissem habeat liberum; plus erat scrupuli, si hic quartam detrahere posset, quia duplex quarta supererat; Sed distinctio recepta est, utrum pars deficiens & accrescens, fuerit illa exhausta, an libera; Si exhausta, tum quarta perinde potest capi, ac ab ipso, qui deficit, potuisset, ne coheres accrescendo nihil quam onus distribuendi legata nactus videretur; quod si pars libera affluxerit gravata, quia nunc semis inexpectato supersest ei, qui de quarta modo laborabat, inverecunde quartam insuper flagitare videretur, *d.* § 1. & *l.* 78. *eod. tit.* Potest ratio sic etiam reddi; Detractio semel competens præcidi nequit, nisi ob lucrum accedens, quo adjumento sit legatariis, cujusmodi nihil per defectum heredis gravati scimus contingere.

3. Si autem coheres etiam fuerit substitutus, quia legata hodie ab ipso repetita censentur, ideo non potest ex persona ejus, qui gravatus erat, deducere quartam, quoniam ex ipso gravatus intelligitur; neque [illegible]

(b) *Pos.* 3. 4.

quia semissem habet liberum: Quod si gravatus testatori superstes eoque heres sit factus, atque postea pars ejus ad coheredem jure substitutionis pupillaris pervenerit, quia tunc non suo, sed primi heredis nomine de legatis tenetur; plus etiam quam ab illo præstitum fuisset, solvere non cogitur, quæ est sententia *l. 87. § 4. h. t.* Alioqui, ut dictum, legata ab instituto primis secundisque tabulis relicta, confunduntur & contribuuntur, ita ut si pariter sumpta dodrantem bonorum testatoris excedant, Falcidiæ subjecta sint, *l. u. §5. & l. 79. h. t.*

4. (c) Priusquam igitur Lex Falcidia exerceatur, constare debet, utrum plus an minus dodrante sit exhaustum. Quam ad rem opus esse bonorum æstimatione, res ipsa loquitur, in qua spectari debet præsens, verum, & commune pretium, cui *formale* JCtus opponit in *l. 62. § 1. ad L. Falcid.* qua oppositione, sensus vocabuli satis est manifestus, non æque ratio appellandi, quæ vel a forma censuali, vel a forma speciali, & affectione adversus eam desumpta videtur. Quia autem dies legatorum cedit a morte testatoris, atque in hereditate esse censetur, quidquid eo tempore existit, JCti æstimationem illam tempore mortis incundam censuerunt, non habita ratione augmenti, vel decrementi, quod postmodum accidisset. Ideo si, moriente testatore, bonorum æstimatio ejusmodi fuerit, uti quarta inde pro herede, prælitis legatis, superesse nequiverit, tametsi jacente hereditate adeo sint aucta, ut aditionis tempore quarta satis superque penes heredem remanere posset, nihilominus tantam legatarii deductionem pati coguntur, quantam tempore mortis subire debuissent. E contra, si moriente testatore quarta fuerit salva, heres integra legata solvet, etiamsi, cum adit hereditatem, transversariis casibus ita sit imminuta hereditas, ut quarta nullo modo salva reperiatur, atque hæc in § 2. *h. t.* docentur, & in *l. 15. §3. inf. l. 30. in pr. & l. 56. pr. eod.* Videlicet augmenta & decrementa reliquarum rerum hereditariarum, præter & extra res legatas intelliguntur; Nam si corpora ipsa legata imminuta, vel deteriora sunt facta, hoc scilicet detrimentum pertinet ad legatarium, quatenus *tit. præced. ex § 16.* didicimus & specialius ex *d. l. 30. § 2. & seq.* utique tamen, si quantitas relicta fuerit, nullo interitu fatali illius legatum extingui posse, docet idem textus & ratio manifesta.

5. Porro *Nec ea res damnosa est heredi,* subjicit Imperator, *quia liberum est ei non adire.* Proinde si adierit, causam querendi nullam habet: μὴ ἀγανακτείτω, *non est quod indignetur*, ait Theophilus. At Imperator simul insinuat consilium, quo si utatur heres, potest compellere legatarios, ut se partem de legatis decerpere patiantur; si præ se ferat, malle se repudiare, quam nullo commodo adire hereditatem; atqui destituto testamento, legatarii nihil consequuntur, *§ 2. in fin. h. t. l. 181. de R. I. L. Si nemo de Testam. Tut.* Quæ res facit, ut heredem legatarii adfectare, & observare debeant, retenta portione justa, aditione perfungi velit, quo ipsi legatis suis potiantur. Atque ita ἔπερ ὁ Φαλκίδιος οὐκ ἐδίδου, τοῦτο ἡ μέθοδος παρέσχε τοῦ κληρονόμου, *quod Falcidius non dedit, hoc heres per circuitum adipiscitur*, addit idem Theophilus. Sunt tamen aliqui casus, quibus, etsi hereditas ex testamento non adeatur, legata nihilominus debentur: I. Si heres scriptus, qui simul est sanguine proximus, causam testamenti repudiet, ut ex lege adeat, ac ita legatarios eludat, *l. 1. & tot. tit. si quis omis. causa testam.* idemque juris erit, si extraneus scriptus in gratiam legitimorum pecunia corruptus repudiet, *arg. l. 2. § ult. de suis & legit. hered.* II. Si Testator legatum a legitimis heredibus repetierit, ut *in l. 88. § 9. de Legat. 2.* III. Quando hereditas verbis indirectis ita relicta est, ut a Legitimis heredibus esset petenda, *l. 14. C. de fideicomm.* IV. Casus late patet, ut hodie res sunt; quando clausula codicillaris testamento adjecta est, cujus vi heredes legitimi intelliguntur rogati, ut testamento relicta præstent ac impleant, qua de re videbimus *infra.* Gail. *2. obs. 134. n. 3.* Sand. *l. 4. tit. 4. defin. 10.* His addit quintum casum e Jure Frisico Herbajus *de Reb. quoti. l. cap. ult.* quando heres scriptus petit beneficium Inventarii, ex cognatione autem aliquis adire vult pure. Hic enim ad omnia onera, ipsisque legatariis tenetur, *arg. Nov. 1. c. 1. & 4.* ubi, si heres legata non præstet, legatariis quasi-aditio quædam conceditur, scilicet, si heres scriptus jam adierit hereditatem, ne quis putet, ea lege totum juris antiqui articulum, de legatis hereditate repudiata interciden-

(c) *Post. 5. 6. 7. 8.*

tibus,

tibus, esse abrogatum. Rittershus. *ad Nov. part. 6. c. 6.*

6. Cæterum, producta est lex Falcidia ad dationes mortis causa, *l. 5. C. h. t.* & ad eas inter vivos, quæ non valent, nisi morte firmatæ, ut inter conjuges, *l. 12. C. eod.* etiam ad fideicommissa, quæ ab intestato relinquuntur, *l. 18. D. eod.* non tamen ad mortis causa capiones, *l. 93. eod.* nec ad ea, quibus legatarii gravantur, *l. 47. § 1. eod.* solis heredibus & heredum heredibus hoc jus datur, *l. 10. C. d. tit.*

7. Scilicet heres antequam legata præstet, aut de Falcidia inquirat, exsolvere debet æs alienum, & libertatem præstare servis manumissis, eorumque pretia, si in æstimanda quantitate bonorum ratio illorum habita sit, deducere, præcipue vero & ante omnes alios creditores, tam hypothecarios quam personales, solvere quicquid in funus defuncti honeste impensum est, *§ ult. h. l. pen. de relig.* itidem quicquid hereditatis adeundæ causa est erogatum, *l. ult. § 9. C. de jure delib.* Tum conferenda quantitas bonorum, quæ supersunt, cum legatis; quæ si tot & tam grandia sint, ut heredi quartâ libera non supersit, tantum ex singulis deduci debet, quantum scilicet a quarta deficit, octava, si octava supersit, aut plus minusve, ut latius in *d. § ult.*

8. (d) Usus legis Falcidiæ restringitur variis casibus, quibus cessat, iique respectu aut testatoris, aut heredis, aut rei legatæ, considerantur. Intuitu testatoris, I. Si ille sit miles, casu quo privilegio testandi gaudet, *l. 7. C. h. t. l. 12. C. test. mil. l. 17. & l. 49. ff. h. t.* II. Si testator vivus heredi æquivalentem quartæ summam repræsentaverit, hoc est, in antecessum præstiterit, *l. 56. § ult. h. t.* Denique III. si prohibuerit Quartam; tunc enim qui institutus est, hereditatem aut repudiare, aut solida legata præstare debet, *Nov. 1. c. 2. in fine.* Quod jure veteri licuisse, non apparet, & revera tale hoc est, ut institutum prudens Falcidiæ rogationis evertat; in liberis tamen non posse prohiberi, tenent Dd. communiter. Wissenb. *ad h. t. ff. th. 22.* Respectu heredis, I. Si quibusdam solida legata, sciens dodrantem non esse salvum, dederit, *d. N. 1. c. 2. l. 1. C. h. t.* tunc enim respectu reliquorum legatariorum, cessat Falcidia. II. Si id egerit, ut fideicommissum intercideret, *l. 59. in pr.* Respectu rerum legatarum, cessat Lex Falcidia I. in rebus ad pias causas legatis, *N. 131. c. 12.* nam quod alii crebro monent, non quemvis, sed heredem tergiversatorem morasque nectentem, Falcidia mulctari, quod male Irnerius in *Auth. similiter. C. ad L. Falc.* omiserit, hoc rationem habere non video. Ait enim Imp. cessare Falcidiam, si heres ea, quæ ad pias causas relicta sunt, non impleverit, λέγων, τὴν καταλειφθεῖσαν αὐτῷ περιουσίαν μὴ ἀρκεῖν εἰς ταῦτα, *dicens relictam sibi substantiam non sufficere adicta.* Quid est aliud, quod quilibet heres integra legata præstare nolens, obtentu Falcidiæ detrahendæ proferre possit? si hoc allegans solida solvere cogitur legata, quid ni Falcidiæ diminutionem frustra dicamus opponi? Dissentire videtur Sand. *l. 4. tit. 7. def. 10.* & Wissenb. *ad ff. h. t. th. 16. & 21.* Cessat quoque II. Falcidia in rebus alienari prohibitis, *N. 119. c. 12.* III. In rebus hereditati subtractis, *l. 24. in pr. h.* quarum quarta Fisco vindicatur, *l. 6. de his, quæ ut ind. lign.* Denique est adhuc a parte heredis ille casus, III. si heres inventarium facere neglexerit, *N. 1. c. 2. § 2.* Unde liquet, cum hodie inventarium rarius conficiatur, quia memoriæ defuncti ignominiosum habetur, non esse frequentem Legis Falcidiæ usum moribus nostris: Nihil tamen obstat, quominus, ubi hereditas a testatore legatis exhausta est, heres sine scrupulo faciat inventarium, cogitans, si quid inde honos defuncti contrahat dedecoris, ipsius imprudentiæ id esse imputandum.

TIT. XXIII.

De Fideicommissariis hereditatibus.

Quid & quotuplex fideicommissum, ac unde ejus origo. De SCtis Trebell. & Pegasiano. Confusio utriusque SCti in unum, ejusque primum caput. Liberi an duplicem detrahant quartam. Alterum caput SCti. Tertium caput, de herede cogendo ad restituendum. De fideicommisso heredi coram injuncto.

(d) *Pos. 10. & seqq.*

(a) Dictum de Elogiis Testatorum, quæ directe & per modum imperandi fiunt. Sunt etiam liberalitates, quæ in ultimis voluntatibus non nisi precario & indirecte collocantur, FIDEICOMMISSA quæ dicuntur. Eaque sunt universalia, vel particularia. Universalia sunt hereditates, quæ certorum hominum fidei, aliis personis restituendæ committuntur. Particularia nihil sunt aliud, quam legata indirecta. Origo fideicommissorum memoratur in § *1. h. t.* Erant olim Romæ plures personæ incapaces, quibus aut nihil, aut non tantum relinqui poterat, quantum aliis, ut erant non modo igni & aqua interdicti, proscripti, transfugæ, peregrini, sed etiam feminæ, orbi, cælibes, ut apud Ulpianum *tit. 22. § 2. & tit. 15. cum seq.* nec non apud Ciceronem *1. In Verr. & 2. de Finib.* declaratur exemplis. Quibus tamen hujusmodi personæ ad animum pertinebant, cum aperte nihil illis per leges relinquere possent, hi instituere solebant heredes amicos, in quorum conscientia fiduciam habebant; quos tum secretis precibus rogitabant, ut personis incapacibus partem, vel omnia, restituerent. Hi, mortuis rogatoribus, in arbitrio habebant, utrum implere voluntatem defunctorum vellent, an retinere sibi hereditatem; Neque enim personæ fideicommissæ actionem in foro movere poterant; Nec raro eveniebat, ut scripti heredes bona supprimerent. Id veteribus semper detestabile visum. Tanto magis, quia plerique talium heredum fidem sancte obstrinxerant. Nemo tamen Reipublicæ temporibus jus publicum mutare poterat, fluctuavitque mos fideicommissorum inter exempla probitatis & perfidiæ, donec Imperator Augustus mutationem invexit, & Consulibus auctor fuit, ut nominatos heredes cogerent fidei suæ commissis restituere hereditates, *l. 1. h. t.* Quod cum populo omnibusque bonis placeret, tantus paulatim fideicommissorum favor est factus, ut tandem Prætor in id unice crearetur, qui de fideicommissis jus diceret, quem fideicommissarium appellabat; imo Claudius duos constituit, qui teste Tranquillo *cap. 23.* contra morem suum non darent judices pedaneos, sed ipsi cognoscerent & sententias ferrent, *l. 178. § 2. de V. S.* Ulpian. *tit. 25. § 10.* Postea vero alius fideicommissorum usus invaluit, ut instar substitutionis fungeretur; eo quod testatores rogabant suos heredes, ut hereditatem post aliquo tempus, vel conditione existente, aut frequentissime post mortem suam, seu pure, sive, si sine liberis discederent, aliis restituerent, idque per plures gradus sine fine modoque. Imo hic usus postremo solus remansit, quatenus hodie satis constat, non licere per fideicommissa quicquam relinquere personis, quas leges inhabiles & intestabiles esse volunt, sive aperte in testamento scribatur fideicommissum, seu tacita rogatione fides heredis scripti devinciatur; nam quod palam rogatur, id pro non scripto habetur, quod clam, id in fiscum redigitur, *l. 3. de his, quæ pro non script. l. 1. & l. 2. § 1. de jure Fisc.* quod tot Pandectarum locis habetur scriptum, & est tam notæ doctrinæ, ut quando juris id ordinarii fuerit, ut personis incapacibus relicta præstari necesse, legesque licitum fuerit eludere, non admodum imaginari possim.

2. (b) Relinquuntur fideicommissa in testamento, vel ab intestato. In testamento, quæ sunt universalia, nituntur hoc fundamento, ut primum aliquis recto jure instituatur heres, qui scilicet rogetur, bona restituere tertio. Non valet igitur testamentum, ubi scriptum est ita duntaxat, *Rogo te Luci, ut hereditatem, cum primum poteris, Cajo Sejo restituas;* sed præmitti debet, *Lucius Titius heres esto.* tum rogatio subjungi, § *1. h. t.* Lucius heres primus, in quo testator collocat fiduciam, quod amici fidelis officium sit impleturus, vocatur heres *fiduciarius;* alter, cui debet restitui, is est *fideicommissarius.* Hic autem jus suum a fiduciario consequi debet: Proinde si hic moriatur ante Testatorem, fideicommissarius nihil habet quod petat, sed Paterfamilias decedit intestatus, quia bona non possunt transire, devolvi & pervenire ex primo in secundum, nisi mediante restitutione; restitui autem non possunt nisi ab eo, qui prius illa consecutus est; *arg. § 2. & 3. Sand. 4. 5. 1. vers. nam ex recepta &c.* Quoniam autem ratio est inmota juris, quod is, qui semel est heres, nunquam desinere possit heres esse, *l. 88. D. de her. inst.* ea res nec aliter se habere potuit in fideicommissis. Sed qui institutus erat, is in perpetuum manebat heres, etsi bona atque hereditatem restituisset. Is vero, qui recipiebat hereditatem, aliquando heredis, aliquando legatarii loco habebatur, ait Justinianus in § *5. h. t.* Quod est intelligendum, postquam Scta Trebellianum atque Pegasianum constituta sunt; namque sub Augusto, Ti-

(a) *Post. 1. 2. 3.* (b) *Post. 4. 5. 6. 7. 8.*

berio,

berio, Claudioque Imperatoribus, ille, qui rogabatur, non poterat non esse heres semper & indistincte, adeoque ille bonis quoque translatis, in fideicommissarium actiones hereditarias instituere, atque pati, convenire & conveniri debebat: quia non, sicut res corporales, ita jura quoque & actiones translationem de persona in personam, & quasi de loco in locum recipiebant: hoc opus legis esse, ratio dictat, & videbimus *infra tit. de Mandat.* Igitur ex sententia SCti Trebelliani, fideicommissarius heredis locum & jus tenebat, fiduciarius nomen duntaxat. Rursus ex consequentia Pegasiani, fideicommissarius quasi pro legatario habebatur.

3. (c) Senecet, Trebelliano, quod factum est temporibus Neronis, Trebellio Maximo & Annæo Seneca Consulibus, cautum est, ut actiones hereditariæ tam activæ quam passivæ, una cum bonis & substantia hereditatis, in fideicommissarium transirent; cum satis incommodum esset, ut is, qui bona non habebat, onera tamen sustineret: Actiones interim, quas fideicommissarius exercebat, non directe, sed utiles ex SCto erant, ut hactenus saltem juris subtilitati satis fieret, quia contingere non poterat, ut is, qui institutus non erat, heres proprie fieret, in § 4. *h. t.* Atque ita quidem fiduciarius heres, solo restitutionis officio defungi poterat, neque molestiis litibusque hereditariis implicabatur; nihil tamen lucri percipiebat. Qua re paulatim compertum est, aliud nasci incommodum; nempe, ut heredes rogati, videntes nihil sibi aliud in testamento relictum, quam ministerium adeundi reddendique hereditatem, animos ita inducerent, ut plane huic rei se miscere gravarentur, unde repudiatio & destitutio testamenti sequebatur. Cui medendo incommodo factum; impetrante Vespasiano, Senatus C. Pegaso & Pusione Coss quod a Relatore dictum est Pegasianum, quo cautum, ut heres rogatus aliis restituere plus quam dodrantem hereditatis, perinde quartam partem retineret, atque ex Lege Falcidia de legatis retinere conceditur, § 5. *h.* Unde liquet, exemplo Falcidiæ hanc Pegasianam esse repertam: quin veri - simile est, usu fori Romani Quartam Falcidiæ ad Fideicommissa fuisse productam, etiam antequam Pegasus retulisset; quia postmodum hæc Quarta fideicommissaria non Pegasiana, sed Falcidia nominari perseveravit, ut *l. ult. de leg. 1. l. 30.* § 7. *d. l. L. Falcid.* §

(c) *Posf. 9. 10. 11. 12.*

3. Inst. Quib. mod. testam. infir. Ex eodem SCto Pegasiano, de fideicommissis singularibus Quarta detrahebatur, ut Justinianus *in d.* § 5. de Pegasiano agens, *Ex singulis quoque rebus*, inquit, *quæ per fideicommissum relinquuntur, eadem retentio permissa est.*

4. Quia autem ex Pegasiano fiduciarius, (de hereditate loquimur) non titulum inanem, sed & titulum, ut loquimur, bonaque ipsa habebat, translatio actionum ex sententia Trebelliani cessabat; eratque cum effectu heres; fideicommissarius autem etsi maximam bonorum partem consequebatur, tamen quia heredis qualitas non in rebus, sed in jure consistit, pro herede haberi non poterat, quia duo heredes cum effectu nullo modo esse poterant. (d) Obtinebat igitur inter illos, quod semper juris erat, quando unus heres instituitur, alius magna ex parte legatarius erat: Hic enim partiarius dicebatur, & species legati partitio, teste Ulpiano *tit. 24.* § 23. & *tit. 25.* § 13. Usus igitur horum SCtorum nunquam pariter obtinebat. Sed alterutro fiduciarius debebat esse contentus. Igitur sic observabant, ut si quarta pro fiduciario ex providentia defuncti salva foret, hereditatem ille secundum Trebellianum adiret, ut in utrumque actiones hereditariæ pro rata quartæ atque dodrantis darentur, in heredem jure antiquo, in fideicommissarium ex SCto. Si quarta non esset salva, fiduciarius uti solebat beneficio Pegasiani, quartaque retenta, dodrante restituto, jus heredis exercebat; ne autem solus ferret onus æris alieni, cui respectu creditorum erat obnoxius, stipulationes eædem inter ipsos interponebantur, quæ solitæ sunt inter emptorem venditoremque hereditatis intercedere; Fiduciarius stipulabatur, quantam pecuniam hereditatis nomine solvisset, tantam sibi a fideicommissario pro rata dodrantis reddi; Hic contra, quanta pecunia ad fiduciarium ex nominibus hereditariis aut aliunde pervenisset, tantum sibi pro simili rata dari, apud Ulpian. *tit. 25.* § 13. Paul. *4. sent. 3.* Theophilus *hic*, & § 6. *h. t. l. 37. de Pecul.* & *l. 50.* § 1. *de V. O.*

5. (e) Sed ut fit in communione & partitione onerum atque commodorum, frequenter super his præstationibus hinc inde controversiæ oriebantur, adeo ut homo excelsi ingenii Papinianus, stipulationes illas diceret esse captiosas, teste Justiniano in § 7. *h. t.* qui tandem juxta se-

(d) *Posf. 6.*

(e) *Posf. 13.*

ctam temporis sui, τοὺς τοῦ Πηγασιανίου περιόδους μισήσας τε καὶ ἐκβαλών, ambages Pegasianas odio habens & expellens, ut loquitur in *Nov. 1. cap. 1. §1.* doctrinam hanc duplicis SCti ad majorem simplicitatem & consonantiam deduxerat, faciendo ex duobus SCtis unum. Quod effecturus, Trebellianum ut principale consideravit: Pegasianum abolevit, ejusque vim omnem in Trebellianum transfudit; etsi enim in Pegasiano major utilitas, in altero tamen vis erat major, si quidem pluris est universi juris translatio, quam commodi alicujus pecuniarii attributio: Ideo quod principale fuit, hoc alterum ad se trahere debebat. Sententia autem SCti ita, ut nunc est, aucti, tribus fere constat articulis; primo, ut is, qui plus quam dodrantem hereditatis rogatus est restituere, tantum e bonis detrahere possit, quantum explendæ quartæ requiratur, idque tam per repetitionem, tradita hereditate, quam per retentionem. Alterum est, ut actiones hereditariæ tam activæ quam passivæ, inter fiduciarium & fideicommissarium, pro rata quartæ atque dodrantis dividantur. Tertio, ut fiduciarius recusans hereditatem adire, ad hoc & ad restitutionem compellatur. Hæc sunt capita, quæ memorantur in § 7. *h. t.*

6. (f) Quod attinet ad primum, detractio fit simpliciter in fideicommissis primitivis, quæ statim restituuntur, qualia nunc raro frequentantur: quis enim testatores hodie audit ita loquentes; *Titius heres esto, rogo te Titi, ut hereditatem mox Cajo restituas?* Sed in fideicommissis, quæ restitutionem in tempus longum, & plerumque sub mortem differunt, fructus interim ex hereditate percepti cum quarta compensantur, *l. 18. § 1. ad Sc. Trebell.* nisi cum pater aut mater filium filiamve restitutione prægravarunt, quibus detractio Quartæ non ex reditibus, sed ipsa bonorum substantia debetur, *l. 6. pr. & § ult. C. de Sc. Trebell.* quos autem supra quartam fructus perceperunt, ad hos fiduciarii restituendos nulli tenentur, *d. l. 18. in pr. nisi mora facta est, aut cum quis specialiter fuerit rogatus & fructus restituere*, ut scriptum est *ibidem.* Rogatio vel expresse fit, vel tacite. Expresse quomodo fiat, per se patet; Tacite variis modis, veluti, quando hereditatem cum incremento restituere jussus est, *l. 63. § 4. h.* vel si dixerit testator, *quantacunque pecunia ex hereditate de bonis meis ad eum pervenit, eam pecuniam omnem restitui volo*, l. 32. h. t.

SCHOLIUM.

Imo in hoc casu fructus non restituentur, per expressos textus Modestini in l. 83. de Leg. 3. *& Papiniani in* l. 57. pr. ad Sc. Trebell. *Quibus tamen non obstat responsum Ceisi ab Autore hic citatum in* l. 32. eod. *quippe in quo ratio decidendi latet in voce* DE bonis meis, *& in voce* PECUNIAM; *adde* Wissenbachium d. th. 7.

RESPONSIO.

Tu igitur distingue formulas tacitæ rogationis. Hæc verba; Quicquid ad eos ex hereditate bonisque meis pervenerit, *non afficiunt fructus*, l. 57. ad Sc. Trebell. l. 83. de legat. 3. *secus hæc;* quantacunque pecunia ex hereditate de bonis meis, d. l. 32.

Denique Papinianus docet in *l. 3. § 2. de usur.* eum, *qui rogatus est post mortem suam quicquid ex bonis supererit, Titio restituere*, videri etiam ut fructus restituat, esse rogatum, cum qua confer *l. 58. § pen. D. h. t.* ubi hæc verba, *Quod ex hereditate superfuisset*, fructus non comprehendunt. Bona fructus dicunt, hereditas fructus non significat.

7. (g) Quartam igitur veteres sufficere existimarunt, quasi pro redhostimento hereditatis restitutæ, tunc deducendam, quando non erat salva. Nam ubi illa heredi, titulo institutionis, aliove supperebat, amplius de Quarta κάθαρος λόγος erat, & termini habiles deficiebant, quia dodrantem fideicommissario restituere debebat; quem non erat præstiturus, si jam habens quartam, adhuc pro quarta deducere posset; idque nec aliter in liberis a parentibus gravatis servari, indicat *l. 6. in fin. pr. C. h. t. & l. 11. C. ad L. Falc.* Alienam igitur oportet esse a jure civili sententiam, consensu Doctorum & valida praxi ubique receptam; quod a Parente rogatus hereditatem restituere post mortem suam, jus habeat capiendi legitimam, qua filius est, & Quartam Trebellii, quatenus est gravatus. Moveri solet a dissentientibus, quod & alias geminæ deductiones in jure memorentur, velut in *l. 67. ad L. Falcid.* quod ego in istac specie non puto: Heres deducit ibi, scilicet quartam Falcidiam, & si tum adhuc plus sit relictum, quam per Juliam & Papiam licet, hoc quoque deducit. Sed non est deductio, legati per leges imminutio, quia non plus ipso jure legatum intelligi potest, quam per leges sit lici-

(f) *Pos. 21. 22.* (g) *Pos. 24.*

cum.

tum. Nec nisi unicam detractionem in *l. 3. §2. h. t.* intelligimus, ubi heres & a legatis & a fideicommissis, quartæ jus habet deducendæ, adeoque Falcidiæ & Trebellianicæ; Responsio enim facilis, heredem ab universa hereditate, quam & fideicommissio & legatis exhausit testator, quartam deducturum, quatenus est gravatus; quam simplicem esse & uniformem deductionem, res ipsa loquitur. Verum est, legitimam & Quartam fideicommissi, descendere ex alio atque alio jure, legitimam ex jure Naturæ, Trebellianicam ex Scto, unde alteram alteri non obesse consequeretur, nec prohiberi filium diversa adeo & discrepantia jura pariter exercere. Idque non sine specie diceretur, nisi hæ duæ detractiones se invicem everterent, unaque alteri terminos habiles adimeret, quod facit legitima Trebellianicæ, siquidem hæc non aliter competit, quam ubi quarta non est salva; sed qui habet legitimam, is, hodie præsertim, multo quidem plus habet. Plura, quæ proferuntur, ut quod legitima sit æs alienum, similiaque, refutatione vix indigent. Constat interim, praxin hac parte jus Romanum subegisse, adeo ut ne Parentes quidem, legitima liberis relicta, Trebellianicæ detractionem prohibere possint, quod extra respectum legitimæ, jure Civili tam novo quam veteri, sine dubio licet, *arg. N. 1. c. 2. § 2.* Sande 4. 7. 3.

8. (h) Alterum caput Sti est, quod actiones atque onera hereditatis, scinduntur inter heredem & fideicommissarium pro rata, ut heres solvat æs alienum pro quarta, nisi rem, vel summam certam, loco quartæ a testatore jussus sit retinere; quo casu rem illam instar legati habet liberam, etsi quartam longe excedat, imo licet maximam bonorum partem exhauriat, quia secum constituere debet fideicommissarius, utrum sibi suscipere hereditatem ea conditione, an repudiare expediat, ut latius in *§ 9. h. t.* aut saltem conficere potest inventarium, ne ultra vires hereditarias teneatur; *§ 5. I. de Hered. qual.* tunc enim creditores ad fiduciarium se conferent; quem nihil ex hereditate, nisi dimissis creditoribus, lucrari posse certum est. Forte autem ne quidem citra inventarium, fideicommissarius ultra quam ad ipsum pervenit, legatariis tenebitur, herede fiduciario cæterum obligato, per ea, quæ tradit Ulpianus in *l. 1. § 17. ad Sc. Trebell.* At de legatis quid juris erit, an horum quoque præstatio scinditur inter fiduciarium atque fideicommissarium? Si nihil præter quartam penes heredem remaneat, ea quidem per legata minui non debet; quia sic constitutum est, ut per testatorem quarta pars bonorum salva sit heredi, neque plus dodrante seu legatis seu fideicommissis, exhauriatur. Atque ita Julianus scribit apud Ulpianum in *l. 1. § ult. h. t.* si is, qui quadringenta in bonis habeat, trecenta legasset, & hereditatem Sempronio restitui rogasset; centum, quæ faciunt quartam, deductis ab herede, legatorum actionem totam in fideicommissarium dari. Atqui Philippus in *l. 2. C. h. t.* rescripsit, ad eum, cui ex Trebelliano Scto pars hereditatis restituitur, legatorum præstationem *pro competenti portione* spectare; idque juris esse indubitati. Est ita, si non totum, quod potest testator, sed partem duntaxat, adeoque minus dodrante restitui jubeat; tunc enim pro rata partium, quæ apud utrumque residunt, legata scinduntur, ut tamen nunquam minus Quarta apud fiduciarum relinquatur, quod & Julianus auctor est in *d. l. 1. § penult. h. t.*

9. (i) Tertium caput Sti, quasi sanctionis vicem obtinens, est, quod heres fiduciarius hereditatem adire, atque ei, cui rogatus est, si sponte nolit, restituere cogitur, *d. § 7.* Fieri enim potest, ut vel timens negotia, aut vexationem, vel æris alieni cumulum, miscere semet rebus alienis gravetur, quo casu etsi difficulter aliquis ad ejusmodi factum possit compelli, Prætor tamen suas partes interponit, heredemque etiam, si necesse, captis pignoribus, adigit, ut officio adeundi restituendique, sine onere tamen suo, & quasi dicis gratia, fungatur; nempe ut fideicommissarius curet æs alienum omniaque negotia hereditaria, ipse præter nudum juris ministerium nihil omnium attingat, nihil etiam lucri, adeoque nec Quartam percipiat, quemadmodum Ulpianus πραγματικῶς docet in *l. 4. h. t.* cui addit Marcianus, eum etiam, qui magna præditus est dignitate vel auctoritate, vilissimi cujusque, etiam harenarii vel meretricis hereditatem, adire atque restituere cogi, *l. 5. h. t.* quin etsi alio loco, inde procul, ubi habitat, jussus sit adire, voluntatem defuncti implere debet, *l. 6. § ult.* ut tamen impendia & vacationum utilitates ei præstentur, neque etiam morbo implicitus proficisci cogatur, multo minus conditioni, quæ displiceat, parere, veluti ut nomen testatoris vespillonis ferat, *l. 7. eod.* Petenti tamen spa-

(h) *Pos. 18. 19. 20.* (i) *Pos. 14. & seqq.*

tium

tium deliberandi conceditur, *l. 9. § 1.* modone nimis longum, *ne* prius decedens fideicommissarium decipiat. *l. 13. § 3. h.* Quod si major magistratus sit institutus & rogatus, qui ab alio magistratu compelli nequeat, Principale auxilium implorandum est, *d. l. 13. § 4.* Debet autem restitutio fieri, quando dies legati cedit, hoc est, eo tempore, quo testator hereditatem ad fideicommissarium pervenire voluit; quæ res pluribus est obsepta difficultatibus, quam ut hoc loco absolvi queat, Scholiastes eam quoque latius prosecutus est; sed nos eam rejiciemus ad *usque Pandectas, titulo, Quando dies legat. & fideicomm. cedat.* Prorsus igitur repudiare non licet, quin coactioni subjectus sit heres, *l. 14. § 1.* si fideicommissarius eum cogere supersederit, ac interim ille sit mortuus, hereditas ad legitimos defertur cum onere fideicommissi, *l. 2. § ult. de suis & legit. hered.* sed si fiduciarius neque repudiaverit, neque compulsus adierit, ac interim sit mortuus, heres ejus etiamnum compelli posse videtur; *cur enim recusaret, quod recusare non potuit is, cujus hereditatem suscepit*, ait Marcellus in *l. 44. h.t.*

SCHOLIUM.

Loquitur equidem l. 44. *non de herede fiduciarii, sed fideicommissarii. Interim tamen argumento* d. l. 44. *verbis:* cur enim recusaret &c. *potest hæc assertio probari. Probabitur etiam argumento* l. penult. § 1. C. ad Sct. Trebell. *quod facit* Wiss. ad ff. de Sct. Trebell. th. 10.

Quod si nullum successorem reliquerit fiduciarius, utiles actiones ipso jure transeunt in fideicommissarium, ex constitutione Justiniani in *l. pen. § 1. C. h.t.*

10. Restitutio non tantum fit possessione translata, ex mutuo consensu; sed etiam patientia heredis, concedentis fideicommissarium res hereditarias vel omnes vel aliquas earum possidere, hac mente tamen, ut vellet restituere, & ille suscipere, non si ex alia causa. Sed & si verbo dixit, se restituere, vel per epistolam vel per nuncium, hereditas pro restituta habebitur, actionesque ipso jure transibunt, *l. 37. in pr. h.t.* nisi heres ante restitutionem pignus acceperit; quippe illius nomine actio hypothecaria non transit, nisi mediante cessione, ad quam tamen heres compelli potest; idque etiam obtinet, tametsi contractus, propter quem pignus acceptum est, a defuncto fuerit initus, *l. 73. h.t.* attamen contra fidejussorem, quem heres a debitore hereditario ante restitutionem accepit, transeunt immediate actiones in fideicommissarium, *l. 21. pr. D. fidejuss.* similiter pecuniam defuncto debitam, & sibi constitutam, heres post restitutionem ex Trebelliano petere non potest, quia principalem obligationem transtulit ad alium, ait Paulus in *l. 22. π. Const. pecun.* Differentia igitur num forte statuenda inter pignus hypothecamve, aliosque contractus, an dicemus in *dd. ll. 21. & 22.* contractus fuisse initos κληρονομίας ἐνέματι, ut Basilici notant, nomine hereditatis, & *l. 37.* nomine proprio heredis? quod facilius videtur. Si nomine hereditario, translatio fit ipso jure; si suo, debet cogi ad cessionem faciendam.

11. Coactionis illius ratio, cum toto hoc titulo a Jctis tam πραγματικῶς tractetur, quemadmodum supra monstravimus, non est dicendum, heredem fiduciarium præstando id quod interest posse defungi, sed omnino ad ipsum aditionis factum a Magistratu adigetur; tamen si quis adeo sit contumax, ut neque captis pignoribus, neque multæ dictione ad parendum Prætori possit adduci, res loquitur, fieri non posse, uti ad factum adeundi cogatur, sed in locum facti illius implendi, ex jure ordinario sequitur actio in id quod interest, § *ult. Inst. de V. O. l. 72. ff. eod.* interim hereditas nihilo minus pro adita, potestate juris habebitur, actionesque transibunt; ne pervicacia fiduciarii testatorem faciat intestatum, *argum. cit. l. pen. § 1. C. ad Sc. Trebell.* Quod si pareat compulsioni, ac interim is, a quo coactus est, decesserit, heres ejus hereditatem actionesque suscipere cogitur, *l. 44. in pr. ad Sc. Trebell.* si heredem ille non habeat, adeoque non sit cui fiat restitutio, tum petere potest, ut bona hereditaria vendantur; aut creditores id, petita separatione, impetrare possunt, *l. 1. § 6. de Separat.*

12. (k) Qui coactus, ita ut diximus, adit atque restituit hereditatem, expers est omnis lucri, expers omnis oneris, in specie *d. l. 4. h.t.* Culpam nihilominus, quam præstant fideicommissarii, luere debebit, sed eam duntaxat, quæ dolo proxima est, *l. 22. § 3. h.t.* tametsi legatarium de levissima quoque teneri, ex *l. 47. § pen. de legat. 1.* dictum sit alibi; quia legatarius rem alienam possidet, atque fiduciarius interim dominus

(k) *Pos. 16.*

minus est, atque etiam alienare potest, ad valorem quadrantis sui indistincte, *l. 3. § 3. h. t.* ac insuper dotis, vel donationis propter nuptias liberis suis faciendæ gratia, ex *Auth. res quæ. C. comm. de legatis.* quod recte Interpp. ita monent temperandum, ut de ejusmodi dotibus, nuptialibusque donationibus, quas præstare debuisset testator aut fuisset præstiturus, intelligantur; de liberis enim loquitur authentica. Si vero, *quod ex bonis* post mortem *superfuerit*, restituere rogatus, jure novissimo constitutum est, cum jus habere diminuendi atque alienandi usque ad dodrantem, solo quadrante necessitati restitutionis subjecto: idque nec tine exceptione: videlicet dotis, donationis propter nuptias in liberos conferendæ, redemptionis captivorum, necessariique alimenti gratia, in *Auth. Contra. C. h. t.* Si quid tamen mala fide contraque boni viri arbitrium sit consumptum, id repeti potest a fideicommissario; qui etiam attendere debet, ne impensæ & erogationes fiduciarii, ex hereditate factæ, soli fideicommissario imputentur, sed pro rata patrimonii, quod heres proprium habuit, distribuantur, *l. 45. h. t.* Quocirca res postulat, ut heres de superfluo tantum rogatus; atque etiam, ut fieri solet, remissa vel prohibita inventarii confectione, qualemcunque tamen bonorum descriptionem, sumptibus fideicommissarii petentis exhibeat, ex qua constare aliquando possit, de qualitate & quantitate rerum hereditariarum, de proportione Quartæ & distributione impensarum, idque usu servatur, teste Sanctio *lib. 5. tit. 3. definit. ult. in fine.* Huc etiam pertinet cautio, quam heres præstare debet, se fideicommissum tempore, quo rogatus est, restituturum, *l. 1. & tit. ff. ut legat. vel fideic. nom. cav.*

13. (l) Creberrima usu sunt fideicommissa conditionalia, quibus rogatur heres conditione aliqua existente, hereditatem restituere; maxime *si sine liberis decedat*; qua pendente, palam etiam non posse eum cogi ad restituendum, *l. 27. § 4. h. t.* quin si velit, rem interea alienare potest, *l. 48. § ult. de jure Fisci.* Quod si fiduciarius conditionalis repudiet hereditatem, non est alius exitus, quam ut fideicommissarius eam, si velit, suscipiat, actionesque ipso jure quasi translatas exerceat, secundum *d. l. pen. § 1. C. ad Sc. Treb.* Imo aliquando, etiamsi existat conditio, non esse compellendum heredem, æquitas & favor pietatis suadet; Nimirum, si pater filium, uti post mortem Titio restitueret hereditatem, rogaverit, filioque dein proles sit nata; mortuo filio, non fiet restitutio, sed bona penes liberos detinebi, qui sunt nepotes testatoris, remanebunt, quoniam avus eo creditur affectu erga nepotes fuisse; ut additamentum conditionis, *si filius sine liberis moreretur*, tacite intellexisse videatur, *l. 102. de C. & D. l. 30. C. de Fideicomm.* Quæ conjectura deficit, si filius tempore facti testamenti, quo fideicommissum est conditum, liberos habuerit, eosque vivere avus non ignoraverit; Proinde in ea specie fideicommissum nihilominus restituetur extraneo, deducta Quarta Trebellii, aut potius secundum hypothesin juris novissimi, Legitimæ, imo, ut pragmatici volunt, utraque. Denique non licebit, quod de avo respectu nepotum diximus, vel patrum erga filium, transferre ad fideicommissum, quo filius parentem heredem obligaverit; neque hoc, liberis postea instituto parenti natis, intercidere dicendum est, *arg. l. 7. § ult. si tabb. testam. nulle ext. & l. 15. de inoff. testam.*

14. (m) Tribus itaque capitibus istis absolvitur hodie Sctum Pegasiano-Trebellianum. Quod etsi de universa hereditate ut plurimum loquatur, de parte tamen æque omnia intelligantur, *§ 8. h.* de parte videlicet assis. Nam de singulis rebus fideicommisso gravatis sequenti capitulo agetur. Præterea sciendum, etiam heredem ab intestato fideicommisso posse gravari, § 9. Nam etsi nihil a testatore, sed omnia a Lege accipere videatur, cui sit consequens, eum a testatore neutiquam posse onerari, *l. 9. C. de Fideicomm.* re tamen solide examinata, non potest non a defuncto honoratus censeri etiam is, qui ab intestato succedit: Lex enim hereditatem ipsi defert ex præsumpta defuncti voluntate & affectu, qui sanguine proximis præ cæteris bene volentie existimatur suaque illis bona destinasse, quia non alios, quemadmodum poterat, scripsit heredes, *l. 8. § 1. de jure codic. l. 1. § 6. de Leg. 3.* Etenim semel receptis fideicommissis, magis magisque, ut in noviter repertis fieri amat, amplificata sunt, & producta ad casum intestati, quin etiam eo ut fideicommissarius rursum fiduciarius fieret, isque, cui restituta hereditas, eandem totam, vel pro parte, alii restitueret. At vero non tota vis Sti in ipso iterum exercetur, sed veteris tantum Trebelliani; po-

(l) *Pos. 25.* (m) *Pos. 26. & seqq.*

test enim cogi ad restituendum, & actiones ab ipso in novum fideicommissarium transeunt, § *n. h. l. t. § 8. h. t.* sed quarta, quam Pegasius olim dabat gravatis, non conceditur huic secundo fiduciario; cum, quia sic hereditas nimis extenuaretur, tum quod cessat ratio præcipua, quia tum non est periculum, ne testamentum destituatur, semel adita hereditate, *l. 47. § 1. ad L. Falcid. & l. 22. § ult. h. t.* Excipitur, *nisi liberalitatem tantum ad priorem fideicommissarium heres voluit pertinere*, ut Neratius scribit apud Ulpianum in *l. 1. § 19. ad Sc. Trebell.* hoc est, nisi primus fiduciarius detractionem quartæ remiserit, in favorem primi fideicommissarii, tum hic integram hereditatem solita detractione minuere potest; item si primus heres adire ex Trebelliano coactus, totam fideicommissario tradiderit; tunc enim ille secundo fideicommissario eam restituens, quartam habet deducendam, *l. 55. § 2. eod.* Imputari autem posse fideicommissario secundo detractionem a primo herede factam, dubio carere debet, per *l. 78. § n. h. t.* Sed & sæpius fieri potest repetitio fideicommissi; imo nihil usitatius est, quam ut per compendium descendentes onerentur, ut fiat perpetuum per omnes gradus commissum. Quo tamen casu placuit, quando simpliciter descendentes oneraci sunt, vim rogationis ultra quartum gradum, sive generationem a testatore computandam, non extendi; quod Interpp. ex Nov. Justiniani CLIX. collegerunt, ubi testator heredes rogaverat, ut bona suis filiis ac nepotibus restituerent, addito interdicto, ne ex suo nomine familiaque domos alienarent. Respondet in *cap.* 2. Imperator, fideicommissum & prohibitam alienationem, esse personale duntaxat onus, non reale, neque ultra filios atque nepotes produci.

15. Ex quo discimus, si personæ sint expressæ, quarum intuitu fideicommissum statuitur, licet addat testator, se nolle, ut res e familia sua alienentur, eam prohibitionem non ulterius quam ad easdem pertinere personas; quia tum clausula illa prohibitæ alienationis, non stat per se, sed accessoria est præcedentis fideicommissi, Sand. 4. 5. 20. Præterea testator in *d. N. 159.* codicillis nepoti ex filio reliquerat domum lucullentam, cum interdicto alienandi, tam ipsius, quam successorum ejus respectu, addito, se illam, *per omnia & perpetuo velle permanere in familia sua, neque unquam de suo nomine egredi.* Nepote mortuo, hujus filius, pronepos testatoris successit, qui filiæ suæ pupillariter substituit matrem & uxorem, alienas a familia primi testatoris. Ideoque Alexander, proximus ex eadem familia, domum illam cum annexis a matre avinque infantis mortui evincebat. Decidit Imperator in *cap. 2. Hujusmodi quæstiones post quatuor demum generationes moveri, id scrupulosa diligentia plenum videri.* & mox; *quod quatuor jam generationes præteriisse viderentur, hanc sustineremus tam obsoletam causam denuo tradi judiciis.*

16. Ex his advertendum putamus, primo computationem quatuor graduum non esse faciendam juxta numerum possessorum; ut opinari aliquos vidi, sed generationum simpliciter. Ideoque fieri posse, ut prohibita alienatio cesset, ubi non fuerunt quatuor Possessores; quemadmodum heic, tres tantum possederant domum fideicommissam; nepos, pronepos, abneptis. Contra evenire potest, ut quatuor vel plures fuerint possessores; neque tamen exspiraverit prohibitio, ut si fratres plures successive id habuerint, hi omnes pro uno gradu, quemadmodum sunt, haberi debeant.

17. Secundo, vix videri locum esse reprehensioni, qua Cujacius notat Pragmaticos, qui ex *d. Novella* generaliter statuunt, prohibitiones simplices & fideicommissa realia, non nisi ad quartum usque gradum produci: verum quidem est, in specie ibi proposita, rem extra familiam testatoris mediante pupillari substitutione esse delatam, sanctionemque Imperatoris ad similes controversias proprie spectare, ut *ex cap. ult.* videmus, ubi, *Atque hæc*, inquit, *non tantum præsentis causæ decisio esto, sed & reliquarum, in quibus hujusmodi prohibitione facta, tot successiones præterierint: & ultimus heredum, per intervenientem aliquem in medio impuberem, hereditatem capessat.* Sed etsi non fuisset substituta mater, tamen idem juris futurum fuisse, docet expresse Imperator in *cap. 2.* his verbis; *unde tamen si testamentum*, (in quo substitutio pupillaris facta erat,) *illic non fecisset, suburbium tamen ad matrem ejus pervenisset; non pupilla, sed ipsa quoniammodo lege horum causa existente*, hoc est, ab intestato; quoniam antea dixerat, id genus quæstione; ultra quatuor generationes non esse producendas. Utique, si non plane post tot gradus intervenia illa evanescerent, ne per substitutionem quidem enervari potu-

potuissent: nam per alienationem prohibitam etiam testamenti factionem sublatam esse, ita latitium est.

18. (n) Cæterum, etsi fideicommissa in tantum a primæva sua natura recessierint, ut non amplius a fide heredum rogatorum, sed a numero solenni testium, ut reliqua ultimarum voluntatum, pendeant, herede etiam ignaro, manst tamen vestigium pristinæ fideicommissionis eo casu, quando constat, heredem ipsum a defuncto coram rogatum, ut hereditatem, ejusve partem, aut rem certam, alii restituat. Etsi enim tunc non adfuerint quinque testes, qui alioqui in fideicommissis, ut in omnibus ultimarum voluntatum speciebus minus solennibus, requiruntur, *l. ult. § ult. C. d. Codicill.* nihilominus heres compelli potest ad implendam defuncti voluntatem, si modo testes, quot sufficiunt ad probationem rei gestæ, adfuerint, hoc est, duo vel tres, tam mares quam feminæ; aut si nulli adfuerint, modo heres fateatur, se esse rogatum: Nam effugium, quod solennia sint omissa, nihil eum adjuvat, quia placuit in fideicommissis ea non aliter desiderari, quam si heres non sit rogatus. Hoc si factum, tenetur heres velut ex contractu fide data. Quod si rogatum se neget, neque testes adfuerint, nihil aliud supereſt quam religio jurisjurandi, quod is, qui sibi restituendam esse ait hereditatem, illi defert, præstito prius calumniæ juramento, quæ omnia jure veteri admodum consentanea, statuit Justinianus in *§ ult. h. t. l. ult. C. de Fideic.* neque non usu fori observantur; teste Sandio *lib. 4. tit. 5. defin. 18.* quem vide, ut & Vinnium *hic.*

TIT. XXIV.

De singulis rebus per fideicommissum relictis.

(a) ATque hæc de universalibus fideicommissis dicta sufficiant; *De singulis rebus per fideicommissum* relictis, est etiam caput in Institutionibus; sed quæ ad hoc pertinent, ea paucis explicari possunt. Cum enim per omnia legatis adæquatum sit particulare fideicommissum, eo sensu, quo diximus *ad tit. de legat. a pr.* ea, quæ *superius* de legatis fuse dicta sunt, ἀπὸ κοινοῦ facile erit repetere & applicare.

2. Termini tamen, adeoque res adhuc sunt diversæ, Legata & Fideicommissa; nam quod verbis directis & imperativis relinquitur, Legatum dicitur; quod obliquis & precativis, hoc est Fideicommissum, *§ ult. h.* nec memini, qua parte receserim hæc loci a meis *supra* dictis, ut scholiastes notat, nec quid sit, admonet. Particulare igitur est, quando quis alii rem certam rogatur restituere, veluti fundum, argentum, hominem, vestem & pecuniam numeratam, in specie scilicet, hunc vel illum fundum, hominem, & cætera, vel etiam plures fundos, homines, aut argentum, vestem vel pecuniam. Etsi enim generali vel universali complexione quarumdam rerum fuerit usus testator, est tamen singulare fideicommissum, quoties hereditas vel pars aliis non rogatur restitui. Neque tantum heres de re speciali potest rogari, sed & legatarius & particularis fideicommissarius, *§ 1. h. l. 4. C. de fideic.* & mortis causa donatarius, *l. 77. § 2. de leg. 2.* Cui est consequens, quod etiam a legatario legatum hodie possit relinqui, perinde ac fideicommissum: si quidem nulla inter hæc duo supereſt differentia; contra quam olim, *in fine pr. h. t.* Ulp. *tit. 24. § 19.* Gaj. *lib. 2. tit. 7.* Legari quoque res alienas uti diximus, ita & recte per fideicommissum relinquuntur, ut heres aut legatarius rogetur eam redimere, & alii præstare, iidemque de suis rebus & propriis rogari possunt, modo ne testator plus oneris exigat, quam ipse lucri & honoris adscripserit, *§ 1. h. t.* Nam si hæc fecerit, etsi Heres legatum sibi relictum agnoverit: tamen ad plus aliis præstandum, quam ipsemet acceperit, non tenetur, *Nam quod amplius est, inutiliter relinquitur*, ait texrus hoc § 2. Quin imo nec heres ipse de legatis ultra vires hereditarias unquam tenetur, *l. 1. § 17. ad Sc. Trebell.*

3. (b) Plane, quod ad effectum, nihil legata & hæc fideicommissa discrepare animadvertimus, nisi quod in libertate relicta, id quod olim intererat, hodieque supereſſe videatur; nempe quod servus, cui directe legatur libertas, fiat immediate liber ex testamento, ac ita libertus *orcinus*; cujus Patronus sit in orco, vel Charonites

(n) *Pos. ult. tit. seq.* (a) *Pos. l. 2. §.* (b) *Pos. §. & seqq.*

sive χαρωνιανὸς, ut Theoph. cujus manumissor cymba Charontis sit transvectus, pari forma ac olim Senatores, qui ab Antonio quasi e commentariis Cæsaris erant allecti, dicebantur *Orcini*, Sueton. *Aug. c. 35.* Plutarcho in *vita Antonii*, χαρωνῖται, *Charonitæ*, quia Græci Charontem norunt, Orcum non appellant. At quibus per fideicommissum relinquitur libertas, hi ab herede rogatu testatoris debent manumitti, & sic ipsius sunt liberti, ut is habeat jus succedendi ab intestato, petendique bonorum possessionem contra tabulas, prout omnes Patroni, § 2. *l. 7. C. de fideic. lib.* quanquam operas a tali manumisso exigere non potest, *l. 29. de bonis libert.*

SCHOLIUM.

At quid si testator dixerat, Titius heres Davum manumittere damnas esto. *Verborum formula Legatum id esse indicat. An vero & hic servus libertatem ipso jure accipiet? Non puto, id enim defunctus noluit; Ergo patet, decisionem* d. § 2. Instit. de sing. reb. fideicommiss. rel. *non a differentia legatorum & fideicommissorum, sed aliunde petendam esse.*

RESPONSIO.

Unde igitur? Ex eo haud dubie, quod naturalis significatio verborum nunquam abolita fuit, verum semper justam retineat interpretationem. Quando igitur Testator ita loquitur, ut factum heredis necessario interveniat, tunc ipso jure quod voluit, impleri non posse res loquitur. Ita fit in legato damnationis, æque ac in fideicommisso, & hinc eadem utrobique ratio.

N. ADDIT.

Et sufficit adeo, quod ex ipsa hac Autoris expositione mentis meæ constet, verum esse, quod dixeram, decisionis in d. § 2. *rationem aliunde petendam esse, quam a differentia legatorum & fideicommissorum.*

Sed hæc differentia, sublatis servitutibus & manumissionibus, sponte evanescit, neque vero differentia ista transferendi ipso jure legata, non æque fideicommissa, tuto ad res alias producetur; etenim quo minus hæ per fideicommissum relictæ, minus ipso jure quam legatæ res acquirantur, secundum *l. 1. de leg. 1.* nihil profertur. Alia manet, ea quam modo collocavimus ex § *ult. de fideic. hered.* fideicommissum præsente & audiente herede relictum, nullum aliam solemnitatem quam ipsius conscientiam, vel testes duos requirere, quod de legato dici nequit, siquidem ad heredem verba referri & dirigi debent, ut solennitas remissa intelligatur: at eo modo conditur fideicommissum, quod in se & conceptione verborum adhuc a legato differre effectibus duntaxat confusis, *supra* ostendimus; Ideoque sanctio *d.* § *ult.* ad legata non pertinet.

SCHOLIUM.

Ad legata tamen etiam d. l. fin. C. de Fideicomm. *extendunt Pantschmann*, l. 2. quæst. 7. *Siehardus* ad d. l. fin. n. 13. *quos secuti videntur JCti Jenenses in vestenso ap. Richterum* decisione 62. n. 21. & 23. *Sed cum Autore faciunt Sando* lib. 4. tit. 5. def. 18. *Franzk.* ad Inst. § fin. de fideicomm. *Heigius* ibidem. *Praxin judiciorum nostrorum vid. ap. Carpzov.* 3. 8. 40. seq. *Philippi* lib. 3. Eclog. 102. *Richter.* d. decis. 62. n. 20. & 21. Idem liquet inde, *quod constitutio Justiniani sit saltem de fideicommissis concepta*, Franzk. d. l. *& quidem etiam de universalibus, quæ non ita ut singularia legatis exæquata sint. Contra pro dissentientibus asseri poterit, quod legata fideicommissis sint exæquata, eodque respectu verborum sive nulla videatur esse differentia, an Testator præsente herede dicat:* Titius habeto centum: *an;* volo ut Titio dentur centum; *præprimis in idiomate germanico.*

RESPONSIO.

Hæc ratio inde refellitur, quod modo dictum est, nativam significationem verborum, quatenus diversa manet in legatis & fideicommissis, non esse sublatam.

N. ADDIT.

Initio hæc responsio non quadrat, quia in dato casu ostendi, nullam diversitatem significationis verborum adesse. Secundo ipse Autor in præcedenti Scholio concesserat, legati damnationis & fideicommissi, esse unam eamque significationem. Ergo adamas hos casus pro una sententia: Quid interest sive dicit testator: heres meus Titio centum dare damnas esto. sive: volo, jubeo, mando, ut heres meus Titio centum det. Tertio jungendum erat cum præcedente Scholia sequens, quod Autor, nescio qua de causa, separaverit, cum in postremis, ubi ita exstat, continuet rationes pro dissentientium sententia, & in ista separatione, quam nunc facit Autor, non habeat sensum ita commodum. Forte id ideo factum, quia sensit Autor, rationem, quod hic justificat

ciat sola testatoris voluntas, ita prægnantem esse, ut non haberet, quod ei opponeret.

Dicendum autem, etsi heres fidem testatori non dederit, sed rogatus tantum sit, tamen habere locum sanctionem, *d. § ult.*

SCHOLIUM.

Adde quod hic sufficiat sola testatoris voluntas; nec necessum sit, an heres fidem testatori insuper dederit. Prælect. p. 259. n. 18. *Dico* præsente herede. *Nam si hic absens fuerit, legata sine quinque testibus non valere certum est, ut nec fideicommissa*, arg. d. l. ult. C. de Fideicomm. *Philippi* d. Ecl. 102. n. 6.

Cæterum in legatis, sicut in omni ultima voluntate, requiritur etiamnum numerus quinque testium, *d. § ult. l. ult. C. de Jur. Codicill.*

TIT. XXV.

De Jure Codicillorum.

Origo Codicillorum, & quid sint. Quotuplex Codicillus. Heredis institutionem non recipere. Quid hodie sit juris in Codicillo, & quæ sit vis clausulæ Codicillaris, revera & ex sententia DD.

(a) QUemadmodum fideicommissa eludendis legibus reperta sunt, ita scrupulosæ subtilitati juris testamentarii declinandæ, receptus est usus Codicillorum. Etenim, quia frequenter eveniebat, ut quibus integrum non esset, tot adhibere solemnia, quot in testamentis requirebantur, nec tamen æquum, toties eos destitui facultate disponendi, ratio aperta est, qua salva juris testamentarii subtilitate, desiderio ægrotantium aut peregre agentium satisfieret, ut latius memoratur in *pr. Inst. h. t.* Placuit igitur *Codicillos* recipi, qui sunt *species ultimæ voluntatis minus solennis; de iis, quæ quis post mortem suam fieri vult, excepta heredis institutione.* Hoc enim discrimen ideo servatum, ne jus testamenti, cujus basis ac fundamentum est heredis institutio, hac ipsa solemnitatum remissione involveretur. Facile (b) igitur appareret, differentiam codicillorum a testamentis, in summa esse duplicem, quod in hoc institutio heredis, quæque ab ea dependent, fieri nequeant, & quod solemnia juris in codicillo sint remissa, quæ quot numero sunt, totidem differentiæ capita numerari possent: sane est inter ea, quod etiam mulier in codicillo testis esse queat, ut quidem videtur. Cum enim nusquam ei testimonio, præterquam in testamento, interdicatur, eaque prohibitio unum ex solemnibus testamenti constituat, neque novissime inter requisita Codicilli hæc ipsa recenseatur; satis clarum est, nihil cauti videri, quare personam mulieris a Codicillis arceamus, accedente pari argumentatione, ac Paulus utitur in *l. 18. de Testibus.* Quod autem sub finem *princ. h. t.* scriptum est, *si quis testamentum facere non posset, tamen codicillos posse*, videlicet de impedimentis facti, non juris accipiendum, ut satis indicat *l. 6. § 3. & l. 8. § 2. h. t.*

2. (c) *Supra* intelleximus, Heredis institutionem in Codicillis fieri non posse, id & ampliat, nec non limitat Imperator in *§ 2. h. t.* Producitur enim & ad exheredationem, quemadmodum in contrariis easdem sequimur rationes. Sed nec conditionem heredi instituto codicillis adjicere, neque substituere potest testator; Quin hæc omnia in codicillis directe facta, ipso jure nulla censentur, *d. § 2. l. 6. eod. tit.* Nisi quod pupillaris substitutio, facta codicillis, quasi in fideicommissum flecti videatur, per *l. 76. ad Sc. Trebell.* Perinde ut confirmatio heredis antea inutiliter instituti, facta codicillis valet jure fideicommissi, *l. 2. § ult. h. t.* quanquam declaratio heredis in testamento rite, sed absque nomine instituti, possit fieri codicillis, & recto jure subsistat, *l. 77. de hered. instit. & l. 10. de Condit. instit.*

SCHOLIUM.

Imo quævis substitutio institutio, & exheredatio in codicillis factæ, resolvuntur in fideicommissum, si modo constet, testatorem codicillos, non testamentum facere voluisse, argumento d. l. 76. ad SC. Trebell. Videatur *Wissenbach.* d. l. th. 19. *Strauch.* dissert. X. th. 23. *Philip.* Ecl. 105.

RESPONSIO.

Quod in d. l. 76. *benigna interpretatione pla-*

(a) *Pos. 1. 2.* (b) *Pos. 3. & seqq.* (c) *Pos. 7.*

cuisse dicitur, id universi juris facere non est Interpretis: etsi communem eam esse D.t. sententiam, usu fori approbatam, non ignoramus.

N. ADDIT.

Non melius judicare poterimus, quam ex ipsis textu. verbis: Scævola respondit, si pater filium suum impuberem ex asse scripserit heredem, eique Codicillis substituerit, deinde filius impubes decesserit, licet substitutio inutilis sit, quia codicillis hereditas neque dari, neque adimi potest; tamen benigna interpretatione placet, ut mater, quæ ab intestato pupillo successit, substitutis fideicommisso obligetur. *Jam judicet omnis, an JCtus se fundet in speciali aliqua interpretatione benigna juris, an non in generali, & quæ applicari possit etiam ad § 2. & l. 6. h. t. quæ Autorem moverunt, ut a sententia nostra dissentiret.*

Cæterum, ipsa heredis institutio ipsaque exheredatio, tametsi directe non bene fiat, expressa tamen per modum fideicommissi, effectum sortitur, *d. § 2. l. 2. C. h. t.* quo casu heres antea scriptus, aut legis successor, quartam Pegasianam deducere potest, nisi testator eam prohibuerit, ut ex loco de fideicommissariis hereditatibus recordamur. Denique ex eo, quod heres in codicillis institui nequit, hoc etiam sequitur, (d) non ut duo testamenta ejusdem hominis pariter subsistere nequeunt, ita & codicillum a codicillo necessario perimi, verum sine conflictu diversos valere, modo capita unius per alterum non tollantur: Quippe heredis institutio est universalis, codicilli duntaxat particularia continent. Universitates duas nemo solus habet simul, res singulares idem multas habet; Proinde dispositiones judicandæ, § *ult. h.*

3. (e) Divisionem Codicilli ad instar testamenti recipiunt, in scriptos & nuncupativos; Etenim primitus scriptos duntaxat usitatos fuisse, nominis argumento patet; aucto tamen, ut fit, cum tempore eorum usu, declarationem quoque non scriptam solennibus Legum solvere placuit, *l. ult. § ult. C. h. t. l. 13. C. de SS. Eccl.* Est & alia divisio plane a testamento abhorrens: Dicuntur enim codicilli, vel testato, vel ab intestato fieri, § 1. *h. l. 8. § 1. h. t.* Testato, cum præter Codicillos defunctus etiam testamentum reliquit; ab intestato, cum non firmantur testamento aut secus. Confirmatio fit, vel in futurum, vel posteriori testamento. Confirmationis futuri Codicilli exempla, sunt in *pr. h. l. & § 2. l. 3. pr. eod. & l. ult. de fideicomm. libert.* Codicillorum pridem factorum in testamento sequenti confirmatio, olim erat necessaria, cum alioqui vitiarentur, non modo tempore Plinii Secundi, *l. 2. epist. 16.* sed & Papiniani sententia, *l. 5. h. t.* donec, ipso quoque superstite & forsitan auctore, Severus & Antoninus constituerunt, sufficere ad valorem codicilli, quod non appareat, eum, qui testamentum fecit, a voluntate, quam in codicillis expresserat, recessisse, *d. § 2. h.* ex qua constitutione *d. l. 5.* in verbis *quorumque judicio* &c. interpolatam esse, observat Wissenbachius *emblem. Tribon. ad d. l. 5.* & ex eo noster Scholiastes.

N. ADDIT.

* *Notaveram & illud de jure noviori Codicis* (1) l. ult. C. h. t. *pertinere ad solos Codicillos ab intestato.* (2) *Post* d. l. ult. *ita distinguendum esse: Aut prioribus Codicillis solennitates* d. l. ult. *fuerunt adhibitæ, aut non. Priori casu confirmatione expressa in subsequente testamento non erit opus, bene tamen posteriori.*

Interest tamen, confirmati sint, nec ne codicilli; (α) si enim confirmati fuerint, tutor (β) in iis, & libertates (γ) directe dari possunt, alioqui tantum per fideicommissum, (δ) *l. 3. de test. Tut. l. 1. de confirm. tut. & l. 43. de manum. testam.*

SCHOLIUM.

(α) *Dicerem potius ex hypothesi Autoris: Interest*, testato facti sint nec ne. *Quamvis enim Jure-Consulti in textibus his citatis per codicillos confirmatos testamento, intelligant testato factos; per non confirmatos, factos ab intestato, tamen Autor* in n. 10. *Testamento factos codicillos subdivisit in confirmatos, & minus.*

(β) *Quoad tutorem hoc interest: quod in confirmatis valeat ipso jure, in non confirmatis confirmari debeat a magistratu,* d. l. 3. & d. l. 1.

(γ) *At postquam Jure Codicis legata & fideicommissa sunt exæquata, & libertates in codicillis ab intestato directo dari poterunt. Non obstat* § 2. de sing. reb. per fideicomm. rel.

(δ) *Putarem & legata in codicillis ab intestato relinqui posse, argumento* l. 14. § 1. verbis: quisquis mihi heres erit. ff. h. t.

RESPONSIO.

Prior animadversio parum liquida est: neque e textibus aliquid esse mutandum, colligi potest. Reliqua bene habent & retineantur.

(d) *Post. 11. & 13.* (e) *Post. 8. & seqq.*

N. AD-

N. ADDIT.

Sit ita. Ergo expungi poterit Scholium istud prius etiam meo consensu.

(f) Facti porro codicilli testato, vires capiunt ex testamento, ita ut hoc subsistente, valeant, alioqui non subsistant, *l. 3. § ult. h. t.* Exemplum est in *l. 12. § 5. de Captiv. & postlim.* ubi codicillus ab eo, qui servus hostium, & postlimio reversus, (alioqui servus foret, *l. 7. pr. h. t.*) erat, sustinetur, quia testamentum ante captivitatem factum extabat; Imo quæcunque in Codicillis scribuntur, perinde habentur ac si in testamento scripta essent, *l. 2. § 2. h. t.* quod tamen de his, quæ juris potius quam quæ facti sunt, intelligendum monet Marcianus, *l. 7. § 1. eod.* ut si servo meo legatum sine libertate reliquerim, non valet legatum; quod si postea in Codicillis libertas addita sit, habetur ac si testamento data fuisset, quoniam in facto subjecto nihil mutatum est, ideoque legatum valebit, *l. 8. § penult. h. t.* Si quis autem in codicillis vestem *quæ sua sit*, leget, eo ipso tempore debet esse ipsius, non sufficit fuisse, aut fore, condito testamento, *d. l. 7. § 1.* item legato, *si Titius vivus est:* tunc debet vivere, quando legatur & codicillus scribitur; testamentum efficere non potest, ut qui mortuus fuit, vixisse dicatur. Qui servum in Codicillo manumittit, recte agit, modo tunc solvendo sit, idque solum, non testamenti, tempus inspicitur, *l. 4. h. t.*

4. (g) Hactenus de Codicillis ex primævo & veteri instituto, quo nullam solennitatem ordinationis desiderabant. Postea Theodosius in *l. ult. C. h. t.* sanxit, unitatem contextus in iis quoque servandam, & quinque testium subscriptionem adhibendam, supra quæ nihil de cæteris testamentorum solennibus huc est translatum. Si quis autem in eo fuerit, ut testamentum condere, sed imperfectum; sapientissime constitutum & rescriptum est, eum nec Codicillos facile videri, *l. 1. h. t. nisi voluerit*, addit Ulpianus, *quasi codicillos id valere testamentum*, quod exprimere debet: alioqui juris id nulla interpretatio suppebit, *l. 41. § 3. de reg. & pup. substit. & l. ult. § 1. C. h. t.* præterquam in militibus, *l. 3. de Test. mil.* unicellatim Gl. nus, plerosque paganos, cum testamenta facere per scripturam, solere adjicere, *testatum nuncupationem non valere*; quo cum nemo dixerit, *actum*, si imperfectum fit testamentum, cognitum non est. Atque hæc est celebris illa clausula codicillaris, quæ & laxius alioqui concipitur hoc modo; Ταύτην τὴν διαθήκην βούλομαι εἶναι κυρίαν ἐπὶ πάσης ἐξουσίας, *hoc meum testament. cupio esse ratum, quocunque jure poterit*; quibus verbis videtur voluisse, ut omnimodo valerent ea, quæ reliquit, etiamsi intestatus decessisset, ait Paulus in *l. 29. § 1. ff. Qui testam. fac.* Jam ex illis locis non difficulter potest colligi, quæ sit illius clausulæ potestas jure civili, scilicet, ut imperfectum testamentum pro codicillo habeatur. Quid ergo, si tantum inchoata sit dispositio, non impleta, numquid tamen ea, quæ sunt expressa, valebunt? videntur ex *d. l. ult. § 1. Qui decrevit*, inquit, *facere testamentum, si id adimplere nequiverit, intestato videtur esse defunctus, nec transdueere licebit ad fideicommissi interpretationem, vel ex codicillis ultimam voluntatem, nisi id ille complexus sit, ut vim etiam Codicillorum scriptum debeat obtinere.* Sed, opinor, idem vult Cæsar his verbis; *qui decrevit facere testamentum.* quod Ulpianus in *d. l. 1. h. t. qui testamentum facere opinatus est*; qui in hoc fuit, ut conderet testamentum, sed perficere cunctas non potuit solennitates: quæ voluit, ea quidem extulit; sed non rite pro testamento; tum scil. defectus solennitatum suppletur, non earum, quæ ad testamentum requiruntur, sed ut codicillus fiat: Relicta autem Codicillo heres legitimus, ut supra diximus, præstabit.

5. At directa heredis institutio non videbatur ita sustineri; Nam hæc in codicillo est ipso jure nulla, nec adjectio conditionis, nec substitutio rectis verbis facta, valebat; quin nihil egisse testatricem, quæ hæc testamento directe inseruerit, affirmat Marcianus in *l. 6. pr. h. t.* Si directa institutio, in codicillis optimo jure factis, non flectatur in vim fideicommissi, quomodo ea vis sit clausulæ Codicillaris, per quam benigne duntaxat receptum est, ut testamentum vitiosum instar codicilli valeat, non animadverto. Quod si illa potestas sit clausulæ, ut heredis institutio vitiosa convalescat, nulla causa videtur, quare non etiam testamentum, in quo filiusfamilias, vel posthumus, est præteritus, eadem ratione sustineatur, atque ita cum clausula raro omittatur, omnia illa juris capita de filiofamilias instituendo, vel exheredando, de rumpendo testamento per agnationem, aliaque similia, enervabuntur.

(f) *Pos. 15.* (g) *Pos. 14. & seqq.*

Dodo-

Doctores tamen obtinuerunt, ut teſtamenta præteritione nulla, aut exheredatione iniqua, ſed hac clauſula munita, heredem ab inteſtato obligare dicantur, quo ſcriptis hereditatem reſtituat, jure fideicommiſſi. Quando enim teſtator dicit, ſi hæc diſpoſitio non valet jure teſtamenti, valeat jure codicillorum, aut quacunque ratione poterit, idem eſſe videtur, ac ſi diceret, ſi inſtitutio non eſt valida eo modo, quo nunc ordinata eſt, volo ut effectum habeat, quocunque meliori modo a me diſponi potuiſſet; adeo ut ſi neceſſe ſit, filium heredem fieri, velim tamen, ut bona mea reſtituat ei, quem ſcripſi heredem; idque uſus fori comprobavit, teſte Sandio *lib. 4. tit. 2. defin.* 2. ad quam ſi non probandam, facit adjuvandam *l. 2. § ult. l. 13. § 1. h. t. & l. 76. ad SC. Trebell.* in quibus id doceri videtur, ſi conſtet, teſtatorem facere voluiſſe codicillum, quod etiam heredis inſtitutio valore fideicommiſſi ſubſiſtat. Imo ſi dubitetur, utrum diſpoſitio ſit teſtamentum, an codicillus, neque teſtamenti jure queat, non dubitatur, quin pro codicillo haberi debeat, ut tradit idem Sandius, *lib. 4. tit. 1. defin. 12.* Quin imo etſi clauſula codicillaris plane ſit omiſſa, in praxi tamen eorum ſententia obtinuit, qui facile eam intelligendam putant, eo quod cunctis teſtatoribus ea ſtet mens, ut voluntates ſuas, quacunque ratione poterunt, effectum habere cupiant, haud aliter animati, quam eſt Lucius Titius in *l. pen. § ult. de legat. 2.* ubi ita: *Lucius Titius hoc meum teſtamentum ſcripſi ſine ullo Juris perito, rationem animi mei potius ſectatus, quam nimiam & miſeram diligentiam: & ſi minus aliquid legitime minuſve perite fecero, pro jure legitimo haberi debet hominis ſani voluntas.* Hoc tamen ne Pragmatici quidem patiuntur, ut præteritio poſthumi per Clauſulam codicillarem ſuſtineatur; nec enim dubitandum videtur, quin id voluntati Teſtatoris repugnet, ut filius poſt teſtamentum factum natus, de quo Patrem non cogitaſſe credibile eſt, a ſucceſſione prætextu clauſulæ codicillaris excludatur, Gail. l. 114.

EX

LIB. III.

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM.

Hiſtoria tredecim priorum Capitum Libri Tertii.

TIT. I. *De heredit. quæ ab inteſt. defer.*

LEx XII. tabularum dedit civibus Romanis liberam poteſtatem de bonis ſuis poſt mortem diſponendi. Quo arbitrio ſi quis non eſſet uſus, ipſa lex providit ſucceſſionibus, ſecundum præſumptionem ejus de voluntate defuncti quam maxime probabilis colligi poſſet, & juxta quam ipſe, ſi ſupereſſet, facturus videretur. Hereditas, quæ ſic a lege defertur, nomen habet Legitimæ; alias, inteſtati, quaſi per defectum teſtamenti. Inteſtatus proprie dicitur is, qui cum poſſet, non fecit teſtamentum, quemadmodum privatio, ut diximus, præſupponit habitum facere; ſed & alios, qui teſtamentum facere nec poſſunt, vocamus inteſtatos, *l. 1. de ſuis & legit. hered.* Primi jus ſucceſſionis ex lege adipiſcuntur Sui heredes, de quorum definitione ſupra dictum, qui emancipatos, licet gradu naturæ propriores, excludunt; veluti nepos ſuus in ſucceſſione avi præfertur patri emancipato, § 2. *I. de ſucceſſ. ab inteſt.* idque de ſuis tam adoptivis, quam naturalibus, & legitimatis accipiendum. Scilicet, ſi nepotes eſſent, ex filio natos oportuiſſe apparet, ſi quidem, qui ſui alioquin eſſe non poterant, nepotes neptesque e filia præteribantur, qui tamen poſtea, æquitate flagitante, per conſtitutiones ſunt admiſſi, poſt Suos, ante agnatos, § *ult. eod.* Quoniam autem, ſuo herede mortuo, liberi ipſius conſeſtim in locum ſuccedunt, patremque repræſentant, inde factum, ut partitio hereditatis in liberos uteriorisgradus, non fieret περοστικῶς, ſed κατὰ στίρπας, non in capita, ſed in ſtirpes, hoc eſt, ut plures liberi tantundem acciperent, ac unus eorum parens fuiſſet habiturus, idque ſive nepotes ſint tantum, ſive cum nepotibus proneptes abnepotesque concurrant, § 6. *eod.* Suum autem heredem fuiſſe oportebat eo tempore, quo certum

certum erat, eum, de cujus successione quærebatur, mortuum esse intestatum, adeo ut aliquis suus fieri posset, qui tempore mortis non fuisset, ut in §7. habetur, ac etiam nepos post mortem avi conceptus & natus, mortuo Patre, (qui non fuerat heres suo Patri,) non existat avo suus heres, neque plane cognatus, adeoque successione ab intestato destituatur, §8. *eod.*

Liberi emancipati jure civili excluſi, humanitate Prætoris, una cum Suis, vocabantur ad bonorum possessionem, ex Edicto, *Unde liberi.* nisi ab alio essent adoptati; adoptione rursus soluta, recuperabant jus prætorium versus suum Parentem, nisi post mortem hujus essent emancipati; tunc enim neque adoptivo, neque proprio patri succedebant, §10. & 11. *eod.* quod postea correctum est per *l.* 10. *C. de adopt.* § 2. *supra de Adoption.* §14. *h. t.* Adeo autem inter emancipatos cessat successio, ut jure civili nec pater, nisi cum pacto fiduciæ eum emanciparet, heres fieret; quod pactum constitutione Justiniani semper interceſſisse præsumitur, § *ult. de legit. agnat. succeſſ.*

(Tit. II. *De Legit. agn. succeſſ.*)

DEficientibus liberis, Agnati proximi ex Lege XII. tabularum in infinitum vocabantur, tam adoptivi quam naturales, *pr.* § 1. & 2. *eod. tit.* Agnatæ non ultra secundum gradum, id est, sorores duntaxat admittebantur; sequentes a prætore, beneficio Edicti *Unde cognati.* juvabantur, donec a Justiniano omnes agnatæ maribus agnatis sint adæquatæ, § 3. & 4. *eod.* qui & enormius fororum filios filiasque, inter agnatos agnatasque vocavit, § 4. Proximus autem censetur agnatus, qui tunc gradum obtinet proximum, quando constat, defunctum esse intestatum, scilicet, testamento non facto, cum moritur; alias, cum testamentum ab hærede destitutum est, § 6. *eod.* Gradus autem simpliciter computabantur sine ulla repræsentatione, adeo ut frater liberos fratris defuncti excluderet, § 5. & si prior gradus successionem repudiasset, sequens non vocabatur, quia non fuerat gradu proximus, cum defunctus primum intestatus appareret; Sed hic a prætore inter cognatos juvabatur; a Justiniano successorium prætoris Edictum ad agnatos civiliter productum est, § 7.

(Tit. III. *De Sc. Tertull.*)

INter agnatos cum non esset mater, consentaneum fuit, eam per remotiores agnatos excludi jure antiquo, donec Scto Tertulliano tempore Hadriani mater, non avia, jus trium habens liberorum, aut libertina quatuor liberis onerata, filiis suis, etsi vulgo quæsitis, § *ult.* succedere jussa est; si quidem ipsi non reliquissent liberos, aut patres, aut fratres germanos, vel consanguineos, nam soror cum matre pariter vocabatur, ut & illa cum fratre consanguineo, *per* § 2. & 3. *de Sct. Tertull.* donec Justinianus matrem & cum fratribus consanguineis vocavit, & cum sororibus tam uterinis quam consanguineis, hereditate in capita dividenda. Quod si tantum sorores extarent, nulli fratres, tum mater semissem, sorores pariter semissem alterum accipiebant, §5. *eod.*

(Tit. IV. *De Sc. Orphit.*)

VIcissim Sto Orfitiano, auctore divo Marco, ad cujus orationem factum est, *l. pen. de Sc. Trebell.* liberi etiam vulgo quæsiti, ad matris successionem, quam nec ipsi olim habebant, admissi fuere, *tit. Inst. de Scto Orphit.*

(Tit. V. *De succeſſ. cognat.*)

POst agnatos veniebant cognati, id est, per feminas juncti, ex edicto prætoris *unde cognati.* quibus & agnati minimam capitis diminutionem passi accensebantur, exceptis fratribus & sororibus emancipatis, non etiam liberis eorum, qui cum fratribus in potestate retentis succedebant pro portionibus dimidiis; ut ex § 1. ibique Theophilo discimus *tit. de succeſſ. cognat.* Etiam qui in adoptionem sunt dati, paternæ lineæ cognati sunt, nec non vulgo quæsiti huc veniunt; sed omnes cognati non ultra septimum gradum, agnati usque ad decimum admittebantur, § *ult. eod.*

(Tit. VI. *De grad. cognat. junctо* Tit. VII.)

QUa occasione proponitur computatio graduum, quam occupavimus *supra.*

(Tit. VIII. *De succeſſ. libert.*)

PAtronus quoque liberto succedebat, olim non nisi intestato, in solidum; postea, si liberos non haberet naturales, etiam testato, pro parte dimidia bonorum. Deinde ita; si in bonis haberet centum millia sestertiorum, sive mille aureos maximi valoris, id est, bis mille quingentos imperiales nummos; tum, & si pauciores quam tres liberos reliquisset libertus, virilem portionem consequebatur patronus; tribus relictis prolibus, excludebatur, idque Lege Papia § 1. & 2. *de succeſſ. libert.* Justinianus ita sanxit; liberto minus centum aureis habenti, Patronus testato non succedit. Intestato sine liberis mortuo ex asse succedit. Majori

jori centenario liberos habenti prorsus non, prole carentibus intestatis in solidum; testatis quanquam præteritus, in partem tertiam succedere debet, idque hodie indistincte, sive latini sive alterius generis libertini sint; discriminibus illis a Justiniano sublatis, *§ ult. de succèss. libert.*

Tit. IX. *De assignat. libert.*

Jus hoc, quod Patronus habet, transmittit ad liberos, heredes suos, nisi uni ex illis libertum adsignaverit, quod pro arbitrio potest, seu testamento, sive absque eo, quibuscunque verbis; modo is, cui adsignatur, in potestate sit; emancipato enim adeo inutiliter fit adsignatio, ut secuta quoque emancipatione, facta prius adsignatio evanescat, *§ 2. & ult. de adsign. lib.*

Tit. X. *De bonor. poss.*

Videmus igitur, quasdam ex illis personis jure civili ad hereditates pervenisse, quasdam a prætore vocatas ad bonorum possessiones. De illis in superioribus abunde fuit actum; operæ pretium est ad bonorum possessionem digredi, quæ definitur in *l. 3. § 2. de bon. poss.* jus persequendi retinendique patrimonii, quod cujusque, cum moritur, fuit. Est ejusmodi jus, quod ut Imperator ait in *pr. Inst. de bon. poss.* heredem quidem ipso jure non facit, quia hoc legis opus est, non prætoris, in effectu tamen est idem quod hereditas, *l. 138. ff. V. S.* & plenam in rebus vim dominii tribuit, *l. 1. de bon. poss.*

Dividi solet primo in Edictalem & Decretalem, vel potius in ordinariam & extraordinariam, *l. 3. § ult. de Carbon. Ed. l. 5. § 3. de legat. præst. l. 1. § 4. Unde liberi.* Edictalis est ordinaria, quæ ex Edicto competit, sine accurata causæ cognitione. Decretalis, quæ quidem ex Edicto etiam datur, *l. 2. de Carbon.* sed decreto adhibito, causaque pro tribunali extra ordinem cognita, qualis est Carboniana *d. l. 2. § 1. Quis ordo in bon. poss. serv.* Sed præcipua divisio fertur, quod vel testamento facto competat, vel ab intestato. In utraque specie prætor succurrere voluit his, qui a jure civili negligebantur, & angustissimis finibus constitutum per legem XII. tabb. jus percipiendarum hereditatum ex bono & æquo dilatavit, ait Imperator in *fine pr. h. t.*

Facto testamento, duæ competunt bonorum possessiones, Contra tabulas, & secundum tabulas, quæ ut dentur, hoc proprie requiritur, ut tabulæ extent, adeoque scriptum sit testamentum intelligitur, quanquam & ad nuncupativum postea sint productæ, *l. 8. § f. de b. p. sec. tab.* Contra tabulas quibus detur, alias intellectum est, liberis videlicet emancipatis præteritis, *§ 3. supra de exhered. lib. l. 1. § 6. de bon. poss. c. tab.* Suis præteritis hæc nullo modo est necessaria; ut qui testamentum dicant nullum: sed ob promptitudinem remedii prætorii, & quia mollius creditur, ab his quoque usurpatur, *§ 12. supra de her. ab Int. l. 12. § 1. d. t. de b. p. c. t.* etiam ab exheredatis, non qui recte, sed qui vitiose exheredati sunt, *l. 8. pr. & § 2. eod. tit.* Datur & alia bon. poss. quæ erat præparatoria querelæ inofficiosi, duntaxat litis ordinandæ gratia, de qua in *l. 8. pr. de inoff. test. l. 2. C. eod.* Quin aliquando is, qui testamento legitime institutus est, petit hanc contra tabulas, ut frater emancipatus heres scriptus, cujus frater est præteritus. Cum enim hic per contra tabulas testamentum rescindat omniaque ad causam intestati redigat, alter institutionis jure destitutus ejusdem remedio debet uti, *l. 3. § 11. l. 10. § ult. de b. p. c. t.*

Ventri præterito datur etiam bonorum P. contra tab. curatorque bonis datus non poterat adhuc petere contra tabulas, sed interim ex Carboniano edicto, atque decreto, mittebatur in possessionem bonorum, donec mulier pareret, aut abortum faceret, *l. 1. pr. & § 14. De ventr. in poss.* Interim alitur mulier eo modo, qui præscribitur in *§ 19. & 20.* adde *§ pen. d. l. 1.* Dicitur illa missio ex Edicto Carboniano in *l. 10. de Carb. Ed.* utili scilicet, extensoque per imitamentum ad hanc speciem, *l. 1. § 14.* Nam Carbonianum proprie est, quo succurritur filio impuberi testamento Patris præterito, qui non potest contra tabulas petere, ideo quod quæstio status aut natalium ipsi moveatur, quasi filius non sit ejus, de cujus bonis quæritur. Interim enim, dum ad pubertatem perveniat, datur ei bonorum possessio decretalis, extraordinaria, & causa cognita, *l. 1. & t. tit. de Carbon.* Quæstio natalium usque pubertatem differtur, Puer interea pro filio habetur, alitur ex fructibus & actiones exercet, maxime quæ moram longiorem non patiuntur; utique qui satisdederit de restituendis bonis, ubi adversus eum judicarum sit, *l. 15. eod.* Si non satisdet, adversarius pupilli simul in possessionem mittetur, *l. 1. § 1.* & siquidem hic satisdet, curator ipse constituitur, omniaque curat & actiones exercet, *l. 5. § 1. eod.*

Bonorum possessio secundum tabulas, initio pro illis introducta est, quibus licet testamento scriptis heredibus, subtilitas aliqua juris civilis obstabat,

obstabat, qualis in § 6. *Inst. Quib. mod. test. infirm. in l. 12. pr. de injust. rupto irr. test.* Postea compendii causa ad quoslibet heredes scriptos produci cœpit, si modo septem testium signis tabulæ essent subsignatæ, neque prætor anxie in reliqua juris civilis requisita inquirebat, imo etsi filius in testamento esset præteritus, tamen secundum tabulas dabat scriptis possessionem, non prius tamen, quam certum esset, liberos contra tabulas non petituros, *l. 2. in pr. de b. p. sec. tab.* Porro etiam heredibus nuncupativo testamento institutis, dat prætor hanc bonorum possessionem, *l. 3. § ult. d. t. l. ult. C. eod.* quamquam alioqui necessum est, tabulas extare tempore mortis testatoris, *l. 1. § 3. eod.* Ab intestato bonorum possessiones olim erant hæ; Prima *unde liberi.* quæ necessaria emancipatis, ad suos tamen producta fuit, ob eandem, quam modo dedimus, rationem, *p. h. t.* II. *Unde legitimi.* per quam vocabantur omnes, qui ab intestato poterant esse heredes, sive ex lege tabularum, sive alia lege Senatusve consulto, *l. 2. § ult. D. unde Legit.* III. *Unde decem personæ.* quæ pro illis erat, quæ præferebantur patri fiduciario, sive imaginario, cui naturalis Pater, sine pacto fiduciæ, filium mancipaverat; decem istæ enumerantur in § 1. *d. t.* IV. *Unde cognati.* quæ est ex mera Prætoris indulgentia, utpote, qua invitat eos, qui jure civili non admittuntur, per feminas scilicet junctos, *l. 1. pr. unde cogn.* V. *Tanquam ex familia, quæ est pro agnatis patroni.* VI. *Pro Patronis.* VII. *Unde vir & uxor.* per quam in subsidium, deficientibus aliis, conjuges vocantur. VIII. *Pro cognatis manumissoris.* sive imaginarii emptoris illius, § 1. *h. t.* Verum ex his octo Justinianus tertiam, quintam, sextam, octavam sustulit, § 2. *h.* quatuor intactas reliquit, easque nec plures curavit in Pandectas referri, scilicet *unde liberi. unde legitimi. unde cognati. unde vir & uxor.* Quando defunctus diversorum ordinum conjunctos reliquit, primum jus petendi bonorum possessionem datur liberis; tum agnatis; inde cognatis; postremo conjugibus. Si quis liberorum intra annum non petat, portio non petentis accrescit reliquis ejusdem gradus; si nullus eorum, ad agnatos transit petitio, inter quos simile jus accrescendi obtinet; ab his ad cognatos; denique ad virum vel uxorem; sed tempus intra quod reliqui præter liberos & parentes, petere debeat bonorum possessionem, est duntaxat centum dierum, § 4. & 5 *eod. tit. l. 1. de succes. Ed. in pr.* § 12. & *ult.* dies autem & annum petitioni præscriptos utiles computamus, § *pen. eod. tit.*

(TIT. XI. *De succes. per arrogat.*)

SEcundum hæc sciendum est, arrogatorem succedere filio arrogato, si modo nullos ipse liberos aut fratres reliquisset, § *penult. de succ. per arrogat.* idque vi & efficacia legis; si quidem proprie & jure stricto, arrogator non fit heres, nec qua talis a creditoribus conveniri potest, sed tamen defendere filii causam tenetur, aut pati, ut creditores in possessionem mittantur, § *ult. eod.* In bonis filii superstitis Arrogator hodie habet usumfructum, ut Patres naturales, cum olim integram proprietatem habuerit, § *pen. h.*

(TIT. XII. *De ed. cui libert. c. bona addic.*)

FUit quoque species successionis universalis, bonorum addictio libertatum conservandarum causa, quando nimirum testator non solvendo existens, aliquos servos tam directe quam per fideicommissum manumisit, tum servis, aut uni ex illis, vel etiam tertio, bona addicuntur, si modo idoneam cautionem præstiterit creditoribus, de solido, quod cuique debetur, solvendo, *pr. & § 1. de eo, cui libert. c. bona addic.* Respice tamen ad § 1. & 2. *Quib. ex caus. manum. non licet. supra.*

(TIT. XIII. *De bonor. poss. publ.*)

POstremo loco duæ memorantur species universalis successionis, prima bonorum venditio, quam Veteres sectionem vocabant; Si quis enim debitor solvendo non esset, ejus bona ex edicto possidebantur. Tum Magister a Prætore orabatur, per quem distrahebantur, emptorioque universa addicebantur; qui tum quasi successor in universum jus debitoris, aut in solidum Creditoribus satisfaciebat, aut pro certa parte cum illis transigebat, ut latius apud Theophilum *ad tit. I. de succes. subl.* & apud Ciceronem *pro Quint. alibi.* Altera erat ex Sæto Claudiano, cujus & Tacitus meminit XII. *Annal. cap. 53.* per quod mulier, quæ servili stupro se fœdaverat, nec ejus consuetudine abstinere voluerat, licet ei ter a Domino id esset denunciatum, post primam denunciationem domino in servitutem cum universo patrimonio addicebatur, *d. tit.* ibique Theoph. Sed hi tres modi successionis universalis, a Justiniano sublati, in usu esse desierunt, teste Imperatore in *fine tit. prædicti.*

De Succeſſione ab inteſtato, ſecundum Nov. 118.

Fundamentum Succeſſionis ab inteſt. Succeſſio liberorum primi gradus. Item ulterioris. De liberis diverſorum matrimoniorum. De Liberis extra juſtas nuptias Legitimis. De illegitimis extra nuptias. De Liberis nefariis. De ſucceſſione adſcendentium ſolorum. De ſucceſſione eorundem una cum fratribus & ſororibus. An & cum fratrum liberis. De ſucceſſione collateralium, & primo de fratribus germanis, eorumque liberis. De fratribus uno latere conjunctis. De liberis Fratrum ſolum. De Fratrum liberis & defuncti filiis. De remotioribus cognatis. Conjugum ſucceſſio ex Edicto. Eorundem extraordinaria ſucceſſio. Quomodo & Collegia quædam ſuccedant. Denique Fiſcus. De conflictu Juris in diverſis locis.

(a) ARgumenta præcedentium capitulorum, Hiſtoriæ titulo demonſtravimus, quia vix alium nobis uſum præbent; Juſtinianus enim, quod ad ſucceſſiones Legitimas attinet, in celebri conſtitutione νεαρᾷ CXVIII. ordinem plane novum clara compendioſaque diviſione, ſicut loquitur, compoſuit, cunctis legibus antiquis his de rebus evacuatis. Nos ita accepimus a præceptoribus, ita nos quoque præcepimus, Tredecim priores titulos hujus libri in prima inſtitutione prætervehi; quia tantum ſunt Hiſtoria *juris antiqui, non* equidem ſpernenda ſtudioſo, ſed commodius in Pandectis, ubi denuo occurrent hi tituli enarranda. Bonum factum, ſi primo tyrones condent in memoria, quomodo Juſtinianus ſucceſſiones ab inteſtato conſtituerit; quoniam is per *Nov. 118.* omnes leges antiquas hac de re ſuſtulit, ac, ut ipſe loquitur, otium illis fecit τῶν προτέρων νόμων ἀργήσαντων, *d. N. in pr.*

2. Lex Romana cuique patrifam. dedit liberam poteſtatem, de rebus ſuis pro lubitu diſponendi, *l. 120. de V. S.* ceſſante Teſtamento, hereditas defertur ex ejusdem voluntate præſumpta, *l. 8. § 1. de jur. codic.* proinde quamdiu ſucceſſio teſtamentaria ſperatur, legitima non habet locum, *l. 39. de Acquir. hered.* Noviſſime igitur tres ſummi ordines, τάξεις vocat Imperator, ſuccedentium ab inteſtato, ſunt diſpoſiti: Deſcendentium, Adſcendentium, & Collateralium. Primus ordo eſt deſcendentium, hoc eſt liberorum primi & ulterioris gradus; quos vota parentum, nec minus ratio, & neceſſitas naturalis, omnibus reliquis præferunt. Vota defunctorum merito heic attenduntur, de quibus etſi nihil expreſſe liqueat, ſemper tamen erga liberos flagrantiſſima præſumuntur, & ſecundum hos erga parentes, dein prout ſanguine quilibet, ita caritate, proximus ſolet eſſe & intelligitur. Enimvero quia jus Romanum voluntati morientium tribuit abſolutam ſucceſſionis ordinandæ poteſtatem; idcirco etiam ab inteſtato fundamentum ſuccedendi, eſt præſumptio legis de voluntate eorundem. Quia autem illa στοργὴ non mimus erga feminas quam mares, omnesque liberos, ex æquo fertur, ideo differentia vetus inter ſexum virilem & ſequiorem, inter ſuos & emancipatos, (etſi aliter quoad hos in teſtamentaria ſucceſſione,) hodie ſublata eſt, *d. Nov. 118. c. 1. in pr. c. 4. & cap. 6.*

3. (b) Igitur in primo ordine diſtinguendi ſunt liberi, quod vel ex juſtis ſint nuptiis aut extra illas nati. Illi vel ex eodem aut diverſis ſunt matrimoniis. Qui ex eodem, hi vel primi gradus, vel ulterioris ſunt. Liberi primi gradus parentibus ſuis, excluſis nepotibus ex ſeſe natis, ſuccedunt, licet ipſi emancipati, nepotesque in poteſtate fuerint retenti, cum olim hi venirent jure civili, parentes jure prætorio, ideoque conjungi deberent, *tit. ff. de conjung. cum emanc. lib. ej.* quo nunc remedio nihil eſt opus. Nulla filiorum præ filiabus, nulla primogenitorum præ cæteris prærogativa, neque hac parte juri gentium puta derogatum; quanquam & primogenituram ex jure gentium habere privilegium, concedimus, multarumque gentium inſtitutum de maſculis liberis ſupra feminas honorandis, ratione non deſtitui fatemur; ſed fortior magisque univerſalis eſt ratio a στοργῇ, affectuque parentum communi adverſus omnes, & obligatione naturæ ad alimenta cunctis pariter ſuppeditanda. Primogenitorum & mariium prærogativa, inprimis eſt probabilis, ubi honos familiæ, aut ratio major, diviſionem vel ſexus infirmitatem non admittit, quod in feudis quandoque, in majoratibus qui dicuntur, & imperiis

(a) *Poſ. 1. 2. 3. 4.* (b) *Poſ. 5. 6. 7. 8. 11.*

maxi-

maxime obtineat, in ordina. iis privatorum successionibus rationes juris Romani validiores videntur. Primogenitura potius ad jus publicum pertineat. Sui quoque & emancipati liberi, in *d. cap. 1.* sunt adæquati, sane quod ad causam & jus deferendi, non item quod ac acquirendam hereditatem; vid. *ad § ult. supr. de hered. qual.* hac enim parte nihil ista Novella mutatum. Et hoc de liberis primi gradus; quos proinde hereditatem dividere in capita, id est, singulos æquales sive viriles nancisci portiones, ultro intelligitur, & est in *d. c. 1.*

4. (c) Qui sunt remotiores gradu, nepotes & pronepotes, hi succedunt in stirpes per repræsentationem, seu subitionem in locum: quæ est, quando plures liberi occupant locum unius parentis, capiuntque tantum ac ille solus fuisset habiturus. Quod Justinianus generaliter obtinere sancit, *quotiescunque descendentem aliquem filios relinquentem, mori contigerit;* proinde non tantum, ubi cum primo gradu secundi, cum filiis nepotes, sed & cum soli nepotes concurrunt. Subitio illa in locum, videtur olim fuisse propria suorum heredum, quos morte patrum scimus avis suos heredes solitos fuisse adnasci: Nec ab intestato descendentes aliter quam jure suitatis admittebantur, ut in historia modo expositum. Atqui cum hodie non ut sui, sed ut liberi, omnes æqualiter a lege vocentur, repræsentatio, quæ commentum juris civilis erat, ut ipsa suitas, cessare videbatur; utique in eo casu, quo nulla est graduum inæqualitas, quo jure antiquo valebat æque repræsentatio, *§ 6. in fin. I. de hæredit. ab intest.* ubi; *Item*, ait Imperator, *si ex duobus filiis nepotes neptesve existant, ex altero unus forte aut duo, ex altero tres aut quatuor; ad unum aut duos dimidia pars pertinet; ad tres vel quatuor altera dimidia.* At postquam Justinianus *d. Nov. 118.* naturalem potius quam civilem rationem attendi voluit, debebant hi nepotes, utpote suo jure ex sua quisque persona venientes, in capita succedere, verba sunt Suthokii *dissert. XI. th. 51.* sed Justinianus non satis acute semper vidit, quid consequens esset, sublata juris antiqui subtilitate, ita scripsit Balduinus *ad d. Nov. 118.* quin nec contrarius sibi Cæsar ipse non videatur, eo quod in successione collateralium ita constituit, ut cum liberi diversorum fratrum inveniuntur soli, vocantur in capita, sine respectu numeri majoris aut minoris, ex hoc aut illo fratre natorum. Sed hæc argutatio adversus conditorem juris, excedit officii interpretum limites. Neque pro Justiniano quæ faciat, ratio deesse videtur. Nempe σοφὴν & memoriam liberorum, qui totidem partes domus constituerunt, eos quasi vivos adhuc parentibus in singulorum liberis exhibere, partesque easdem domus explere, & æqualitatem ex liberorum mortuorum potius, quam nepotum viventium personis, consideratam voluit. Cujus disparitatis argumentum in Collationis doctrina habemus: nam quod ad liberos a parentum bonis antea profectum est; id eorum nepotes conferre debent: Quod autem fratrum liberi e patruorum aut avunculorum, quibus succedunt, bonis perceperunt, id nec illi, neque nepotes ullo modo conferunt; quando satis constat, in solis descendentibus locum habere collationem, eo quod in collateralibus minor est ratio σοφῆς æquabilis & immutabilis, qua collatio nititur; quam est Parentum adversus liberos consideratio.

5. (d) Atque eo modo liberi suis parentibus succedunt, quod facile ad eos, qui ex diversis matrimoniis nati sunt, transferri potest. Communi enim parenti succedunt liberi æqualiter *, propriis vero separatim; nisi quod exceptio proferri solet, in his bonis, quæ ex priore matrimonio ad parentem communem profecta fuerant, quia secundum *l. 3. C. de secundis nuptiis.* liberi prioris matrimonii in hisce præferuntur, & soli ab intestato ita succedunt, ut testamenti quoque factio parenti binubo interdicatur, non tantum in iis, quæ immediate a priore conjuge acceperunt, sed etiam in his, quæ ex successione quorundam ex liberis primi thori, ad eos pervenerunt: & recte quidem hujus rei admonitio fit hoc loco, quanquam ex alio venit principio, quam successionis ab intestato, videlicet ex jure consolidationis, quo ususfructus finitus cum proprietate conjungitur, ut intelleximus *supra de Usufructu. sub finem.* Nam liberi statim a secundis nuptiis proprietatem rerum illarum adepti sunt, & pater retinuit usumfructum: qui

* Ita tamen, ut nuptialia dona & dotalia, liberi illius matrimonii, intuitu cujus quæsita sunt, habeant præcipua, *N 98. c 1.* Hoc autem præcipuum in Saxonia non attenditur, Carpz. *P. 3. C. 14. d. 6.*

(c) *Post. 9. 18.* (d) *Post. 12. 15.*

morte ejus ad liberos, tanquam dominos olim factos, revertitur.

6. (e) Hactenus de liberis ex justo matrimonio natis. Extra justas nuptias procreati sunt, vel legitimi, aut illegitimi. Legitimi sunt adoptivi & legitimati. Adoptivi, etiam qui ab extraneo adoptati sunt, optimo jure succedunt, § 14. *Inst. de succes.* § 2. *de adoption.* Naturales, siquidem legitimati sint per subsequens matrimonium, perinde succedunt, ac si ab initio legitimi nati fuissent, § 2. *Instit. de heredit. ab intest.* etsi matrimonium in articulo mortis fuerit contractum; neque enim id ulla juris civilis ratio prohibet, & jus Pontificium diserte affirmat, *cap. tanta X. qui fil. legit. sint.* De legitimatis per rescriptum principis, dici solet, eos ita demum succedere, si nulla antea legitime nati fuerint, ex *Nov. 89. cap. 9.* In qua tamen successionem ab intestato ita limitari, non reperio: sed ipsa legitimatio per rescriptum, eo demum casu concedi dicitur, quando nullos habet liberos legitime natos. Quod si princeps hodie, nam Romani Principes id non instituerunt, ex plenitudine potestatis, quæ dicitur, filium aliquem legitimet, existentibus antea legitime natis, sanctio illius *Nov. 89.* non impediet, quo minus ille jus succedendi ab intestato obtineat: quemadmodum nec legitimati per rescriptum excludentur a successione per alios postmodum e legitimo conjugio natos; si quidem nec pater deinceps uxorem ducere vetatur justam, neque legitimatis filiis ex eo, quod postea contingit, jus suum, quo semel legitime natis per omnia adæquati sunt, auferri potest. Unde patet, restrictionem illam non ad successionem ab intestato, quæ liberis pridem legitimatis debebatur, sed ad actum legitimationis faciendum referri debere, & ita per consequentiam in successione durare.

7. Liberi illegitimi, sunt nothi, spurii, adulterini, incestuosi. Nothi (f) dicuntur naturales non legitimati, qui ex concubina susceptisunt, de quibus traditur, quod matri & ascendentibus maternis pariter cum justis liberis succedant. *l. 2. & 8. Unde cognati.* Patri non aliter, quam deficientibus liberis legitimis ex uxore legitima, duntaxat pro parte, nimirum pro duabus unciis, cum matre secundum capita dividendis: existentibus liberis, aut conjuge, tantum alendi sunt boni viri arbitratu, *D. Nov. 89. c. 12. § 4. & ult.* Requiritur autem, ut unam habuerit pater, non plures concubinas, *d. § 4. & seq.* ut domestica sit, & quasi focaria, quæ indubitato affectu, non vagæ libidinis causa habeatur, atque uti liberi in domo sint nati, *d. § 4.* Ex quibus satis liquet, liberos, qui venere furtiva ex muliere, cum qua non sit stabilis & domestica consuetudo, nascuntur, non intelligi naturales, sed pro spuriis haberi; quod aliter moribus hodiernis esse comparatum, diximus *ad tit. de Nupt. § ult.* Ideoque successio in sextantem, jure civili de concubinariis prodita, indubitato extenditur ad eos hodie, qui certo Patre, non tamen e concubina, quæ instar uxoris habetur, sunt nati. Spurii respectu matris, nulli sunt, Pater enim potest esse incertus, mater non potest; ideoque matri etiam exemplo naturalium succedunt, § *pen. I. de Sc. Orphit.* Quod hodie exceptionem patitur in matre illustri, quæ liberos habet legitimos unum aut plures, *l. 5. C. de SCto Orphit.* quam alii ad quoslibet ingenuas extendunt *: Verum sanctio concepta est in principio & in medio de *illustribus.* Ratio quidem redditur hæc; *cum in mulieribus ingenuis & illustribus nominari spurios, satis injuriosum. &c.* sed non est boni moris, ex ratione legis concludere plus quam constitutio dictet; tum & confertim *ingenuis & illustribus* dicitur, ut sciamus, Cæsarem non de quibusvis ingenuis, sed his, quæ insuper illustres forent, loqui: præter quod jus vetus, diserte non sublatum, stare credendum est.

8. (g) Postremo, qui ex damnato coitu sunt nati, ut nefarii, adulterini, plane a legibus projiciuntur, nec ullam particulam hereditatis ab intestato, nec quidem testamentariæ, attingunt; imo ne alimentis quidem usuraque vitæ cibi habentur. Tam rigida & sanguinolenta constitutio extat adversus miseros illos, vel potius contra parentes ipsos, ut Justinianus vult videri in *Nov. 74. in fine, Sed fit,* inquit, *supplicium hoc etiam patrum, ut agnoscant, quia neque quicquam peccatricis concupiscentiæ eorum habebunt filii.* Item in *Nov. 89. cap. ult. in pr. Omnis qui ex complexibus aut nefariis, aut incestis, aut damnatis processerit, iste neque naturalis nominatur, neque alendus est a parentibus, neque habebit quoddam ad præsentem legem participium.* Inter hos sine dubio sunt adulterini, & incestuosi.

* Conf. Christinæus *Dec. Cur. Belg. Vol. 4. Dec. 64. n. 4.*

(e) *Pos. 14. 15. 16.* (f) *Pos. 17. 18. 19. 20.* (g) *Pos. 21.*

Quid

Quid de his, qui nati sunt e nuptiis contra alia legum præcepta contractis, veluti parentibus invitis? Nuptiæ non sunt hæ, nec hi liberi naturales, & complexus sunt damnati; atque e contextu Novellæ hujus colligitur, Imperatorem eos omnes, qui naturales dici nequeunt, (seu Patris, seu duntaxat matris respectu, ut spurii vulgares,) sub illa tristi clausula complecti. Jam quod ab hereditate illi omnes excludantur, id recte habet; neque hoc pro pœna liberis inflicta haberi potest, ut alias dictum; verum quod neque alendi sint tales, id φιλανθρωπίαν juris Romani egreditur. Ergone fame necandi & abjiciendi, ut nec misericordiæ causa fas sit eos ali? Nefas id quidem. Litera, tamen hujus textus ita indicat, idque mutatum creditur a Pontificibus in *cap. cum haberent. ex. qui dux. ux. quam poll.* Cuperem mollius excipi sententiam Justiniani; neque enim consentaneum videtur, ita obiter rem adeo atrocem sancire, & crudele supplicium contra insontes parvulos decernere eum, qui dixerat, patrum se intendere pœnam duntaxat, cum Principem, qui ubique mansuetudinis & clementiæ affectat laudem! Cogita, uti sæpe est immodicus verborum, an non hoc tantum velle videatur, ut a successione omni excludantur, in quo totus est per totam istam Novellam, dicit, *non esse illos naturales, non esse illis de alimentis prospiciendum, ut beneficio legis, quæ de successionibus est, fruantur.* Hereditas naturaliter liberis debetur, quia sunt alendi; quibus non debetur, hi tales sunt, ut nec alimentis digni habeantur, quod alias non semel a nobis dictum est: Igitur qui de successione liberorum legislator agens increpat aliquos ut non dignos alimentis, eosque a lege sua removet, nihil in hos aliud quam mulctam successionis statuere videtur. Quare autem in hunc sensum verba Justiniani profluere non videantur, tantum causæ non video, ut potius Busyrin aut Saturnum ex Cæsare nostro faciamus. Paulo aliter alibi disseruimus, cujus summa est; si maxime lex nefarie natis alimenta non dignetur impertiri, quæ tanquam legis beneficium petant, quemadmodum naturales, legitimis extantibus liberis, honorantur, ut intelleximus; tamen officium Judicis, quo tales liberi a parentibus alantur, minime defuturum; a parentibus, inquam, non ipsis mortuis ex eorum bonis; Atque ita hæc ratio cum priori bene conjungitur. De qua sic D. Thomasius.

SCHOLIUM.

Nota sunt distinctiones Doctorum consuetæ, quarum ope Justiniani sententiam emollire student: potissimas rejecimus ad Strauch. XI. 21. th. 127. *Autoris explicatio* in prælect. d. l. & in Auspic. domest. orat. 8. p. 255. seqq. *uti Stilo Justiniani seu potius Triboniani, omnium optime convenit, ita egregie persuadet, cum quod illi opponi queat, nihil restet amplius.*

DE SUCCESSIONE ADSCENDENTIUM.

9. (h) De successionibus publicis regnorum atque feudorum, non est privati juris interpretis agere. Sequitur ergo secundus ordo succedentium ab intestato, qui est ADSCENDENTIUM, *d. Nov. 118. c. 2.* quibus in defectu liberorum, credit Lex defunctos maxime bona relicta voluisse. Nam etsi parentibus non debetur filiorum hereditas, propter votum parentum & naturalem erga filios charitatem, turbato tamen ordine mortalitatis, non minus Parentibus quam liberis pie relinqui debet, ait Papinianus in *l. 15., pr. D. inoff. testam.* Adscendentes sunt vel soli, vel una cum illis defunctorum fratres aut sorores, germani germanæve, mortuorumque liberi. Quando soli sunt, habemus regulam tralatitiam, quod proximi remotiores excludant, sine discrimine, materni an paterni sint, in potestate habuerint defunctos, an non. Pater igitur & mater, singuli ex hereditate semissem capiunt. Si pater materve non supersint, avi & aviæ, secundum hos proavi & proaviæ, ac ita deinceps admittuntur. Hi autem neque secundum capita, nec repræsentatione, bona partiuntur; Nullæ enim heic stirpes sunt, quæ faciunt repræsentationem; Quomodo igitur? secundum lineas; Paterni ferunt unum semissem, materni alterum, bonorum videlicet quæ defunctus reliquit, sine ulla distinctione, unde bona venerint; Paterni adscendentes, licet defuncto nihil contulerint, omnesque sint inopes, medietatem justam totius substantiæ, quam defunctus reliquit, accipiunt, *d. cap. 2. vers. si autem.* dictum enim est antea, fundamentum successionis legitimæ, jure Romano, non esse aliud, quam præsumptionem de affectu defuncti; qui credendus est, non minus bene cupivisse adscendentibus tenui for-

(h) *Pos. 22. & seqq.*

tuna

tuna, quam ampliore positis. De ascendentibus ex justis nuptiis tantum loquimur: quod ad reliquos attinet, de his pro repetitis habenda sunt, quæ modo collocavimus, quippe eodem modo tenendum est, parentes succedere ejusmodi liberis, quo liberi ipsis; Nempe legitimatis, adoptivis, (exceptis arrogatis impuberibus, § 3. *I. de adopt*). succedunt parentes. Nothis & spuriis matres, non æque Patres; his enim prorsus non, illis in sextantem, conjuge non relicta; nam de liberis monere supervacuum est, adulterinis & incestuosis prolibus, suo quidem magno merito non succedunt nefarii genitores.

10. (i) Quando defunctus juxta Parentes reliquit fratres sororesque, iisdem Parentibus genitos, justissima ratio existimandi est, quod eos, qui ex una secum substantia parentum sunt, cum his conjungere voluerit, ut Natura eos conjunxisse videtur. Adeoque fratres & sorores germani, eadem cum patre & matre complexione involvuntur, iisque adæquati sunt. Unde multi colligunt, ascendentes ulteriores, avum scilicet aviamque, a fratre atque sorore germanis excludi*; sed hanc Jacobi Belvisii sententiam, licet eam Chassanæus sit secutus, pridem nigros tulisse calculos, affirmat Fachinæus *l. 6. contr. 7.* Eandem tamen ut juris indubitati, tradunt alii, etiam D. Schotanus exam. *ad tit. ff. de suis & legit. hered.* argumento *cap. 3. Nov. 118.* sine dubio ex *princ.* ubi post adscendentes primos vocat Imperator ad hereditatem, *fratres & sorores ex eodem patre & ex eadem matre natos, quos etiam,* addit, *cum patribus ad hereditatem vocavimus:* cui accedit ratio illa superior; quemadmodum avus a Patre excluditur, sic & ab eo arcetur, qui Patri æqualis est, nimirum fratre germano. Ad textum respondeo, non esse faciendum, ut sententias juris ex iis locis probemus, in quibus obiter tantum id, de quo quærimus, tractatur, maxime si ab aliis, ubi hoc ex professo agitur, discrepent. Dicitur heic, quod fratres germanos Cæsar cum Patribus vocaverit, quod est verum; etiam est verum, quod junctos cum patribus avis anteposuit. Sed ideo non est verum, quod, Patre nullo existente, avus etiam excludatur. Verba sanctionis sunt in *d. cap. 2. vers. si vero. Si vero*, inquit, *cum adscendentibus inveniantur fratres, aut sorores ex utrisque parentibus conjuncti defuncto, cum proximis gradu ascendentibus vocabuntur, μετὰ τῶν ἐγγυτέρων τοῦ ἀξιώ.* Proximi autem sunt, quos nulli præcedunt, *l. 92. d. V. S.* Nec ratio fert, ut secundus collateralis adscendentem secundum excludat, cum adscendens ordo potior ido habeatur. Ad argumentum dic, non raro contingere, ut quis per alium consequatur, quod solus non habet; Exempla vide in *l. 10. § ult. de bon. poss. c. tab. & l. 1. § ult. unde liberi.* & in hac ipsa specie *Nov. 127. c. 1.* fratrum defunctorum liberi, suis filiis juncti, cum adscendentibus admittuntur, qui soli existentes penitus excluderentur. Igitur fratres patribus juncti præferuntur his, quos patres excludunt. Quando pater & mater desunt, ipsi excludere nequeunt eos, qui modo a solis patribus arcebantur, non ab ipsis, nisi per Patres. Plane autem requiritur, ut fratres, aut sorores, utrimque sint conjuncti, ut diserte ait textus; Evidenter enim major adversus germanos, quam ergа uterinos & consanguineos, esse solet affectus. Ideo Pater excludit quoque fratrem per semet defuncto duntaxat junctum, & mater suo filio succedens arcet proprium quoque filium, quem ex alio patre, quam quo defunctus est natus, habebat, ut judicatum Sandius refert *lib. 4. tit. 9. defin. 4.* Ratio est, quia non consideratur necessitudo inter eos, qui succedunt, sed inter eum, qui succedit & cui succeditur, hujusque præsumpta voluntas. Hinc etiam non attenditur, unde bona defuncti venerint, sed Pater excludit fratrem uterinum, etiam a bonis defuncti maternis, ut nudius tertius quam hæc scribo consultus respondi; neque enim Lex est ulla quæ distinguat.

11. (k) Fratrum defunctorum liberos, utrimque nempe junctorum, una cum fratribus & adscendentibus admitti, dicere occupavimus ex *Nov. 127. c. 1.* quæ posterior quinquennio hac, in qua versamur, catenus ei derogat; Nempe jure repræsentationis, tantundem ut accipiant, quantum Parens eorum, si viveret, habiturus fuisset, idque per patruos suos obtinent; soli enim cum sunt liberi, per ascendentes excluduntur; ut ex

* Jus Sax. autem solos Ascendentes hoc casu ad successionem vocat, quos quocunque in gradu constitutos omnibus a latere venientibus præfert, L. R. *L. 1. art. 17.* Carpzov. *p. 3. C. 14 def. 4. 5.* Id. *p. 3. C. 17. d. 6. 7.* Struvius *Jurispr. For. L. 2 tit. 10. § 15.* Coler. *p. 1. decis. 47. n. 3.* ita quidem ut pater & mater æqualiter succedant, salvo manente patri eo, quem in bonis filii habet, usufructu ad dies vitæ, v. *P. 3. C. Ll. 17.*

(i) *Pos. 27.* (k) *Pos. 28.*

d. cap.

d. cap. 1. satis perspicue colligitur, etsi Forsterus *lib. 7. de success. cap. 2. & 3.* per otium disputet, in stirpes an in capita nepotes soli existentes veniant, nec alii pauci contrarium sentiant, quos Curia nostra secuta est apud Sandium *l. 5. tit. 8. definit. 5.* Soli per se non possunt admitti, quia gradu remotiores sunt, & in ordine tali, qui postponitur adscendentibus; Repræsentatio illis prodesse deberet; hæc autem manifesto cessat, ubi thios non habent, *d. Nov. 118. c. 3. in pr.* Ipsi fratres cum adscendentibus in capita succedunt, ac in quidem, ut portiones suas pleno jure consequantur, nec ususfructus earum ad Patrem pertineat, quamquam filius defunctus in potestate ejus fuerit, ideoque, vivo ipso, Pater usumfructum habuerit, ut diserte scriptum *sub finem d. cap. 1.* in verbis: *sive suæ potestatis, sive sub potestate fuerit is, cui succedunt.* Unde apparet, evenire posse, ut patris conditio per successionem filii sui multo fiat deterior; nam si ponas, defunctum sex reliquisse fratres & sorores, parentes duos; Pater eo mortuo, octavam duntaxat plenæ proprietatis habebit partem, qui modo omnium bonorum gaudebat usufructu, qui hic longe pluris erat æstimandus.

DE SUCCESSIONE COLLATERALIUM.

12. (l) Sequitur tertius ordo, eorum, qui a latere conjuncti sunt; inter quos successio dijudicanda regula communi; Qui prior gradu, is potior est jure: nisi quatenus illa regula paucis admonitionibus limitatur. Primi igitur omnium veniunt fratres defuncti διπλοῦς, ab utroque latere conjuncti, exclusis uterinis & consanguineis, quanquam hi germanis olim æquabantur, *d. Nov. 118. c. 3. pr.* Sed affectus defunctorum merito flagrantior in διπλοῦς, quam quibus vitrici aut novercæ nomen intercedit, præsumitur. Eadem tamen præsumpta defuncti voluntas dictat, uti mortuorum fratrum aut sororum liberi loca parentum impleant, ut tamen ista teneritudo ad sequentes gradus non extendatur, *d. pr.* Fratrum igitur liberi cum patruis amitisque succedunt in stirpes, per repræsentationem *, qua tunc demum gaudent, quando cum propriis thiis, hoc est aliquo fratrum, vel sororum defuncti, concurrunt: subitio enim in locum, non aliter est necessaria, quam si gradus propinquior ad defunctum existat, qui remotiorem excluderet, nisi repræsentatio illum admoveret. Nec tantum frater defuncti germanus, sed & uterinus & consanguineus, faciunt germanorum liberos habiles repræsentationi, & quidem contra se ipsos. Postea enim quam hoc effecerunt, ut liberi in locum parentum subeant, æque a liberis excluduntur, quam a parentibus excluſi fuissent: quanquam citra repræsentationem, cujus ipsi causa sunt, liberos fratrum præcedere potuissent.

13. (m) Quando nulli extant fratres germani, aut liberi germanorum, sed fratres uno vinculo conjuncti, per patrem alii, quidam per matrem; consanguinei, inquam, cum uterinis, hi pariter succedunt, secundum regulam tota hac *Nov.* fundamentalem; inter cognatos lineæ paternæ atque maternæ nihil esse differentiæ. *In secundo ordine illos fratres ad hereditatem vocamus, qui ex uno Parente conjuncti sunt defuncto, sive per Patrem solum, sive per matrem,* verba sunt Imperatoris in *d. cap. 3. in pr.* Tota hac constitutione, qui pariter succedunt, in universam hereditatem bonaque a defuncto relicta indistincte succedunt. Distinctio bonorum, unde profecta sunt, aliena est a ratione juris Romani, quod pro fundamento habere præsumptum defuncti affectum, ejusque causam & normam sanguinis esse necessitudinem, non semel diximus. Respectus æquitatis extrinsecus, ut quæque bona illuc, un-

* Hoc Jus repræsentationis in linea collaterali, cessat in Saxonia Communi & Electorali, *arg. LR. l. 1. art. 3. LR. l. 1. art. 17.* Zobel. *p. 3 diff. 17. n. 7. P. 3. C. Ll. 18.* § Wir wollen aber. *j. P. 3. C. El. 29.* Unde cum in Recessu Imper. Wormatiensi *d. ann. 1521.* § *19.* jus repræsentationis confirmaretur, Elector Sax. contra istam Constitutionem protestatus est dicto *Rec* § 40. verbo: Doch. Coler *p. 1. dec. 48.* Berlich. *p. 1. Concl. 24. n. 17* Unde frustra Mynsingerus veretur, ne causa ad Cameram delata, sententia reformetur, *resp. 36. n. 6.* ap. Carpz. *p. 3 C. 18 d. 2. n. 7.* cum nec facile ex Saxonia ad Cameram causa transferri queat, & Assessores Cameræ juxta consuetudines & jura cujusque loci pronunciare teneantur. Interim non modo Archiepiscopus Magdeb. Albertus, in Archiepiscopatu suo Jus Commune Imperii recepit, v. Berlich. & Coler. *ll. cc.* idem fecit in Numburgensi Episcopatu obtinet, Richter. *d. 4. n. 37. seqq.* sed etiam ipse Elector Saxoniæ in feudis Jura repræsentationis locum esse voluit, v. *P. 3. C. El. 29.* ibique Moller. *n. 2.* & Carpz. *def. 1.*

(l) *Pos.* 30. (m) *Pos.* 31. *& seqq.*

de venerunt, revertantur, praxi quidem aliarum gentium approbatur, sed a jure nostro, inprimis a Justiniani consideratione in hoc novissimo statuto, abhorret. Adversam igitur & inimicam juri sententiam putamus, quod bona Paterna consanguineis; materna uterinis debeantur.* Justinianus horum fratrum successionem æque generalibus ordinat verbis, atque supra paternorum maternorumque adscendentium. In quibus cum sententia interpretum prævaleat, partitionem bonorum debere esse promiscuam, quid causæ queat esse, ut verba Justiniani hoc loco secus quam superiori accipienda putent, non percipio; nisi quod *Lex 13. § ult. C. de legit. hered.* contrariæ opinioni prætextum dederit. Atqui Justinianus in *princ. hujus Nov. 118.* diserte vetustas leges de successionibus ab intestato abrogat, *eaque sola, quæ nunc constituit, vult observari,* nominatim ea sese aboliturum spondet, *per quæ differentia inter cognatos ex masculis & feminis introducta fuerat:* qualis manifesto fuit etiam hæc inter fratres uterinos & consanguineos distinctio.

SCHOLIUM.

Consentit Autori Strauch. XI. 27. *ubi in notis* p. 131. seqq. *placuit contraria sententia, quam nunc muto, inductus rationibus* heic loci *allatis.*

Contraria tamen, quia communis est Dd. sententia, fori praxin fere abripuit, eamque Curia nostra secuta est, apud Sandium *lib. 4. tit. 8. def. 1.* posteaque rursus, quod recordor.

14. Quando defunctus nullos reliquit fratres, utroque, vel alterutro Parente ortos, tunc ad filios fratrum successio devolvitur, & quidem secundum capita sive numerum personarum, quia repræsentatio non habet locum, nisi cum propriis thiis concurrant; ut aperte docet Justinianus in *d. cap. 3. pr. & § sed & ipsis.* Est autem vox græca, *thii* Θεῖοι, quam retinemus, quia compendio significat patruos, avunculos, amitas, materteras. Ex eadem ratione aliqui concludunt, quod nec interfit, utrum filii fratrum sint germanorum, an *uterinorum* a patre tantum, quia cum fulcitio in locum parentum cesset, nihil superesse videtur, nisi ut distantiam graduum spectemus, quam in omnibus eandem esse compertum est. Sed nimis enorme & absonum foret, eos, qui patres altero gradu propinquos excludunt, non idem juris habere contra filios tertio gradu a defuncto distantes. Decet nos ita jus interpretari, ne legislatorem aperte absurda voluisse, statuamus. Cum quæritur, an filii uterinorum & germanorum concurrant, uterini debent probare, se pari gradu differre; ut hoc ostendant, primo ad stipitem recurrunt, inde ad suum parentem, hunc ejus ostendunt conditionis, ut, si viveret, repelleretur: ab eo tamen suum jus deducunt; Ratio, quæ repulit patres, illis non obstat. Sed hoc, quod pater repelleretur, illis obstat. Textus etiam *d. cap. 3. § 1.* ex quo probatur scilicet, solam graduum spectari distantiam, loquitur expresse de casu, quo neque fratres neque filios fratrum defunctus reliquit. Atque hæc merito & Cujacii *ad hanc Nov.* & Dd. communis sententia est, usu fori comprobata, teste Sandio *lib. 4. tit. 8. def. 3.* dissentit Wissenb. *hic.* Cæterum consanguineorum, vel uterinorum filii, soli existentes, remotiores cognatos, etsi utrimque conjunctos, sine dubio excludunt.

15. (n) Nam post concursum inter fratrum liberos, dicimus resolute, spectari simplicem graduum prærogativam; ** Qui sunt ejusdem gradus, si concurrunt, & remotior cedit propinquiori, sine ulla repræsentatione, differentiaque duplicis vinculi, denique cognationis aut agnationis, *d. cap. 3. in fine.* Quare si defunctus thios, hoc est, patruum, avunculum, amitam, aut materteram reliquerit, juxtaque eos fratrum sororumve liberos, quoniam hi omnes in tertio gra-

* Nec apud nos inter bona Paterna & Materna distinguitur, sed fratres consanguinei ac uterini in utraque æquali jure succedunt, *P. 3. C. El. 14.* ubi vid. Carpz. *def. 4.* Cæterum in hac Constitutione contraria sententia dicitur Juri Communi convenire, quam etiam defendit Carpz *d. l. def. 1.*

** Jure Saxonico Unilaterales semper uno gradu existimantur esse remotiores, quam bilaterales. Unde frater Uterinus cum germani liberis concurrit, *L. R. L. 1. art. 3. P. 3. C. El. 18.* § Wann aber. licet Jure Civili ab iis excludatur, *Nov. 118. c. 3.* Contra Pronepos ex fratre Germano, potior est in successione, quam Pronepos ex Unilaterali fratre, *a. d. art.* Carpz. *p. 3 C. 18. d. 24.* Schœpffer. *Synops. Jur. Univ. ad lib. 38. de S. A. J. n. 49.* cum Justinianeum duplicitatis vinculum hoc plane non attendat, sed utrosque æquali Jure ad successionem admittat.

(n) *Pos. 37. 38. & seqq.*

du

du sunt siti, putamus, pariter eos admitti *, idque secundum verba mentemque Justiniani satis claram, in *d. cap. in fine;* Contraria, quoniam in communem Doctorum abiit, videamus quo fundamento nitatur. Id est in *d. cap. 3.* verbis hisce; *Quandoquidem igitur fratris & sororis filiis tale privilegium dedimus, ut in proprio-rem parentum succedentes locum, soli in tertio constituti gradu cum iis, qui in secundo gradu sunt, ad hereditatem vocentur, illud palam est, quia defuncti thiis, masculis & feminis, sive a patre sive a matre, praponuntur, si etiam illi tertium similiter cognationis obtineant gradum.* Male habitus est ab interprete hic locus; audiamus ipsum Cæsarem. Ὅποτε τοίνυν τοῖς τοῦ ἀδελφοῦ καὶ τῆς ἀδελφῆς παισὶ τοιοῦτο προσέμιον δεδώκαμεν, ἵνα τὸν τῶν γονέων ὑπεισιόντες τόπον, μόνοι τρίτου ὄντες βαθμοῦ, μετὰ τῶν ἐκ δευτέρου βαθμοῦ πρὸς τὴν κληρονομίαν καλοῦνται. ἐκεῖνο πρόδηλόν ἐστιν· ὅτι τῶν θείων τοῦ τελευτήσαντος, ἀρρένων τε καὶ θηλειῶν, εἴτε πρὸς πατρὸς, εἴτε πρὸς μητρὸς εἶησαν, προτιμῶνται οἱ καὶ ἑλκύσαι τρίτον ὁμοίως συγγενείας βαθμὸν ἔχοιεν. Posteriorem versiculum ita rectius vertit Haloander: *illud manifestum est, quod patruis & avunculis neque non amitis & materteris defuncti præferantur, tametsi similiter & illi tertium cognationis gradum obtineant.* Sanxerat prius Imperator, ut filii fratrum præmortuorum una cum fratribus defuncti per repræsentationem succederent. Quo ipsis indulto, tanquam consequens inde deduxit, quod etiam thiis defuncti præferantur; diserte ideo tradit, eos præferri, quia privilegium repræsentandi hoc casu illis dederat, ut ita non per se, sed propter thios suos defuncti thiis præferantur; Thiis igitur privilegioque cessantibus, in suis terminis relinquuntur, quibus nihil aliud habent, quam jus tertii gradus, quod ipsum habent thii defuncti. Ratio, quam dissentientes (quos sequitur usus fori) suggerunt, quod fratrum filii sint instar descendentium, ad quos difficilius recurrat hereditas, haud quidem inepta erat, quæ juri statuto circumdaretur; at stabiliendo minime est sufficiens. Quin ex hac ratione fratris nepos etiam præferendus esset Patruo, cum tamen Doctores communiter quoque statuant, ne quidem patruelibus eum præferri, qui in pari sunt gradu; quod sine dubio est verissimum.

16. Hinc etiam dicendum, fratris uterini filium cum thio pleno defuncti concurrere, ** quia duplicitas vinculi ultra quæstionem inter fratris liberos non extenditur, *d. cap. 3. in f.* multo magis patruum: vel avunculum defuncto ab uno latere conjunctum, præferri filio patrui utriusque conjuncti; similiter patruum ex uno, simul admitti cum matertera ex utroque latere conjuncta; quæ species sunt apud Sandium *lib. 4. tit. 8. def. 2.* Plane superior regula, quod proximus gradu sit jure potissimus, nihil obstat, quo minus in infinitum producatur; *omnes deinceps a latere,* inquit Justinianus *d. cap. 3. in f.* Quod Imperator nullis finibus circumscripsit, id nobis limitare nefas. Doctores tamen ita quasi in re minime dubia tenent, olim cognatos duntaxat ad sextum, agnatos ad gradum decimum fuisse admissos, per *§ ult. I. de succes. cognat.* Unde cum hodie differentia inter cognatos & agnatos nulla sit, omnes eis decimum gradum constitutos colligunt admittendos, ut multa probatur autoritate apud Forsterum, *l. 3. de succes. cap. 9. n. 1. & 2.* qui tamen ipse, *cap. seq.* veriori merito sententiæ accedit: Eo quod olim quoque agnati sine fine graduum vocati fuerint. Neque enim ulla determinatio legitur in *§ 3. Inst. de succ. legit. agnat.* neque in *§ ult. de serv. cognat.* quin ibi; *etsi longissimo gradu sint,* vocantur agnati; clarius adhuc in *l. 2. § 1. de suis & legit. hered.* scriptum est; *deinceps que cæteris; si qui sunt hinc orti, in infinitum.* Ex quibus liquet, etiam pro hypothesi juris novi, supposita fidem agnatio-

* Autoris sententia, qua Patruum cum Germanorum fratrum liberis ait concurrere, in Saxonia Communi attendatur, quoniam in tertio omnes gradu constituti sunt, unde in capita inter eos dividitur hereditas, *a. LX. L. 1. art. 17.* Zobel. *p. 3. diff. 17. n. 10.* Carpz. *p. 3. C. El. 18. d. 4.* Coler. *p. 1. d. 48. n. 13 seq.* Richter. *de Succ. ab Int. sect. III. tit. 1. n 70.* Jus autem Electorale hoc casu fratrum liberos solos ad successionem admittit, *P. 3. C. Ll. 18.* ibique Carpz. *def. 4.* & Moller. *n. 3.* Berlich. *p. 3. Concl. 24. n. 34. seq.* Struv. *Ex 38. th. 32.* Atque hanc sententiam etiam Juri Civili convenire, contra Autorem Zobelium, Berlichius, Carpzovius *l. cc.* Salicet. *ad Auth. post fratres. C. de legit. her. n. 2.* aliique Dd. statuunt.

** In Saxonia Electorali frater unilateralis quidem excludit patruum ex utroque latere junctum, *P. 3. C. Ll. 18. §.* Wann aber, ibique Carpz. *def. 14.* Struv. *Jurispr. For. l. 2. t. 30. § 10.* sed unilateralium liberos excludit patruus bilateralis, Carpz. *d. l. def. 16.* licet hic a fratrum Germanorum liberis excludatur. v. Carpz. *ibid. def. 4.* & Struv. *l. c. § 18.*

nis cognationisque uniformitate, omnes sanguine junctos, quibus propinquior nemo reperitur, ad successionem admitti *.

17. (o) Deficiente omni sanguinis linea legitima & naturali, prætor olim ex præsumpta defuncti voluntate, & æquitate manifesta, conjuges admittebat in solidum, idque recentiori jure confirmatum, *l. un. C. Unde vir & uxor.* neque id a Justiniano mutatum est; Generalis enim abrogatio legum vetustarum, de qua est in *pr. d. Nov. 118.* loquitur de tribus succedentium ordinibus, non de conjugibus, neque de fisco. Cum autem vir & uxor jure civili consensu fiant, non videtur copula carnalis, ut huic beneficio locus fit, esse necessaria, argumento insuper ex *l. 15. de C. & D.* suffragante: quanquam de lucro dotis, vi statuti vel pacti conjugibus competente, aliter disputari potest, ut facit Bronchorst. *l. 5. miscell. 98.* Gail. *observ. 79.* Mynsing. *5. obs. 99.* quippe dotis lucrum respectu matrimonii secuturi & implendi conceditur, at hæc successio ex solo affectu defuncti proficiscitur.

18. (p) Jure novissimo, adhuc alia successionis species recepta est, quando conjux præmortuus est locuples, superstes autem laborat inopia, tum hic cum liberis communibus succedit in virilem portionem, si tres, aut plures sint; si pauciores, in quartam, scilicet usufructu tenus. ** Deficientibus autem liberis, quartam plenæ proprietatis aufert cognatis, in quam tamen legata a defuncto relicta imputantur, *auth. præterea. C. unde Vir & Ux.* cujus argumento idem de eo, quod mulier in dote habuerit, affirmandum videtur. Irnerius verba authenticæ ita temperavit, ut de viro perinde ac de muliere intelligenda videantur. Et sane *Nov. 53. cap. 6.* in fine *princ. & § 2.* satis aperte, tam de viro quam de muliere loquitur, *ὁμοίως μὲν ἐπὶ τῶν ἀνδρῶν, ὁμοίως ἐπὶ τῶν γυναικῶν, κοινὸν γὰρ καὶ τοῦτον ἐπὶ ἀμφοῖν τίθεμεν τὸν νόμον. Perinde quod ad*

* Jure Saxon. Successio cognatorum ad gradum septimum restricta videri poterat, *a. L R. l. 1. art 3.* sed contrarium apparet, si dicto articulo jungas *l. 1. art 17. & 19.* Unde ultra septimum gradum succedendi Jus cognatis apud nos competere, docent Schneidewein *ad pr. I. de hered. quæ ab intestat. deferunt. in tertio ordine succedent. n. 39.* Schulzius *Sy 1. Inst. tit. de tertio ordine succedent. lit. l verbo: & quamvis.* & Carpzovius *Part. 3 Const. 18. Def. ult.* qui tamen *ibid. n. 2. & 5.* cum Colero *dec 53. n. 1.* successionem hanc Collateralium ad decimum gradum restringit. Sed Autoris sententia, qui omnes omnino cognatos in infinitum ad successionem admittit, omnino præferri meretur; cum § *f. I. de succes. cognat.* exemplum remoti gradus saltem recenseat, non ulteriores gradus excludat. vid. Struv. *S. J. C Exerc. 38. th. 35.* Stryck. *de Succ. ab Int. Diss. 3. c. 1. § 29.* conf. Menck. *Gymn. Polemic. Controv. Jur. Civil. Disp. XV. th. 7.*

** Eandem portionem Jure Saxonico communi uxori in casum inopiæ relinquendam esse, patet ex Carpz. *p. 3. C 20. Def. 15.* dissent. Coler. *dec. 61. n. 49.* nisi statuto aut consuetudine speciali alia portio ipsi fuerit determinata, conf. Struv. *S. J. C. Ex. 38. th. 41.* Richter. *de Succ. ab Int. Sect. 4. membr. 4. n 4.* Moller. *ad d. C. 20. n. 62.* Sed Jus Saxonicum Electorale uxori arbitrium relinquit, utrum portionem statutariam accipere, an illata velit repetere, *d C. § f.* ibique Carpzov. *def. 6.* Continet autem portio statutaria liberis existentibus quartam, deficientibus tertiam partem hereditatis Mariti, quam uxor caput, sub onere Geradam & omnia sua bona conferendi, *d C.* ibique Carpz. *d 16. 17. 18. seq.* Statutum autem Lipsiense Uxori, etiamsi liberi sint superstites, sine discrimine tertiam & jus retinendi Geradam largitur, idemque ei optionem *d C. El.* datam relinquit, licet alias uxor portione statutaria locali vi Rescripti D. Christiani II. de an. 1606. teneatur esse contenta, vid. Leipziger Wiskühr *art. 29.* Leipziger Ordnungen, Privilegia und Statuta p. 295. Carpz. *ad d. C. def. 6. def. 13.* Maritus autem Jure Saxonico Comm & Electorali, in omnia conjugi mobilia succedit, *L. R. l. 1. art. 31. L. R. l. 35. art. 76. P. 3 C. El. 22.* salvis tamen rebus Geradicis quas mediante inventario proximæ cognatæ uxoris defuncti restituit, & legitima liberorum ac parentum. Ea enim deficientibus immobilibus, ex hisce mobilibus supplenda est, Carpz. *ad d. C. def. 18. 19. & 22.* Ita vero maritus omne æs alienum, quod ratione mobilium contractum est, solus, *a. R. L. l a. 34.* ratione immobilium successor in immobilia, commune pro rata maritus dissolvat, vid. Carpz. *d. l. d. 15. 16. 17.* conf. Qu. Sept. Flor. Rivini *Diss. de marito herede mobiliari in Saxon. Lipsiæ 677. inaug. hab.* Cæterum Statuto Lipsiensi hoc particulare debetur, quod maritus ad uxoris sine filia defunctæ Geradam, retenta etiam mobiliari successione, admittatur, *Stat. Lipsi. d. Gerad d. 1672. a. 13.* Si nulla adsint mobilia, in Electoratu nihil ex uxoris hereditate maritus lucratur, *a. d. art. 76.* Carpz. *l. 2. def. 24 conf resp Fac. Jur. Lipsi Mens. Jun. 1701.* Sed Jure Communi Saxonico successionem ex *Nov. 117. c. 5.* haud denegant, vid. Berl. *p. 3. Concl. 29. n. 69.* Nicol. *Ref. 12. n. 179.* conf. Struv. *S. J. C. Ex. 38. th. 41.* Richter. *de S. A. J Sect. 4. membr. 2. n. 58.* De Successione Geradica, Heergewettica &c. ad Digesta nonnihil infra monebitur.

(o) *Pos. 43.* (p) *Pos. 44.*

viros

viros quam quod ad mulieres; communem hanc enim utrisque legem constituimus, & § 2. ἕτερα ἄτερως ὁ ἀνὴρ ἢ γυνὴ γυνὴ διαιτᾶται, *si quidem inops aut vir aut mulier existat.* Sed huic Novellæ derogatum esse per *Nov. 117. cap. 5. in fine.* tradit ex Cujacio & Rittershusio noster Wissenbachius, *disp. ad Inst. 30. th. 51.* verba derogatoria sunt hæc; τὸν ἀιδρα γὰρ ἐπὶ τῶν τοιούτων ζημιῶν, τὸ τέταρτον μέρος, μετὰ τὸν πρότερον ἡμῶν νόμον ἐκ τῆς ὅσας λαμβάνειν τὰς γυναῖκας, πᾶσι τρόποις κωλύομεν. *Virum enim in ejusmodi casibus, quartam partem, juxta legem priden a nobis latam, ex substantia uxoris accipere, omnibus modis prohibemus.* Sed cogitandum illud Hippocraticum, μηδὲν ἄγαν, μηδὲν ὑπερβάλλον. Existimo, hanc abrogationem non esse generalem; sed ita demum per hunc locum viro successionem negari, si quidem sine causa uxorem matrimonio exegerit; idque ex verbis præcedentibus: Τὴν μέντοι ἀλόγως ἐκβαλοῦσαν, ἐν αὐτῷ τῷ καιρῷ τῆς ἐκβολῆς τὸ μέρος κελεύομεν λαβεῖν τὸ περιεχόμενον τῷ δε τῷ νόμῳ. *Mulierem quidem sine ratione ejectam, ipso tempore, quo ejicitur, partem hac lege ipsi debitam accipere jubemus.* Tu dices, nulla tuni connexio inter utramque periodum, quam tamen requirit tenuis propter particulam γὰρ, *enim.* Sed dicam, nihilo fore meliorem, si verba secus accipias, connexionem. Quare enim mulier statim ac ejicitur, quartam accipit? an ideo, quia vir non quum ei succedit, ut transitoria particula indicare videbatur? nulla hæc αἰτιολογία. Sed nostra hypothesi constabit melius, *mulier ejecta statim petit quartam;* quid autem, si prior ipsa moreretur, atque vir tunc inops esset, ut fere solent γυναικοκτασίαι? nihil hoc moratur; vir *enim* quotiescunque ἀλόγως uxorem expulit, hujus legis beneficio non gaudet, ait Imperator, quemadmodum nec mulier, quæ intra annum luctus ad secundas transvolavit nuptias, *l. 1. & 2. C. de sec. nupt.* Bene igitur habet communis Pragmaticorum sententia, hanc conjugum successionem reciprocam statuentium. Moribus hodiernis Viri & uxoris successio, tam illa ex Edicto, quam ex jure novissimo, varie aut recepta aut improbata est, ut D. Voetius probat, *tit. Inst. de success. ab intest. n. 12.* Apud nos viget haud dubie.

19. Succedit ex pactis dotalibus, frequens instituto populorum hodierno, a jure quidem civili aliena, *l. 15. C. de pactis.* sed Praxi forensi comprobata est, ut Sandius testatur, *lib. 2. tit. 2. def. 7.* In Frisia tamen juris communis valere observationem, idem testatur, hactenus sane, ut liberam testamenti factionem pacta dotium non tollant, an tamen rigide juri Romano Amphictyones nostri insisterent, ut ne quidem valere pacta paterentur, si nihil contra testamento sit cautum, valde dubitarem, quia plerique, a quibus illa pacta improbantur, valere tamen ea volunt, quasi in vim ultimæ voluntatis, si nihil contra sit dispositum, ut Sandius eadem definitione observat. Simile de unione prolium esto judicium, quà conjuges pacisc untur, ut Liberi, quos e diversis habent matrimoniis, pariter sibi succedant. Nam & hujus etiam, jure Frisico non erit ille effectus, ut Parentibus liberam testandi facultatem eripiat, sed tantum, ut quasi ab intestato velut liberi succedant; Si modo etiam hoc jure potiri possint, quandoquidem nulla specialis de hac prolium unione consuetudo Frisiorum extat. Cæterum, post conjuges, ad affines, qui per conjuges junguntur, nulla lex propagat successionem, *l. 7. C. comm. de success.* Unde privigno intestato non succedit vitricus, *l. 3. C. eod.* neque comprivignis jus est ulli o citroque capiendæ hereditatis, *l. 5. in f. eod.*

20. Est tamen, (q) ut post conjuges aliquando obtineat successio ante Fiscum. Nempe, si quis decurio, navicularius, cohorralis, vel fabricensis decesserit; Quippe eorum bona non fisco, sed collegiis & corporibus, quorum ipsi membra sunt, acquiruntur, *l. 1. & t. t. C. de bered. decur. navic. cohort. &c.* nisi quod una particularis successio, adhuc ipsa illa collegia antevertat. Nempe, si quid a principe donatum sit pluribus, id uno ex illis deficiente, ad hos, qui sunt participes ejusdem liberalitatis, devolvitur, *l. un. C. si liberal. Imp. sine hæred.*

21. (r) Postremus locus Fisco datur; si neque descendentes, neque ascendentes, neque a latere agnati vel cognati, neque conjuges, nec collegia, quibus hoc jus sit, extent, tum bona vacantia rediguntur in Fiscum, *l. 1. in pr. de success. Ed.* Jure naturali poterant Nullius videri, cedunt occupantibus: at cum merito incommodum & rixis videretur obnoxium, universitas civium jus hoc sibi, id est, Reipubl. vindicavit, *l. 1. & 4. C. de bonis vac.*

(q) *Pos. 45.* (r) *Pos. 46.*

Potest tamen Fiscus ab eo, qui heredes legitimos non habet, neque testari vult, fideicommisso gravari, *l. 114. §2. de legat. 1.* Debent autem vacantia illa bona Fisco nunciari intra quadriennium, *l. 1. §2. de jure fisci.* quanquam alioqui vindicandis iis, quæ in commissum ceciderunt, non nisi quinquennio præscribatur, *l. 2. C. de vectigal.* facta autem nunciatione intra quadriennium, quæstio quidem ulterius proferri potest, *arg. d. l. § penult.* Verum si quis intra quadriennium detulerit, etsi destiterit, tunc alius post quadriennium nunciare non potest, nisi primus sit prævaricatus, & causam prodiderit, *l. 10. in princ. de diverss. & temp. præsc. d. l. 1. § ult.* Dinumeratur autem quadriennii tempus, non ex opinione hominum, sed *de substantia bonorum vacantium*, inquit Papinianus in *d. l. 10. § 1.* hoc est, ut puto, non quando homines opinantur, defunctum heredibus carere, quia nullum norunt; sed cum plane & certo constat, nullum extare successorem, cum ratio genealogiæ explorata est, aut qui succedere possunt, hereditatem repudiarunt, *d. § 1. & d. l. 1. § 2. de jur. fisci.* Solus autem Fiscus habet hoc jus, non civitates, quæ superiorem agnoscunt, *d. l. 1. C. de bon. vacant.* * Olim bona quoque damnatorum ita, ut pœna mors naturalis vel civilis esset, in fiscum redigebantur, *l. 1. in pr. de bonis damnat.* Hodie non aliter, quam si deficiant descendentes vel ascendentes, in tertio gradu, quibus successio manet salva: Collateralibus præfertur Fiscus *Nov. 134. c. ult. in fin.* excepto majestatis crimine, cujus damnatorum bona adhuc indistincte publicantur, *d. §* *fin.* Moribus varie jus vetus aut novum servatur; Plerumque cessant publicationes, ac ut obtineant, opus est statuto, teste Perezio ad *tit. C. de bon. præscript.* cujusmodi cum nullum sit in Frisia, non videmus confiscationes ibi usitatas extra Majestatis crimen.

(s) Non potest heic omitti Quæstio frequens in foris hodiernis, a Juris Romani tamen aliena terminis: Quia sæpe fit, ut diversum jus succedendi ab intestato in locis, ubi defunctus habuit domicilium, atque in iis locis, ubi bona sita sunt, obtineat, dubitatur, secundum utrius loci leges successio regenda sit. Communis & recta sententia est, in rebus immobilibus servandum esse jus loci, in quo bona sunt sita; quia cum partem ejusdem territorii faciant, diversæ jurisdictionis legibus adfici non possunt; verum in mobilibus nihil esse causæ, cur aliud quam jus domicilii sequamur; quia res mobiles non habent affectionem versus territorium, sed ad personam patrisfamilias duntaxat; qui aliud quam quod in loco domicilii obtinebat, voluisse videri non potest **; Qua de re vide Sandium *l. 4. tit. 8. def. 7.* ubi plures citantur Auctores, simulque fieri posse demonstrat idem *def. 9.* ut partim e testamento, partim ab intestato eidem patrifamilias succedatur, e diversitate Statutorum; velut si paterfam. Frisius, locuples heic & in Omlandia, scribat heredem, is Frisica bona consequitur, Omlandica deferuntur ad proximos ab intestato, quoniam de immobilibus illic per Leges testari non licet.

* Recte monet Dominus Autor, Jus fisci non pertinere ad Civitates municipales sec. Jus Civile, vid. Ant. Perez. *ad tit. C. de bon. vacant. n. 2. seq.* Struv. *Synt. Jur. Civ. Exerc. 50. th. 47.* Jure vero Saxonico Communi & Electorali, Civitas, quæ per investituram gaudet Jurisdictione superiore, etiam bona sibi vindicat vacantia, *a. L. R. l. 1. art. 28.* Reinhard. *P. 1. Diss. 34.* Coler. *p. 1. dec. 22. n. 3.* Richt. *de Success. ab Int. Sect. 5. n. 3.* Schilter. *ad ff. Ex. 50. th. 3.* Idemque Jus in pagis Nobilibus aut Jurisdictionis Dominis competit, si merum imperium ipsis sit concessum, ut illius onera quodammodo compensantur, *a. d. a. t. 28.* Stryck. *de Succ. ab Int. Diss. 5. c. 1. th. 16.* Ziegler. *ad Praxin Calvoli, § Nobiles. n. 13. p. 391.* Schilter. *ad ff. Ex. 50. §. 3.*

** Sententiam Autoris confirmat in Saxonia *Dec. El. 52.* unde ratione immobilium respicimus ad statuta, quæ in loco rei sitæ obtinent, non ad locum ubi defunctus habitavit, aut decessit, Phil. *ad d. Dec. Obs. 2.* Carpz. *L. 6. Resp. 39. Id. P. 3. C. 11. Def. 15.* Richt. *de Success. ab Intest. Proœm. n. 34.* Stryck. *de Success. ab Intest. Diss. 1. c. 4. n. 2. seq.*

TIT.

Tit. XIV.

De Obligationibus.

Transitus, & Obligationem recte ad secundum Juris objectum referri. Definitio & divisio obligationis. Explicatur naturalis. Civilis obligatio exponitur. Ejus causæ, contractus & delictum: Contractus definitio & divisio. Utraque explicatur.

(a) HAbuimus Jura in Re constituta, sine respectu ad certam personam, quæque rem ipsam afficiunt, ubicunque existunt, Dominium, Servitutem, Hereditatem, (de pignore alibi agetur). Tempus est, ut discamus, quale sit jus, quod ad rem comparatum est; vel potius in personam ad rem consequendam, quod pari passu ambulare cum obligatione, neque differre ab ea, nisi modico respectu, *ad tit. de A. R. D.* probavimus. Scilicet, Obligatio est vinculum inter duos; vinculum, quo debitor & creditor inter se conjunguntur, adeoque duabus constat partibus, jure Creditoris, & onere debitoris. Illud, *jus ad rem* vulgo dicitur: hoc specialiter obligatio; tametsi *Obligatio* cum respectu ad creditorem etiam usurpetur, ut cum obligatio cedi, vendi, legari dicitur, qua de re latius actum in *lib. 6. Digress. c. 5. & animadv. de jur. in Re & ad rem c. 13.* Non sequemur eorum sententiam, qui contra auctoritatem & utilitatem juris, invitaque ratione, nolunt de obligatione tractari in capite de rebus, sed in primo de personis, ideo, quia in *l. 3. de O. & A.* scriptum est, obligationis substantiam non in eo consistere, ut rem nostram faciamus, sed ut alium nobis obstringamus. Scilicet, differentiam ejus a modis acquirendi rerum dominia, indicat ibi Jurisconsultus; Obligationem non esse causam proximam & immediatam dominii, sed mediatam, interveniente videlicet facto personali, per quod jus nanciscimur, quo in actum deducto, simus domini, ut verbis sequentibus significatur, *ad dandum.* &c. Proinde hoc jus diversum quidem est a dominio, sed inde tamen nequaquam alienum; certe ejusmodi, quod auget patrimonium nostrum, & merito in bonis esse dicitur, *l. 49. de V. S.* Unde & in divisionibus rerum, obligationes differte, ut species earum, collocantur, *tit. Inst. de reb. corpor. & incorp.* habentque reales effectus, quatenus vendi, in solutum dari, donari, atque pignorari possunt, *l. 4. de hered. vel act. vend. & l. 1. C. de O. & A.* Plane res est manifesta, quod non modo Triboniani, sed & Caji in Institutionibus, aliorumque antiquorum ea fuerit ratio; in primo juris libro sive objecto, ut loquimur, agere de statu personarum, deque iis, quæ ad hominem pertinent, sed eum non faciunt locupletiorem. In secundo, de his, quæ ad Patrimonium referuntur, quod sine dubio & de obligatione prædicari potest. Enimvero sunt ἰδιογνώμονες in hac quæstiuncula Viri alioquin egregii, Vultejus *discept. scholiast. c. 16.* ejusque auditor D. A. Matth. ad *hunc tit. & alibi passim.* iterumque hujus auditor, nosterque Præceptor D. Wielenbachius; qui rarissime ab sui præceptoris sententiis recedebat. Acquiescamus in veterum doctrina, non quia vetus, sed quia vera & immobilis. Sed Theophilus quid sibi vult? εἰπόντες, inquit, περὶ τῶν πραγμάτων νῦν μετέλθωμεν ἐπὶ τὰς ἐνοχάς. *Postquam diximus de rebus, transeamus nunc ad obligationes.* Distinguit aperte res ab obligatione; sed ut in sequentibus tradit, ea mente, quod obligatio tanquam mater actionis in personam, ad caput atque tractatum de actionibus pertineat. Atqui illa ratione Theophilus etiam dominium ut matrem actionis in rem, ad tertium juris objectum referre posset. Ordinis hæc est, quam modo diximus, ratio manifesta, in primo & secundo objecto ut agatur de his, quæ ad statum personarum pertinent, & de juribus, quæ patrimonium augent, ut dominium & obligatio; In tertio de remedio, quo jus personale & patrimoniale nobis adserimus, quod est Actio.

2. (b) Definitur obligatio a Justiniano, quod sit juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ, secundum nostræ civitatis jura. Quod sit vinculum inter duos, & quo sensu, diximus *a pr.* Necessitas adeo cunctarum obligationum virtus est, quamquam Modestinus in *l. 25. in pr. de O. & A.* sensu plane arbitrario necessitatem unam e pluribus obligationum causis appellat, qua scilicet heres necessa-

(a) *Pos. 1. 2. 3. 5.* (b) *Pos. 4. 5. 18. 19.*

rius

rius sit obstrictus, § 7. *d. l.* 52. populariter ibi, non ex arte sumit obligationem, pro facultate qua quis ad aliquid præstandum quovis modo tenetur; quemadmodum *deberi* sic aliquando sumitur, ut quidquid *ad nos pertinet*, intelligatur. *Solvendi* verbum explicatur a Paulo in *l. 3. in pr. eod.* dum ait, obligationum substantia in eo consistit, ut alium nobis obstringat, ad *dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum*, dare est dominium transferre, § 14. *Instit. de Action. l.* 75. § *ult. de V. O.* Facere quid sit, quando solutioni & præstationi opponitur, difficile dictu est. Nil melius in mentem venit, quam eum *facere*, qui actum exercet non pertinentem ad implementum generale certi contractus; Ut ædificare domum, pingere tabulam, manumittere servum, ire Romam, *l.* 72. § *ult. & l.* 84. *de V. O.* juncta *l.* 124. *D. eod.* impliciter alioqui *facere* significat etiam *dare* & *præstare*, ut videre licet apud Baldonium *in verbo* facere. Præstare tunc erit, implere quandibet fidem contractus, quatenus a dando & faciendo differepat, ut *præstare fidem*, præstare culpam, id quod interest, evictionem, & similia. Cæterum, mixtæ actiones, quæ partim in dando, partim in faciendo consistant, vix est ut dentur, una forsitan excepta, quæ est de rationibus reddendis; hæc est *ad faciem* reddendi rationes, & ad *dandum*, ut reliqua præstentur, *l.* 52. *de C. & D.* Divisio, ut diximus, est in naturalem atque Civilem, *l.* 5. § 3. *de fidejuss. & l.* 18. *de Sctο Macedon.* Necessaria est hæc divisio, ad juris scientiam: at monendus est Lector, definitionem modo positam e Justiniano, de Civili tantum esse conceptam. Proinde, ad hanc divisionem ordinandam, tantisper ultima verba definitionis, quæ sunt hæc, *secundum nostræ civitatis jura*, præcidere velis e memoria, per nos licet. Obligatio Naturalis est, (c) quæ solo æquitatis vinculo sustineri dicitur, in *l.* 95. § 4. *de Solution.* Civilis, quæ legis autoritate subnixa est. Naturalis obligatio non omnis in pari pretio habetur; Quibusdam enim lex opitulatur, aliis nullam vim tribuit. Quæ hujus sunt generis; vel neglexit omnino, vel enervavit. Quas neglexit, eas naturalitati suæ & conscientiis hominum reliquit; ut est obligatio gratitudinis, veluti ad remunerandum, *l.* 25. § 11. *de hered. pet.* item ejus qui legata ex voluntate testatoris integra debet, cum nihil ipsi sit salvum, *l.* 5. § 15. *de donat. int. vir. & ux.* & heres, qui ex testamento non solenni, hereditatem aut legatum alii cedere debet, unde ne conscientiam quidem absolute obligari, plena manu probavimus *l.* 4. *Digress. c.* 34. *& seqq.*

SCHOLIUM.

Ergo nec erit obligatio naturalis, si ne conscientiam quidem obligat. Ergo neque hoc exemplum ad thesin specialit? Imo vero, modo distinguas inter obligationem naturalem abstractam a lege civili, & ex hypothesi legis civilis. Est hæc obligatio naturalis respectu priori, non est respectu posteriori. Aliter paulo Autor in Digress. d. l. 4. cap. 35.

RESPONSIO.

Etiam sine ea distinctione puto, dari Obligationem naturalem, quæ commendat observantiam sui, non imperat, ut est obligatio ad remunerandum, & hæc, de qua diximus in loco citato.

N. ADDIT.

Hoc vero est repetere saltem contradictionem, non respondere ad objectionem. Quæ commendat observantiam sui obligatio, & obstringit conscientias hominum, ea est obligatio ad remunerandum, de qua id diserte asseverat Autor. De altera vero, nempe heredis ex testamento non solemni, hereditatem cedere debente, dixerat, quod ne conscientiam quidem obliget, i. e. ne quidem commendet sui observantiam.

Obligationes, quas jus civile privat effectu ac enervat, sunt hæ; Pupilli majoris infantia, nam infans plane non tenetur, *l.* 25. § 1. *Quand. dies leg. ced. l.* 21. *ad L. Falcid. & l.* 1. *in fin. de novat.* juncta *l.* 127. *de V. O. & l.* 41. *de condict. indeb.* filiifamilias mutuam pecuniam accipientis, *l.* 10. juncta *l.* 1. *de Scto Maced.* & mulieris fidejubentis, * *l.* 2. *& t.t. ad Sc. Vellej.* Obligationes, quibus lex opitulatur quidem, verum non dat agendi

* Huc pertinet etiam obligatio mulieris sine Curatore in Saxonia contrahentis. Quamvis enim eam naturaliter obligari Carpzov. *P.* 2 *C.* 15. *Def* 7. *n.* 9. *Id de Jure fœm sing. dec.* 3 *pos.* 3 *n.* 6. Philipp. *Vf. Pr. l. Lib* 3 *Ect.* 6. *n.* 11. Moller *ad Carpz. loco sup. cit.* pie dixerint; efficacem tamen esse hanc obligationem, & effectus quos Jus Civile obligationibus naturalibus tribuit, retinere, vix potest asseri. Condictionem indebiti Mulieri obligatæ lege non ipsi Carpz. *ad d. C. d. s.* 2. Moller. *l. c. n.* 91. *seq.* Philip. *ad Dec. El.* 14. *Obs. n.* 3. & fidejussorem pro ea intercedentem non obligari, infra ad Tit. XXI. ostenderur. Quare

(c) *Pos.* 6. *& seqq.*

peten-

petendique jus in foro, his alios tamen effectus minime spernendos tribuit: Parit exceptionem, *l. 7. in pr. de Pact.* impedit condictionem indebiti, *l. 13. & l. 26. §12. de condict. indeb. l. 10. de O. & A.* recipit Constitutum, *l. 1. §7. de Const. pec.* fidejussores, pignora, *§ 1. de fidejuss. l. 6. & 7. eod.* Denique, novari potest ejusmodi debitum, *l. 1. §ult. de Novat.* imo, potest compensari, *l. 6. de compensat.* Hos omnes effectus non dubitamus asserere servorum obligationi, *l. 13. pr. de Condict. indeb.* ut & nudo pacto, *Is enim naturâ debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus*, ait Paulus in *l. 84. § 1. de R. J.* ubi de pacto haud dubie loquitur, ut ex collatione *l. 1. pr. de pactis.* liquet, quo qui tenetur, cum natura & jure Gentium esse obligatum, affirmatur, daturque ei hic effectus, quod exceptionem producat, *l. 7. in pr. & § 4. de pact.* Sed hæc utraque species moribus nostris incognita est.

SCHOLIUM.

Scilicet, quod ad effectum. Nam pactum nudum hodie magis cognitum est quam stipulatio, etsi hodie pactum nudum actionem producat.

RESPONSIO.

Sufficit igitur, extra usum esse Pactum, quatenus olim erat obligatio naturalis, quo respectu heic tantum consideratur.

N. ADDIT.

Nulla est contradictio inter nos; cum scholium istud non a decerim correctionis, sed explicationis gratia.

Auctor scholiorum contra distinctionem superius positam adhuc ita procedit.

SCHOLIUM.

At quomodo hæ obligationes differunt ab obligationibus, quas in totum destitutas a jure civili volut Autor? In obligationibus prohibitis quidem differentia est, v. gr. in obligatione filiifamilias, qui prohibetur *mutuam pecuniam sumere; at servorum contractus, item pacta nuda, non sunt prohibita; Sed obligatio ex testamento imperfecto tamen, quam Autor* n. 7. *asserebat, tanquam exemplum obligationis in totum destituta, exceptionem parit.* vide *l. 2. C. de fideicommiss. Et ergo illa non in totum destituitur* per hunc n. 10.

Sed & obligatio pupilli n. 8. *ad obligationes plane destitutas relata, constitutum, fidejussores, pignora, novationem &c. admittit.* dd. textt.

RESPONSIO.

Ad primam objectionem; Non diximus, servorum contractus & pacta esse inter obligationes naturales prohibitas; est error elenchi. Ad II. objectionem; neque obligationem e testamento imperfecto parere exceptionem, nisi quis facti gnarus, errore juris solverit, ut infra de quasi contr. dicetur. *quo casu non dicimus, esse penitus destitutam speciem. Ad objectionem III. Fidejussiones, pignora, novationes subjectæ pupilli obligationibus, non valent ut earum accessiones, sed ut novæ obligationes, ex voluntate Fidejubentium atque novantium.* infr. de Fidejuss.

N. ADDIT.

Ad I. Imo autor commisit ignorationem elenchi, cum ea, quæ de obligationibus prohibitis movi, pro objectione habuit, cum sit potius concessio, & ostensio, quod dubium ad illam speciem non pertineat: & sane ipse concessi, disertis verbis, servorum contractus, & pacta nuda, non esse prohibita. Ad II. Ergo hæc distinctio facit ad minimum, ut obligatio ex testamento imperfecto non referatur ad obligationes in totum destitutas, sed ut tertiam speciem mixtarum constituat. Ad III. Distinctionem hanc non admittit natura fidejussionum & novationum, quæ totæ, quantæ quantæ sunt, sunt accessiones, pr. § 1. 3. 5. Inst. de fidejuss.

Cæterum, ad obligationes naturales, quæ jure civili non penitus destituuntur, bene refertur obligatio mulieris nuptæ, quæ marito non auctore se obligavit, in iis locis, ubi is est legitimus Curator uxoris; item obligatio, de cujus causa nihil constat; de qua *vid. infr. de Inutil. stipulat.*

3. Atque hæc de obligatione naturali. Videamus de civili. (d) Hæc vel est Civilis tantum, vel Naturalis simul. Illa, quæ legum sub-

Quare rectius fœminam sine Curatore contrahentem, ne naturaliter quidem obstringi, Pantschmann. *Var. Quæst. l. 2 qu. 5. n. 20.* Berlich. *p. 2. Concl. 17. n. 24.* aut naturalem, si qua subsit, obligationem omni vi ac effectu civili destitui, defendunt Brunnemann. *ad l. 1. ff. de fidej. n. 4.* Joh. Sam. Stryk *de Jur. sing. fœmin. Hamb. c. 2. th. 34.* licet ipse Huberus circa finem hujus positionis, & Pagenstecher *in Aphorism. Inst. Lib. 3. aph. 51.* hujusmodi obligationem naturalem efficacem esse, existiment.

(d) *Pos. 12. & seqq.*

tilitate duntaxat nititur, æquitate destituta naturali, quæ propterea parit quidem actionem, sed per exceptionem, quam suggerit æquitas, elidituɾ.

SCHOLIUM.

Hæc saltem obligatio, quoad nomen & subtilitatem juris est; talis revera non est obligatio, jam dudum id subodorante Paulo in l. 112. de R. J. Nihil interest, *inquit*, ipso Jure actionem quis non habeat, an per exceptionem infirmetur. *Conser* Philos. jur. § 112.

RESPONSIO.

Philosophia Juris non debet evertere Juris Historiam, neque terminos Artis. Paulus de eventu loquitur, quo nihil interesse, num detur Actio, an exceptione elidatur, satis constat; verum si tu velis abolere, quicquid ipso vel summo jure consistit, in eventu non consistit, ut & quæ ipso jure nulla sunt & quæ rescinduntur, magnam disciplinæ partem sustuleris. Qui metu coactus est, vere obligatur, quia voluit ex προαιρέσεως, ex deliberato consilio, etsi obligatio civili effectu destituatur. Maneamus igitur in terminis Artis.

N. ADDIT.

Mirandum, quod, qui mihi modo errorem elenchi objicit, tam multiplicem hic committat. Nam (1.) An ego in Scholio tentavi unquam evertere juris historiam & terminos artis? Annon fere eadem verba reperiuntur in Scholio, quæ Autor habet in lineis præcedentibus, nisi quod id de novo observetur, quod Autor etiam concedit, obligationem hanc destitui effectu? (2.) Uti vero ex dictis constat, me nihil voluisse abolere, ita quæ Autor de iis, quæ ipso jure nulla sunt, & quæ rescinduntur, immiscet, ad hunc locum proprie non pertinent. Cum ea, quæ rescinduntur, effectus habeant suos, si non rescindantur. An obligatio mere civilis nullum habet effectum nec naturalem, quia destituitur æquitate naturali, nec civilem, quia eliditur per exceptionem? (3.) Si metu coactus vere obligatur, quia voluit ex deliberato consilio obligari, falsum est, quod Autor dixit modo, hanc obligationem æquitate naturali destitui. (4.) Si vero æquitate naturali non destituitur, non potuit referri ad obligationes mere civiles, sed potius tum esset obligatio naturalis & civilis simul. (5.) Si obligatio mere civilis est vera obligatio, debet habere effectum civilem. Sed Autor hic ipse fatetur, quod obligatio ex metu destituatur effectu civili & nitatur saltem æquitate naturali: Ergo una eademque obligatio erit simul mere civilis, simul mere naturalis, &c.

Exempla passim occurrunt. Qui ad tempus promisit, etiam post tempus obligatur, § 3. *I. de V. O.* Qui a creditore suo pactus est, ne peteret, etiam post pactum obligatur, § 3. *I. de except.* Qui metu coactus, qui dolo deceptus promisit, jure civili quoque obligatur, § 1. & 2. *eod. tit.* Dantur vero quædam obligationes mere civiles, quæ non actionem inefficacem, sed exactionem producunt; quia tales erant, ut propter utilitatem publicam finiendasque lites, ea virtute deberent instrui. Ideo præsumptio in illis stabilita est, quod naturalis causa semper subesse credatur. Talis est obligatio literarum, *infra de liter. oblig.* rei judicatæ, *l. 25. de Stat. hom.* jurisjurandi voluntarii, § 9. *infr. de action.* & confessionis judicialis, *l. 1. D. confess.* ex quibus datur efficax actio, tametsi debitor revera nihil debeat; In his omnibus non quæritur, an debeatur, sed an scriptum, judicatum, juratum, atque confessum sit.

Obligatio, quæ civilis simul ac naturalis est, sine exceptione actionem producit efficacem. Eaque a Justiniano duplex in § 1. *h. t.* traditur; Civilis, & Prætoria. Illa ex legibus oritur, hæc ex Edictis Prætorum, *d.* § 1. quæ stricte sumpta legibus opponuntur, *l. 7.* § 1. *de Just. & Jur.* Civilis, quæ aut legibus constituta, vel certo jure civili comprobata est.

SCHOLIUM.

Hæc divisio obligationis, fundamentum præbuit divisioni Magistrali actionum, in nativas & dativas. Illæ oriuntur ex obligationibus lege civili comprobatis; hæ ex constitutis.

Constitutæ legibus dicuntur, quæ solido quidem juris Naturæ fundamento nituntur, aliis tamen gentibus, aut populo Romano primitus in usu non fuere; postea vero a sanctionibus Romanis vim suam acceperunt, ut sint verborum obligationes, pacta legitima, furti ex L. XII. Tab. Damni, ex lege Aquilia; Injuriæ, ex lege Cornelia, & similes. *Comprobatæ* jure civili sunt; quæ aliarum gentium jure vim plenam obtinentes, a populo Romano receptæ, addendoque aliquid, vel detrahendo, juris civilis sunt factæ, *l. 5. de J. & J.* ut sunt emptiones vendi-

venditiones, locationes, conductiones, & reliqui juris gentium contractus. Prætoriæ actiones omnes constitutæ dicuntur, quia per expressa Prætorum Edicta vis obligandi illis addita fuit, ut est obligatio ex jurejurando, constitutæ pecuniæ, similesque, de quibus *in § 9. & seqq. de Action. cum tit. sequ.* Sed Prætoriæ obligationes, effectu parum aut nihil a civilibus differunt; imo sub Civilibus continentur, quando civiles ac naturales inter se opponimus, non secus ac ipsum jus Prætorium sub jure civile late sumpto comprehenditur, *d. l. 7. § 1. de Justit.* Denique fieri potest, ut æquitas sola sine adminiculo legis specialis actionem producat, si prægnantior sit, & si proxime ad aliquem contractum accedat, cujusmodi exemplum est in *l. 32. de reb. Cred.* Quoties autem simpliciter obligationem nominamus, hanc, videlicet civilem intelligimus;

4. (e) Cujus causam & matrem Ulpianus in *l. 7. § 2. de Pactis.* ait esse συνάλλαγμα, quod in *l. 19. de V. S.* interpretatur ultro citroque contractum; sive negotium ultro citroque gestum, quod est duplex, contractus, & delictum. Contractus est conventio per se producens obligationem & actionem. Genus est *conventio*, hoc est duorum vel plurium in idem placitum consensus, *l. 1. § 2. de pact.* Cujus duæ sunt species, contractus, & pactum nudum, *l. 19. in fin. de nov.* Differentia ab effectu est, quia contractus producit obligationem & actionem, quo discernitur a pacto nudo; addimus, *per se*, ne definitio conveniret pactis legitimis, id est, lege vel edicto confirmatis, quæ cum actionem non sua, sed legum vi producant, non sunt tamen contractus, *l. 6. de pact.* Si quis a priori differentiam inter Contractum atque pactum scire velit, ea hæc est: Omnis Conventio habens proprium & legitimum nomen vel *causam*, id est dationem aut factum, ea Contractus est. Quæ vero neque certum nomen habet, neque in effectum cœpit deduci aliqua datione vel facto, hæc est pactum. Ex. gr. Dabo tibi centum, ut servum manumittas, hoc est pactum; quia nec certi nominis est hæc conventio, neque datio vel factum adhuc intercessit: at hoc negotium; do tibi & mox numero, jam contractus est; vel cum tu manumisisti, statim contractus est: antea finibus nudi placiti stabat, *l. 27. C. Locati.* Conventiones, quæ speciale & certum habent nomen, contractus nominati vocantur, ut emptio, venditio, locatio, conductio, mandatum, societas, mutuum, commodatum, depositum aliique. Quæ nomine Legitimo carent, datione tamen aut facto ab alterutra parte impletæ sunt, vocantur Innominati Contractus; quos per περίφρασιν seu circumlocutionem designamus; quales vulgo quatuor numerantur, *do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*, de quibus alibi dicendum. Ex omnibus illis una datur actio, præscriptis verbis, de qua similiter locus erit alibi. Miretur merito quis, harum specierum differentias peti a nominibus, quod in reali & morali disciplina absurdum videatur. Sed sciendum, nomina nihil esse quam notas & signa differentiarum, quæ revera aliunde sunt petendæ. Nempe quoniam aliqui contractus necessarium & frequentem in civili societate usum habebant, ideo determinatam certamque legibus naturam, certas in foro agendi formulas, assiduoque hominum usu certa nomina acceperunt; quibus enunciatis, quia statim quilibet vim atque effectum eorum intelligebat, a nominibus quoque nuncupari cœperunt. Sed reliqui cum essent rariores minusque necessarii, operæ pretium JCti vix putarunt, peculiares certosque præscribere terminos, aut ordinarias & solennes actionum dare formulas; adeoque neglectim sunt habiti, ut ne appellationibus quidem specificis distincti fuerint. Hæc est differentia, & ejus ratio; Scilicet usus & utilitas frequens aut infrequens. Illa facit, ut nominati contractus sint certi, innominati magis incerti, unde actio præscriptis verbis incerta dicitur, *l. 6. C. de permut.* Hinc nulla inde certa petitio, sed in id quod interest agi solet, *l. 7. de præsc. verb.* Huic quoque incertitudini tribuo, quod innominati contractus pœnitentia retractari possunt, ab eo, qui a sua parte conventum implevit, antequam alter vicissim impleverit, *l. 5. in pr. § 1. & 2. de condict. caus. dat. c. n. sec.* Est & alia quasi-divisio contractuum, qua dicuntur aut veri esse, aut quasi-contractus, *§ ult. h. t.* Veri sunt, qui expresso consensu ineuntur. Quasi-contractus, qui sine conventione pariunt obligationem, de quibus *infra* dicemus. Veri & nominati contractus rursum abeunt in quatuor species; aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut consensu, *§ ult. h. t.* Si quis roget, cur non omnes contractus, quia sunt con-

(e) *Pos. 20. & seq.*

ventiones, dicantur iniri *consensu*, huic primo sciendum, plane omnes consensu mutuo contrahi, sed quosdam solo nudoque perfici consensu, alios præter consensum aliud quid requirere, interventum rei, conceptionem verborum, aut literas.

TIT. XV.

De Obligationibus, quæ re contrahuntur.

Transitus, & definitio mutui explicata. Et quod mutuum sit alienatio. Quo effectu mutuum Re contrahatur. In mutuo non posse convenire, uti plus reddatur, quam est acceptum. De actione ex mutuo & regula de actionibus aliorum contractuum. De condictione indebiti. Commodati definitio. Actio exinde. Depositi definitio explicata, & an rei immobilis sit depositum. De præstatione depositarii. Pignus quid, & quam culpam creditor in pignore præstet &c.

(a) CONtractus tam veri quam quasi tales, de quibus in loco dicemus, tam nominati quam innominati, novissime in quatuor, inquam, species dividuntur; aut enim re, aut verbis, aut literis, aut solo consensu ineuntur. Qui re contrahuntur, id est, traditione rei ipsius, sunt quatuor; mutuum, commodatum, depositum, pignus. Mutuum dicimus esse, cum quantitas alicui datur ea lege, ut tantundem ejusdem generis & bonitatis restituatur. Per quantitates intelligimus eas res, quæ pondere, numero, mensura constant, ut sunt oleum, vinum, frumentum, pecunia numerata, æs, aurum, argentum, quarum rerum datione possumus ire in creditum, id est, mutuum contrahere, quia functionem recipiunt in suo genere, *tam per solutionem quam specie*, verba sunt Ulpiani in *l. 2. § 1. de reb. cred.* id est, ut puto, quoniam res illæ talis sunt naturæ, ut una alterius vice absque ulla inæqualitate facile fungi possit, idque magis per solutionem sive præstationem ejus quod tantundem est, quam redditionem ejusdem speciei. Talis promptitudo & æqualitas functionis, in suo genere vix unquam in corporibus reperitur, sed plerumque in species sive corpora cadit affectio & inæqualitas æstimationis; neque enim hic equus, hæc vestis, hoc poculum tam præcise æque bona sunt, atque iste equus, illa vestis, illud poculum. Quæ ratio docet, si quidem & corpora dentur juxta pondus, numerum, mensuram, ita ut nulla inæqualitate distinguantur, tunc nihil obesse, quare mutuum in illis consistere nequeat; veluti cum tot panes certi ponderis & bonitatis restituantur, aut pisces ad pondus numerumve, quod fit in halecibus tam salitis quam tostis, nec non asellis; & bibliopolæ in libris ejusdem editionis mutuum omni die exercent.

2. Quantitas *datur*; habet definitio, hoc est, dominium ejus transfertur, *in hoc damus, ut accipientium fiant*, ait Imperator, δάνειόν ἐστι, τὸ τὸν λαβόντα γενέσθαι δεσπότην, *mutuum est, quo is, qui accipit rem, ejus fit dominus*, ait Theophilus; unde etiam mutuum dicitur, quod ex meo fiat tuum, a quo non abludere Siculum μοῖτον, unde Varro, 4. *de LL.* hanc vocem deducit, bene Grotius observat, *flor. spars. ad hunc tit.* nam μοῖτον, est a μοὶ & τὸν pro τέον *tuum*. Siculos enim Græcos Doras fuisse, satis notum est. Grotius *dicto loco* etymologiam Justiniani esse *veram* affirmat; verius videtur, allusionem esse veritati proximam; grammatice autem derivari a *muto*, ut a divido *dividuus*, cernuus a *cerno*. est enim mutuum nihil quam mutatio quantitatis. (b) Si dominium rei mutuo datæ transfertur, consequens est, eam *alienari*, quod & diserte scriptum est in *l. 16. & l. 41. de reb. cred.* cumque alienatio sit actus, per quem dominium transfertur, *l. 1. in f. C. de fundo dot.* necessarium dictu videtur, non tantum in mutuo fieri alienationem, sed mutuum esse quoque alienationem; quoniam est actus, per quem dominium transfertur. Substantia ejus in hoc consistit, ut res fiat accipientis, *§ 2. in pr. supra. Quib. alien. licet, vel non.* ubi pupillus negatur obligationem mutui contrahere, quia rem non facit accipientis. Ut is, qui accipit rem, fiat dominus, ὅρος ἐστὶ τοῦ δανείου, hæc definitio mutui est, inquit Theophilus in *d. § 2.* Duæ res concurrunt ad substantiam mutui; alienatio, & obligatio; alienatio corporis, obligatio generis seu quanti-

(a) *Pos. 1. & seqq.* (b) *Pos. 5. 6.*

tatis

tatis, τοῦ tantundem; licet hoc idem Theophilus, Ὅρος ἀνωτάτω ἐστὶ, inquit, τὸ τὸν δανεισάμενον τῷ δανείσαντι ἀποδοῦναι ὁμοίαν, καὶ ὡς ἐμοὶ ἔνεγκεν, οὐκ εἰς αὐτὰ ταῦτα, ἀλλ' εἰς ἕτερα τῆς αὐτῆς ὑποκειμένης οὐσίας. *Definitio mutui in hoc consistit, quod is, qui accipit rem, fiat Dominus, sit autem nobis obligatus non ad eadem, sed alia ejusdem qualitatis & quantitatis.*

3. Ita facile sustinebimus rationes Salmasianas, ut novissime sunt propositæ a Bartholomæo Ledio, Jacobi nepote, Lugduni Batavix anno clo Io CL. in dissertatione habita, præside Viro Cl. Bernardo Schotano. *Mutuum*, ait, *consistere in rebus fungibilibus, quod quantitas, non ut species considerantur. Ergo, si quidem in sola quantitate mutuum consistit, dicimus, quod de illa quantitate non fiat alienatio.* Res fungibiles, sive quantitates, in quibus mutuum consistit, duplici modo considerantur, subjective, inquam, & abstracte, (ignosce terminis prope nimis scholasticis, si modo explicent,) hoc est v. g. Centum aurei, ut contrectantur κατ' ἐξακολούθησιν, aut ut animo concipiantur. Utroque sensu pertinent ad substantiam mutui; Sed ut subjective, sive materialiter sumuntur, ita alienatio earum est de essentia mutui, verum ut abstrahuntur, ita concedimus, non esse alienationem; quoniam hoc sensu termini habiles alienationis desunt, quæstioque stulta est, an dici possit alienari, quod dominium nullo modo recipit. Sed si digna res est disputatione, de quantitatibus, id est speciebus quantis, inquirendum est, an alienentur; hoc affirmamus, alterum ineptum putamus. Tu negare non potes, mutuum in hoc quoque consistere, ut ita species, quæ traditur, ex mea fiat tua, proinde ut alienetur. Unde necesse est, in mutuo fieri alienationem, imo ipsum mutuum esse alienationem, quia re, id est, ipsa traditione perficitur. Si plus sit in mutuo, non refragamur; sufficit hoc, non esse alienum a natura mutui, ut in mutuo alienatio fieri dicatur. Pluribus controversiæ, integris libris agitatæ, non immorabimur, sat certi, sententiam Salmasii, ut ab adversariis excepta fuit, ipso fatente, falsam, ut ab autore dein exposita est, ita Logicastro quam JCto fuisse digniorem. Quis enim sani homo sensus, quantitatem, id est summam in genere, dicat alienari: cum de illa transferenda nihil actum, aut cogitatum sit; quæ hactenus tantum in conventione fuit, ut esset mensura ejus, quod accipiens reddere deberet?

4. (c) Mutuum est demum, quando res *datur*, solaque conventione non consistit, etsi stipulatio accedat. Hinc, qui pecuniam creditam accepturus, spopondit creditori futuro, in potestate habet, ne accipiendo se ei obstringat, *l. 30. de reb. cred.* est enim stipulatio inefficax, si quidem causa destituatur, *l. 2. § 3. de except. doli.* Conventioni tamen fictione brevis manus adjecta, mutuum constitui posse, pridem ostendimus. Præterea dictum est in definitione, ea lege dari mutuum, ut *tantundem* restituatur. Tantundem reddi nequit, nisi res sit ejusdem naturæ & qualitatis, ut in *princ. h. t.* habetur, adeoque in eadem bonitate, *l. 3. de reb. cred.* non igitur vinum pro frumento, nec Gallicum pro Rhenano, neque pro vetere novum, *d. l. 3.* Si contingat rem non reddi, vel reddi non posse in eadem bonitate, judicem id quod interest, oportet æstimare, *l. 22. eod.*

SCHOLIUM.

Cujus explicationem vide apud Struv. XVI. 36. *& latius apud Wissenb.* d. l. th. 10. 11. 12. 13. *Non est hodie, inquit Cujacius, vel Judex, vel Patronus, vel JCtus, qui non hæreat maneatque suspensus, quoties tractatur de hac re. Tu ergo nota observantias judiciorum, ubi degis.*

RESPONSIO.

Hæc de re dicenda, reservamus ad tit. ff. de Condict. tritic.

Quæri hic solet; mutato valore nummorum, utrius hoc commodum, aut detrimentum sit, ac utrius temporis ratio, crediti accepti, an restituti habeatur. Dicendum, reddi a debitore summam mutuo datam, eamque confici ea nummorum æstimatione, quæ tunc est quando solvit *; creditori satisfit, si tantundem, id est, eandem quantitatem accipiat; Proinde mutatio-

* Apud nos solutionem, in ea bonitate & extrinseca & intrinseca pecuniæ, quæ fuit tempore contractus initi, fieri jubet *Const. Ll. 28. P. 2.* ibique Carpz. *def. 4. & 5. conf.* Churfl. Sächs. Müntz-Mandat de an. 1633. § ob wir nun aber wohl. *Corp. J. S. p. 646. & d. an. 1650.* § und so viel ersil. *C. J. S. p. 702. seq.* sive melior, sive deterior sit moneta tempore solutionis excusa. *Id. l. c. def. 8.* mora tamen debitoris nocet ei, quicquid postea supervenerit damni creditori, *d. const. 28.* Debitor vero propter moram non cogitur in meliore moneta, quam fuit tempore contractus, solvere, Carpz. *d. l. d. 15.*

(c) *Pos. 7. & seqq.*

nem publicæ æstimationis nihil ad creditorem, sed ad debitorem duntaxat pertinere. Nec aliter obtinet, cum de certa specie monetæ est actum, dictumque ut eadem moneta creditum reddatur, tunc totidem ejusdem speciei nummos, quot accepit, mutuatarius reddere debet, quanquam valor eorum fuit mutatus; perinde ac si vini, aut frumenti pretium fuerit mutatum, (vid. Molin. tract. de Usur. *num. 754. & præced.*) quia si creditor eundem sibi valorem exacte reddi voluisset, quantitatem sive summam, non easdem monetæ species stipulari debuerat; cui accedit, quod ut plurimum crescente æstimatione nummorum, vel decrescente, pariter crescant & decrescant pretia rerum, nisi forte in mutatione prægrandi, temperamento sit locus, ne creditor in damnum incidat, *l. 99. de solution.* MOLINÆUS *tract. de usur. n. 747.*

Occurrit hic tamen jucunda nec omittenda quæstio. Victus & condemnatus in impensas litis, ad 30. libras taxatas, minutissimam & rarissimam conquisivit monetam, & solutionem obtulit in parvulis denariis Parisiensibus & Turonensibus. Creditor recusavit, offerens recipere in aureis, vel solidis duodenariis, aut simili non adeo contemptibili pecunia. Per sententiam præsidis Parisiensis dictum, quod creditor teneretur recipere: appellavit ad senatum, ubi (ut in talibus recte & laudabiliter fieri solet) consulti & aditi præfecti monetales, censebant male judicatum. * *Dicebant enim primo, hanc minutissimam monetam nigram denariorum parvorum sive Parisiensium, sive Turonensium non esse factam ad commercia exercenda, & solvenda debita, sed solum ad commutandum majores nummos, vel supplendum, quod excurrit, ut* in l. Publia. § Titius. depos. *quando minutum aliquid addendum vel detrahendum est summæ vel pretio. Secundo dicebant, monetam hanc nigram fere omnino esse æream, nimisque ponderosam & onerosam in magnis summis. Sed certe primum juris est, excedens artem monetalem, & falsum est: cum enim hæc minutissima moneta, quantumcunque vilissima sit, publice ad formam & definitionem publicam facta & approbata sit, est vera & probata moneta; igitur in ea solutio fieri potest, sive in parva, sive in magna summa, cum debitor non sit obligatus ad aliam certam speciem monetæ, sed ad quantitatem in genere.* sic has rationes refutat Molinæus, haud tamen ita, ut mihi spernendæ videantur; saltem ut temperamento locus esse videatur, *videat judex, ne malitiis indulgeatur*, quod tamen nec Molinæus admittit, ita pergens, *qua semel oblata in quacunque probata, non reprobata moneta, licet rara & minus frequenti, (ut sunt denarii Parisienses), debitor obtulit, quod debet; nec ad rem pertinet, quod debitor ex indignatione hanc minutissimam monetam conquisierit: ex quo enim eam habet, & de ea solvi potest, quid ad rem de origine? Imo si peccavit debitor dicta indignatione, magis peccat creditor, qui est in ultima mora & culpa, dedignando & aversando probam & legitimam monetam: & ita tandem recte prudenterque pronunciavit supremus noster Senatus, bene judicatum.* Alius forte aliter.

5. (d) Ex eo, quod *tantundem* in mutuo reddendum, bene colligitur, posse quidem convenire, minus ut reddatur quam est acceptum, ut vero plus reddatur, convenire non posse; scil. eo quod plus est, etiam quod minus est continetur, & cui licet tantundem stipulari, ei non debet quod minus est, non licere stipulari, *l. 21. de R. J.* Quare si tibi dedero decem, sic, ut mihi novem debeas, non amplius ipso jure quam novem debebis: sed si dedero decem, ut undecim debeas, amplius quam decem condici non potest, *l. rogasti. 11. § 1. de reb. cred.* Neque dixeris, undecimum nummum videri donatum, eo quod donatio jure Codicis pacto simplici perpetrari potest, *l. 35. § 5. C. de Donat.* nam hoc ita verum fuerit, si contrahentes id egisse liqueat, ut liberalitas ab eo, qui promisit, exerceretur; at in mutuo liberalitas a parte dantis potius intelligitur, cum ejus respectu contractus sua natura sit beneficus: ideoque nulla causa est, donationem heic sup-

* Hinc non tantum Edictum Monet. Ferdinand. *d. An. 1559. § 11.* in summa, licet magna, Creditorem non teneri ultra 25. aureos solutionem in pecunia 5. crucigeris minore accipere, cavit. vid. *Tabb. ff. tit. de solut. p. cor.* Sed & Ordinat Cambialis Lipsi. §22. docet, solutionem Cambii fieri non debere in moneta, so unter einem Kayser. Gr. als 8. Pf. 6. Pf. 4. Pf. Brummer, 3. Pf. 2. Pf. u. dergl. § hic Ord. Camb. postea *an. 1683. sic aliter scripto* ita declaratus fuit, daß kein Kaufmann in Wechsel-Zahlung dergl Münt-Sorten, (so am Werth) unter 4. Gr. sonderlich 100. Tal. mehr als vor 20. bis 25. Pfenn. wider seinen Willen anzunehmen, schuldig seyn solle. vid. Jo. Chr. Königk. Leipz. Wechsel-Ordn. *p. 62. & 136.*

(d) *Vas. 8.*

ponen-

ponendi, quæ nunquam in dubio, in primis ubi palam aliud negotium geritur, solet præsumi, ac ita rede Donellus *comment. ad d. l. 2.* Probabilior est conjectura, quod partes per undecimum nummum in illa specie locum usuræ implere voluerint, postquam usu rerum hominumque receptum est, uti raro in creditum sine usuris eatur. Tamen id saltem requiritur, ut merces illa pecuniæ creditæ seorsim a sorte memoretur; alioqui non est adhuc ita subacta contractus hujus natura, quæ est gratuita, ut si nihil quam simplices mutui termini exprimantur, inde usura stabiliatur. Nam jure civili pecuniæ fœnebris usuræ citra vinculum stipulationis peti non possunt, *l. 3. C. de Usur.* Denique nec ideo, quod moribus hodiernis pactum stipulationi æquiparetur, aliud de hac quæstione statuendum: Nam pactum illud usurarium adhuc separata conventione explicatur, *d. l. 3.* nec aliter mores ab jure discrepant, quam quod solennitas, qua stipulatio constabat, hodie sublata est, ut inferius trademus.

SCHOLIUM.

Videmus tamen in praxi, id quotidie fieri a mercatoribus in literis cambialibus. Sed hæ literæ cambiales contractui chirographario propiores sunt quam Mutuo.

Quid si mutuo, quemadmodum fit, stipulatio subjiciatur, qua debitor se pro decem redditurum spondet undecim, an tunc, quia nummus undecimus stipulatione a mutuo separata continetur, auctarium illud peti potest? Ne tum quidem; nam mutuum & stipulatio pecuniæ reddendæ non sunt diversi contractus. Ita enim Ulpianus in *l. 6. § 1. de Novation.* Cum pecuniam mutuam dedit quis, sine stipulatione & ex continenti fecit stipulationem, *unus contractus est*, adde *l. seqq.* Idem erit dicendum, etsi antea stipulatio facta, non pecunia numerata sit; adeoque non tam re, quam verbis obligatio contrahitur & numeratio vix aliter quam implendæ stipulationis gratia fieri intelligitur, *l. 7. eod. tit.* Hæc observatio non modo ad usum hujus quæstionis, sed ad universam mutui naturam pertinet, maximeque ad ingenium actionis, quæ ex mutuo datur, noscendum, de qua proinde paucis dicendum.

6. Dictum est *supra*; quod obligatio sit mater actionis, scilicet in personam: obligationis causæ sunt contractus & delictum. Contractus vel utrimque vel ab alterutra parte pariunt actionem. Ab una parte mutuum & stipulatio. Qui ab utraque, hic vel utrinque directam, vel ab una parte directam, ab altera contrariam profluunt. Directa utrimque nascitur ex iis contractibus, ubi par fere singulorum est onus & præstatio. Verum ubi alter magis & prolixius obligatur, ibi hic quidem directa, alter qui minus habet præstandum, actione contraria convenitur. Emptor & venditor, Locator & Conductor, denique socii, pari fere modo obligantur; sed qui commodatum, pignus, depositum, mandatum suscepit, longe gravius ac is, qui dedit & commisit illa negotia, tenetur. Hæc in loco applicabimus. Mutuum, ut diximus, uni tantum parti imprimit obligationem, scilicet ei, qui accepit; nam qui dedit mutuum, nihil habet præstandum. Tenetur autem is, qui accepit, condictione certi, quæ competit ex omni debito, quod est certum & determinatum, *l. 9. pr. de reb. cred.* cum enim hoc mutuo examussim congrueret, minus e re visum fuit, novam Mutui actionem comminisci, tametsi ex aliis contractibus actio fere cognominis oriri soleat.

SCHOLIUM.

Puto esse condictionem sine causa, cum Struv. XVI. 15.

RESPONSIO.

Condictio sine causa nullo modo convenire potest, ubi causa validissima est, repetendi quod mutuum dederis. Struvius *eam dat, ubi mutuum non consistit ab initio*, d. n. 15. et 16.

N. ADDIT.

Refutat Autor, quod non dixeram: Dum enim Scholia mea hic in prælectionibus pro lubitu applicat, sæpius ad alia sua dicta, quam quibus adjecta erant in positionibus, non potuit non aliena mens mihi aliquoties assingi. Ita enim dixerat Autor in positionibus. Actio ex mutuo vocatur condictio certi, triplici respectu: I. Quatenus re contractum & numeratio facta est. II. Quatenus stipulatio ad reddendum numerationi adjecta est &c. tum condictio certi nascitur ex stipulatione. III. Datur condictio certi, ubi nec stipulatio nec mutuum est, eo, quod vel Dominus non fuit is, qui dedit, vel jus alienandi non habuit, tum ex consumptione bona fide facta nascitur condictio. Hoc satis constat, EAM certi condictionem, non specialem ex mutuo, sed eandem esse, quæ datur ex omni contractu unde certum debetur. *Atque his ultimis verbis Autoris adjectum erat scholium nostrum. Ex quibus satis apparet, & m & Struvium & Autorem loqui*

qui de casu, ubi mutuum non constitit ab initio; hic vero Scholium meum diverse plane Autoris doctrinæ non optima fide fuisse adjectum.

Proinde cum stipulatio mutui reddendi interposita est, tum hæc eadem condictio certi datur; ut non tam e mutuo, quam ex stipulatu *l. 24. d. tit. de reb. cred.* ut modo probavimus ex *l. 6. § 1. & l. 7. de novat.*

SCHOLIUM.

Dicunt equidem hi textus, contractum mutui & stipulationem esse unum contractum, non vero dicunt, quod condictio certi tum nascatur ex stipulatione. *Provocat Noster* ad l. 24. ff. de reb. cred. *Sed ibi Ulpianus, nisi egregie fallor, contrarium, & quod tum condictio ex stipulatu non detur, asserit.* *Hodie quæstio parum usus habet, quia hodie nomen actionis nec necesse est, ut exprimatur in libello, nec ineptè expressum, libellum vitiat, modo reliqua rectè se habeant.*

RESPONSIO.

Si actio non ex stipulatione nascitur, quid sibi volunt igitur hæc verba d. l. 7. Non puto obligationem numeratione nasci; quia id agitur, ut sola stipulatio teneat? *Actio non potest non sequi obligationem. Legis 24. Verba hæc sunt;* Si quis certum stipulatus fuerit, ex stipulatu actionem non habet; sed illa condictitia actione id persequi debet, per quam certum petitur. *Atqui hæc condictitia certi est etiam ex stipulatione, sed non dicitur* ex stipulatu, *quia receptum est, ut hoc nomen distinctionis causa usurpetur, ubi res incerta promissa fuerit, τεχνικῶς: sed Φυσικῶς & vere, utraque est omnino ex stipulatione,* pr. I. de verb. obl. *quod nescio qui Scholiasten fefellerit, ut heic condictitiam certi negaret ex stipulatione dari actionem. Quod ad usum attinet hodiernum, in libello, fateor, parum interest, ex stipulatione an numeratione agere te dicas. Sed hæc Quæstio pendet ex origine contractus & ejus conceptione: Si quis fateatur in instrumento Mutui se accepisse decem & promittat undecim redditurum, non expressa causa usurarum, an nummus undecimus debeatur.* *Ego non puto, rationibus* supra *deductis; etsi, quid Scabinis nostratibus videretur, affirmare non habeo.* *Scimus, praxin fori sæpe magis æquitate cerebrina, quam natura negotii justisque rationibus regi. De hac actione nonnihil ad tit. ff. de Reb. Cred. supererit dicendum.*

N. ADDIT.

Assentior in omnibus Autori. Adeoque jam ferre possum, ut Scholium istud plane expungatur.

(c) *Pro n. & jcti.*

7. Similis ei est condictio indebiti, quæ datur ad repetendum id, quod solutum est, & non debebatur; perinde enim ei condici potest, *si paret eum dare oportere*, ac si mutuum accepisset, ait Imp. in § 1. *h. t.* verba, *si paret eum dare oportere*, pertinent ad formulam, quæ a prætore Judicibus præscribi solebat in condictionibus, quæ dere *ad § 14. infr. de action.* quin etiam Cajus in *l. 5. § 3. de O. & A.* eum, qui non debitum accipit per errorem solventis, quasi ex mutui datione obligari, *& eadem actione teneri, qua debitores creditoribus,* scribit. Quod tamen ita intelligendum, si facta sit indebiti solutio in rebus, quæ pondere, numero & mensura constant, quam speciem ideo Cujacius *parat. C. de cond. indeb.* eleganter *pro mutuum* vocat. Nam aliis rebus indebite solutis, res loquitur, eidem actioni, quæ mutuo applicatur, non esse locum; sed tunc in promptu est indebiti Condictio, quæ hac gratia reperta est. Cæterum & Justinianus *hoc § 1.* & Cajus *d. l. 5. § 3.* recte monent, solutionem indebiti non esse contractum, sed magis distractum, quia mens solventis ea fuit, se vere quod solvit debere, proinde se obligationem perempturum: nisi quis dicere velit, tacitum subesse consensum, quo is, qui accipiebat & qui solvebat pecuniam, intelligebat esse reddendum quod daretur, si postea non deberi constaret, qua de re in *tit. de quasi contract.* ubi propria sedes hujusce Condictionis est: pæne ut hæc pro fugitiva paragraphe, quemadmodum Cujacius loquitur, habenda videatur. Nisi hoc unum libeat heic collocare, quod pupillus, si ei sine tutoris auctoritate indebitum per errorem datum est, nihilo magis indebiti condictione quam mutui datione teneatur; nisi quatenus, ut de mutuo perinde alias dictum est, e pecunia soluta adhuc est locupletior, *l. 13. § 1. de condict. indeb.*

8. (e) Secundus igitur Contractus realis, est COMMODATUM, quo certa species sive res non fungibilis, datur alicui utenda gratis ad certum finem, modum ac tempus, ea lege ut finito usu in eadem specie restituatur, § 2. *h. t.*

Mobiles an immobiles sint res quoad commodatum, nihil interest, *l. 1. § 1. de commod.* ubi & res incorporales; sed hæ improprie commodantur, ideoque præscriptis verbis de illis agitur, magis quam commodati, *l. 17. in pr. de præscr. verb.* Definitio satis indicat, in quibus a mutuo differat commodatum. Nam hic species datur, id est, certum corpus, *l. 54. de V. O.* In Mutuo, quem-

quemadmodum vidimus, sunt quantitates duntaxat, sive res fungibiles. Mutuum transfert dominium. Commodatæ rei nil nisi usus transit. Hinc qui mutuum accepit, damnum casus fortuiti, quo forte quantitas mutuo data periit, sustinet, § 2. *h.* quatenus res perit suo domino, *l. 9. C. de pignor. act.* & quantitas in genere debita nunquam perire censetur, *l. 11. C. si cert. pet.* Hinc oritur ultimum discrimen, quod heic eadem res in specie reddenda sit, cum in mutuo tantundem reddatur, ut paulo ante diximus.

9. Verbo *gratis*, distinguitur commodatum a Locationibus rerum, vel a contractu, facio ut des, vel facio ut facias, *d. § 2. in fin.* Quod autem de certo fine, modo, tempore dicitur, id a Precario separat commodatum; quoniam illud ad preces utentis, quamdiu libet domino, conceditur, *l. 1. in pr. de precar.* Dixi, materiam commodati consistere in speciebus, hoc est, in rebus corporalibus tam mobilibus quam immobilibus, *l. 1. § 1. h. t.* forte etiam in rebus incorporalibus, veluti habitatione, *d. § 1. in fin.* quod tamen improprie monuimus intelligendum esse, ex *l. 17. pr. de præsc. verb.* Quin etiam res sua natura fungibiles dari possunt, quando sub lege reddendi in specie dantur, uti fit in *l. 3. § ult. & l. 4. h. t.* ubi verba dicis gratia, δίκης ἕνεκα, significant, ad solennitatem juris implendam posse aliquando pecuniam commodari, ut eadem corpora nummorum restituantur, quemadmodum hodie fit apud nos, in exercendo jure retractus, ubi sæpius emptori primo in speciem juris implendi pretium offertur, quod non recipitur. Nummi quoque veteres contemplandi non expendendi causa recte commodari dicuntur, *arg. l. 28. de usufr.*

10. (f) Actio commodati est vel directa vel contraria; ut indicat Rubrica *D. Commodati vel contra.* Nam alter contrahentium evidenter prolixius obligatur, is videlicet, qui rem accepit utendam; Tenetur enim ad rem non modo restituendam, sed & omne damnum rei præstandum, quod ex culpa etiam leviſsima contigerit, ut Imp. exponit hoc § 2. *l. 18. de Commod.* Locus hic est, quo doctrina de præstatione culpæ generali regula collocanda est. Quid & quotuplex sit culpa, dictum in *tit. de suspect. tutor.* Sed contractus vel ineuntur in utriusque commodum, vel in alterutrius utilitatem duntaxat. Qui utriusque partis utilitatem continent, mediocri diligentia contenti sunt levemque culpam recipiunt; qui unius saltem commodum spectant, hi vel continent utilitatem ejus, qui de damno queritur, vel in ejus gratiam initi fuere, qui damnum fecit. Priore casu nil nisi lata culpa præstatur, posteriore leviſsima; quemadmodum traditur in *l. 5. § 2. Commodati.* Exempla & exceptiones suo tempore & loco nobis occurrent. Casus fortuiti in nullo contractu præstantur, *l. 23. in fin. de R. J.* nisi aliter convenerit, *d. l. 32. & d. l. 5. § 2. l. 1. § 35. depos.* Præsens regula de commodato ita sese habet, plerumque in hoc contractu versatur utilitas solius commodatarii, *d. l. 5. § 2. in fin.* potest tamen fieri, ut in utriusque commodum, imo in solius commodantis gratiam commodatum celebretur, ut est in *d. l. 5. § 10. d. l. 18.* ubi exempla; Communes amicos, communi causa nostra, tu convivas excepisti, Ego argentum tibi commodavi, est in utriusque gratiam. Aliud; Prætor ludos editurus scenicis ornamenta commodavit; vel doctori librum tibi explicandum commodasti! Est solius commodantis gratia, nec aliud quam priori exemplo levis, posterioribus lata culpa præstabitur, *dd. ll.*

11. Est igitur actio directa, qua commodans; usu rei, de quo convenerat, finito, rem commodatam repetit, cum eo quod interest sua; nam ante finitum usum repetendi jus non habet, quod enim primo fuit voluntatis, mox necessitatis est factum; uti pulchre docet Paulus in *l. 17. § 3. d. t.* Id quod interest, peti potest ratione culpæ, non quotiescunque res deterior est facta, veluti ætate, vel morbo, *d. l. 5. § 4.* vel diminutione facta per usum rei solitum & in quem commodata erat, *l. 10. in pr. eod.* sed pro culpa, inquam, ubi quis re non sit usus boni viri arbitratu. Actio contraria datur Commodatario, ad repetendum id quod sua forsitan interest, veluti ob impensas extra ordinem in rem factas; nam ordinarii sumptus, qui secundum cujusque rei naturam requiruntur & sine quibus earum usus haberi nequit, a commodatario sunt præstandi, nec ab illo repeti possunt, *l. 18. § 1. eod.* Potest autem hæc actio contraria vel opponi directæ per modum mutuæ petitionis, quam vocant Reconventionem, vel per compensationem, quæ fit ipso jure, *d. l. 17. § ult.* Denique, separato quoque Judicio sine princi-

(f) *Pos. 19. & seqq.*

pali actione, quæ directa est; nam potest fieri, ut dominus rei nihil habeat petendum, commodatarius autem majores impensas in rem facere sit coactus, *d. l.* 17. § 1.

12. (g) Tertius, qui re initur, contractus est DEPOSITUM, Quo res mobilis datur alicui custodienda gratis, sub fide eandem quovis tempore restituendi, § 3. *h. l.* 1. *Depositi.* Rerum mobilium duntaxat esse depositum, non modo ex usu & significatione Verbi, sed & inde liquet imprimis, quod nullum toto jure immobilis rei depositæ exemplum nec ulla mentio reperitur; quod profecto non minus hoic fieret, quam est factum de commodato, quod vidimus, quia saltem non erat minor ratio dubitandi in deposito quam erat illic. Tamen ratio vix constare videtur, quare, cum mobilis rei custodia sit depositum, quod doli præstationem duntaxat recipit, immobilium rerum similis custodia, mandatum esse dicatur; in quam speciem omnino caderet; hoc enim enorme videtur, ut qualitas rerum in movendo aut non movendo consistens, tanti momenti inferat diversitatem. Sed dici potest, non hoc solum interesse; Nam mandati naturam constat esse hujusmodi, ut mandatarius factum recipiat, non æque depositarius; nam si hic ad factum curandum esset obligatus, fides flagitaret, ut etiam aliquid culpæ sustineret. Verum ille nihil recipere intelligitur, quam ut res, quoad in ipso sit, in eo loco situque remaneat atque conservetur, in quo Dominus eam credere voluit, a quo si minus recte collocata sit, habet quod suæ imputet temeritati, § 3. *h. t.* Ubi vero plus exigitur, & cum primum aliquid facti accedit, depositi terminos excedi intelligimus; quemadmodum fit, si quis te roget, ut rem suam ab aliquo receptam custodias; hoc enim continuo incidit in mandati speciem, *l.* 1. § 13. *eod. tit.* Sic etiam, qui rem immobilem suscipit custodiendam, necessario ad aliquam facti curam sese obligare videtur; scit enim usu venturum, uti sæpe se conferat in locum, oculis, pedibus manibusque in rem sit intentus: ut manifestum sit, eum plus tacite promisisse videri, quam qui rem mobilem patitur inter suas res deponi; siquidem is nihil aliud pollicetur, quam per se non fore, quo minus res integra & illæsa recuperari possit. Imo ne quidem sequestrationis rei immobilis exemplum adhuc notis occurrit. Nam quod fructus viri boni custodiæ committuntur, ut est in *l.* 21. § *ult. de appell.* & *in l.* 5. *C. Quor. appell. non recip.* quanquam hi textus vulgo ad probandam immobilium sequestrationem proferuntur, tamen nihil in illis extat ejusmodi. Nam fructus sunt res mobiles, & si forte prædium ipsum, de quo litigatur, tertio committatur, ea nusquam sequestratio dicitur, sed est locatio judicis officio facta, velut in *l.* 22. § 8. *solut. matrim.* tametsi non est diffitendum, eam rem valde similem esse sequestrationi.

13. Scilicet, depositum dividitur in duas species. Nam est vel depositum in specie, vel sequestratio. Hæc est rei litigiosæ, de qua dicamus ad Pandectas, quia Justinianus hoc loco nullam ejus mentionem reliquit. Præterea, Depositum est, vel simplex, vel miserabile; hoc quod incendii, tumultus, ruinæ, naufragii, fugæ causa deponitur, & habet hoc speciale, quod ex dolo & infitiatione propter enormitatem perfidiæ detur in duplum, *d. l.* 1. § 1. *Depos.* Cæterum, Re contrahitur usque adeo depositum, ut quæ præter rem depositæ cohærent, deposita non censeantur: veluti, si homo vestitus, equus frenatus deponatur, vestis, frenum pro depositis non habentur, *l.* 1. § 5. *Depos.* quod secus in Commodato, ubi culpa, quæ in equo commodato præstatur, etiam in pullo matrem comitante præstatur, *l.* 5. § 9. *ff. Commod.* adeo ubique id elucet, quod in commodato utilitas commodatarii prolixius eum devinciat, quam depositarium, qui nullo commodo fruatur. Custodia, quam præstat depositarius, est gratuita, quemadmodum definitio indicat; neque tamen fieri non potest, ut salarium, salva depositi natura, accedat, *l.* 2. § 24. *de Extraord. cognit. l.* 5. § 2. *de Commod.* Denique, docet definitio, Depositum quovis tempore esse reddendum, *l.* 1. *C. h. t.* etiamsi tempus certum, quo retineatur, sit adjectum, vel ut post mortem restituatur, quia talis pactio semper in gratiam & in arbitrium deponentis adjecta intelligitur, *l.* 1. § 45. *& seqq. h. t.*

14. Hæc restitutio petitur actione directa depositi, quæ datur deponenti, quanquam is forte maleficus, prædo vel fur exstet, nisi dominus aut qui jus habet potius, superveniant vel depositario notus sit; tunc enim his faciendam restitutionem æquitas omnino flagitat, ut μάλα φιλοσόφως docet Tryphoninus in *l.* 31. *h. t.* Debet autem res in eadem conditione restitui,

(g) *Pos.* 28. *& seqq.*

qua

qua depoſita fuit, nam ſi deterior reddatur, quaſi non reddita, agi poteſt depoſiti, quatenus ſcilicet dolus argui poteſt, *l. 1. §15. h.t.* Sub dolo autem comprehendi culpam latam probavimus *tit. de ſuſp. tut. n. 7.* ubi & limitatio, quam heic loci volumus repetitam; Scilicet, eum, qui in ſuis rebus etiam fuit late negligens, in dolo eſſe, non videri; quanquam & hic ipſe textus ampliat id quod dicitur; latam culpam pro dolo haberi. Nam & aliquando Levis culpa tanquam dolus punietur, ſi quis ſuas res mediocri diligentia ſervans, res depoſitas pari cura non ſit complexus; nam is hoc ipſo doli ſuſpectus & ex depoſito obligatus eſſe videtur. Nam qui ad ſuum modum curam in depoſito non præſtat, fraude non caret; nec enim ſalva fide minorem depoſitis quam ſuis rebus diligentiam præſtabit, ait Celſus *in d. l. 32.* Levis etiam culpa præſtatur, ſi pretium acceperit Depoſitarius: ne dicas mercedem, quæ vox convenit locationi conductioni, *l. 1. § 24. de vi bon. rapt.* imo & leviſſimam, ſi depoſitarius ſeſe obtulerit, *l. 1. § 35. Depoſ.* ubi caſus etiam fortuitus ex conventione præſtatur, adde *d. l. 1. § 6.* Cæterum, ſi res deterior reddatur, adhuc directa competit, ac ſi plane reddita non fuiſſet, *l. 1. § 16. Depoſ.* idem de commodato traditur in *l. 3. § 1. Commod.* quod tamen in id quod intereſt reſolvitur; ne putes, dominum plane haud cogi rem accipere: forte ita, ſi res ad uſum prorſus inepta ſit reddita. vid. Wiſſenb. *ad tit. ff. commod. th. 12.* Denique contraria actio datur depoſitario, ad repetendas impenſas, etiam modicas, velut cibaria, *l. 23. h.* quia depoſitarius non habet uſum rei, ut commodatarius, quem diximus antea, ſumptus ordinarios pro uſu rei, quem habet, facere ſolere atque debere.

15. (h) Quartus realis contractus, eſt PIGNORATITIUS, qui agit de pignore, quod generaliter nihil eſt aliud, quam jus creditori in re debitoris conſtitutum pro ſecuritate crediti; quam ſignificationem latiſſimam, quæ admodum varias continet ſpecies, alibi exequemur. Hoc loco Pignus eſt res mobilis tradita creditori, ut pro debito ſit obligatus in eum finem, ut ſi debitor non ſolvat, ex re pignorata ſolutio conficiatur, *l. 8. § 1. de pignor. act. § 1. ſupra Quib. alien. lic. vel non.* Proprie igitur Pignus eſt ipſa res pignorata; Contractus pignorationis ſimpliciter *pignus* haud facile dictum reperietur, niſi huc referas, quod in *l. 35. de reb. auctor. jud.* habetur, *contrahere pignus*, item cum res *pignori capi* dicuntur, *l. 1. C. ſi adverſ. vend.* quibus tamen id nec evincitur. Traditio diſtinguit pignus ab hypotheca, quæ eſt pignoratio rerum ſine traditione, quam habebimus *in § 7. infra de act.* cui adde *d. l. 9. § 1.* Jam quæ res pignori poſſint & quæ non poſſint obligari & quæ præterea ad univerſam pignorum naturam pertinent, alibi nobis occurrent *ad ff.* Heic de actione pignoratitia agendum, quæ eſt vel directa, vel contraria. Directa datur debitori adverſus creditorem, cui eſt ſatisfactum, ut rem pignoratam reſtituat, cum eo quod intereſt ob levem culpam. Datur ſcilicet, quando ſatisfactum eſt creditori; ſatisfit autem non modo per ſolutionem modosque ſolutioni æquivalentes, *l. 13. Quib. mod. pig. ſolv.* ſed generaliter hæc actio competit, quando creditor recedere voluit a pignore, licet in eo deceptus ſit, *l. 9. § 3. de pignor. act.* quotiescunque præterea pignoris obligatio ſoluta eſt, quod quibus modis fiat, alibi tradendum. Denique, non modo rem ipſam creditor, ſed etiam id quod intereſt debitoris, ob levem ſuam culpam, reſtituere debet; quia enim utriusque utilitas in hoc contractu vertitur, palam eſt, nec infra, nec ultra mediocrem diligentiam, eum qui rem tenet, obligari, quod tanquam certi juris traditur in *l. 5. § 2. de Commod.* quæ eſt Ulpiani. Importunus tamen eſt ejusdem locus in *l. 13. § 1. de pignor. act. Venit autem in hac actione & dolus & culpa, ut in Commodato, venit & cuſtodia, vis major non venit* *. Ubi primo, *ut in commodato*, quod leviſſimam recipit; rurſus, ſupra culpam *cuſtodiæ*; denique ſola *vis major* excluditur. Hæc omnia culpam omnem arguere videntur; non eſt tamen, ut Ulpianus in re quotidiana ſibi contrarius fingatur. Comparatio cum commodato, eis terminos habiles & huic materiæ proprios, reſtringenda. In

* Jus Saxonicum tamen Commune, pecudibus oppignoratis caſu pereuntibus, Creditori jus repetendi debitum denegat, L. R. *L 3. art. 5. verſ.* ſtirbt aber ein Pferd. Coler. *P. 1. d. 7. n. 29.* Schultz. *Syn. Inſt. h.t. § fin. lit. f.* Moller. *ad P. 2. C. Ll. 26. n. 2.* Carpz. *ad eund. def. 3.* Sed Electoralis Conſtitutio *26. P. 2.* hanc ſententiam, tanquam æquitati naturali quodammodo contrariam, rejicit; Unde caſualis pignoris interitus apud nos Debitori, non Creditori, nocebit. Carpz. *ad d. C. def. 1.*

(h) *Poſ. 38. & ſeqq.*

pignore venit & dolus & culpa, sc. levis, quia vertitur heic utriusque utilitas, quemadmodum dixi, ait Jctus alibi, scilicet, ubi de commodato locuti; Nam & illud, quando commodum utriusque partis continet, levis culpæ præstationem recipit, *d. l. 5. § 10.* Neque enim mirari quis debet, commodum utriusque gratia iniri, quando & in solius utilitatem commodantis dari potest, *d. l. 5. § 10.* quemadmodum usu frequens est, pignus in gratiam solius creditoris dari, quoties ille jus crediti ἀνευ δυνάμεως ἀναγκαστικῆς, sine coactiva agendi facultate habet: Quo respectu aptissime ad sententiam *d. l. 13. § 1.* dicitur in *d. l. 18. in fine pr.* de commodato dum agitur, *ita ut culpæ fiat æstimatio, sicut in rebus pignori datis*, ait *Gajus*. Cæterum, custodia vel plena, vel remissior est, quæ mediocri cura, imo fide bona contenta est, *l. 2. § 1. de peric. & comm. rei vend. l. 35. § 4. de contrab. empt.* & exclusionem casus fortuiti non includere culpam levissimam, patet ex *l. 28. C. Locati & l. 4. C. de Peric. tut.* adde Cujac. *19. obs. c. 24.* Ita jacent tres illæ difficultates, quibus elegantissimi Vir ingenii Gerardus Noodt, Antecessor Neomagensis, emendatione textus in *d. l. 13. § 1.* sane quam ingeniosa mederi voluit, pro, *ut in commodato*, legendo, *at in commodato*, *lib. 1. de jur. probab. c. 4.* quam ut laudamus, ita sequeremur, nisi juris religio vetaret, ullas recipere emendationes sensum mutantes, non absolute necessarias.

Contraria pignoratitia Creditori adversus debitorem datur, ut quicquid ipsius interest, ei præstetur; velut necessariæ impensæ in rem factæ, *l. 8. pr. de pign. act.* aut si debitor rem alienam pro sua, vel aliis prius obligatam dederit: nisi hæc tanta sit pretii, ut facile utrique debito sufficiat, *l. 9. in pr. & l. 32. eod.* Vel si in pignore dando æs pro auro subjecerit, *l. 36. eod.* quo tamen facto aurum, in quod consenserunt, obligatum est, *l. 1. § 1. tit. eod.*

TIT. XVI.

De Verborum Obligationibus.

Quid sit verborum obligatio, & ex quo jure sit orta. Quid hodie inter pactum & stipulationem intersit. Stipulationum divisio, & effectus diei adjecti. Obligationem tempore non finiri. Stipulationis conditionalis effectus. De effectu actionis ex stipulatu.

(a) TRanseamus ad obligationes, quæ verbis contrahi dicuntur, cujus præcipua aut unica species est *Stipulatio*; quæ definitur solemnis verborum Conceptio, qua quis rogatus spondet, se daturum aliquid esse vel facturum, *l. 5. § 1. h. t.* Forma verborum, quæ exacte requiritur & ex qua oritur obligatio, *l. 5. pr. d. t.* ejusmodi est: Darene spondes? Dare spondeo. Dare promittis? Promitto. Visum fuit ita Romanis e pactionibus nudis, ut antehac diximus, non concedere vim obligandi; quia fortunis omnium civium parum bene consultum videretur, si ex qualibet promissione sæpe inconsiderata, in foro conveniri possent. Quæ ratio cum aliis pluribus, movit aliquos, ut ne quidem juri Gentium id esse consentaneum putarent, iis pactis, quæ non habent συνάλλαγμα, hoc est, ultro citroque obligationem, tribuere vim obligationis; sed rationes eorum refellit D. Grotius in *l. 2. cap. 11. in prin.* idemque valide probat, ex omni promissione, facta cum clara significatione voluntatis de jure proprio in alterum conferendo, ex ratione juris nasci vim obligandi, *§ 4. d. cap. 11.* Unde liquet, recte vulgo tradi, stipulationem esse contractum juris mere civilis. Etsi enim ipso jure Gentium consensio solenniter concepta, utique etiam obliget, tamen nullus est eo jure contractus, cujus forma in conceptione verborum consistit. Ut conventiones jure Civili proditæ, juris Gentium, quod ad originem habeantur, necessum est, ut τὸ φυσικῶδες, materialis ejus essentia, rotunde sit eadem, quæ jure civitatis. Emptio venditio, Locatio Conductio, Societas, Mutuum, Depositum, Pignus, omnesque juris mixti obligationes, utroque jure perinde noscuntur: stipulatio aliis populorum inaudita est. Non sufficit, juri Naturæ non repugnare aliquem contractum, quo sit juris Gentium; sed quia hoc positivum est, eodem quo-

(a) *Pos. 1. 2. 3. & seqq.*

que

que receptus esse debet. Quamobrem in Pauli sententia acquiescamus, qui contractus naturales omniumque gentium non esse, qui verbis, sed qui consensu ineantur, docet in *l. 1. Locati.* Hinc quod stipulatio quavis lingua possit concipi, § *1. h. t.* ratio; licet a Cujacio vere mascula; joco an serio dicatur, inanis est, siquidem ab usu sermonis commercii causa, ad juris communionem nulla consecutio est.

Sed nonne Legislator ipse Romanus postea pacti & stipulationis sustulit differentiam, tollendo solennitatem verborum, in *l. 10. C. de contrah. stipul.?* Dicendum, propius eum, non plane, ad jus Gentium accessisse. Nam Naturalis & juris Gentium ratio, non modo verbis, sed & per Nuntium, aut scriptura, nos valide vult obligari. Sed Leges nostræ adhuc verba præcise & quidem congrua, & eodem contextu prolata requirunt, *l. 1. pr. § 1. & 2. l. 137. in pr. de V. O.* Est & hoc discrimen, quod pactum sit ipsum negotium, quod inter partes agitur, stipulatio autem a negotio contracto pendeat, *l. 5. in pr. eod. tit.* quippe reperta, ut alias conventiones & tractatus firmaret, ac quasi obsignaret, teste Paulo *lib. 5. sent. t. 7. in pr.* quo pertinet, quod pactum per stipulationem effectum sumere dicitur in *l. 45. de Pactis.* Nam hic pæne solus fuit usus stipulationum: uti tractatus inter partes habitos conceptis verbis solenniter includerent, ut expeditum actionis effectum consequerentur. Neque enim primo congressu homines se verbis solenniter formatis aggrediebantur; sed promiscuis verbis conveniebant, conventaque, stipulatione repetita, mox confirmabant; Idque adeo in consuetudinem verterat, ut vix quicquam legitime conventum putarent, ni stipulatio subjiceretur, seu mutuum, seu venditio, sive societas, aliusve contractus iniretur, *l. 71. pro soc. l. 88. d. solut.* Seneca *3. de benef. c. 15. Urinam*, inquit, *nulla stipulatio emptorem venditori obligaret* &c. eoque sensu Cujacius *ad l. 15. de V. O.* stipulationem vocat παιδείαν. Mores hujus seculi ad simplicitatem memoratam juris gentium redierunt, adeoque pacta & stipulationes tam quod ad verba, quam quod ad effectus reales attinet, omnia conveniunt; unde quicquid in capite de pactis & de verborum obligationibus reperitur, id omne, quod ad usum, conferri miscerique licet ac oportet.

2. Veluti quod in § *2. h. t.* habetur, stipulationem, aut pure, aut in diem, aut sub conditione contrahi. Pure, cum obligatio neque die, neque conditione differtur; sed cum dies statim cedit & statim venit. Dies cedere dicitur, quando obligatio nascitur; Dies venit, quando peti potest cum effectu, *l. 213. de V. S.* Jam cum in diem confertur obligatio, (fit hoc expresse, vel tacite, ut quando locus adjicitur; nam tunc id tempus subintelligitur, quo ad locum illum perveniri queat, § *5. h. t.* ratione itineris civiliter æstimata, *l. 137. § 2. de V. O.*) dies cedit confestim, quia statim debetur; *d. § 2. l. 38. § 16. & l. 46. D. eod.* Cujus rei effectus nobilis est, quod is, qui in diem debet, si ante diem solverit; quamvis per errorem, solutum tamen repetere nequeat, *l. 10. de condict. indeb.* Similiter, quod in diem debetur, recipit novationem, *l. 5. de Novation.* & potest constitui, *l. 3. § ult. & l. 4. de pecun. constit.* Tamen Ulpianus in *l. 41. § 1. h. t.* diem adjectam efficere scribit, ne præsenti die pecunia debeatur, scilicet efficaciter ut peti possit, quod ante diem non posse fieri, adseveratum est, *l. 42. eod. & l. 44. § 1. de O. & A.* Imo nec ipsa quidem die adjecta recte agitur ad petendum, sed postridie demum, quia labente adhuc die, creditor queri non potest, quod ad diem sibi non sit solutum; ita ut dies illa tota debitoris commodo relinquatur, *d. § 2. & d. l. 41. pr.* Unde sequitur, debitorem favori temporis sibi indulti renunciare posse, creditorique, licet invito, ante diem solvere posse, *l. 50. de O. & A. l. 70. de Solut. d. l. 137. § 2. de V. O.* nisi id actum esse appareat, ut dies creditoris commodo penderet, *l. 17. de R. J.* veluti, si quis vere bovem emerit in autumno tradendum & a Patrefamilias mactandum, ut fit, vid. *l. 15. de ann. leg. l. 17. § 3. de usur.* Qui tamen ante diem agit, non agit nihil, sed male, *l. un. in fin. Quand. di. usufr. leg. ced.* aliquando etiam recte, modo citra executionem, *l. 1. C. de sent. quæ sine cert. quant.* Sand. 1. 4. 3. ut cum jus futurum pendet a jure præsenti; veluti, cum res est vendita tribus pensionibus, die primæ pensionis elapsa, reliquas etiam petere licet, executione ad usque dies terminorum venientes dilata.

3. (b) Igitur dies nec inchoat neque tollit aut finit obligationem; sic enim est ratio Juris nostri, ad tempus non posse deberi, § *2. h. t.* adeo ut is, qui denos annuos, quoad vivet, dari stipulatus est, jus petendi denos quotannis ad heredem suum transmittat: qua in re differt a Lega-

(b) *Pos. 13.*

to annuo, quod morte legatarii finitur, *l. 26. § 1. de V. O. l. 11. de Ann. leg.* Differentiæ ratio videtur, quia testator annuum in vicem alimenti destinare creditur, cujus ratio cum pecunia cessat, qui autem stipulatur, jus commodumque suum absolute spectat. Facultas, quæ plene perfecteque nobis competit; qualis est ea, quæ ex contractu nascitur, non potest esse temporalis, quia tum plena atque perfecta esse desineret. Loquimur de ejusmodi contractibus, in quibus id agitur, ut aliquid juris perfecti ab altero in alterum transmittatur; Nam alioqui multos contractus temporali conventione constare manifestum est, ut commodatum, depositum, pignus, locatio & similes; verum in his nihil juris absoluti transferre volunt contrahentes. De prioribus igitur verum est, obligationem certis finitisque modis tolli; quod inter tempus non numeratur; *l. 44. § 1. de O. & A.* Inter Legatum atque stipulationem hoc quoque discrimen extat, quod stipulatio annui sit una atque ab origine duntaxat æstimetur, *l. 16. § 1. de V. O.* annuum legatum sit multiplex singulisque annis novum Legatum censeatur, *l. 11. de ann. leg.* Tametsi vero subtilitas juris obligationem in perpetuum, ultra tempus expressum producat, ratio tamen æquitatis manifesto refragatur. Ideoque is, qui post tempus gerere pergit, exceptione pacti vel doli mali submovebitur, *d. § 3. h. t. l. 56. § 4. eod. tit.*

N. ADDIT.

Vere dixit Autor, subtilitate juris obligationem ultra tempus expressum produci, & quidem addendum erat subtilitate juris parum proficua. Nam commodatum sane, depositum, locatio &c. temporali conventione constant, & obligatio ad legatum annuum præstandum extinguitur morte legatarii. Sunt quidem & responsiones, quibus ostenditur ratio disparitatis inter casus allatos, & casum theseos, qualis est illa, quam modo dedit Autor. Sed & hæ magis subtiles quam utiles. Hæc jam tum per modum Scholii addideram positionibus. Ergo hic fuere repetenda, præprimis cum Autor tacendo veritatem observationis hujus agnoscere videatur.

4. In stipulatione conditionali dies nec cedit, neque venit, nisi post conditionem existentem, quia nec prius obligatio ullo modo nascitur, sed tantum spes est debitum iri, § 4. *h. t.* idque in omni genere conditionis obtinet, *l. 99. § 1. l. 115. § 1. & 2. de V. O. & l. 108. eod. tit.*

SCHOLIUM.

Ergone pendente conditione promissor pœnitere poterit? Non; quia spes est debitum iri, § 4. Inst. h. t. *unde & ad heredem transit, secus ac in legatis, rationem disparitatis tradit Autor in Prælect. hac tit. Quam ergo utilitatem præbet doctrina, in Stipulatione in diem, diem cedere statim, in conditionali non cedere, cum ubique sint iidem effectus. Et omnino ii, quibus sub conditione aliquid debetur, etiam creditores dicantur?* l. 42. pr. de O. & A. vid. Not. ad *Strauch.* dist. 14. th. 11. p. 158. *Sed adsunt differentiæ, quas collige* ex l. 10. *junct.* l. 16. pr. & l. 56. de cond. indeb. *item* in l. 3. § 2. *junct.* l. 19. de constit. pec. *item* in l. 5. *juncta* l. 14. § 1. de novat. *& passim.*

At conditio negativa, *si hoc vel illud non feceris*, impedit obligationem, quamdiu certum non est, eam nullo modo extituram; hinc talis, si in capitolium non adscenderis, perinde se habet, ac si dictum foret, *cum mortuus fueris*, § 4. *h. t.* Talis autem; si Titiam non duxeris in uxorem, cum aut ipse vel illa decesserint, pro impleta habebitur. Sed ultimas voluntates plenius interpretamur, ut is, cui sub conditione negativa aliquid relictum est, petendi jus habeat, si cautionem præstiterit, *se non facturum quod facere prohibitus est*, quæ cautio *Mutiana* vocatur, *l. 7. de C. & D.* Denique, in hoc ab ultima voluntate differt stipulatio, quod spes obligationis conditionalis transeat in heredes contrahentium, qui, existente conditione, exinde agere & conveniri possunt, *d. § 4. l. 57. D. eod. tit.* Cum Legata conditionalia morte Legatarii ante conditionem existentem penitus extinguantur, ut notum ex *l. 4. & 5. § 2. Quando dies Legat. ced.* Ratio est, quia stipulationes, ex eventu quoque suspensæ, vires tamen e præsenti capiunt, *l. 26. de stipul. servor.* Legata secus, scilicet ex eo demum tempore, quo incipiunt deberi, *d. l. 4. & 5.* Paulus hoc discrimen collocavit in *l. ult. Commun. prædior. Nec enim,* inquit, *sicut viventium, ita & defunctorum extitus suspendi, receptum est.* Sensus erit; Naturæ contractuum id est conveniens, ut suspensionem recipiant; ideoque, conditione adjecta, nihilominus ab origine sua, non a tempore conditionis, æstimantur: quia conditio bene convenit cum obligationis Natura. Defunctorum actus non suspenduntur naturaliter, quia mors est ultima linea rerum; proinde cum testator

volun-

voluntatem suam expresse vult suspendi, tunc non statim velle videtur, quia voluntas tum statim effectum habere debebat: sed ea demum pro voluntate habebitur, ubi eventus ille, quem signavit, extiterit. Unde legatarius conditionalis, interim creditor est, *l. 42. pr. de O. & A.* Cæterum conditio, quæ in præsens vel in præteritum tempus confertur, quia vere conditio non est, ut *ad tit. de hered. instit. § 9.* diximus, vim quoque non habet obligationem suspendendi, verum id quod promissum, statim aut debetur aut non debetur; tametsi quod ad scientiam attinet partium, simili modo se habet, quo proprie conditionalis, si enim liqueat deinde, rem ita se habere, valet quod est promissum; si secus, non deberi intelligunt, *§ 6. h. t.*

5. (d) Actio ex stipulatione dicitur vel ex stipulatu in specie, vel condictio certi. Actio ex stipulatu datur, quando id quod promittitur, incertum est, *pr. h. t.* Scilicet, ubi non apparet, quid, quale, quantumque sit in obligatione; velut, si genus stipuleris, nisi quod optimum in eo genere est, exprimatur, *l. 75. in pr. § 1. & 2. de V. O.* alternativa quoque incerta est, nisi dictum sit, *utrum velis*, *§ 8. d. l. 75.* Qui usumfructum certi fundi stipulatur, de incerto contrahit, propter incertam fructuum æstimationem, *§ 3. ibid. Hoc enim magis Jure utimur*, ait Ulpianus, indicans rem non carere dubio; Nam alibi scriptum est, legatum ususfructus velut certum haberi, *l. 8. de usufr. ear. rer.* respectu scilicet aliarum rerum magis incertarum; aut ita, res incerta est ratione fructuum, qui sunt incerti proventus, certa res est, si jus ipsum intueamur. Promitlio tritici, vini, aut olei, quod in illo horreo est, pro certa habetur, *l. 75. § 5. de V. O.* adde *l. 30. § 4. ad L. Falcid. l. 7. § 1. de Contrab. empt.* quanquam Theophilus exemplum rei incertæ hujusmodi ponat; ἐμοὶ, εἰς διδόναι μοι τὰ ἐν τῇ κιβωτῷ, ἢ τὰ ἐν τῷ ὡρείῳ; *Promittis mihi dare, quæ sunt in ista arca, sive in illo horreo?* Qui vero fieri, vel non fieri stipulatur, incertum stipulatus intelligitur, *§ 7. d. l. 75. § ult. h. t.* veluti fossam fo fere, domum ædificare; modo non sint *præstationes certorum* contractuum, qui omnes quidem facti sunt, voce generaliter sumpta, *l. 7. § ult. de Curat. fur.* sed heic loci stricte tamitur factum, ut opponitur dationi & præstationi, qua de re dictum ad *fin. tit. de Oblig.*

(d) *Pos. 18. & seqq.*

SCHOLIUM.

Videtur Auctor respicere ad commodatum, depositum &c. & maxime mandatum. Sed mallem adduxisset exemplum stipulationis, in qua factum promittitur, quod non possit referri ad alium quempiam contractum seu nominatum, seu innominatum. conf. not. ad tit. 14. n. 25.

RESPONSIO.

Exempla, cujusmodi petit, hæc sunt: Romam ire, servum manumittere, bonas artes docere, causam agere, similesque species. Nec enim ad Contractum referri possunt nominatum, vel innominatum, quamdiu stant intra terminos promissionum, sine datione, vel interveniente facto.

N. ADDIT.

Hic initio supplendum est Scholium nostrum, cum Autor eam notam ad tit. 14. n. 25. *ibi inserere omiserit. Ita vero ibi* dixeram. *Pactum nudum late acceptum & contractui oppositum, iterum est vel nudum in specie*, de quo vide n. 11. hic, *quod plane non producit actionem; vel vestitum, quod producit quidem actionem, sed non vi sua, verum per adminiculum extrinsecum vel specialis legis, vel contractus, cui adjicitur, unde pactum vestitum iterum est vel legitimum, vel adjectum.* Conf. infra in Pand. ad tit. de pactis. *Ceterum cum inter pacta legitima etiam referatur pactum donationis*, l. 35. § ult. C. de donat. *inde videtur nullum exemplum, ne quidem Jure Justinianeo remansisse, pacti in specie nudi, quod nullam producit actionem*, vid. Kulp. Colleg. Grot. ad libr. 2. cap. 11. th. 1. lit. e. *Sed cogitandum tamen, annon, quia donatio saltem ad dandum tendit, possimus exempla invenire pactorum nudorum, factum aliquod tale, quod non in causam mandati incidat, gratis & sine repromissione intendentium. Aliud exemplum cape:* dabo tibi centum, ut servum manumittas. *Quamdiu nondum dedi, (& in genere in contractibus innominatis & realibus, quamdiu ex parte neutra aliquid datum vel factum est,) est pactum nudum*, l. 27. C. locati. *Jam ad responsionem Autoris, quam videtur ex ipso hoc scholio nostro ejusque verbis finalibus, quamvis parum apte, petisse. Et enim exempla, quæ affert, ad contractus innominatos plane referri nequeunt, (non solum in eo casu, quam diu stant intra terminos promissionum, sine datione, vel interveniente facto,) quia non sunt promissa mutua, sed ex una saltem parte. Hoc vero supposito non vi-*

deo,

deo, cur ea facta non possint referri ad contractum mandati. Quid enim impedit, quo minus tibi mandare possim, ut Romam eas, servum manumittas, bonas artes doceas, causam agas &c. Vel enim hic mea interest, vel non est. Si prius, erit meum negotium, adeoque ad mandatum referri potest. Si posterius, ne quidem stipulatio valebit, quia exceptio; tua non interest, poterit opponi cuilibet agenti.

Quod si promissor non faciat, tenetur in id quod interest, quod sine dubio incertæ æstimationis est, constans duabus partibus, eo quod nobis abest, quodque lucrari potuimus, *l. 13. rem rat. hab.* quod utrumque fachi esse, ut ait *l 24. de R. J.* & probationis sæpe difficilis, res ipsa loquitur. Peti autem potest id quod interest, ubi tempus elapsum fuerit, intra quod illud factum ab homine haud negligente potuit impleri, *l. 14. l. 72. § ult. l. 84. & l. 137. § 3. de V. O.* Præstando autem id quod interest, an promissor liberare se possit, est gravis Quæstio. Qui factum promisit, veluti insulam ædificari, fossam fodi, tabulam pingi, an ad ipsum factum cogi possit, an vero præstando id quod interest, liberare se possit. Posterius frequenti calculo probatum est ab recentioribus, quos citat & sequitur Wissenbachius noster, *ad tit. ff. de V. O. th. 8.* Aliter sentiunt pauci, quippe boni, Cujacius ad *l. 72. h. t.* Coras. *2. miscel. 3.* Bronchorst. *4. antin. 41.* Perez. *Erotemat. ad § ult. Inst. h. t.* Quibus meum calculum addo lubens: inprimis hoc motus argumento, quod hic nulla civilis causa sit, cur fidem datam frangere liceat; nam quod dicitur, ad factum posse neminem cogi, intelligo sane, actiones voluntarias hominum imperari ab externa causa non posse, nec quenquam, si animum ad contumaciam obduret, ad faciendam aliquid subigi; nec id quidem in dationibus aliisque præstationibus fieri potest, ut aliquis id quod non vult, dare compellatur; quia dare, præstare, non minus est actus voluntatis quam facere. Sed contumaces civiliter cogi dicuntur, quando remedia illis Prætoria adhibentur in hunc finem, ut assensus eorum exprimatur; veluti pignorum capio, missio in possessionem, mulctæ dictio, manus militaris, denique carcer. Nihil vetat, quominus is, qui facere non vult, quod factum se promisit, iis remediis constringatur; rumpit enim æque fidem ac is, qui dare recusat quod debet. Jam qui his modis adfici potest, is utique tenetur ad faciendum præcise, alioquin illa remedia applicari non possent. Si jam nulli sint textus, quibus eximatur obligatio, facti a servandæ fidei necessitate, palam est, executionem eam consequi debere. Reperio quidem in variis legibus, ubi non sit factum, quod fieri debebat, in id quod interest agi; sed hæc est quasi-pœna ejus qui fidem non servat: quemadmodum omnes, qui contractus violant, aliter quam eo quod interest, plecti nequeunt; inde vero minime inferre licet, actorem, si malit ipsum urgere factum, id facere non posse. Prorsus, ut de emptore dictum est alias, eum, si venditor rem non tradat, in id quod interest agere: ex quo tamen minime sequitur, eum quoque rei ipsius traditionem si velit, petere non posse; ad *tit. Inst. de contrab. empt infra.* Enimvero hoc res ipsa loquitur, si res debeatur, possessionem ab invito auferri; Qui vero factum debet, eum ad faciendum, si nolle perseveret, ipso actu cogi non posse: sat ad hanc disputationem sufficit dictum, posse debitorem facti, a judice condemnari ut faciat; ‡ cui si non pareat, ejusmodi exequendæ sententiæ modos adhiberi, quales natura negotii recipit; Sic heredi fiduciario necessitas imponitur adeundi restituendique hereditatem, qua de re sic fere disseruimus, ut heic factum, *tit. Inst. de fideicom. heredit.* nec secus omnes, qui testamento aliquid facere jussi, præcise ad faciendum tenentur, *l. 11. § ult. de Legat. 3.* Adde omnino *l. 28. verb. cogendam eam patrem defendere. de Donation.*

SCHOLIUM.

Regula notissima est; in obligationibus dandi neminem liberari præstando interesse, si dare possit. At in obligationibus faciendi, liberari aliquem præstando interesse, nec ad factum cogi posse. Et quidem posterior assertio nititur l. 72. de V. O. l. 13. § fin. de re judic. arg. l. 71. § 2. de

‡ Si cui quadam sententia alicujus facti præstatio injuncta, Præcepto Executivo constringendus est, ut sub pœna ex Judicis arbitrio expressis verbis injuncta, faciat id, quod in jurisdictione ultimum est, intra quatuordecim dies: Si non pareat, nec dilationem impetret, quæ non sine sontica causa, nec nisi semel concedi debet, exigenda est pœna, & contumax graviori mulcta, dato iterum quatuordecim dierum spatio, coercendus, immo etiam carcere, & aliis mediis coactivis hic utendum est, liberatione per præstationem ejus, quod interest, penitus sublata. *O. P. S. E. J. & E. Tit. XXXIX. § 2.*

C. & D.

C. & D. l. 2. de lib. hom. exhib. Adde Wissenb. l. c. & Struv. Ex. XLVII. th. 12. *Eam impugnat Aut.* h. l. *secutus Corasium, Cujacium, aliosque a Wissenb.* d. l. *citatos, sed nobis verior videtur prior sententia.*

RESPONSIO.

Quid est in d. l. 72.? Ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere, & justa æstimatione facti dandam petitionem. *Quid est in his verbis, quod non abunde sit occupatum? Nihilo plus* in l. 13. in fine de Re jud. *Qui non fecit*, quod promisit, in pecuniam numeratam condemnatur, sicut evenit in omnibus faciendi obligationibus. *Quia res ibi non potest auferri, non datur alius exitus, ut dictum.* L. 71. § 2. de C. & D. *agit de facto, quod libertatem corrumpit, unde ne quidem actio in id quod interest. Idem ad* l. 2. de hom. lib. exhib. *tenendum. Scholiastes instat; Ratio*, Id quod interest, esse loco pœnæ, petit principium. *Minime, inquam. Quæritur, an is qui factum promisit, in id quod interest teneatur. Affirm. Opponuntur leges citatæ dicentes, Qui non fecit, in id quod interest tenetur. Resp. Si ad faciendum non teneretur, actio non daretur, neque condemnaretur. Qui condemnirtur, is ne liberari dicendus est? Profer textum, qui dicat, eum, qui non facit, liberari, aut optionem habere, quod est nusquam. Nihil hic est τὸ ἐν ἀρχῇ.* Vid. Wissenbach. *ad tit. ff. de Verb. oblig. th. 8.*

N. ADDIT.

Potuisset supersedere Autor & hoc Scholio & hac responsione, cum jam in fine præfationis ad Lectorem ad Scholia mea, mutaveram sententiam meam in verbis: Ipsemet meliora edoctus non raro muto sententiam, & in iis mutare non desinam, in quibus ab Autore recessi, si rationes prægnantiores afferri viderim. In quibusdam etiam jam tum mutavi, ut in iis, quæ ad Instit. *tit. de V. O. Posit. 24.* notavi.

6. Cæterum, qui aliquid se non facturum promisit, is tum tenetur, quando contra quam promiserat, fecit, *l. 2. § pen. l. 4. eod. tit.* Difficultas autem illa probandi id quod interest, ut evitetur, solent factorum stipulatores pœnas adjicere, ut, nisi fiat quod promissum est, is, qui moram committit, certam pecuniæ summam dare præstare debeat, *d. § ult. h. t.* a qua tamen pœna faciendi quod convenerat, perinde ac ab eo quod interest, liberari posse videtur, quoniam pœna vice locoque ejus quod interest, fungitur, *d. § ult.* idque perinde, ante litem contestatam duntaxat; Nam post litem contestatam pœnæ jam petitione facta, novatio quædam intelligitur, uti non factum amplius, sed pecunia sit in præstatione, *d. l. 84. arg. & l. 11. § 1. de novat.* Igitur ante litem contestatam, nulla per stipulationem pœnalem novatio facta censetur, sed & debitor factum, de quo principaliter convenit, implere potest, & creditor si nolit ad pœnam, agere potest in id quod interest. Quoties enim pœna ad alium contractum adjecta est corroborandum, tunc aut id, de quo præcipue est actum, aut pœna, post moram, recte petetur, *l. 115. § ult. & l. 122. § 2. d. t.* ita ut creditorem alterutra actione contentum esse oporteat, nisi in una sit plus quam in altera, per *l. 41. & seq. l. 71. pro soc. & l. 47. de Action. empt.* Sand. *3. decis. 4. defin. 4.* Saltem in penu legata, cum actione pœnæ ab herede solvendæ, si non præstet eam, peculiariter receptum est, ut, si heres in mora sit pœnam solvendi, confestim pœna peti, neque ad rem petendam regredi possit, *d. l. 115. § ult. & l. 1. pr. de penu leg.* juncta *l. 24. Quando dies Legat. eod.* Atqui Papinianus, *Si navem fieri stipulatus sum*, inquit, *& si non fecerit, centum, videndum, utrum duæ obligationes sint, pura, & conditionalis, & existens sequentis conditionum tollat priorem, an vero transferat in se & quasi novatio prioris fiat, quod magis verum, l. 44. § ult. de O. & A.* Præter aliorum conciliationes, non videtur mihi absre, Papinianum id quærere videri, utrum duæ sint actiones separatæ, ita ut, pœna commissa, non tollatur actio principalis; an vero pœnæ commissum absorbeat actionem primam, ut sic pœna exercita quasi novationem inducat, neque post ejus solutionem ad rem principalem agi possit, quod est simpliciter verum, & modo a nobis dictum.

TIT. XVII.

De Duobus reis, stipulandi & promittendi.

Quid sint duo rei, & quomodo fiant. Quo fine & effectu constituantur. Num qua sit inter correos actio. In aliis quoque causis fieri sæpe duos reos.

SÆpe fit, ut duo in ſolidum obligentur, aut ſinguli obligationem ſolidam acquirant, idque ad evitandum incommodum ſcindendæ actionis in partes. Qui hoc modo contraxerunt, hi *duo rei* dicuntur, tam ſtipulandi quam promittendi, ut creditores etiam *rei* dicantur, antiquo uſu Latino apud Feſtum, & Ciceronem 2. *de orat.* ubi, *rei ſunt omnes, quorum de re diſceptatur:* & Pomponius in *l. 5. de V. O. ex conventione reorum*, inquit, id eſt, partium, cum alioqui communiter Rei dicantur οἱ Φεύγοντες; fugientes, & qui in jus vocantur. Duo rei ſtipulandi fiunt, cum duobus ſeparatim eandem rem ſtipulantibus, debitor una voce utrique ſe daturum ſpondet. Duo rei promittendi, quando creditori diſtincte, at continua oratione, duos interroganti, reſpondent illi, ſe daturos, vel facturos, *pr. I. h. t. l. 2. & l. 3. § 1. eod.*

2. Finis, ut dictum, ac ſimul hujus rei effectus eſt, quod ſinguli totum petere debitum, ac ſinguli de toto conveniri poſſint, *§ 1. h. d. l. 3. § 1.* ſic tamen, ut ſi unus debitum exegerit, aut petierit, alterius actio pariter ceſſet; item, ſi unus debitum acceptum tulerit, *d. l. 2. in fin.* ſi unus debitori jusjurandum detulerit, *l. 27. & 28. de jurejur.* ſi unus novaverit, *l. 31. § 1. de Novat.* cui intellabiliter adverſari creditur Paulus in *l. 27. pr. de Pactis.* ut σφέδρα βλαστάνει Cl. Wiſſenbach. 2. *Pand. diſp. 23. th. 10.* niſi forte dicas, alterum correorum poſſe novare, id eſt, ex una aliam facere; non poſſe novare, id eſt, tollere obligationem, ita ut nihil pro debiti ſubſtantia maneat. Cæterum, paciſcendo unus alteri nullum creat præjudicium, *arg. d. l. 27. in pr.* quia in ſtipulationibus jus, *in* pactis verſatur factum, ut ibidem; hoc eſt, per ſtipulationem, qua fit novatio & acceptilatio, tollitur ipſamet obligatio, vi juris, ſine reſpectu certæ perſonæ, ſed pactum eſt nuda conventio inter duos, nullum habens juris effectum, niſi quatenus ab eo, qui pactus eſt, in judicium deducitur, quod cum facti ſit perſonalis, alii quam perſonæ iſti applicari non poteſt.

SCHOLIUM.

Conf. Wiſſenb. ad ff. h. t. th. 25. *Ex ratione, quam ſuppeditat Autor, videtur inferendum, hodie etiam per hoc præjudicari alteri, quia hodie pactum ex moribus actionem producit, & adeo obligationem ipſo jure tollit.*

RESPONSIO.

Quænam hæc ratio? Non puto, pactum de non petendo, moribus hodiernis obligationem ipſo jure tollere. Pactum ik ſal u niet manen. *petitionem quidem tollit, ſed obligationem, & ejus inſtrumentum penes Creditorem relinquit: unde ſi contra convenerit,* ut petatur, *continuo hodieque reviviſcet obligatio. Secus etiamnum erit in acceptilatione*, Quijtſcheldinge, *quia hæc ipſam tollit obligationem.*

N. ADDIT.

I. Ratio hæc vult: Quæ ipſo jure tollunt obligationem, ea, ſi ab uno reorum acta ſint, nocent alteri. Pactum de non petendo non nocet, quia demum ope exceptionis. Hujus ultimi ratio eſt: Quia ſtipulatio producit actionem, ideo & acceptilatio per Stipulationem facta tollit eam ipſo jure. Sed quia pactum jure Romano actionem non producit, ideo nec ipſo jure tollit. II. Aperte Autor obligationis termino, in ſenſu vulgari & a regulis artis alieno utitur, pro inſtrumento obligationis. III. Eadem inconvenientia miſcet acceptilationem Romanam, quæ fiebat verbis ore prolatis, cum ſcriptura quietantiæ. IV. Quemadmodum ſi per acceptilationem debitum fuerit ſublatum, ipſo jure tollitur obligatio, i. e. Prætor non dat formulam agendi, ſed de negotio ipſo cognoſcit, etſi inſtrumentum obligationis manſerit apud Creditorem, ita etiam idem erit dicendum de pacto de non petendo &c.

Jam ſi unus ſolidum petierit, vel ſolidum exegerit, vel ſolidum unus ſolverit, nonne lucrum illud aut onus communiter ab illis feretur, ita ut exactor pecuniam cum ſuo correo communicare, & debitorum alter ſuam partem ei, qui ſolvit, reſumere debeat? Equidem cum nullum inter correos qua tales, negotium ſit geſtum, mero jure fieri non poteſt, ut actio inter eos naſcatur, idque firmatur ex *l. 62. pr. ad L. Falcid.* niſi vel ſocii ſint, vel pecunia in communes ulus impenſa ſit, de quo caſu agere videtur *l. 2. C. de duob. reis.* vel ex cauſa communi onerosa naſcatur obligatio, vel cum Vice mutua fidejuſſerunt, aut actiones ſunt ceſſæ, vel denique, ſi aliter inter eos convenerit, (vid. Gipian. *ad tit. C. de duob. reis.*) tametſi æquitas præpotentiſſima velit, nunquam non aliquid dantium eſſe remedii. (adde Perez. *ad d. tit. n. 12.*) Adeo autem ſinguli correi in ſolidum tenentur, ut nec alter con-

conventus divisionis beneficio consequi possit, uti pro sua tantum parte conveniatur, ne quidem, si pro se invicem fidejusserint, *l. u. in pr. h. t.* quod mutatum ab Justiniano, in *Nov. 99. c. 1.* ubi statuit, eos, qui ἀλλήλεγγύους ὑπεύθυνοι, id est, reciproca fidejussione sunt obligati, non aliter in solidum teneri, quam si diserte id expressum sit, eoque expresso, tamen singulos in solidum non teneri, nisi alter inops sit vel absens. Unde apparet, authenticam ex *d. N. 99.* parum prudenter *d. l. 2. C. de duob. reis.* esse subjectam.

3. Cæterum, in stipulatione quidem inprimis Correi debendi constituuntur, neque tamen eo, quod stipulatio moribus hodiernis exolevit, putandum est, correos quoque debendi hodie nullos amplius fieri. Nam & quavis simplici promissione, imo & aliis contractibus, velut in emptione, locatione, deposito, commodato, aliisque, jure constituuntur, *l. 5. § ult. D. commod.* imo & testamento, si testator dixerit, *Titius & Mævius Sempronio decem danto, l. 9. h. t.* Scilicet, ubi id actum esse apparet, ut singuli solidum deberent; alioquin heredes pro partibus de Legato teneri, tralatitium, & scriptum in *l. 17. eod. tit.* qua de re non est hic locus agendi prolixius.

TIT. XVIII.
De stipulationibus Servorum.

IN Institutionibus caput proprium est de stipulationibus servorum, quod cum exigui sit usus, paucis absolvendum. Stipulari & contrahere non aliter potest servus, quam ex persona domini, quando ipse personam, id est facultatem civi competentem, nullam habet, *pr. h. t.* Proin domino etiam acquirit, seu soli, seu conservo, sive impersonaliter stipuletur; § 1. & si plurium sit communis dominorum, singulis pro portione dominii acquirit; nisi nomine vel jussu unius sit stipulatus, cui tunc videlicet soli quærit, § *ult.* Duntaxat in stipulationibus facti placuit, si quid servus, ut sibi facere liceat, stipulatus sit, quod hoc ille solus, non dominus facere possit, § 2. *h.* etenim illa positio, quod ex persona Domini servus stipulatur, ex rerum jure proficiscitur, a facti simplicitate alienum est: interim illa facta, quorum jus acquiritur servo, ad arbitrium utilitatemque domini esse dirigenda, res ipsa loquitur. De servo hereditario, cujus Dominus est mortuus, nullo adhuc herede existente, dubium erat possitne stipulari, quia nec personam, neque dominum habeat; sed placuit, hereditatem personæ defuncti vicem sustinere, *pr. h. t.* ut & alibi dictum: unde sequitur, interea servum hereditati acquirere, id est, eventu inspecto, heredi futuro, *d. pr. in fin.* Proinde, si dixerit, heredi futuro se stipulari, nulla causa est, quare non ex ea stipulatione heres postea existens agere possit, *l. 28. § ult. de stipul. servor.* quanquam nomine heredis futuri expresso, servus non recte stipulatur, quoniam in tempore stipulationis heres non est, ideoque error in persona commissus videtur, *l. 16. eod. tit.* quæ sic cum *d. l. 28.* consentit.

TIT. XIX.
De Divisione stipulationum.

Ratio divisionis in Judiciales & Prætorias, secundum jus vetus & novum. Exempla utriusque speciei. Quæ Communes & Conventionales.

(a) DIvisio stipulationum peculiari quoque titulo a Justiniano tractatur. Species sunt, Judiciales, Prætoriæ, Communes, Conventionales, *pr. Inst. de divis. stipul. l. 5. in pr. de V. O.* Judiciales sunt, quæ a mero Judicis officio, § 1. *h.* Prætoriæ, quæ a mero Prætoris officio proficiscuntur, § 2. *ibid.* Prætores & judices ex disciplina Juris antiqui opponebantur. Prætor enim non tam judicabat, quam judicium jubebat, ut Cicero 3. *d. LL.* loquitur. Ad ipsum fiebat in jus vocatio, actionis editio, aliaque πρῶτα judiciorum; ubi ad causæ disceptationem ventum

(a) *Pos. 1. & seq.*

esset, dabat judicem, qui cognosceret, sententiamque ferret, quam ipse dein exequebatur, adeoque apud Prætorem fiebant, quæ hodie dicuntur ante litem contestatam; apud judicem quæ post litis contestationem fieri dicuntur, *l. un. C. de Litis cont.* Quanquam autem prætor, aliquando in Pandectis judex appellatur, *l. 1. & l. 51. de judic. l. 11. de jurisd. & l. 41. de minor.* nihil tamen notius est, quam nomine Judicum simpliciter prolato, intelligi non Magistratus, *l. 2. de R. J.* sed datos, delegatos pedaneosque judices, *l. 46. de judic. l. pen. Judic. solvi. l. ult. de off. præt. l. 4. de tutor. dat. l. 3. Ne quis eum, qui in jus voc. l. 5. de off. Præf.* Postea Magistratus ipsi judicare sunt jussi; nisi quatenus multitudo negotiorum eos subigeret, aut in levioribus causis aliis permitteretur, *l. 2. & l. ult. C. de ped. jud.* Unde Judicum nomen cum Magistratuum appellatione converti cœpit, ut indicat Rubrica *Cod. de Jurisdictione omnium judicum.* quod mori Romano Pandectis cognito, penitus adversum erat. Prætores igitur tempore Justiniani pariter judices erant, quemadmodum hodieque omnes qui res judicant, tam ea quæ ante, quam quæ post litem contestatam peraguntur, gubernant. Divisio tamen & definitio vetus, a differentia officii Judicum & Prætorum petita supereſt adhuc in hisce vocibus, ne mutatio confusionem pareret. Interim etsi his terminis hodie utimur, tamen notandum, Judiciales esse jure novissimo, quæ præstantur in judicio sive post litem contestatam; Prætorias, quæ in jure, sive ante litem contestatam.

2. (b) Exempla judicialium referuntur in *d.* § 1. veluti de Dolo cautio, quæ præstatur ab eo, qui ad rem restituendam condemnatus est, cavetque, se rem cum omni causa sine fraude redditurum, aut se nihil dolo in ea re perdenda, vel corrumpenda admisisse, ut exemplum est apud Theophilum, *l. 45. de R. V. & l. 9. § 5. & 7. Quod met. c.* item de persequendo servo, qui in fuga est, cujusmodi cautio dicitur ab eo extorquenda, qui hominem per vim extorsit, *l. 14. § 11. eod. tit.* Denique, de pretio restituendo, si res ipsa dolo, vel culpa adversarii non restituatur, neque possit; ita & coheredes in Judicio familiæ erciscundæ, cavent de æstimatione pro cujusque parte reddenda, *l. 25. § 10. famil. ercisc.* adde *l. 7. & 12. Si servit. vind.* Prætoriæ referuntur *in* § 2. *h. t.* & prima quidem damni infecti est, quando Dominus ædium ruinosarum promittit vicino, damnum, quod ex ruina contigerit, id se præstiturum, *l. 7. pr. de damno inf.* Ex quo discimus, si non caveatur, tunc vicinum, qui *metuit damnum*, mitti in possessionem ædium ruinam minitantium. Alterum Prætoriæ stipulationis exemplum est, Cautio Legatorum, quæ heres promittit Legatariis & fideicommissariis, ea, quæ sub conditione, vel in diem relicta sint ipsis, die vel conditione existente, præstitum & exsolutum iri, *l. 1. pr. & 1. 1. ut Legat. servand. caus. cav.* Cum autem Prætoria hæc stipulatio sit, ante litem contestatam opponi debet, posteaque cessat, *l. 1. § 9.* ut tamen & in Judicio appellationis, si in prima instantia omissa fuerit, exigi possit, *l. 5. § 1. eod.* Ad Prætorias stipulationes cautio quoque usufructuaria refertur, de qua dudum habuimus, *l. 7. Usufruct. quemadm. cav.* item ædilitiæ stipulationes, *d.* § 2. quatenus ædilitium jus sub Prætorio comprehenditur, § 7. *I. de Jure Nat.* Sunt autem ædilitiæ stipulationes, quæ ex Edicto Ædilium proficiscuntur, quod super emptionibus venditionibus repromitterent, rem non esse vitiosam, pecus non esse morbosum, rem habere licere, *l. 21. de Ædil. Ed.* de quibus, ut & de reliquis Edicti ædilitii capitibus, alibi accuratius.

3. (c) Communes sive mixtæ stipulationes sunt, quæ aliquando ex jurisdictione, quandoque ex officio Judicis proficiscuntur, velut *in* § *ult. h. t.* recensentur stipulatio rem pupilli salvam fore, de qua dix. *supra*; quæ quidem ut plurimum citra litis contestationem præstatur, aliquando tamen, si prius præstita non sit, etiam post eam, ut apud Theophilum. De rato stipulatio, quam præstat Procurator actoris, de cujus mandato dubitatur, *l. 1. C. de Procurat.* similiter plerumque ante litem contestatam interponitur: tamen si post cœptam litem ratio dubitandi emergat, etiam tunc postulari potest, per *l. 1. C. de Ord. judic.*

4. Denique species quarta, licet a Justiniano in *hoc tit.* ordine tertia collocatur, est conventionalium stipulationum, quæ cum neque judicis neque Prætoris jussu, sed partium sola conventione ineantur, nomen inde suum mutuatæ sunt; Earumque totidem genera esse, quot rerum contrahendarum, ait Imperator in *d.* § 3. *in f.* Quid? an stipulationes tam late quam cuncta negotia civilia patent? quid igitur de cæte-

(b) *Pos. 6. & 7.* (c) *Pos. 8.*

ris

ris contractibus? Eo scilicet hoc pertinet, quod supra diximus, stipulationem esse πανδέκτην, omnibusque negotiis subjici firmandis & stabiliendis

TIT. XX.

De Inutilibus stipulationibus.

Quæ sint inutiles ratione Personarum. Ubi de obligatione pupillorum & minorum. Quæ ratione rerum. Denique respectu formæ stipulandi.

(a) DE stipulationibus hisce conventionalibus, ingens adhuc caput apud Justinianum sequitur, *de inutilibus stipulationibus*, quod nos compendii causa ad tres articulos reducemus. Inutiles enim sunt stipulationes, vel ratione personarum contrahentium, vel rerum promissarum, vel denique formæ stipulationis. Ratione personarum; (b) primo, si muti, surdi, furiosi, infantes, stipulantur aut promittunt, § 7. 8. 9. *h. t.* Prodigus, & pupillus infantia major, potest quidem uterque stipulando acquirere, sed promittendo obligare se non possunt, *l. 6. de V. O. & d. § 9.*

2. Sed quatenus naturaliter aut civiliter pupillus obligetur, mira est legum ἐναντιοφανία & Interpretum dissensio, de qua vid. A. Matth. *disp. 19. fundam. jur.* aliosque passim. Videmur simpliciter detungi posse ita; Pupillus semper obligatur naturaliter, nunquam civiliter, nisi cum obligatio ex re venit. Prima thesis est in *l. 21. ad L. Falcid. l. 64. pr. ad SC. Treb. & l. 1. in fine de novat.* etiamsi non sit locupletior pupillus, *l. 25. § 1. Quando di. leg. ced.* Sed quia hæc obligatio a legibus infirmatur & ipsis effectibus, quos alias habet naturalis obligatio, privatur, ideo in quibusdam locis ne quidem naturalis obligatio existere dicitur, *l. 41. de condict. indeb. & l. 59. de O. & A.* Frequenter enim, quod effectu caret, non esse dicitur, ut quod in diem debetur, utique & ante diem debetur, § 2. *I. de O. V.* at non deberi, Ulpianus ait in *l. 41. § 1. eod.* quia interim inefficaciter debetur. Altera positio, quod civiliter nunquam obligetur pupillus, est in *l. 43. de O. & A.* & ubicunque simpliciter obligari negatur. Limitatio, *nisi cum obligatio ex re venit*, habetur *l. 46. de O. & A.* Quid velit, *ex Re*, dubium est; plerique ajunt, ex maleficio & quasi-contractu; de maleficio est textus in *pr. I. de obl. ex del.* de quasi-contractu simpliciter non est verum, quia pupillus non tenetur ex hereditatis aditione, § *1. h. t.* & condictione indebiti, § *1. I. quib. mod. re contr. obl.* neque si alterius negotia gesserit, quia hoc ex facto, non ex re venit; quos omnes esse quasi-contractus, constat *ex tit. I. de obl. ex q. contr.* Malim dicere, *ex Re*, id est, *ex ipso negotio*, sive, cum intrinsecus negotii natura actionem suggerit, ipsaque rei æquitas eam dictat, licet nulla conventio intercedat: Sic Imp. *in d. princ. de obl. ex delict.* verba *Ex Re* interpretatur *ex ipso maleficio.* Perinde ut impensas pro pupillo factas tutor, vel negotiorum gestor, vel qui res communes habet, repetat, id *ex re*, hoc est ipsa negotii natura competit.

3. Eodem retulerim, si pupillus ex contractu sit locupletior; nam & tunc *res ipsa* maxime dictat eum teneri, ne ex alieno ditescat, *l. 14. de condict. indeb.* Ergone & Re & civiliter obligatur, quatenus est locupletior? Sic *puto*, licet pauci ita scribant. Quod *ex Re* teneatur, penes quem *res* aliena, vel commodum *rei* extat, satis est liquidum. Perinde quod civiliter; Neque enim dari potest exemplum, quo ex contractu actio detur efficax in foro civili, quæ non sit ex obligatione civili; Actionem autem hoc casu in pupillam cuivis esse dandam, D. Pius rescripsit *l. 5. in pr. de aut. tut.* Atqui omnis obligatio naturalis, lege vel constitutione firmata, & vi actionis prædita, transit in civilem, ut sunt pactiones legitimæ, *l. 6. de pact.* Quis enim ex pacto hypothecæ, donationis, constituti, negat obligationem nasci civilem? Ergo ut pacta per se naturaliter obligant, lege accedente civiliter, sic & pupillus naturaliter obligatur, lege accedente civiliter; & sic pupillus naturaliter obligatur, cum est locupletior, *d. pr. l. 5.* sed rescriptum D. Pii indicat, non tantum naturaliter, sed etiam civiliter, & sic verba *d. l. 5.* nihil obstant; fundamentum actionis a D. Pio datæ, est naturale, sed proxima causa civilis. Actio autem illa, ubi ex nominato contractu non datur, est propria condictio ex Lege, quæ datur, cum Lex naturalem

(a) *Pos. 1.* (b) *Pos. 9. & seqq.*

obligationem vi actionis informat, cui nomen non tribuit, *l. un. de cond. ex L.* Sed cum ex alio contractu descendit, tunc utilis est ex eodem contractu, quia cum D. Pii rescriptum de aliis non loquatur, JCti id eo extenderunt, *l. 3. de commod. & l. 66. in fin. de solut.* Ex quo videmus, actiones utiles non tantum dici, qui ad imitationem legum dantur & legibus accommodantur, sed & cum ipsæ ex lege actiones aliis speciebus applicantur: Actio in pupillum est directa, nempe condictio, quia ex verbis D. Pii oritur. Si commodati agatur, tunc fit utilis, quia commodati actionem D. Pius non dedit, sed JCti applicarunt, *d. l. 3. comm.* Unde minime sequitur, pupillum hoc casu civiliter non obligari, ut Tim. Faber colligit *disp. 8. th. 12.* Ubinam legimus, actiones utiles minus ex civili causa esse quam directas? Et reliquæ D. Fabri rationes, his bene perceptis, facile removentur. Quod alii in hac materia inter pupillum infantem & non infantem distinguunt, id abs re est, quia in infantem termini habiles obligationis nulli cadere possunt. Nam nec civilis, nec naturalis ratio patitur, eum, qui rationis usu caret, ex sua conventione, aut facto obligari, ne quidem naturaliter, ut res ipsa loquitur.

4. Ratio, cur pupilli naturaliter obligentur, & jure civili tamen non modo novum non accedat vinculum, sed hoc ipsum naturale dissolvatur, est hæc; quia ex simplicitate naturæ, omnis expressa declaratio animi de jure in alium transferendo, promittentem obligat, ut egregie docet Grotius *l. 2. c. 11.* igitur cum pupilli hactenus ratione utantur, ut quod sibi promittitur, sciant, sibique alios stipulando obstringant, natura docet, ipsos æque teneri ad exequendum id, quod scientes promiserunt, licet non sint locupletiores, sed damnum passuri; adde argumentum e contrario ex *l. 10. de R. J.* Sed quia, consultum non est, ut tenella ætas ex lubrico oris damno multetur; quod secus est in aliis, qui ipsis pollicentur; Lex eam qualemcunque obligationem merito enervavit, agendique facultate destituit.

5. Sed an puberes sive minores annis 25. civiliter obligantur? sic tradunt Modestinus in *l. 101. de V. O.* & Paulus in *l. 43. de O. & A.* Rationem reddit elegantem A. March. *d. disp. 19.* ex doctrina Vulteji, quod obligatio sit jus mere personale & *in personam dirigatur*, *l. 3. de O. & A.* pupilli autem persona sit tutori obnoxia, non persona puberis curatori, quia hic rebus, non personis detur, *l. 8. C. de nupt.* quod alii verum esse dicunt, verum de his, in quibus de statu personarum, nec utique de patrimonio agitur, ut in nuptiis; sed obligationis plerumque finis est alienatio, quæ perinde his, qui curatorem, quam qui tutorem habent, est interdicta, quod probant per *l. 3. C. de rest. in integr.* Quæ Lex clare docet, eum, qui curatori subest, non posse obligari, quia comparat eum cum prodigo, cujus promissionem non valere, notum est ex *l. 5. de R. J. & l. 6. de V. O.* & quia addit, minorem sine curatore constitutum in integrum restitui. Ergo curatori subjectus non eget restitutione, quod signum est contractum non valere, & ipso jure tutum esse minorem, *l. 3. in fin. C. de Tut. qui sat. non ded.* Unde liqueat, hæc verba *d. l. 3.* contractum *servari non oportere*, idem esse quod *non valere*. Et citatam *l. 101. de V. O. l. 43. de O. & A.* loqui de puberibus, qui curatoribus carent, quos inviti recipere non coguntur, § 2. *I. de curat.* cum verba *d. l. 101. sine curatoribus suis.* non hanc vim habeant, ut tutores, qui sunt, significent, sed qui esse solent & destinantur iis. Verum hæc responsio *ad l. 101.* aliis merito displicuit, eo quod hæc verba, *Curatoribus suis.* possessorium præsens significent; ideoque hi criticam manum adhibent, unius literulæ mutatione sic legentes, *Puberes sine curatoribus suis possint ex stipulatu obligare*, pro *obligari.* Ita Vir Cl. *Georgius Conradus Crusius*, Antecessor olim Lugdunensis Batavix. Sed mali exempli est, ob ancipites controversias suo placito terminandas, mutare Lectiones: præter quod vox *obligare*, sine regimine, sensum suspendens, ut requiras *quem* obligare dicatur, offendit aures in hoc loco. Re exacta, sunt plani textus in *d. l. 101. l. 43. O. & A.* quam ut sola *lex 3. C. de in int. rest. min.* adigere nos possit, ad mutationem lectionis Florentinæ & receptæ, *d. l. 101.* Dicemus igitur ita; Minorem obligari, sed contractum Re, i. e. est cum effectu alienationis, propter Curam, eaque durante, *non* esse *servandum.* Sed hac finita, si minor non restituatur in integrum, obligationem vivere & producere actionem. Argumentum a restitutione in integrum ex *d. l. 3.* facilius in contrarium vertitur. Minor etiam curatori subjectus in integrum restituitur, *l. 2. & 3. C. Si Tutor vel Curator interven.* Cui autem restitutio applicatur, eum obligari, positum est recte, ac ideo subjectum Curatori æque necessium erit obligari, ex ratione juris; at sine effectu alienationis. Sed usu temporum vix est, ut

alia

alia quam naturalis obligatio, e Minorum contractibus oriatur. *Sand. 3. 1. 1.*

6. Pater porro non potest a filio stipulari, nec filius a Patre, quoniam a se ipsis stipulari viderentur, propter vinculum & unionem Patriæ potestatis;* idemque de servis, *§ 6. h. t.* Sed propter vinculum ejusdem potestatis filiusfamilias Patri, & servus domino stipulari non potest, cum alioqui nemo alii, in cujus potestate non est, recte sti, uletur, *l. 38. § 17. & l. 45. de V. O.* non stipulari, inquam, neque pacisci, *l. 73. § ult. de R. J.* ne quidem Pater filio, *l. 17. § 4. de Pact.* nisi filius sit heres Patri, *l. 33. eod.* quanquam & alias doli exceptio prodest filio, cui pacti exceptio negatur, *l. 21. § 2. de Pact.* Sed stipulatio, quam Pater fecit filio, tota Patri acquiritur, quia stipulatio juris, pactum facti est, *§ 4. h. t.* qua de re explicatius agendum est *ad tit. ff. de Pact.* Hinc si quis sibi & amico stipuletur, pro parte tantum stipulantis valet obligatio; sed qui sibi, aut Titio stipulatur, is totam sibi acquirit obligationem, Titii persona cum hoc tantum effectu adjecta censetur, quod ei, invito quoque stipulatore, in utilitatem tamen ipsius solvi possit; quæ facultas, sive cum stipulatore principali contestata, aut capitis diminutione personæ adjectæ, intercidit, *d. § 4. l. 31. in pr. & l. 57. § 1. de solut.* Alioqui personam adjectam nec ultro petere, nec novare, nec acceptum ferre posse, ex eo liquet, quod stipulanti jus obligationis soli quæritur, *l. 10. de solut.* Ratio autem, quare alii per alium obligatio acquiri nequeat, redditur in *§ 18. h. t. Inventæ enim sunt hujusmodi obligationes ad hoc, ut unusquisque acquirat sibi quod sua interest; cæterum, si alii detur, nihil interest stipulatoris.* Quæ ratio ja. is est magis civilis, quam naturalis; neque enim naturaliter quicquam impedit, alium per alium fieri locupletiorem.

SCHOLIUM.

Vide Wissenb. ad tit. ff. de Pactis th. 18. *ubi in fine e Guidone Papa, Hotomanno, Christinæo & aliis notat; moribus hodiernis, vel paciscendo, vel legem dicendo, vel stipulando, alterum alteri cavere posse, & ita subtilitatem Jurisprudentiæ Romanæ esse sublatam.*

RESPONSIO.

Mercaturæ causa in quibusdam casibus id est receptum; ut in cambus, cum mercator stipulatur sibi, aut exhibitori literarum dari. Generaliter id in aqua receptum, non putamus; sed opus est cessione. Voet. ad § 4. n. 2. *Sand.* de act. Cess. c. 2. n. 12.

N. ADDIT.

Pro Wissenbachii sententia facit Mevius P. 4. Dec. 112. n. 5. *Brunnem.* ad l. 25. ff. de Pactis n. 3. *Pro sententia dantoris, Hahn.* ad Wesenb. h. n. 4. in fin. *Carpz.* P. 2. C. 33. d. 26. 27. *Harpr.* ad § 4. Inst. hic n. 4. *eamque ulterius adjuvat, quod nec hodie tertius nostro nomine donationem sine mandato, vel ratihabitione nostra, valide acceptare possit, Carpz.* P. 2. C. 12. d. 20. *Stryke* in Caut. s. 3. c. 9. § 2. in fine. *Ego jam sic distinctione conarer dissensum conciliare: Quatenus illa regula fundata est in jure gentium, quo quilibet regulariter curat negotia sua, non aliena, eatenus haud dubie observatur in praxi, & huc pertinet casus de acceptanda donatione. Quatenus vero Romani eam regulam nimis subtiliter extenderunt, ut olim per liberos homines nulla valeret acquisitio, ut tutor non posset nomine pupilli hereditatem adire, ut in cessione actionum etiam necessaria esset procuratio in rem suam &c. eatenus verior est sententia Wissenbachii.*

7. Indicat autem prædicta ratio, quoties stipulantis interest, toties valere stipulationem, ut exemplo tutoris, a contutore suo stipulantis rem pupilli salvam fore, & domini stipulantis Procuratori suo, & debitoris creditori, in § 19. & locis παραλλήλοις, in *l. 38. § 17. & 23. de V. O. & l. 22. de donat.* declaratur. Quod autem procurator Domino suo stipulatur, id dominus, ni cessio interveniat, petere nequit, *l. 49. § 1. de acquir. poss.* nisi duobus casibus, I. e re domini, *l. 86. de Procur.* II. Si præsente domino, *l. 79. de V. O.* stipulatus sit. Idemque in Procuratore militis, *l. 26. de Reb. cred.* Qui præsunt aliorum personis, aut rebus, officii sui ratione pro illis stipulari possunt, ut exercitor e contractu Magistri, & Dominus tabernæ e contractu institoris, si ab his suum servare nequeant, agere possunt, *l. 1. in f.* cum *l. 2. de instit. act.* ejusque exemplo, quod Procurator vendit, ex eo dominus agit & tenetur, *l. 13. § 5. de action. empti.* Item e contractibus administratorum, actorum, tutorum, curatorum, datur actio civiletticus, *l. 5. § pen. de pecun. constit.* Servus pupilli, aut pupillus, aut quicunque a Prætore tutor pupillo, solet rem ejus salvam fore stipulari, *l. 2. 3. & 4. in pr. Rem pup. salv.* scilicet, ut actio utilis, non ut directa detur, *dd. ll.* adde Cl. Widenb. *1. Pand. 9. th. 18.* Cæterum,

* Nec in Saxonia Contractus inter filium & patrem, in cujus potestate est, subsistit, *4. Dec. El. 23.* ad quam vid. Illm. *Obs. m.* atque ita pron. *Supr. Cur. Prov. Liss. Term. Cruc. A. 1760.* conf. dicta *ad l. 9. L. 1. § 2. p. 14.*

rum, quod ſubtilitate juris prohibitum eſt, id commento Jureconſultorum reperit facultatem; ſi is, qui alii vult acquirere, in caſum, quo promiſſor non det, ſibi pœnam ſtipuletur; quam ſua ſcilicet intereſt ſibi præſtari, § 18 *h. t.*

8. (c) Secunda inutilium ſtipulationum Cauſa a rebus ipſis deſumitur; quo pertinet primo, ſi promittatur res, quæ non eſt in commercio, ut ſacra, religioſa, publica, univerſitatis, liber homo; cujusmodi res non debentur, etſi poſtea cœperint eſſe in commercio, imo licet hac conditione promiſſæ fuerint, ſi extra commercium eſſe deſierint; quia, ſi prius in commercio fuerint, poſtea exemptæ ſint, irrita fit ſtipulatio, § 2. *h. t.* Multo magis id de rebus, quæ plane in rerum natura non ſint, capiendum, ut ſi quis hippocentaurum, vel phœnicem avem promittat, aut hominem jam mortuum, aliterve rem extinctam, § 1. *h. t.* At ſi qua res non exiſtat quidem, ſit tamen, ut in ſcholis argutantur, hoc eſt, exiſtere queat, illius promiſſio, veluti fructuum futurorum, ſubſiſtit, *l. 73. de V. O.* quod, ſi qualitas rei addatur, cujus natura capax non ſit, idem erit, ac ſi res ipſa non eſſet, ut ſi modios centum tritici ſtipuleris, qui ſinguli pondo centum pendeant; ejusmodi enim neque ſtipulatio, neque Legatum valebit, *l. 7. § ult. de trit. vin. ol. leg.*

SCHOLIUM.

Non modii, *ut vult Gloſſa* in caſu l. 7. *ſed* tritici grana; *Ergo forte legendum* ſingula. *Id innuunt verba ſubjecta rationem deciſionis continentia*, quoniam ejusmodi triticum in rerum natura non eſſet. Conf. Aut. ad h. t. de tritic. vin. ol. leg. poſ. 2. *Quid ſi ergo teſtator de* modiis *locutus fuerit? Legatum valere puto, quia determinatio modiorum dependet ab arbitrio humano.*

RESPONSIO.

Hæc criſis parum vehementer ſe probat; verba ſunt d. l. 7. § 1. *Tritici modios centum, qui ſinguli pondo centum pendeant: quomodo ibi* ſingula? *ut grana, de quibus nihil eſt dictum, ſubintelligantur? Tutene modios, qui non poſſunt eſſe pondo centum in rerum natura: nam modius eſt tertia pars amphoræ, quæ fuit vas portatile. Proxime accedens, ut voce, ita quantitate ad id, quod nos* een maet; *nec enim* modius *ita ſumitur apud Romanos, ut quantitas ejus pro arbitrio variet humano, quod* ſcholium *velle videtur.*

N. ADDIT.

Ego adhuc ſubſiſto. Etſi enim durior ſit emendatio, ſi loco, qui ſinguli, *legas,* quæ ſingula, *ſuadet tamen adhuc talem emendationem ratio ſubjuncta, in ſcholio deſcripta; cujus periphraſis ab Autore hic tradita, an vehementer ſe probatura ſit genuinis legum interpretibus, dubito. Neque enim dixit JCtus, tales modios non eſſe in rerum natura, ſed ejusmodi triticum. Etſi porro modius ſit tertia pars amphoræ, amphora tamen, quod ſit vas portatile, etiam eſt ex impoſitione hominum. Cæterum quantitatem modiorum æque variaſſe apud Romanos credo, ut apud nos, imo & amphoras. Et cum adeo tota menſurarum natura dependeat ab arbitrio humano, adhuc puto, legatum ejusmodi valere, nec dici poſſe, tales modios non eſſe in rerum natura, quod nec dixit JCtus.*

Æque inutilis eſt rei noſtræ ſtipulatio, ſive abſolute, ſive in caſum, quo noſtra eſſe deſinit, *d.* § 2. quemadmodum nec rei alienæ ſtipulatio valet in eum caſum, quo noſtra futura ſit, § 21. *h. t.* quoniam id aliquo modo implicat, ut cauſa dominii acquirendi, qualis eſt ſtipulatio, contrahatur in caſum dominii jam velut acquiſiti.

9. Præterea dationis, aut facti alieni promiſſio, non valet, quoniam ut nemo præterquam ſibi recte ſtipulatur, ita nec quisquam niſi a ſemet, promittere poteſt, § 3. *h.* quippe res ipſa monſtrat, ejusmodi promiſſum, *ſpondeo Cajum tot aureos daturum*, eſſe eluſorium; neque enim promiſſor tenetur, quia ſe non obligavit, *l. 83. pr. de V. O.* neque Cajus, ſiquidem alius per alium non poteſt obſtringi, *l. 3. C. ne ux. pro mar.* Quod ſi factum dationemve alterius a ſua perſona ſuſpenderit, veluti, ſe effecturum curaturumve, ut alius det vel faciat, tum valide tenetur, *d.* § 3. neque liberatur, niſi reum locupletem offerat, quod ſi non præſtet aliquem paratum ſolvere, judicium ipſe accipere & ſatisfacere debet, * *l. ult.* § 1. *de Reb. cred.* Cæterum, qui promiſit per alium non fieri, quo minus rem habere liceat, qui alium Judicio ſiſti, ratamve rem habiturum promiſit, *l. 38. pr. l. 15. de V. O. l. 73. pr. de leg. 1.* non tam alienum, quam ſuum

* Conf. *Dec. El.* 42. Atque ita in caſu, quo quis in alienationem feudi, ſe Domini conſenſum præſtaturum eſſe dixerat, *Fac. Jur. Lipſ. m. Nov.* 701. It. quo quis Caji ratihabitionem anzuſchaffen promiſerat, *Supr. Cur. Prov. Lipſ. term. Trin.* 704. *pronunciavit.* vid. Menck. *ad h. t.* § 2.

(c) *Poſ.* 2. *& ſeqq.*

factum

factum pollicitus intelligitur, *dd. ll.* Perinde qui alium constituit soluturum, is non tenetur quidem, *l. 5. § 4. de constit.* Sed qui alium constituit pro se fidejussurum, is tenetur, quia suum factum constituit, nempe se daturum sponsorem. *l. 14. § 2. d. t.* Plane de re turpi non valere promissionem, tralatitium est, *§ 23. h. l. 26. & sequ. de V. O. l. 7. § 3. de Pact.* quod non modo ad ea, quæ jure gentium, sed & jure civili prohibita sunt, pertinet, etsi jusjurandum intervenerit, *l. 5. C. de LL.* Et quidem ipso jure nullam esse rei turpis promissionem, dicunt *textus citati.* Ejusmodi est conventio de successione viventis, quo votum alienæ mortis, & festinatio contra jus gentium, intendi videtur, *l. 61. de V. O. l. ult. C. de Pact.* nisi ille, de cujus successione alii paciscuntur, consenserit, ac in eo consensu usque ad mortem perseveraverit, *d. l. ult.*

10. (d) Tertia inutilium Stipulationum causa, petitura forma illarum, tam externa in conceptione verborum, quam interna in consensu utriusque consistente. Hunc quod attinet, commune id stipulationi cum aliis est, quod dissensus in substantia contractus eum reddit vitiosum, qualis est, si de alia re stipulator, de alia senserit promissor, *§ 22. h. l. 83. § 1. l. 137. § 1. de V. O.* aut si quis cum Titio se rem habere putans, Cajo promittat, *arg. l. 9. in pr. de hered. inst. l. 1. in pr. de jud.* Secus esse juris, si in nomine, vel stipulatoris, vel rei promissæ sit error, clarum est & docetur in *l. 32. de V. O.* Imo licet in materia, aut qualitate sit erratum, veluti æs si fuerit, aurum quod putabatur, valet stipulatio, *l. 22. de V. O.* quanquam emptio venditio ejusmodi errore vitiatur, *l. 9. § ult. de contrab. empt.* Rationem differentiæ petitam a discrimine actionum bonæ fidei & stricti juris, refellit *l. 57. de O. & A.* & quod in pignore licet bonæ fidei contracto, *§ 28. I. de action.* idem quod in stipulatione obtineat, *l. 1. de pignor. act.* Rectius dixeris, in venditione pretium rei conveniens deberi; proinde ut is, qui pro auro pecuniam promisit, æs pro illa accipere teneatur, enorme erat: in stipulatione, quia pretium non datur, potius interest stipulatoris, æreum habere vas, quam nullum. Quæ ratio non evertitur per ea, quæ suggerit Cl. Wissenb. *disp. ad Inst. 35. th. 8.* Hæc ratio, cujus auctorem laudat Donellum, ex iis, quæ supra de stipulationibus dicta sunt, *facile*, inquit, convellitur, ubi attentum, stipulationem pendere ex negotio contracto, & aliis obligationibus firmandis adjici solidam. Enimvero fit quidem ita, ut stipulatio contractibus aliis ipsique adeo emptioni accedat, verum si nihil quam conformationem faciat, tum nullam præstationem novam adfert, neque mutat naturam emptionis venditionis. Ideoque res loquitur, quando stipulationem opponimus venditioni, non intelligi stipulationem, quæ est accessio venditionis, sed quæ donandi aliave simili causa interponitur.

11. Denique ad consensum pertinet, quod impossibilis conditio adjecta stipulationi, illam vitiat, ut & alios omnes contractus, *§ h. l. 31. de O. & A.* ubi & ratio redditur, *quia in ea re, quæ ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectatur, quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment, apposita ea conditione, quam sciant esse impossibilem.* Sed quare non testatoris ea perinde cogitatio creditur, ut nihil agi velit, cum impossibilem ponit conditionem, secus ac alias dictum ad *§ 10. supra de hered. instit.?* Videtur, quod suprema declaratio facta in testamento, minime irrita habenda sit ob adjectionem quamvis ineptam: Atqui promissio & acceptatio hinc inde facta sub conditione, quæ fieri nequeat, conjungi & colligari non potest, sed abit in jocum, qui in homine moribundo actumque tam solennem ordinante, quippe nihil cum alio, sed omnia solus agit, intelligi nequit. Hæc autem ita, si tota conditio in genere suo ἐκ τῶν ἀδυνάτων sit, non si res ipsa possibilis existens aliquid sibi repugnans contineat, ex quo præposterа stipulatio dicatur; *veluti, si navis cras ex Asia venerit, hodie dare spondes?* Nam licet absurdum videatur, ante conditionem, id est prius quam obligatio nascatur, donationem velle fieri, tamen qui promisit: si navis cras venerit, ille tenebitur vi stipulationis heri factæ, *§ 13. h. l. 25. C. de testam.* ubi & in ultimis voluntatibus hoc obtinere statuitur. Simile exemplum est in *l. 64. de V. O.* Stipulatio, *si Titius Consul factus fuerit, tum ex hac die in annos singulos dena dari spondes.* non modo valet, sed conditione existente, inde a die stipulationis recte petentur pensiones, quod reperitur in *l. 126. cod. tit.* Scilicet, etsi verba in hisce perplexari videntur, mens tamen contrahentium, quo minus effectum habeat, nihil impedit.

(d) *Pos. 10. & seqq.*

SCHOLIUM.

Mallem has dicere præposteras, per l. 25. C. de Testamentis. *ubi dispositum, quod & in testamentis valere debeant, ut Auctor quoque notat. Perplexæ exemplum cape* ex l. 16. de cond. instit. *quæ uti testamentum vitiat, ita multo magis stipulationem. Quænam vero sit differentia inter perplexam & præposteram, conferenti utriusque exempla facile patebit.*

Stipulationem factam sub conditione, *si voluerit debitor*, inutilem esse, docet Ulpianus in *l. 46. § ult. de V. O.* sed, *cum volueris*, ita factam valere, docet idem § *præced. penult.* Rationem reddit in *l. 17. eod.* Stipulatio non valet, in rei promittendi arbitrium collata *conditione*, quanquam alioquin inter *si* & *cum* nihil interesse dicitur, *l. 17. eod.* Quid autem hic in eventu practico interest, quem semper juris studiosum in conspectu oportet habere, ne inania verborum, quo nihil ab arte Juris alienius, sectetur? Existimo, si is, qui promisit, *cum voluero*. sine nova stipulatione, & absente quoque stipulatore, profiteatur, se velle solvere, tum actionem esse natam; quæ, ubi dixisset, *si voluero*, non nasceretur. Hoc ita, si stipulatio sit donationis causa, non si adjecta sit alii puro contractui; tunc enim post mortem promissoris omnino datur actio. Sand. 3. 9. 1.

12. Huc denique & illud pertinet, quod stipulatio sine causa, hoc est sine habili negotio ad contrahendum non valet; nec enim hoc est speciale verborum obligationi; exceptio doli hoc respectu generalis est, *l. 2. § 3. de dol. & met. excep.* nec adeo ex instrumentis obligationum, quæ causam non habent, jus dicitur, nisi causa aliunde probetur aut præsumatur, Carpzov. *def. for. p. 1. Const. 17, def. 35. l. pen. de fid. instrum.* Sponsiones tamen de rebus futuris non turpibus, causa non carent, ut putat Herbaj. *c. 1. rerum quotid.* sed contentio illa de re licita sat causæ est, quam stipulatio mutua sequitur, *l. 108. de V. O.* Sand. *3. decis. t. 9. def. 1.* Huc referendæ adsecurationes hodie usitatæ inter mercatores, quibus aliquis in se recipit periculum alienarum mercium pro certa mercede; nam est sponsio hæc incerti eventus, sub stipulatione certæ pecuniæ, qua de re vid. Grot. *3. Manuduct. c. 14.*

13. (e) Ratione formæ externæ specialis, vitiatur stipulatio, si interrogatio & responsio non convenient, aut si in continenti ac inter præsentes factæ non fuerint. Discrepantia vel dividua est, ut pro parte conveniant, partim differant stipulatio sponsioque; vel individua, et totam obligationem æqualiter adficiat. Illius exemplum, si quis plures res stipulatione complexus sit, quarum alter aliquas tantum promittit, tum quod ad has, contrahitur obligatio, nam qui simpliciter respondit, de omnibus tenetur, § 18. *h.* Item, qui stipulanti decem quinque promisit, quoniam dividua hæc est summa, de quinque tenetur, *l. 1. § 4. & l. 83. § 3. de V. O.* secundum quæ loca explicandus, aut supplendus § 5. *in pr. h. t.* Malim enim ita, quam ἀτυχίαν statuere, quod faciunt Hotom. *h.* & Corasius *ad l. l.* Ant. Matthæ. & Cl. Wissenb. *ad h. tit.* Verum si quis pure stipulanti conditionaliter respondit, aut in diem, vel vice versa, quoniam hæc inæqualitas divelli nequit, id quoque totam vitiat obligationem; *d. § 5.* nisi diversitas responsionis illico a stipulatore admissa sit, *d. l. 1. § 3.*

14. Id jam nihil necesse monitu est, verba utrimque requiri; adeo, ut si quis promiserit, non præcedente interrogatione, is non obligetur, ne quidem postquam solennitas verborum sublata est, quia tamen adhuc verba requiruntur; licet aliter in pacto, ut supra dictum; nihilominus, si in instrumento sit scriptum, aliquem promisisse, perinde est ac si additum esset, interrogatione præcedente fuisse responsum, quod præsumptione suppletur, § 16. *h.* quæ tamen per contrariam evidentissimam probationem convelli potest, *l. 7. § 12. de Pactis.* Verborum commutatio insuper partium præsentiam ponit. Nam inter absentes facta stipulatio per epistolam, aut nuntium, nullius momenti est, § *11. pr. h. l. 1. § 1. de V. O.* Quamquam, si scriptum in instrumento reperiatur, partes fuisse præsentes, huic scripturæ fidem habeamus, quamdiu contrarium per alia instrumenta testesque, validius non evincitur, *d. § 11.* quod faciet qui docuerit, se aut adversarium eo tempore, in quo instrumento scribitur promisisse, alio loco fuisse. Hoc enim modo indirecte is etiam, qui factum negat, illud probare potest, cum alioqui per rerum naturam negantis nulla sit probatio, si tempore locove, quod objicitur, non sit circumscriptum, *l. 23. C. de probat.* Mornacius ad *l. 18. C. de probat.* Sed de fide instrumentorum, modoque probandi, alius dabitur locus. Denique, responsio in continenti

(e) *Pos. 31. & seqq.*

roga-

rogationem subsequi debet, *l. 137. pr. de V. O.* sic tamen ut modicum intervallum, ne quidem a mane ad vesperam non officiat, si modo alius actus non interveniat, *l. 1. § 1. eod. d. l. 137. f. pr.* De stipulatione; cum moriar, vel cum morieris, aut post mortem alterius, vide *§ 14. & 15. h.* & ea, quæ de Legatis hoc modo relictis dicta sunt pridem, *ad § ult. de Legat.* (f) ista enim hactenus nihil a contractibus differunt. Denique & hoc ad modum Stipulationis pertinet, quod superius est dictum, spem quoque obligationis, quæ conditione suspensa est, transire ad heredem, non tantum ut heres stipulatoris agere, sed etiam, ut promissoris heres conveniri possit, *§ pen. h. t. l. 57. de V. O.* Præterea, sicut is, qui tempus promisit, veluti hoc anno aut hoc mense, non nisi omnibus anni vel mensis partibus præteritis, ad solvendum tenetur; ita, qui simpliciter absque mentione temporis promisit, confestim potest conveniri, *§ 2. supra de verb. obl.* sed hoc tamen civiliter accipiendum est, ut actor tantum duntaxat temporis concedat reo, quantum ad traditionem aut solutionem pro conditione rei debitæ commodoque debitoris faciendam, requiritur, *§ ult. h. t.* Est enim incivile, creditorem statim adire debitorem cum sacco, ut ait Paulus in *l. 105. D. de Solut.*

TIT. XXI.

De Fidejussoribus.

Quid Fidejussio & ejus affinia; & in quibus causis interponi queat, & quibus non potest. Ne sit gravior obligatione principali. Efficacia fidejussionis. Beneficia, & excussionis primum. Alterum beneficium. Tertium. Quando in fidejussorem actio detur. An fidejussor liberari possit. An & agere queat ante solutionem.

(a) STipulationibus merito subjicitur *Fidejussio.* Etenim Fidejussor est, qui stipulanti creditori spondet, absque novatione, sua fide & periculo, fore quod alius ipsi debet. Fit ergo per stipulationem fidejussio, *§ 1. de V. O.* qua in re differt a mandato, quando quis alii suo periculo credi mandat, quod solo consensu fit, alioqui usum per omnia similem habent, *l. 32. de mand.* ut tamen in eo quoque differant, quod mandator obligationem præcedat, suoque nomine teneatur, neque solvendo reo, aliter quam per exceptionem liberetur, quia suo ex contractu potest conveniri, *l. 28. Mandat.* at fidejussor nomine duntaxat alieno obligatur, *l. 1. § 8. de O. & A.* unde reo principali solvente liberatur ipso jure, *pr. Inst. Quib. mod. toll. oblig.* Per stipulationem differt etiam Fidejussor a Constitutore, qui pro se vel pro alio intercedit nudo pacto, ut in loco dicetur. Per verba *absque novatione*, distinguitur ab expromissore, qui principalem penitus liberat, & solus tenetur, *l. ult. ad Sc. Macedon.* Fidejussor dicitur Adpromissor in *l. 5. § 2. de V. O.* quia se promittendo alii debitori adjungit, non aliam eximit, ut facit Expromissor. Illi omnes, & inprimis Fidejussores, accipiuntur a creditoribus, dum curant ut diligentius sibi cautum sit, ait Inp. *in pr. h. t.* Major quidem securitas & certitudo est in pignoribus, ut habetur in *l. 25. de R. J.* sed institutum fidejussorium est commodius, siquidem pignora tam debitoribus ad cavendum, quam creditoribus ad custodiendum, molesta sunt, nec absque periculo. adde Wissenb. *disp. 34. ad Inst. th. 7.*

2. (b) Fidejussores in cunctis obligationibus dari possunt, sive re, sive verbis, literis sive consensu contractæ fuerint, imo seu civiles seu naturales fuerint, ait Imp. in *§ 1. h. t.* Denique & in obligationibus ex delicto, *l. 8. § 5. & l. 6. § ult. h. t.* scilicet pro pœna maleficii pecuniaria, non in gratiam delinquentis, ut docetur in *l. 70. § ult. de Fidej.* non etiam si agatur ad pœnam corpori infligendam. Potest quidem Judicio sistendi causa dari Fidejussor, qui sub pœna pecuniaria recipiat, reum se stiturum, *l. 1. & seqq. de Custod. reor.* Sed ut eventum judicii, quod ad mortem vel cruciatum corporis tendit, quisquam nomine alieno suscipiat, id civili & naturali rationi adversatur; Civili, quia Reipubl. interest, malefico ipsos, non alios pro illis, affici supplicio; Naturali, quia nemo sibi vitam auferre potest, non modo non manu, sed etiam conventione nihilo magis: Pertinet huc, quod

(f) *Pos. 28.* (a) *Pos. 1. 2. 3.* (b) *Pos. 4. & 5.*

ex *l. 13. ad L. Aquil.* notum est, neminem esse dominum membrorum suorum, neque vitam vel corporis incolumitatem esse res, quæ sint in commercio. Veteres gentilium secus opinatos fuisse, e permissa αὐτοχειρία Damonis & Pythiæ, (Val. Max. *l. 4. c. 7. in ext.*) item Codri, Deciorum, plurimisque obsidum interfectorum exemplis constat, quanquam horum diversa ex jure belli ratio reddi posse videtur. De obligatione, qua quis se pro alio obligat ad carceres, vid. Bachov. *not. ad Treutl. vol. 2. disp. 28. th. 4. lit. F.* Verius autem est, nec ad vincula, nec ad exilium quemquam obligari posse, quod & Constitutione Imperiali probibitum de anno 1577. *sub tit. 17.*

3. (c) Quin & Civiles quædam causæ dantur, in quibus fidejussiones receptæ non sunt. Qualis est popularis actio, *l. 56. in fin. h. t.* forte eadem ratione & limitatione, quam indicat *l. 5. de popul. act.* quod non interfit actoris pecuniarie; verum quia Rei semper interest, ideo sicut ille procuratorem dare potest, ita quoque fidejussor ab eo datus obligabitur. Præterea Lex, qua vir uxori fidejussorem dotis servandæ causa dare solebat, abolita est in *l. 1. & 2. C. de fidejuss. dot.* Ex quarum sententia dicendum videtur, ne quidem si a maritis sponte detur, valere eorum obligationem, ut recte Perezius ad *d. tit.* Pignoratitia tamen cautio, stante matrimonio, non prohibebatur, *l. 7. §6. de don. conjug.* sc. fidejussoris exactio non caret contumelia, *l. 17. § ult. de Testam. tut.* Jure novo, pignoratitia cautio nomine dotis est supervacua, quia uxor hodie tacitam habet hypothecam in bonis mariti, *l. un. § 1. & 15. C. de rei uxor. act.* Denique fidejussio neque in obligatione mere civili valet, ut stipulatione metu dolove extorta, vel sine causa contracta, per *l. 3. § 1. de constit. pec. l. 14. de compensat.* Neque in ejusmodi mere naturali, cujus jure civili nullus est effectus *, ut quæ a pupillo, furioso, prodigove contrahitur, *l. 6. de V. O.* quanquam si adversus hosce teneat obligatio, veluti cum ex Re venit, *l. 46. de O. & A.* fidejussio nihilo minus valet, *l. 25. h. t.* si modo ita solvi potest ille nodus, quo committitur citata *l. 6. de V. O.* cum *d. l. 25.*

SCHOLIUM.

Conciliare hic studet d. *l. 6. cum* d. l. 25. *Sensus vero est. Pupillus, furiosus, prodigus, vel obligantur naturaliter, vel non obligantur. Obligantur ex quasi-contractu, seu quoties obligatio ex re provenit. Non obligantur, si v. g. promiserint aliquid. De illo casu loquitur* d. l. 25. *de hoc* d. l. 6. *Wissenb.* ad ff. h. t. th. 7. *Sed ipse Autor dubitat, conciliationem istam tollere antinomiam. Nec sine causa. Nam 1. verba* d. l. 25. quoniam his mandati actio non competit. *innuunt, Marcellum etiam statuisse, fidejussorem posse accedere promissioni pupilli vel prodigi. 2. Falsum est, pupillum non obligari ex promisso naturaliter, per ea quæ supra* ad Tit. de oblig. posit. 3. *Autor docuit. Quod si dicas,* l. 6. *loqui de obligatione naturali ex promisso veniente,* l. 25. *vero de civili ex quasi-contractibus, quorsum videtur inclinare, urgebo prater primam responsionem, etiam* § 1. Instit. de fidejuss. *ubi dicitur, fidejussorem quoque naturali obligationi accedere posse. Fuit ergo probabiliter dissensus inter Marcellum & Ulpianum. Sed Imperator Marcelli sententiam videtur approbare* d. § 1.

RESPONSIO.

Malo jam tenere responsionem, quam concise positioni 10. *insertam non advertit* D. Thomasius. *Fidejussorem pro pupillo promittente simpliciter obligatum, non teneri; nisi id actum sit, ut si pupillus eluderet creditorem jure pupillari, hoc casu fidejussor solveret, ut de minoribus*

* Fidejussor ergo Mulieris sine Curatore contrahentis, non obligabitur per ea, quæ supra ad Tit. XIV. hujus libri monuimus. Licet enim eum ex sua fidejussione teneri, Mollerus ad *P. 2. C. 15. n. 57.* Carpz. *ad cand. def. 7. & in Tractatu de Jure Jaminar. sing. dec. III. pos. 3. n. 13.* Philipp. *Us. Pr. Inst. L. 3. Lect. 60. n. 11.* Hering. *de fidej. c. 10. n. 3.* Wibel. *de Contr. Mul c. 5. n. 10.* Stryck. *de Cautel. Contr. Sect. 1. c 2. § 30.* aliique asserant, rectius tamen negativæ sententiæ accedere videntur Berlich. *P. 2. Concl. 17. n. 111.* Brunnemann. *ad l. 6. ff. de fidej. n. 4.* Mevius *ad Jus Lubec. L. 1. t. 10. art. 1. n. 36.* conf. Pantschmann. *l 2 qu. 5.* Joh. Sam. Stryck. *de Jure singul. fœmin. Hamb. c. 2. th 34.* quoniam Contractus Mulierum sine Curatore initus, nullitatis vitio laborat, *v. L. 11. L. 14. & L. 46. ff. de fidejuss.* & exceptiones principuli competentes regulariter etiam fidejussoribus prosunt, *l. 7. § 1. L. 29 ff. de except. L. 32. ff. de fidej.* ac exceptio SCti Vellejani quoque fidejussori haud denegatur, *L 10. § 1. ff. ad SCtum Vellej. L. 14. & L. 15. C. eod.* conf. Mich. Henr. Cribner. *dissert. Inaug. de fidejussione mulieris sine curatore contrahentis. Lipsiæ a. 703. hab.*

(a) *Pos. 6. 7. 8. 9.*

scriptum

ſcriptum eſt in l. 13. in pr. de minor. *Si cum* ſciremminorem & ei fidem non haberem, non eſt æquum fidejuſſori in necem meam ſubveniri; *cum tamen & alibi ſcriptum ſit, fidejuſſorem pro minori ſimpliciter datum non teneri,* l. 51. in pr. de Procurat. l. 89. de Acquir. hered.

N. ADDIT.

Igitur jam oſtendendum, nec illam reſponſionem procedere, quia JC. in d. l. 25. fundat ſe in ratione generali, quoniam fidejuſſoribus non competat mandati actio, *ergo iſta reſtrictio de fidejuſſore in hoc ipſum dato, non fuit in mente JCti. Et imo regulariter quoties minor fidejuſſorem dat, in hoc ipſum dare ſolet, unde nec hæc circumſtantia tanquam ſpecialis, poterit pro medio conciliandi afferri. Cæterum textus ab autore adducti illuſtrant obſervationem meam, ſc. in hac quæſtione JC. Pandectarum a ſe diſſenſiſſe, imo nec Ulpianum ſemper hac parte ſibi conſtitiſſe.*

4. (d) Requiſitum quoque fidejuſſionis eſt, ne ſit in majorem ſummam concepta, aut gravior tempore, cauſa, loco, quam ipſa obligatio; licet in minus & onere laxiori recte contrahatur; ſiquidem abſurdum foret, plus in acceſſione quam in re principali contineri; ſed minus in acceſſione haberi non repugnat rationi; ut Cæſar ratiocinatur in § 5. *h. t.* cui adde *l. 8 § 7. & 8. eod.* Ex qua diſcimus, quomodo accipienda ſint verba *d. § 5.* fidejuſſores ita accipi non poſſunt, ut plus debeant &c. Textus *in d. § 7. Placuit eos omnino non obligari*, ait, idque ratio validius firmat, quæ eſt in *d. § 8.* quia in aliam plane obligationem accepti videntur; Si quis enim fidejubet in ducentos pro eo, qui centum modo debet, is non poteſt intelligi pro iſto fidejubere, quia non eſt verum, quod ille in ducentos ſit obligatus; proinde in diverſam obligationem acceptus videtur, *d. l. 7. § 8.* ſed qui quinquaginta ſpondet pro amico, qui centum debet, is recte pro illo intervenire dicitur, quoniam is, qui in centum tenetur, etiam in quinquaginta obligatus eſt, *l. 83. § 3. de V. O.* Cæterum, ſicubi fidejuſſor principali debito ita ſe adjunxerit, ut nullo modo dubitari poſſit, pro qua obligatione interceſſerit, velut ſi in uno inſtrumento principalis & fidejuſſoria obligatio collocata ſit, quis diceret ob fortuitum in ſumma exprimenda, errorem, totam collabi obligationem? vid. Græwen. *ad d. l. 8.* idque, niſi fallor, ſentiunt, qui diſſentiunt; quos inter Perez. *ad tit. C. de fidejuſſ.* & Duar. *ad tit. D. de fidejuſſ. c. 3.* quorum argumentis tamen reſpondet D. Wiſſenbach. *part. 2. Pand. diſp. 27. th. 10.* Facit huc, quod de conſtituto traditur in *l. 11. § 1. de conſtit. pec.* eum, qui centum debet, ſi ducentos conſtituat, in centum obligari, quia conſtitutum non tam eſt obligatio acceſſoria, quam repetitio præcedentis, & adſignatio ſolutionis, ut diverſa nullo modo videri queat; unde & ei, qui non eſt creditor, ex conſtituto debetur, *l. 5. § 2. eod. tit.* quod de obligatione plane diverſa juris ratio non pateretur: videtur hæc eſſe media via inter utramque ſententiam, qua nullo modo quidam volunt obligari fidejuſſorem, alii indiſtincte in concurrentem. Nec dubitem, quin cum hoc temperamento accipiendum ſit, quod pragmatici in foro ad concurrentem teneri tradunt fidejuſſorem, qui ſe gravius, quam principalis reus eſt obligatus, devinxit, teſte Vinnio *ad hunc § 5.* Sed quod D. Voetius *hoc* a Pragmaticis ſtatui ſcribit, fidejuſſorem quoque ſupra debitum principale teneri, nullam videtur habere rationem. Neque enim ratio eſt ea, quam adducit, quod hodie ex pacto naſcitur obligatio & actio. Nam etſi quælibet hodie conventio parit actionem, cauſam tamen oportet habeat, aut animum duntaxat donandi; at fidejuſſor, qui pro debitore in majorem ſummam ac ille debeat, ſpopondit, neque ex cauſa id facit, quatenus egreditur ſummam principalem, neque donandi habet animum, quia fidejubere cupit, nec aliud ſibi quicquam proponit. Denique, ſi tantum in eo ſit diſcrepantia, quod fidejuſſor ſpoponderit in plus quam rogatus erat, non in graviorem cauſam ac ipſe principalis erit obligatus, tum nihilo magis variatur fidejuſſio quam ſtipulatio quævis, ut *ad § 5. præced. tit.* dictum; Enimvero nihil eſt dubii, quin ad ſummam concurrentem obligatio tum ſuſtineatur, idque de fidejuſſione diſerte traditur *in l. 33. D. Mandati.*

5. (e) Effectus fidejuſſionis idem eſt qui reliquarum obligationum, ut confeſtim adverſus eum, qui ſpopondit, actio detur, æque ac adverſus principalem, ita ut libero creditoris arbitrio relinquatur, utrum ex illis priore loco convenire velit; itemque ſi plures ſint fidejuſſores, quia ſinguli pro toto debito ſpoponderunt, ſinguli etiam in ſolidum tenentur, § 4. *h. t.* § 2. *I. de*

(d) *Poſ. 11.* (e) *Poſ. 12. 13. 14.*

Mandat. l. 19. C. Qui pot. in pign. l. 14. & 24. C. de pignor. l. 2. & 5. C. de fidejuss. * Sed quia fidejussorum usus in Republ. necessarius, & tamen valde periculosus est, ut oracula sacra, *cap. 20. v. 16. & c. 27. v. 13. Proverb.* nec non profana, ut Delphicum, κέλευς, πρὸ δ' ἄτη, commonefaciunt; ideirco ad minuendum hoc periculum, ne nimium homines deterreantur, certa beneficia Legibus novissimis prodita sunt, numero tria.

6. Primum usu, licet inventione ultimum, est, beneficium Ordinis sive Excussionis: quo fidejussor id consequitur, ne conventus solvere cogatur, antequam debitor principalis fuerit excussus, *Nov. 4. c. 1.* quod beneficium datur quoque tertio possessori hypothecæ creditori obligatæ, ut priusquam ille pignus tradat, primum debitor principalis, dein sponsores penitus excutiantur, *c. 2. d. N. 4.* nisi hypotheca specialis, pendente lite, alienata fuerit, quo casu creditor adversus hypothecæ possessorem confestim agere potest, *N. 112. c. 1. §. 1. vers. si autem hoc.* Excusso igitur debitore principali, neque solvendo reperto, fidejussor cum effectu convenitur. Imo statim; si excussionis termini habiles deficiant; velut, si debitor absit procul, *d. Nov. 4.* aut palam constet, eum non esse solvendo, de quo Perez. *ad tit. C. de fidejuss. n. 22.* denique, si renuncietur huic beneficio. Imo etiam, si fidejussor ut debitorem principalem se obligarit, Doctores volunt, eum perdere beneficium ordinis, teste Gail. 2. *Observ. 28.* Fachin. 8. *controv. 54.* Quod tamen an ex ejusmodi simplicibus verbis recte deducatur, merito dubites, utpote quibus nihil, quam quod fidejussor æque in solidum, atque debitor principalis est obstrictus, continetur, qua ratione is, qui soluturum se juravit, nihilo magis huic beneficio renunciasse videtur; adsentiente Fachinæo *3. controvers. 15.* Dicendum potius, renunciationem debere esse expressam **, ita ut clare liqueat, renunciantem bene intellexisse, cui juri renunciaverit; quæ est ratio, quod *in l. 4. §. 4. D. si quis caution. in jud. sist. causs. fact. non obtemp.* generalis renunciatio non valet, quia de ejusmodi casibus illic agitur, qui prævideri non possunt: alioqui cum renuncians bene gnarus est rerum jurium-que specialium, nihil causæ est, cur necesse sit, exprimi nominatim singulas species.

7. (f) Alterum beneficium est *divisionis*, quod datur singulis e pluribus fidejussoribus, etiam constitutoribus & mandatoribus, *l. ult. C. de Constit. pec.* ne unus in solidum, sed quisque pro sua parte duntaxat teneatur, ex epistola D. Hadriani, *§ 4. h. t. l. 26. eod.* quatenus scil. omnes solvendo sunt tempore litis contestatæ; Nam si prius aliqui facultatibus sint læsi, id reliquos onerare, cessante beneficio divisionis, scribit Justinianus in *d. §. 4.* Quod lite contestata secus est, id quasi-contractui, qui litis contestatione committitur, *l. 3. §. 11. de Pecul.* adscribendum: ipse creditur tunc fidejussorem a se conventum elegisse, eumque novum Reum accepisse videtur, *l. 11. de Novat. in pr.* Primus igitur casus, quo cessat beneficium divisionis, is est, si unus aut aliqui ex fidejussoribus, ante litem contestatam debuerint esse solvendo, quem diximus. II. Est, si quis cum muliere fidejusserit, quia mulierem scit intercedere non posse, *l. 43. in pr. ff. h. t.* III. Quando minor, per restitutionem in integrum sponsioni subductus est, si minor *ante eum* intercesserit, is hoc beneficio non gaudet, alioqui non excluditur, *d. l. 43. §. 1.* IV. Qui pro tutore, ad indemnitatem pupilli fidejussit, non fruitur beneficio divisionis, quod in favorem pupillaris ætatis placuit, *l. ult. Rem pupilli salvam fore.* V. Negatur hoc beneficium infitiantibus, qui in judicio negare sustinuerunt, se fidejussisse, *l. 1. §. 1. h. t.* VI. Qui renunciavit, ut fit sæpissime, moribus hodiernis. Atque hi

* Effectus fidejussionis etiam heredes fidejubentis tangit, qui etiam in Saxon. pro rata hereditaria obligantur; licet eorum nulla in instrumento fidejussionis sit facta mentio. *P. 3. C. El 20.*

** Constitutio Elector. *17. P. 2.* requirit renunciationem specialissimam, qua quis aut singula, quibus renunciare cupit fidejussorum beneficia commemorat, aut unum, e. g. beneficium divisionis exprimit, & reliquis simul omnibus se abdicat. vid. Carpz. *ad d. C. def. 1. 2.* Non tamen exacte requiritur, ut fidejussor prius specialiter ac postea generaliter renunciet, sed inversus quoque renunciationis ordo, e. g. renuncio omnibus beneficiis, mihi tanquam fidejussori competentibus, & in specie beneficio divisionis. iptum ab usu reliquorum excludet, Carpz. *h. l. d. 2.* Sed sicuti hæc specialissima commemoratio & renunciatio, Jure Communi non est necessaria, vid. Mev. *P. 9. Dec. 180.* Schilter. *ad ff. Ex. 48 §. 19.* ita etiam in Saxonia Communi eam haud videas desiderari, vid. Carpz. *l. c. def. 1. n. 4 j.* Richter. *V. 2. Conf. 375. n. 9. seqq.*

(f) *Pos. 15. 16. 17.*

casus

casus excepti, rursus habent exceptionem; nisi creditor ab singulis fidejussoribus partes petierit, tum actionem, quam in solidum poterat instituere, ultro ipse divisisse videtur, *l. 16. C. h. t.* verum ab uno partem petendo, sibi non præjudicat, quo minus quod ab eo non consequitur, a reliquis petere possit, *l. 23. eod. tit.* extra quam si is, cum quo agere cupit, ante litem contestatam solvendo esse desierit, *ut dicere occupavimus.*

8. Quod si fidejussorum unus solidum solverit, neglecto, vel prius renunciato divisionis remedio; is adversus considejussores nullam habet actionem, *l. 39. de fidejussor.* Ideo Tertium est beneficium Cedendarum actionum, quo fidejussor, qui beneficio divisionis uti nequit, facta renunciatione, vel quod eo non cupiat uti, poscit, ut creditor antequam solvat, sibi cedat actiones, quas creditor habet adversus considejussores, qui tum pro suis partibus expensas illi refundere debent, *l. 17. l. 36. l. 39. h. t. 11. & l. 14. C. eod.* modo animadvertatur, ut cessio fiat ante solutionem, vel in ipso actu solvendi, aut pactum saltem de cessione facienda, dum fit solutio, adjiciatur, *d. l. 36. & d. l. 11.* alioquin actio solutione perempta in cassum crederetur, *l. 76. D. de solut.* Proinde, si fidejussorum unus solidum solverit, is cum pro debitore Principali, non pro considejussoribus solverit, nullam hos contra habet actionem, *d. l. 39.* nec, si deinceps, ubi solutione perempta sit obligatio, sumpsit a veteri creditore cessionem, qui jus quod nullum habet, jam cedere non potest, *d. l. 76.* Quod cum manifesti juris & tamen pœnitendum sit, non desunt, qui cessionem cum effectu in gratiam fidejussoris, fieri posse volunt; eamque æquitatem ex intima subtilitate juris petunt, eo quod debitoris obligatio, per solutionem fidejussoris non sublata sit ipso jure, sed per modum exceptionis duntaxat, unde summo jure cedendi facultas adhuc superst, qua de re vide Sandium *de act. cess. C. 7. n. 1. 4. 5. 6. 11. 12.* sed fatendum est, solutionem fidejussoris obligationem ipso jure tollere, quæ est doctrina notissima, in *pr. Inst. Quib. mod. tol. obl.* Nec idcirco aliud dici potest, quam cessionem obligationis extinctæ nullius esse momenti.

SCHOLIUM.

Hodie beneficio cedendarum actionum non est opus, etiam cessione non facta, utilis negotiorum gestorum actio fidejussori datur in fidejussorem, Wiss. th. 19.

RESPONSIO.

Cum moribus nostris hac de re nihil sit cautum, non puto nobis a jure civili recedere tutum esse, nec satis rite omitti cessionem, facillimus alioqui juris abrogati Censor, Grœnewegius arbitratur, ad l. 11. C. de fidejussor.

N. ADDIT.

*Ego vero sic infero. Jus Romanum Germanis non est datum. Germani habuerunt mores conformes simplicitati Juris Gentium. Cessio actionum, de qua quæritur, orta fuit ex subtilitate JCtorum disquirentium, utrum formula negotiorum gestorum hic posset habere locum. Ergo non videndum, an jus Romanum hac parte moribus nostris sit abrogatum, sed an receptum. Præprimis cum formulæ nunquam inter nos usitatæ fuerint. Interim propter dissentientes tutius est uti cessione, *præprimis cum fere consentiant, etiam post solutionem factam cessionem adhuc procedere, quod alias subtilitas Romana non admittebat.*

Huic beneficio non perinde ac reliquis solet renunciari, quia nullum creditoribus infert præjudicium. Enimvero si inferat, creditor ad cessionem præstandam non teneretur, Sand. *lib. 3. tit. 10. def. 5.*

9. (g) Actio ex fidejussione nunquam datur, nisi principalis obligatio præcesserit, quia fidejussio est accessoria, *l. 1. & l. 8. § 1. de fidejussor.* nam quod scriptum est, fidejussionem præcedere posse obligationem principalem, § 3. *h. l. 6. § ult. eod.* id de promissione fidejubendi causa, non de effectu obligatorio intelligendum; Datur autem actio ex fidejussione, primo creditori adversus sponsorem, non eadem, quæ in pristinum debitorem dabatur, sed condictio certi, aut ex stipulatu, tametsi æque late ac principalis actio pateat, secundum ea, quæ ad § 4. dicta sunt. Adeo ut fidejussor in omnem cau-

*Præsumitur interim ex benignitate, plerumque in foro recepta, mens fidejussoris emendi a creditore actiones contra debitorem, unde quocunque tempore istam cessionem ab ipso postulari posse, statuunt Carpz. *P. 2. C. 16. d. 17.* Brunnem. *Cent. 3. Dec. 84.* Zang. *de excep. P. 2. c. 16. n. 32.*

(g) *Pos. 22. & seq.*

sam

sam, quatenus debitor obnoxius erat, teneatur, licet genus actionis mutatum sit, *l. 56. § pen. de fidejuss.* hinc is, qui pro conductore simpliciter intercessit, in omnium pensiones annorum tenetur, *l. 58. pr. D. eod.* perinde si ex mora factove debitoris res sit facta deterior, aut perierit, *d. l. § 1.* etiam in usuras & fructus, *l. 10. Item pup. salv.* nisi aliter convenerit, *l. 2. § pen. de administ. tor. ad civit. pertin.* & in omne id quod interest, nisi in certam quantitatem spondere se dixerit, *l. 2. § ult. Qui satisd. cog.* tunc enim ne in usuras quidem condemnatur, *l. 68. § 1. de Fidejuss.* Ex quibus dicendum videtur, quando non est expressum, ut fidejussor in solam sortem solamve pensionem annuam, sed in obligationem simpliciter teneatur, eum hoc ipso in omnem causam obligatum videri, quod tenendum ad *l. 54. Locati.* in omnem causam, inquam, quæ ex eodem negotio nascitur, *d. l. 56. § pen.* Convenienter, si non certum ad usque tempus, verum simpliciter sit obligatus, prorogatione termini solutionis non liberatur, de qua utraque specie videatur Sandius *lib. 3. tit. 10. def. 4. & 5.* Fachin. *2. controv. c. 88. & l. 12. c. 30.* Etenim qui in principalem se obstrinxit, eum in accessiones quoque ordinarias, & causas ipsa ex re ortas, reique cohærentes teneri, consentaneum est, *l. 52. § 2. h. t.* Cæterum, si reus principalis ob suam contumaciam in majus condemnetur, ejusmodi factum, quod pro ordinaria accessione haberi nequit, sed ex officio judicis proficiscitur, ad fidejussoris obligationem non pertinet, *l. ult. de fidejuss.* nec, si reus certo loco dare obligatus, ibi solvere nolens actione arbitraria in majus condemnetur, id gravat fidejussorem, quia & hoc personale commissum est, officio judicis æstimandum, cui fidejussor ex suo tantum facto, non aliter sit obnoxius; ideque tecus in usuris obtinere, auctor est idem, qui alterum illud tradit, Africanus in *l. centum Capuæ. D. eo quod certo loco.* Tamen eventu inspecto oneratur etiam fidejussor, quatenus officium judicis in ipsum quoque redundat. Unde veniat hoc officium judicis, & annon ex implicita obligationis natura in id ipsum oriatur, alias videndum.

10. (h) Fidejussor semel datus in perpetuum obligatur, nec liberari potest creditore invito, nisi per solutionem principalis obligationis; proinde alium fidejussorem vel pignus admittere non cogitur, *l. 45. § 2. Mandati. & l. 9. § 3. de pignor. act.* uti nec pignus fidejussore commutare, aliter quam consentiens, *l. 5. § 2. Quib. mod. pign. solv.* nihil obstantibus nec responsione dignis, *l. 10. § 1. Quod met. c. l. 25. § ult. de rec. arb. l. 21. § ult. de constit. pec. l. 2. § 8. de relig.* de quibus vid. Bachov. *5. de pignor. c. 10. n. 3.* E contrario, debitor quoque non tenetur ad alium fidejussorem, in locum prioris lapsi facultatibus dandum, quia nullum inter creditorem & debitorem fidejussionis causa vinculum existit, nec aliter quam per consequentiam; debitor ad satisdandum compelli potest, quatenus aut ab initio fidem aliter non impetrat, aut dein compellatus ad solvendum nec suo commodo, fidejussorem alium offerre cogitur; qua ratione creditor omnimodo uti potest; sed actio ad satisdationem per se petendam, neque initio, neque postea datur, nisi quando necessitas juris in aliquo negotio flagitat sponsionem; tunc enim, ut ab initio, is a quo petitur, dare fidejussorem, ita quoque, si desierit esse idoneus, (non, si semper inops fuerit,) alium substituere cogitur, *l. 10. § 1. Qui satisd. cog. l. 4. de Prætor. stipul. l. 20. § antep. de op. nov. nunc. l. 3. § ult.* cum *l. seq. Ut in poss. Leg.*

11. (i) Obligatio igitur & actio respectu fidejussionis, oritur inter creditorem & fidejussorem ex una, inter fidejussorem & debitorem altera parte; de priori diximus. Fidejussor de eo, quod pro debitore præstitit, habet mandati actionem, ad omnem indemnitatem, *§ 6. Inst. h. l. 11. § 10. mand. & l. 2. C. eod.* nisi pro ignorante spoponderit, quo casu negotiorum gestorum actio comparata est, *l. 20. § 1. Mandati.* Non posse eum convenire debitorem ad solvendum sibi, antequam ipse solverit, manifestum est, *l. 10. C. Mand.* Ex qua tamen discimus, tres dari casus, quibus ante solutionem jus habeat agendi fidejussor, non tam ut sibi, quam ut creditori solvatur, & ipse liberetur: 1. si condemnatus sit, 2. si debitor bona sua dilapidet, 3. si ab initio ita convenerit, quibus adde 4. si debitor in solutione, aut creditor in exactione diu cessaverit, *l. 38. § 1. de mandat.* qua de re vide omnino Sandium *l. 3. tit. 10. def. 7.* quoad usque autem illud diu sit extendendum, Judicis arbitrio relinquendum videtur, cum Accursio in *d. l. 38.* Discrimen, quod Costalius *ad l. 28. de negot.* D. Wissenbach. ad *ff. disp. de fidejuss. th. 24.* statuunt hac parte; inter fidejussorem & mandato-

(h) *Pos. 27. & seqq.* (i) *Pos. 24. 25.*

datorem, quasi hic indistincte ante solutionem agere possit; e textibus, quos citant, non probatur. Nam in *l. 28. de Negot. gest.* agit Mandatarius contra substituturum, non suum Mandatorem. In *l. 45. pr. Mandati.* agit Mandatarius, ut debitor principalis obligationem suam, quæ creditori solutionem urgenti competit, suscipiat, ne ipse res suas vendere cogatur, cujusmodi actionem ne fidejussori quidem posse negari existimo, *arg. d. l. 38. § 1. & d. l. 10.*

12. (k) Quinam fidejubere possint, nihil opus fuit memorare, quia si lejussio est stipulatio; proinde qui ex stipulatione obligantur, hi quoque ex fidejussione tenentur; nisi quod milites prohibentur, ut omnino res alienas gerere, ita & fidejubere, *l. 31. C. Locat.* Denique Mulieres Sćto Vellejano exemptæ sunt intercessionibus, ob nimiam facilitatem sexus, qua de re latius ad Pandectas, *l. 1. pr. de Sc. Vell.* Utrosque etiam renunciare posse putem; de muliere certum est, *l. ult. § pen. ad Sc. Vellej.* de milite idem videtur, quia in *d. l. 8. § 1.* tantum est, quod recusari possit ab eo, cui offertur. In *l. 31. C. Locati* est quidem prohibitio ob utilitatem publicam, sed tantum ratione prædiorum conductorum, ne ad opus rusticum ab armis se conferant.

Denique Patrem pro filiofam. & hunc pro patre fidejubere posse, docet *l. 10. § 1. de fidejuss. l. 8. C. eod. & l. 19. § 2. de instit. act.*

TIT. XXII.

De Literarum obligationibus.

Descriptio obligationis literarum, & exceptionis non numeratæ pecuniæ. Efficacia ejus post biennium. De remediis præter exceptionem. Rectene obligatio literarum *appelletur.*

(a) LIteris obligatus dicitur, qui scripsit in chirographo, se mutuam accepisse pecuniam, spe accipiendæ, antequam vere acceperat, nec intra biennium id retractavit; quod crebro accidit, ut in hoc titulo explicatur. *Sed hæc obligatio, aut nomen ejus duntaxat,* qualecunque, *veteribus ignotum fuisse JCtis,* satis apparet ex *l. 1. § 1. de O. & A. l. 8. § 1. de Fideiuss. & l. 1. § 1. de Novation.* Alio sensu Glossarium vetus & Theophilus literarum obligationem definiunt, τὸ παλαιὸν χρέος εἰς καινὴν ὀφείλειν μεταχαρακτιζόμενον γράμματι τυπικῷ, *vetus debitum in novum mutuum imaginaria scriptura transformatum.* Hæc erat vetus nominum obligatio, de qua Justinianus in *h. t.* Solebant enim veteres, contractu qualicunque inito, summam ex eo debitam inferre in rationes, tam debitor quam creditor, quarum collatione facta, nominum obligatio quasi per novationem dicebatur. Et hæc nomina Justinianus fœneratitias cautiones appellat, in *l. ult. C. de pact. Convent.* quare autem nomina dicantur, docet Ascon. Ped. *in III. Verrinam.* Postquam vero illa vetus rationum Collatio defierat esse in usu hominum, & creditoribus per chirographa debitorum caveri cœpit, originem habuit illa, quam descripsimus, obligatio LITERARUM. Diximus, eum, qui scripsit in chirographo, vel potius in syngrapha, hac obligatione teneri, si verum est terminorum illorum discrimen, quod tradit Asconius Ped. in *Verrinam de Prætur. Inter syngraphas & chirographa hoc,* ait, *interest, quod in cæteris tantum quæ gesta sunt, scribi solent, in syngraphis etiam contra fidem veritatis pactio venit, & non numerata quoque pecunia aut non integre numerata, pro temporaria voluntate hominum scribi solet, more institutoque Græcorum.* Aliam ipsæ voces indicant differentiam ab Asconio quoque monstratam, *chirographa ab una parte servari, syngraphas signatas utriusque manu utrique parti servandas tradi.* Et hæc significatio propius ad hujus instituti conditionem accedit. Nam instrumenta utrimque obligatoria, sic erunt syngraphæ, quæ ab altera tantum parte ligant, uti in hisce, de quibus nunc agimus, fit, chirographa dicenda fuerint. Sane quovis instrumento a tabellione consensu duntaxat partium conscripto, vim hujus obligationis contineri posse, indubitatum est, prout hæ scripturæ simpliciter cautiones appellantur, *l. 1. l. 3. l. 8. & pass. C. de non numer. pecun.* Chirographum

(k) *Pos. 28.* (a) *Pos. 1.*

igitur, quo tantum confessio debiti accepti (b) continetur, intra biennium (olim quinquennium) elidi potest per exceptionem non numeratæ pecuniæ, *h.t. l.1. l.3. & l.5. §.14. C. de non num.pec.* cujus ea vis est, ut creditor, etsi chirographo debitoris instructus, insuper aliunde probare debeat, numerationem pecuniæ esse factam, *h.t. l.3. & l.1. C. d.t.* †. Nisi debitor renunciaverit * huic exceptioni, quo casu ipse tenetur ad probandum, numerationem non esse factam, ut quidem in nostro foro servant. Sand. *l.3. c.2. def.* 1.

SCHOLIUM.

* *Ex Intervallo puta. Renuncians enim in ipsa cautione, nihil agit, (quamvis aliud videatur observari apud Frisios, per ea, quæ Sande* d. l. *sed conf. tamen quæ habet* Idem lib. 2. tit. 8. def. 3. verl. exceptio quoque.) *nisi jurato hoc fecerit.* Schütz. d. l. *Dissentit quoad juratam renunciationem, Struv.* XVI. 53. *Vide omnino conclusum Superiorum Senatus Appellationum,* ap. *Philippi* lib. 3. Ecl. 67. n. 16. p. 704.

RESPONSIO.

Non abhorret hæc limitatio a Juris ratione, nec ab re ipsa, quod debitor eadem facilitate, qua se obligavit, renunciasse videatur. Sed quia renunciationes ex postfacto *sunt rarissimæ, vix est ut usum fori nostri ad illas ausim restringere.*

N. ADDIT.

Dixeram ipse in Scholio, hanc limitationem apud Frisios non observari. Quanquam etiam videndum hic esset ante omnia, an renunciationes injuratæ in continenti adjectæ, habeant efficaciam. Videtur enim tota hæc renunciationum, quatenus a Juris ratione abhorrent, materia originem dedisse principiis Juris Canonici.

Biennio elapso, si ille, qui scripsit, confessionem suam non retractaverit, instrumentum habet plenam vim & efficaciam, non ad probandum; (nam de facto, an numeratum sit, non quæritur;) sed ad obligationem producendam; ut adeo, sive credita, seu non sit credita pecunia, ille, qui scripsit & per biennium tacuit, obligetur, *h.text. l.8. & l.14. C. de non num.pec.* Extra terminos mutui (b) se non extendit hæc obligatio. Nam cum hoc *jus*, quo instrumento probandi vis aufertur, singulare & enorme sit, neutiquam ultra limites a Lege præscriptos extendi potest, & sunt textus in *l.5. 6. & 11. d. tit. Cod.* in quibus simpliciter standum scripturis docetur, donec ille, qui cautionem omiserit, contrarium evidentissime probaverit, *l.13. cod. ad l. l.25. in fin. de probat.* Ratio diversitatis in mutuo a cæteris contractibus est, ut videtur, haud rara debitorum facilitas ad subscriptionem anticipandam, propter cupiditatem habendi pecunias, quibus egent, quod non æque alias fit.

SCHOLIUM.

(*b*) *Exceptio tamen non numeratæ pecuniæ, intra biennium etiam in aliis contractibus opponi poterit,* §2. Instit. de except. vid. Prælect. p. 265. n. 1. & 267. n. ult. Adde Schütz. d. l. p. 132. in O. Struv. d. ex. th. 52.

RESPONSIO.

Nec habet hoc ita Struvius, nec ego, nec est in d. §2. *Sed tantum quod exceptio non numeratæ pecuniæ locum habeat in Mutuo, sine Scriptura per Stipulationem firmato, ut est* hic. h. t.

N. ADDIT.

Præcesserant in Scholio meo verba quædam ab Autore omissa. Dixeram enim: Scilicet literarum obligatio, ut nimirum post biennium elapsum nihil aliud possit opponi. *Hæc si addas, patet,* alios contractus *in verbis sequentibus opponi a me* literarum obligationi. *Atque hoc satis probatur per* d. §2. *ubi stipulationis fit mentio, ut ipse Autor fatetur. Interim per me nunc totum Scholium omitti potest, cum hac in parte consentiamus.*

† Etiam apud Saxones exceptioni non numeratæ pecuniæ, intra biennium locus est, in processu quoque executivo, si actor ex instrumento, ut ajunt, guarentigiato experiatur, Hartm. Pistor. *l. 4. qu. 12. n. 2.* Carpzov. *L. 2. Resp. 89. j cund. P. 1. C. 32. def. 15. leqq. cen resp. Fac. Jur. Lipsi. Mens. Sept. A. 1700.* Dissent. Finckelt. *obs. 189. n. 10. seq.* Schilter *ad ff. Exerc. 22. th. 20.* Berger. *Elect. Proc. Execut. th. 42.* eundemque, nisi speciali lege aut consuetudine aliud cautum sit, etiam inter mercatores, imo adversus Cambium opponi posse, sentit Richter. *Dec. 21. n. 24 j. Contr. Jur. Civil. Disp. 4. th. 14. seq.* Sed *Ordinat. Mercatoriæ Lipsi. 11. §.* Allermassen, cam in Processu Executivo & Cambiali non admittit, nisi in continenti sit liquida, licet cambium non contineat Velutam. *add Ordinat. Cambial. §13.* Imo licet hæc exceptio ex ipsa creditoris confessione, durch seinen eigen' händigen Brief oder Verschreibung, in continenti sit liquida, tamen adversus Cessionarium cambii, an den der Wechsel cedirt oder indossiret, eam non admitti, constat ex d. § Allermassen. *verb. final.* conf. Königs. Wechsel-Ordn. *p. 36.*

(b) *Vid.* 10.

(c) Ex-

(c) Cæterum elapso biennio, debitor omnimodo, etiamsi pupillus sit, debitum solvere compellitur, *l. 8. C. d. t.* hoc est, exceptionem pecuniæ non numeratæ opponere non potest, ut loquitur Justinianus in *hoc tit.* nec jusjurandum deferre creditori, *l. 14. § 3. d. t. Cod.* Scilicet, non modo cessat tum illa vis Legis, quæ instrumento vim probandi ante subtrahens novum creditori onus probandi imponebat, sed in contrarium Lex tum producit obligationem, quam nasci e scriptura affirmat Justinianus. Proinde, cum posita causa obligationis, solutio secundum illam necessario facienda sit, non potest esse verum, quod Schola communis & usus fori recepit, cum, qui scripsit chirographum, adhuc post biennium admitti ad probandum, sed non accepisse pecuniam: Tunc enim lapsus biennii nihil efficeret, quam ut onus probandi a debitore in creditorem transferret, nec species obligationis esset ullo modo; cui accedunt textus clari, *in d. l. 8. & h. t.* item *l. 10. & l. 14. in pr. co. l. tit. Cod.* D. Wissenbach. *disp. ad Instit. 34. th. 22.* *

2. (d) Quid autem, si creditor toto biennio non agat, ut scriptor syngraphæ exceptionem nequiret opponere? suppeditatur a Lege duplex remedium, protestationis unum de pecunia non accepta, qua in scriptis facta, exceptio sit perpetua, *l. 8. l. 9. & l. 14. § 4. & auth. seq. C. eod. tit.* Condictionis alterum, qua cautionem sive chirographum suum repetat, *l. 7. C. eod. & l. ult. C. de Condict. ex L.* Atque hæc remedia secundum ipsam exceptionem, utpote realia, dantur & heredibus, & fidejussoribus, *l. 8. & l. 12. h. t.* imo & iis, qui hypothecaria propter debitum auctoris sui conveniuntur, tametsi debitor ipse nunquam hisce remediis usus sit, nec etiamnum utatur, *l. pen. eod. tit.* Scriptor apochæ, (e) intra dies 30. reclamare debet: alioquin habetur pecunia pro soluta, uti in obligatione literarum, *d. l. 14. § 2.*

3. Satis ex his, quæ dicta sunt, liquet, non spectare hanc obligationem ad ullam e tribus notis obligationum speciebus, non ad consensualem, quia palam est, solo consensu hanc contrahi; non ad eam quæ verbis, quia nulla concipiuntur & inter absentes sæpe fit; denique nec ad realem, quia re non contrahitur, nisi quatenus vere & naturaliter datum est, *l. 11. § 1. de reb. cred.* nihil ut superfit, quam ut nova & distincta species sit obligationis, quæ *literarum* dicitur, quia fundamentum ejus in scriptura consistit. Sunt tamen, quibus hoc nimium displicet, & sunt hi plerique, antesignano Bachovio, *vol. 1. disp. 20. th. 2. lit. B.* cujus rationes luculentas appellat D. Wissenb. *d. disput. 34. th. 21.* Nos autem parum abest, quin erronea illos hypothesi credamus abuti, quæ hæc esse videtur; Obligationem literarum esse tum, quando pecuniæ non numeratæ exceptio datur debitori, adeoque ante lapsum biennii; quod est contra mentem Justiniani; qui diserte, *scriptura* debitorem ait *obligari*, quando amplius *queri non potest*, cum videlicet omnia lapsu temporis amisit remedia. Nam prius, quando creditor debitorem compellat, non ait simpliciter, eum teneri quoniam scripsit; verum quia mutuam pecuniam accepit; condictione certi ordinariam ex mutuo actionem instituit, suamque probationem petit e scriptura, cui reus opponit exceptionem, non scripturæ, sed numerationis, hoc est, mutuo ipsi oppositam: si ex literarum obligatione ageret, concedimus Bachovio, exceptionem scripturæ quoque opponendam fuisse: quemadmodum post biennium, quo nos literarum obligationem nasci putamus, non habet aliam debitor exceptionem, aut defensionem, quam chirographi non scripti, *l. 4. & auth. seq. C. de non numer. pecun.* Saltem hoc legibus constitutum est, quia sæpe fit, ut in mutuo debitores spe numerandæ pecuniæ se accepisse fateantur, quod non acceperunt, uti nec vim probandi consuetam habeat illa scripta confessio, sed actorem insuper aliunde numerationem probare oporteat; atqui hoc ipsum argumento est, non esse tum literarum obligationem; nam si chirographum tunc faceret obligationem, fieri non poterat, quin agnita cautione vera, reus omnino condemnaretur.

4. Quin vero in hoc cardine vertitur nobilis disputatio, placet id, quod Hotomannus in suo ad Institutiones commentario facit ubique, con-

* Apud nos tamen debitorem etiam post biennium, ad probationem exceptionis non numeratæ pecuniæ admitti, docent Carpz. *L. 2 Resp. 91.* Richt. *Dec. 21. n. 12. add. Controv. Jur. Civil. Disp 4. th. 10.* Interim sententiam Domini Autoris defendit, & in Summo Provocationum Senatu obtinere, ostendit Berger. *Resol. Lauterb. tit. de Reb. Cred. quæst. 3.* qui tamen in Electis Proc. Executiv. exceptioni doli speciali, elapso licet biennio, locum relinquit. *th. 44.*

(c) *Pos. 6.* (d) *Pos. 4, 5.* (e) *Pos. 11.*

tentionem partium, quæ solet esse ante biennium, Rhetorice demonstrare. Prima intentio actoris, quam Græci προβολὴν vocant, in hac controversia debet esse hujusmodi; *Titi, debes mihi centum ex mutuo;* Ἀντιπροβολὴ, sive prima rei responsio est; non debeo centum aureos. Hinc oritur status, debeatne Titius Cajo actori centum aureos, an non debeat ex mutuo. Sequitur τὸ αἰτιον, Ratio actoris; *Tu ipse confessus es in hac syngrapha, te accepisse a me centum aureos mutuo.* Τὸ συνέχον sive continens rei, *scripsi quidem spe numerationis faciendæ, at hæc non est secuta, non est facta.* Tandem igitur κρίσις seu judicatio est, *numeratio sitne facta, vel non;* adeoque an mutuum, quod reali numeratione perficitur, vere contractum sit, an secus. Κρίσις controversiæ, quæ ex obligatione oritur, necessario circa naturam obligationis versari debet: Atque illa non pendet hoc a vi scripturæ, sed a mutuo, id est, a numeratione pecuniæ. Rursus, Pone casum, quo Reus elapso biennio convenitur: Προβολὴ, ἀντιπροβολὴ, & Status sunt hic iidem, qui in specie præcedenti: Τῷ αἰτίῳ, sive rationi actoris, hoc adjicitur; scripsisti *ante biennium* te mutuo a me accepisse centum aureos, sed τὸ συνέχον, sive continentia rei, jam longe est alia; quid enim; an dicet; *non accepi, non numerasti?* hæc inania sunt, exceptio talis post biennium non admittitur. Quale igitur debet esse τὸ συνέχον Rei post biennium? Nullum habet aliud, quam hujusmodi; *chirographum illud non est meum, non scripsi.* Unde tunc illa resultat κρίσις, an reus scripserit chirographum, nec ne; atque ita manifestum est, tum demum existere literarum obligationem, prius de mutuo duntaxat quæri. Bachovius urget, obligationis causam esse præsumptum Mutuum; quod equidem concedi potest dedisse causam huic obligationi, sed est causa remota; proxima vero non est alia quam ipsa scriptura. Certi sumus, hac re probe intellecta nemini defuturum, quod prolixis Bachovii rationibus & cavillationibus respondeat, adde tamen his D. Vinnium *Comment. ad h. t.* Objectionem quandam aliam removet D. Thomasius.

SCHOLIUM.

Intra biennium literarum obligatio nondum est, quod eleganter declarat Autor. Sed *inquit* Strauch. XIV. 21. ita tempus fit modus constituendæ obligationis, quod est contra *l.* 44. §. 1. *ff. de O. & A.* & ita potius obligatio biennii, non literarum, dicenda foret. *Verum hæc non turbant: Nam prius non magis sequitur, quam si dicere velis, tempus esse modum constituendi dominii, quoniam ad præscriptionem certum tempus requiritur; neque posterius aliquid infert, cum a potiori facta fuerit denominatio, literæ enim dant formam obligationi, tempus vero rationem habet conditionis, ut Philosophi dicunt, sine qua non. Ad* l. 3. C. de non num. pec. *quam urget Schütz.* Comp. tit. de reb. cred. p. 132. *respondeo cum Pomponio ex* l. 8. de O. & A. *& Paulo* in l. 112. de R. J.

Unum forte sit ex Bachovianis, quod a prioribus non pendeat. Veteres, ait, ante Justinianum literarum obligationem non cognoverunt, cum tamen illa species negotii minime tunc ignota fuerit, quod probatur ex *l. 1. 2. 3. & seqq. C. de non numer. pecun.* Responsio est, in illis textibus Cod. agi de scriptura nondum ad obligationis maturitatem perducta; quippe cum in iis exceptio non numeratæ pecuniæ adhuc commemoretur: Non probatur autem, quod ante Justinianum hujusmodi nomen in usu non fuerit, quando post quinquennium, (cujus loco noster Princeps biennium substituit), absoluta solvendi necessitas debitori incumbebat. Et quid si veteres hoc nomine penitus abstinuerunt, eo quod magis ex vi Legis, quam voluntate partium hæc obligatio nascatur? & quid si ob affinitatem cum mutuo ad illud hanc ipsam speciem retulerint? Nos quærimus, numquid rei natura patiatur, ut a Justiniano literarum obligatio vocari potuerit, quod nobis quidem videtur. Placet unum addere; Bachovius obligationem literarum non posse ita vocari contendit, quia tunc etiam locus sit huic exceptioni, quando quis sine ulla scriptura coram testibus pecuniam se accepisse confessus est; Etenim negandum est, ejusmodi confessionis eandem esse rationem, quæ est scripturæ, ita quemadmodum superius expositum est. Hanc enim Debitor in re præsenti spe accipiendæ pecuniæ, cui inhiat, facile præstat; at cum aliquis coram testibus serio declarat, se revera pecuniam aliquandudum accepisse, id ejusmodi interpretationem nullo modo recipit. Etiamvero quo minus errorem Confessionis suæ retractet, atque probet; nihil ne quidem post biennium, obstat, ut recte Tuldenus *ad d. tit. C. n. 6.* Tenendum interim, quod exce-

exceptio non numeratæ pecuniæ latius pateat, quam literarum obligatio. Nam is, qui stipulanti spopondit, se redditurum esse nummos, sibi non numeratos, habet illam exceptionem, § 2. *I. de Except.* nec tamen literis obligatur, sed vere ex præsumpto mutuo, quod in literarum obligatione non negamus subesse, verum ibi causam obligationis esse proximam, id negamus.

TIT. XXIII.

De Obligationibus ex Consensu.

OMnes quidem obligationes ex contractibus veram fortem ineuntur consensu, sed quæ nihil præter consensum habent, hæc per excellentiam consensuales vocantur; cum reliquis ab eo, quod supra consensum habent, scilicet rei traditione, verborum conceptione, aut literarum scriptura, nomen tribuatur. Sunt igitur consensuales obligationes, quæ solo nudoque consensu perficiuntur, quales sunt *Emptio Venditio, Locatio Conductio, Societas & Mandatum.* Cum autem hæ obligationes sint simplicissimæ & meræ juris gentium, possunt quovis modo, etiam inter absentes contrahi, sane etiam nutu, *l. 52. § ult. de oblig. & act.* nutu, ubi fari non potest, delegare debitorem suum quis potest, *l. 17. de Nov.* adsignari potest libertus nutu, *l. 1. § 3. de adsign. lib.* & fideicommissum relinqui potest nutu, *l. 21. de Legat. 3.* Etsi stipulatio nutu facta nihil valet, ne quidem ut naturaliter obliget, *l. 1. § 2. de V. O.* Potest etiam facto consensus tacite declarari, *l. 6. § 2. & l. 8. Mandati.* Nam etsi inter veros & quasi-contractus hoc interest, quod illi expresse, hi fere tacito consensu fiant, sunt tamen facta quædam adeo clara & prægnantia, ut expressum consensum omnino efficiant, veluti cum quis mea negotia, me præsente, gessit, si prædium verb. gr. vendiderit, cujus ego pretium dein accepero, *l. 12. de evict.* Denique bonæ fidei sunt, cujus rei, quis sit effectus, *infra* videbimus. Facile erit, cui in mentem veniet rogare, qui fiat, ut ex hisce conventionibus, quæ nihilo plus continere videntur, quam nudæ pactiones, hoc est duorum pluriumve in idem placitum consensum, actio & obligatio nascatur, quo effectu conventiones simplices sive pacta nuda destituantur. Videtur ita dicendum; Jure naturæ & Gentium sufficiebat sola voluntas partium utrinque declarata, quemadmodum aliquoties diximus; sed utilitas civium non patiebatur, ut e quovis dicto promissove daretur actio in foro, quemadmodum *tit. de Verb. obligation.* est dictum. Eadem tamen utilitas promiscui usus non ferebat, ut omnes seriæ deliberatæque conventiones, carerent prompto effectu validæ obligationis. Nam si quotidianæ & necessariæ negotiationes temere ab uno, altero invito, rescindi poterant, confusio inde non toleranda in commerciis oriebatur. Ideo, qui contractus omni die erant in usu, quos maxime servari interesset Reipubl. hi sunt ita stabiliti, ut si partes de illis consensisse duntaxat constabat, obligatio inde & actio sufficiens nasceretur; partim ob eam utilitatis communis, quam diximus, rationem; partim quod in illis ratio cessabat, quæ pactis alioqui nudis vim exactionis negaverat. Nec enim dubitari poterat, quin maxime serio consensissent, qui emerant vendiderantque, locaverant, conduxerant, aut societatem iniverant; quin & in mandato idem receptum, propter summam ejus in vita humana utilitatem. In cæteris contractibus beneficis, qui commodo duntaxat unius incuntur, etsi frequentissimis, ratio tamen commercii, quæ in promiscua utilitate consistit, tam prægnans non erat, ut solo simplicique consensu obligatio ex illis perficeretur; sed requisitum est, ut ipse rei præsens interventus, id est traditio, expectaretur, cujus naturæ sunt Mutuum, Commodatum, Depositum, iisque additum Pignus, quod etsi partis utriusque commodum spectet, per se tamen in commerciis usu non veniebat, sed aliis contractibus accedebat: quanquam deinde Prætor animadvertens usum pignoris admodum esse frequentem, fecit, ut & sola ejus conventio produceret actionem, *l. 17. § 2. ff. de Pact.*

Tit. XXIV.

De Emptione & Venditione.

Definitio Empt. venditionis explicata. Ejus Substantialia. Efficacia obligationis ejus. De pretio. De permutatione. De periculo rei venditæ necdum traditæ. De ultimo emptionis substantiali, quod est merx.

(a) EMptio & Venditio est Conventio, qua id agitur, ut rei Dominium certo pretio in alium transferatur; hic enim est finis hujus contractus, ut aliquid ἐμὸν, hoc est, meum faciam. Dicimus, *qua id agitur*; quia non semper cum effecta dominium transfertur. Constat enim, rem alienam posse vendi, *l. 28. de Contrahenda Emptione.* cujus rei tamen dominium nullo modo potest transferri: Proinde res aliena vendi posse dicitur, quatenus Actio empti inde nascitur, & venditor, in quantum emptor vult, ad contractum implendum tenetur, non autem ut Domino rei ullo modo præjudicetur. Tulden. *ad tit. C. de act. empt. n. 3.* Si vero partes aliud agant, quam ut dominium transeat, tunc alius est contractus, *l. penult. § ult. D. eod. tit.* Atque ita intelligitur, quomodo venditor dici queat non obligatus ad dandum, sed ad tradendum, neque cogatur emptorem facere dominum, *l. 25. § 1. D. l. l. 11. § 2. de action. empt.* cogitur enim id juris, quod habet ipse, transferre; proinde si dominus est, sane dominium præstare; si dominus non est, vacuam duntaxat possessionem tradere debet, *dd. ll.* Non est eadem ratio emptoris, quod ad pretium; hoc enim is omnino venditoris facere compellitur, *d. l. 11.* sæpe enim fit, ut correlativorum diversa sit ratio, quemadmodum heic; venditor obligatus est ad speciem, sive ad rem singularem tradendam, quam non potest, nisi cum sua causa tradere, at emptor ad pretium, quod in quantitate generali consistit, tenetur; ideo si quos dedit nummos, sint alieni, potest alios, qui pretium idem efficiant, solvere.

2. (b) Substantialia hujus contractus vulgo tria esse dicuntur, Consensus, Merx & Pretium; nisi malis dicere, substantiam hujus contractus in consensu de merce pretioque consistere. De primo constat, quod statim atque consensus de re vendenda initus est, Emptio venditio perfecta sit, excepto casu, qui in hoc principio memoratur: quando convenit inter partes, ut Emptio in scriptis celebretur, tunc enim prius non intelligitur perfecta, quam scriptura sit absoluta, si quidem ipsi scribant; vel a partibus subscripta, si alius scripserit. Si vero publicum sit instrumentum, oportet a tabellione conceptum partibus prælectum & ab ipsis approbatum sit, *l. 17. de fide Instrum.* Est & alter casus, ut videtur, *in l. 35. §. 5. D. de Contrab. Emptione.* Ubi venditio rerum, quæ constant pondere, numero & mensura, non videtur esse perfecta, cum res fuerint admensæ, adpensæ atque adnumeratæ, utique non, quod ad periculum attineat ex casu fortuito.

3. (c) Porro ubi semel hic contractus consensu perfectus est, non potest aliter quam mutuo Consensu retractari, ne quidem cum dispendio arrharum, *l. 5. C. de Obligationibus. & l. 3. C. de Rescindend. vendit.* Nisi Arrhæ sint datæ in signum Contractus adhuc perficiendi, ut in ea specie, quæ est in *princ. h. t.* Ait quidem Imper. *in pr. h. t.* quod arrhæ nomine datur, argumentum esse emptionis & venditionis contractæ, ut plurimum quidem; Casus enim, quando placuit in scriptura contrahi, specialis & exceptus est: nisi dicamus, esse venditionem utique contractam, cum de merce pretioque conventum est; licet pœnitentiæ locus sit, propter conventionem de scriptura: tamen hæc non pertinet ad essentiam contractus, quia manet adhuc contractus consensualis & non fit scripturarius, aut literarum. Cæterum, arrha vel est nudum signum contractus initi, veluti cum annulus, aut aliud symbolum datur; vel ita datur, uti cedat in partem pretii, & tunc est pecunia, daturque a solo emptore, cum prioris generis arrhæ ab utroque dari soleant, *l. 11. § 6. de act. empt. sub fin. princ. h.*

4. (d) Igitur non tantum emptor cogitur solvere pretium, sed & venditor ad rem tradendam præstare tenetur, *l. 11. § 2. & l. 46. de Action. empt. l. 63. § 2. D. de contrah. empt.* ut eo non facto, *conventionis fidem rumpere dicatur, l. 10. C. de action.*

(a) *Pos. 1. 2.* (b) *Pos. 3.* (c) *Pos. 5. 6.* (d) *Pos. 25.*

Action. empt. nec usquam se præstatione ejus quod interest, liberare posse dicitur, sed nullo tempore de contractu jure perfecto recedi posse, traditur in *l. 3. C. de rescind. vend.* nec adeo se liberare potest, inquam, præstando id quod interest, *d. l. 3.* ne quidem si duplum pretii offerre velit, *l. 6. C. eod. tit.* quo id quod interest, cum est maximum, definitur. Responsionem Bachovii ad hanc *l. 6.* refellit D. Wissenbach. *disp. 57. th. 2. part. 1. Pandect.* Quod autem ipse ait, contractum in *d. l. 6.* utrimque fuisse perfectum, & consummatum rei traditione atque pretii solutione, vereor, ut magis consultere possit; cum non modo nihil ejusmodi e textu colligi queat, sed contrarium ibi diserte sit scriptum, in verbis *consensu factum venditionem rescindi nullo jure desideras:* quæstio est, de venditione consensu perfecta, nihil præterea. Vix quidquam a civili ratione videtur alienius, quam contractum venditionis, quo nullus est frequentior magisque necessariæ observationis, ita distrahi, ut emptori quidem pretium omnino solvendum sit; venditor autem hunc eludere possit, dicendo; *non placet rem tradere, dic tua quid interfit;* quod tæpe nullum, aut exiguum, vel obscurum est. Nec scio, quid in mentem veniat hominibus doctissimis, ut ex eo, quod in *l. 1. & l. 11. § 9. h. t.* & alibi habetur, emptorem, si venditor non tradat rem, agere in id quod interest, colligant; hoc in venditoris favorem esse constitutum, cum nihil sit notius, quam ex omni contractu, qui non impletur, adversus contumaces in id quod interest agi, cum graviores e contractibus actiones nullæ sunt proditæ. Nihil igitur vetat, emptorem adversus venditorem agere in id quod interest, si in mora sit rem tradendi; maxime, si facultas tradendi præterierit; aut emptori non sit amplius commodum, urgere traditionem; imo nec dubium, quin & urgere traditionem, & agere in id quod interest propter moram, possit; quod nihilo magis dubium est, quam quod commodatarius, si in mora sit rem commodatam restituendi, tam in id quod interest hac gratia, quam ad restituendum teneatur. Putant se dissentientes habere præsidium in *l. 4. C. de Act. empt.* ubi statuitur, si *procacia* venditoris res non tradatur, in id quod interest agi; unde videatur, ne quidem si velit emptor, agi posse ad tradendum, si quidem per venditoris procaciam stare potest, ne rem tradat. At ego scire velim; quomodo adversus eum, qui fidem contractus violat, aliter quam in id quod interest agi queat; nec enim tormentis subjici, aut publice in eum animadverti potest. Quando igitur per ipsius procaciam res in eum statum deducta est, ut traditio, vel penitus non, vel commode fieri nequeat, tum ad suam indemnitatem agere emptorem oportet: si tamen res adhuc integra sit, nihil est in illis Legibus, quo emptor ad ipsam traditionem agere prohibeatur; atque etiam quo minus venditor ad tradendum condemnandus sit, remediisque prætoriis compellatur, aut res manu militari ab illo auferatur: ut juris & moris est in omni executione rerum dandarum atque præstandarum. Si tamen adhuc sua procacia faciat, ne res haberi queat, cum ad factum nemo præcise possit cogi, utique tandem in præstationem ejus quod interest, desinere jus actoris oportet. Plus difficultatis in *l. 12. de Action. empt.* esse videtur; *Si jactum retis emero, & jactare retem piscator nolit, incertum ejus rei æstimandum est.* Potest quidem & solet responderi, esse illam quasi-facti venditionem, & in omnibus facti obligationibus liberari posse debitorem præstando id quod interest; sed præter quod medium illud respondendi per se controvertum, vel potius falsum est, ut ad *tit. de V. O.* probavimus, quid tum faciemus sequentibus verbis, si *quod extraxit piscium, reddere mihi noluit, id æstimari debet quod extraxit?* jam enim res certa palam extat, nec applicari potest, ad factum neminem posse cogi; durissimum quoque est id, quod alii respondent, emptorem sua voluntate in id quod interest hoc agere; verba enim *reddere noluit, æstimari debet*, nimis imperiosa sunt, quam ut arbitraria libertas emptoris inde colligi possit. Magis est, ut rei venditæ conditionem illic ejusmodi esse dicamus, quæ aliam agendi facultatem penitus respuat. Quid enim? venditor extractos pisces reddere non vult; quid faciam? numquid enim vi cogam? hoc juris & publicæ disciplinæ ratio non patitur; Ergo ad judicem eamus; litem contestemur & cætera, pisces interim si non distrahuntur ab venditore, quid aliud quam computrescent? Res igitur & necessitas subigit emptorem, ut piscium æstimationem accipiat, quando ipsa corpora expectare non potest. Prorsus eadem species est in *l. 10. C. de Action. empti.* Cum *venditorem carnis fide conventionis rupta, tempore placito hanc non exhibuisse proponas, ex empto actione eum, quanti interfit sua, si tunc præstita fuisset, apud præsidem*

dem provincia convenire potes. Venditor non vult tradere carnes. Quid hoc est (nihil aliud *quam rumpere fidem conventionis:* hoccine tantundem est, ac liberari præstando id quod interest. Quid agam cum violatore fidei datæ, litemne contestabor de carnibus non traditis? Haud alius erit exitus quam in piscibus; adeoque nihil superest, quam ut in id quod interest agam. Certe leges nihilo secius quam sunt res humanæ, recipiunt interpretationem, idque consultis Juris agendum est ut instituatur. Plura vid. apud D. Vinnium *aliosque Interpr.*

5. (e) Præterea consensui adversus est error; proinde si partes, vel in corpore, vel in materia totaliter erraverint, nulla est emptio venditio, secus si pro parte tantum, *l. 9. § ult. D. de Contrahend. Empt.* qua de re diximus *ad tit. de inutil. stipul.* ubi de ratione differentiæ, cur stipulatio per errorem in materia non vitietur, secus ac emptio venditio. Exemplum totalis erroris est in *l. 41. § 1. de Contr. empt. Mensam argento coopertam mihi ignoranti pro solida vendidisti imprudens; nulla est emptio, pecuniaque eo nomine data condicetur.* Quia scilicet auri lamina, quæ mensam tegit, non est pars ejus, ab eaque tota separari potest. Aliud exemplum in *l. 14. eod.* Coheredes *viriolam, quæ aurea dicebatur, pretio exquisito uni heredi vendiderunt, eaque inventa est magna ex parte ænea. Venditionem esse constat ideo,* inquit Ulpianus, *quia aliquid auri habet.* Eo quod aurum ibi sic argento junctum est, ut inde non possit auferri, unumque cum viriola corpus efficiat; etsi minus aureæ substantiæ inibi sit, quam fortean in lamina corpus aliud ambiente. Subtilitas esse videtur, sed quæ ratione palpabili non destituitur. Res interim in eventu damni, aut lucri, ferme eodem redit; nec enim dubium est, quin heres hoc ultimo casu actione, vel exceptione, suæ indemnitati consulere possit.

6. (f) Secundum substantiale est pretium, sine quo nulla venditio constare potest, *in fine pr.* Idque certum esse debet, adeoque in arbitrium emptoris inutiliter confertur, *l. 35. § 1. D. & l. 13. C. h. t.* sed potius in arbitrium tertii conferri, quo casu quasi-conditionalis venditio est; Nam si tertius ille pretium definiverit, emptio procedit; quod si pretium tertius ille iniquum definiverit, modicum est ferendum, immodica & fraudulenta inæqualitas corrigi posse creditur provocatione, ut multis videtur, ad arbitrium boni viri, *arg. l. 78. & segq. D. pro Socio. Vir bonus est quis?* rogat Horat. *1. epist. Qui consulta Patrum, qui leges juraque servat.* Nec tantum is, qui judicandi munere fungitur, sed quilibet integræ vitæ & existimationis, idoneusque & diligens Paterfamil. Nam vir bonus & bonus Paterfamilias apud juris auctores promiscue accipiuntur, *l. 13. § ult. de usufr. l. 20. § 1. de oper. libert. & l. 13. ann. Leg.* Tamen cum ab iniqua pretii definitione provocari dicitur ad boni viri arbitrium, palam est, judicis officium intelligi, quod frequenter boni viri arbitrium appellatur. Judicem viri boni & innocentis officio fungi debere, ait *l. 4. § 1. Famil. erciscund.* Unde ad judicem, id est ad virum bonum, *l. 137. § cum ita de V. O.* nec aliter arbitratus boni viri intelligitur in *l. 12. l. 17. D. Judic. solv. & l. 4. C. de restitut. mil.* Cæterum quod de fraudulentia tertii in definitione pretii diximus, non est quod mutemus, si quidem & transactio dolo inita rescinditur, *l. 19. C. de transact.* Sed de inæqualitate, quæ est infra duplum, non recedimus ab eo, quod *in Posit. 20.* collocavimus; Arbitrium boni viri, quod in societate receptum est, ad venditionem non pertinere, cum quod æqualitas fortius est de natura societatis, quam venditionis, tum, quod de venditione sanctionem habemus specialem, non dari rescissionem, nisi læsione dupli perpetrata. Proinde, si inæqualitas duplum veri pretii excedat, tum datur remedium, *l. 2. C. de Rescind. vendit.* quo semper emptio venditio rescindi potest, si alter contrahentium ultra duplum sit læsus, vel, quod idem est, ultra dimidium, sive, si sic mavis, alterum tantum; hæc enim æquipollent. De hoc beneficio latius agitur in D. & in C.

7. (g) Equidem pretium necessario in pecunia numerata consistere debet, saltem quæ numerari possit, etsi forte quantitas ejus initio non exprimatur; etenim vendi potest res, eo pretio quod in arca est, *l. 7. § 1. D. h. t.* tametsi in materia Legatorum pecunia sic demonstrata quosdam corporeæ considerationis effectus habet, *l. 30. § pen. l. 34. § 4. & l. 51. de Leg. 1.* Quando autem pro re datur res, non pecunia; tum est permutatio, sive contractus do ut des, cujus olim usus frequens fuit; unde & nomen accepit, sed nummis repertis rarior facta est permutatio, ideoque inter contractus innominatos relata est, quia parem cum illis naturam habet; hinc pœniten-

(e) *Posit. 4* (f) *Posit. 19. & seqq.* (g) *Posit. 21. 22. 23.*

nitentiæ locus est in illa, quatenus is, qui a sua parte rem cedit, potest revocare quod dedit, antequam alter vicissim dederit, *l. 3. §. 2. D. de Condictione causa data causa non secuta.*

8. Quod si pro re partim pecunia, partim res alia detur; tum si pecunia præpolleat, venditio, si res pluris sit, permutatio dicitur. Si æquipolleant res & pecunia, magis est, ut emptionem dicamus, quia hic contractus frequentior est, & proinde facilius præsumitur. Datur autem ex permutatione, quemadmodum ex cæteris contractibus innominatis, *Actio præscriptis verbis*, ut loquitur *tit. ff. de Præscr. verb.* Cæterum disputatio, quæ fuit olim inter Sabinianos & Proculejanos, an emptio venditio sic fieri posset, ut res pro re detur, jucundior est hodie quam utilis, vide apud Salmas. *de Usur. lib. 1.* cujus sententiam neque scitam, neque justam putat D. Wissenbach. *disp. ad Inst. 35. th. 14.* magis tamen probatur D. Vinnio *ad hunc locum*, cujus videantur rationes. Diximus præterea, permutationem habere nomen, & tamen esse contractum innominatum, eo sensu quem collocavimus. Alii respondent, non esse proprium permutationis nomen, cum aliis etiam contractibus conveniat, ut locationi, doris dationi, divisioni, *l. 20. § 3. D. Famil. ercisc. & l. 77. § 18. de Leg. 2.* etiam de emptione venditione quando usurpatur, ut apud Plin. *Nat. Hist. c. 55. Permutare quidem pretio volunt*, ait, *aliaque merce.* D. Wissenb. *d. disp. 35. th. 16.* Verum si ex inde, quod vocabulum aliquando obiter in diverso sensu accipitur, colligere vellemus, non habere illum contractum nomen proprium, tum pauci forent contractus nominati, quibus nomen suum manere posset certum; non sane pignori, cujus quidem species sunt decem & ultra, quæ non sint contractus: neque societati, quando & rei communio, quæ societati opponitur, tamen societas dicitur, *§ 3. infra de quasi-contract.* Nec proinde permutationem vetat quicquam inter contractus innominatos recenseri; nec adeo vix est, ut discrepet a contractu, quem vocant Do ut des, licet ab aliis distinguantur, qua de re videamus *ad tit. ff. de Permut.*

9. (h) Emptor antea non fit Dominus rei venditæ quam traditione secuta; tametsi enim in venditione id agatur, ut dominium transeat in emptorem, id tamen non fit immediate, sed demum post traditionem fidemque de pretio habitam, ut habuimus *supra de Rerum acquir. dom. th. 53.* tamen si ante traditionem per casum fortuitum res intereat, damnum est emptoris, *§ 3. h. l. 8. D. de periculo & commodo rei vend.* non obstante, quod periculum cujusque rei pertinet ad Dominum, *l. 9. C. de pignor. Actione.* atque venditor ante traditionem adhuc sit Dominus, *d. § 3. inf.* Nam hæc regula cessat, quando idem est debitor ejusdem rei, quemadmodum hic venditor est quidem dominus, at simul debitor rei venditæ; præter quod causa dominii jam existit & perpetrata est. Quamvis autem de casu fortuito venditor non teneatur, tamen de Culpa levi tenetur, secundum regulam *l. 5. § 2. Commodati.* præterquam in vino ad certas mensuras vendito, neque dum admensо, sed degustato: Nam hoc casu levissima culpa præstatur ob rationem specialem, & sic cape *l. 3. de pericul. & comm. rei vend.* Ratio illa specialis est, quod venditio quantitatum non intelligitur esse perfecta; nisi post admensionem, appensionem, vel adnumerationem, uti modo ex *l. 35. § 5. D. h. t.* observatum; sed vino degustato licet non admenso, periculum qualitatis, ut acoris atque mucoris, statim est emptoris, *l. 1. pr. de peric. & comm. rei vend. l. 4. § 1. eod.* Jam quia emptor fert aliquod periculum ante venditionem plane perfectam, placuit venditorem quoque plus culpæ præstare: nisi forte dicendum sit, ut vult D. Vinnius *n. 10.* nec non 4. & 5. in venditione rerum, quæ admetiendæ sunt, generaliter levissimam culpam præstari. Cæterum vino per aversionem vendito, hoc est integris doliis, periculum statim est emptoris. Plane, quin per conventionem venditor & ad culpam omnem & ad periculum obligari possit, nihil est dubitandum, per *l. 23. de R. J. hoc § 3.* verb. *si susceperit.* Sunt & alii casus excepti, quibus periculum ad emptorem non pertinet, quos enumerat D. Voetius *Comment. ad hunc tit. § 3. n. 2.* Idemque *n. 3.* scribit, in Frisia, teste Wissenbachio, judicatum esse, periculum rei venditæ ante traditionem venditori, non emptori incumbere: Sane Wissenbachius noster ita tradit sibi esse commemoratum, *parte 1. ad Pand. disp. 35. th. ult.* Quicquid autem de illius narrationis auctoritate sit, ego praxin in foro Frisico nihil hac parte ab jure civili discrepare certus sum; nec hæsitare vidi peritissimos veteresque Advocatos, convenientia Juri nostro respondere de ejusmodi casibus consultos.

(h) *Pos. 15. 16. 17. 18.*

10. Placet addere responsiones ad tres leges objectas in gratiam juniorum, σχολαστικῶς, Paulus in *l. 12. de peric. & comm. rei vend. Lectos emptos ædilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori, aut per eum stetisset, quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet.* Periculum non aliter emptoris est, quam post traditionem aut moram. Resp. Venditor hic fuit in culpa, lectis non melius custoditis, ut in via publica eos relinqueret; nam periculum etiam culpæ respectu dicitur, *arg. Rubr. ff. de administ. & peric. tut.* Inst. Idem juris est; *etsi Ædilis non jure Lectos conciderit. l. seqq.* Resp. Tamen male custoditi sunt, quos ædilis imperiosior putavit concidendos, quibus salvo commodo publico parcere potuit: Non fuere tamen res venditæ in via publica relinquendæ hominumque injuriis exponendæ. II. Oppon. *l. 14. §1. cod.* Materia empta *si furto periisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo respondit.* Resp. Furtum arguit culpam ejus, a quo res custodienda fuit, *arg. §unde constat. 13. & seqq. Inst. de oblig. ex del.* III. Opp. *l. 33. Locati.* Si fundus, *quem mihi locaveris, publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat; quamvis per te non stet, quo minus id præstes . . . . nam & si vendideris mihi fundum, isque priusquam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenearis ex empto, ut pretium restituas, non si quid pluris mea interfuit.* Resp. Non est hic casus mere fortuitus, Θεᾶ βίᾳ, sed publicatio præsumi debet ob delictum venditoris esse facta, vel saltem ejus respectu odioque, dum adhuc possidet, quo scilicet ipse, non alius gravari debet. Insto per hæc verba; *Quamvis per te non stet;* tunc autem staret per venditorem. Resp. Non staret respectu emptoris & post venditionem. Delictum præcedens, si tale fuerit, non est violatio fidei in hoc contractu. Hæc hactenus; quo modo si in omnibus controversiis procederem, nimis longi fierent logi, etsi forte perspicuitati consuleretur. Cæterum, sicuti damnum spectat ad emptorem, ita quoque lucrum pertinet ad eundem, veluti si res aucta sit, vel fructus ex re provenerit, *d. § 3. l. 7. de peric. & comm. rei vend.* Ubi redditur & ratio petita ex eo, quod secundum naturam est, uti commodum cujusque rei sequatur eum, quem sequuntur incommoda, *l. 10. de R. J.* Ideoque licet emptor non sit dominus, effectu tamen dominii ipse, non venditor gaudet; hic enim illi cedere cogitur actiones, quas tanquam dominus habet, rei vindicationem, aut condictionem furtivam, *hoc § 3. in fine.* nisi fuerit emptor hereditatis, qui sine speciali cessione has habet actiones, quia est emptor universitatis, *l. 16. de Pact.* Denique & Ecclesiæ datur ex speciali jure, priusquam tradita sit res empta, rei vindicatio, *l. ut inter. § fin. C. de SS. Eccl.* v. Bronchorst. *cent. 2. miscell. 38.* Posse quoque venditionem sua conditione contrahi, dubium non est, modo ne bonis moribus aut naturæ contractus repugnet, *l. 27. § 3. & 4. de Pact.* & quidem antequam existat conditio, periculum est Venditoris, quippe contractu nondum perfecto; sed post conditionem periculum est emptoris jure communi; quod si in diem venditio contracta sit, pendula dies nihil mutat in substantia obligationis, proinde nec in ferendo periculo, *arg. §2. supra de Verb. oblig.*

Pars II. de merce habet hanc regulam. Quæ haberi, vel possideri queunt, ea vendi possunt, *l. 34. §1. de contrab. empt.*

Non possunt quæ commercio exemptæ, ut res sacræ, religiosæ, publicæ, *§ult. b.* liberi homines, *d. l. 34. §1. & 2.* neque res extinctæ, (*) ut equus mortuus, domus exusta, *l. 15. pr. § 1.* nisi pro parte usta fuerit, *l. 57. in pr. de contrab. empt.*

SCHOLIUM.

(*) *Quas scilicet ignoramus extinctas, arg.* d. l. 15. §1. Instit. de inut. stipul. vide supra notata ad n. 47. tit. de Legatis. *Unde equus mortuus, si ut talis venditus fuerit, emptio erit, idem si area domus exustæ.*

Nec ædes ut destruantur, sub pœna dupli, *l. 52. d. tit.* non venena, nisi medice temperentur, *l. 35. §2.* nec denique res alienari prohibitæ, *l. ult. C. de reb. alien.*

Harum rerum venditio nulla est; *dd. ll.* sed qui res tales ignorantia vendidit, in id quod interest tenetur, *§ult. h. l. 62. §1. de contrab. empt.* & hoc sensu ejusmodi rerum venditio valere dicitur in *l. 4. & l. 70. de contrab. empt.*

At res, quæ non existunt, futuræ tamen sperantur, ut fructus, & partus futuri, vel captus piscium, avium, aut missilium, recte venduntur; nam & spei emptio est, *l. 8. cod. tit.* adde Wissenb. *ad ff. de contrab. empt. th. 3. & de act. empt. th. 4.*

Jura quoque incorporalia, ut hereditates, actiones, *tit. ff. de hered. act. vend.* item reditus annui, recte venduntur, *Nov. 72. cap. pen.*

etiam

etiam iis in locis, ubi usura prohibita est; nec enim is, qui emit, usuram percepit. Nam usura supponit, sortem perinde ac fœtus peti posse, quod heic secus est, cum nihil quam reditus quotannis peti queat. Molin. *tract. de usur. p. 12.* Wissenb. *d. l. th. 5.*

Res quoque alienæ, sicut dictum, vendi possunt, *l. 28. d. t.* hactenus; ut venditor rem tradere cogatur & de evictione cavere, non ut emptor rem, quam probare potest alienam esse, accipere cogatur, nisi præstet venditor, ut ei rem habere liceat. Tulden. *ad tit. C. de act. empt. n. 3.*

De re furtiva sic est; si uterque scit furtivam esse, nihil agitur; si emptor solus sciverit & res tradita sit, ipse ad pretium tenetur, nec habet actionem ullo casu contra venditorem. Si venditor solus sciat, ipse tenetur in id quod interest, emptor ad pretium, quatenus rem habere vult, haut aliter, *d. l. 34. § 3.* junct. *§ f. h.*

Res debet tradi cum fructibus & omni causa, *l. 13. § 10. 13. 18. & ult. de action. empt.* fundum sequitur quicquid terra se tenet, nihil amplius, non ruta & cæsa (a) *l. 17. in pr. & § 6.* excepto sterquilinio, quod agri nutriendi, non causa vendendi habetur, *d. l. § 2.*

SCHOLIUM.

(a) *An dolia & torcularia, an pisces qui sunt in piscina, quæ est in fundo?* vid. *Wissenbach.* de A. E. & V. th. 1.

Ædes venditas (b) sequuntur, quæ perpetui usus causa in illis sunt, licet non adnixa, ut seræ pentiles, claves, claustra, opercula puteorum, personæ, ex quarum rostris aqua fluit, quæque detracta sunt ædibus, ut reponantur, non quæ parata sunt ut imponantur, *d. l. 17. in pr. § 7. 8. & seqq.*

SCHOLIUM.

(b) *Vinum, Tabernam, Horreum, Arcem venditas quid sequatur;* vide Wissenb. d. th. 1. item th. 5. 6. 7.

Atque hæc & similia deberi videntur emptori, licet dictum sit, ædes vendi cum iis, quæ terra, parietibus & clavis tenentur, ut vulgo fit; non tamen laminæ focales, aut lecti, vel scalæ, si mobiles nec fixæ sint, nisi si quo aliter adscendi nequeat, *arg. l. 17. § 7.*

Agro ad certa jugera venditoque pretio quo in singula constituto, si plus minusve reperiatur, summa pretii augetur vel minuitur, secus, si ad speciem vendatur, *l. 40. § 2. de contrab. empt.* formulæ verborum caute examinandæ: bene si addatur, *pro mensura nummi*, aut *quantus quantus sit*, ut fere nostrates. Pactum de tempore metiendi servandum est, sed & ibi verba varie se habent, *d. l. 40. in pr.* vide auctores apud Wissenb. *ad d. tit. de contrab. empt. th. 6.*

Si de re vendita mentitus est, ut rem pluris venderet, tenetur venditor, *l. 13. § 4. de act. empt.* item, si quid ex oneribus rei aliter professus sit in tabula publica, quam in ea re est, sciens, tenetur in id quod interest; tametsi in conditionibus apud venditionem aliter posuerit, nec id ab emptore animadversum sit, *l. 13. § 6. de act. empt.* Sand. l. 3. 4. 6. Mutuus dolus compensatur, *l. 57. § f. de contrab. empt.*

Tenetur venditor ad tradendum; unde si dominus est venditor, etiam emptor sit dominus, sin, evictionis causa tenetur, *l. 11. § 2. d. tit.*

SCHOLIUM.

Non præcise ad dandum: sed emptor ad dandum obligatur. Wissenb. de contrah. empt. th. 4.

Vacuam quoque possessionem (*) tradere debet venditor, hoc est, quam alius nemo civiliter, aut naturaliter possideat, *l. 2. § 1. & l. 3. pr. de act. empt.* & ad cautionem, quoties periculum evictionis imminet, tenetur, *l. 24. C. de Evict.* Sand. *d. tit. 4. def. 9.*

SCHOLIUM.

(*) *Sub stipulatione vacuæ possessionis an veniant fructus, alia quæstio est, quam vide ap. Wissenb.* de A. E. th. 8. *cui junge Strauch.* d. l. & notas ibid.

Qui rem vitiosam vendidit, tenetur in omne id quod interest; si ignorans, tantum in id, quanti res minoris fuerit, *l. 13. in pr. de act. empt.*

At in *l. 19. § 1. Locati.* indistincte in id quod interest convenitur: forte ita, si damnum immediate ex eo vitio inferri debuit, ut si vinum in vase pertuso sit venditum; secus in vitio, quod damnum, interveniente facto emptoris, adferat, ut in pecore morboso, in tigno vitioso. vid. Wissenb. *ad ff. locati. th. 23.*

Actio venditi datur post traditionem; prius agenti obstat exceptio rei venditæ non traditæ, *l. 25. d. t.* potest tamen ante traditionem agere venditor in hoc, ut emptor rem venditam tollat, *l. 1. § 3. de peric. & comm.*

SCHOLIUM.

Imo etiam si modo offerat traditionem; emptor

enim regulariter solvendo pretium; initium facere debet, vid. not. ad Strauch. d. l.

Venit in hanc actionem maxime pretium, & usura post tempus rei traditæ, cum sumptibus, & eo quod interest, *l. 13. § 19. & seqq. h. t.* & quicquid inter partes insuper convenit, *§ 23. & seqq. d. l.*

Denique, si in locatis ager aut domus fuerit, pensiones venditori, qui locaverat, cedent, ad tempus usque traditionis scilicet, *d. l. 13. § u. & 13. in med.* Wissenb. *de A. E. th. 10.*

TIT. XXV.

De Locatione & Conductione.

De Locatione & Cond. item convenientia & discrepantia respectu emptionis venditionis. Species Locationi affines. Emphyteusis definita. Differentia ejus a Locatione. Modi, quibus finitur. Alia species dubia. Actio utrimque. Modi, quibus finitur Locatio.

(a) LOCATIO CONDUCTIO, est conventio de re aliqua fruenda vel faciendâ, pro certa mercede. Dicitur a *Loco*, unde *Locarium*, merces stabuli aut tabernæ, ut solarium, quod pro usu soli penditur, nomine contractus ab usu rerum immobilium, quæ species præcipua est, petito. Verba *fruendi vel faciendi*, significant, locationem esse vel rerum, vel factorum. In conductione rerum, Locator est, qui rem utendam dat, conductor, qui accipit. In locatione operarum idem diverso respectu est locator atque conductor; nam qui locator est operis, idem conducit opus, & contra, *l. 19. § 7. & l. 25. § pen. & pass. h. t.* Verbis, *pro certa mercede*, distinguitur hic contractus a commodato, precario, mandato, quæ pecuniam penitus respuunt; etiam a contractibus innominatis, in quibus etsi pecunia promittitur, nulla tamen certa mercedis constitutio fieri solet aut potest salva contractus Natura, *§ 1. h.* Natura hujus contractus, & omne argumentum tituli, intelligitur ex convenientia & disconvenientia ejus cum emptione venditione, cui locatio conductio proxima est, iisdemque juris regulis consistit, *pr. h. l. 1. & 2. h.* Regulæ istæ vel circa conventionem versantur, vel circa rem, vel circa pretium. Quæ ad ipsam conventionem spectant, hæ sunt: I. Uterque contractus est Juris Gentium & bonæ fidei, *l. 5. de Just. & Jur. § 28. I. de Action.* ubi plenius de qualitate bonæ fidei dicetur. II. Regula: locatio, sicut emptio, perficitur solo consensu, *h. pr.* nisi convenerit ut in scriptura fieret, per *l. 17. C. de fid. instrum.* qua de re ad tit. *Præced.* ut intelligas, idem juris analogice in hoc casu esse in locatione conductione, quod esse diximus in emptione venditione. III. Regula; obscuritas conventionis nocet in dubio, tam venditori, quam Locatori.

(a) *Pos. 1.*

SCHOLIUM.

Sed hæc regula multas limitationes admittit, & valet tantum in eo casu, si creditor & locator conditiones adjecerint contractui. Quod si igitur emptor & conductor conditiones adjecerint, contra eos interpretari solemus d. l. 39. *junct.* l. 33. & 34. de contrah. empt. *Alia exceptio est in* l. 13. Qui potiores in pignore.

RESPONSIO.

Regula nititur hac præsumptione; quod venditor & locator utrique legem dicere soleant. Quare si legem hoc modo reformare vis; obscuritas conventionis utrobique nocet ei, qui legem dixit, nihil refragor.

2. Sequuntur regulæ, quæ ad Rem venditam aut locatam pertinent, quarum prima generalis est, dictans; Quæ res possunt vendi, easdem accipere locationem conductionem, ut ex inductione specierum utriusque tractatus constat. II. est; Res proprias neminem, sicut emere, ita nec conducere posse, *arg. l. 1. § 10. de O. & A.* Adeo ut si quis rem alienam tibi locaverit, eaque deinceps tibi donata vel legata sit, exinde nulla sit locatio conductio, tametsi temporis præteriti pensio debeatur, *l. 9. ult. h. t.* Quid si convenerit, ut emptor rem certa mercede conductam habeat, donec omnis pecunia persolvatur, an eo casu dominus traditione factus ex causa venditionis non est idem conductor, ut in specie *l. 21. eod?* Non videtur, quia tum fides de pretio non est habita, quæ res argumento est, dominium non esse translatum, *§ 41. de R. D.* III. Regula; Quæ accessiones sequuntur emptorem,

rem, eadem locatione conductione comprehendi intelliguntur, qua de re *tit. Præced.* actum, & agetur *ad ff. tit. de dction. empt.* In summa, quicquid rei affixum, atque ad usum ejus perpetuum comparatum est, conductori præstandum est.

3. Supersunt regulæ circa pretium. I. Sicut in venditione pretium consistere debet in pecunia numerata, sic etiaam merces locationis in pecunia constitui debet, *l. 5. § 2. Præscr. verb. l. 1. § 9. Depos. & l. 23. Comm. Divid.* II. Sicut pretium in venditione, sic merces in hoc contractu, conferri potest in arbitrium tertii, cum eodem effectu, quo supra de venditione diximus, § *1. h. t.* III. Merces hic etiam certa esse debet, quemadmodum de pretio rerum venditarum similiter antea dictum est, *d. § 1. vers. qua de causa.*

4. Cæterum, si quis rem, aut factum, alteri locaverit, nulla mercede expressa, tum non est locatio Conductio, sed contractus innominatus Do ut facias, vel Facio ut des, ideoque præscriptis verbis agitur, § *1. h.* quæ est ordinaria ex omni innominato contractu actio; præscriptione verborum rem gestam demonstrans, & ex æquitate conclusionem suggerens, cum nullæ de ejusmodi negotiis actionum formulæ olim essent præscriptæ, *l. 1. & toto tit. D. de præsc. verb. l. 6. C. de Transact.* Idem est, quando usus rei unius datur pro usu alterius rei, ut cum agricolæ alternis vicibus sibi invicem concedunt usum jumentorum, § *2. h. tit.* quam esse speciem innominati contractus dubium non est, *d. § 2. in fin.* etsi ad nullam istarum quatuor specierum, quæ vulgo enumerantur, Do ut des, Do ut facias, Facio ut des, Facio ut facias, referri queat; nisi verbum faciendi latius extendere velis, ut ita ad speciem, quæ Facio ut facias dicitur, referatur; quamquam sine faciendi obligationes proprie suæ ejusmodi præstationes, quæ in factum extreme desinunt, non quæ ad usum rei rendunt, ut hæc species. Tabulam pingere, insulam ædificare, Romam ire, & similia sunt mera facta, non traditiones, aliæque rerum præstationes; tametsi & hæ facti aliquid contineant neque non facta sæpe dicantur.

5. Affinitas utriusque contractus insuper duobus exemplis dubiis enarratur. Prius & facilius est in § *4. h.* convenisti cum fabro de poculo faciendo, quæritur, emptio venditio sit, an locatio conductio; si ex tuo argento fecerit, est locatio, si de suo est venditio. Prior casus ex utroque contractu mixtus est, sed a potiori fit denominatio, *l. 2. § 1. h. tit.* Altera species, quæ dubii generis fuit olim, inter emptionem atque locationem, fuit Emphyteusis, quæ definitur, Contractus consensualis, quo dominus fundi sui fructum & jus dominio proximum concedit alteri, hac lege, ut fundum faciat meliorem, & quamdiu vectigal, sive pensionem præstat, eum fundum retineat, § *3. h. t.* Quandoquidem consensualis hic contractus est, utpote e duobus consensualibus mixtus, sequitur, scripturam ad ejus essentiam non requiri, quamvis ob pacta specialia, quibus potissimum emphyteusis a venditione atque locatione distinguitur, plerumque scriptura interveniat: unde verba in *l. 1. C. de jur. emphyt. intervenient scriptura.* forte in Ecclesiastica Emphyteusi scriptura vix unquam omittatur, *l. 14. § ult. Auth. hoc jus. C. de SS. Eccles. N. 7. c. 1. N. 120. c. 6. & 7.* Res loquitur, genus hoc contractus alibi quoque gentium non fuisse incognitum, ideoque magis est, ut origine juris gentium sit. Quod enim Zeno Imperator in *hoc* § propriam emphyteusi naturam statuisse dicitur, id sane habet hunc sensum, quod cum antea dubitaretur, utrum emphyteusis esset emptio venditio, an Locatio Conductio, Zeno statuerit, hunc esse contractum a duobus reliquis distinctum. Plane quæ a Zenone sunt addita *l. 1. C. de emphyt.* tantum ad formam pertinent, non ad originem emphyteuseos, vid. Wissenbach. *P. 1. disp. 18. th. 30.* Jus dominio proximum efficit, uti multo plus juris habeat emphyteuta quam usufructuarius, tametsi in eo conveniat, quod utrique datur utilis in rem actio, *l. 1. D. si ager vectig. pet.* usufructuarius fundi faciem mutare non potest, veluti ex arvo cereali facere vineam, ex sylva novalia, *l. 13. § 4. l. 44. & l. 61. D. de usufr.* sed emphyteutam hoc facere posse, nulla ratio dubitandi est, Giphan. *ad l. 1. C. de jur. emphyt.* Dictum est in definitione, fructum & jus dominio proximum *fundi* hoc contractu transferri. Nam utique res mobiles ad usum hujus negotii sunt ineptæ, quin & urbana prædia, ut ipsa vox παρὰ τὸ ἐμφυτεύειν & *rubr. Pand. Si ager vectigalis petatur*; & scopus meliorationis indicat, Perez. ad *tit. C. de jur. emphyt. n. 2.* Sequitur in definitione, *ut fundum faciat meliorem*; etenim hac gratia domini jus quasi-dominii suorum fundorum pro vectigali modico transferunt, ut colendo cur anvoque meliores atque fertiliores fiant: unde quia

hoc perpetuum est, ipsum jus emphyteuticum nomine melioratiorum aliquando venit, *l. 3. in pr. d. t. C.* Verba ultima volunt, emphyteusin sua natura jus tribuere perpetuum, quamdiu scil. vectigal sive pensio solvitur, ut *hoc § 3. & l. 1. d. t. si ager vectigal.* declaratur; adjectio temporis, contra naturam hujus contractus esse videtur, *l. 1. C. de off. com. sacr. palat. l. 1. & 3. de Locat. praed. civit. & l. 11.* Sandius *l. 3. decis. tit. 6. defin. 10. vers. quia a Saxone.* Est tamen ita, quod & tempus adjici potest non modicum, *L. ult. si ag. vectig.* quo casu aliis pactionibus, quæ conductionis modum superant, a locatione distinguendus est. In dubio alioqui locatio potius præsumitur quam emphyteusis, quia locatio conductio longe quam emphyteusis frequentior est.

6. Igitur, quid differat emphyteusis a Locatione Conductione, satis ex definitione constat. Etenim *Emphyteusis*, inquam, est de rebus immobilibus, & quidem de fundis, *Locatio* de rebus quibusvis, etiam de operis, a quibus emphyteusis est alienissima. *Emphyteusis* tribuit jus Dominio proximum, *l. 3. C. de jur. emphyt. Locatio* nihil quam usum rei. Conductor non tenetur de casu fortuito, § *pen. h. t.* sed Emphyteuta fert omne damnum particulare, *l. 1. C. de Jure Emphyteut.* Hinc ob insignem sterilitatem, propter quam Colonus impetrat remissionem mercedis, *l. 15. § 4. D. Locati.* Emphyteuta nihil impetrat remissionis, *d. l. 1. C. de jur. emphyt.*

7. Differunt quoque in modis finiendi; nam Emphyteusis finitur, si Emphyteuta jus suum, ignaro domino, in alium transtulerit, titulo venditionis: nam donatio aut alii tituli non prohibentur, *l. ult. C. eod. tit. l. 71. § pen. & ult. de Leg. 1.* Neque enim istis titulis conveniunt ea, quæ in *d. l. ult.* junguntur prohibitæ venditioni; scilicet, quod domino pro consensu debetur quinquagesima pars pretii, vulgo laudemium (origine vocis latinissima, ab auctore laudando, flexione duntaxat semibarbara) ut & προτίμησις; sive Retractus, quo dominus intra duos menses, eodem oblato pretio, extraneis emptoribus præferri potest. Cæterum, conductor alium substituere potest, si interest Domini, *l. 6. C. h. t.* Secundo finitur, si Emphyteuta non præstiterit apochas publicarum functionum, hoc est, si non solverit tributa fundo imposita, *l. 2. C. de jur. emphyt.* Denique, si emphyteuta non solverit pensionem intra triennium, vel si ecclesiastica sit Emphyteusis, intra biennium, *l. 2. C. de jur. emphyt. auth. Qui rem. C. de SS. Eccles.* qui modus convenit etiam ex parte, ut mox dicetur, locationi.

8. Satis longa fuit digressio: Redeamus ad locationem conductionem, cujus convenientiam cum emptione venditione habuimus. Videamus & discrepantias.

9. Prima, locatio tam est factorum quam rerum, venditio factorum non est, jactus retis quidem venditur, sed hæc magis est spei, sive rei incertæ, quam facti venditio, in *l. 12. D. de action. emp.*

11. Emptor & venditor semper eodem modo se habent, ut Emptor rem habere, venditor ea carere pretiumque habere velit. Etiam in locatione rerum ita. Nam conductor est, qui rem accipit fruendam & dat mercedem. Locator, qui dat rem fruendam & mercedem accipit. In factis uterque locator & conductor est. v. c. Poculum loco faciendum, hortum putandum; Fabri, hortulani operam conduco. Faber, hortulanus operam locat suam, Poculum, hortum conducit.

SCHOLIUM.

Communis opinio est, locatorem operæ esse conductorem operis, & conductorem operæ esse locatorem operis, per l. 19. § 7. & l. 25. § pen. & passim h. t. *Sed locatio & conductio operis est impropria, tum quia locator non accipit mercedem, tum quia conductor rem non accipit ad usum suum. Unde nec actio locati locatori, nec conducti conductori, sed illi actio conducti tanquam conductori operarum, huic locati tanquam operarum locatori competit.*

RESPONSIO.

Est quæstio de verbo. Non opus est, ut locator facti accipiat mercedem, quo Locator sit, nec ut conductor re fruatur, hæc petunt principium. Actionem locati non dari ei, qui hortum locavit elaborandum, nec conducti hortulano, gratis dicitur: Nihil obstat quo minus detur.

N. ADDIT.

Ita est, est quæstio de verbo, in quibus simus facites. Quoad rem ipsam locator in genere similis est venditori, conductor emptori. Hoc intuitu locator concedit usum, vel rei, vel operæ, conductor dat mercedem. Et hic significatus est haud dubie proprius. Ergo is, qui huic est oppositus, haud dubie erit improprius. Si nihil obstat; quo minus detur actio conducti hortulano, locati domino,

qui

qui conduxit operas hortulani, fiet confusio actionum non solum distinctarum, sed & oppositarum, ac idem hoc esset ac si dicerem, actionem venditi competere emptori, empti venditori. Ita idem haberet adversus eundem intuitu ejusdem negotii actionem & locati & conducti.

III. Differentia. In venditione id agi intelleximus, ut dominium transferatur, Locatio conductio *dominium transferre non solet, l. 39. Locati.* Quæ verba non carent emphasi; quatenus dantur casus quidam anomali locationis conductionis, in quibus ipso actu Dominium transfertur: veluti, quando argenti pondo certum damus fabro, ut tantundem in vasis factis restituat, aut cum frumenta plurium, quæ transvehenda locantur in una nave, confunduntur, vid. *l. 22. § 2. l. 31. d. tit.* Faber conducit domum faciendam, ut ipse materiam præstet; Coquus epulum conducit præbendum, ut ipse edulia quoque præstet; Locationes esse videntur, quibus dominium transeat. Hinc IV. differentia; In locatione conductor non fert periculum rei de casu fortuito, ut emptor, sed tantum de culpa tenetur, *l. seu. h.* V. Differentia; Pretium emptionis nunquam nisi in pecunia numerata consistere potest; merces conductionis potest etiam constitui in certa quantitate fructuum, qui ex fundo locato proveniunt, *l. 8. & l. 21. C. Locati.* quanquam & hæc species ad societatem, vel ad Contractum innominatum accedit, *l. 25. § 6. D. eod. & l. 5. C. de pact.* ubi *partiarii* coloni.

SCHOLIUM.

Partiarius colonus cum colono d. l. 21. *non debet confundi. Nam Partiarius colonus non præstat certam quantitatem fructuum, sed incertam, v. g. quartam partem &c.*

RESPONSIO.

Non confunduntur a nobis partiarius & qui pro definita quantitate fructuum conduxit; sed utrique opponimus eis, qui pecuniariam dant mercedem.

N. ADDIT.

Ita bene est. Quod tamen sensum hunc ex verbis Autoris non potuerim excusipere, alii videant, an meo vitio id sit factum, & an verba: quanquam & hæc species &c. *alium sua dent sensum, quam quem ego supposui in Scholio.*

Denique, in locatione non habent locum, ut in venditione, cautiones de Evictione, aut Ædilitii Edicti, quod est de vitiis rerum, de quibus in Pandectis agendum, *l. 1. & t. t. de Ædil. Ed.*

(g) *Pos. 35.*

10. Nascitur ex hoc contractu Actio conducti & Locati, *pr. h. t.* Conducti Actio datur conductori, ad petendum usum rei locatæ, & si quid sua interfuit, *l. 7. § 9. h. t.* tametsi fortasse per ipsum locatorem non steterit, quo minus re conducta uteretur, sed per aliquem tertium, *l. 33. D. locati.* sane, si rem ita non reficiat, ut quis commode ea re possit uti, aut aliud quid non præstetur, quod lege conductionis aliter convenit, agi potest, *l. 15. § eod. tit.* ut tamen remissio mercedis ob quodlibet transversarium peti non possit, *l. 27. in pr. h. tit.* denique impensas utiles, aut necessarias, in rem factas conductor reperet, nisi ex lege conductionis ad eas fuerit obligatus, *l. 55. § 1. h. t.*

11. Locati actio datur locatori; ad repetendum, rem locatam atque mercedem, & id quod interest, *l. 25. & l. 28. C. h. t.* Quo autem tempore solvenda merces? Quo convenit sine dubio, *l. 16. C. h. & l. 23. in med. de R. J.* alioqui non videtur esse causa exigendi ante tempus usumque rei finitum, nisi mos regionis aliud ferat, *l. 34. de R. J.* (g). Non tamen ad integram mercedem tenetur conductor; Nam si vi majori θεῖα βίᾳ, non ex vitio rei vel pravo successu curæ atque culturæ, (aliter *Pontifex c. 3. X. Locati.*) magna sterilitas agrum afflixerit, remissionem, ut diximus, impetrat conductor; nisi in se periculum susceperit, vel ubertate sequentis anni præcedens sterilitas compensetur, *l. 15. § 1. & seqq. l. 7. 8. D. h. t. l. 8. C. eod.* quin remissa merces ob fertilitatem securam revocari potest, etsi donandi verbo sit usus Locator; quia magis est, ut transigendi animus intelligatur, *d. l. 15. § 4.* Quod si conductorem ante tempus dictum sine justa causa deseruerit, ad integri temporis mercedem & quicquid præterea domini interest, tenetur; *l. 55. § ult. h. t.* Estne justa causa, metus spectrorum? non facile, nec tamen non prorsus. vide *l. 27. § ult. h. t.*

SCHOLIUM.

Quid ex l. 25. § ult. hic *Autor inferre voluit, ignoro. Ad* l. 184. de R. J. *provocat Wissenb.* ad ff. h. t. th. 16. *& argumento ejus in Senatu Parisiensi judicatum refert, metum spectrorum non esse justam causam recedendi a locatione. Quamvis ipse Wissenbachius metum spectrorum inter vanos referendum non vult, & ita a Senatu Parisiensi dissentit. Sed videntur tamen conciliari posse. Est metus hic non semper vanus, quia dantur spectra, idque non credimus sal-*

tem

tem, sed & ex variis exemplis scimus. Sed est tamen sæpe vanus tum propter excessum imaginationis, tum propter varios dolos hominum malignorum & otiosorum. Unde non sine causa refert Lucien Soefve dans le nouveau recueil des plusieurs questions notables cent. 2. chap. 32. *in supremo Auditorio Parisiensi fuisse in simili casu judicatum contra conductorem, præprimis cum ille ad probandam spectrorum apparitionem, testes saltem produxerat feminas & virgines deponentes, lectos & stragula ipsis fuisse vi subrepta, cibariaque remota, massas quasi igneas in ædibus huc illuc volutatas, tigna ex superiore domus parte dejecta, sensisse etiam se ad ventriculi regionem ita comprimi, ut vix spiritum ducere potuerint, quæ omnia vel ex naturalibus causis, vel hominum illudentium artibus orta esse poterant, nemoque deponeret, se oculis vidisse spectrum, aut verbera, vel aliam noxam ab eo accepisse.*

RESPONSIO.

Pro l. 25. *poni debet* l. 27. § ult. d. tit. *quæ de causa emigrandi, propter justum vel injustum timorem loquitur. Sed hæc res ex legibus in terminis, non decidetur. Res pendet e facti circumstantiis & conditione personarum.*

N. ADDIT.

Jam quidem mallem assensum præbere judicato Senatus Parisiensis, judicantis vanum esse metum spectrorum. Ad ea, quæ in contrarium in scholio sunt allata, facile regeri potest, Exempla aliorum non parere scientiam, sed fidem, vel etiam credulitatem.

Culpa, ad quam tenetur Conductor, est levis. *l. 5. § 2. D. Commodati.* Obstat quidem *hic* § *pen. & l. 25. § penult. D. h. tit.* ubi diligentissimi patrisfam. officium exigitur: sed fundamentum *d. l. 5. § 2.* est stabile, & proinde in relitis quis textibus agitur vel de specialibus negotiis, quarum administratio majorem curam postulat, vel superlativus loco positivi collocatus videtur negligentius, quod fit aliquando, ut *in l. 6. Quod. met. c.* Constantissimus pro *Constans.* Tenetur etiam conductor de omni damno, quod ejus contemplatione datum est, velùti, cum propter inimicitias ejus vicinus arbores excidit: nam & hoc culpæ ipsius adnumeratur, saltem ipsi imputandum censetur, *l. 25. § 4. Locati.*

Modi, quibus finitur locatio, sunt I. Tempus præfinitum, non mors; transit enim ad utriusque contrahentis heredes, § *ult. h. t. l. 10. C. h. t.* ubi viam veritatis, qui secus putat, ignorare dicitur. Si contrahentes passi sint tempus labi, nec usum rei mutaverint, tempus, quo continuarunt, tacitæ conventioni imputatur; imo in agris ad annum tenentur invicem, quia perceptio fructuum anno circumagitur, *l. 13. § ult. & t. seq. h. t.* in urbanis, quatenus habitatum est, *l. 13. § f. h. t.* quod non ita cape, ut is qui *v. gr.* per triennium in ædibus habitavit, eo tacite elapso, rursus ad triennium conduxisse videatur; sed quod id tempus, quo post spatium conductum habitare perseveravit, qui conductionis habitaverit, cum hoc tamen sensu, uti semper & expelli & excedere possit. Moribus *passim*, nisi certo tempore ab eo, qui a locatione vult discedere, sit renunciatum, ad annum usque renovata censetur conductio, tam in ædibus quam in agris, non etiam in rebus mobilibus. II. Finitur, resoluto jure locatoris, etsi longius sit tempus adjectum, ut si fructuarius rem locaverit & ususfructus sit finitus; nec quidem heres fructuarii in id quod interest tenetur, nisi defunctus jure communi, non qua fructuarius locaverit, *l. 9. § 1. h. t.* Eadem ratione per venditionem a locatore factam solvitur conductio, nec enim emptor ea stare tenetur, sicut nec reliqui successores particulares; nisi aliter convenerit, *l. 25. § 1. h. t. l. 9. C. eod.* At si pacto non caverit venditor idemque locator, ipse conductori tenetur in id quod interest. Ideoque hujus refert, in eum finem cum emptore pacisci, *d. l. 25. § 1.* Conductor tamen ex illo pacto nec actionem nec exceptionem habet, sed is, qui pactus est, solus, *arg. § 19. supr. de inut. stipul.* qui intervenire debet ad tuendum conductorem, vel ei cedere jus suum. Exceptio est, si conductor pro hoc contractu hypothecam saltem generalem habeat; hæc enim ei tribuit retentionem, donec ei satisfactum sit de eo, quod sua interfit, *arg. l. 1. in pr. de pignor. & hypoth.* Sand. *l. 3. t. 6. def. 7.* non puto tamen id esse verum de quolibet jure in re, quod conductor ex alia causa habeat, ut Sandius ibi ponit; contra liquet ex *l. 25. C. h. t.*

12. III. Finitur locatio, si conductor toto biennio non solvat mercedem, modo dominus jure suo velit uti, *l. 56. h. t.* quo casu obtinent ea, quæ *supra n. 6.* de emphyteusi diximus. Wissenb. *diff. h. t. th. 27.* IV. Finitur locatio, si Dominus rem locatam propriis usibus necessa-

riam

riam esse probaverit; necessitas autem rigide accipienda videtur, ne temere adversus proprium factum nitatur, *l. 3. C. locati.* V. Si dominus ædes *corrigere maluerit*, ut sunt verba *d. l.* modo tanta reparatio sit, ut habitationem impediat; quod ob publicam utilitatem receptum, ne ædificia collabantur, quo nihil tristius urbibus, *l. 2. C. de ædif. privat.* VI. Si conductor in re conducta male versatus sit, *d. l. 3.* hoc est, officium boni patrisfam. notabiliter egressus sit.

13. Invitus nemo in locatione semel finita persistit, nec locator, neque conductor, *l. 32. C. Locati.* Sed publici prædii conductoribus tribuitur, ut aliis, si tantundem mercedis offerant, præferantur, *l. 5. in f. C. de locat. præd. civil. vel fiscal. sive templorum.* Argu. *d. rubr.* extenditur hoc jus ad prædia templorum, non ad ecclesiastica, nec domuum miserabilium, Sand. *d. tit. 6. def. 2. in fin.* Idem privilegium habent studiosi ex jure canonico, *c. 1. X. de locat. cond.* idque moribus servatur, Sand. *ibid.* Publicani conductores prædiorum publicorum vice versa non detinentur inviti in conductione, *l. 3. §. 6. de jur. Fisci.* nisi maximos fructus tulerint, & locatio bonis conditionibus denuo fieri nequeat, *l. 11. § ult. de publican.* Wissenbach. *d. l. th. 24.* Finita locatione, conductor rem evacuare debet, etsi dominium, vel aliud in ea re jus sibi esse contendat, *l. 25. C. h. t.* respice *ad n. 10. h.* Si neget restitutionem, possessionemque contumaciter retineat, donec ad restitutionem comdemnetur, duplum præstare cogitur, *l. 34. C. eod.*

TIT. XXVI.

De Societate.

Quid & quotuplex societas. De partibus lucri & damni. De distributione, quæ fit conventione partium inæquali. Modi, quibus finitur societas. De actione pro socio.

(a) SOcietas est Conventio, de rebus lucroque & damno communiter habendis. Genus est Conventio; qua voce distinguitur a Rei communione, quæ est ex numero quasi-contractuum & sine conventione res facit communes, de qua specie in loco *inferius* tractabitur. *De rebus*; etenim res plerumque communicantur, *l. 1. §. 1. h. t.* aliquando tamen dominium manet penes unum, & artis operæque societas sola contrahitur cum lucro atque damno, ut mox ad §. 1. Partiarii coloni hinc non sunt alieni, *l. 25. §. 5. Locati.* Materiam faciunt res operæque honestæ, non turpes, ut monopolia, maleficia, *l. 1. D. h. t. l. 53. & 57. eod.* Proinde, quod sic, imo & alia veneriisque opera quæritur, ut a Vespasiano adamato apud Suetonium, id omne penes potitum, ut nactus est, manet, *l. 59. §. 1. eod.* licet. aliter fit in hereditatis petitione & in negotiorum gestione, *l. 52. de Hered. pet. & l. 8. §. 1. de negot. gest.* in illa propter universalitatem judicii, quod merito pandecten voces; in hac, quia negotiorum gestor non habet animum sibi acquirendi, ut videtur. Neque tamen honestatem in definitione necessum est inseri, cum hoc in omni contractu & omnibus in jure traditis notissime intelligatur, ut vel ex primo juris præcepto apparet. Quanquam in lege Solonis, quæ extat apud Gajum *in l. 4. de colleg. & corporib.* societas memorari videtur τῶν ἐπὶ λείαν οἰχομένων ἢ εἰς ἐμπορίαν, eorum, qui ad prædationem, vel ad mercaturam proficiscuntur. Interpres *in d. l. 4.* verba ἐπὶ λείαν, sive λείαν οἰχομένων, non bene legit, aut male intellexit, cum ita vertit, *qui & multum simul habitantes sunt.* Quasi scriptum græce fuisset ἐπὶ λαὼν οἰκουμένων, *nimis arcte habitantium.* Insolens foret, Solonem probare societatem prædandi causa initam, nisi ex Thucydidis *Libr. 1.* constaret, Græcos olim prædationem in Barbaros, hoc est omnes non Græcos, ut licitam honestamque exercuisse: unde & causam belli Trojani arcessit. Quin & Aristoteles eo mihi respicere videtur, cum *lib. 1. polit. c. 4.* venationem hominum, qui servili ingenio præditi, quique incertis sedibus vagantur, ut diebus nostris validi mendicantes, in servitutem rediguntur, πόλεμον Φύσει δίκαιον appellat. Vix etiam alio retuleris, quod est in *l. 5. §. 2. de capt. & postlim. reversi.* ubi Pomponius scribit, si cum gente aliqua neque amicitia neque fœdus sit; quod ex ea ad nos pervenit, nostrum fieri, & illorum, si quid e nostris ab illis captum, atque etiam homi-

(a) *Pos. 1. & seqq.*

homines utrimque servos haberi. Cæterum, inter societates illicitas refertur etiam, quæ libertatis artandæ causa inter Patronum & libertum initur, *l. 1. §7. Quar. rer. actio non datur.* quod ex præcedentibus explicandum, si fiat in continenti post manumissionem, & quidem libertatis onerandæ causa, ut monet Cujac. *l. 16. observ. c. 8.*

2. Est autem duplex Societas, universalis, aut singularis. Universalis, *κοινοπραξία* Theophilo, (b) quæ omnium bonorum: Singularis, quæ certarum rerum est, ut olei, vini aut frumenti, *in pr. h.* vel potius Specialis, quæ est certæ negotiationis, ita, ut singularis tum sit de una re, veluti de bove, aut equo emendo; quomodo (quod tamen operæ pretium non est in artem verti,) tres species constituerentur, *in l. 5. pr. h. t.* Divisione societatis in eam, quæ rerum est, & quæ vitæ, scil. matrimonium, quam habet Vinnius *hic in pr.* non utimur, ut dictum *ad tit. de nuptiis.* Sub Universali comprehenduntur bona tam præsentia quam futura; hoc tamen discrimine, quod præsentia quasi-traditione tacita vi conventionis ipso jure communicantur, exceptis nominibus, *l. 1. §1. l. 2. & 3. in pr. h. t.* Futura, cum primum acquiruntur, ejus sunt, a quo acquiruntur, actione vero pro socio communicantur, *l. 73. pr. & l. 74. h. t.* quomodo & ea, quæ in nominibus sunt, ab initio communicantur, *d. l. 3. in pr.* Generalis sive universalis societas iterum, vel simpliciter, vel specialiter contracta dicitur. Simpliciter, quando societas inita est, non expresso, utrum sit omnium bonorum, an certarum rerum, *l. 7. & seqq. h. t.* Specialiter, quando diserte societas de omnibus bonis inita est, *l. 3. §1. h. t.* In positionibus priorem diximus *universalem*, alteram simpliciter *generalem*, quod ita docendi causa licuerit. Differentia harum specierum est, quod ubi simpliciter contracta est, ea tantum inter socios communicantur, quæ veniunt ex quæstu, *d. l. 7. & seqq.* At specialiter societate contracta, tunc & hereditates, & legata, & donationes, & quicquid ulla ratione acquisitum est, communicantur, *l. 3. §1. eod. tit.* consequenter & impensæ, cum alter sociorum aliquid in honorem liberorum, vel in dotem quid erogavit, *l. 73. h. t.* Cujac. *23. obs. 27.* sed hæc differentia referre se videtur ad ea, quæ postea acquiruntur. Quid autem de præsentibus, an ea statim communia fiunt in societate simpliciter contracta? Ita Bachovius arbitratur, reprehensus a Vinnio *ad pr. h. t. n. 4.* Etenim verba *l. 7.* ita ferunt, ut ne quidem præsentia communicentur; si non fuerit distinctum, ait, videtur esse coita universorum, quæ ex quæstu veniunt. Imago & exemplum hujus differentiæ est in conjugibus nostri soli & Bataviæ. Apud utrosque societas omnium bonorum est inter Conjuges. Nostratibus eorum, quæ ex quæstu veniunt; rebus ipsis, quæ utrimque conferuntur, cuique propriis relictis. In Hollandia cunctæ res in continenti fiunt communes, ni pactis dotalibus aliter sit cautum. Initur etiam societas, vel expresse, per conventionem; vel tacite, rebus in commune illatis, idque est quod re, aut verbis fieri dicitur *in l. 4. pr. pro socio.* oportet autem hunc animum diserte expressum esse, vel saltem ex conjecturis evidentibus colligi, nam alioqui factum communiter initum non facit societatem; velut Legatum, donatio duobus facta, nec quidem emptio communiter, *l. 31. h. t.* juncta *l. 2. D. eod.*

(b) *Pos. 4. & seqq.*

SCHOLIUM.

Ita quidem putavit Ulpianus l. 31. h. t. *sed vereor, an ita cum Modestino* in l. 4. eod. *conciliari queat. Sane* l. 32. & 33. *quæ & ipsæ Ulpiani sunt, longe abeunt ab hypothesi Modestini in* d. l. 4. *& aperte Cajus* l. 2. princ. ff. commun. divid. *si plures rem emerint, eandem communem esse cum societate asserit; quod & verius est, & magis per* l. 2. C. h. t. *probatur, quam Ulpiani sententia. Cum Autore tamen sentit Wissenb.* ad ff. h. t. th. 20. *ubi & alios citat.*

RESPONSIO.

In l. 4. *nihil est quam societatem* Re *iniri, hoc est ipso facto societatem exercendi, postquam res sunt collatæ, continuato; Quid inde ad ipsum emptionis factum? Interim verum est, cum emptio fiat expressa partium voluntate, plerumque eam fieri cum animo societatis, quod Cajus innuit in* l. 2. Comm. divid. *idque similiter actum fuerit in* l. 2. C. pro Soc.

N. ADDIT.

Sed cur Autor plane nihil respondet ad allegatas in Scholio leges 32. & 33. h. t. *ubi mens Ulpiani satis expressa est, quod putaverit in casibus, ubi Modestinus voluit re & per nuncium societatem contrahi, id negandum esse, & in istis casibus formidam communi dividundo locum sibi vindicare arbitratus fuerit.*

3. Fun-

3. Fundamentum ſocietatis eſt æqualitas, niſi aliter convenerit. Conventio vel eſt incerta, ut partes conſtituantur, vel certa, ſc. quæ & quotæ partes futuræ ſint, *l. 6. & l. 29. h. t. § 1. b.* Incerta conventio redigitur ad arbitrium boni viri, qui rationem collationis habet, ut qui plus pecuniæ operæve confert, plus etiam lucri percipiat, *l. 6. l. 76. & ſeqq. l. 80. h. t.* Conventio certa de partibus lucri atque damni, ita ut placuit, ſervanda eſt; veiut, ſi duo inter ſe pacti ſunt, ut ad unum duæ partes lucri & damni, ad alterum tertia pertineat, *§ 1. in fin. h.* aut unus lucri partem ferat, de damno non teneatur, *§ 2. verſ. & adeo hic.* Tametſi alias, ſi partes in lucro ſint expreſſæ, non æque in damno, in hoc eædem partes intelliguntur, & perinde vice verſa, *§ 3. h.* Cæterum, leonina ſocietas, ut unus ferat omne lucrum, alter omne damnum, penitus prohibita eſt. Nomen Leoninæ ſocietatis eſt ex fabula, quæ extat apud Phædrum *fab. 5.* his verbis:

Vacca & capella & patiens ovis injuriæ,
Socii fuere cum Leone in ſaltibus.
Hi cum cepiſſent cervum vaſti corporis,
Sic eſt locutus. partibus factis, Leo.
Ego primam tollo, nominor quia Leo.
Secundam, quia ſum fortis, tribuetis mihi.
Tum quia plus valeo, me ſequetur tertia.
Malo afficietur, ſi quis quartam tetigerit.
Sic totam prædam ſola improbitas abſtulit.
Nunquam eſt fidelis cum potente ſocietas.

Nec vero aliter valet conventio de partium inæqualitate, quam ſi alter plus contulerit pecuniæ, aut operæ alteriusve rei cauſa, *l. 29. in pr. h. t. Si non fuerint partes ſocietati adjectæ, æquas eas eſſe conſtat; Si vero placuerit, ut quis duas, vel tres habeat partes, alius unam, an valeat: placet valere, ſi modo aliquis plus contulit ſocietati, vel pecuniæ, vel operæ, vel cujuscunque alterius rei.* Ex his ſequitur, cum nihil de partibus dictum ſit, contrahentes ſine reſpectu ad collationem æquales habere partes arithmetice, non geometrice, (a) ut loquuntur *d. § 1. & d. l. 29. pr.* (b) Conman. *l. 7. comm. c. 19. n. 5.* Tulden. *ad h. t. n. 5.*

SCHOLIUM.

(a) *Imo geometrice ſi er textus* poſit. 14. *citatos, quos quidem Autor de caſu, quo pactio de partibus fuerit interpoſita, loqui dicit, ſed refragantibus verbis textuum.* cont. not. ad Strauch. XV. 26. p. 176.

(b) *Ita quidem eſt; Ulpiani verba in* d. l. 29. pr. *ſatis videntur innuere, eum per æquas partes ibidem intellexiſſe æquas proportione arithmetica. Sed vereor Tribonianum* in § 1. h. t. *idem cum Ulpiano ſenſiſſe. Quin potius per* æquas *partes ibi videtur intelligere æquas proportione Geometrica. Conjectura hæc eſt; Quærit Ulpianus* d. l. 29. *an poſſimus convenire, ut unus duas partes lucri habeat, alter tertiam? Ratio dubitandi eſt, quod abſque pacto ejusmodi quilibet æquas partes ſc. proportione arithmetica, habere debeat. Sed tamen hac ratione non obſtante, reſpondet Ulpianus per* τὸ Placet. *In hunc locum incidens Tribonianus, dum Inſtitutiones colligeret,* (*quod conferendo* § 1. & 2. *cum hac* l. 29. *patet*) *putavit, Ulpianum per æquas partes intelligere tales ſecundum proportionem Geometricam, & ita cum aliis JCtis* d. l. 6. & 80. *conſentire. Unde cum ad quæſtionem, quam Ulpianus tanquam dubiam ibi proponit, pervenisſet, nec vero ita explicatis Ulpiani verbis ratio dubitandi amplius ſupereſſet, ſtylum mutavit, dicendo:* nec enim unquam dubium fuit; &c.

RESPONSIO.

Quid hoc? An textus in d. poſ. *citati non agunt de caſu, quo id actum eſt inter ſocios, ut partes conſtituerentur? Tu inſpice Lector, nec aliter reperies in* l. 6. l. 36. & ſeqq. & l. 80. h. t. *Connani atque Tuldeni ſententia ſatis aperte ſequitur ex* d. l. 29. *Cur Tribonianus ab Ulpiano diſſenſerit, nihil cauſæ profertur a Thomaſio, niſi quod in fine non adjecit limitationem,* ſi modo; *quod ut totiens alias omiſſum non arguit diſſenſum, ſed defectum aliquem. Tu interim hoc ſerva fis. Pecunia & opera huic æquipollent. Pone, operas eſſe diſpares ob imparem peritiam. Si tamen nihil dictum ſit, partes lucri & damni erunt æquales arithmetice, ut nemo negat; ſi hoc in operis non eſt iniquum, cur in pecuniæ ſummis diſparibus erit injuſta Ulpiani ſententia, cui veterum nemo contradicit?*

N. ADDIT.

Initio ſupponendum, phraſin de pactione ſuper partibus interpoſita, ſecundum dicta ab Autore in præcedentibus, eſſe æquivocam, quia conventio illa, vel incerta, ut partes conſtituantur, vel certa, ſcilicet quæ & quotæ partes futuræ ſint. 2. Putavi, Autorem, dum textus obſtantes conciliare vult, & dicit, l. 6. l. 76. ſeq. & l. 80. h. t. *loqui de caſu, ubi pactio de partibus fuerit interpoſita, loqui de pactione certa. Neque aliter tum eum potui intelligere ex prælectionibus, ubi tum plane*

aliter erat ſcriptum, & quidem in hunc modum. In omni Societate, cujus fundamentum eſt æqualitas, partes lucri & damni æquales intelliguntur proportione geometrica, hoc eſt proportione ſortis, quam quisque contulit, per *l. 6. & 80. h. t.* ut eſt communiſſima interpretatio *§ 1. h. t.* Poteſt tamen conveniri, uti partes ſint inæquales, quatenus opera unius plus, quam alterius ad Societatem confert, *§ 2. h. & l. 29. D. h. tit.* Sic autem ait JCtus: *Si non fuerint partes ſocietati adjectæ, æquas eas eſſe conſtat; Si vero placuerit, ut quis duas, vel tres habeat partes, alius unam, an valeat: placet valere, ſi modo aliquis plus contulit ſocietati, vel pecuniæ, vel operæ, vel cujuscunque alterius rei.* Unde ſtatuendum videbatur; etſi plus ab uno ſit collatum pecuniæ, quam ab altero, tamen æquales eſſe partes, niſi convenerit, ut inæquales forent: adeoque partes ordinario ſimpliciter κατ' ἀριθμὸν oporteret eſſe æquales, nec unum plus lucri quam alterum percipere, niſi aliter conveniſſet: aliter autem conveniri poſſe, non ſemper & indiſtincte, ſed tum demum, ubi alter plus altero contulerit, ſive pecuniæ, ſive operæ, aut alterius rei, quæ utilitatem præcipuam rei communi adferat. Prior pars hujus ſententiæ eſt Connani *l. 6. comm. C. 13.* Tuldeni *ad hunc tit. c. 5.* Sententia altera de pacto, quando id interponi poſſit ad inæqualitatem, eſt communis, ut teſtatur Vinnius ad *§ 2.* qui tamen adverſus utramque diſputat ſatis λογικῶς, ſed non reſpondet ad *l. 29.* quo difficultatem tollat, adfert *l. 6. & 80. h. t.* ſed nihil in illis adverſum eſt Ulpiano, quia loquuntur de caſu, quo pactio de partibus eſt interpoſita, non de eo, quod ſimpliciter & ſemper uſu veniat. *Hactenus Autor.* (3.) *Etſi igitur Autor textum prælectionum nunc mutaverit, & eo modo conciliandi utatur, quod textus illi loquantur de caſu, ubi ſocii conventionem incertam de partibus fecerint, quod non nego, non tamen nobis deerit, alias rationes illi conciliationi opponendi. Scilicet* (4.) *de eo inter me & Autorem convenit, quod in* d. l. 6. l. 76. ſeq. & l. 80. h. t. *loquantur JCti de partibus geometrice faciendis, & quod Ulpianus in* l. 29. *loquatur de partibus arithmeticis. Conſtat etiam, Ulpianum non loqui de conventione incerta partium, reliquos vero JCtos in iſtis textibus ejus mentionem injicere. Id vero nego, ex iſta diſparitate fundamentum deſumi poſſe, conciliandi textus obſtantes, in quæſtione de partibus ſocietatis, ſi nullæ certæ partes aſſignatæ ſint ab initio poſtea aſſignandis, an ſecundum proportionem arithmeticam, an geometricam, idque ſic probo. Haud dubie, qui eas determinare debet, ſive antea conventum fuerit de determinatione, ſive nihil conventum, debet id facere ſecundum arbitrium boni viri. Arbitrium autem boni viri non debet eſſe cerebrinum, ſed fundatum in recta ratione, recta ratio in natura negotii. Et igitur arbiter, ſive partes incerta conventione id antea voluerint, ſive non, lite poſtea orta debet judicare ſecundum naturam negotii. Natura vero negotii non duplex eſt, ſed una. Ergo eandem naturam debet obſervare arbiter, ſi antea de partibus conſtituendis indefinite quid conventum, quam ubi nihil conventum. Et conſequenter iſta diſtinctio non facit ad conciliandos Autores, qui partes diverſimode aſſignant, unus arithmeticas, alter geometricas.* (5.) *Tribonianum ab Ulpiano diſſenſiſſe, jam ex eo probatur, quia Ulpianus partes arithmeticas aſſignans ſecundum hactenus dicta diſſenſit a JCtis, qui partes geometricas aſſignant. Quod vero Tribonianus verba Ulpiani referens ea intellexerit ſecundum ſenſum reliquorum JCtorum, dictum fuit in Scholio, ad quod nihil eſt in reſponſione exceptum quod ſatisfaciat.* (6.) *Denique ego, & mecum haud dubie omnes, qui ſequuntur doctrinam JCtorum* in d. l. 6. *& parallelis, negabunt, quod Autor tanquam indubitatum ſupponit, ſi operæ ſint diſpares, partes tamen lucri & damni fore æquales arithmetice. Nam hoc eſt contra* d. l. 6. (7.) *Niſi forte ludat hic Autor in voce partium lucri & damni. Nam quæſtio principalis eſt de partibus lucri aſſignandis, ſi contributio pecuniæ, vel operæ ſit inæqualis. Et tum deciſio eſt, quam nos ſequimur, ſi duo ſint contrahentes, non duas partes æquales eſſe faciendas ſecundum capita, ſed ſecundum collationes. Cæterum de eo non eſt dubium, quod cum in dubio partem damni quis debeat ſentire, quam ſentit de lucro, & vice verſa.*

(c) Poteſt quoque ita ſocietas iniri, ut ſortem unus conferat ſolus, & tamen quæſtus communio ad utrumque pertineat, *d. § 2.* Quo caſu quæritur, an ſoluta ſocietate, ſors quoque dividatur, an vero ad eum, qui contulit, revertatur? Poſterius aſſumendum, niſi aliud inter partes actum eſſe appareat: Quia textus *in d. § 2. l. 1. C. h. t.* tantum de lucro & damno loquuntur

(c) Poſ. 18.

com-

communicando, & quia sortis illa divisio, quæ ab uno collata fuerat, nimiam inferret inæqualitatem in contractum, cujus fundamentum est æqualitas: præsertim, quia cum socius, invito altero, semper habet renunciandi facultatem, alter ita sortis ab uno collatæ brevi nulloque momento particeps fieri posset, quod, ut tota res est, nimis enorme foret. Ita Fachinæus *2. controvers. 94. 85.* Gail. *2. obs. 24. n. 6.* Mantic. *6. de tacit. & ambig. convent. 5. n. 6. 7.* Hoenon. *disp. 17. ad Inst. n. 2. 3.* Dissentiunt multi, quos vide apud D. Voetium *comm. ad hunc* § *2. n. 2.* qui & ipse dissentit. D. Vinnius *ad eund.* § *2.* distinguit cum Grotio, (quem D. Wissenbach. *disp. Inst. 38. th. 10.* reprehendit) ita videlicet; ut parum ab ea, quam collocavimus, sententia discedat. Pro nostra disputat etiam Perezius ad *Cod. tit. de fecict. n. 2.* utens argumento inter alia, *l. 52.* § *2. D. h. t.* ubi unus ex sociis dedit pecus suum pascendum, vel agrum colendum alii, quærendis in commune fructibus, pecus autem, vel ager manet ejus, cujus antea fuerat. Hoc autem satis constat, si quid lucri sit acquisitum, tunc eum, qui nihil ad sortem contulit, de damno postea superveniente teneri, quatenus lucri sui portio ferat; eo vero consumpto, non datur alius exitus, quam ut damnum recidat in eum, qui solus habet, quod perdat, quia solus contulit sortem, *arg. l. 9. C. de pignor. act.*

4. (d) Cæterum, quando partes constitutæ sunt inæquales, tunc distributio secundum illam proportionem non fit in singulis negotiationibus, sed finita societate omnibus inter se collatis lucrisque & damnis compensatis. *Ex. grat.* Societas libraria inter bibliopolas inita est, qui nundinis vernalibus lucrati sunt trecentos florenos, autumnalibus iterum perdiderunt 300. jam ille, qui duas lucri partes habet, & tertiam damni, sic ait; ducenti debentur mihi de lucro vernali, tibi centum; de damno autumnali tibi ferendi sunt 200. mihi centum; atque ita ipse residuos haberet centum. Contra, alter ait sic; Vere lucrati sumus trecentos, autumno perdidimus trecentos, ergo nihil superest dividendum; sed si lucrum vernale fuerit supra trecentos, tum superfluum illud, secundum conventionem dividendum est, *d.* § *2. in fin.*

SCHOLIUM.

Moribus nostris plerumque socii certos termi-

nos ponunt, quibus computationem lucrorum & damnorum ineunt, quod vocant die balance ziehen, *nec adeo semper tempus finitæ societatis expectant. Quod si partes lucri cum partibus damni correspondeant, in effectu nulla erit differentia, an in singulis negotiationum articulis distributio fiat, an demum post certum aliquod tempus. Sin autem conventum fuerit, ut unus sociorum v. g. duas partes lucri, damni tertiam, alter duas partes damni, lucri tertiam, ferat, tum ingens in diversitate computandi differentia erit.*

Denique, (e) si partes expresserint, quantum quisque de lucro caperet, de damno nihil dixerint, tunc eadem proportio in damno intelligitur, quæ jam de lucro expressa fuerat, § *3. h.* nisi convenerit, ut unus lucri sit particeps, neque de damno teneatur, quod quidem potest ita constitui, ut scriptum est *in* § *2. h. t.* limitatur tamen hoc ipsum, *si tantum sit operæ, quanti damnum;* aliter conventio non valeret, *d. l. 29.* § *1.* Scilicet aliquando periculum & molestia negotiationis tanti est, ut facile damnum, quod alter fert, hanc distinctionem æquare possit, adeoque plus industria socii conferat societati, quam pecunia alterius, qui negotiationem non intelligit, *d. l. 29.* § *1.*

5. (f) Sequuntur modi, quibus societas finitur, sunt autem hi; Renunciatio, mors, finis negotii & ademptio bonorum alteri e sociis eveniens. Renunciatio unius, invito quoque altero, solvit societatem, quod in hoc contractu speciale est, (nam reliqui contractus non nisi mutuo consensu solvuntur, § *ult. infr. Quib. mod. toll. obl.*) propter odium communionis; quæ est mater discordiæ, § *4. b. l. 77.* § *20. de Legat. 2.* Si tamen in fraudem alterius facta sit renunciatio, ut lucrum interverteretur, tum callidus renunciator hanc pœnam subit, quod ipsemet lucrum a se quæsitum communicare cogatur, quæ autem alter quæsiverit, eorum non fiat particeps, *d.* § *4.* Proinde seu bona, seu mala fide facta renunciatio, societatem finit, *l. 65.* § *3. 5. 6. h. t.* Idem juris est, si quis absenti renunciaverit societatem, usquedum absens id resciverit, *l. 17.* § *1. h. t.* Alioquin adeo liberi singuli renunciare possunt, ut ne pactum quidem obstet de societate nunquam solvenda, *l. 14. h. t.* verum si convenerit, ne intra certum tempus a societate abeatur, hoc pactum valet, *d. l. 14.* Est & tacita renuncia-

(d) *Pos. 20.* (e) *Pos. 14.* (f) *Pos. 21. & seqq.*

tio, cum separatim quasi mutuo consensu partes agere cœperint, *l. 64. h. t.*

6. (g) Mors quoque unius e sociis totam societatem, & inter omnes solvit, tametsi convenerit, ut ad heredes transeat societas *l. 35. & l. 59. h. tit.* quia tale pactum naturæ societatis contrarium intelligitur, *l. 65. § u. d. tit.* ubi ratio redditur, ne invitus quis socius efficiatur; Item quia socii contraxerunt ob fiduciam personalem, quam de se invicem habuere, quæque in heredibus non obtinet. Excipitur tamen vectigalium societas ob utilitatem publicam, *l. 59. h. t.* Verum, hoc pacto convenire potest, ut uno e sociis mortuo, inter reliquos maneat societas, *§ 5. h. in fine. l. 65. § 9. h.* Mors etiam civilis intelligitur finire societatem, *l. 63. § ult. h. t.* Sed hoc tenendum, in societate singulari, quicquid lucri damnive factum sit post alterius mortem, id esse atque fieri commune, *l. 65. § 2. eod.* Tertio solvitur societas finito negotio, super quo contracta erat, quia extincto subjecto, tollitur adjunctum, *§ 6. I. d. l. 65. § 10.* Quarto solvitur, si alter ex sociis bonis suis excidat, quod fit per publicationem, sive confiscationem bonorum, *§ 7. h. d. l. 65. § 12.* Item per cessionem, quando socius ære alieno mersus bona sua destituit, & Creditoribus distrahenda permittit, *§ 8. h. eod. l. 65. § 1.* scil. quia his casibus amissione omnium bonorum, ea quoque tolluntur, quæ in societate sunt. Possunt tamen, soluta ex hisce causis societate, in novam consentire, *§ 7. in fin. h. t. l. 6. de cess. bon.* quod D. Voetius comm. *ad d. §* duntaxat de reliquis sociis accipit, cum ipso cedente non posse renovari societatem contendit: sine ratione, ut videtur; Nam operas saltem conferre potest. Ex his fere intelligi potest Ulpianus in *l. 63. § ult. h. & ll. seqq.* Societas, ait, solvitur *ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione. Ex personis*, morte naturali & civili. *Rebus*, extinctis, aut ademptis. *Voluntate*, per renunciationem expressam, vel tacitam, quæ fit *ἰδιοπραξίᾳ*, seorsim agendo. *Actione*, per litis contestationem & novationem.

7. Actio ex hoc contractu dicitur *Pro socio*, quæ est utrimque directa, datur que non ad divisionem, sed de præstationibus personalibus etiam, durante societate, ad æqualitatem redigendis, *l. 1. Comm. Divid.* Sunt autem præstationes personales, quæ non immediate de rebus, aut ex rebus; sed e facto aliquo proveniunt, velut si unus in re communi damnum dederit, *l. 48. & seq. h. t.* vel passus sit, etiam fato, *l. 52. § 4. eod.* vel impensas fecerit, aut fructus perceperit, *l. 38. § 1. & passim eod.* Dolus etiam & culpa sunt personales præstationes: de dolo non opus est dicere, eum a sociis præstari: Neque de culpa hærendum, quin secundum regulam *l. 5. § 2.* levis culpa præstetur, quoniam hic manifesto utriusque vertitur utilitas. Plane venit in hoc judicium bona fides, *l. 52. § 1. h. t.* cui videtur satisfieri, si talem diligentiam singuli rebus communibus adhibeant, qualem suis rebus adhibere solent, quia qui parum diligentem sibi socium adquisivit, de se queri debet, addit JCtus *in l. 72. ff. Pro soc.* neque vero salva fide minorem communibus quam suis rebus diligentiam præstabit, ut in *l. 32. Depos.* scriptum est de culpa depositarii; cui similis quoque ratio, quod facilitati suæ debeat imputare, qui negligenti amico rem custodiendam tradit, applicatur in *§ 3. in fin. Inst. de obligat. quæ re contrab.* adeo ut in hypothesi parum absit, quin eadem culpæ in utroque contractu præstatio locum habere videatur.

TIT. XXVII.

De Mandato.

Quid & quotuplex Mandatum. Alia divisio in quinque species. De mandato rei illicitæ. Officium mandatarii. Actio. Modi, quibus solvitur. Modus ultimus. Differentia ab aliis contractibus.

(a) MAndatum est *Conventio, qua quis rogatus, alienum negotium gratis suscipit administrandum.* Verbo *rogatus* distinguitur Mandatum a negotiorum gestione & a defensione, quemadmodum suis locis intelligimus. *Alienum* dicitur in definitione, quia sane plerumque res, & negotia aliena mandantur, etsi aliquando res etiam propriæ sint illis junctæ, ut inferius videbimus. Mandatum est duplex, Generale, quod est ad omnia bona, *l. 58. & seqq. de*

(g) *Pos. 26. 27. & seq.* (a) *Pos. 1. & seqq.*

Pro-

Procur. & Speciale, quod de certis rebus est datum. Generale mandatum rursus vulgo dividitur, quod vel simplex sit, vel cum libera, scil. administrandi potestate, cujus aliquam fecimus mentionem ad *tit. de Acquir. rer. dom. n. 56.* Laudat eam divisionem D. Wissenbach. *p. 1.* ad *ff. disp. 13. th. 10.* aliique ab illo citati; Improbant alii, sane etiam Græci, *lib. 8. Βασιλικῶν tit. 2.* ubi legis *55. de Procurator.* verba, cui *generaliter libera administratio rerum commissa est*, dissimulato verbo *libera* vertunt, ὁ γενικῶς ἐπιτρεπτὶς διοικῶν, *cui generaliter administrare permissum*: quod si vox tam exquisitam haberet ἔμφασιν, ut ex ea duæ species oppositæ intelligerentur, nequaquam præteriri potuisset. Sed nec ratio fert, ut perpetuam in Procuratoribus potestatis differentiam, ex hoc verbo colligamus. Nam Procurator simplex omnium bonorum habet jus novandi, *l. 20. § 1. de novat.* transigendi, *l. 12. de pact.* jusjurandum deferendi, *l. 17. § ult. de jurej.* quibus alienationis causam & vim contineri, notum satis est. Dein Procuratori *cum libera* tribuitur jus exigendi, *d. l. 58.* Ergo simplici negabitur, si inter se opponantur, quod & volunt divisionis hujus auctores, ea nempe, quæ nominatim procuratori *cum libera* adscribuntur, simplici negata censeri. Quid? estne majus exigere debitum, quam transigere? Imo si hæc potest, ut dictum, simplex procurator, ergo exigere multo magis, & sic non differet ab eo, qui *cum libera* dicitur. Jam, plus est solvere quam exigere, & majoris præjudicii illud; at solvere potest simplex procurator, *l. 87. de Solut.* Ergo etiam exigere sane; imo hoc ipsum directe probat *l. 34. § 3. de solut.* Præterea solvere, inquam, potest Procurator simplex, quod est alienare, quidni igitur alienare? cur, inquam, alienandi potestas negatur? Objectæ *leges 63. D. & 16. C. de procurat.* speciale mandatum ad alienandum requirunt; Ergo hoc jus, ne Procuratori quidem cum *libera* tribuunt, & sic nihil eum a simplici differre, hactenus indicant. Conciliationem textuum hac parte ἐναντιοφανῶν dedimus ad *tit. de A. R. D. n. 55.*

2. Mandatum (b) quoque dicitur esse expressum vel tacitum; Et quidem tacitum colligitur ex claris & perspicuis circumstantiis, veluti quando quis alienas res præsente domino gerit, *l. 6. § 2. & l. 15. Mandati.* Nam alioqui tacens heic pro consentiente non habetur, *l. 8. § 1. de Procurat.* (c) Generale mandatum rursus aut judiciale, quod est ad litem, vel extrajudiciale, quod ad negotia dicitur. Utrumque & inprimis judiciale, est vel in rem suam, vel in rem alienam. In rem suam dicitur, cum quis nomine quidem alieno, sed in propriam utilitatem agit: Veluti is, qui actionem alienam acquisivit titulo emptionis, donationis, aut simili, quo proprietas continetur, *l. 33. § 5.* cum *l. sequ. de Procurator.* Sed quid opus est, dices tu, mandatis actionibus ei, qui emit, cui donatæ, cui legatæ, vel in solutum datæ sunt? qui plenam habet actionum proprietatem, num quid is adhuc mandatum impetrabit? Hanc rem ita interpretamur:

3. Juris civile quam minimum recedit a simplicitate juris Gentium, & quam proxime naturali rerum conditioni sese accommodat. Jam ita fere natura comparatum est, ut res corporales ab uno in alium transferri queant, ut fit omni die: Jura, quæ sunt res incorporales, ejusmodi translationem mutationemque situs non recipiunt, sed penes eum, cui semel acquisita sunt, manent. Exemplo sint Hereditas, obligatio & denique actio. Nam qui semel est heres, semper manet heres, *l. 88. in fin. de hered. inst.* adeo ut vendita hereditate, tamen a creditoribus hereditariis idem conveniatur, quippe & jure hereditario, & obligatione adhuc penes eum, non obstante venditione, remanente, *l. 8. de acquir. hered. & l. 3. in fin. Quib. ex caus. in poss. eat. & l. 62. de R. J.* Quando ususfructus venditur, aut aliter transfertur, ipsum tamen jus penes cedentem manet, *l. 12. § 2. & l. 38. de usufr.* Nomine, hoc est obligatione alicui legata, jus tamen ipsum & actio penes heredem, qui pro ipso defuncto habetur, remanet, neque Legatarius aliter actionem, quam prævia cessione habet, *§ 21. Inst. de Legat. l. 44. § 6. & l. 75. § 2. de Legat. 1.* Causæ igitur sive tituli præstant hoc, ut emolumentum omnisque juris translati effectus, sit penes eum, in quem translatio facta est: causa vero atque facultas agendi iis modis non transit, eo quod a persona separari nequeat. Verum ad hanc opus est mandato, per quod is, in quem jus translatum est, (vulgo *cessionarius*) loco ejus, qui jus transtulit, surrogatur, ejusque nomine quasi Procurator actionem instituit. Ita venditor hereditatis ad

(b) *Pos. 8.* (c) *Pos. 5.*

effectum

effectum actionis obtinendum, emptori actiones sibi competentes mandat, *l. ult. de transact.* idem fit in specie *d. § 21. Inst. de Legat.* Præcedenti capite, *in pr.* intelleximus bona cuncta, quæ socii universales habent, ipso jure quasi tacita traditione, communia fieri, atque ita reciproce transferri, *l. 1. & 2. pro socio*; sed nomina, sive obligationes, in suo statu manent, nec aliter transferuntur, quam si alter eas alteri præstiterit, hoc est mandaverit, *l. 3. pr. eod.* Hinc etiam in *l. 53. de pecul.* quanquam servo peculium intelligitur concessum, debitores tamen ille, nisi mandatis actionibus, convenire non potest: Cui peculium, inquam, concessum est totum, is tamen actiones nisi mandatas instituere nequit. Hoc videlicet est, quod ait Glossa in *l. si quis ergo. de pecul.* actionem a domino, sive a persona, cui primitus competit, separari non posse, verum ossibus ejus inhærere, ita ut nunquam, nisi solutione vera, vel ficta, separetur. Et hæc quidem est ratio juris, non inani subtilitate, sed monstrante natura, rerumque diversitate reperta. Quia tamen effectus rei, sicut diximus, est penes eum, cui actio per modum proprietatis est cessa; satis erat incommodum, si quando mandatum erat neglectum, actionis facultatem cessionario negari. Quare Pius Imp. primus suo rescripto emptori hereditatis etiam sine mandato dedit actiones utiles, quæ semper in subsidium, æquitatis respectu ad species negotii, de quibus competunt actiones, affines, extenduntur, *l. 16. de pact.* quo exemplo deinceps JCti & Impp. utiles illas actiones ad omne genus cessionum produxerunt, *l. 7. C. de hered. vel act. vend. l. 18. C. de legat. l. 33. C. de donat. l. 2. C. de oblig. & act. ubi de dotis datione. l. 1. & 2. C. eod. ubi de solut. & l. 20. de pignor.* Et exinde cessionis vocabulum significare cœpit omnem transferendæ actionis modum, etiam sine mandato, cum alioqui mandare & cedere actiones eodem sensu modoque soleant usurpari, *l. 76. de solut. l. 1. in fine C. de magistrat. conven.* Sand. *de act. cess. cap. 1.*

4. (d) Est & alia mandati divisio, quæ maxime pertinet ad negotia extra judicium, de quo genere mandati *hoc Tit.* imprimis agitur. Habetur *in pr. § 1. 2. 3. 4. 5.* Est autem hæc; Mandatum contrahitur, aut solius mandantis gratia, aut mandantis & mandatarii, vel alieni tantum gratia, vel mandantis & aliena, denique mandatarii & aliena gratia. Solius mandantis ergo, id ordinarium est; veluti, cum quis mandat amico, ut pecuniam pro se, scilicet mandante, mutuam accipiat, *§ 1. b.* Mandantis & Mandatarii, veluti cum mando tibi, ut pecuniam sub usuris credas homini idoneo, qui in meam rem sit accepturus. Nam ibi non modo mea, sed & tua vertitur utilitas, quod in bonum nomen usurarium acquiras, *§ 2. b.* Aliena tantum gratia mandatum initur; cum *v. gr.* mando tibi, ut amici mei negotia geras: sed huic obstat, quod obligationes contrahuntur, ut unusquisque acquirat id quod sua interfit; Atqui ut aliena negotia gerantur, mandantis non interest, *§ 18. supra de inutilibus stipulat.* Sed tu dic, ab initio quidem nihil interesse: cum quis tamen hactenus se miscuit rebus alienis, tum incipit ejus interesse, quia si negotia non bene gerantur, mandans in id quod interest tenetur, tanquam *negotiorum gestor*, eique merito objicitur Regula juris, quæ docet, in culpa esse eum, qui se miscet rebus ad se non pertinentibus, *l. 35. de reg. juris.* Et sic nihil obstat, imo bene congruit id, quod dicitur in *l. 8. § 6. Mandati.* ubi verba; *Mandati actio tum competit, cum cœpit interesse ejus qui mandavit; Cæterum, si nihil interest, cessat mandati actio;* cui tum non obstat *l. 6. § 4. eod. tit.* ubi; *Si tibi mandavero quod mea non intererat, veluti, ut pro Sejo intervenias, velut Titio credas, erat mihi tecum mandati actio,* Cujac. 17. *observ. 19.*

SCHOLIUM.

Die potius non esse mandatum, nisi ubi interest per se ab initio mandantis, l. 8. § 6. mandati. *in casu etiam § 3. & 4.* Inst. h. t. *per se interesse mandantis, reliquorum per accidens.* Adde notas ad Strauch. XV. 29. p. 177.

RESPONSIO.

Arbitratu suo, qui sic loquitur, utatur. Si intelligis, quid sit aliena tantum gratia, *non dices, hoc esse, quando mandantis interest præcipue, reliquorum per accidens. Hoc non est* aliena tantum gratia, *sic ut hoc divisionis membrum est situm.*

N. ADDIT.

Videamus an recte explicaverimus § 3. Inst. h. t. *an potius Autor. ipse sibi opponit § 18.* de inutil. stipul. *& conciliat, ab initio nihil interfuisse, sed postea, quia scil. mandans gesserit negotia alterius, & huc pertinere ait* d. l. 8. § 6. *verbis,* cum cœpit interesse. *Sed lusus in termi-*

(d) *Pos. 5.*

no in-

no intereſſe. Vel id denotat utilitatem, aut damni evitationem futuram, vel præſentem. Primo ſignificatu dicitur mandatum non eſſe, niſi mandantis primario interſit, i. e. niſi utilitatem ſuam, aut damni evitationem primario intendat (ex natura videlicet omnium contractuum communi, & quod exceptio tua non intereſt, poſſit opponi cuilibet agenti.) Atque ſic etiam diximus rem ſe habere, ſi, ut Tribonianus poſt Gajum in l. 2. h. t. *dicit, mandatum ſit aliena tantum gratia. Non enim aliter hic caſus eſt intelligendus, quam ſi mandans tempore mandati ſit negotiorum alienorum geſtor. Hic igitur appareret, mandantem in mandato intendere proprii damni evitationem, ne teneatur actione negotiorum geſtorum. Et hinc falſum eſt, quod Autor paragraphum exponit, quod ab initio quidem mandantis nihil interfuerit. Nam ſi fingamus, mandantem demum poſt mandatum incipere gerere negotia illius Titii, tum haud dubie non confirmabitur mandatum, quod ab initio nullum eſt,* per § 18. de inut. ſtipul. *Alia vero quæſtio eſt, quando ſuppoſito mandato juſto, actio mandati naſcatur. Scilicet tum, cum* cœpit *intereſſe in altero ſignificatu, i. e. ubi damnum præſens eſt, & mandatarius male geſſit. Igitur ut actio mandati detur, neceſſe eſt, ut jam ſubſiſtat mandatum. Sed non vice verſa, ſi mandatum ſubſiſtit, ſemper etiam datur actio mandati. Quæ duo non ſunt confundenda.*

Eadem ratio eſt in illa ſpecie mandati, quæ mandantis & aliena gratia contrahitur, in § 4. *h.* veluti, cum quis alteri mandat, ut ſua & amici ſui negotia gerat, *d.* § 4. *l.* 2. § 3. *h. t.* Nec non mandatarii & aliena, *in* § 5. veluti ſi mandem tibi, ut Titio pecuniam credas ſub uſuris. Nam Titii intereſt, quia pecuniam, qua eget, invenit; & tua, quod bonum nomen cum uſuris adipiſceris. Verum ſolius Mandatarii gratia non poteſt contrahi mandatum, quia hoc conſilium potius, quam mandatum eſt, niſi dolus arguatur, quem ne conſilii quidem prætextu quisquam impune ferret, § 6. *h. l.* 2. § *ult. D. h. tit. l.* 47. *de R. J. l.* 8. *l.* 23. *& l.* 31. *de dol.* Denique, forte an & ſexta hoc reſpectu mandati ſpecies datur, quando quis mandat, ſua, mandantis & aliena cauſa, ut ſi tutor contutori ſuo mandat, quo pupillo ſervum neceſſarium emat, *l.* 8. § 4. *h. t.*

5. (e) Contra bonos mores quemadmodum nulla obligatio, ita nec mandatum contrahi poteſt: ideoque nulla inde actio inter contrahentes oritur; ſed & is, qui turpe mandatum dedit, & qui executus eſt, uterque tenetur ad pœnam, tam ei, cui nocitum eſt, quam Reipubl. § 7. *h.* nec minus ſevere puniendus, qui mandavit, quam qui fecit, *l.* 15. § 1. *ad L. Cornel. de Sicar. l.* 7. § *ult. de Jurisd. & l.* 1. § 1. *de eo, per quem fact.* nec aliter in ſacris, 2. *Sam.* 13. *v.* 28. *&* 1. *Reg.* 21. *verſ.* 10. Enimvero quandoque mandatarius excuſatur, ſi poteſtati mandantis ſubeſt, *l.* 37. *in pr. ad L. Aquil.* Utique in minus atrocibus, *l.* 157. *de R. J.* cujusmodi exemplum eſt in *l.* 10. § 2. *de bis, quæ ut indign.* haud perinde in atrocibus, *d. l.* 157. Quæritur autem, an Mandatario modum in executione rei turpis excedenti, ſupra quam mandans voluit, hic etiam de exceſſu teneatur. Veluti mandaveram, ut inimicum meum vulnerares, tu occidiſti, egone de cæde, an de vulnere duntaxat tenebor? diſtinguendum videtur, utrum mandatarius exceſſum data operâ commiſerit, an per imprudentiam; ſi prius, tum non eſt commiſſus per cauſam mandati; verum exceſſus ex propria fraude mandatarii. Sed altero caſu mandatum vere fuit in cauſa cædis admiſſæ, & ſic uſu venit, *arg. l.* 15. *D. ad L. Corneliam de Sicariis.* licet enim mandans animum cædis faciendæ non habeat, verum tamen eſt, eum, qui verſatur in actu illicito, de toto eventu teneri, quam exinde ſequi poſſe cogitare debuit, *l.* 38. § 5. *de pœn. & l.* 16. § 8. *eod.* vid. A. Matth. *comm. de crimin. princ. edit. pag.* 544. Vinn. ad *hunc* § *n.* 3. D. Wiſſenb. *diſp. Inſt.* 37. *th.* 17. Aliter Fachinæ. 1. *controv.* 26. Bronch. 2. *miſcell.* 65. D. Voet. *ad* § 7. *h. n.* 2. *

6. (f) Officium mandatarii eſt, diligenter ſervare fines Mandati, quos ſi egredietur, hactenus non habet actionem, ſed tantum quatenus intra fines mandati ſe continuit, § 8. *h. tit.* Quæſtionis autem eſt, an de eo, quod excedit fines mandati, ſaltem utilis negotiorum geſto-

* Mandatum rei & naturaliter turpis & civiliter illicitæ nullum eſt. Quorſum ſpectat in Sax. El. illud quo procuratori committitur præſtatio jurisjurandi principali delati, cum id in propria perſona præſtandum ſit. *Ord. Proc. Sax. tit.* 18.

(e) *Poſ.* 12. 13. 14. (f) *Poſ.* 15. *& ſeqq.*

rum actio detur, si mandatarius in rem mandantis, ut fit, excessum perpetravit, eique licet non volenti consuluerit. Sunt, qui affirmant, quos inter Perezius ad *tit. C. de mand. n. 4.* Bronch. *l. miscell. 66.* Et tum textus, qui objiciuntur ipsis, *l. 31. § 4. de negot. gest. & l. 37. § 1. de pecul.* de aperta disertaque prohibitione accipiunt, de qua sane loquitur etiam *l. 40. D. h. t.* sed arbitror, id quod specialiter præscriptum est, merito expressæ loco prohibitionis, si in diversam fiat partem, esse habendum; *voluntas finem erogationis fecit*, ait *d. l. 31. § 4.* ac ita Bachov. hic, ut & Vinnius; alioqui λογομαχία tantum fuisset inter veteres Jctos. Cæterum, qui per æquipollens implet mandatum, non habetur pro excedente fines mandati, quod exemplo declaratur in *l. ult. h. t.* potest etiam mandatarius alium sibi substituere, modo nihil mandantis interfit, *l. 8. § 3. h. t.* aut nisi diserte prohibitum sit, *l. 1. § 5. vers. quid tamen de exercit. act.* rationem licitæ substitutionis vide in *l. 13. C. de Contrah. stipul.*

7. (g) Mandatarius tenetur de levissima culpa, *l. 13. l. 21. C. h. & l. 1. § ult. eod.* quanquam solius mandantis hic versatur utilitas, quod est contra regulam, *l. 5. § 2. D. Commodati.* Videtur autem Lex acuere voluisse curam hominum in administrandis amicorum rebus; quæ plerumque socorditer habentur, spreta fide amicitiæ: quam ob rem & infamia dolum in mandato plectere voluit, ut in loco intelligemus. Facit huc locus Ciceronis *pro Rosc.* Itaque *mandati constitutum est judicium non minus turpe quam furti, credo propterea, quod quibus in rebus ipsi interesse non possumus, in his operæ nostræ vicaria fides amicorum supponatur; quam qui læsit, oppugnat omnium commune præsidium & quantum in ipso est, disturbat vitæ societatem. Non enim possumus omnia per nos agere, alius in alia est re magis utilis. Idcirco amicitiæ comparantur, ut commune commodum mutuis officiis gubernetur.* Et mox: *Ergo idcirco turpis hæc culpa est, quod duas res sanctissimas violat, amicitiam & fidem: nam neque mandat quisquam fere, nisi amico, neque credit, nisi ei, quem fidelem putat.* Proinde mirum non est, quod officium mandatarii bona fides appellatur in *l. 10. pr. h. t.* quam alii objiciunt, ut & *l. 5. § pen. de præscr. verb.* ubi mandatarius præstat custodiam, si ita convenerit, quæ est supra levem culpam, *l. 13. § 1. de pign. act.* Respondere licet ex *l. 31. de R. J.* vel ex *l. 2. de peric. & comm. rei vend. & l. 17. § pen. de præscr. verb.* in quibus locis *custodiæ* nomine casus fortuitus atque periculum venit.

8. (h) Actio mandati, est directa vel contraria. Illa datur mandanti adversus mandatarium, ut reddat rationem negotii administrati. Puta, si mandatum susceptum non impleverit, vel jam susceptum exequi neglexerit, cum justam non implendi, aut negligendi causam non haberet, *l. 5. h. t.* aut si non denunciaverit, *l. 27. § 2. h. t.* vel si perperam aut aliter quam ipsi mandatum erat, gesserit, *l. 12. h. t.* vel denique, si gesserit quidem, sed dolo vel culpa sua nocuit mandatori, *l. 8. § ult. h.* Contraria datur mandatario, *l. 12. § 9. hoc tit.* Scilicet, ut durante administratione, necessaria submministret, *l. 12. § ult. h. t.* finitoque negotio, restituat impendia in mandato facta, *l. 10. § 9. & l. 27. § 4. hic.* omnemque præterea indemnitatem præstet, etiam vero usuras, *d. l. 12. § 9.* Non tamen omnia, quæ impensurus non fuit, si mandato abstinuisset, repetere potest mandatarius, veluti quod spoliatus sit a latronibus, aut naufragio res amiserit, vel languore suo suorumque adprehensus quædam erogaverit: nam hæc magis casibus, quam mandato imputari oportet, *l. 26. § 6.* quanquam in judicio societatis, etiam particulari, propter communionem lucri atque damni, talia invicem imputari solent, *l. 52. § 4. D. pro soc.* Non habere contrariam mandati Procuratorem, si mandati fines excesserit, ex modo dictis intelligitur, nec ullo alio remedio quatenus exorbitavit; experiri posse videtur. Utique tamen dominus, si rem pro se emptam XII. cum ipse pro X. mandasset, petat a mandatario, qui minoris emere non potuit, doli mali patietur exceptionem, si pretium integrum solvere nolit; neque enim fert æquitas, uti ex alieno fiat locupletior, *l. 14. de condict. indeb. l. 1. & 2. de dol. except.* Quæ superius dicta sunt, eo pertinent, quod mandatarius eum cogere non potest, ut rem accipiat majore pretio, quam præscripserat, non etiam ut rigore Legis adversus mandatarios ad prætextum iniquæ πλεονεξίας, ad captandam amici imprudentiam utatur.

9. (i) Sequuntur modi, quibus solvitur mandatum, quorum duo priores sunt revocatio &

(g) *Pos. 19.* (h) *Pos. 17. 18.* (i) *Pos. 20. &c.*

renunciatio. Prior a parte mandantis, posterior respectu mandatarii. Utraque potest fieri impune; reclamante licet altero, quod est contra regulam, *l. 5. C. de O. & A. renuntiare semel constitutæ obligationi adversario non consentiente, nemo potest*, ut monet D. Vinnius *hic*. Imo forte non est. Etenim ex mandato non nascitur obligatio, nisi cum partium interesse cœpit, *l. 8. § 6. D. mandati*; adeoque contractus mandati hanc tacitam habet conditionem, ut non liget, nisi quatenus interfuerit. Atqui tunc obligatio, qua alter alteri in id quod interest tenetur, est indissolubilis. Alioqui regula *d. l. 5.* maxime de contractibus, qui actu transitorio constant & quidem eatenus duntaxat, non de his, quorum natura durationem temporis continet, accipienda videtur; nisi quatenus certum tempus est adjectum, ut non modo in societate atque mandato, sed & in mutuo, commodato, deposito, in pignore similibusque liquet. Cæterum renunciare licet, ut dictum, utrique parti non promiscue, neque semper impune, nisi Re adhuc integra; nam ubi res desierit integra esse (desinit autem res integra esse, quando alterutrius interesse *cœpit*) non potest aliter revocari renunciarive mandatum, quam præstito eo, quod interest alterius, *§ 9. & 11. h. t.* Dantur tamen justæ causæ, propter quas re quoq; non amplius integra, mandato renunciari potest, veluti propter inimicitias adversus mandantem exortas, vel quod mandatarius propriis necessitatibus sit impeditus, & cæteris in *l. 23. & seq. D. Procurator.* Fit autem renunciatio non modo expresse, verbis aut literis, aut per nuntium, ita ut in notitiam partis alterius veniat, *l. 6. l. 12. § 16. l. 15. l. 22. § ult. & l. 27. § 2. h. t.* verum etiam tacite, si status procuratoris in deterius mutetur servitute, vel deportatione, *arg. l. 33. in pr. de Solution.* cum *l. 56. § 2. de V. O.* denique, si dominus ipse negotium proprium tractet, tum partes cessare procuratoris, ipsa res loquitur. Mantic. *de tacit. & ambig. convent. 7. tit. 21.*

10. Tertius mandati solvendi modus, est Mors, tum mandantis, quam mandatarii, quia fundamentum hujus contractus est fiducia personalis industriæ, quæ in herede cessat, *§ 10. h. l. 26. & seqq. D. Mandat.* * Tamen, si per ignorantiam, aut probabilem causam, post mortem in negotio mandato sit perfectum, utilis actio utrimque non negatur, *d. § 10.* Huc etiam pertinet species *l. 19. § 3. in fin. de donat.* mandavi ut Titio despecuniam, cui ego donatum volo, dedisti post mortem meam ignorans, habes actionem. Idem est in *l. 4. pr. de manumiss. vind.* ubi accedit favor libertatis, cui geminum vide exemplum in *l. 9. § 1. de jur. dot.* denique, non aliter finitur morte mandatum, quam si integrum sit, *§ 10. in pr. h. l. 27. § 3. h. t.* Proinde, si negotium pendeat inchoatum, neque perfectum, ita ut id quod restat, cum iis quæ sunt gesta, connexum sit, dicendum est, transire mandatum ad heredem, *arg. l. 5. § 6. de administr. tut. l. 13. de tut. & ration. distrab. l. 11. C. arb. tut.* Sunt etiam species mandati, post mortem durantes, veluti, quæ in tempus post mortem specialiter concipiuntur, & instar ultimarum voluntatum se habent, *l. 12. § ult.* cum *l. seq. D. Mandati. l. 18. § 2. de donat. mort. c.* non tantum si tale sit negotium, quod vivo mandatore non potest impleri, sed etiam, quod specialiter in tempus, inquam, post mortem collatum est, *l. 13. Mand.* non obst. *l. ult. de Solut.* de qua vid. Cujac. *1. obs. c. 38.* Similiter mandatum, quod subjicitur actionibus venditis, donatis, legatisve, aut alio proprietatis titulo, morte non finitur, quia potius e natura tituli principalis, quam sua æstimatur, *l. 1. C. de Oblig. & Action.* hoc usu venit, cum fundi venditor alicui mandavit, ut emptorem in vacuam possessionem induceret, *l. 33. de acquir. poss.* id enim post mortem quoque mandatoris, cum idem & venditor sit, recte fit; magis enim hic venditionis quam mandati obligationem spectamus. Sed quod judex a Præside datus etiam in tempus successorum durat, *l. 49. § 1. de judic.* id huc non pertinet, quia nec mandatum hoc est, neque de re patrimoniali, de qua heic agimus. Idem est in *Nov. 134. § 6.* ubi Præsides jussa principis, aut præcepta majorum judicum missa ad decessores suos, implere jubentur, perinde ac si ad se missa essent. Æque ac Jure Canonico cautum est, ut Legati a latere officium duret, etiam post mortem Pontificis, *cap. Legatos. 2. V. præsenti de off. Legat. in 6.* Sic etiam, cum quis institorem præposuit tabernæ, quia

* Hinc & in Saxonia mandatarius judicialis, mandato heredes comprehendente instructus, intra *6. Sept. & 3.* dies heredes sui principalis nominare, & ab iis novam legitimationem exhibere jubetur. *Mand. El. d. 1655.* Menck. *ad O. P. S. t. 7. § 3.*

publice hoc fit, neque proprie mandatum est, durat quoque post mortem præponentis, *l. 17. § 2. de Institor. act.* cum morte domini, a quo servus Kalendario, id est pecuniis fœnori dandis, præpositus est, ea præpositio, quæ privata est, finiatur, *l. pen. de reb. cred.* Postremo *l. ult. pr. de Solution.* objicitur, ubi verba; *ei, qui mandatu meo post mortem meam stipulatus est, recte solvitur;* Scilicet, vi stipulationis ab eo factæ, qui adhuc vivit, non mandati, quod mortuus dedit. Vide latius D. Wissenbach. *p. 1. ad D. disp. 32. th. 9.* Postremo recipere mandatum diem & conditionem, quemadmodum alii contractus, id per se clarum est, *§ 12. h. t.* Etiam potest mandatum per epistolam, aut per nuntium contrahi, *l. 1. pr. & § 1. h. t.*

11. (k) Præterea, ad naturam mandati pertinet, quod gratuitum sit; est enim beneficus hic contractus, cujus naturæ merces est contraria, *l. 1. § 4. h. t.* nam si pecuniaria conventio accedat, in diversam speciem contractus abit, nempe locationis, si factum sit ejusmodi, quod soleat locari; quod si locabile non sit, tum est contractus innominatus, Facio ut des, *l. 22. de præscr. verb.* vel extra ordinem cognoscendum, si res aliquam dignitatem aut favorem habeat, veluti ob studia liberalia, de quibus idem fit, sive de honorario convenerit, *l. 1. de extraord. cognit.* sive non convenerit, ut de Advocatis in *l. 4. D. de extraord. cognit.* cum Mandatarius salarii petendi aliter jus non habeat, quam si promissum sit, & quidem certum, hoc enim, vel condictione certi, *pr. Inst. de V. O.* vel extra ordinem, ut dictum, exigitur. Incertæ pollicitationis salarium neutra actione peti potest, *l. 56. § 3. h. t.* Quemadmodum & in illa specie, qua factum locabile sine mercede alicui committitur; nam si id hac mente fiat, ut postea tantum detur, quantum convenerit, tum & ille contractus est innominatus, *§ 1. supra de Locat. Cond.* si vero officii amicitiæque causa factum suscipiatur absque animo mercedis capiendæ, tum est mandatum, *§ ult. in fin. h. tit.* Enimvero potest mandatario salarium promitti salva mandati natura, ut actio quoque mandati, de ipsa re, scil. principali detur, *l. 6. D. Mandat. in pr.* Ne enim peti potest salarium per actionem mandati, cujus naturæ merces contraria est, ut dictum. Quid igitur sibi volunt verba *d. l. 6. in pr. Si remunerandi gratia honor intervenerit, erit mandati actio?* Ego sic puto. Quæstio est, an mandati actio competat etiam tum, quando mandatum est salariarium. Ratio dubitandi, quia mandatum est gratuitum, ut accedente pecunia, natura ejus mutari videatur. Sed respondetur; Tamen dari actionem, cum promissio salarii a mandato separata sit; datur actio non de salario, sed de ipso negotio, hoc enim quæritur: & hoc est subjectum hujus propositionis. Si vero tu ponas, subjectum esse, *si honor intervenit:* & prædicatum, *mandati actio erit,* tum speciosa esset adversaria interpretatio.

Tit. XXVIII.

De Obligationibus, quæ quasi ex Contractu nascuntur.

Natura obligationum ex quasi-contractibus, & numerus. De negotior. gest. Tutele administr. De actione Curator. Rei communio. Heredit. aditio. De indebiti solutione.

(a) OBligationes, inquit Cajus in *l. 1. de O. & A.* aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure ex variis causarum figuris. Quæ sint illæ, satis explicat in *l. 5. & seqq. eod. tit.* ubi species recenset easdem, quæ in hoc titulo sub nomine quasi-contractuum habentur. Videlicet, cum infinitæ sint fere negotiorum species, ex quibus æquum erat obligationem nasci, compertum est, nomina contractuum atque delictorum usitata non sufficere omnibus illis diversitatibus exprimendis. Admodum enim variæ causarum figuræ inciderunt, quæ mediæ inter contractus atque delicta naturæ viderentur; prout autem propius ad ingenium alterutrius accederent, ita contractibus aut delictis sunt aggregatæ. Species contractibus affines placuit quasi-contractus, delictis viciniores quasi-delicta nuncupari. Paulo quidem circumductius loquitur hic Imperator, ut non rotunde *quasi*-contractus, sed obligationem *quasi* ex contractu nasci, affirmet. Tamen nihil hærendum, quin docendi causa *quasi*-contractuum nomen usurpetur, ut quasi-Servianam actionem, peculium quasi-castrense, habemus, denique ut quasi-maritus dicitur in *l. 32. § pen. D. donat. int. vir. & ux.* Enimvero ne sic quidem fieri potuit, ut omnes obligationum species certis nominibus includerentur,

(k) *Pos. 18.* (a) *Pos. 1.*

rentur, ut exemplo videmus in *l. 32. de reb. cred.* & alibi. Porro Quasi-contractus, nihil sunt quam facta honesta, ex quibus sine conventione nascitur obligatio, propter æquitatem. Alii volunt causam obligationis hic esse tacitum consensum. Sed hoc in universum vix dici potest, quia furiosi quoque & infantes ex quasi-contractibus obligantur, quibus tacitus consensus adscribi non potest, *arg. l. 3. de R. J.* Quin & ignorantes inviti ex hisce causarum figuris obligamus, *§ 1. in med. h. t. l. 2. de neg. gest.* Denique contractus vere creberrime tacito consensu perfici leguntur, *l. 4. pro soc. l. 6. § 2. l. 18. Mand. l. 13. § ult. locati. & l. 3. de reb. cred.* Paulo commodius ex præsumpto, sive a legibus ficto consensu, Quasi-contractus nasci videantur, quemadmodum sane hujus generis obligatio *tacita* dicitur in *l. 13. § ult. π. Comm.* & pupillum contrahere adeundo hereditatem, habetur in *l. 3. in fin. ex quib. caus. in poss.* quando scilicet ea negotii conditio apparet, ut dubium non sit, quin is, ad quem res pertinet, suum consensum adhibere debeat: idque propter æquitatem, quæ est in re ipsa. Unde utique nihil simplicius, quam æquitatem mediante legis interpretatione, affinitatemque cum contractibus, veram hujus obligationis existere causam; quamobrem contractibus etiam accensetur *in l. 23. de R. J. l. 49. de O. & A. § 1. Inst. de Action. & l. 3. in fin. Ex quib. caus. in poss.* Jam ob æquitatem illam, quæ in re ipsa apparet, dicitur hæc obligatio ex re nasci, *l. 46. de O. & A.* ubi pupillus, quoties ex re venit obligatio, teneri dicitur, quem sane ex quasi-contractibus teneri, jam dictum, atque dicendum est. Porro quasi-contractus traduntur quinque numero; Negotiorum gestio, Tutela, Rei Communio, Hereditatis aditio, & Indebiti Solutio, de quibus ordine *hoc tit.*

2. (b) Negotiorum gestor est, qui absentis negotia sine mandato gratis administrat. Nascitur inde actio negotiorum gestorum directa, vel contraria. Directa datur domino contra gestorem, ut reddat rationem administrationis sux; gestorum, non gestorum, male gestorum, *l. 2. & l. 11. de negot. gest.* ut restituat, quicquid habet; tenetur autem de levissima culpa, *§ 1. in fin. h.* & *arg. l. 21. C. Mandati. l. 25. § 16. D. famil. erciscund. & l. 24. D. de usur.* præterquam si quid urgente necessitate sit gestum, tunc enim de lata duntaxat culpa gestor tenetur, *l. 3. § 9. de Negotiis gestis.* idque merito ita consultum, ne homines a custodiendis amicorum rebus abterrerentur, si non ea, quam suis rebus adhibent, diligentia defungi se posse intelligerent: quod si quis absque necessitate rebus alienis se miscuerit, est quod sibi imputet, si plus diligentiæ ab illo exigatur, memor regulæ quæ est in *l. 36. de R. J.* Plane cum mandatarium de levissima teneri culpa, superius sit probatum, non est recusandum negotiorum gestori, qui semetipsum obtulit, quo ad eandem redigatur diligentiam, *arg. l. 1. § 35. Depos.* idque volunt verba *§ 1. h. t. Nec sufficit talem diligentiam adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, si modo alius diligentior eo; commodius administraturus esset negotia;* quæ verba non inferunt conditionem, ut tum demum de levissima culpa teneatur, si nempe alius ipso commodius administraturus fuisset, sed descriptionem exactissimæ diligentiæ continent, perinde ut in *§ 2. supra quib. mod. re contrah. oblig.* nec quicquam contrarium est in *l. 6. § ult. de Negot. gest. l. 32. pr. D. eod. & l. 20. C. eod. tit.* vid. D. Wissenb. *disp. ad Inst. 32. th. 6.* Cæterum actioni directæ negotiorum gestorum, opponitur & utilis, & contraria. Utilis in specie *l. pen. de Tut. & ration. distrah. l. 17. C. de negot. gest.* Contraria, id est directæ opposita, datur negotiorum gestori ad repetendas expensas, & quicquid præterea ipsius ex probabili causa interfuerit, *§ 1. h. t. l. 2. de Negot. gest.* etsi negotium non habuerit effectum, *l. 10. § 1. eod.* cessat tamen hæc actio reciproca, si dominus interdixerit, ne quid rerum attingeret, isque tamen, etsi utiliter, res gesserit, *l. ult. de negot. gest.* denique, si non repetendi animo, sed pietatis & affectionis intuitu fecerit impensas, *l. 27. § ult. de Negot. gest. l. 34. eod. l. 12. & l. 15. C. eod. tit.* nisi de contraria voluntate liqueat, ut in *d. l. 34. l. 50. Famil. erciscund. & l. 12. C. eod.*

3. (c) Secundus quasi-contractus, est TUTELÆ administratio, nam ipsum quidem tutelæ munus est publicum & personale, de quo *libr. 1.* est actum. Inde similiter duplex nascitur Actio, directa, & contraria, *§ 2.* Utraque ante finitum tutoris officium nec datur, neque nascitur, *l. 1. § ult. l. 4. pr. & l. 9. § 4. de tut. & ration. distrah.* quia tutor ut parens & dominus agit, visumque est importunum, in media functione rationes exigere; Nec Plato aliter *l. XI. de LL.* pupillo,

(b) *Pos. 5. 6. 7.* (c) *Pos. 8. & seqq.*

cui maxime vult consultum, actionem dat, quam ἅμα δ' ἂν ἡβήσῃ τις τῶν ἐφήβων, *simul ac pubes factus fuerit.* Mores tamen sæpius, quibusdam locis quotannis rationes jubent reddi, teste Schneidew. *ad h. § ult.* Zypæ. *Not. tit. de tutor.* Apud nos nihil hac de re habemus constitutum, ideoque jure civili standum videbatur: sed opinio atque, ut videtur, observatio forensis est, Rationes quando postulantur, non posse recusari. Id autem hodieque tenet, ante redditas rationes pecunias pupillares a tutore non esse præstandas, Sand. *lib. 2. tit. 9. defin. 12.* Jam directa datur pupillo finita tutela, adversus tutorem ad hoc, ut rationes reddat, & reliqua præstet, id est ea, quæ de bonis pupilli supersunt, restituat. Etenim rationum redditio duas habet partes, *primam*, ut administratio referatur atque exploretur, *tum* ut reliqua præstentur, id est bona, quæ supersunt, restituantur, *l. 82. de C. & D.* ut & damnum, quod ex levi culpa contigit; nam ultra mediocrem diligentiam non tenetur tutor, *l. 1. in pr. de tut. & rat. dist. & l. 33. de admin. tut.* quin aliquando, ut in prædiis comparandis, non nisi de lata culpa, *l. 7. § 2. de admin. tut.* duntaxat, ubi sponte se tutor obtulit administrationi, tum juxta satisdationem ad omnem omnino culpam tenetur, *l. 53. § 3. de Furt.* Olim etiam usuras præstabant, si pecunias pupillorum otiosas reliquissent, ut duos tantum menses haberent in anno liberos, *d. l. 7. § 3. & 4.* sed jure novo id non injungitur, nisi pupillus aliter vivere nequeat, *Nov. 72. c. 7.* quin si ultro tutor fœnori pecunias locaverit, periculum ipsi incumbere dicitur, *d. N. c. 6.* quod recte ita temperatur, si quid ejus negligentiæ imputari possit, *arg. l. 44. in f. de C. & D.* Sand. *l. 2. tit. 6. def. 14.* Atque hæc est directa tutelæ actio, quæ contra tutorem datur; sed & ipse contrariam habet, per quam a pupillo consequitur indemnitatem, *l. 1. & 2. de contrar. tut. act.* sive jam fecerit impensas, seu se suasque res pro pupillo obligaverit, *d. l. 1. & l. ult. de contrar. tut. act. § 2. h. in fin.* Cæterum, si quis roget, cur non æque tutor teneatur de levissima, quam procurator sive mandatarius? ratio videtur, quod tutela munus est publicum, quod invitis etiam imponitur, mandatum vero libere suscipitur; ideoque durum foret, eum, qui publice cogi potest, tam arcte adstringere, quam eos, qui se rebus alienis suo arbitratu miscere solent.

4. Atque hæc de actione tutelæ. Quæ autem de tutoribus dicta sunt, ea per analogiam ad Curatores producuntur: Ita ut utiles Curationis causa actiones, inter illos & minores exemplo tutelæ exerceantur, *vid. Tit. de Tutel. & utili curationis causa Actione.* & supra *de Curatorib.* Sed qualis hæc utilis est? Negotiorum gestorum vocatur *in l. 17. C. de negot. gest.* Tutelæ, *in l. 3. C. arbitr. tut.* Quid vetat utramque Curatoribus applicatam fuisse; imo sic habet *l. 7. C. eod. Negotiorum gestorum seu tutelæ.* Tentari tamen potest, negotiorum gestorum esse, quæ instituitur perseverante adhuc tutela, ut satis clare habet *l. 4. § ult. de tut. & rat. distrah.* & accipi potest *l. 16. § 1. eod. l. 26. de administr.* sed utilem tutelæ dari finita administratione, sicut directa tutelæ, *l. 4. pr. eod.* Nempe ut negotiorum gestorum agatur de singularibus factis: utilis tutelæ detur post perfectam ætatem de universa cautione; Sic commode conciliabuntur *dd. l. 4. l. 16. & l. 26.* quæ volunt ante finitum officium curatorem conveniri, cum *l. 2. l. 14. C. de adm. tut.* quibus diserte statuitur, Curatorem non nisi finita administratione teneri. Sit ita, quod ad utilem tutelæ actionem de rationibus reddendis, hæc imitatur directam tutelæ, quæ non nisi, cum Tutor desiit esse, datur: sed in curatore id peculiare est, quod etiam de actu particulari statim interpellari possit utili negotiorum gestorum, de quo casu intelligendas leges oppositas, indicat nobis *l. 4. § 4. Rem pup. salv.* ubi tutor non nisi absoluta tutela, sed is, qui pro tutore negotia gessit, *statim atque quæque res salva esse non cœpisset*, teneri dicitur. Protutor est, qui cum tutor non sit, putans vel fingens se esse, res pupilli gerit, *tit. D. de eo, qui pro tut. prove cur. negot. gess.* Hic quoad actionem e vestigio dandam, curatori comparatur in *d. l. 4. § 4.* Ergo & actio, quæ in Curatorem, dum cura manet, datur, est de *quaque re*, quæ culpa ejus salva non est.

REI COMMUNIO.

5. Tertius quasi-Contractus est rei communio; quæ dicitur, cum duo, vel plures eandem rem, sine conventione societatis, habent indivisam, velut, cum res eadem duobus est legata, empta, vel donata, aut denique cum eadem hereditas pluribus est relicta, *§ 3. h.* Unde duplex nascitur Actio, *Communi dividundo;* & *Familiæ erciscundæ, § 3. & 4.* Communi dividúndo, datur inter eos, qui volunt discedere a communione

ne rerum singularium, & notandum, quod hæc actio latius pateat, quam ipse quasi-contractus communionis. Nam & res, quæ per societatem sunt communes, hac actione dividuntur, *l. 2. Com. divid.* & Actio pro socio datur tantum de præstationibus personalibus, quæ ex societate veniunt, ut supra dictum, *l. 1. eod.*

SCHOLIUM.

Nolim tamen propterea cum Autore dicere: Actionem communi dividundo latius patere, quam ipsum quasi-contractum communionis. *Nam quod Socii, qui societatem contraxerunt, ad divisionem obligentur, regulariter est ex quasi contractu. Dico* regulariter; *Si enim in pactis Societati adjectis, de divisione aliquid dispositum sit, utique actione pro Socio ad divisionem agetur, quia pacta contractibus b. f. adjecta iisdem insunt.*

RESPONSIO.

Latius patere communi dividundo actionem, a nobis dictum est, ratione materiæ subjectæ, quæ cum in rebus extra communionis quasi-contractum etiam consistat, nihil simplicius, quam id quod dixi, verum est; utcunque τὸ formale quasi-contractus inter socios diverso respectu aliquo modo intelligi possit.

N. ADDIT.

Manet tamen incongrua locutio. Quilibet, qui legit, actionem communi dividundo latius patere quam ipsum quasi-contractum, putabit, dari quandam actionem communi dividundo, quæ non sit ex quasi-contractu. Secundum præsentem explicationem Autoris, dicendum fuisset: res dividendas actione communi dividundo, non omnes esse communes factas per quasi-contractum, quæ plane diversa sunt a prioribus.

Præstationes vero personales, quæ ex communione proprie dicta veniunt, insuper ad hanc actionem referuntur, idque volunt verba *§ 3. h. tit. quod solus fructus ex illa re perceperit, aut quod socius ejus solus in eam rem necessarias impensas fecerit.* quo loco per socium intelligendus, qui rem habet communem extra societatem, non socius proprie dictus. Sunt igitur præstationes personales, quæ non immediate ex re ipsa, sed e facto personali proficiscuntur; velut, si unus in re communi damnum dederit, *l. 16. § pen. & l. 25. § 16. fam. ercisc.* vel impensas fecerit, aut fructus *lucrumve* perceperit, *l. 18. § 3. h. t. l. 4. comm. divid. & l. 3. C. fam. ercisc.* atque hæc quæstio in judicium una cum divisione petita [illegible] *§ 4. infra de off. jud.* plane, quoties divisio petitur, præstationes personales pariter in judicium deducuntur, *l. 3. in pr. Comm. divid.* ut dicendum sit, actionem pro socio dari de præstationibus, quæ absque divisione rerum ipsarum exiguntur, scil. quoties inter partes de societate convenit. Igitur, cum materia subjecta horum judiciorum sæpius misceatur, consequens est, alteram actionem altera tolli, quatenus inquam bis idem petieretur, *l. 33. § 1. & l. 50. pro soc.* sed in quantum una actione peti potest, quod in altera non inest, ita cumulative concurrunt; etenim postquam res divisæ sunt, de præstationibus adhuc agi potest, si prius sint omissæ, *l. 43. d. t. pro soc.*

6. Est autem actio communi dividundo duplex, directa, quæ datur inter eos, qui utrimque sunt domini, & de rebus ipsis corporalibus dividundis, de qua Cæsar in *hoc textu, & JCtus in l. 4. Comm. divid.* idque sive rem possideat alter, sive non, *l. 30. eod.* & utilis, quæ datur emphyteutæ, *l. 7. pr. D. eod.* ei, qui Publicianam habet, *d. l. 7. § 2. & § 3.* etiam iis, qui jus incorporale, veluti servitutis, habent commune, *l. 19. § fin. eod. tit.* denique & tum, quando res sunt extinctæ, vel communes esse desierunt, *l. 6. § 1. & l. 11. Comm. divid. l. 22. § pen. Famil. ercisc.* Actio familiæ erciscundæ datur inter coheredes, qui volunt discedere a communione rerum hereditariarum, tam ut res dividantur, quam ut præstationes personales ad æqualitatem redigantur, *l. 22. § pen. Famil. ercisc.* In cæteris eadem ratio est hujus judicii & communi dividundo, *§ 4. h. l. 6. § 11. D. Comm. dividund.* de quibus v. Cujac. *paratit. C. comm. utriusque jud.* Tamen hoc interest, quod ex ipsis definitionibus liquet, alterum esse judicium singulare de certis rebus, alterum generale, de rebus omnibus ad hereditatem pertinentibus, quæ referuntur in *l. 19. l. 20. & pass. de hered. pet.* non tamen universale, quia non datur de juribus & nominibus, *l. 4. pr. D. Famil. ercisc.* quoniam dividi est affectio rei corporeæ; sed actiones & nomina sunt ipso jure inter heredes pro partibus hereditariis divisæ, ac ita singuli conveniuntur, & agunt, *l. 6. & l. 7. C. Famil. ercisc.* quomodo tamen judicis officio contineatur, ut etiam jura & nomina partiatur, saltem quod ad ordinem modumque exigendi, videbimus *infra.* Hoc etiam inter utrumque judicium interest, quod familiæ erciscundæ semel tantum agi potest, siquidem omnia divisionis capita complectitur; quod si, ut fit, aliquid omissum

fit,

sit; in promptu est communi dividundo judicium, quod hoc casu alterius est suppletorium, *l. 20. § 4. D. Famil. ercisc.* vid. Bronchorst. *2. antin. 11.* Cæterum, sintne actiones hæ personales tantum, an mixtæ, quæstio nobis occurret ad § *20. infra de Act.*

7.(d) Quartus quasi-Contractus est Hereditatis ADITIO; ex qua nascitur actio, quæ *personalis ex Testamento* dicitur, daturque legatariis & fideicommissariis adversus heredem, ad hoc, ut legata & fideicommissa præstentur, § *5. h. l. 5. § 2. de O. & A.* & hujus quidem speciei non male fundamentum esse dicetur voluntas & consensus, saltem tacitus heredis, qui hoc ipso, quod hereditatem adit, id in se recipere videtur, ut legatariis & fideicommissariis ea præstet, quæ ab defuncto illis relicta sunt, *d. l. 5. § 2. l. 3. § ult.* cum *l. seqq. Quib. ex caus. in possess. eat.* etiam vero creditoribus hereditariis; Nam & his datur adversus heredem, verum non ex quasi-contractu, sed ex eodem contractu, quo defunctus illis tenebatur. Adeo, ut aditio tantum sit medium, seu conditio sine qua non; minime vero causa formalis ejus actionis, quam habent creditores in heredes, § *5. h. tit.* Ratio est, quia conditio obligationis ex persona heredis non mutatur, *l. 2. § 2. de V. O.* Sed heres per omnia jure defuncti utitur, eumque repræsentat, *l. 62. de R. J.* datur autem hæc actio ex testamento non modo ad ipsa legata, sed etiam ad fructus usurasque petendas a tempore moræ, nihilo secus ac in bonæ fidei judiciis, *l. 78. in pr. de Legat. 2. & l. 87. § 1. D. eod.* licet alioqui natura hujus actionis sit stricti juris, *l. 5.* cum *l. 6. de in lit. jur. l. 3. C. Ex quib. caus. in integr. restit. arg.* § *28. Inst. de Action.* Quinimo in cautione legatorum, quæ fit per stipulationem, quam maxime stricti juris esse constat, locum tamen habet incrementum usurarum ex mora, *l. 1. § 13. ut legat. servand. caus. cav.* Cujac. *17. observ. 37.* Cod. Fabr. *lib. 6. tit. 24. defin. 1.* Carpzov. *defin. for. p. 2. const. 30 def. 20.* Cæterum, quo modo legatum sit relictum, quoad hanc actionem nihil interest, siquidem & per vindicationem, res legata perinde actione personali, atque rei vindicatione, peti potest, *l. 48. § ult. de Legat. 1. & l. 108. § 2. eod. tit.*

8. (e) Ultimus quasi-Contractus est, Solutio Indebiti, unde nascitur condictio indebiti, quæ datur ei, qui per errorem (sub quo dubitatio, *l. ult. C. h. t.*) solvit id, quod naturaliter non debebat, § *6. h.* quo pertinet *tit. ff. de condictione indebiti.* de qua præsumptum est aliquid *supra ad tit. de obligat. quæ re contrab. n. 6.* Ejus causa dicitur quidem esse tacita obligatio in *l. 13. § ult. de Commod.* sed qui hoc accipiendum sit, initio hujus tituli dictum est. Enimvero non esse hic proprie dictam obligationem, satis docet *l. 19. de reb. cred. in princip.* ubi, *Non omnis numeratio eum, qui accepit, obligat,* ait JCtus, *sed quatenus id ipsum agitur, ut confestim obligaretur,* quia tamen hoc ipso, quod solvimus, aliquid negotii gerimus, *l. 33. de condict. indeb.* satis causæ est, ex qua lex obligationem quasi tacitam educere queat, *d. § ult.* ac ita capiendum, quod *in fine § 6.* habetur; perinde is, qui accepit, obligatur, ac si mutuum ei daretur, & ideo condictione tenetur; de qua comparatione diximus *ad tit. de obl. quæ re contrab. n. 6.*

SCHOLIUM.

Non sequitur tamen, hanc obligationem non esse proprie dictam, quod vult Autor propter d. l. 19. pr. de reb. cred. *ad quam quidem facilis est responsio: nisi forte* conventionem *pro* obligatione *dicere voluit Noster.*

RESPONSIO.

Mea sic est ratio; Proprie tacitam esse obligationem, quando partes non exprimunt quidem, sed tamen hoc agunt, ut obligentur, d. l. 19. *ut in speciebus societatis mandatique taciti vidimus. In solutione autem indebiti, nihil minus quam id agitur, ut pecunia reddatur, verum ut in solutionem cedat, aliud nihil cogitant.*

N. ADDIT.

Hic ante omnia integrandum est Scholium, ab Autore capite truncatum. Dixerat Autor, Fundamentum repetitionis esse errorem. Adnotaveram, Remotum scilicet; proximum enim est obligatio ex quasi-contractu, seu conventione præsumpta, quæ tacita vocatur in *l. 13. § ult. Commod.* improprie, vid. Prælect. *Tum subjunxeram statim scholium, prout hic est positum.* Unde tamen non sequitur &c. *Facile vero apparet, cur Autor omiserit verba initialia, ne videlicet lector sentiret mutationem status controversiæ. Aliud est, ex solutione indebiti oriri* obligationem impropriam; *aliud, hanc obligationem esse* improprie tacitam. *Posterius ipse concesseram, sed prius saltem impugnaveram, quod dixerat Autor, subesse hic obligationem impropriam.*

(d) *Pos. 19. 20.* (e) *Pos. 21. & seq.*

Ergo

Ergo jam in responsione id assumit, de quo non est lis. Id tamen licet adversus eum ex hac responsione notare. Concedit Autor, dari obligationes tacitas impropric. Concedit Autor, has obligationes tacite improprias pertinere ad quasi-contractus. Ergo hac confessione illa destruit, quæ alibi contra nos urget, quod distinctio inter consensum tacitum & præsumptum, sive hunc impropric tacitum, sit inutiliter illata in artem. Vide quæ disceptamus hac de re ad tit. Pandect. de procurat. n. 4. *Item ex hac confessione poterunt eamplures, quæ in Pandectis passim mihi opponat, quod numerum quasi-contractuum nimis extenderim. Vide potissimum novam additionem* ad tit. a l exhibendum n. 1.

Cæterum, errore solutum oportet esse, quod condicetur; ubi anceps occurrit quæstio, juris etiam error, an facti dumtaxat intelligendus sit. Videtur rotunda esse decisio in *l. 10. C. de Jur. & fact. ign.* Cum *quis jus ignorans indebitam pecuniam solverit, cessat repetitio; per ignorantiam enim facti tantum, repetitionem indebiti soluti competere, tibi notum est.* Licet enim *in tit. de condict. ind.* error ubique simpliciter memoretur, est tamen ita, quod erroris vox simpliciter posita, de facti errore soleat intelligi, *l. 9. §5. vers. quod ex causa. & vers. nam initium. de jur. & facti ignor.* Res tamen prædura videtur, condictionem hanc, quæ ex bono & æquo in hoc introducta est, ut quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocetur, *l. 65. de condict. indeb.* negare propter innocuum juris errorem; maxime, cum generaliter sit traditum, juris ignorantiam non prodesse quidem acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocere, *l. 7. de jur. & fact. ignor.* Quo loco nimis illa subtilis interpretatio videtur, qua eum, qui indebitum solutum condicit, non suum, sed amissum repetere, cavillantur dissentt. & juris errorem non nocere quidem volunt in damni rei amittendæ, secus in re amissa; cujusmodi pecuniam indebite solutam esse, interpretantur, eo quod solutio sit species alienationis, & condictio rem non suam supponat, *§ 14. Inst. de Action.* Etenim quamvis suum proprie debito opponatur, *l. 27. § 2. & l. 34. in pr. de aur. & arg. leg.* non raro tamen suum idem quod debitum significat, *l. 6. § 6. de his, quæ in fraud. credit. l. 5. § si cum. de except. dol. & l. 5. C. de hered. petit.* ut & in definitione Justitiæ jurisque præceptis, *suum cuique* usurpatur; nec dubitandum, quin hoc loco, ubi de sensu æquitatis naturalis agitur, *suum* in latiore sensu sit accipiendum. Quis enim dixerit, iniquum esse, ut juris error innoxius sit ei, qui rem suam persequitur, quam forte aliis debet; non esse iniquum, uti rem sibi debitam, quam forte pluris interfit ejus habere, petenti opponatur? Et hæc æquitas manifesto approbatur in *l. 1. pr. ut in possess. legat. & l. 7. de condict. dat. caus. non sec.* ubi non obscure juris error in eo, qui ignorabat se doli exceptione uti posse, animadverti potest, nec multo secus in *l. 32. §1. de condict. indeb.* Apertissime, ni fallor, in *l. 1. C. de condict. ob caus. dat.* ubi mulier avunculo dotem dedit, putans, se cum eo contrahere posse matrimonium, quo non potest liquidior esse juris error; nihilominus ei datur condictio. Secundum hæc, textus in *d. l. 10. C. de jur. & fact. ignor.* intelligendus videtur de ejusmodi casu, qualis est in *l. 9. C. ad L. Falc. & l. 9. §5. de jur. & fact. ign.* ubi heres, qui per juris errorem integra solvit legata, non potest condicere quartam L. Falcidiæ, qua uti se posse ignoravit. Causa enim ibi subest naturalis obligationis, qua fit, ut heres, qui Falcidia supersedit, pleniore pietatis officio functus dicatur, *l. 5. §15. de donat. int. vir. & uxor.* Condictio indebiti æquitate naturali imprimis nititur; proinde ubi is, qui solvit, ex aliqua naturali æquitate fuit obligatus, jam cessat ratio, quæ condictioni causam præbuit. Forte nec erit alienum dicere, Impp. in *d. l. 10.* respicere ad id, quod in *l. 2. & ult. ejusd. tit.* tradunt; condictionem indebiti non habere locum in causis lucrativis. Latius hoc agit D. Vinnius *comment. ad hunc § 6. n. 3.* Dissent. multi, etiam noster D. Wissenb. *disp. ad Inst. 39. th. 17. & part. I. ad Pand. disp. 43. th. 14.* D. Voet. *comment. ad d. § 6.* qui i lem statuit de solutione indebiti facta per socordiam atque supinam negligentiam, quia sic in *l. 3. §1. de jur. & fact. ignor.* scriptum sit; ignorantiam facti sic demum prodesse, si non *desidiæ & nimium securi* hominis sit, ut in *l. 6. eod. nec supina ignorantia ferenda est factum ignorantis.* Sed de crassa facti, idem quod de juris ignorantia, mox docetur *in l. 7.* & quod memoravimus, tenendum videtur, ut non tam ad suum repetendum, quam acquirere volentibus objiciatur. Cæterum hoc sine difficultate concedendum, si is, cui indebitum solutum est, sine fraude rem amiserit, pro parte, vel totam, quod tantum quatenus inde locupletior est, teneatur, *l. 26. § 12. vers. hoc solum.* & l.

& l. 65. § 8. eod. tit. Duaren. *ad d. tit. cap. 9.* Atque hæc de indebito & de errore generaliter.

9. Videtur autem Indebitum quodammodo esse duplex, ex re, & ex persona. *Prius*, quando id, quod solutum est, vere non debetur. Ex *persona*, quando quidem debetur id, quod est solutum, sed non ab eo, qui solvit, vel non ei, cui solutum est. Ex utroque datur condictio; nam etiam cum tu mihi solvisti, quod amicus tuus mihi debebat, condictio tibi datur, *l. 19. § 1. D. de condict. indebit.* tametsi obstet *l. 44. D. eod. tit.* quam alii volunt loqui de eo, qui solvit nomine veri debitoris. Ita Cujac. *l. 8. observat. c. 9.* Giphan. in *l. 16. de condict. indeb.* Donellus 14. *comment. c. 13.* & alii; Est quidem illa responsio divinatoria, sed ego ita existimo, satius esse divinationes, quam *ἀντινομίας* admittere; modo sint ejusmodi conjecturæ, quæ ex ipsis textibus aliisve juris fundamentis refelli nequeant: Si cui tamen hæc minus hariolatio placet, is & aliter potest; Sic enim verba textus; *Repetitio nulla est ab eo qui suum recepit, tametsi ab alio quam a vero debitore solutum est*; si heic *suum* in proprio strictoque sensu accipere velis, quem paulo superius designavimus, dic, creditorem in hac *l. 44.* rem propriam accepisse, quam nulli reddere debeat, siquidem adversus omnes justi dominii habet exceptionem; ut docet exemplo JCtus in *l. 33.* verb. *sed suam rem. D. eod. tit.*

10. Ut autem Condictio locum habeat, oportet id, quod solutum est, saltem naturaliter non deberi, licet civiliter debeatur; nam *v. gr.* quod quis metu coactus, vel dolo deceptus, promisit & solvit, hoc potest condicere, quia sufficit naturaliter non deberi, *l. 41. de condict. indeb.* Contra, quod naturaliter debetur, etsi civiliter indebitum, hoc non potest condici: ut exemplo notabili patet ex *l. 60. eod. tit.* ubi debitor sententia Judicis absolutus, adeoque exceptione perpetua tutus, tamen non potest repetere quod solvit; ut non immerito Marcianus dicat in *l. 40. pr. eod.* non esse perpetuam hanc regulam, *Qui exceptionem perpetuam habet, eum solutum repetere posse*; ne quidem eo sensu, quem JCtus excipit; cum exceptio in favorem ejus, qui solvit, introducta est: nam exceptio rei judicatæ est hujus naturæ sine dubio, neque tamen condictionem tribuit, quatenus scil. subest solida naturalis obligatio: Dico solida; nam secus est, si jus civile naturalem illam obligationem tollat & evertat; veluti est obligatio pupilli, & mulieris fidejubentis, quæ licet naturaliter valeant, tamen quia Jure Civili infirmantur, Condictio inde nascitur, *l. 40. D. de condict. indeb.* At ibi tum applicanda est modo indicata Marciani distinctio, utrum jus civile labefactet obligationem naturalem in gratiam favoremque debitoris, an vero in odium creditoris: Nam si hoc, tum, utcumque lex abroget vim obligandi naturalem, non est tamen ut debitor habeat condictionem; *Veluti, si filius-familias contra Macedonianum mutuam pecuniam acceperit, & paterfamilias factus solverit*, non repetit, habetur in *d. l. 40. fine pr.* Quod si adhuc in potestate existens solverit, tamen condictio negatur, per *l. 14. de reb. cred.* quæ indistincte loquitur, ut & *l. 26. § 9. de condict. indeb. & l. 9. § pen. ad SC. Macedon.* Verum, quod ex testamento jure invalido solutum est, pertinet ad regulam fractæ Jure Civili obligationis naturalis, & repeti potest, *l. 2. § 1. h. t.* quanquam, si heres cognito testamenti tenore, vitioque perspecto, ex conscientia satisfaciendi testatoris voluntati, solverit, repetitio nulla datur, *l. 2. C. de fideic.* Ad eandem regulam pertinet, solutio integri legati, sine detractione Legis Falcidiæ, siquidem heres in facto circa vires hereditarias erraverit, *l. 9. C. ad L. Falcid.*

11. Etiam quod in diem debetur, si ante diem solutum est, non potest condici, quoniam & ante diem debetur, *l. 10. eod. tit.* Nec ratio apparet, quare debitor interusurii nomine, hoc est, ratione ejus quod interest propter commodum medii temporis, quo creditor pecuniam habuit, antequam exigere potuisset, quicquam petere possit: Nam causa usuræ in strictis contractibus est stipulatio duntaxat, *l. 3. C. de usur.* in bonæ fidei judiciis mora & pactum, *l. 32. § 2. & alibi de usur.* distinctio Molinæi *de comm. & usur. quæst. 64. n. 497. & seqq.* inter anticipatum tempus modicum, & non modicum, æquitatis specie blanditur, nec ab usu judiciorum forte aliena erit, at juris auctoritate destituitur, Perez. *ad tit. C. de condict. indeb. n. 5.* Costal. *in l. 10. D. eod.* Quod sub conditione debetur, ante conditionem existentem solutum, repeti potest, *l. 16. pr. & l. 60. pr. d. t.* Ratio ex iis, quæ supra *ad tit. de verb. obligat. n. 4.* dicta sunt, facile percipi potest. Si tamen conditio sit ejusmodi, quæ omnino sit extitura, nec deficere queat, solutum non repetetur, *l. 18. d. t.* Quid si in diem incertum debeatur, & ante diem solvatur, scriptum est, diem incertum facere conditionem

tionem, *l. 75. de C. & D.* nisi perinde sit ejusmodi dies, quæ incerta quidem est *quando*, certa tamen est aliquando extitura, *l. 17. de condict. indeb.*

12. Tres sunt causæ, in quibus omnino cessat condictio indebiti, scilicet actiones, in quibus lis inficiando crescit in duplum, ‡ quæ sunt, Legati piis locis relicti, legis Aquiliæ, & Depositi miserabilis, quod incendii, tumultus, ruinæ, naufragii causa est depositum *l. 1. § 1. & seq. Depos. § ult. h.* Ratio, cur in his judiciis cesset condictio, satis est obscura, etiam ea, quam plerique reddunt, quod solvendo quasi transactum sit de duplo, ad quod tenentur hi, qui vel de fraude sunt convicti, vel primo se reos esse, ex hisce causis inficiati sunt.

SCHOLIUM.

Sed quid obscuritatis hic subest, si dicas, leges in his casibus præsumsisse transactionem? Sane ipse Autor fatetur, id quod nomine transactionis datur, non posse condici tanquam indebitum, quamvis sine causa vera præcedente detur. Ergo qui in causa depositi miserabilis quid solvit, præsumitur id non ex errore solvisse, sed ex metu dupli. Non obstat l. ult. C. h. t. *utpote quæ loquitur de metu & anxietate in genere, in quo leges nullam transactionem voluere præsumere. Ibi ergo regula traditur*, hic *exceptio.*

RESPONSIO.

Exemplo res patebit. Conveniris de damno dato. Putas, te dedisse damnum; solvis æstimationem ultro. Nec infitiationis, neque doli ulla mentio. Intelligis dein errorem fuisse, alium esse reum. Quid huic simile transactioni de duplo? Si quis tamen velit, hic esse præsumptionem illam; fiat; non repugno. Mihi non potest non obscurum videri. Vid. § ult. h. t.

N. ADDIT.

Vereor, ne nunc sit ignorantia affectata. Nam prout Autor casum format, multa sunt monenda. Putas, *ait*, te dedisse damnum, & ita solvis ultro. *Distinguendum: si alius dedit, & nemo est qui me persuadet, me dedisse, vix casus est dabilis, quod jam ultro soluturus. Si actor dolose me persuasit, possum repetere. Nam etsi transactio præsumatur, tamen transactio dolosa rescinditur.* Porro, *ait Autor*, infitiationis tamen hic nulla, sed amentio. *Quid inde? Sufficit, quod Romani scirent, eum, qui infitiaretur, teneri in duplum. Ipsi enim vulgo sciebant jura patria, lingua patria proposita. Adeoque non æstimandi sunt ex nobis, qui jura peregrina habemus, ex quibus judicatur, quæ tamen populus ignorat.*

Adde Vinn. *ad hunc § ult. n. 2.* ubi suggerit duas exceptiones alias; Prima est de dote, quæ si data sit a matre, ab amita, vel sorore, aliisve pietate productis personis, & putantibus se esse obligatas, cum non essent, non repetitur, *l. 32. § 2. h. t.* Ex qua tamen non liceat ita colligere; condictionem indebiti cessare in causa dotis; quia non aliter hoc obtinet, quam ubi pietas inducit præsumptionem, quod ex affecta sponte dotem datura fuerit; quemadmodum & JCtus in *d. l. 32. § 2.* sublata, ait, opinione falsa, *relinqui pietatis causam, ex qua solutum repeti non posset.* Multo minus recte dicitur, in causa transactionis hanc cessare condictionem. Imo, qui solvit quasi ex transactione, quæ facta non est, repetere potest, utpote ex falsa causa datum, *l. 23. in pr. de condict. indeb.* quod est verissimum hujus condictionis specimen & exemplum. Etenim, quod is, qui vere transegit, de lite, quæ per calumniam ei movebatur, cum nulla subesset causa litis solida, non potest repetere quod dedit; id ad hoc caput nullo modo pertinet, sed ad diversissimam quæstionem, an scilicet transactio possit rescindi, ex eo quod nulla causa media fuit, quæ transigendi necessitatem inferre potuisset; id quod negatur *l. 2. & l. 19. C. de transact. l. 65. § 1. de condict. indeb.* ubi addit JCtus, *nam si lis fuit, hoc ipsum quod a lite disceditur, causa videtur esse.* Condictio indebiti cessare dicitur, quando quod solutum est ex aliqua causa, repeti nequit, etsi probetur causam illam esse falsam; Proinde, si repeti non posset, quod titulo transactionis solutum est, cum transactio nulla præcesserat, tum vere cessaret condictio; at hoc falsum esse, probat *d. l. 23. in pr.* Eadem ratio exceptionis est, quam de causa jurisjurandi, *§ 11. Inst. de Action.* & Rei judicatæ, *L. 1. condict. indeb.* vulgo comminiscuntur. Sane quod quis sciens indebitum solvit, animo repetendi, nullo modo repeti potest, *l. 1. & l. 50. de condict. indeb.* sed non est hæc exceptio, quia non est de regula, quæ de solutione per errorem facta loquitur. Donell. 14. *comment. 25.*

‡ Hæ tres Actiones, Legati piis causis relicti, Legis Aquiliæ, & Depositi miserabilis, etiam apud Saxones pœnales sunt, *§ 2. I. de Action. lege 2. § 1. D. ad L. Aquiliam, lege 1. § 1. 4. D. Depositi* expressa sanctione confirmatis & in usum revocatis. *O. P. S. E. I. & E. Tit. XVI. § 3.*

TIT. XXIX.

Per quas personas nobis obligatio acquiritur.

HUjus tituli notitia pendet ex eo, quam supra habuimus, *per quas personas cuique acquiritur.* Notum est, alii per alium non acquiri obligationem, nisi per eum, qui in potestate nostra sit, veluti per filiumfamilias, & per servum. Pater igitur acquirit obligationem, quam filius contraxit ratione peculii profectitii, sed quam ex peculio adventitio acquisivit, ejus proprietas ad filium, ususfructus ad patrem pertinet; quæ autem ex peculio castrensi, vel quasi-castrensi oriuntur, ea cuncta penitus & pleno jure filio acquiruntur, *in pr. hoc tit.* Proinde, si quid filius stipuletur ex causa profectitia, id Patris pleno jure fit, *§ 1. h. d. l. 6. pr. C. de bon. qu. lib.* Duntaxat, si filius tempore contractus in potestate fuerit; tametsi enim emancipetur antequam debitum sit exactum, manet tamen actio Patris, quia in stipulationibus id tempus, quo contrahitur, spectamus, *l. 144. § 1. de R. J.* Imo in conditionali contractu, si ante existentem conditionem filius emancipetur, licet obligatio tum demum nascatur, Patri tamen acquiritur, *l. 78. de V. O.* nisi conditio pendeat ab arbitrio factoque filiifamilias, *l. 132. § ult. eod. & l. 11. § 1. Qui pot. in pign.* vel sub hac conditione, si juris sui factus erit, stipulatus sit filius, aut servus, nisi rursus dolo id fecerint, *l. ult. de stipul. serv.* At in legatis aliter se res habet; Quod enim filio sub conditione relinquitur, eo mortuo, vel emancipato ante conditionem, Patri non acquiritur, quia legata, priusquam deberi incipiant, vires non capiunt, *l. 18. de R. J. & l. 5. § 2. Quando dies leg. ced.* adde quæ dicta *ad pr. & § 1. d. tit. per quas personas.* Per servos indistincte acquiritur obligatio, qui modo nostri sunt, nam per alienos & bona fide possessos, non nisi duabus causis acquiritur, scilicet, ex operis illorum, & ex re domini, *§ 1. & 2. h.* Per servum communem dominis pariter pro rata acquiritur, nisi nomine, vel jussu unius contraxerit; tunc enim illis duntaxat acquirit, quorum nomine, quorumque jussu contraxerit, *§ ult. h. t.*

TIT. XXX.

Quibus modis tollitur Obligatio.

De modis tollendi Obligationem ipso jure, generaliter, & de Solutione. Quis cui solvere possit. De acceptilatione. De novatione. Diversi effectus novationis voluntariæ & necessariæ. De Compensatione. De contrario consensu. De modis aliis tollendi Obligationem.

(a) NOn sine ratione methodi ratio in hoc capite a Justiniano exigitur, quod de modis obligationem tollendi agit, antequam de obligationibus tractatum absolverit; cum alter earum fons & quasi mater adhuc superfit, quæ est maleficium. Ratio duplex reddi posse videtur, prima, quod modi quibus tollitur obligatio, longe frequentiores sint in contractibus quam in delictis; altera, quod hi modi sint voluntarii omnes, partiumque consensu perficiantur: cum delicta sint obligationes involuntariæ, interque invitos solummodo constent. Maluit igitur Cæsar affectionis hujus cum materia proxima, quam ordinem universæ partitionis considerare, quod & gratius Lectori evenire videtur. Tolluntur autem Obligationes, vel ipso jure, vel per medium exceptionis. Modi, quibus Ipso jure tolluntur, heic loci quatuor tractantur, Solutio, Acceptilatio, Novatio, & contrarius Consensus. Solutionis vocabulum late, vel strictius in jure usurpatur. Late, pro quavis liberatione, sive cujuslibet obligationis solutione, quæ fit *ipso jure*, hoc est ita, ut debitum sine ullo actu judiciali penitus aboleatur, & jus creditoris funditus extinguatur, ita ut nulla ei actio amplius superfit, *l. 54. de solut. & l. 176. de V. S.* Per modum exceptionis obligatio tolli dicitur, quando jus creditoris in se adhuc durat, actioque ab illo instituí potest, sed æquitatis intuitu per exceptionem elidítur, de quibus *tit. Instit. de except.*

2. (b) Solutio stricte sumpta quasi per excellentiam, definitur; Naturalis præstatio ejus quod debetur, *l. 49. & l. 52. de Solution.* Dicitur, *naturalis*, hoc est vera & propria, quando res

(a) *Pos. 1. 2. 3.* (b) *Pos. 4. & seqq.*

ipsa

ipsa, quæ debetur, traditur; aut cum nummi debiti adnumerantur, vel ut olim, appenduntur. Vim verbi, *naturalis*, Græci efficaciter exprimunt, quando solutionem vocant κατάβολὴν, & solvere καταβάλλειν, quasi projicere, aut adjicere & effundere nummos, quod & Galli sua Lingua imitantur, qui *bailler* projicere, frequenter pro solvere uti solebant, neque vernaculum *schieten*, *tellen*, unde *betalen*, hinc alienum est. Voce *naturalis* discernitur etiam solutio ab acceptilatione, quam esse imaginariam solutionem, mox intelligemus. Ipsa quoque res debita, inquam, solvi debet, alioqui non est præstatio naturalis, ita scil. ut res fungibiles in eodem genere solvi sufficiat, *l. 2. §. 1. D. reb. cred.* quemadmodum supra in capite de mutuo intelleximus: nam sane qui nummos in alia forma reddit, non videtur aliud pro alio solvere, *arg. l. 1. de contrab. emt. & l. 65. §. 1. de V. O.* Seneca *6. de benef. c. 5.* Species autem, sive corpora, in eadem specie reddenda sunt, nec enim potest aliud pro alio solvi invito creditori, sed volenti potest, *infr. hoc tit. d. l. 2. §. 1. & l. 80. de solut.* Si vero contentus sit creditor accipere aliud pro alio in solutum, nihil est quod impediat, vel species dare pro pecuniis, etiam in illis contractibus, quorum ea proprietas est, ut pecuniam numeratam exacte in contrahendo requirant, *l. 17. C. de solut. & l. 9. C. de rescind. vend.* qui tamen auri argentive certum pondus debet, solutione pretii ejus liberatur, *l. 1. in f. l. 9. & l. 35. de aur. arg. leg.* Etiam quando quis decem in certa materia v. c. mellis debet, tum electio, & debitoris, & creditoris esse videtur, utrum mellis eam quantitatem, quæ talis sit pretii, an decem solvere, vel petere velint; debitoris ante, creditoris post litem contestatam electione, *l. 57. de solut.* actum enim est in illis casibus de materiis corporalibus seu quantitatibus pretioque æstimatis. Sæpe etiam fit, ut ex pactione, si res vel quantitas debita perierit, aut præstari nequeat, ut tum ad æstimationem in pecunia numerata agatur, *l. 22. de reb. cred. l. 3. §. 3. de action. empt. & l. 59. de V. O.* manet enim idem debitum, quando rei, quæ mercis numero habetur, in pecunia numerata sit æstimatio, ut etiam fidejussor in eum casum accipi possit; quod vice versa, ut pro eo, qui pecuniam debet, fidejussor in rem, aut quantitatem aliam interveniat, fieri non potest, *l. 5. §. 8. & l. 42. de fidejuss.* Sane, quando in bonis debitoris pecunia non reperitur, res loquitur, aliunde solutionem conficiendam, resque debitoris creditori esse addicendas, *Nov. 4. c. 3.* quin hoc etiam in nummis est verum, non cogi creditorem in aliam formam nummos accipere, si ex ea re damnum aliquod passurus sit, *l. 99. de solution.* quod refer ad ea, quæ dixi *ad tit. de obligat. quæ ex contrab. n. 4.* nam prout quidque contractum est, ita & solvi debet, *l. 8. de acq. pos.*

3. Unde etiam recte concluditur, quod nec invito possit obtrudi solutio per partes. Quia totum, non pars debetur, & solutio particularis minus est commoda, *l. 3. famil. erciscund.* adeo ut si quis debitum non totum consignaverit, de summa tota usuras debeat, *l. 41. §. 1. de usur.* & si quis sub pœna certam summam promiserit, is partem solvendo nulla parte pœnæ liberatur, *l. 25. §. 13. famil. erciscund.* nec emptor parte pretii soluta, partem ullam rei emptæ petere potest, *l. 13. §. 8. de Action. empt.* neque debitor solvendo partem, distrahendi pignoris facultatem creditori adimit, aut minuit, *l. 16. eod.* adde *l. un. C. si unus ex plur. hered.* Sane, cui libertas sub conditione dandi relicta est, is heredem ad accipiendam partis solutionem, favore libertatis cogere potest, *l. 4. §. 6. de statu lib.* & si debitum pro parte sit liquidum, pro parte controversum, tum liquida pars solvi potest etiam invito, ut ita de controversa duntaxat litigetur, *l. 21. de Reb. Credit.* denique arbiter in judicio familiæ erciscundæ inter cohæredes quidem nomina partiri potest, sed hoc nullam juris divisionem inducit, nec creditoribus, ut pars petenda sit, præjudicat, *d. l. 3. Famil. erciscund. l. ult. de distract. pignor. l. 9 si pars heredit. pet.* Nec *in l. 9. §. 1. de solut.* quæ objicitur, quicquam est, quo per partes invito solvi probetur, nec etiam in *l. 2. §. 1. & 2. de V. O.* quin etsi per partes debitor acceperit, si tamen simpliciter se obligavit ad restituendum, verius est, eum ad totum teneri restituendum, *l. 80. de solut. & l. 27. de R. J.* solvendum etiam eodem loco, quo convenit, *l. 9. de eo, quod certo loco.* ut invitus creditor alio loco accipere non cogatur, *l. 2. §. 7. eod. l. 16. §. 6. de fidejussor. l. 10. C. de usur. & l. 5. §. 1. depos.* Cur igitur officio judicis inesse dicitur, ut rationem loci, vel temporis habeat, *in l. 5. pr. divid. Comm.?* nam quod vi conventionis jure debetur, officio judicis non indiget, cum hæc duo opponantur, *l. 7. de neg. gest.* At hoc quidem per omnia non ita se habet. Ego enim ita existimo, nihil esse in officio judicis, quod non

saltem implicite insit in ipsa obligatione, ut alias latius; sed hunc quidem textum satis explicat JCtus *in L. 137. § 2. de V. O.* scilicet, de tempore, quod in loco tacite continetur, definiendo. Nihil etiam hærendum, quin tempus obligationi adjectum, sit ita servandum, *l. 44. § 1. de O. & A.* juncta *l. 23. de R. J.* Posse tamen ante diem solvi etiam invito creditori, probavimus *ad tit. de Verb. Oblig. n. 3. sub fin.* sine ullo tamen creditoris detrimento; Nam si debitor velit usuras deducere, quas usque diem constitutum creditori prorogaverit, nihil agit, *l. 122. pr. de V. O.* quamvis alioqui non intersit, gratuita an usuraria sit pecunia, Sand. *3. decis. 16. def. 1.* Recusatæ autem a creditore pecuniæ, hic erit effectus, quod interim si pereat, damnum hoc inique recusationis habeatur, idque creditori incumbat, *L. 72. in pr. d. t. de solut.* modo tamen opportuno loco & tempore sit oblata solutio, *l. 39. de Sol.* nec id vero de qualibet desunctoria recusatione vel dilatione, noli intelligere, *l. 102. de V. O.* sed oportet debitorem serio contestari, & si creditor perseveret, in publico deponere & obsignare pecuniam, *l. 19. C. de Usur.* Proinde, non prohibetur etiam post diem creditor actionem instituere, modo pecunia tum extet, *l. 11. de constit. pecun.* Cæterum, in ultimis voluntatibus paulo secus esse videtur, utique in fideicommisso in diem restituendo, *l. 10. ad Sc. Trebell.* Dedimus aliam limitationem *cit. n. 3. in fin.* Dissent. Cujac. *23. observat. 23.*

4. Nihil interest ad tollendam obligationem, debitor ipse solvat, an alius pro illo quamlibet invito, *h. pr. l. 39. de negot. gest.* invito quidem non fit beneficium, *l. 69. de reg. Jur.* sed limitatur hæc regula. 1. Facto non potest, vi legis potest. 2. nisi intersit tertii, quemadmodum hic interest creditoris. Ei tamen, qui pro invito solvit, non videtur actio dari adversus alterum, pro quo solvit, nisi ei a creditore cessa fuerit, *l. ult. C. de negot. gest. arg. § 1. supr. de obligat. ex quasi-contr.* Cæterum fidejussores pignoraque liberari per solutionem ab reo principali factam, & vice versa, per solutionem fidejussorum debitores liberari, sponte ex his consequitur, *d. pr. in fin. l. 45. de solution.* neque tamen semper, debitore liberato v. g. præscriptione temporis, fidejussor liberatur, ut est species *in l. 38. § pen. de solution.* sic etiam, si fidejussor solus moram fecerit, aut per cum steterit, quominus res, quæ interim periit, præstaretur, reo liberato, ipse adhuc utili actione ex stipulatu tenetur, *l. 32. § ult. de usur. l. 49. in pr. de V. O.* Cum fidejussore comparatur quidem mandator, *rubr. de fidejuss. & mandat.* hoc tamen interest quod, mandatore solvente, reus non liberatur ipso jure, *l. 28. Mandat.* quia mandator propter suum mandatum & suo nomine, quod secus in fidejussore, solvit, *d. l. 28. & h. pr. in fin.*

5. (c) Acceptilatio est liberatio per mutuam interrogationem, *l. 1. Accept.* sive est verborum conceptio, qua creditor debitorem ita liberat, ac si solvisset, unde vocatur imaginaria solutio, εἰκονικὴ καταβολή, *in § 1. in pr. h. t. l. 5. & l. 16. h. t.* Glossarium Juris, acceptilationem vult esse τὴν εἰκονικὴν λῆψιν, τὸν τύπον μόνον καὶ σκιὰν σώζουσαν τῆς λήψεως, οὐ μὴν καὶ ἔργον. *Imaginariam acceptionem, typum duntaxat ac umbram receptionis servantem, non rem ipsam,* ἣν καὶ ἀπόλυσιν εἰώθασι καλεῖν, διὰ τὸ ἀθῶον καὶ ἐλεύθερον τὸν ὑπεύθυνον, *quam & absolutionem vocant, quia reus per eam absolvitur & liberatur.* Imaginaria dicitur respectu solutionis, quæ Φυσικὴ, *naturalis* est: alioqui vera & solida liberatio est acceptilatio, habens verum atque realem effectum, ut imaginarium idem sit, quod symbolicum, cum verus solidusque actus pari effectu per symbolum & imaginem exercetur. Usus ejus est, ut interponatur a creditore, aut donandi animo, vel ob transactionem implendam, aut alterius rei personæve respectu, sed absque præstatione ejus, quod vere debetur, *d. § 1. h. t.* quinimo si vocem solutionis generaliter accipiamus, ut superius expositum est, tum & veræ solutionis nomen habere potest acceptilatio, ut omnem satisfactionem complectatur, *l. 176. de V. S.* juncta *l. 9. § 3. de pign. act.* patetque adeo differentia ejus ab apocha, quæ est confessio solutæ pecuniæ, *Quitancie*, cum acceptilatio sit *quijt-scheldinge*, *L. 16. § 1. de acceptilat.* Quia autem solemnibus verbis fiebat acceptilatio, idcirco sola verborum obligatio per eam tollebatur, donec inventa est Aquiliana stipulatio, in quam reliquæ obligationes transfunduntur, transfusæ per acceptilationem perimuntur, § 2. *h.* Ex. gr. debentur mihi centum ex empto; Rogo debitorem; centum quos ex empto mihi debes, hos tu mihi dare spondes? ait spondeo.

(c) *Pos. 8. & seq.*

tum

tum ille; centum quos ego tibi dare ſpopondi, hos tu mihi acceptos fers? acceptos fero. Atque hoc ſenſu dicitur acceptilatio eſſe juris gentium, quod ad effectum ſcil. quia non jam civiles tantum, ſed & juris gentium obligationes tollit, *l. 8. in fin. D. de Acceptilation.* Enimvero, ſi acceptilatio facta ſit absque novatione Aquiliana, licet ipſo jure non tollat actionem, per remedium tamen exceptionis idem adſequitur, quoniam acceptilatio inutilis vim valoremque pacti habet, *l. 8. pr. & l. 19. in pr. de Acceptil.* Denique, ejusmodi circuitus novationis etiam pro ſubtilitate juris Romani neceſſarius eſt, quando abſens per acceptilationem liberandus venit; Sicut enim per procuratorem non acquiritur nobis verborum obligatio, ut dix. *ad § 19. Inſt. de Inutil. ſtipul.* ita nec acceptilationi procurator adhiberi poteſt, quoniam & hæc ſolemni verborum conceptione perficitur; imo, quod magis ad rem pertinet, eſt actus legitimus, quales non recipiunt conditionem, vel diem, quod utrumque ſcriptum *in l. 77. de R. J.* Proinde, ut abiente acceptilatione liberemur, opus eſt, aliquem eorum loco, ubi creditor eſt, conſtitui, a quo creditor eandem pecuniam, quam nos ipſi debemus, novandi causa ſtipuletur, tum jam nos ſumus liberati, præſens autem amicus ille rogat creditorem acceptum, atque is acceptum fert; eoque modo plena liberatio perpetratur, *l. 13. § 10. de Acceptil.* Procuratorem iſtum mandato ſcilicet inſtructum eſſe oportet, ut habetur *l. 1. 3. de Acceptil.* Cui genus debetur, ſi certam ſpeciem acceptam tulerit, obligatio tollitur, *l. 3. § 4. de Acceptil.* perinde ut cui alternative, aut hoc, aut illud debetur, alterutrum acceptum ferendo, totam perimit obligationem, quod perinde eſt in pacto, *l. 27. § 6. de pact.*

SCHOLIUM.

Scilicet, quod etiamſi per pactum acceptum feram alterutrum, tamen, hoc pactum apponi poſſit tori obligationi, d. l. 27. *Alias enim non eſt perinde, an per pactum, an per acceptilationem debitum fuerit ſublatum. Hic enim ipſo Jure tollitur, ibi per exceptionem, quæ differentia tamen moribus noſtris eſt ſublata* per poſit. ſeq. *Adde* not. ad *Strauch.* XVII. 5. p. 188.

Sed hodie pactum & acceptilatio nihil differunt, niſi clauſulæ transactionum aliorumque pactorum, quibus partes ſe mutuo liberant, huc referantur, & hunc uſum maxime apud veteres habuere, ad inſtar ſtipulationum, *l. 2. l. 15. de Transaction. & l. 4. de condict. cauſ. dat. non ſec.*

6. (d) Sequitur NOVATIO, *in § 3. h.* quæ definitur, Prioris debiti in aliam obligationem civilem, vel naturalem transfuſio, atque translatio, *l. 1. de Novation.* Fit translatio in naturalem obligationem, non quod attinet ad genus & formam obligationis, quia novatio ſemper fit verbis & civili modo, *d. l. 1. § 1. l. 2. & l. 5. & paſſ. eod. tit.* ſed quod ad perſonam obligati attinet, velut ſi pupillus alienam obligationem in ſe recipiat, *d. l. 1. in fin.* Nam etſi pupillus ex ea cauſa non obligetur, partium tamen intentio efficit, ut obligatio tollatur, ac ita novationis natura conſtet, ut exponit Imperator *in § 3. h. t.* Eſt Novatio duplex, voluntaria, & neceſſaria. Prior, quæ fit conſenſu partium; non aliter tamen quam, ut modo dictum, per ſtipulationem, *l. 1. § 1. l. 2. & l. 5. 6. 7. & & paſſ. D. de Novat.* poſterior per litis conteſtationem, *l. 11. § 1. l. 29. eod. l. 1. C. de jud. & l. ult. C. de uſur. rei jud.* ſed de priore definitio proprie intelligitur, ut mox intelligemus. Eaque rurſus eſt duplex; Fit enim aut cum, aut ſine delegatione; quando novus debitor in locum prioris ſubſtituitur, ita ut primus plane liberetur, *h. § 3. l. 11. de Novat.* novus autem iſte vocatur expromiſſor, *l. 4. de condict. cauſ. dat. non ſec. & l. 10. de pignor. act.* item, reus pro alio datus, *l. 5. § 7. de jur. dot.* qui ſemetipſum quoque, debitore ignaro, delegare poteſt, *l. 4. de manumiſſ.*

SCHOLIUM.

Diſtinguunt tamen alii expromiſſionem a delegatione, quod in illa non requiratur conſenſus & ſcientia prioris debitoris, l. 8. in fin. d. t. l. 91. de ſolutionibus. *ſecus in delegatione*, arg. l. 11. & 17. h. t. Non obſt. l. 4. § 1. de manumiſſ. conf. *Wiſſenb.* d. l. th. 4. & 5. *Strauch.* XVII. 7. & 8. *Quomodo ulterius delegatio a novatione differat, vide* Auctorem h. & *Wiſſenb.* d. th. 5.

RESPONSIO.

Non videtur eſſe recuſanda hæc differentia. Quæ tamen non impedit, quo minus qui delegatur, etiam ſit expromiſſor, ut eſt ſine dubio.

Accurate quidem loquendo, differunt Delegatio atque Novatio, quæ fit interventu novæ perſonæ; Namque delegatio proprie eſt actus

(d) *Poſ. 12. & ſeqq.*

ille

ille, quo novus debitor in locum prioris substituitur, quod solo consensu nutuque perfici potest, *l. 17. de Novat.* sed novatio non nisi per stipulationem fit, ut dictum, quæ tum sequitur delegationem. Ex. gr. debes mihi centum, quos tibi diutius cedere nolo, Igitur Titium substituis consentientem eumque ego recipio; hactenus est delegatio. Tum ego, Centum, inquam, quos Cajus mihi debet, hos tu mihi dare spondes? spondeo. hæc est novatio, quæ tamen compendio significationis, delegatio appellatur, *d. l. 11. de Novation.* Quid hæc a cessione differat, palam est, quia non aliter, quam utriusque fit consensu, *l. 1. & l. 6. C. de Novat.* cum cessio fiat ignaro invitoque debitore, ut ex iis, quæ *ad tit. de Mand.* diximus, intelligi potest. Cessio denique non tollit obligationem, ut delegatio, *l. 4. C. de Novat.*

7. (e) Sine delegatione, vel ut Thomasius mallet, sine expromissione, fit novatio, quando manentibus eodem debitore & creditore, obligatio mutatur, *l. 1. pr. & §. 1. l. 9. & l. 28. de Novat.* veluti, cum is, qui ex empto debet, tanquam ex mutuo eandem summam debere, se profitetur, & stipulanti cum usuris redditurum spondet, *l. 6. C. si certum petatur.* Limitat tamen hanc novationem Justinianus in *d. §. 3.* ut non aliter inter easdem personas novatio intelligatur, quam si aliquid novi sit adjectum sequenti stipulationi, *forte si conditio, aut dies, aut fidejussor adjiciatur, aut detrahatur, §. 3. h. t. vers. sed si eadem.* quod tamen eo sensu negat Gædd. *de verb. obl. c. 5. n. 93. & seqq.* per *l.* 8. *pr. & l. 30. de Novat.* in quibus est novatio inter easdem personas absque mutatione; sed in *l. 30.* expressum est, animo novandi esse repetitam stipulationem. Vid. Vinn. *comment. ad hunc § n. 6.* Novissime requirit Justinianus in novatione, uti partes diserte exprimant, se priorem sustulisse obligationem novamque constitutam velle: cæteroqui posteriorem non esse vult novam, sed accessoriam duntaxat, *d. § 3. vers. sed cum hoc quidem. l. ult. C. de Nov.* at olim quoque novatio non aliter, quam si id actum esset inter partes, procedebat, *l. 2. l. 8. pr. & § ult. & l. 23. de Nov.* quo forte an pertinet, quod modo de die cæterisque adjectionibus est dictum. Verum ut nominatim novandi animus* exprimatur, jure veteri non videtur fuisse necessum. Imo videtur per *l. 58. de V. O.* sed haud temere istum locum Cujacius *ad d. t. 58.* a Triboniano purat esse interpolatum, nec forte non *l. 29. & l. 31. §. 1.* ubi verba, *nisi id specialiter actum sit.* D. Wissenb. *Embl. Tribon. ad dd. ll.* sed & constitutio *d. l. ult.* sic intelligenda est, si non ex ipsa negotii natura palam constat, aliam rem geri, quod sane liquet, si quis pro bove v. c. stipuletur equum, sublata stipulatione de bove; Similiter in delegatione non creditur habere locum ** *d. l. ult.* Quis enim de animo novandi, ubi novus est debitor, vel creditor, dubitare possit? D. Vinn. *ad h. § n. 7.* Voet. *ibid. n. 8.*

8. Effectus voluntariæ novationis sunt, ut tollantur pignora, hypothecæ, fidejussiones, denique mora & usuræ cursus sistatur, *l. 8. l. 15.*

* In Saxonia l. l. S. pariter novandi animum exprimendum esse, apparet ex *Decision. El. 65.* & Philipp. *ad cand. obs. n. 18.* Carpz. *P. 2. C. 9. Def. 4.*

** Ita recte cum Autore Hahn. *ad Wesenb. tit. de novat.* verb. *etiam.* Mevius *p. 2. Dec. 240.* Bachovius ad Treutler. *Vol. II. Disp. 29. th. 6. lit. H.* sentiunt. *vid.* Menck. *Contr. Jur. Civ. Disp. 17. th. 12.* Decisio Electoralis 66. distinguit hoc casu inter mercatores & alios delegantes, & regulariter in delegatione non tantum novandi animum exprimere, sed & priorem obligationem verbis expressis cassare & tollere jubet; Mercatoribus autem permittit absque nominatim facta novationis mentione delegare, & observantias desuper inter eos receptas confirmat. conf. Carpz. *p. 2. C. 19. def. 16. Ld. I. 5. Resp. 105. n. 16.* Philip. *ad d. Decis. Obs. 2. n. 24 seq.* Novissime autem *Mandat. Pot. Reg. Polon. d. An. 1699.* § Bey der 3. Frage. cautum est, assignationem per modum delegationis non aliter quam in scriptis fieri, assignantem ab eo, cui assignatio & delegatio fit, i. e. a Creditore suo quittantiam accipere debere, quam formam si delegans observaverit, ipsum a priori obligatione non dum liberatum censeri, nec integrum ei esse delegandi ac novandi animum per testes jurisve jurandi delationem probare, adeoque discrimen inter Mercatores & non Mercatores *d. Mand.* quodammodo sublatum esse videtur, § Und wie nun hiernach mannigl. als nach einem allgemeinen Land-Gesetze sich zu achten hat. nisi quod casus, ubi assignatio in vim dationis in solutum per scontro facta est, ac de eo constat aus denen Scontro-Büchern, excipiatur, *d.* § Bey der 3. Frage. vid. Leipz. Statuta *p. 103.*

(e) *Pos. 25. & seq.*

l. 18. l. 27. l. 29. de Novat. & l. 43. de solution. & exceptio doli amittitur ab eo, qui sciens eam sibi competere adversus priorem creditorem, delegari se passus est alii; Hic enim cum non deceperit ipsum, doli exceptionem non patitur, sed debitor eam donasse videtur, ignorans se habere regressum adversus delegantem, *l. 12. de Novat.*

9. Necessario novatio fit per litis contestationem, quæ & delegatio dicitur, opponiturque voluntariæ Novationi *in l. 11. § 1. de Novat.* Nam judicio contrahi, sicut stipulatione, docet Ulpianus in *l. 3. § 11. de Pecul.* Vocat illam *judicati* obligationem. Atqui in sententia nihil est stipulationi vel contractui simile; sed hoc ad litis contestationem, quæ fit per narrationem actoris & contradictionem Rei, manifesto referendum est. Nec tamen effecta novationis hujus effectum prius habent, quam secuta sententia secundum actoris intentionem; absoluto enim reo, nihil sit novi, atque ideo, quæ proprie est litis contestationis, ea dicitur esse *judicati* obligatio, *d. l. 3. § 11.* At hæc obligatio retinet omnia commoda prioris obligationis, omnesque accessiones, quæ erant in originali, *l. 29. de Novat. l. 8. § 3. de Fidejuss. l. 16. § 5. de pignor. l. 86. & seqq. de R. J.* quo, vel etiam priore sensu, negatur vetus actio lite contestata consumi, *in l. 2. C. de Judic.*

SCHOLIUM.

Scilicet etiam privilegium prioritatis & prælationis, quod incessione & novatione voluntaria non ita semper obtinet. D. Wissenb. d. l. th. 8. Strauch. XVII. 7.

Igitur Novatio appellatur, quia novas adfert qualitates, dum obligationes tempore & morte perituras facit perpetuas, & in heredes transitorias, *l. 139. pr. de R. J.* Alibi plura.

10. (t) Contrario consensu tolluntur obligationes consensuales, dum res adhuc est integra; nam si traditione, vel solutione jam sint impletæ, tunc non simplici consensu, sed retro omnia agendo retractari debent. Quemadmodum & reliqui contractus, in quibus plus quam consensus requiritur, consensu partium solo non possunt revocari, vid. *§ ult. h. tit. l. 6. § fin. de contrah. empt. l. 1. l. 2. C. Quando lic. ab empt. reced. & l. 58. de pactis.* Potest autem & pro parte retractari quod actum est, æque ac in totum, *l. 7. § 6. de pact.* modo uterque in dissolutionem consentiat, *d. l. 1. Quando lic. ab empt. disced.* Unius voluntas nihil operatur, *l. 5. C. de O. & A.* nisi quod mandatum & societas peculiari jure hac in parte utuntur, ut pridem intelleximus. Hypotheca, quæ solo consensu initur, est ejusdem in hoc quoque articulo cum reliquis contractibus naturæ, *l. 1. l. 9. § 3. de pignor. act. & l. 4. de pign.* juncta *l. 23. C. eod.* quod secus erit in pignore proprie dicto, *per l. 58. de pact.* Sed quid hoc est, nudo consensu tolli obligationes consensuales? aut quid hoc, quod scriptum est *in § 3. infra de Except.* pacto convento non dissolvi omnino obligationes, sed actionem nihilominus dari, quæ per exceptionem elidatur? cum idem tradatur *in l. 27. § 2. de pact.* ne quidem pacti mere naturalem obligationem, pacto contrario ipso jure tolli. Plane D. Voetius *ad hunc § 4. n. 1.* negat contra Bachovium, eam esse nudi consensus vim. Quid facias tamen? res nimis clara est, & in reliquis textibus citatis; neque recusandum, juxta naturales obligationes, quæ ipso jure tolluntur, *l. 95. § 4. de solut.* eas quoque civiles ipso jure tolli, quæ solo nudoque consensu, adeoque mero jure gentium constant; eademque ratio est obligationis furti & injuriarum, *l. 7. § 14. de Pact.* Proinde quod pactum non nisi per exceptionem & replicationem tollere dicitur obligationem, id de illis casibus accipiendum, quibus non agitur de simplici resolutione contractus mere consensualis: & quod pactum prius per posterius ipso jure toll: negatur, hoc ad pactum de petendo, quod sequitur pactum de non petendo, capiendum; Nam quia pactum prius de non petendo, se referens ad obligationem aliam civilem & efficacem, ei non aliter derogat quam jure Prætorio, per exceptionem in judicio oppositam, hoc est facto; non potest sequens pactum, nisi contrario replicationis facto, exceptionem priorem everterc. Si tu roges, quomodo pactum a contrario consensu differat, propone tibi exemplum; *Emimus vendidimus*, postridie *non emimus, non vendidimus.* Locavimus conduximus, mox, *non* locavimus, *non* conduximus: est contrarius consensus obligationem funditus tollens. Pactum ita fit; vendidi, emisti, debes pretium, *non petam*, hic obligatio manet, executione ejus enervata. Diximus & alias. adde Wesenb. *in par. D. de pact. n. 11.* Denique si contractus, ipso jure totus contrario

(t) *Pos. 22. & seqq.*

consensu dissolvitur, perinde ac si nihil esset actum, res loquitur, consequentias, aliorum respectu, perinde evanescere; Unde vix equidem dubitandum videbatur, quin emptione venditione contraria voluntate resoluta, jus retractus, quod vicinis aut consanguineis competit, pariter extinguatur, maxime, quia tum cessat ratio, propter quam Retractus est introductus, qui est, ne res alienetur extra familiam; aliud tamen fuit supremæ Frisiorum Curiæ judicium apud Sand. *lib. 3. tit. 5. def. 6.*

11. (g) Præter hos quatuor modos sunt adhuc alii, per quos ipso jure tollitur obligatio, scilicet Confusio, Compensatio, Oblatio cum depositione pecuniæ, rei Interitus sine culpa debitoris. Confusio est debiti & crediti in eandem personam concursus, qui accidit, cum debitor fit heres creditoris, vel creditor debitori succedit; nemo enim esse potest sui ipsius debitor, *l. 75. D. de sol.* quæ ratio efficit, ut etiam naturalis obligatio per confusionem tollatur, æque ac aliis modis, *l. 95. § 2. de solut.* Neque enim per naturam fieri potest, ut idem sit debitor & creditor: quanquam sunt casus peculiares, quibus confusionis effectus impeditur, *in l. 6. & 8. C. ad L. Falcid. in l. 69. ad Sc. Trebell.* quos opponit Ciphan. *in hac quæst. ad l. 2. C. de luit. pign.*

12. Compensatio est debiti & crediti inter se contributio, veluti, cum ego tibi primo centum debeo, & tu deinde mihi vicissim debere incipis tantundem, aut minus; cum confestim tollitur aut minuitur in tantum obligatio mea. Sed hac de re latius infra agetur *ad § 28. de Action.* vel potius ad *ff. sede propria.*

13. Denique, interitus speciei debitæ sine culpa & ante moram eveniens liberat debitorem, *l. 23. D. de verb. oblig. l. 23. de R. J.* Limitatio de mora temperamentum recipit, ut, si res æque apud creditorem vel dominum interisset, utcunque traditione confestim facta, tum possessor sive debitor etiamnum liberetur, *l. 47. § ult. de Leg. 1. l. 14. § 1. Depositi. & l. 15. § ult. de R. V.* non obstante *l. 25. § 2. Sol. Matrim.* ubi vir, qui moram in dote reddenda fecerit, detrimentum *omnimodo* ipse præstare dicitur; licet absit dolus & culpa, de quibus egerat in § *præced.* non etiam ut hæc distinctio, qua nihil est æquius, tollatur. Excipiuntur tamen fures & prædones, *l. 1. § 34. l. pen. de vi & vi arm. l. ult. D. de condict. furt.* Fachin. 2. *controv. 71.* Bronch. 1. *antin. 74.* Potest huc etiam referri concursus duplicis causæ lucrativæ in eandem rem atque personam, *l. 17. D. de obligation. & action.*

14. III. *Oblatio & consignatio* pecuniæ aut alterius rei mobilis debitæ, habet effectum solutionis, *l. 9. C. de solution.* ut etiam liberet a periculo, & ab usuris, *l. 19. C. de usur.* Oblatio totius debiti tempore locoque opportuno, *l. 39. de sol.* præcedere debet; & si creditor recuset accipere, citandus est, quod ex justa causa aliquando sine prævia oblatione fieri potest, ac si opponat se, litigandum; debet autem esse *obsignatio totius debiti solenniter facta*, alioqui non liberat, *d. l. 9.* Si pars modo consignata fuerit, usuræ totius adhuc debentur, *l. 41. § 1. de usur.* Quod si creditor ad impensas obsignationis vitandas, declaret, se pecuniam pro obsignata habere, debitor non liberatur, sed ab usura & pœnis est liber, etsi usuræ sint compensatoriæ, Sand. *l. 3. tit. 13. def. 14.* ubi, an idem sit juris, quando judex pecuniam habeat pro obsignata. Quin imo recte forsitan dixeris, oblationem solam opportuno loco factam; si constet idem esse corpus, quod periit ac oblatum est, a periculo sane liberare, non etiam alioquin ab usuris, *l. 72. de Solut. l. 73. § f. de V. O. & l. 8. in pr. de condict. furt.* ubi de furibus id ipsum affirmatur. Sola tamen oblatio purgat moram, *l. 73. § ult. & l. 91. § 3. de V. O.* liberat a pœna conventionali, *l. 23. § ult. de Recept. qui arbitr.* & solvit antichresin, *l. 11. C. de usur.* Denique sola oblatio sufficit in re immobili, vel difficili ad movendum, facta in judicio. Fab. *l. 8. C. h. t. 30. def. 40. & 53.*

(g) *Pos. 24. & seq.*

EXPLICIT. LIB. TERTIUS.

EX

EX

LIB. IV.

INSTITUTIONUM IMPERIALIUM.

TIT. I.

De Obligationibus, quæ ex delicto naſcuntur.

Continuatio. Definitio Furti explicata. Diviſio ejusdem. Pœna furti. Quomodo proprie furtum fiat. An volenti Domino fiat. An & liberi hominis. Etiam in re propria. Quibus detur actio furti. An in re commodata. In Depoſito. De reliquis circa furtum actionibus.

SEcunda obligationis cauſa, eſt delictum ſeu maleficium, vel Crimen; ſunt enim hæc ſynonyma, *l. 131. in fin. de V. S.* licet aliquando criminis vox paulo ſonet triſtius, ut videtur, *l. 2. § 8. C. de vet. jur. enucl.* Delictorum, quod ad cauſam producentem attinet, nulla eſt diviſio; quippe cuncta crimina obligationem ex ipſa Re pariunt, ait Imperator; id eſt, hoc ipſo, quod maleficium eſt perpetratum, obligatio inde naſcitur: nec altius repetenda cauſa; neque enim hic aut conſenſus, aut literarum verborumve conceptio, uſu venit; Ariſtoteles quidem delicta vocat συναλλάγματα, *contractus*, *3. ad Nicomach. c. 2.* verum ἀκούσια, involuntaria, conſenſum ita ſatis excludens. Res ipſa loquitur, eum, qui alterum contra jus læſit, teneri ad hoc luendum. Porro, delictum eſt vel privatum, vel publicum, *d. l. 2. § 8.* Privatum, de quo illi tantum agunt, ad quos ea res pertinet, ſuntque inprimis quatuor; Furtum, rapina, damnum, atque injuria. Publicum eſt, in quo cuilibet ex populo jus eſt agendi, & quod ex lege publica deſcendit, ut inferius *tit. de publ. jud.* laebimus. Tu vide A. Matthæum, *diſp. 1. de Judic. th. 6.* De privatis criminibus agitur aut civiliter, aut criminaliter, *l. ult. de priv. del. l. ult. de furt.* civiliter, ad commodum pecuniarium actori applicandum, criminaliter ad coercitionem corporis, vel muletam fiſco applicandam, A. Matth. *d. diſp. 1. th. 4.* Si quæratur, concurſus horum judiciorum electivus ſit, an cumulativus, hoc eſt, an poſt civile judicium de privato delicto, adhuc criminaliter agi poſſit, dicendum, nec in contractibus neque in maleficiis actionibusque inde oriundis unquam faciendum eſſe, ut idem bis exigatur; nam pœna nihil eſt aliud quam æſtimatio delicti, quæ bis præſtari nequit, *l. 41. in f. de pœn.* Igitur, cum quis civiliter delicti pœnam expetiit, idem criminaliter experiri non poteſt, nec vice verſa; ſed alternative procedendum, *l. ult. de priv. del. l. ult. de furt.* adde *l. 7. § 1. de injur.* & inprimis *l. 56. § 1. de Furt.* In concurſu privati publicique delicti ſecus eſſe, docet ratio, ſiquidem ea diverſis perſonis dantur; idemque textus *in l. un. C. Quando civil. act. crimin. præjudic.* * Quod ſi plura delicta in uno facto ſint, tum ſine dubio concurſus eſt cumulativus, *l. 2. pr. & § 1.*

* Ex qua lege Doctores inferunt, conductioni furtivæ locum eſſe, licet fur laqueo punitus ſit. Rich. *p. 2. deciſ. 96. n. 14.* Struv. *Jurisprud. For. L. 3. tit. 23. § 7.* Finckelthuſ. *Obſ. 59.* Bruunem. *ad l. 7. ff. de cond. furt. n. 8.* Sed in Electorali Saxonia ſecus obtinuit, ubi condictio furtiva tunc demum concedebatur, ſi fur pœna capitali aut corporis afflictiva non afficeretur, aut ante executionem ſupplicii in carcere deceſſerit, vid. Carpz. *p. 4. C. 32. Def. 23 & Prax. Crim. qu. 80. n. 110. ſeqq.* Quam ſententiam confirmavit *Deciſ. El. 86.* ubi vid. Philip. *Obſerv. 1.* Noviori tamen *Mandato reg.* wegen geſchw. *Exequirung derer* Räuber und Diebe. *d. 1719. d. 27. Jul.* §. wir wollen. heredibus furis laqueo ſuffocati injunctum, ut læſo ſurreptarum rerum, licet in natura non amplius exiſtant, pretium, idque jurejurando pro re nata indicatum, ex bonis a fure relictis, præſtent, ſimulque inquiſitionis expenſas, quas vel magiſtratus, vel, pro locorum diverſitate, ſubditi hactenus tulerunt, reſtituant. conf. Lüd. Mencken. *Diſſert. de reo ejusque herede, ex delicto, corporis afflictivam pœnam merente, ad ablati expenſarumque reſtitutionem obligato, Lipſ. an. 1723. hab.*

de privat. delict. Quid igitur, quod in *l. 53. pr. de O. & A.* habemus, sibi vult? *Plura delicta in una re plures admittunt actiones, sed non posse omnibus uti, probatum est.* Necesse dictu est, plura delicta in una re esse illic, *in uno facto plures e delicto actiones*, ut apparet ex verbis sequentibus *dicti pr. Nam*, ait, *si ex una obligatione plures actiones nascuntur, una tantummodo, non omnibus utendum est.* Exemplum, quo hoc illustrare queas, pete sis ex *Pos. 1. tit. ff. Arborum furt. cæsar.* Cæterum, in his titulis agitur de civili genere actionis.

2. (a) Furtum definitur in § 1. *Contrectatio fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel ipsius rei, vel usus ejus possessionisve, quod lege naturali prohibitum est admittere.* Ubi genus ponitur *contrectatio*, sine qua furtum non intelligitur: nam qui duntaxat inficiatur, rem ex. gr. depositam, vel commodatam esse penes se, ille fur necdum est, sed tum demum, ubi contrectavit eam atque sepositi, *l. 67. pr. de Furt.* Nam contrectare hic est loco movere & auferre, *l. 3. § 18. de Acquir. poss. l. ult. de Cond. furt. l. 3. de Act. ver. amot.* ut ne quidem ingressio in ædes furandi causa facta, furtum sit, *l. 21. § 7. de Furt.* Contrectatio non facit furem, nisi res domino interversa sit, ut eleganti exemplo docet Alfenus in *l. 57. de Furt.* qualis interversio in hoc quoque intelligitur, si quis scripturam alterius lucri faciendi animo deleverit, *l. 41. § 1. ad L. Aquil.* item in usu rei commodatæ vel depositæ, *§ 6. h.* Unde Wissenbachius noster *ff. de Furt. th. 2.* probari putat, contrectationem in definitione Furti non significare amotionem; hoc saltem monstrat, aliquem furti posse teneri, sine ablatione, ut susceptores furum rerumque furtivarum, ex *l. 48. § 1. de Furt. & l. 14. C. eod. § 4. h.* non tamen aliter quam si facta sit contrectatio, *l. 52. § 19. de Furt.* In furto usus, quemadmodum illic furti proprietas minus evidens est, ita quoque ablationem non consistere in amovenda re ipsa, sed interversione usus, altro liquet. Quo sensu fur solo proposito æstimetur, videsis in *l. 174. & 225. de V. S.*

3. Dicitur *fraudulosa* contrectatio FURTUM & lucri faciendi animo facta; nam si fiat contumeliæ causa, ut cum alicui pileus vel gladius aufertur, tum non est furtum, sed injuria, *l. 39. & l. 53. ad L. Aquil.* Theophilus non vertit utramque qualitatem, *fraudulosa, & lucri faciendi gratia*, sed priorem duntaxat, κακὴ ψηλάφησις, pessima contrectatio, inquit; nihil tamen mutandum; fraudulosa vocatur, generali ratione, quod in omni delicto, extra casum Legis Aquiliæ, dolus requiritur, *l. 53. pr. de Furt.* nec tamen ad furis proprietatem fraus quælibet sufficit, sed accedere oportet lucri faciendi scopum, ut modo diximus. Proinde quod *in l. 27. § ult. eod.* is, qui tabulas amovit, seu interlevit, furti etiam tenetur, ita accipiendum, ut lucri causam habuerit, alioqui de damno injuria dato tenetur, *d. l. 41. § 1. & l. sequ.* Id vero nihil mutat, quod is, qui saccum habentem pecuniam surripit, furti etiam, sacci nomine tenetur, quamvis non sit ei animus sacci surripiendi, *l. 77. de Furt.* Equidem non fuit ei hæc mens, ut saccum sine pecunia cleperet, attamen propter nummos etiam saccum voluit. Nihil etiam vetat cum lucrandi animo aliam concurrere causam, veluti inimicitiæ, *in l. 50. § 1. de Furt.* aut libidinis, *in l. 82. § 2. eod.* nam qui solam habet libidinis causam, fur non est, *l. 39. eod.* quanquam & alia isthic differentia apparet inter ancillam meretricem, & non meretricem.

SCHOLIUM.

D. l. 82. & d. l. 39. *explicui ex professo* ad *Strauch.* XIX. 5. p. 213. & multis seqq. *ostendique, nec hanc conciliationem, nec alias communes Dd. quadrare ad mentem JCtorum, sed revera dissensum inter Ulpianum & Paulum fuisse.*

RESPONSIO.

Notas ad Strauchium videat, qui habet. Ego si nulla desperatior esset ἀντινομία, parvo redemptum darem honorem artis.

N. ADDIT.

Habuit vero Autor notas ad Strauchium, cum scriberet responsiones ad scholia positionibus Pandectarum adjecta. Et tamen noluit parvo redemptum dare honorem artis. Quamvis nesciam, an honor Arti auferatur, si quis statuat, dari antinomias in legibus Pauli & Ulpiani, quas nec Autor semper negat. Interim cum illa meditatio nostra de hac antinomia explicationem plurium legum contineat, non alienum a scopo harum additionum novarum esse duxi, si eandem in gratiam eorum, qui notas Strauchii non habent, integram apponam. Sed quia nimis prolixa est, adjici eam curavi ad finem tractatus.

(a) *Pos. 6. & seqq.*

Item

Item si quis in vitæ periculo constitutus, invito domino rem alienam contrectet, ille fur non est, quia non habet animum lucri faciendi, sed vitam conservandi, ideoque ad restituendam id quod interest, duntaxat tenetur, *cap. 3. X. de Furt.* ubi modice peccare dicitur, nisi restituerit; quo facto prorsus non peccat, ut ne quidem jejunii, pœnitentiæ causa damnetur. Eaque est communis Dd. sententia, cujus ratio, recte a tacito generis humani consensu peti videtur, a quo etiam divisio distinctioque dominiorum maxime profecta est; at non adeo peremptorie, ut ad exitium membri ipsius humanæ societatis durare debeat: quia tamen pro certo duntaxat statu indigentiæ hoc jus vigere intelligitur, tali animo fieri debet, ut dein, si facultas dabitur, pretium restituatur, Grot. *2. de J. B. & P. c. 2. n. 6.* Dissent. Voetius *Comment. ad h. t. § 1. n. 2.* Feudistæ & hoc addunt, licere viatori equum suum gramine vicino pascere, atque reficere, *l. 2. Feud. tit. de pace ten. § ult.* quod de casu necessitatis intellectum æque justum erit ac alterum. Nec qui fruges in agro comedit ad satietatem, modo nihil auferat, nec falcem immittat, furum facit. *Deuteron. 23. v. fin. & ult.* nec multo secus Plato de *LL. 8.* Cæterum, qui nummos e re sua a fure vendita redactos ei excussit, is furti tenetur, etsi animus lucri faciendi abesse videatur, (*) *l. 38. § 2. de Nox. act. & l. 47. § f. de Furt.*

SCHOLIUM.

(*) *Sed videtur saltem abesse. Adest enim perinde, ac si quis furi centum thaleros debenti centum thaleros auferat, lucratur enim hic fur ambages, quibus alias in actione fuisset opus.*

RESPONSIO.

Hoc immerito lucrum appelles fraudulentum, quod ambages litium fugitet. Dic potius, id esse lucrum, id, quod pecuniam ex re furtiva reductam asserens, furti actionem & condictionem retinet.

N. ADDIT.

Ego vero non video, cur in præsenti casu istud lucrum non debeat fraudulentum appellari, etiamsi quis ea ambages litium fugiret. Omne enim id fraudulentum est, quod sit illicito modo. Et ambages litium etiam illicito modo fugitare quis potest. Quid si enim quis adversarium in lite eo fine interficiat? Deinde correctio Autoris parum ad rem facit, quia furis actio furti & condictio, quam eum retinere dicit Autor, eliditur per exceptionem aut doli mali, aut compensationis pro quantitate nummorum excussorum. Nihil autem interest, ipso jure quis actionem non habeat, an ope exceptionis elidatur.

(b) Ratione objecti differentia furti in definitione triplex insinuatur. *Primo* rei ipsius. *Secundo* furtum usus, de quo infra *§ 6.* *Tertio* furtum possessionis, de quo *in § 9.* Rei mentio simpliciter fit in definitione furti, non expressio, mobilis sit, an immobilis, corporalis aut incorporalis; nec quidem rem alienam esse debere, exprimitur: At hoc ultimum per se quidem intelligitur; nec enim lucri faciendi fraudandique animus in rebus propriis exercetur. Qualitas vero, *mobilis*, jure meliori exigebatur; nam immobilium rerum non committi furtum, certissimi quidem juris est, at non indigni memoratu, *§ 7. sub fin. vers. abolita enim est. Inst. de usucap.* Ita quidem est, sed in definitione necesse non erat, omnia subjecti requisita collocari; sufficit talem esse, ut ex ea definiti natura ab aliis omnibus rebus distingui possit; denique vox *contrectatio* non obscure hoc requisitum indicat. Nam contrectare est rem loco movere, ut modo probavimus, in hac definitione verbum hoc esse accipiendum. Nam quid aliud est contrectare, quam rem alienam intercipiendi causa amovere, ut loquitur Justinianus *in § 4. h. t.* Ita Brisson. *de V. S. in voce Contrectare.* Sequitur in definitione, *Rei ipsius*, modicæ, ut gallinæ columbæve, furtum fieri, diximus *supr. de A. R. D. ad pos. 45.* non tamen ut criminaliter puniendus sit; præsidis est perpendere, delinquentes publice plectendi, an ad jus ordinariam remittendi sint, *l. 56. § 1. de furt. l. 2. de fur. baln. l. 1. § 1. & l. ult. de Extraord. crim.* eaque est notissima praxis, æquitate & vigore publicæ disciplinæ ita postulante. Rerum immobilium non posse furtum committi, diximus. Sed hominis liberi furtum memoratur *in § 9. h.* quatenus ex lege Quiritium liberi, sicut servi, in dominio patrum erant, *l. 1. § 2. de R. V.* sed agitur in duplum ejus quod interest patris, *d. § 9.* non liberi corporis, quod inæstimabile est, *l. 1. § 5. de his, qui effud.*

4. *Vel usus ejus;* Furtum usus committitur

(b) *Pos. 11. & seqq.*

ab eo, qui re depoſita, vel commodata, * ſuo commodo aliter quam convenit, utitur; niſi conſtet, animum lucrifaciendi abeſſe, §. 6. & 7. h. Poſſeſſionisve; furtum poſſeſſionis facit debitor, rem a ſe oppignoratam creditori furripiens, §. 10. h. ubi id furtum rei ſuæ dicitur; non tamen *qua ſuæ*, ſed quatenus alii jus in ea re comparatum eſt, creditori ſcilicet jus poſſeſſionis. Etiam debitor, qui hypothecam ſpecialem alii obligatam, licet ipſe eam poſſideat, vendit, furti reus eſt, *l. 66. d. t. de furt.* ſed de hoc caſu plus dubii eſt; quia res non eripitur; ideo ad ſtellionatum refertur in *l. 3. §. 1. de Stellion.* Non eſt additum definitioni, *invito domino*; tamen hoc intelligitur; nam volenti non fit furtum, *§. 8. in pr. h.* vel ſaltem agi non poteſt furti, *l. 46. §. ſen. de Furt.* licet eripiens putet, invito fieri, *dd. ll.* aliud eſt, ſi dominus conſenſerit, non ut furi indulgeret, ſed ut eum deprehenderet. Exemplum vide in *d. §. 8.* quod infra ſubducetur.

5. Verba ultima definitionis, *quod jure naturali prohibitum eſt admittere*; dubium hoc recipiunt, qui furtum, quod eſt violatio dominii, jure naturæ vetitum eſſe queat, cum dominia jure gentium demum introducta ſint; quaſi contradictio ſit dominium ſtatuere juris gentium, & furtum, quo dominium violatur, jure naturæ eſſe vetitum. Reſponſio certa eſt; nequaquam ſequi, Jus Naturæ de aliqua re præcipit; ergo illa res fuit in primo ſtatu Naturalium rerum. Jus Naturæ cunctas ſocietatis humanæ actiones morali præſcripto regit, quamdiu illa durat. Pergam Grotii verbis *l. 1. c. 1. §. 10. Sciendum, Jus naturale non de iis tantum agere, quæ citra voluntatem humanam exiſtunt, ſed de multis etiam, quæ voluntatis humanæ actum conſequuntur. Dominium, quale nunc in uſu eſt, voluntas humana introduxit, at eo introducto, nefas mihi eſſe id arripere te invito, quod tui eſt dominii, ipſum indicat Jus naturale.* Non ſequitur igitur, Furtum jure naturali eſt prohibitum, & hoc hominibus congenitum eſt. E. & diſtinctio dominiorum, ſimul ac homines, nata & fundata eſt. Confundit, ſi quis ita loquitur, Naturæ jus cum ſtatu Naturæ. Jus naturæ eſt dictamen rationis, hoc vetat aliena rapi, quandocunque aliorum ſint facta, multoque patet latius quam ſtatus ille primus. De furtis apud Ægyptios & Lacedæmonios permiſſis, vid. Vinn. *h.* & ſi libet Gell. *lib. XI. c. 18.* Adde ſis quod D. Thomaſius habet.

SCHOLIUM.

Neganda eſt veritas illationis; adulterium eſt Jure naturæ prohibitum, quamvis demum in liberis Adami ejus exemplum exiſtere potuerit. Nec obſtat, quod integræ gentes furtum admiſerint, ut Lacedæmonii, ut Ægyptii. Præterquam enim quod a negatione obſequii ad negationem obligationis, non recte inferatur, tentari poſſet, an non propter dominium eminens, quod reſpublica habet in bona ſubditorum, illæ ablationes permiſſæ apud Lacedæmonios & Ægyptios, a furti infamia liberari queant.

RESPONSIO.

Valeat exemplum Adami liberorum. De dominio eminente nimis longe quæſita ratio eſſe videtur, & longioris explicationis.

N. ADDIT.

Omittam etiam, in gratiam Autoris, terminum dominii eminentis, & breviore explicatione rem declaro. Furta illa Lacedæmoniorum & Ægyptiorum erant introducta lege ſcripta ad utilitatem publicam, ad excitandam nempe vigilantiam dominorum in defendendis & cuſtodiendis rebus ſuis, & ſolertiam civium in decipiendis hoſtibus. Si tales leges fiant in Democratia, conſenſu communi, tum furta illa non fiunt invitis dominis. Si in rep. Monarchica, ideo non erunt furta, quia quod fures ita retinent, aufertur dominis a legislatore in pœnam negligentiæ. Cape exemplum. Si Titius cum Seja ſic paciſcatur: Donabo tibi hanc ſupellectilem, ſi eam poſſis ex ædibus meis auferre, ita ut nec ego, nec domeſtici mei ſentiant. Sed ſi deprehendam te, da-

* Nec dubium eſt, quin hodie adverſus eum, qui rem commodatam aut depoſitam furtive contrectavit, inquiſitio ſuſcipi queat; Jus Saxonicum tamen non patitur eos, ad quos res ex contractu vel quaſi-contractu pervenit, ordinario ſupplicio affici, ſed extraordinariæ ſaltim & arbitrariæ coercitioni locum relinquit, *a. L. R. L. 3. art. 22. l. 3. a. 29.* Carpz. *p. 4. C. 41. Def. 3.* Unde Jure Saxon. Communi Tabularius quoque, qui pecuniam fidei ſuæ commiſſam furatus eſt, non niſi relegatione aut fuſtigatione punitur, Carpzov. *l. c. def. 11.* Sed in Electorali Saxonia, ſi ſummam 20. florenorum furto abſtulerit, vel fraudulenter in uſus ſuos converterit, laquei ſupplicio afficitur. *P. 4. C. El. 41. §. f.* ubi vid. Carpzov. *def. 9.* Moller. *ad eund. n. 7. & Semeſtr. l. 4. c. 2.* Schultz. *Syn. Inſt. h. t. lit. M.*

bis

lis mihi fanus. Quis dubitet, eam ablationem haud esse furtum?

6. (c) Divisio furti est in manifestum & in nec manifestum.* *Prius* dicitur, quando fur cum re furtiva est deprehensus, antequam rem tulisset, quo destinaverat. Deprehensus autem videtur, cum saltem clamore, aut indicio detectus fuit, quamvis non sit apprehensus. Nec manifestum dicitur, quando non est ita deprehensus, §3. *h. & l.3. §2. & seqq. de Furtis.* Multo magis igitur, si αὐτοφῶ, in ipso flagranti facinore, vel in eodem loco, ubi res surrepta est, fuerit deprehensus, §3. *h. t.* Justinianus *in d.* § 3. *h.* furem manifestum ait esse, *qui visus, vel deprehensus sit.* sufficitne igitur sola visio? non sufficere, docet JC. in *l.7. §1. de Furt.* ideoque nonnulli particulam *vel* conjunctivam, aut saltem exegeticam esse volunt, ut usurpari videtur *in l. pen. C. de pignor. act. l. 2. C. de nav. non excus. l. 4. C. de V. S. arg. l. 53. de V. S.* Theophilus disjunctim vertit, ἐυσόσου ἢ ὁρᾷ ἢ συσχεθῇ, quousque aut visus, aut apprehensus sit; forte sic capienda verba, sufficere visionem, non requiri deprehensionem: at visionem non otiosam, uti cum quis furem videns, præ metu non audet mutire; sed talem, quæ cum apprehensionis conatu juncta sit, & clamore accursuque sit contestata, ut recte colligitur ex *d. l. 7. §1. h. t.* qualem exemplo Virgiliano *Cujacius* illustravit.

Nonne ego te vidi Damonis, pessime, caprum
Excipere insidiis, multum latrante Licisca?
Et cum clamarem, protinus se proripit ille?
Tityre, coge pecus. Tu post carecta latebas?

Non potuit igitur simpliciter dicere Cæsar, *deprehensus*, quia deprehensio non est necessaria, nec simpliciter *visus*, quia nec hoc sufficiebat, sed deprehensionem visionemque conjunxit, ut aliquid ex utroque requiri significaret.

7. Est & alia quadruplex divisio *in* §4. *h.* nempe Concepti, Oblati, Prohibiti, & non Exhibiti furti: sed hæ species abierunt in desuetudinem, de quibus sufficit videre textum. Non fuerunt hæ, proprie loquendo, furtorum species, sed actiones occasione furti apud veteres Romanos introductæ. Nam actio furti concepti** dabatur adversus eum, apud quem res furtiva, testibus præsentibus, inventa erat, etsi fur non erat, ut *hic* est scriptum: & ex specie sequenti, quod oblatum furtum dicitur, & priori cohæret, intelligi potest: Nam hæc actio dabatur ei, apud quem res in præsentia testium erat deprehensa, adversus eum, qui hoc animo rem obtulerat, ut apud illum alterum potius quam apud se prenderetur. Utramque actionem, tam concepti quam oblati, in triplum fuisse conceptam, Gellius auctor est *in d. lib. XI. Noct. Att. cap. 18.* quam tamen ratio non fert, ut de alio, quam qui scivit rem esse furtivam, accipiamus: sane quin is, qui rem furtivam hac mente mihimet obtulit, ut apud me inveniretur, injuriarum quoque teneatur, non est dubitandum, cum mihi tantum dedecus addere, καὶ αἰσχημοσύνην περιτιθῆναι, voluerit, ut Theophilus. Similiter actiones furti prohibiti & non exhibiti, quæ in eos, qui rem furtivam quæri prohibuerant, vel exhibere noluerant, proditæ fuere, ab eodem furto concepto pendebant, sive ab ritu quærendi rem furtivam, qui olim cum lance & licio fieri dicebatur, de quo vid. Alex. ab Alex. *6. Genial. dier. X.* Turneb. *30. adverss. 23.* Vinnium *in commen. ad hunc* § 4. Hodie, vetustis illis actionibus abolitis, manifestum est, inquit Imp. in *fin.* § 4. quod omnes, qui scientes rem furtivam susceperunt, & celaverunt, furti nec manifesti actioni sunt obnoxii: sane inquisitio rei furtivæ, ob graves præsumptiones, auctoritate publica ne hodie quidem insolita est. Vinn *ad d.* § 4. καὶ ταῦτα μὲν ταῦτα. Vera divisio furti est, quam modo diximus.

8. (d) Pœna furti manifesti quadruplum, sed nec manifesti duplum, sancitur, §5. *h.* Potest ta-

* Hujus divisionis Jure hodierno, inprimis in foro Saxonico, nullam amplius rationem haberi, asserit Carpzov. *Pr. Crim. quæst. 78. n. 8.* & Berlich. *part. 5. Concl. 43. n. 68.* Philipp. *Us. Pr. Inst. L. 4. Eclog. 1.* quod admitti potest, quoad criminalem utriusque coercitionem, cum manifesta non severius, quam furta non manifesta coerceantur, alias enim, cum ipsa *Ordinat. Crim. art. 157.* hujus distinctionis usum agnoscat, quoad actionem Civilem utriusque differentia nec apud nos sublata esse videtur. add. Berlich. *d. l. n. 2.*

** Loco illius hodie in ædibus alienis rerum furtivarum perquisitio, die Hausſuchung, urgentibus indiciis autoritate magistratus suscipi solet, atque is, apud quem res furtiva deprehenditur, pro circumstantiarum ratione in furti suspicionem incidit. Weichb. *art. 90.*

(c) *Pos. 18. & seqq.* (d) *Pos. 23. 24.*

men

men & criminaliter, ut ante dictum, agi, *l. ult. de furt.* An etiam de re modica, veluti de gallina, de ovo, columba furrepta? sic valde vult Cl. Wissenbach. *disp. ad Inst. 9. th. 2.* & *ad Pandect. 4. disp. 29. th. 12.* laudans D. A. Matthæ. *Comment. ad tit. de Furt. c. 2.* dissentientibus communiter omnibus. (e) Nec mirum; haud enim scio, an quidquam alienius a prudentia juris statui possit, quam de ovo gallinave furrepta extra ordinem criminaliter agi. Scriptum est quidem in *l. ult. de priv. del.* & *l. ult. de Furt.* posse utroque modo procedi: sed quis sana ratione utens dubitet, jus dicentis officio contineri, ut animadvertat, sitne res tanti, ut extraordinaria accusatio admittenda videatur. Probat hoc manifesto *l. 56. § 1. de Furt. l. 2. de furib. balnear.* ubi, qui de Furtis minus atrocibus extra ordinem agere volunt; ad jus ordinarium remittuntur; & sub tit. de extraordinariis criminibus, *l. 1. § 2.* tantum de atrocioribus injuriis, in quas graviter animadverti solet, agitur; Atque hoc cum hodierna praxi omni die consentit. Porro, etsi Jure Civili criminaliter de furto agi potest, minime tamen usque ad membri amputationem, quæ plane prohibita est, adsurgit, *Auth. sed novo jure. C. de Furt. Nov. 134. c. 13.* Pœna capitalis * furti, nimis atrox esse videtur, ideoque nec civili, nec divino jure *c. 3. Exod. c. 5. Deut.* probata; tametsi olim pœna furti in servis ultimum fuerit supplicium, præcipitatio scilicet e saxo Tarpejo; adversus liberos homines, addictio in servitutem ejus, cui furtum erat factum, Gell. *lib. 11. c. 18.* Hæc utique de simplici furto sic arbitramur: non esse proportionem inter hoc delictum & capitale supplicium, aut membri abscissionem.

SCHOLIUM.

Imo satis congruit, modo notes, non quærendam esse proportionem inter pœnam & objectum delicti, sed inter pœnam & delictum ipsum; seu proæresin peccandi.

RESPONSIO.

Atqui delictum & proæresis, ut gravitatem maleficii æstimes, e materia delicti juridice colligi debet, quatenus per eam societas communis læditur. Nulla igitur inde proportionis diversitas.

N. ADDIT.

Etsi gravitas delicti quandoque etiam ex materia seu objecto delicti æstimetur, id tamen non semper fit, nec unice. Id vero quatenus per eam societas communis læditur, *parum congrue dictum est. Nam per objectum seu materiam delicti non læditur societas communis, objectum enim est res innocens, sed per ipsum delictum. Deinde læsio hæc societatis communis est forma delicti, aut effectus; non materia, seu objectum. Gravitatem autem delicti non unice æstimari ex objecto, patet vel exemplo pœnarum militarium: somnus vigilum capitalis est &c.*

Locum generalem, an pœnæ juris Mosaici & quatenus augeri possint, de quo disputat Sandius noster, *l. 5. tit. 9. defin. 1.* heic non attingimus, uti nec reliquas furtorum species eorumque pœnas, de quibus in *lib. 47. ff. post titul. de extraordin. criminibus.*

9. (f) Porro furtum non modo fit eripiendo, auferendoque, sed quolibet modo contrectando intervertendoque, ut antea definivimus, præter domini voluntatem. Hinc commodatarius aliter utens re commodata, quam convenerat, fur est; Creditor & depositarius ullo modo pignore, vel deposito utentes, rei sunt furti, *l. 54. l. 56. de furt.* & *l. 7. C. eod.* ratione non obscura; quod depositarius custodiæ causa fidem gratis obligavit, & creditor securitatis ergo duntaxat acceperit pignus; qui etiam, si rem commodatam pignoratamque aliis utendam dederint, proditum est, eos furti pœnam tenere, licet gratis eam dederint, animusque ita lucrifaciendi abesse videatur; etenim pro lucri specie merito habendum est, ex alieno largiri & beneficii debitorem sibi accipere, *d. l. 54. § 1.* exemplis hoc illustratum vide *in § 6. h. l. 5. § 8. commod.*

* In Saxonia El. pœna furis est laqueus, si furtim contrectatæ rei verum pretium summam 12. thal. & 12. grossor. excedit, Räub. *Mandat. d. 1719.* § Wir wollen. Hoc tandem mandato certa 5. Ducatorum in Ordin. Crimin. notatorum æstimatio inducta fuit, cum antea in illorum computatione Dicasteria variarent. Laqnei pœnam furibus infligendam postea remisit *Reser. Reg. d. 1720. d. 12. Apr.* cum fur res furtivas aut illarum pretium restituit, vel alius donandi animo pro eo præstitit. Quod etiam operatur remissio ab eo facta, cui res furreptæ erant, juxta *Reser. d. 1720. d. 26. Aug.*

(e) *Pos. 11.* (f) *Pos. 14. 15.*

& l.

& l. 40. de furt. Gell. *lib. 7. c. 15.* & Valer Max. *l. 9. c. 2. § ult.* Quibus locis est quod verecundiam prisci seculi laudemus, in quo tam minuti a pudore excessus puniebantur; veluti, cum ut fur damnatus est, qui equo, cujus usus illi usque Ariciam commodatus fuerat, ulteriore ejus municipii clivo vectus erat: necessaria tamen est limitatio, nisi quatenus hi omnes animum habeant domino ex hac causa satisfaciendi, aut putent eo non invito fieri, quod faciunt, § *6. & 7. h. tit.* utcumque in eo fortassis errent; sufficit enim, abesse malum consilium, *l. 46. § 7. de furt.* Ita Symmachus *lib. 7. epist. 69.* imputat amico suo, ultroque fiduciæ suæ gratiam sperat, quod jumenta commodata demoratus erat.

10. (g) Volenti Domino non fit furtum, tametsi tu animum furandi habeas, *in § 8. h.* vel potius furtum fit, sed actio furti non datur, ut scribit Pomponius in *l. 46. § pen. de furt.* conscientia quidem furis malitiæ obligatur, coramque Deo vere furti reus est, qui rem alienam fraudandi & lucrifaciendi animo abstulit; ipsa tamen delicti substantia, & quasi corpus, ut ita loquar, non extat, ubi domino volente res contrectata est. Facit huc, quod Cicero *l. 3. off.* scribit. *Aliter*, inquit, *leges, aliter Philosophi tollunt agrorum jugera: leges, quatenus manu res teneri possunt, Philosophi, quatenus ratione & intelligentia.* Antequi, theologice crimina mente nos metiri oporteret, non est dubitandum, licet actu non admisso. *Matth. 5. v. 28. Rom. 7. v. 7. Proverb. 24. v. 8.* Machus est apud Dei tribunal, qui hoc egit, ut alienam matrem famam corrumperet, *l. c. Matth. 5.* Lege tamen Julia nequaquam reus est, quatenus cogitationis pœnam nemo patitur, *nisi l. 18. de pœn.* Potest tamen fieri, ut ob exquisitam improbitatem, conatus delinquendi puniatur; cujusmodi casus est *in § 1. h. t.* sumptus ex *l. 20. de furt.* ubi quis etiam reus & furti & servi corrupti fit, tametsi nec invito Domino res sit surrepta, servusque frugi manserit. Species hæc est; tu servo meo suaseras, uti res meas ad te deferret. Is autem mihi fraudem aperiens, me auctore, quasdam meas res domum tuam deportavit, eas que ego apud te deprehendi: Neque tamen putandum, hic nullum puniri conatum, cum actus vere inceptus & exercitus fuerit, etsi alio, ac is se putabat, modo. Et quidem hæ actiones una post alteram dantur, quia, licet idem sit factum, distincta tamen delicta esse apparet, *d. § 8. h.* bis igitur dupli, reus hic condemnatur, furti semel, iterum servi corrupti, quæ in duplum scripta est, *l. 1. de serv. corr.*

11. (h) Quid vero est hoc paradoxi, quod in § 9. habetur, hominis liberi furtum posse fieri? cum tralatitium sit, hominis liberi nullam posse dari æstimationem, *l. 1. § 3. de his, qui effud. vel dejec. & l. 3. Si quadrup. pauper.* scilicet ipse liber homo non potest æstimari, verum id quod interest Patris, qui caruit operis filii, duplicatur, idque a fure præstatur: solus autem pater habet furti actionem ratione patriæ potestatis: mater aliæque personæ, nullum habent, quam publicum de plagio judicium, *l. 38. de Furt. l. ult. C. de plag.* Referendum hoc est ad antiquum jus patriæ potestatis, quo filius non minus erat in ditione Patris, quam servus sub Domino, ut non modo jus vitæ necisque, sed etiam vendendi liberam haberet potestatem, imo etiam ter vendendi, ut diximus *lib. 1. tit. 9. n. 2.* & probat Rævardus *tract. ad L. XII. tab. c. 3.*

12. (i) Est & alterum ἀπροσδέκητον. Nam rei propriæ dicitur fieri posse furtum *in § 10.* Nihilo enim magis hoc fieri posse videtur, quam ut sibi quis ipse injuriam faciat, qua de re Aristoteles *l. 5. Ethic. ad Nicom. c. 5.* ubi μοιχεύει δὲ οὐδεὶς τὴν ἑαυτοῦ γυναῖκα, οὐδὲ τοιχωρυχεῖ τὸν ἑαυτοῦ τοῖχον, οὐδὲ κλέπτει τὰ ἑαυτοῦ. *Nemo suam ipsius uxorem adulterat, neque suum parietem perfodit, neque res suas furatur.* Facilis est conciliatio; Fit furtum rei propriæ non qua propriæ, sed quatenus alii jus in ea re est constitutum; Veluti, cum debitor creditori rem pignoratam surripit; nam ratione dominii, quod est debitoris, non potest committi furtum; sed possessionis, quæ creditoris est, furtum sit revera. Ergo rectius dicitur, furtum in re propria, quam rei propriæ committi, *l. 12. § 2 eod.* Paul. *2. sent. 21.*

13. (k) Sequitur, quando, & quibus actio furti detur; ubi primo notandum, aliquando furti actionem dari, ubi furtum non est factum, & contra, negari quandoque furti actionem, ubi revera furtum extat. Prius Exempl. est *in § 11.* Cujus ope & consilio furtum est factum, * ille fur

* Jure Saxonico Hectorali, qui solum furandi consilium præstitit, arbitrarie punitur, *P. 2. C. El. 40.* Phil. *Cf. Pr. Inst. Lib. 4. Tit. 6. n. 4* Carpz. *Prax. Crim. qu. 87. n. 6. 23. seq.* qui vero consilium & opem, aut opem

(g) *Pos. 16.* (h) *Pos. 13.* (i) *Pos. 15.* (k) *Pos. 25. & seqq.*

non est, quia non contrectavit, attamen actione furti tenetur: exempla petantur e textu, ibique Theoph. Verba autem *ope & consilio*, separatim accipiuntur, ita ut alterutrum sufficiat, nisi consilium fuerit in genere duntaxat, ac potius hortamentum, *d. § 11. l. 53. § ult. D. de Verb. sign. l. 50. § penult. in pr. & l. 52. pr. & § 19. de Furt.* Tim. Fab. *disp. anniv. 26. th. 4.* Si dolus abfuerit, & per lasciviam contingat, aliquem furti causam præbere, in eum prodita est actio in factum prætoria, *d. § 11. & l. 50. § ult. h. t.* Alterum est *in § 12.* Filiusfam. patri suo * & servus Domino rem surripientes, faciunt furtum, & tamen furti actione conveniri nequeunt, quia inter patrem & filiumfam. dominosque & servos lis nulla, nedum famosa, verti potest, *l. 4. D. de Judiciis.* Ubi exceptio, nisi filiusfam. habeat castrense peculium, *l. 52. § 5. de Furt.* ut tamen existimationi illius parcatur; ideoque verbis temperanda erit actio, ut honæ fidei mentio fiat, adeoque erit in factum, *l. 11. § 1. de dol. mal.* habentque Pater & Dominus privatæ jus animadversionis, *l. 17. de Furt.* Inter conjuges quoque ob honorem matrimonii non esse furti actionem, etsi furtum sibi mutuo facere possint, e tit. ff. *Rerum amotarum.* satis constat. In nostros hodie famulos** competere actionem furti, non est dubitandum.

14. Datur autem actio furti illis, quorum interest ratione custodiæ, licet non sint domini, *§ 13. h.* ὃν λυπεῖ ἡ γενομένη κλοπή, ait Theoph. quem furtum factum tristitia sive damno afficit. Hinc pignore surrepto, furti actio datur creditori potius quam debitori, quia creditoris interest duntaxat; tenetur enim debitori ad pignus restituendum; scilicet, si per levem culpam ipsius fuerit surreptum, *l. 14. § 12. de furt.* imo licet culpa ejus absit, ex ratione *§ 14. h. d. l. 12. § ult.* quod expediat ei, pignori potius incumbere, quam in personam agere; ex quo sequitur, eum furti agere posse, cum & ipse dominus rem surripuit; furti possessionis, inquam, *d. § 14. in fin. h. t.* Sic etiam, si fulloni, de quo vid. *l. 12. pr. de furt.* vel sartori res eripiatur, ipsis, non dominis actio competit, modo illi sint solvendo; nam si inopes sint, tunc domini interest, quia pretium rei surreptæ ab illis tum consequi non potest, *§ 15. h.* qui enim non habet quod perdat, ejus periculo nihil est, ait JCtus in *l. 12. pr. de Furt.* Quin & omnibus rerum conductoribus actio furti competit, modo culpa eorum arguatur, *l. 14. § 12. d. t.* quæ distinctio in fullone non adhibetur, quoniam is custodiam, hoc est levissimam culpam præstet, *d. l. 12. in pr.* Cæterum pœna, quæ a furibus exigitur, cedit his, quibus actio datur, *l. 6. Locat.* excepto creditore: nam hic quicquid occasioni pignoris adeptus est, id restituere debitori, aut sibi in so-

tantum, in ipso furto adhibuit, (e.g. si scalas fenestris supposuerit, aut in excubiis steterit) ordinaria pœna furum coercetur, si de lucro participaverit. *d. C. Ll.* ibique Carpzov. *def. 2* Philipp. *l. c. n. 7.* add. Lande R. *L. 2. art. 13.* Ast, qui ante furtum, aut eo commisso demum, operam præstitit, extraordinaria pœna afficitur, Carpz. *l. c. def. 3.* Hac etiam coercendi sunt receptatores, aut occultatores furum & rerum abreptarum. Ac licet in eos, die Hehler und Diebes-Wirthe, *in Mandat. d. 1719.* pœna ordinaria, quamvis nihil participaverint, statuta fuerat, novius tamen *rescriptum d. an. 1720. d. 17. Sept* id correxit, atque nominatos receptatores laquei supplicio solum subjecit, cum ex rebus ablatis summa notabilis totidemque grossorum ad eos pervenit.

*Constitutio Electoralis Novissima sexta, liberos & parentes ac conjuges, nec capitali, nec corporali pœnæ subjici patitur; sed arbitrariam carceris aut relegationis pœnam iis constituit: unde filium furem carcere, seductorem extraneum relegatione puniri posse, *vesp. Fac. Jur. Lipsiæ. Jul. 1705.* Cognatos autem reliquos usque ad gradum quartum, computationis Civilis, a capitali laquei supplicio quidem, non autem a fustigatione liberat cognatio, si furtum magnum commiserint, *d. Const. § 6.* Also auch. verb. ins nechst bey vierten Grads als Bruder, Bruders-Kinder. adde Carpzov. *Prax. Crim qu. 82. n. 39.* Moller *ad P. 4. C. Ll. 38. n. 5.* Quod ad affines quoque in linea ascendentium & descendentium, ut & intra quartum gradum lineæ Collateralis constitutos, applicat Philipp. *l. c. Ecl. 7. n. 9. 10.*

** Unde etiam *P. 4 C. Ll. 38.* nullam inter eos & alios fures facit differentiam, inprimis cum ab iis peculiaris fides jure desideretur, Carpzov. *ad d. C. Def. 1.* Philipp. *Uf Pr. Inst. L. 4. Ecl. 5. n. 6. seq.* qui tamen id limitat, ac a suspendii pœna famulos ancillasve absolvit, quibus Dominus salarium petentibus denegavit, *d. l. n. 10. 11.* ubi subjicit præjudicium. add. Berlich. *P. 5. Concl. 54. n. 5. n. 49. seq.* & Carpz. *l. c. Def. 2.*

Iutio-

lutionem imputare debet, *l. 22. de pign. act.* Ratio differentiæ est, quia creditor nullo alio fine pignus habet, quam in securitatem, supra quam nihil inde percipere potest, ac jus nostrum inprimis favorabile est erga debitores respectu pignorum; quatenus in angustiis rerum suarum constituti creduntur, quando res suas pignori supponunt. Diximus autem non temere *in princ.* furti actionem iis dari quorum interest ratione *custodiæ*, (sive negligentiæ), quam in re custodienda adhibere debebant; nec enim putandum est, omnibus quorum interest quovis modo, competere hanc actionem; etenim emptoris interest sane rem emptam adipisci, neque tamen re surrepta furti agere potest, sed venditor, qui ad custodiam adhuc tenetur: petenti equidem cedere debet emptori quas habet actiones, & emolumentum, quod agendo percepit venditor, ei præstabit, quia, ut periculum ad emptorem spectat, ita commodum ad eundem redundare oportet, *c. 14. in pr. d. t.* Eadem in cæteris locum habent, quorum periculi tantum respectu interest, veluti in creditore certæ speciei, & muliere ratione dotis, *l. 48. eod. tit.* Colonus autem, licet non sit dominus, habet tamen hanc actionem, *d. l. 14. § 2.* non est quidem dominus fundi, nec fructuum, antequam auferantur; verumtamen ut primum decerpti sunt, ejus esse cœperunt, *l. 26. § 1. eod.* Rursus, domino fundi datur actio furti, ut habetur in *l. 60. § 5. D. Locati; sed hæc necesse non est pugnare*; licet enim dicere, quod utrique competat actio, ac ita scriptum est in *l. 52. § 1. eod.* ubi & ratio, quod utriusque interfit.

15. Quod in fullone cæterisque commemoratis obtinet, hoc & in re commodata a veteribus sine scrupulo observatum est; quia commodatarii, qui ad diligentiam exactissimam tenetur, maxime omnium interest, *l. 5. in fin.* cum *2. ll. seqq. D. Comm. l. 14. § 17. & seqq. de furt.* sed Justinianus in *l. ult. C. de furt.* & in *§ 19. h. t.* in hanc summam constituit; Si res commodata surrepta sit, ut optio detur domino rei commodatæ, utrum actione commodati adversus commodatarium, an furti adversus furem velit experiri.* Ratio, cur huic magis detur electio, quam antecedentibus, est, quia commodatum in solius commodatarii gratiam, nullo commodantis commodo initur, ideoque ratio volebat, ut saltem hac in parte plus commodanti indulgeretur. Quod si dominus rei alterutram actionem elegerit, deinceps pœnitere non potest, nisi ignoraverit, rem esse surreptam, *§ 16. h. l. ult. C. de furt.*

16. Depositario, de re deposita sibi surrepta nulla datur actio, quia ipse non tenetur de levi culpa, nec proin ad rem domino restituendam, ideoque nihil ipsius interest, *§ 17. h.* Quid si culpa lata depositarii res erepta fuerit? nec quidem habet actionem, quia culpa lata pro dolo habetur, *l. 32. D. depos.* nemo autem ex dolo suo actionem consequitur, *l. 12. § 1. & l. 14. § 3. de Furt.*

SCHOLIUM.

Sed verius est, eum furti agere, si culpam quoque repromiserit, vel pretium depositionis acceperit, ** per l. 2. § 24. ff. de vi bon. rapt. *quam bene monet Vinnius* in not. ad § ult. Inst. de vi bon. rapt. *non recte interpunctam esse, sed legi debere:* Nam & furti actionem habeo, si in re deposita culpam quoque repromisi, vel pretium depositionis non quasi mercedem accepi. Utilius dicendum est &c.

De vi bonorum raptorum, iisdem casibus depositarii agere possunt, quod utrumque est *in l. 2. § 24. de vi bonor. raptor.* In *§ 18.* quæritur, an impubes furtum committere possit? & responsio est, impuberem pubertati proximum capacem doli atque furti esse videri, *l. 3. de Reg. Jur.*

* Hanc optionem secundum Jus Saxonicum commodanti non competere, contendit Schneidew. *ad § 16. Inst. h. n. 2. arg.* des Land-R. *l. 2. art. 60.* Sed, sicuti hunc articulum aliter explicat Schilter. *ad ff. Exerc. 25. § 7.* ita alii rectius hic nullam inter Jus Civile & Saxonicum agnoscunt differentiam, sed apud nos quoque commodanti relinquunt arbitrium, utrum actione furti adversus furem, an commodati judicio adversus commodatarium experiri velit, *arg. L. R. L. 3. art. 22. & 26.* Carpzov, *P. 2. C. 20. Def. 5. n. 8.* Mencken. *ad ff. h. t. § 15.*

** Ita vero non erit contractus depositi regularis, de quo tamen Huberus in præmissis egit. Depositum, quo depositario pretium depositionis aut merces datur, in contractum mandati aut locati degenerat; hic levis culpæ præstationi subjicitur depositarius, cujus interest, *v. § 17. l. h. t.* ergo de re surrepta dabitur ipsi actio.

& l. 23. de Furt. infantes & infantiæ proximos excusari, res ipsa loquitur, *d. § 18.*

17. (l) Actio furti in duplum & in quadruplum est mere pœnalis, *§ ult. h. § 18. infra de Action.* præter quas, duæ actiones rei persecutoriæ dantur. Una est rei vindicatio, qua dominus rem furto surreptam petit a quolibet ejus possessore, *d. § ult. h. l. 9. & l. 23. de R. V.* Altera est condictio furtiva, qua Dominus rem ipsam, vel ejus æstimationem petit a fure, vel ejus heredibus in solidum, & non tantum quatenus res ad illos pervenit, *l. 1. & 9. D. de condict. furtiva.* Datur & hæc actio soli domino, *l. 1. de condict. furt. § 14. infra de Action.* imo & creditori, *l. 22. pr. de pignor. act.* scilicet incerti condictio, ratione possessionis, ut docetur in *l. 12. § fin. de condict. furt.* Datur, ut modo diximus, in solidum, etsi forte ad heredes nihil pervenerit, ut diserte traditur in *l. 7. § ult. & l. 9. de condict. furt.* tametsi contra disputet Cujac. *7. observ. 37. & 13. observ. 37.* Enim vero ad plerasque leges objectas facilis est responsio; sed quod in *l. 6. § 4. Rer. amot.* dicitur: heredem mulieris, quæ res viri divortii causa amovit, rerum amotarum actione teneri, sicut heres tenetur condictione furtiva, habet difficultatem, quia rerum amotarum actio tantum datur in heredem, quatenus pervenit, *l. ult. C. Rer. amot.* cum vere sit ex delicto, licet rei persecutoria, *l. 12. § 5. D. eod.* quales actiones non dantur in heredem, nisi quatenus pervenit, *l. 44. de R. J.* Potest quidem excipi, condictionem furtivam non esse ex delicto, sed occasione tantum delicti; pendere quidem ex furto, ut est in *l. 36. de O. & A.* non esse tamen formaliter ex furto, quia tum deberet esse famosa, cum furtum sit delictum imprimis famosum, *l. 5. de his, qui infam. not.* ut accuratius ad *§ 14. infra de Action.* Nec etiam altera deest ratio, cur rerum amotarum melior sit actio, quam furti condictio in heredem; honos enim matrimonii multa fert in hac actione benigniora, quam in furto vulgari jubet, sed nihilominus illa comparatio in *d. l. 6. § 4.* molesta est; nam si dicas, hactenus dari actionem amotarum & condictionem, quod utraque detur in heredes, discrepare autem in eo, quod altera in solidum, altera in id quod pervenit, detur; obstat tum, quod ubi actio plane in heredes negatur, nihilominus in id quod pervenit, procedat, *l. 4. & 5. in pr. de Calumniat.* sic frigidissima fuerit comparatio. Nec evades aliter, quam Paulum, posito, amotarum actionem in heredem dari, condictionis obiter meminisse, nec ibi id egisse, ut exacte rem exponeret: Non est sane illa vis eorum verborum, ut Ulpiani sententiam in *d. l. 9. de Condict. furt.* περιμικτικῶς expositum, evertere queat. Quid si ita, Heres mulieris tenetur *act. rer. amot.* ut ejusdem heres mulieris tenetur condictione, de qua in *l. 3. sitque comparatio non generalis*, sed respectu mulieris duntaxat. Textus quoque restringunt. Nam *l. 3. § pen. D. peculat.* Patrem ait dominumque, de furto filii servique teneri condictione, quatenus est locupletior, de herede non loquitur; nec aliud in *l. 3. § ult. Rer. Amot.* Plus coloris est in *l. 9. § ult.* cum *l. 10. de Tutel. & ration. distrah.* ubi actio furti, injuriæ, damni, condictio, morte tutoris interire dicuntur: Sed prædicatum illud, *morte tutoris intereunt*, necesse non est, omnibus convenire præmissis, plerisque congruat, & sufficit, ut sæpe alias; exemplo sit *l. 9. de duob. reis.* ubi, *sed & cæteris contractibus, veluti emptione, venditione, locatione, conductione, depositio, commodato, testamento.* Idque in *d. l. 9. in fin.* maxime admittendum, ubi prædicatum in textu sequenti diversoque auctore demum sequitur. Reliqui textus, qui moventur, ut *l. 3. § ult. de alienat. jud. mut. caus. l. 59. de O. & A. & l. 52. de R. V.* similesque, nihil aliud habent, quam pro delictis heredes non teneri, nisi quatenus sunt locupletiores, secus ac in contractibus: qua de re infra dicetur, *ad § 1. de perpet. & temp. act.* Cæterum, & hæ actiones rei persecutoriæ concurrunt cumulative cum pœnali, ita, ut postquam furti in duplum, vel quadruplum est actum, adhuc rei vindicatio, vel condictio furtiva institui possit, *§ ult. h. l. 7. § 1. de condict. furt.* Sed condictio furtiva & rei vindicatio, concurrunt elective, *l. 43. § 1. de R. J.* Dicitur autem electivus concursus, quando una electa, altera actio consumitur. Regula autem summa de concursu est hæc; quod idem bis peti non debet, *l. 57. de R. J.* quatenus igitur actionum finis diversus est, eatenus cumulantur; quatenus in idem tendunt, consumuntur, *l. 34. § ult. de Oblig. & action.* sed hoc capitulum alibi plenius exequendum erit.

(l) *Pos. 29.*

Tit. II.

De Vi bonorum raptorum.

Quid rapina, & de actione inde orunda. De rapina rei propriæ, vel quasi propriæ. Quibus hæc actio detur.

(a) RApina est violenta rei mobilis ablatio, fraudandi & lucrifaciendi animo facta; & in rebus tantum mobilibus committitur, *l. 1. C. de vi bon. rapt.* ubi, *actio vi bonorum raptorum potius ad mobilia, quam ad fundos pertinet;* vocula *potius*, ἕστιν, non comparative accipitur; nam res immobiles non dicuntur rapi, sed invadi, *§ 1. in fin. h. l. 7. C. unde vi.* de quo agitur publico judicio de vi, nec non interdicto de vi & vi armata, ut in Digestis occurret. vide *l. 2. § 1. h. t.* Actio ex hoc delicto dicitur de vi bonorum raptorum, estque in quadruplum, cui tamen rei persecutio inest, ita ut pœna duntaxat tripli sit, ac ita mitior hæc actio videtur quam furti manifesti: tamen qui in rapina deprehensus est, is etiam furti actione manifesti tenetur; non deprehensus, non manifesti, *l. 80. § 3. de furt. l. 1. D. de vi bonor. raptor.* & raptor insuper judicio publico de vi potest conveniri, *ut infra.* Imperator ipse fatetur *in h. pr.* ridiculum esse, *levioris conditionis eum qui vi rapit haberi, quam qui clam amovet;* est enim raptor fur, & quidem fur improbior, *l. 2. § 10. D. h. t. & l. 14. § 12. Quod met. c.* servatque etiam hoc Justinianus, quod raptor simpliciter positus fure graviorem habet pœnam; semper enim triplo mulctatur, cum fur plerumque duplo fungi queat; Quando autem uterque est manifestus, uterque in quadruplum tenetur, *d. l. 2. h. t.* Unde remanet tamen, quod fur deprehensus, actione civili gravius plectitur, quam raptor non deprehensus, & quod ambo deprehensi pariter adficiuntur, atque ita in hac hypothesi potest fieri, ut raptor, scilicet non deprehensus, graviori actione teneatur, quam fur deprehensus. Ea res hanc habet rationem, quod paterfamilias, qui furem deprehendit, in honorem vigilantiæ & strenuitatis largius est habendus; Quod autem ad majorem rapinæ atrocitatem attinet, ea parte Legislator rigori Justitiæ satisfecit publico de vi judicio, ut dictum, & dicendum amplius. Enimvero gravius esse delictum, furto rapinam, res ipsa & textus modo citati loquuntur; quo enim major societatis communis perturbatio in quoque delicto, tanto illud gravius censetur: tametsi in contractibus aliisque negotiis, in quibus fraudandi animus spectatur, ex eo, quod clam fit, præsumptio deterior colligitur, *l. ult. de rit. nupt. l. 31. de Negot. gest. l. 54. de administr. tut.* Tim. Fab. *disp. Anniversf. 26. th. 7.* Secus hanc rem accipere videtur Aristoteles, *Rhetor.* ad *Alex. c. 12.* Δεινότερά μοι δοκοῦσιν οἱ κλέπτοντες τῶν λῃζομένων ποιεῖν, οἱ μὲν γὰρ λαθραίως, οἱ δὲ Φανερῶς τὰ χρήματα περιιεῖνται. *Gravius mihi fures quam latrones delinquere videntur; Nam illi clam, hi palam bona nobis auferunt.* At non πολιτικῶς ita Aristoteles, sed est παράδοξον ἐξ ὑπερβολῆς, exemplum paradoxi ex hyperbole, qualia Rhetori suo suppeditat in illo capite Philosophus. Unum superest in *d. pr. h. t.* quod hæc actio intra annum datur in quadruplum, post annum in simplum; at hoc inde fit, quia prætoria est actio, qua de re infra *tit. de perpet. & temporal. Action. in pr.* Notandi sunt denique casus duo excepti, de Rapina, quorum altero pœna dupli est, cui inest rei persecutio, quando scil. Christianus rem eripuit Judæo, *l. 6. C. de pagan.* altero, damnatur Raptor in quadruplum, quod est mera pœna, qui navicularios diripit, *l. 5. C. de Navicul.*

2. Ex verbis, *animo lucrifaciendi*, colligitur, si quis rapuerit non animo lucrifaciendi, sed quia putat suam esse rem, vel deberi, eum non esse raptorem, nec proinde in quadruplum teneri, *l. 2. § 15. h. t.* sed quia rem mali exempli fecit, *l. 176. pr. de R. J.* sibimetipsi jus dicendo; idcirco, si vere dominus aut creditor est, jus dominii, vel crediti amittit, *l. 13. D. quod metus causa.* *. Si vero putet, se dominum esse, vel

* Hanc pœnam, quam D. Marcus *d. l. 13. ff. quod met. caus.* introduxit, confirmavit *R. I. de Ann. 1532. § 15. & Ord. Camer. Wormat. d. ann. 1521. t. 32. § 2.* In Saxonia tamen eam non obtinere, sed invasorem l'arti ad emendam 30 solidorum s. 2. alter Schock teneri, & arbitraria pœna a judice multari, *arg. L. R. Lib. 3.*

(a) *Pos. 1, 2.*

rem sibi deberi, non sit tamen, tunc duplo punitur, id est rem suam restituere, ac insuper ejus pretium solvere debet, *l. 7. C. unde vi.* Quæritur autem, ipso jure dominium amittatur, an per sententiam; & videtur ipso jure; sic tamen ut sententia opus sit declaratoria, quoties de furto ambigitur, Gloss. *d. l. 13.* D. Wissenbach. *dis. 42. ad Inst. th. 6.* sed cui acquiritur rei Dominium; Fisco? an adversario? De Fisco nihil sancitum est; manet igitur res suo loco, penes possessorem, in solatium quoque injuriæ, quam passus est, per *l. ult. C. de Litigios.* Giphan. *ad l. 7. C. unde vi.* Denique notandum, eos demum ab ordinaria raptorum pœna excusari, qui juris errore suas res per vim aliis eripuerunt, quod si bene conscii, id sibi non licere, tamen ausi fuerint, dicendum, eos vere esse raptores, & actione bonorum raptorum teneri: quod Imperator in §. *1. h. t.* prudenter monet his verbis, *imprudens juris eo animo rapuerit, quasi domino liceat per vim rem suam auferre a possessoribus.* Ita supplevit Justinianus id, quod indistincte scriptum est in *l. 2. § 18. de vi bon. raptor.*

SCHOLIUM.

Quod si ergo res quidem mea sit, sed sciam, autoritate privata eam auferre mihi non licere, vi bonorum raptorum me teneri putat Autor; Mihi videtur contrarium, per l. 2. § 18. h. t. *Non obst.* d. § 1. *verb.* & imprudens Juris, *quæ non restringendi causa sunt adjecta, sed quod plerumque hæc imprudentia allegari soleat. Faciunt verba:* ne dum talia excogitantur *&c.* Conf. Wissenb. th. 2.

RESPONSIO.

Verba Justiniani plura & περιγραπτότερα mihi visa sunt, quam ut elusoriam rapientium cavillationem duntaxat indicare videantur. Si cujus tamen constitutionem, quæ in hoc § *sequitur, putet esse generalem, cuilibet liberum ejus rei judicium esto.*

N. ADDIT.

Ergo pax inter nos est. Præprimis cum Autor nihil responderit ad objecta verba: ne dum talia excogitantur *&c.*

3. Datur hæc actio iisdem, quibus actio furti competit, iisdemque casibus, § *ult. in fin. h. t.* scilicet iis, quorum interest, adeoque non tantum illis, quorum in bonis, sed etiam, quorum ex bonis res est. Dicuntur autem esse ex bonis ea, quorum utilitas, custodia, vel periculum ad nos pertinet, ut sunt res locatæ, pignoratæ, commodatæ, usufructuariæ & similes, § *ult. h. l. 2. § 22. h.* de quarum rerum periculo suis locis actum fuit. Scilicet, hoc non agitur, ut dominium accipiant hi, quorum ex bonis res sunt; sed illud solum, quanti interest rem non fuisse ereptam, *d. l. 2. § 22.* Postremo tria velim notari; I. Cum actione de vi bonorum raptorum, non concurrere cumulative condictionem furtivam, sed elective duntaxat, quatenus huic quadruplo simplum etiam inest. II. Quia condictio prodita est hac causa, non putavit prætor actionem in heredem raptoris esse porrigendam, ne quidem in id, quod ad eum pervenit, vel quatenus locupletior est factus, quod alioqui in omnibus criminibus obtinet, *d. l. 2. § ult. t.* Tertio sciendum, in edicto de vi bonorum raptorum, egisse Prætorem quoque de turba, hoc est de damno coactis hominibus dato *l. 2. & l. 4. in pr. h. t.* qua de re ad *tit. D. de vi bonor. rapt.* dicetur.

TIT. III.

De Lege Aquilia.

Quid damnum heic, & sententia Cap. 1. Leg. Aquil. Non teneri eum, qui servavit moderamen inculpatæ tutelæ, & quali hoc. De Præstatione culpæ plenius. Sitne pœnalis hæc actio, an rei persecutoria. De Judicio L. Cornel. ob cædem hominis. Cap. alterum L. Aquil. Differentiæ hujus actionis.

art. 43. & 47. & Gloss. *ad* Weichb. *art. 29.* tuentur Reinhard. *Differ. P. 4. diff. 11.* Coler. *P. 1. Dec. 125. n. 2.* Hartmann. Pistor. *p. 1. qu. 16. n. 1.* Schultz. *Syn. Institut. b. tit. Lit. b.* verb. *de Jure Saxonico.* Carpzov. *P. 4. C. Elect. 15. Def. 11. 12.* Stryk. *Us. Mod. ff. tit. quod met. caus. § 8.* atque ita *resp. Fac. Jur. Lipс. m. Jan. 707.* Mencken. *Tr. Syn. Inst. b. t. § 3.* dissent. Gœddeus *Conf. 68. n. 10.* Schilter. *ad ff. Exerc. 11. th. 12. seqq.* Berger. *Resol. Leg. obst. ad L. 43. Tit. 3. p. 759. seqq.* adde Disp. Svevi *de Edicto Divi Marci.*

(a) Ter-

(a) TErtium delictum privatum, est Damnum injuria datum, quod vindicatur lege Aquilia, quæ est proprie Plebiscitum, *l. 1. §1. h. t.* Legis enim commune vocabulum est, ut alias dictum. Damnum generaliter significat omnem patrimonii diminutionem, *l. 3. de damno inf.* & injuria hic, pro eo, quod non fit jure, adeoque etiam pro culpa sumitur, *pr. tit. seq.* At hoc loco strictius de eo, quod sine lucro committentis perpetratur, DAMNUM intelligitur, re perdita, vel corrupta. Legis autem Aquiliæ olim tria fuere capita, sed hodie duo solummodo exstant. Primo cautum est, ut qui servum alienum alienamve pecudem interfecerit, is tantum præstet, quanti servus aut pecus intra annum retro computandum plurimi fuerit, *in pr. & § 1. h. tit.* ἐν τῷ τῆς ἀνελεύσεως ἐνιαυτῷ, in anno, quo pecus interfectum est, ait Theoph. Pecudes autem dicuntur quadrupedes, quæ gregatim pasci solent, *d. § 1.* quas inter & sues habendas, probat Cæsar & Marcianus in *l. 65. § 4. de Leg. 3.* ex Homero, *Odyss. 13.* Forte sues ita fere apud Græcos, quemadmodum apud nos habitæ fuerunt, magis ut in cœno se volutarent, vel in stabulis seorsim cubarent, quam gregatim pascerentur, alioqui Cæsar tam solicite argumenta in hanc rem ex Homero non quæsivisset; Enimvero in vicina Westfalia nihil egent argumentis tam longe petitis, ad probandum, sues gregatim pasci.

SCHOLIUM.

Ergo magis mirum, hac de re dubitasse Feltmannum in lib. de Inclusione animalium. *cui satisfecimus alibi.*

2. (b) Oportet autem injuria, id est, nullo jure cædem esse commissam, seu dolo, sive culpa, *§ 2. & seqq. h. tit.* Qui igitur vitæ servandæ causa, moderamine inculpatæ tutelæ adhibito, servum, vel pecudem interfecit, is non tenetur, *§ 2. l. 4. h. & l. 45. § 4. h. t.* Inculpata autem tutela duobus constat requisitis, *primo*, ut vis corpori nostro illata sit, *l. 3. de Justit. Secundo*, ut aliter nullo modo periculum evitari potuerit, *l. 45. § 4. D. h. t.* Dixi, ut *corpori* vis illata sit, requiri; non, ut alii, *vitæ;* Nam & pudicitiæ causa tuendæ cædem esse licitam, sanctissima generis humani reputatio, & exempla volunt laudatissima.

SCHOLIUM.

Disserte Paulus l. 5. recept. sent. tit. 23. Qui latronem cædem sibi inferentem, vel alium quemlibet stuprum inferentem, (*ita enim lege cum Grotio* de J. B. & P. l. 2. c. 1. § 7. in notis, *quamvis aliter Cujaciana Paulianarum editio* p. m. 91.) occiderit, puniri non placuit. Alius enim vitam, alius pudorem, publico facinore defendit. *Nec hoc saltem jure civili licitum, sed etiam in foro conscientiæ, propter metum justum consentiendi peccato, vel ad momentum titillationis libidinosæ. Aliter Dn. Pusend.* de J. N. lib. 2. c. 5. § 11.

Igitur ob vim bonis nostris illatam, non videtur esse licitum hominem occidere, nec is, qui fugere potuit, occidere autem maluit, omnino liber erit *a pœna, arg. l. 9. ad L. Cornel. de Sicar.* fugere autem debet is, qui invaditur, si absque periculo subducere se potuerit, cum longo satis intervallo abesset, & receptum in propinquo haberet: nam alioqui fugiendo terga proderet inimico, seque ineptum ad resistendum redderet; nec aliud, opinor, volunt sibi *DD.* quando invasum teneri ad fugiendum statuunt; alioqui recte ab illis dissentiret D. Voet. *ad h. t. § 2. n. 2.* adde de inculpata tutela D. Wissenbach. *disp. 5. ad Inst. th. 7. & seqq.* Proinde, qui reputatione qualiscunque ignominiæ periculum effugere dedignatus est, cum facultas daretur, is hac lege sine dubio tenetur *: sufficit enim aliquam vel minimam adfuisse culpam; quin & is, qui in extremo periculo invasorem ferire cupiens, tertium percussit, invitus licet, nihilominus tenetur, *l. 45. § 4. h. t.* hæc utique de lege Aquilia duntaxat intelligemus, nam in lege Cornelia, quæ homicidas ultore ferro persequitur, culpa non incidit in sanctionem *l. 7. ad L. Cornel.* **

* Conf. Edict. Saxon. *de Duellis de an. 1712. d. 2. Jul. § 25.* verb. ohne es vor *disreputirlich* zu achten *Ex proœm. verb.* sondern sich an der ihnen in diesem *Mandat* zu *Reparation* seiner Ehre gesetzten Maasse, begnügen lassen solle.

** Jus Saxonicum Commune & Electorale homicidam culposum, quoties tantum relegatione, aut mitiore, non vero pœna corporis afflictiva afficitur, jubet proximis Agnatis aut Cognatis, necem defuncti vindicantibus, præstare Wergeldum, Wi. *l. 3. art. 45 P. 4. C. El. 11.* quod masculo occiso multam 20. thalerorum, fœminæ occisæ 10. thaleror. comprehendit. Carpz. *Prax. Crim. qu. 34. n. 12. & 25. Id. ad d. C. d. f. 3.*

(a) *Pos. 1. 2.* (b) *Pos. 3. & seqq.*

Sic

Sic alioqui non est necesse, ut is, qui se defendit, primum ictum exspectet; aut paribus armis utatur; Sed quando periculum est certum, nihil interest, quibus mediis salutem tueamur, *argum. l. 3. de Just. & Jur. & l. C. unde vi.* Quod autem dictum, ob vim bonis illatam, non esse inculpatam corporis tutelam, id respectu L. Corneliæ atque homicidii intelligitur, non ratione L. Aquiliæ, quatenus defensio absque cæde hominis fieri potest, *arg. d. l. 9.* proinde pecudem rei defendendæ gratia interficere, nihil vetat.

3. Qui casu fortuito damnum dedit sine culpa, Lege Aquilia non tenetur, *§ 3. h.* Exempla exstant in *§ 4. & §. 5.* ubi quidem casus fortuiti non collocantur, quales alioqui solent intelligi θεᾶ βίᾳ, *vi divina:* cum facta hominum inconsulta in *dd.* versibus memorentur; sed casus intelligantur, quibus nihil culpæ ratione potest imputari: quemadmodum, si quis jaculis se exercens hominem transeuntem vulneraverit; Nam si is intra officii sui morisque soliti limites se continuerit, nihil est quod teneatur; secus, si excesserit illos, ut si non fuerit miles, cui jus sit in eo loco se exercendi, vel si miles id alibi instituerit, *d. § 4. l. 9. § ult. h. t.* Idem juris est in sphæristeriis ludisque palmariis, in quibus si cui oculus sit perfossus, aut crus elisum, ut non ita dudum Hagæ Comitis ictu sibi fatali accidit Egregio viro *Gulielmo Hagio*, Jcto & Poetæ nostrati eximio, nulla inde actio damni aut injuriæ datur; modo nihil ab altero commissum omissumve sit, quod more publico in ejusmodi ludis erat observandum. Huc etiam pertinet casus mirabilis in *l. 11. h. t.* ubi casus, cum quis pila percussa in tonsoris manus eam dejecerat, & sic servi, quem tonsor radebat, gula fuit præcisa, adjecto cultello; Nam si tonsor in loco sibi consueto rasserit hominem, ipse caret culpa; ut & is, qui pila novaculam impressit in gulam, si locus ad lusum fuerit destinatus; alioqui tenebitur; adde casum non absimilem in *l. 52. § ult. eod. tit.* Sic etiam nulla potest argui culpa lignatoris, qui amputatis ramis transeuntem læserit, quem non præviderat, modo iter aut via non fuerit illac, etenim tali casu proclamare debet, *§ 5. h. l. 31. D. eod.* Caterum, culpa præstatur hic omnis, etiam leviss ima, *d. § 3.* quod secus in aliis delictis, in quibus nemo nisi de dolo tenetur. Ratio differentiæ, quia hic non agitur de pœna corporis, aut infamia, sed tantum, uter damnum ferre debeat: Ratio autem vult, ut potius ille, cujus aliqua est culpa, ferat damnum, quam ut is, cujus nulla coargui potest, DELICTI reus habeatur.

SCHOLIUM.

Coërcet quidem lex Aquilia culpam, sed damnum culpa datum non sequitur ad vera delicta. Dixi in Philosoph. jur. § 145.

RESPONSIO.

Non conducit philosophia ad reformationem Artis, sed ad explicationem, vel ad Digressiones amœnasque observationes; quo si D. Thomasii Scholium pertinet, bene est; Tu alioqui sic habeto; Damnum Legis Aquiliæ esse verum delictum, quia πραγματικῶς a Juris Auctoribus ita traditum & inculcatum est: nec ratio deest. de qua in loco.

N. ADDIT.

Forte aliter scripsisset Autor, quam ita tanta fiducia asseruisset, damnum Legis Aquiliæ in universum ad verum delictum pertinere, si sententiam nostram in allegato loco potuisset inspicere. Ergo nil aliud hic agemus, quam ut istum locum apponamus. Dixeram ibidem §§ 142. & 143. Denique obligationem ex quasi-delictis quod attinet, & in horum natura explicanda Tribonianus Cajum in d. l. 5. § 4. seq. de O. & A. κατὰ πόδα *secutus, magis remotive procedit, quam positive*, t. t. Inst. de obl. quæ qs. ex del. nasc. *Interpretes vero & hic in communi conceptu formando parum conveniunt. Mihi videtur res non incommode expediri posse, si dicam, toties obligationem ex qs. delicto (Ergo si forte alia actio ex culpa descendens in Digestis deprehendatur, in* l. 5. de O. & A. & in tit. de obl. quæ qs. ex d. n. *non recensita, & illa orietur ex qs. delicto) oriri, quoties culpa mea aliquod damnum datum; toties ex vero delicto, quoties damnum datum per dolum meum*, arg. tot. tit. de obl. quæ qs. ex d. n. d. l. 5. § 4. seq. de O. & A. *Dico: culpa mea. Non enim sentio cum Dn. Struv.* exerc. 48. th. 8. *distinguente inter culpam propriam & alienam. Ex illa dicit oriri delictum imperfectum; Ex aliena, quæ saltem in alterum redundet, ut is ex culpa præsumpta teneatur, quasi-delictum. Nam in Judice imperite judicante adest sane culpa propria. Imo*

Richt. *Dec. 2. n. 3.* Plures autem occisores ad integrum Wergeldum præstandum obstringi, docet idem Carpz. *ad d. C. def. 4.* & Moller. *ad eand. n. 7.*

hæc

hæc in omnibus quaſi-delictis obtinet, quamvis forte ita diſtinguere poſſes: per culpam meam alicui damnum dari vel immediate, ut ſi imperitè jaciem; vel mediante facto alterius illicito ſive doloſo, ſive culpoſo, cujus exemplum in §. 1. & 3. Inſt. h. t. Illud autem de damno per injuriam dato in ſpecie notandum, quamvis ad vera delicta referatur, pr. Inſt. de obl. quæ ex del. naſc. l. 4. ff. de O. & A. *quibusdam tamen per eandem actionem legis Aquiliæ damnum non minus ex culpa, quam ex dolo datum cœrcetur, ideo, ſi accurate loqui velis; in caſibus ſpecialibus, ſi damnum dolo datum fuerit, actio ex vero delicto oritur, ſi ſaltem culpa, ex quaſi-delicto. Quæ actionis hujus diverſa fundamenta, ideo a Triboniano, vel JCtis non videntur ſeparata, quia eundem producunt effectum. A vero delicto autem tanquam potiori, facta denominatio. Quod non mirandum, cum adhuc magis diverſa fundamenta non infrequens ſit, in jure haud ſeparari, ſed a potiori nomen accipere, ſi idem ſit eorum effectus, ne ſcilicet entia præter neceſſitatem multiplicentur. Nam v. g. actiones ex contractibus venientes tales manent, etiamſi delictum quoque verſetur*, l. 49. de O. & A. *Jam judicet lector, quænam ſententia artem reformet, vel explicet convenientius, an mea, an Autoris Paraphraſis.*

Leviſſimæ autem culpæ exemplum eſt *in* §. 8. in iis, qui mularum aut equorum impetum, propter imperitiam aut infirmitatem retinere non potuerunt; ſufficit enim, ita damnum eſſe commiſſum, ut alius id in ſimili occaſione devitare potuiſſet, *d.* §. 8. quæ eſt deſcriptio leviſſimæ culpæ, §. 1. *in fin. Inſt. de obliz. ex quaſi-contract.* Nam imperitia medici * male ſecantis venam, aut clyſtere inteſtina lædentis, aut medicamentum præpoſtere miſcentis, ad levem, aut aliquando ad latiorem culpam accedit, ut in §. 7. traditur: Medicus enim ex præcepto Hippocratis μὴ δὲν εἰπῇ, μὴ δὲν πραξῇν facere debet: ſatis autem ex illis exemplis patet, non eſſe tantum Medicos, qui hodie dicuntur, ſed & pharmacopolas, & chirurgos eorum appellatione contineri; nec enim partitio olim Medicinæ in tres partes erat cognita, ſed iidem pharmaca miſcebant & præparabant, qui præſcribebant & applicabant, *l. 7. § fin. & l. 8. h. t.* ſed qui ſuſcepta hominis cura medicus, licet re bene hactenus geſta; ſine juſta cauſa ejus curationem dereliquit, doli, aut ſane culpæ latæ non poteſt excuſari, *§ 6. h. t. l. 8. eod.* ubi recte additur, ſi ob id homo perierit; nam ſi & alias moriendum ei fuerit, hæc actio ceſſat, imo a deſperatis notiſſimum rectiſſimumque Hippocratis præceptum eſt, abſtinendam eſſe medicinam.

4. (c) In § 9. traditur, actionem legis Aquiliæ eſſe ex genere pœnalium, quia poteſt fieri, ut plus præſtetur, quam res valuit cum daretur damnum, neque tamen ſemper in hypotheſi exitum judicii pœnalem eſſe videmus; nam ſi res nunquam fuerit pluris, quam fuit, cum perderetur, eventus judicii eſt rei perſecutorius: neque enim hoc pœnale facit judicium, quod is, quid damnum dedit, ſupra rem tenetur, in omne id quod intereſt; quatenus id certum fuit; hoc enim nihil quam res eſt, cujus exempla vid. *in h. § 10. l. 21. § ult.* cum *ll. ſeqq. h. t.* Etenim quoties actor nihilo plus quam quod abeſt, ſibi conſequitur, ratio juris vult actionem eſſe rei perſecutoriam, licet reus luere debeat quod non percepit, *l. 35. de O. & A.* qua de re ad § 1. *infra de perpet. & temp. act.* etiam vero illic de ultimis hujus § verbis; *conſtat in heredem hanc actionem non tranſire, quæ tranſitura fuiſſet, ſi ultra damnum nunquam lis æſtimaretur*: hoc eſt, ſi actio fuiſſet rei perſecutoria, quemadmodum in *d.* § 1. explicatur. Sed an igitur, ſi contingat exitum hujus judicii eſſe rei perſecutorium, ut ſæpe fit, in heredem actio datur? Minime; niſi ex damno dato locupletior forte ſit factus, *l. 23. § 8. ad L. Aquil.*** Sufficit enim generaliter, ut ne in heredem detur; mutatio in hypotheſi non infert juris diverſitatem; præter quod ex delicto nihilominus

* Ideoque Jure Saxonico pœna arbitraria carceris, aut relegationis, afficiuntur, quam omnibus iis, quibus commiſſum eſt a magiſtratu, ut decumbentibus, imprimis peſtis tempore, victum aut alia neceſſaria ſuppeditent, ſi ægrotos negligant & perire ſinant, dicitur *P. 4. Conſt. 5. § f.* add. Philip. *Ulr. Pr. Inſt. lib. 4. t. 1. n. 3. ſeq.*

** Etiam in Saxonia tunc in hæredem datur hæc actio, ſi ex damno ab anteceſſore dato ſit factus locupletior, ceu pron. *E. J. L. m. Maj. 705.* Menck. *Tr. Syn. Inſt. h. t. § 3.*

(c) *Poſ. 11. & ſeq.*

datur hæc actio, cujus odium in heredem non transmittitur. Quamvis autem, cum res non fuit pluris quam cum periret, effectus actionis simpliciter sit rei persecutorius; damni tamen autor nihilo secus male mulctatur. Cum enim, ut plerumque res est, nihil ad ipsum utilitatis e delicto pervenerit, non modo tamen ad rei peremptæ pretium, sed etiam ad id quod interest, restituendum tenetur, quod exemplis Imperator illustrat in § *10. h. l. 21. l. 22. & l. 23. eod.* inter quæ de servo herede instituto & occiso, antequam jussu domini adiret hereditatem, id observandum, siquidem servus sit mortuus ante testatorem, a quo erat institutus, eo casu non videri ad pretium hereditatis agi posse; Scriptum est enim in textu, *hereditatis amissæ rationem esse habendam;* sed ante obitum testatoris hereditas dici nequit amissa, quia viventis nulla penitus est hereditas, *l. 1. de hered. vend.* Atque hoc monent Dd. quando id quod interest, debere ajunt esse radicatum certumque, non nimis longe petitum; nec adventitii casus computandi sunt, *l. 6. Qui & a quib. manum.* Quod igitur vere amissum est, id debetur atque petendum est; amisisse autem dicimur id, quod aut consequi potuimus, aut erogare cogimur, *l. 33. in fin. h. t.* Quantum autem illud sit, in universum æstimari nequit; aliquando tantumdem, aliquando nihil, ut habetur in *l. 13. de Re Judic.* sane etiam aliquando plus, nam id quod interest, in casibus certis ad duplum usque nec ultra adscendit, *l. un. C. de sent. pr. eo, quod inter.* ubi casus incerti sine præscriptione dupli secundum id, quod revera abest, dicuntur æstimandi. Delicta autem ad casus certos an incertos referenda sint, dubitatur; propius vero est, primam constitutionis partem, quæ magnitudinem æstimationis, licet veræ, limitat & coercet, in delictis cessare, nec ibi quicquam esse rationis, quare non plena veritas ejus quod interest, in condemnationem sit deducenda, ut disputat Perez. ad *d. l. un. n. 20.* Wissenbach. *disp. 42. th. 19.* Id vero minus dubii recipit, id quod interest, redigi ad æstimationem communem, non ad affectionem singularem, quæ in phantasia hominum consistens nullam recipit æstimationem, qua de re pluribus agitur in *l. 33. D. de L. Aquil.*

5. (d) Sed quid hoc est, quod de pecude, nec non de homine occiso agitur in hac lege pari modo, numquid hoc absurditatis absolvi potest? Tu dic, servum dupliciter considerari. *Primo* ut est in commercio, *rursus* ut est membrum societatis humanæ. *Primo* respectu in hac lege pecudibus comparatur, *l. 2. § 2. h. t. Altero*, cædes servi perinde ac hominis liberi, punitur capitali pœna ex *L. Cornelia, § 11. h. t.* Nam Legis Corneliæ auctor egregie memor conditionis humanæ, *l. 32. de R. J.* non putavit distinguendum, quis homo foret occisus, modo constaret, dolo malo cædem esse paratam, *l. 1. § 2. ad L. Cornel.* Qua in re differentia merito posita est in illis Legibus: Nam etsi Aquilius culpam perinde ac dolum animadvertit, quod tantum de pecuniaria diminutione patrimonii agebat; Cornelius tamen, qui ad capitale supplicium adsurgebat, culpam pro dolo non habuit, ne quidem maximam & latam, *l. 7. ad L. Cornel. de sicar.* Et hæc judicia L. Aquiliæ atque Corneliæ concurrunt cumulative, ita ut uni per alteram non fiat præjudicium, *l. 23. § 9. h. tit.* * ratione manifesta, quod in diversa tendunt hæc judicia, & diversis dantur personis, cum alterum sit privatum,

* Sed *P. 4. C. El. 12.* eum, qui ob homicidium capitis supplicium sustinet, aut pro delicti modo fustigatione, vel manus amputatione coercetur, in expensas litis, aut ad præstationem damni, quæ ex occisi nece liberi, aut proximi ejus cognati, sentiunt, condemnari posse negat. Constitutio hæc 12 novam declarationem sustinuit in Raub. *Mand. d. 1712.* § Wir wollen, cujus verba apponere lubet: Imgleichen denen Gerichten, was dieses oder auch die Unterthanen, nach theils Orten Gebrauch zu Führung der Inquisition, bey dergleichen so wohl als allen andern Criminal-Fällen aufgewendet ebener massen zu restituiren angehalten, und also die 12. *Constitutio Elect. part. IV.* bloß von demjenigen Casu verstanden werde, und anzunehmen sey, wo beym Todtschlägen des Umgebrachten Erben Actionem Criminalem per modum accusationis anstellen, welches hingegen auch selbst cessiret, wenn die Sache auf Denunciation, oder ex officio von dem Richter durch Inquisition tractiret worden &c. Conf. Carpzov. *ad d. C. def. 1. 2 & 3.* ubi addit, nec vidua ex occisoris bonis alimenta deberi; Ast, qui ob culposam tantummodo homicidium relegatione tantum coercetur, ab eo etiam in Saxonia expensæ judiciales, præcedente earum liquidatione & moderatione, exigi queunt, *d. C.* ad quam vid. Carpzov. *def. 3. & 7.*

(d) *Pos. 2.*

alte-

alterum vero publicum judicium. An autem uno libello hæ actiones duæ cumulari possint, alia quæstio fuerit, quam alibi commodius tractabimus. Nota est objectio ex *l. 4. de publicis judiciis*, ubi dicitur præjudicium fieri *L. Corneliæ* per L. Aquilium: Nimirum, quatenus pendet Actio L. Aquiliæ, tamdiu per enim Lege Cornelia agi non potest, finita autem ea procedi potest ad alteram, rursus evidenti ratione, quod decisio criminis ex Lege Cornelia pendet ex cognitione causæ in actione Legis Aquiliæ; cum factum scil. utrobique sit idem, iisdemque probationibus adhibendum: ut etiam sic merito Lex Aquilia præjudicium facere dicatur L. Corneliæ; quatenus illa viam sternit ad alterum gravius judicium.

6. (c) Caput secundum L. Aquiliæ in usu non est & penitus ignoratur, *§ 12. h. l. 27. § 4. h. t.* Sunt qui credunt, eo cautum fuisse de intercepta nobis utilitate aliqua, cujus exemplum Cujacius adducit ex Plinio *lib. 9. Natur. histor. c. 59.* ubi est de anthia pisce conciliatore aliorum capiendorum & fraude alterius capta. Probabilior est Chifletii conjectura, quam laudat D. Voetius *comment. ad § 12. h. t.* Videri forte, an de servo corrupto actum in hoc capite, quod ideo postea sit abrogatum, quia Prætor in edicto de servo corrupto duplum simpliciter est pollicitus, cum in Lege Aquilia duplum non adjudicetur, *nisi* post improbam infitiationem, *§ 26. infr. de Action.* * Tertio capite cautum est de omni damno, quod præter cædem servi & pecudis datum fuerit, sive pecudes vulnerentur, sive animalia, quæ pecudum numero non habentur, interfecta sint, sive aliæ res quælibet fractæ, ruptæ, ustæ, scissæ, collisæ, effusæ, corruptæ, & quoquo modo peremptæ ac deteriores sint factæ, quæ omnes causæ atque species sub voce *ruptæ*, sensu vocis originali comprehenduntur, *§ 13. h. & l. 27. § 13.* cum *seqq. h. t.* Huc varia pertinent; Sutor puero parum bene facienti quod demonstraverat, forma calcei cervicem percussit, ut oculus puero perfunderetur, magister hoc capite tenetur, *l. 5. § ult. h. t.* cum *ll. seqq.* Etiam is, qui fructus alienos dissecuit immaturos; nam si maturos, duntaxat impensas amittit, *l. 27. § 25.* Si naves occursu mutuo sint læsæ, datur actio in reum culpæ; si non liqueat, neuter tenetur, suum quisque fert casum, *l. 29. § 4. h.* Moribus fere contributio fit, Wissenb. *th. 20.* Qui metu incendii latius evagaturi vicinas ædes intercidit, non tenetur, etsi ignis eo non pervenerit, *l. 49. § 1.* nisi metus haud cordati hominis fuerit, *l. 7. § 4. Quod vi aut clam. & arg. d. l. 49. § 1.* verb. *magna vi cogente.* Tutius hæc res magistratibus relinquitur. Casus alios & historias vide, sis, in *l. 30. § pen. l. 45. § 3. & l. 52. § 1. & 2. d. tit.* & toto passim titulo. Etiam vulnus liberi hominis huc pertinet, non ad æstimationem corporis, deformitatis, aut doloris; quoniam hæ sunt affectiones liberi corporis; quod, quæque, non recipit, nec recipiunt æstimationem, sed ratione damni pecuniarii, læso aut interfecti heredibus illati, *l. ult. ff. si quadrup. pauper. fecis. dic.* Statuta tamen Gentium damna liberorum corporum pretio quoque sæpius æstimant, ** inter quæ maxime notabilia sunt Ebræorum, recensita a Pufendorffio de *J. N. & G. l. 3. c. 1.* ut addit D. Thomasius. Sed ancilla devirginata, datur actio directa Legis Aquiliæ. Quod autem de dolo aut culpa dictum est in capite præcedenti, id hic pro repetito habendum, *§ 14.* Item hic quoque præstatur, quanti res plurimi fuit, sed intra mensem loco anni, quem in capite primo servatum fuis-

*Conf. Ger. Noodt *ad L. Aquil. Cap. 13. p. 69.* qui incognitum hujus capitis tenorem asseverat; Claud. Chiflet *d. Leg. Aquilia*, illud de servo corrupto egisse autumat; Cujacii conjecturam ab Autore adductam, laudat Mornacius *ad l. 27. § 4. ff. ad L. Aquil.* Corn v. Bynckershoeck *caput secundum L. Aquil. de dejectis vel effusis* egisse, *ex l. 5. § 4. ff. d. his, qui ejf. vel dej.* concludit, *in Observat. Jur. Rom. L. I. c. 13.*

** Apud Saxones læso, intuitu dolorum corporisve lacerati, debetur Emenda, cujus quantitate n Judex determinat *a V. N. l. 2. art. 16. l 3. a. 48.* Nam licet olim pro vulnere saltim 30. solidi, rusticis tantum quindecim præstarentur, Carpzov. *P. 4. C. 42. d. 14.* Colerus *P. 1. dec. 161. n. 32.* usu tamen contrarium merito obtinuit, adeoque arbitraria mulcta, ob liberum corpus læsum, dictari solet. vid. *P. 4. C. Ll. 42 § f.* & Carpz. *ibid. def. 16.* cund. *Prax. Crim. qu. 99. th. 32.* Schilt. *ad ff. Exerc. 19. th. 31. seqq* Sed nec hanc emendam peti posse, si ex vulnere criminaliter agatur ad pœnam corporis afflictivam, docent Jac. Schultes. *ad Modest. Pist. P. 3. quæst. 107. n. 38.* Carpzov. *l. c. def. 14. j.* Schilter. *l. c. th. 67. seqq.*

(c) *Pos. 14. & seqq.*

se audivimus, § *15. h. tit.* Moribus hodiernis ea particula legis, *quanti res plurimi fuit*, non observatur, sed in verum pretium, & id quod interest, agendum, Grœnew. *ad h. t.* * quemadmodum de omnibus pœnis legalibus *infra* intelligemus.

7. (f) Actio Legis Aquiliæ est vel directa, vel utilis, vel in factum.

SCHOLIUM.

Hanc actionem in factum, ab actione utili per Tribonianum male separari, ostendi in Philos. Jur. § 149. & ad *Strauch.* XIX. 12. p. 256.

RESPONSIO.

Nos utimur jure Justiniani; Quod an recte se habeat, Digressionum *consideratio est. Sane utiles & in factum actiones, aliquando promiscue accipi, mox intelligemus.*

N. ADDIT.

Sed jure Justiniani uti non possumus, quod nullum intellectum habet, & crassam Triboniani ignorantiam palpabiliter ostendat. Verum esto & hac de re judicium Lectoris. Apponam saltem loca, ad quæ scholium provocat. Ex dissertatione de Philosophia Juris, verba ita se habent, § 146. seqq. *Cum omnis actio sit remedium violentum, nec in civitate ob omnem obligationem naturalem perfectam, concedatur actio,* per § 60. *igitur ne subditi fluctuent, sed casibus emergentibus statim ipsis constet, an ob istam obligationem actio sit prodita, nec ne, e re Reip. est, ut ejusmodi proditæ sint regulæ, ad quarum normam casus obvenientes judicari possint. Et in republ. quidem Romana, vel facta fuit illa regularum præscriptio immediate per leges civiles, vel (deficiente lege civili, æquitate tamen suadente, ut actio concederetur) mediate per Prætoris officium, qua de causa actiones dividuntur in civiles & prætorias,* § 3. Inst. de act. *quarum hæ etiam vocantur actiones in factum,* l. 11. de præscr. verb. l. 5. § 1. ne quis eum; qui in jus voc. vi exim. l. 3. pr. de eo per quem fact. l. 23. § 5. l. 52. de R. V. *Sed leges scire non hoc est, verba earum nosse, sed vim earum & potestatem,* l. 17. de leg. *Id quod & in legibus, quæ regulas formandarum actionum præscribunt, valet, quapropter sæpissime evenit, ut casus emergens, quamvis non ad verba legis, aut edicti Prætoris, accommodari potuerit, ad mentem tamen & sententiam Legislatoris, aut Prætoris, quadraverit, atque adeo interpretationem desideraverit Prudentum, vel quandoque etiam (in actionibus scilicet legitimis), ipsius prætoris,* d. l. 11. de præscript. verb. *Ex quo nata est distinctio inter actionem directam, quæ ex verbis regulæ oritur,* l. 37. de O. & A. l. 47. § 1. de neg. gest. l. 24. de tut. & rat. distrah. *& utilem, quæ menti & sententiæ regulæ est accommodata,* d. l. 37. de O. & A. d. l. 11. de præscript. verb. l. 5. § pen. de const. pecun. *Et hæc utilis actio vocatur etiam non infrequenter actio in factum,* d. l. 11. de P. V. l. 19. l. 29. § penult. & l. 53. ad L. Aquil. conf. *Struv.* exerc. 25. th. 23. & exerc. 46. th. 76. *Vides ergo, actionis in factum nomine non solum venire actionem prætoriam, sed & utilem, qui duo significatus nequaquam confundendi sunt. Confudisse vero eos maxime videtur Tribonianus in* § ult. Inst. ad L. Aquil. *tres actiones memorans ex lege Aquilia descendentes, directam, utilem, & in factum, & ultimam quidem ab utili satis aperte separans. Non recte, & contra Philosophiam JCtorum veterum. Scilicet cum in* l. 7. § 7. de dol. *Labeonis doctrinam legisset, eum, qui servum meum compeditum misericordia ductus solverit, ut fugeret, actione in factum teneri, nescio quo pacto evenit, ut actionem hanc in factum ab illa actione separaret, quæ datur, si quis v. g. hominem alienum, aut pecus, ita incluserit ut fame necaretur, aut pecus in tantem exagitaverit, ut præcipitaretur &c. cum tamen hæc diserte vocetur actio in factum,* l. 9. § 2. ad L. Aquil. l. 29. § penult. & l. 53. eod. *Igitur si conferas differentiam, quam Tribonianus inter actionem directam, utilem & in factum* d. § ult. *esse ait, cum legibus Legislatorum apparebit, eam esse falsissimam, & ex Triboniani cerebro excogitatam. Nam quæ secundum regulam Triboniani deberent esse actiones utiles, omnes in Pandectis sunt actiones in factum,* vid. l. 7. § 3. & 6. & l. 9. pr. § 3. ff. ad L. Aquil. & alias plures. *Et omnino in damno leg. Aquil. actionem in factum cum actione utili coincidere, docet* d. l. 11. de P. V. *Miror, hunc Triboniani errorem a nullo Commenta-*

* Etiam nostris moribus Actio Legis Aquiliæ censetur esse rei persecutoria, ac reus præstat simplicem rei æstimationem, qualis fuit eo tempore, cum damnum dedisset; Struv. *S. J. Civ. Ex. 14 th. 25.* Brunnem. *ad L. 27. ff. ad L. Aquil. n. 7.* Carpz. *P. 4. Const. 37. def. 8.* Secus erit, si cum alia actione cumuletur, e. g. ad emendam multamque tendente; Menck. *d. l.* § *10.*

(f) *Pos. 16. & seqq.*

mentatorum ad Instit. a. quos mihi quidem evolvere licuit, fuisse observatum, imo ab Hubero ad Instit. tit. de lege Aquil. th. 8. *per distinctionem inter actionem in factum, civilem, & prætoriam, & forte ab aliis, sed frustra (nam distinctio Huberi non convenit* d. l. 11. de P. V. & d. l. 7. § 7. de dolo reliquisque in thesi allegatis) *desensum, cum tamen turbet totam doctrinam de actione directa & utili. Quapropter ut ex Pandectis breviter restituatur Actio legis Aquil. duplex, dico, directam esse, quæ oritur ex verbis legis Aquil.* l. 2. pr. & l. 27. § 4. ff. d. t. *recensitis,* l. 7. § 7. l. 9. pr. § 1. & l. 11. § 5. & 7. eod. *eam autem, quæ oritur ex mente & sententia legis, nihil aliud volentis, quam ut omne damnum per culpam meam alteri datum resarciatur, quamvis ad verba legis non possit accommodari, esse utilem,* l. 13. ff. eod. *seu quod idem est, in factum,* l. 9. pr. & l. 11. § 5. eod. *His addideram in notis ad Strauchium* d. p. 256. *Accessit forte alius, qui Tribonianum in hunc errorem perduxit, pravus intellectus* l. 33. § 1. ad L. Aquil. *ubi Paulus:* In damnis, *inquit,* quæ lege Aquil. non tenentur, in factum datur actio. *Putavit igitur Tribonianus, phrasin hanc:* quæ lege Aquilia non tenentur, *ita intelligendam esse, quasi actio in factum sit de damnis, quæ nec verbis, nec sententia legis Aquiliæ continentur, cum tamen haud dubie loquatur JCtus saltem de illis damnis, quæ non continentur verbis legis Aquiliæ, contineantur tamen ejus ratione, ob quæ danda est actio in factum, seu quod idem est, legis Aquiliæ utilis.*

Directa, quæ oritur ex ipsis verbis legis, quæ proprie in eum convenit, qui suo corpore, & in corpus damnum dedit: Veluti, quando quis hominem aut pecudem * alienam suis manibus trucidavit, *§ ult. in pr. h. t. l. 51. eod. Utilis* Actio est, quæ a verbis L. recedens per interpretationem & ex mente legis inde deducitur, veluti, cum quis damnum quidem in corpus, at non corpore suo dedit. Exempla sunt in textu; si quis pecudem alienam ita incluserit, ut fame necaretur, aut jumentum sic egerit, ut rumperetur, vel præcipitaretur; exempla plura vide in *l. 7. § 3. & 6. & l. 9. D. eod. tit.* Eo quoque pertinet, quod de liberi corporis detrimento superius observatum est. In factum Actio est, quæ longius a verbis legis recedit, & remotiori consequentia exinde deducitur. Scil. quando nec corpore, nec in corpus damnum est datum, sed alio modo alicui detrimentum est illatum; quo forte & exemplum illud ex Plinio de anthia pisce referri potest. Justinianus *in fin. h. t.* habet exemplum hominis, qui alienum servum misericordia ductus compeditum solvit, quod & in pecudibus fieri potest; Corpus igitur oportet integrum manserit, ut locus sit actioni in factum.

SCHOLIUM.

Corpus oportet integrum manserit, ut locus sit actioni in factum, *inquit Autor: magis ut puto ad mentem Triboniani in* d. § ult. *quam ex vero. Nam si periit pecus, utique damnum datum fuit in corpus, etsi non corpore, quorsum & referenda* l. 11. § 5. h. t. *cujus casus haud dubie a Triboniano ad actionem utilem fuisset relatus.*

RESPONSIO.

Cum hic de damno agatur, oportere hoc in ipsum corpus desinere, per consequentiam plusquam certum est. De ipso actu damni dati hic loquimur, non de eo, quid inde sequitur. De cætero vide sis ea, quæ mox subjiciemus.

N. ADDIT.

Nullus est sensus Scholii mei, prout hic positum est, quia Autor omisit verba positionis, ad quæ istud observaveram. Nimirum hoc Scholio notare volebam, quod Autor in positione, actionis in factum exemplum dederit sequens, si pecudem alienam emisisti a pascuo, vel compedibus solvisti, & periit, *eamque in rem allegaverat* § ult. h. t. *addita* lege 11. § 5. h. t. *Et igitur ostendere volui, istud* & periit, *non esse ad mentem* d. § ult. *Jam ergo facile videt Lector, responsionem Autoris rem magis implicare, quam expticare. Primo enim falsum est, quod dicit, plus quam certum esse, ideo, quia de damno hic agitur, oportere hoc in ipsum corpus desinere per consequentiam. Nam* v. g. *si servum, vel pecudem alterius solvas, & aufugiant, ut nescias ubi sint, nullum damnum ne*

* Jure Saxonico si animal voluptuarium occisum, vel æque bonum, vel Wergeldum ejus præstandum est; Landr. *L. 3. art. 47.* Pro non voluptuario Wergeldum, æstimatio simpliciter debetur, *Ibid. art. 51.* Illi vero æstimationi, quam jus Saxonicum commune fecit, ob aucta animalium pretia, non amplius insistitur, sed judicis arbitrio taxa commuti solet.

quidem per consequentiam, in corpus servi, vel pecudis datum est. Secundo, prioribus verbis modo relatis, contradicunt sequentia: De ipso actu damni dati hic loquimur, non de eo, quid inde sequitur. Tertio, falsum est, quod in exemplo proposito non sit locutus de eo, quod inde sequatur: nam istud & periit, *respicit omnino id quod actum damni dati*, v. g. *emissionem e pascuo, aut solutionem secutum est.*

Atqui in *d. l. 7. §3. & 6.* & inprimis in *d. l. 9. h. t.* exempla varia actionis in factum referuntur, in quibus damnum in corpus ipsum palpabile datur, etiam de homine necato, quod exemplum *§ ult. h. t.* ad actionem utilem refertur, & tamen in *d. l. 9. § 2.* actionem in factum parere dicitur. Scilicet, in factum actiones aliæ civiles, aliæ sunt prætoriæ. Nam generaliter in factum actiones dicuntur, quæ cum certo nomine legisque principio careant, secundum æquitatem *facti* ipsius, pariunt actionem, interpretatione JCtorum, aut extensione Prætoris, *l. 11. de Præscr. verb.* JCti verecundius & quam proxime ad verba Legum: Prætores, qui publicam juris statuendi potestatem habebant, audacius & longius ab stylo scriptoque Legum. Utræque actiones ad utilitatem civium ususque forensis constituuntur, *d. l. 11.* Sed quas JCti tradunt, hæ κατ' ἐξοχὴν utiles; Prætoriæ magis in factum appellantur, licet utræque & utiles & in factum sint: hinc patet conciliatio, quod modo utiles, modo in factum actiones, exiguo, vel nullo discrimine vocantur. Et hæc quidem differentia actionum directarum & utilium, toto jure insignem habet usum; ut directæ sunt, inquam, quæ ex verbis legum & propria cujusque negotii natura veniunt; utiles, quæ ob affinitatem rationisque paritatem, JCtorum interpretatione ad agendi facultatem productæ sunt: Quid actiones in factum differant a præscriptis verbis actionibus, *alibi* trademus.

TIT. IV.

De Injuriis.

Definitio Injuriæ ejusque exegesis. Divisio. Quatenus per alios actio injuriarum nascitur. Pœna injuriæ. Quæ actiones aliæ de injuriis dentur. Quibus modis tollatur hæc actio.

(a) DE vocabulo injuriæ agit ἀκριβῶς in hoc *pr.* Imperator, non sane pro consuetudine sua. Generaliter, inquit, injuria dicitur omne quod non jure fit; atque ita tres iterum significationes diversas comprehendit: Nam ut ὕστερον πρότερον eas exsequamur, omnis *iniquitas & injustitia* dicitur injuria, πᾶσα ἀνομία καὶ ἀδικία: quanquam ut hæc significatio differat a generali, parum video, nisi limites eam, quatenus adversus alium committitur, quo sane exemplum a Cæsare memoratum, de judice, qui contra aliquem injuste pronunciat, pertinet; cui minime obstat, quod Prætor etiam cum inique decernit, jus reddere dicitur, *l. pen. de Just. & Jur.* hoc enim ad effectum rei judicatæ, quæ jus victori tribuit, non ad injuriam judicantis tollendam pertinet. Altera significatio est, qua culpam notat injuria, licet dolus absit; ἀδίκημα, vel potius ἁμάρτημα, veluti in Lege Aquilia damnum injuria datum accipitur. Postremo contumelia, quæ a contemnendo dicta est, vocabulo injuriæ exprimitur, *d. pr. h. t.* Et in hoc sensu verissimum est, quod Ulpianus in *l. 1. §5. in fin. de Injur.* scribit ex Aristot. *l. 5. Ethic. c. 11.* volenti non fieri injuriam; nihil obstantibus, quæ contra moventur a D. Wissenbachio *disp. 43. ad Instit. th. 3.* Equidem si injuriæ vocabulum de quavis ἀνομίᾳ καὶ ἀδικίᾳ sumatur, non est dubitandum, quin æstimatio injuriæ non pendeat ex voluntate patientis, sed ex regulis justitiæ sit metienda. Aristot. autem; quando ita dixit; ἀδικεῖται δ' οὐδεὶς ἑκών, nemo sponte injuriam patitur; id respectu patientis, & juris, quod ei sit comparatum, loquitur, non de eo, quod in se bonum atque justum sit. Jam in posteriore sensu, quando injuria exponitur per contumeliam, definimus eam, quod sit; *Delictum in contumeliam alterius dolo malo admissum.* Alii distinguunt injuriam a contumelia. Sic Augustinus *Confess. 3. c. 8.* Sive per contumeliam, inquit, sive per injuriam. Seneca explicatius *lib. in sapientem non cadere injur. cap. 10. Contumelia est minor*, inquit, *injuria, quam queri magis quam exequi possumus, quam Leges quoque nulla di-*

(a) *Pos. 1.*

gnam

gnam vindicta putaverunt: Hunc effectum contrahit hominis animi, contumeliam se ob factum dictumque inhoneste accipientis &c. cujusmodi exemplum refert Senatoris, qui a Corbulone in senatu appellatus contemptim struthiocamelus, lacrymis fleverat. Sed JCti inter contumeliam & injuriam contemnendi causâ factam, non distinguunt, *l. 5. §1. ad L. Aquil. l. 27. §3. de pact.* ubi, *injuriarum actio nascitur ex contumelia.* Dictum est in definitione, *dolo malo* admissum, quia non censetur admissa injuria, nisi animus adsit malitiosus & injuriosus; nam sicut furtum & rapina, sic etiam injuria, ex affectu facientis æstimatur, *l. 3. §1. h. t. Dolo malo*, non quovis, sed cum animo injuriæ faciendæ; nam si astrologus, aut illicitæ divinationis magister, ex arte licet nefaria consultus, aliquem furem esse, qui non erat, dixerit, injuriarum non tenetur, aliter puniendus, *l. 15. §13. h. t.* Magistratus potestate sua abutentes in contumeliam aliorum, non sunt liberi ab hac actione, sed tantum, si quid Reip. causâ secundum bonos mores fecerint, *l. 32. & seq. h. t.* Cæterum a parte patientis, animi consilium, aut conscientia, non requiritur; siquidem furiosi & infantes injuriam quoque patiuntur, *l. 3. §1. & 2. h. t.* Etiam recte agit injuriarum, qui talis est a te, cum tu alium esse putares; si respectu alterius illius etiam fuisset injuria; Quod si persona, quam se lædere putabat, fuerit talis, ut in eam non cecidisset injuriæ reputatio, tum quoque in ipso læso non videtur esse injuria, ut si tuum servum verberare credens, hominem liberum perculeris, *l. 3. §4. h. t.* Quoties autem dicta, vel facta sunt ejusmodi, ut ex eorum proprietate institutoque hominum, præ se ferant injuriæ interpretationem, tunc etiam adversus reum præsumptio in deterius colligitur, ipsique probatio incumbit, *l. 5. C. h. t. & l. 1. C. ad L. Cornel. de Sicar.* ni saltem ex circumstantiis probabilibus verisimile sit, jocandi animo fuisse factum, dictum; modo non sint asperæ facetiæ, quarum in altitudinem residere solet memoria, de quibus Tacitus *15. ann. c. 68.* De jocis innoxiis haud dubie nemo tenetur, *d. l. 3. §3.* Potest etiam fieri, ut juramento purgationis, quod dicitur vulgo, sit locus, quæ res ab Judicis arbitratu pendet. Denique, si quis per injuriam provocatus in continenti injuriam retorserit, * is doli quoque expers, magisque pudorem suum purgasse, quam alteri insultasse videtur, *l. 25. de Procurat.* eoque pertinet, quod in *l. 14. §6. de bon. libert.* est scriptum; Ignoscendum esse ei, qui se voluerit ulcisci provocatus: Interim est alia quæstio, satius ex ratione & Lege Christi agat, qui injuriam retorquere quam pati mavult; sæpe enim aliud judicis officium, aliud privati litigantis conscientiam dictare, mox in hoc ipso capite ex occasione videbimus, atque ita nos nihil morantur, quæ D. Wissenbach contra istam sententiam refert *disp. 4. ad Instit. th. 4. & 5.* vid. tamen Tuldenum *ad tit. C. de injur. n. 4.*

SCHOLIUM.

Quæritur nimirum, an retorsionem solea conscientia adhibere possim, quæ quæstio, uti inter JCtos & Theologos hodiernos controvertitur, ita sen-

* Hanc injuriæ verbalis in injuriantem rejiciendi licentiam, confirmavit *Dec. El. 85.* sive fiat (1) verbis, sive scriptis *d. Dec. verb.* mündlich oder schrifftlich in Gestalt solche zu retorquiren; sive (2) ab ipso injuriato, sive per Notarium & testes retortio insinuetur; Philipp. *ad d. Dec. 85. Obs. 4. n. 18. seq.* dummodo is, qui hoc remedio uti cupit, id faciat (a) in continenti, non ex intervallo, auf unverzüglichem Fuß, und sobald er es vernimmt oder erfähret, daß er in seinem Abwesen gescholten sey. Carpzov *P. 4. C. Li. 47. def. 11. n. 4.* Id. *Pr. Cr. Qu. 97. n. 25.* Struv. *de Vind. priv. c. 10. aph. 9. & 11.* Berlich *p. 3. concl. 59. n. 55.* (b) proportionate, nec retorsionis excedat terminos, unde dicit Decisio Electoralis per illum retorquentem uti formula: Daß N. N. als dem redlicher Mann die Wahrheit gesagt, und dagegen die Unwahrheit gebraucht habe. Item; Er hielte ihn so lange selbst vor einen solchen Mann, wofür er ihn ausgegeben, bis er es ihm bewiese. conf. Struv. *l. c. aph. 10.* Richt. *Vol. 2 decis. n. 15.* Carpzov. *Prax. Crim. q. 107. n. 26. seq.* Retortio autem retorsionis *d. Dec.* prohiberur, *j* Philipp. *ad eand. Dec. 4* Richter. *l. c. n. 19.* nec in injuriis realibus locum habet retorsio, aut contra libellum famosum, Carpz *p. 4. C. 44. Def. 7.* Jure Saxonico novissimo remedium retorsionis prorsus sublatum est, cujus rationes ipse Legislator *in Edict. d. Dec.* ita reddit: Wir wollen nemlich, daß sowohl auf gemeine Maße in der 85. neuen Decision verordneten Mittel der Retorsion, welches insgemein mit vielen Excessen exercirt und mehrere Weitläuffigkeit, auch neuen Klagen Anlaß giebt, nicht minder der Autorität und dem Ansehen des Gesetzes zuwider, auch mit den Regeln des Christenthums nicht wohl übereinkommet, gänzlich aufgehoben haben.

tentiam meam dedi ad Strauch. XIX. 15. pag. 261. *Autor eos, qui putant, non salva conscientia eam adhiberi, sibi & legibus non contradicere ait, quod leges saltem de extrinseca impunitate, non de justitia intrinseca loquantur; Et recte quidem, nisi, quod de lege Christi immiscet, sloseculus sit alterius doctrinæ, quem non agnoscimus, utpote quibus firmiter persuasum est, Christum non fuisse novum Legislatorem.*

RESPONSIO.

Nos æque tenemus, Christum non fuisse novum legis conditorem; nec tamen ideo dubitamus, quin ipsi Apostolique ejus injuriarum retorsio displicuerit, ut satis diserte exponunt Matth. V. v. 39. & 44. Rom. XII. v. 14. 1. Petr. III. v. 9. *Quo tamen præcepto non tollitur vetus talio Mosaica; Sed abusio ejus in privatis offensionibus coercetur. Videndum, ne nos reos faciamus Evangelii ad morem seculi potius quam ad Christi domini mentem trahendi.*

N. ADDIT.

Imo vero videndum, ne Evangelio abutamur ad tollendam Politiam, & inde extruamus leges certas, forum certum, nomine internum & spirituale, re ipsa seculare & externum. Ista enim methodus pertinet ad arcana Papismi. Non misscendum officium Doctoris & Imperantis. Hic multa tolerat, quæ abolenda esse illi docent.

Similis est eorum ratio, qui ad reprobandos testes contra se productos aliquid objecerint, quod forsitan probare nequeant, siquidem non offendendi lædendique, sed defendendi sui causa id objectasse credendus est, ut tamen nimis aperta falsitas atque calumnia neutiquam impunita maneat, vid. Gail. *l.* 2. *Observat.* 100. *l.* 12. *h. t. l.* 44. *de jure fisci.* Covarruv. *t. var. resolut. II. n.* 6. Dissent. Tulden. *ad tit. C. de inj. n.* 3. Quid si per ebrietatem, * iræque ** nimium calorem, dictum aliquid factumve sit contumeliose? Tuldenus eodem loco inter facta dictaque distinguit; ut illa non excusentur ebrietate, iræve subita, secus in dictis, modo statim fiat revocatio; quod equidem de hodierna παιδωδίας pœna concesserim, de mulcta pecuniaria nequaquam, nisi tales circumstantiæ sint, quibus alioqui ebrietas aut calor stomachi a pœna debitorem liberet: ut tamen hoc verum sit, facilius illa vitia in levioribus excusare quam in gravioribus, *arg. l. 11. de injur.* *l. 11. § 2. de pæn.* Quid si verum crimen objectum sit; Dicendum, si per iram & rixam objiciatur, locum esse huic actioni, nisi insigniret Reipubl. interesse illud crimen detegi, aut aliæ boni moris circumstantiæ objectam injuriam probent, vel absolvant, *l.* 18. *de injur.* Tulden. *Cod. h. t. n.* 6. Plures in utramque partem hujus sententiæ auctores, vide apud Sandium *l.* 5. *tit.* 8. *decis.* 9. adde D. A. Matth. *Comm. de crimin. pag. prim. edit.* 117. *& seqq.*

2. (b) Dividitur injuria a modo, quo infertur, in realem, verbalem & quæ literis fit. Realis est, cum quis verberibus, aut alio quovis facto, vel gestu, indigne afficitur, maxime quando manus inferuntur, veluti, cum *quis pugno pulsatus, aut fustibus cæsus, vel etiam verberatus* erit, § 1. *h.* Verberare & pulsare differunt in L. Cornelia, quod pulsare sit absque dolore, verberare est cum dolore cædere, *l.* 5. § 1. *de injur.* quamquam sæpius hæc vocabula confunduntur, *l.* 4. § 13. *de vi bonor. raptor.* At in hoc § 1. verberandi vox diverso adhuc sensu ponitur; etenim τὸ fustibus cædere sit etiam cum dolore; Theophilus illa tria Justiniani sic reddi lit, ὅταν τις πύξ, ἢ ῥάβδοις ἢ ἱμάντι τυπτηθῇ, quando quis pugno, aut virgis, sive fustibus, autloris fuit cæsus, ut tum verderare significet flagris cædere, quod erat maxime servile, unde servilia verbera, *l.* 7. *de pæn.* Sæpe fit etiam realis injuria sine manuum

* Ebrietatem injuriam quandoque tollere, quandoque minuere, etiam Saxonici JCti statuunt, vid Carpzov. *p.* 4. *C.* 12. *D.* 10. Aliud autem sentiendum in Electorali Saxonia videtur, postquam Potentiss. Rex novissimo Mandato cavit, ebrietatem in his delictis ne quidem ad mitigandam pœnam delinquenti prodesse debere, vid. das erneuerte und geschärffte Mandat wider die Selbst-Rache, Friedens-Störungen und Duelle, *d. ann.* 1712 præfat. versb. unsonderheit vor Vollsauffen, als welches, wie es an sich selbst sündlich also zu keinem Verbrechen zu Linderung der Straffe dienen, sondern allenthalben, als ob es vorsetzlich geschehe, angenommen und bestraffet werden soll.

** Adde dictum Mandat Potent. Regis nostri § 11. ex quo apparet, eum, qui reali injuria ab altero affectus (mit Hand-oder Faust-Schlägen) alterum in continenti fcutica aut baculo percussit, aut vulneravit, mitius quidem, quam alias, coerceri, per tres menses tamen in carcere detinendum esse; Deprecatio quoque hoc casu cessat.

(b) *Pos.* 10. *& seqq.*

illatione,

illatione, veluti cum quis bona alicujus quasi debitoris, qui nihil debebat, possedit; si quis patremfamilias, aut prætextatum prætextatamve, id est puerum puellamve, a togis prætextis ita dictas, adfectatus fuerit, impudicitiæ causa, *d. § 1. h.* si quis alium vexandi causa in jus vocet, *l. 13. § 3.* si quis in invidiam alterius veste lugubri utatur, aut squalida, vel si barbam demittat capillosve submittat, *l. 15. § 27. h. t.* Quæ res ad notissimum morem veterum spectat, quo non modo rei criminis, sed & omnes sanguine, vel affinitate propinqui, miserationis captandæ gratia, vestem sordidam induere, barbam alere, capillum submittere solebant, ut locis auctorum adductis ad *d. § 27.* probat Gothofredus; adde *l. 39. eod. tit.* ubi modus huic rei statuitur. Si quis igitur tali habitu sordidatus in publicum prodierit, quasi alterius periculum lugens, cum is non esset reus, hic merito injuriæ accusabatur. Seneca 10. *declam. 1. Sordidatus es, non queror, sed si sordes tuæ invidiam mihi concitant, queror.*

3. Sequitur verbalis injuria, quæ fit convitio, hoc est ἡνίκα τις ἐν ἐπισήμῳ τόπῳ τῆς πόλεως ὕβριν ἐπαγάγῃ μοι, ὥστε καὶ ὄχλον συνεχυθῆναι, quando quis in celebri loco civitatis injuriam mihi infert, ita ut concursus inde fiat hominum, Theoph. *h.* convitium enim quasi convocium appellatur, *l. 15. § 4. h. t.* Quicquid igitur in cœtu dicitur, id est convitium, reliqua non proprie convitia, sed maledicta, vel infamandi causa dicta intelliguntur, *d. l. 15. § 11. & 12.* Actio autem injuriarum sine dubio de omni dicto, contra bonos mores in alicujus infamiam & invidiam sparso, datur, *d. l. § 2. § 5. & § 25.* ita nempe, si rumor inde publicus oriatur; nam secreta obtrectatio non est actioni injuriæ obnoxia, quia nulla tribunalia hisce querelis sufficerent exequendis, ut monet Tulden. ad *d. tit. Cod. n. 9.* Quanquam autem in interpretanda injuria non est necesse constantiam requirere Philosophicam, qualem Seneca describit in memorato libello, *cui titulus, Sapienti injuriam* non *fieri*; tamen nec gravitatem judicis decet mollibus indulgere affectibus, strepituque inani ob muliebria convitia Prætoris aures verberari. Non facile igitur dabit actionem Judex ob id, quod quis sibi corporis, aut fortunæ vitium, veluti claudicationem, vel paupertatem objecit, nisi quid secus ex personarum actionumque circumstantiis videatur, *arg. d. l. 15. § 25. & seqq.* Tulden. *d. t. n. 7.* Nam si mores hominum adeo sint alicubi perversi, ut salvo pudore talia inulta ferre non liceat, Prætor, cujus officium est rixarum cohibere causas, etiam ad hosce casus actionem extendet; forte etiam ad eum, si quis alteri *tu mentiris* dixerit; Imo, ut Corasius censet ad *L. si tam angusti. de servit.* ob verba, *tu verum non dicis*; quemadmodum sane Argentorati me præsente accidit, ut ægre ferrent Germani atque ad duellum sese erumperent, eo quod dictum erat; *verum non dicis*; iidem tamen pati se posse ferebant dicentem sibi, *hoc est falsum*; Nec privati tantum, sed & publice ita ineptiunt. Heidelbergæ cum agerem, citatus fuit Noribergam, ad summos rei metallariæ artificum Præsides, socius ejus artificii, hospitis mei contubernalis, ut causam diceret non vindicati convitii trivialis, quo alius se illum adfeciisse jactabat, & quidem ille, se non posse, quin molestissimum iter susciperet, affirmabat; ni infamis, nec tolerandus in ullo cœtu honesto haberi mallet. Habet hoc gens gravissima ex κακοζηλίᾳ Gallorum, quorum hæc est vanitas, ut ob ineptias atrociter sæviant; quando & ipse Franciscus Rex I. in conventu celebri Principum dixisse legitur, non esse virum honestum, qui mendacium sibi objectum non vindicaret armis, haud obscure perstringens Carolum V. cui ipse aliquandudum mendacii probrum objecerat, teste Bodino *lib. 4. de Republ. c. 4.* Sic igitur verbis fit injuria, *d. l. 15. § 2.* ex *l. 5. C. eod. tit. Literis*, cum libellus, vel scriptura spargitur in alicujus infamiam, *l. 5. § 9. h. t.* ubi, si quis librum, ait textus, ad infamiam alicujus pertinentem scripserit, composuerit, ediderit, dolove malo fecerit quod quid eorum fieret, etiamsi alterius nomine ediderit, vel sine nomine aut etiam nomine adjecto; * nec enim execratur crimen impudentia & audacia. Tulden. *ad tit. C. de famos. libell. n. 1.*

* Apud nos pœnam libelli famosi non incurrit, qui nomen suum injuriæ scriptæ subjicit, secundum Hartm. Pistor. *Observ 187. n. 4.* Jac. Schultes. *ad Coler. decis 154. n. 10.* Philipp. *Lis Pr. J. L. 4 Ecl. 26. n 8.* Finckelth. *Obs 38. n. 12. seqq.* Carpzov. *Pr. Crim. Qu. 98. n. 28. seq & P. 4. C. 44 def. 3.* licet dissent. Mol.et. *ad eand. n. 6.*

4. (c) Actio injuriarum non modo immediate, sed & mediate per eos, qui in potestate, vel defensione nostra sunt, per liberos & uxores acquiritur, ita ut singulis actio seorsim competat, *l. 1. § ult. h. tit. § 2. h.* etiam moribus nostris, nec unius actio per alterius actionem consumitur, sine periculo, ne offendatur regula, idem bis ne petatur, cum heic singulæ personæ, de injuria sibimet, aut mediate, aut directe illata agant, *d. l. 1. § ult. § 2. h.* unde liquet, fieri posse ex hypothesi Juris civilis, ut ex una injuria quatuor personis actio distincta detur; mulieri nuptæ, marito ejus, atque Patri mulieris, & socero, quod utique hodiernis moribus cessat; quatenus per nuptias Patriam potestatem solvi, notissimum,* & alias dictum est. Sane mulier de injuria marito suo illata, non habet actionem; ut magis prævaluit, ait Imper. *d. § 2. h.* εἰ καί τινες ἐναντιώθησαν, licet *aliqui sint adversati*; sine dubio ex convenientia correlatorum. Sed est hic manifesta differentia: nam ratio, quæ actionem viro præstat, quod uxorem a viro defendi oporteat, nihil ad mulierem pertinet, sub cujus tutela virum agere, non minus contumeliosum est, quam vivere sub uxorio imperio. Nomine autem filiifam. agit Pater, ut alias extra causam peculii castrensis vere, vel quasi talis, nisi quod Patre absente, filius admitti potest, *l. 17. § 10. & seqq. de injur.* Dominus haud facile actionem per servum acquirit, nisi perquam atrox sit injuria, vel cum respectu ad ipsum dominum illata, *§ 3. h.* Nam atrocior injuria in servum parata non relinquitur impunita, tametsi de animo & contemplatione in dominum nihil fortasse liqueat, veluti, si virgis aut flagris sit verberatus, vel quæstio tormentis de eo fit habita, *l. 15. § 34. 35. & 43. h. t.* sed diobolares levioresque injuriæ non aliter de servo competunt, quam si domini respectu odioque sint commissæ; alioqui de convitio alapave, servo impacta, nihil actionis datur, *d. § 3. in fin. h. t.* plane ipsi servo nec de parva neque de magna injuria competere posse actionem, status servi, juris omnis civilis expers, satis demonstrat, *l. 15. § 44. h. t. d. § 3. in pr. h.* quatenus servi pro nullis & pro mortuis habentur, *l. 32. & l. 209. de R. J.* Quod si plurium dominorum communis sit servus, omnes domini habent actionem, non singuli in solidum, sed pro partibus dominicis, *l. 15. § ult. h.* neque tamen viri æqualitate dividunt partes, sed ut est cujusque dignitas, ita plus vel minus adipiscuntur, quemadmodum mulctæ injuriarum semper æstimantur, *§ 5. h. & § 9. h. t.* nec aliter accipiendum, quod in *l. 16. eod. tit.* habetur; *Non est æquum pro majore parte, quam pro qua quisque dominus est, damnationem fieri.* Denique, servo fructuario & bona fide possesso injuria affecto, jus agendi domino competebat, non usufructuario bonæve fidei possessori, nisi diserte in contumeliam ipsorum injuriam esse factam constaret, *§ 5. & 6. h. l. 15. § antep. & ult. h. t.* Hæc dicta sint ad *§ 4. 5. & 6.*

5. (d) Pœna injuriæ gravissima est ob libellum famosum, quem scripsisse, sparsisse, prælegisse, capitale est, *l. unic. C. de Libellis famosis.* Videtur & alias ex L. XII. Tabb. pœna fuisse capitalis, ut colligi potest ex Augustino laudante locum Ciceronis 2. *de Civit. Dei c. 9.* quanquam mediæ tempore Jurisprudentiæ pœna mitior usurpata, *l. 5. § 9. h. t.* neque vero deest ratio severitatis adversus hoc delictum: quo enim major est spes impunitatis, eo graviorem oportet esse sanctionem, ut fiducia latendi metu deprehensionis coerceatur; præter quod efficacissima ratio propagandi aliorum infamiam scripto, non est indigna rigore intentiori. Hæc tamen lex ita hodie temperari solet, ut tum maxime habeat locum, quando capitale crimen alicui objicitur, aut seditio movetur in Republ.** Tulden. ad *tit. C. de libell. famos. in pr.* Realis injuria

* Id quod cum apud nos per filiæ nuptias semper, filii vero, quoties peculiarem œconomiam instituit, contingat. v. Land. R. L. 1. a 31. P. 2. C. El. 19. utroque casu Patri actio injuriarum denegabitur. vid. Menck. *Tractat. Synopt. Inst. h. t. p 139.* Unde Patrem ob injuriam filiæ maritatæ agere non posse, resp. *Facult. Jur. Lipsi. Ann. 1706. Mens. Apr. & August.*

** Jus Saxonicum perinde ac Jus Imperii, de quo vid. *Ord. Crim. art. 110.* libelli famosi pœnam constituit talionem, id est eam, quam meretur delictum alteri falso imputatum. *P. 4. C. El. 44.* vid. Carpzov. *Pr. Crim. qu 98. n. 13.* Hopp. *ad § 1. Inst. h. t. Ust. lod* Non tamen capitalis, sed fustigationis. aut relegationis tantum, aliave arbitraria pœna eodem Jure obtinet, ipsi, qui proponit Libellum famosum, criminis, quod alteri objecit, veritatem probet, *d. C. § Ordnen.* ibique Carpz. *def. 8.* Heig. *P. 2. quæst. 31. n. 44.* Thil. *Ust. Pr. l. 4. Ecl. 27. § 7. j.* Mynsing. *Cent. 4. Obs. 4.* (z) in eo, qui libellum famosum tantum propalavit,

(c) *Pos. 11. &c.* (d) *Pos. 24. & seqq.*

punitur

punitur Lege Cornelia, verbalis jure Prætorio; modus autem puniendi utrobique est idem, nempe ut is, qui injuriam est passus, eam æstimet ad certam pecuniæ summam; Judex autem moderetur æstimationem, secundum circumstantias facti ipsius, loci, personæ, & loci vulneris, aliarumque circumstantiarum.

6. Hæ sumuntur ab ipso facto, a loco & a persona. I. A facto, id est a genere modove injuriæ, quarum sunt infinitæ varietates; & advertet, inquam, judex, ne ineptiis & vitilitigiis tribunalia perstrepant. Huc etiam pertinet locus vulneris, *§ 9. h. l. 7. in fin. & l. 9. fere per tot.* II. A loco injuriæ commissæ; velut si in foro, * in templo, vel domi cujusque propriæ** fiat, *d. § 9.* In loco secreto facta obtrectatio, vel exprobratio, non parit actionem, dix. e Tulden. *ad h. t. C. n. 9.* convicium dicitur in conventu, *l. 15. § 4.* & ad infamandi causam pertinere debet, *d. l. 15. § 5. in f. & § 25.* III. *A personis* est præcipua diversitas, tam eorum, qui faciunt, quam qui patiuntur, velut, si Magistratus *** vel senator, ab humili persona contumeliam acceperit; si doctor, si Verbi divini Minister, eorumque matresfam. si feminæ prægnantes, &c. *d. § 9. d. l. 7. § ult. h. t. & l. 4. C. eod.* Exod. XXII. v. 28. Moribus gentium æstimatio partis læsæ obsolevit †; mulctæ singulis fere injuriarum speciebus impositæ sunt; quæ ob id genus circumstantiæ augentur in duplum, triplum & ultra: quandoque Pœna quoque libelli famosi jure civili capitalis est, *ut dict. l. un. C. de libell. fam.* moribus extraordinaria est pro circumstantiis, *§ 10. h.*

SCHOLIUM.

Nostris moribus sane actio æstimatoria est usus fere quotidiani. Auctoris igitur assertio intelligenda de moribus Frisiæ. vid. Willenbach. th. 27.

RESPONSIO.

Intellexi gentes, quæ certas mulctas singulis injuriarum speciebus imposuere, ejusmodi plures sunt. Si scholiastes intelligit experitiones mulctarum, quæ actorum arbitratu fiunt in conclusionibus libellorum sæpe legis ultra modum, ea nostris quoque inusitata non est: Verùm ejus ratio non habetur, ubi lex quantitatem præscribit. Plura dicentur inferius.

Quæ fuerit olim pœna, non tacet Justinianus in § 7. Ex lege XII. tabularum propter membrum quidem *ruptum*, id est abruptum, talio erat; propter os fractum, id est quamvis læsionem citra membri ademptionem, nummariæ pœnæ; talio parem vindictam significat, non ita, ut eam D. Wissenbach. *disp. 43. th. 8.* describit, æqualia peccata æqualibus pœnis, gravia quidem graviter, levia leviter coercendo; nam ita

Carpzov. *Pr. Crim. l. c. n. 21. seq.* Philipp. *l. c. n. 6.* (1) si aliæ circumstantiæ concurrant, e. g. tempestiva pœnitentia, &c. Carpz. *d. l. n. 58. seq.* Philipp. *d. l. n. 9.*

* *Nov. Mandat. de Duell. § 9.* injuriæ reales in locis privilegiatis, ut residentiis, curiis, cancellariis &c. templis, auditoriis, præfecturis &c. illatæ ita coercentur, ut ordinaria earum pœna incarcerationis pro quarta parte augeatur, manusque delinquenti, wenn der Burg-Friede gebrochen, amputetur.

** Sic quoque atrocior fit injuria, & eodem mandato punitur, ut ordinaria carceris pœna tum die Helffte steigt. *d. Mand. § 10.*

*** Jure Sax. Elect. si injurians primi ordinis sublimisque dignitatis, de qua vid. *Mand. d. Duell. § 1.* sit, injuriamque, vel verbis, vel gestu superiori suo ac magistratui intulerit, deprecationem & recantationem, simul carcerem 6. mensium subire jubetur, *d. Mand. § 4.*

† Actionem injuriarum æstimatoriam Jure Saxonico, quod ante Edictum de Duellis erat, non obsoleviss' non modo usus fori ostendit, vid. Carpz. *Prax. Crim Qu. 95. n. 5.* & Philipp. *Ut. Pr. Inst L. 4. Ect 30 n. 10* ubi præjud. sed & ex ipsis Legibus Electoralibus apparuit. Ita Ordinatio politica de Ann. 1661. *tit. 5.* Von Injurien, Schänden und Schmähen. *§ 7. verb.* sondern entweder auf eine andere Geld-Busse, so er anders seinen Ehren dadurch gerathen zu seyn vermeynet. *it. § 7. verb.* wolte aber der Beleidigte lieber *ad æstimationem.* Ex quibus & § 15. simul constabat, non posse partem lætam actionem æstimatoriam cum actione ad palinodiam cumulare; adde Rescript. Divi Joh. Georgii I. *de ann. 1637. ad Scab. Ipsf.* & Carpz. *P. 4. C. 42. Def. 16.* Sublatus tamen videtur æstimatoriæ actionis usus *per Mandatum Noviss.* wider die Selbst-Rache, *d. 1712.* cum ibi omnes solennes & formales injuriarum actiones, *ordinationi Politicæ d. a. 1661. t. 5. § 5.* probatæ, sive ad æstimationem, palinodiam, sive aliam in rationem instituantur, abrogatæ sint. *d. Mand. § 22.* In Ducatu Magdeburgico usus Actionis injuriarum æstimatoriæ per emendat. Ord. Process. *tit. 50. § 10.* sublatus est.

fit omnium æstimatio delictorum, sed ut Lege Mosaica præscribitur, Exodi 21. v. 23. *& seqq. vitam pro vita, oculum pro oculo, dentem pro dente, manum pro manu, pedem pro pede, ustionem pro ustione, vulnus pro vulnere, tunicem pro tunicè:* & Levit. 24. v. 19. *quemadmodum fecit, sic fiat ei: prout intulerit corporis vitium homini, sic infertor ei.* Idem repetitur Deuteron. XIX. v. ult. Cæterum, eo modo talionis illius ineunda est ratio, ut ejusmodi evitentur incommoda, qualia Favorinus movet apud Gellium *lib. 20. c. 1.* nedum id genus absurda, quæ Pythagoricæ talioni, nescio an merito, imputantur; exempli gratia; Clodius, Pompejam Cæsaris adulteravit; Ergo paci debet, ut Cæsar ipsius uxorem corrumpat. Est qui auri pondo tot sufluratus est alii, proinde tantundem alter ipsi eripiet, quomodo refert D. Wissenbach *d. disp. 43. th. 8.* Sed apud Romanos non erat necessaria talionis pœna, Reus enim pacisci poterat, cum injuriam passo; pacisci nolens talionis damnabatur; nec tum quidem pati cogebatur, verum Judex talionem recusanti litem æstimabat, atque sic omnia in mulctam pecuniariam resolvebantur, ut docet Cæcilius Jctus apud Gellium *loco citato.* Haud temere Favorinus *ibidem*, nummarias pœnas propter os fractum reprehendere videtur, quæ XXV. assibus erant definitæ, *quis enim erit tam inops, quem ab injuria faciendâ viginti quinque asses deterreant?* ait Philosophus, additque exemplum; *L. Neratius*, inquit, *fuit egregie homo improbus, atque immani vecordiâ. Is pro delectamento habebat os hominis liberi manus suæ palma verberare. Eum servus sequebatur crumenam plenam assium portans; & quemcunque depalmaverat, numerari statim secundum XII. tabb. quinque & viginti asses jubebat.* Atque ut mali mores plerumque bonis legibus ortum suppeditant, *Præterea*, inquit, *Prætores postea hanc Legem abolescere & relinqui censuerunt, injuriisque æstimandis recuperatores se daturos edixerunt.* Sed partem absurditatis hujus occupat Justinianus, in hoc § 7. *quasi in magna veterum paupertate*, ait, cui adde quod Cæcilius *d. l. 20. c. 1.* Gellii suggerit, in illa ipsa paucitate assium grave pondus æris fuisse, *Nam librariis assibus in ea tempestate populus usus est*, ut singuli asses libram æris penderent, unde sestertius, qui tenebat asses duos cum dimidio, sic scribebatur LLS. hoc est, duæ libræ cum semisse: quæ literæ postea sic notari cœperunt, ut hodieque passim extant, Hs. Ergone XXV. asses erant XXV. pondo æris? Robustum Neratii servum & immanem crumenam toties XXV. libras æris continentem, sed de hoc *alias.* Cæterum est ita, quemadmodum Cæcilius idem tradit, *Legum opportunitates & medelas, pro temporum moribus &c. mutari atque flecti, neque in uno statu consistere, quin ut facies cæli & maris, ita rerum atque fortunæ, tempestatibus vârientur.*

7. Pœna injuriæ, quæ ex Lege XII. tabularum introducta est, in desuetudinem abiit, alia vero, quam Prætores introduxerunt, postea in Judiciis est frequentata; ut unaquæque injuria æstimetur certa pecuniæ summa, quæ crescat, aut minuatur, secundum gradus dignitatis vitæque honestatem, qui gradus per analogiam in servorum quoque personis sunt observandi, *d. § 7. l. 15. § 44. h. t.* Atque ut Theophilus παρεφρασε, injuriam passis permittitur æstimare suam injuriam quanti velint; forte si dicat, hanc ego injuriam ne quidem pro centum aureis pati vellem, & hanc quantitatem Judex aliquando approbat, aliquando infra eam subsistit, prout ipsi visum fuerit. e. g. Quæ injuria senatori illata, centum & quinquaginta nummis mulctatur, ea in privato centum æstimabitur; at in homine minus honesto quinquaginta duntaxat. Ita fere Theophilus: atque ita civiliter de injuriis agi mos erat. Dein Lex Cornelia de gravioribus injuriis lata est, qualis, si domus alicujus vi sit introita, vel pulsatus aliquis sit, aut verberatus, adeoque omnis injuria, quæ manibus infertur, huc pertinebat, *l. 5. D. in pr. de injur.* Etsi autem criminalis animadversionis ergo hæc Lex præcipue lata videtur, tamen & civiliter, æstimatione Judicis officio facienda, potest agi, *l. 37. § 1. h. t.* Ex quibus jam colligitur, jure Prætorio non tantum de verbalibus injuriis, sed & aliis levioribus agi; verum de iis, quæ manu fiunt, aliisque gravioribus, publicatam esse Legem Corneliam. In utroque autem civili Judicio æstimationem fieri κατὰ τὸν βαθμὸν τοῦ ἀξιώματος, τὸ ἀξίωμα τῆς πολιτείας τὸ ὑβρισθέντος, juxta gradum dignitatis, & existimationem, quam is, qui injuriam passus est, habet in civitate. Cæterum, superior discretio ad applicationem mulctæ faciendam partibus læsis dirigebatur, eoque respectu diversitas personarum considerabatur. Sed alio sensu personæ quoque ratione, injuriæ distinguuntur, ut leviores aut graviores, prout

sunt

sunt magis minusve dignæ personæ, censeantur. Gravior est injuria, si Magistratus, aut verbi divini minister, aut Nobilis & spectatus vir, a privato vilique homuncione, quam si bajulus aut quilibet privatus ab insigni viro injuria afficiatur; sunt & aliæ circumstantiæ, quibus delicti æstimatio crescit; atrocius enim est cædi fustibus, aut vulnerari, quam os depalmari. *Locus* huc etiam pertinet, veluti cum quis in templo, vel theatro, medioque foro, indigne est habitus; denique locus vulneris, ut, si quis in oculo percussus fuit, maleficii pœnæque facit incrementum, ut Imperator in § 9. ibique Theophilus, adde *l. 7. § ult. & l. 9. h. t.* ubi & illud, pater an filiusfamilias sit aliquis, nihil præstare; nec inter virum atque mulierem distingui legimus: etsi non est abs re, statuere, quod & Judicem aliquam sexus oportet habere rationem: quatenus improbitas odiumque injuriæ crescit ex eo, quod quis debilem suique defendendi impotem violaverit. Statuta Frisica *lib. 2. tit. 2. § 23.* inter personas, quarum respectu mulctæ injuriarum duplicantur, etiam referunt mulieres sive matronas, atque puellas; denique prægnantes triplo vindicantur. Metuendum erat, ne si Justinianus hoc ita sanxisset, ei ab acutis censoribus, quos habet ex Interpretibus suis nimium multos, exprobraretur, quod ab Theodora subactus mollioris sexus honori sic consulendum putaverit. Sed parum abest, quin prærogativa nostratium matronarum usus forensis interpretatione, penitus enervetur & infringatur. Sic enim Vir Ampliss. D. Saekma in notis *MS.* memorat, id quod de mulieribus in statuto lancitur, tantum de Nobilibus & spectatioribus matronis accipiendum, quasi vox *vrouwen*, in *d. § 23.* per sequentem, *ofte matronen*, qua voce primariæ feminæ vernaculo usu significentur, & sic per *vel* exegeticum restringeretur, quomodo & judicatum refert D. Saekma. Atqui illo intellectu nihil præcipui mulieribus tribuitur, sed tantum virjs pari conditione fortunæ utentibus adæquantur. Alioqui posset aliquis ita existimare, in his verbis, *vrouwen, ofte matronen, ende jonge Dochters*, hunc inesse sensum; oppositionem esse inter mulieres nuptas & inuptas; cum vox *vrouwen* sit generalis conveniens nuptis & innuptis, eam limitari addito, *matronen*, qua voce nuptas honeste viventes latius intelligi, satis constat. Sequuntur puellæ, de quibus eandem teneri distinctionem, non meminit D. Saekma, neque de prægnantibus eam observari, sana ratio permittit. Cæterum, moribus hodiernis æstimatio a partibus læsis, quemadmodum jure civili præcipitur, non fit, verum singulis injuriis mulctæ statutis sunt impositæ; sicut in Friscis Statutis fit accurate in *d. tit. 29.* Sed est alia moribus hodiernis injuriarum actio, quæ verbali tantum injuriæ convenit; quaque ad παλινῳδίαν sive recantationem agitur. Sit ne autem hæc actio civilis, an criminalis, mox inquiretur. Sed hoc res ipsa loquitur; tametsi quis ob vera convitia, quemadmodum supra diximus, ita teneri possit, eum tamen ad παλινῳδίαν publicamve revocationem nequaquam teneri, ut bene tradit Sandius, *lib. 5. decis. tit. 8. decis. 7.* nec etiam æquum est, adigere ad παλινῳδίαν eum, qui verba injuriosa animi commotione prolata, ante litem contestatam revocare paratus est, ut idem judicatum refert, *dec. seq.* Imo parum abest, quin ab usu fori παλινῳδία penitus recesserit, * exemplo juris Romani, quo ignorata fuit: ne-

* Sed hanc quoque actionem Jure & consuetudine Saxoniæ non sublatam esse, *P. 4. C. El. 42. Ordinat. Pol. l. c. § 5. & 7.* evincunt, dum injuriam atrocem passo facultatem largiuntur hac actione utendi. Philipp. *Us. Pr. Inst. L. 4. Ecl. 22.* Carpzov. *& Moller. ad d. C.* Carpzov. *Pr. Crim. Qu. 96. n. 11. seq.* Berlich. *p. 5. Concl. 62.* solerque reo haud raro extraordinaria simul pœna imponi, *v. d. P. 4. C. 42.* & Philipp. *l. c. n. 11.* Carpzov. *ad d. C. def. 1.* Interim recantatoria actio eodem mandato § 22. *in Sax. Elect.* abrogata est, utut injuria adfecto & denuncianti integrum sit, deprecationem aut revocationem pro discrimine factæ injuriæ desiderare, ac simul petere, qua pœna statuta injurians, methodo *in* § 22. præscripta observata, excipiatur. Cum autem verba *d.* § 22. solum de ordinario ac solenni procedendi modo in actione ad Palinodiam abrogato, acciperentur, *novissimi mandato d. 1716. d. 4. Mart.* declaratio secuta est, & tam ordinaria quam summaria in hac actione procedendi ratio interdicta, ita, ut de simplici & plano, sola rei veritate inspecta, nach Art des Rügen-Processes, hic quoque deprecatio injuriantii injungeretur. Cæterum cum recantatio Jure Saxonico famam quodammodo sugillet, salutarem esse ejus in sententia condemnatoria factam reservationem, monuit Carpzov. *Pr. Crimin. qu. 94. n. 80.*

que non durum videtur, dicta temere objecta fic luere; si valde atroces circumstantiæ diversum non expresserint.

SCHOLIUM.

Apud nos autem, Saxones, actionis hujus usus adhuc floret.

(e) Quod in *pr. tit. de obligat. ex delict.* diximus, ex privatis delictis agi posse duobus modis, civiliter, * atque criminaliter, ** hoc etiam de injuriis affirmat Imperator in § *10. h. t.* ita ut in criminali accusatione judicis officio extraordinaria pœna pro meritis circumstantiarum infligatur, *d. § 10. l. ult. h. t.* in qua parte commemorandum putavit Cæsar in *d. § 10.* quod in Institutionum libello minus necessarium videbatur, personis illustribus licere etiam per Procuratores actionem suscipere, vel persequi, cum alioqui criminalis accusatio per alium exerceri nequeat; idque ob inscriptionem in crimen, per quam accusator se ad pœnam talionis obligare debet, si calumniatus deprehendatur, *l. ult. de furt.* quemadmodum id alias docebitur; soli, ut dictum, Illustres, quique super eos sunt, excipiuntur a necessitate in sua persona experiundi injuriarum, *l. ult. C. h. t.* Repetendæ sunt hoc loco duæ quæstiones, quos in capite de furtis tetigimus. Una, deturne accusatio extraordinaria, de modicis minimisque etiam injuriis: Quod ego non possum in animum inducere uti credam, rationibus iisdem, quas in *th. 4. supra de obligat. ex delicto* protulimus. Inscriptio in crimen, obligatio ad pœnam talionis, animadversio publica, ut alii exemplo deterreantur, res sunt ultra modum levis contumeliæ, nimis quam graves. Judicii publici auctoritas vilesceret promiscuis ejusmodi de rebus exiguis accusationibus. Moribus nostris sic fieri videmus; Qui passus est injuriam, agit ipse, soletque etiam petere, ut fiat insinuatio, quam dicunt, Procuratori Generali; sed Curia non semper eam concedit; neque Procurator, ea facta, semper agit; haud alia causa, quam metu contemptus judiciis conciliandi, si quotidianis clamoribus vigorem publicæ disciplinæ in controversiis rerum minimarum exercere vellent. Ego rem nihilo secus apud veteres se habuisse credo. Poterat equidem is, qui passus erat injuriam, adire Præsidem aut præfectum urbis, & extraordinariam moliri accusationem, tam de injuriis, quam de furtis: utrobique enim est eadem ratio, *l. ult. de Furt. l. ult. de Injur.* Sed magistratus minime semper inscriptiones totamque molem criminalium Judiciorum movebat; sæpe fures rem simpliciter restituere jubebat, *l. 56. § 1. de furt.* aut ad jus ordinarium eosdem remittebat, *l. 2. de fur. balnear.* extraordinaria procedebat accusatio, quoties aliquid gravius animadvertendum erat, *l. 1. § 1. de extraord. crim.* In quibus verbis non inest διαζολὴ, quasi Jctus non negaret leviores injuriis

* *Mandato novissimo* in Saxon. Elect. singulatis, injuriarum causis tractandi methodus præscripta fuit, quam ipse § 22. vocat den Klagen-Proceß. Scilicet Injuriæ adfectus denuntiationem adductis necessariis circumstantiis, nominibus testium, specificatione ad delictum pertinentium documentorum refertam, vel oretenus, vel in scriptis offert; Quo facto denuntiatur, sub pœna confessi & convicti in propria persona ad comparendum citatur, spatio 14. dierum ipsi indulto, atque si injuriam neget, antequam pro rata ad purgatorium perveniri queat, denuntianti jurata oblatæ denunciationis confirmatio injungitur. Contumax denunciatus pro confesso & convicto habetur, condemnatur, ulteriorque ipsi deductio innocentiæ denegatur, nisi exceptiones non rite factæ insinuationis, impedimenti legitimi, & alias juste allegitas, breviter & citra processus solennitatem deducere possit. Deprehensa autem denuntiationis veritate, sententia absque mora concipitur, qua denunciato pro modo convicii aut facinoris, declaratio, deprecatio, aut revocatio dictatur, is in expensas condemnatur, & desuper, vel mulcta, vel carcere, vel relegatione, vel fustigatione, vel ad operas publicas destinatione coerceatur, conf. *Mandat. reg. d. 1716. d. 4. Mart.*

** In injuriis præsertim atrocibus, Juro Sax. criminali persecutioni locum esse, dubio caret. Ita gladii pœnam ob injuriam graviorem magistratui illatam in reum statui, *ex P. 4. C. 43.* verb. auch wohl nach Gelegenheit der Person mit dem Schwerdt. ic. adde Moller. *ad eand. n. 4.* & Carpz. *def. 1. seq. 3.* Philipp. *l. 1. Ecl. 22. n. 9.* & fustigationem injurianti dictari posse, ex *P. 4 C. 44. § f. & C. 45 § f. it. Ord. Pol. d. ann. 1661. § 6.* apparet, qui § simul de pœna pecuniaria carceris & relegationis injuriantibus imponenda cavet. conf. *d. Mand. Noviss. Regium § 2. seq. it. § 19.* quod satis ostendit, criminaliter ex injuriis realibus & verbalibus, secundum casus ibi propositos agi posse.

(e) *Pos. 19. & seq.*

riis

rias extra ordinem coerceri, sed gravius extra ordinem graviores puniri: Nam extraordinaria judicia in hoc generaliter instituta sunt, ut quæ in delictis privatis sunt atrociora, de his graviter ex causa & ex persona statuatur, *l. ult. h. t.* Quod autem viro summo Wissenbachio nostro videtur, species injuriarum, quæ ibi recensentur, non esse ex gravioribus, nec esse contumeliosius fimo corrupto perfundi, quam convicium audire, ego nisi id valde atrox, imo capitale, paucis ita visum iri existimo. Jam igitur textus indefiniti in *d. l. ult. de Furt. & de injur.* nihil obesse queunt, nisi quod Justinianus in *h. § 10.* validius diversæ sententiæ auctoritatem adstruere videtur; ait enim de *omni injuria, cum qui passus est, posse vel criminaliter agere, vel civiliter.* Si de omni, ergo de modica quoque seu levi, imo levissima, nam & hunc ultimum gradum vox *omnis* complectitur. Ego sic existimo; Imperatorem, postquam de singulis injuriarum speciebus aliquot versibus egit, docuitque modos agendi exsequendique illas; jam de cunctis speciebus simul, tam verbalibus quam realibus, earumque variis generibus, adfirmare, de illis tam criminaliter quam civiliter agere licere, minime tamen, ut terminos habiles tollat, quos in criminalibus judiciis supponi, aliunde notum est; scilicet, ut res publica animadversione sint dignæ.

SCHOLIUM.

Dissentit Wissenb. th. 22. *Hoc illi notent velim, qui propter injurias levissimas, & vix ab homine Ethnico ad animum revocandas, criminaliter ad relegationem, vel fustigationem agunt, majore hoc pacto injuria alterum afficientes, quam ab ipso erant perpessi.*

Altera quæstio erat, utrum actio civilis & criminalis elective, an cumulative concurrant, hoc est, an una post alteram institui queat, an vero, una instituta, evanescat altera; posterius affirmandum, rationibus *supra tit. 1. h. lib. sub fin.* expositis: quibus heic illa ratio peculiaris accedit, quod injuriarum actio, tam civilis quam criminalis, ex vindicta personali detur, quam non sit æquum bis exerceri, cum actio furti, rapinæ damnique, veniat ex diminutione patrimonii, cujus ratio facilius cum animadversione criminali conjungi poterat: cum tamen ne illa quidem cumulatio Juri consentanea sit, ultro colligitur, hanc multo minus confieri posse, vid. *l. 6. & l. 7. § 1. h. t.* Moribus hodiernis quemadmodum cuncta Judicia Criminalia, sic etiam hoc a Fisci Procuratoribus exercetur & est publicum; ideoque nihil obstat, quo minus cum civili de eadem injuria concurrere possit; quemadmodum privatæ accusationes jure civili, cum publicis quoque sine dubio concurrunt, *l. un. C. Quand. civ. act. crimin. præjud.* Nihil etiam est notius hodierna praxi, quam actionem ad παλινῳδίαν sive revocationem publicam, quæ, ut diximus, de injuriis verbalibus datur, cum civili pecuniaria concurrere, * quia tendunt in fines penitus diversos, nihilque inter sese commune habentes, Gail. *1. obs. 65.* Mynsing. ad *h. § 1. & 2. obs. 98.* nec est, accurate loquendo, vel civile, vel criminale judicium, quod ad revocationem instituitur; non civile, quia non vertitur in eo patrimonii causa vel commodum pecuniarium; non criminale, quia non est publica animadversio, sed privata satisfactio; tamen si ad alterutrum genus referenda sit magis est ut inter civiles, quam criminales numeranda sit actiones, Mynsing. 2. *obs. 98.* Bachov. ad Treutl. *tit. de priv. del. th. ult. lit. A.* & *ad Wesenb. h. t. n. 16.* ex *l. u. in pr. § 3. h. t.* Si quis uti velit ratione D. Thomasii, nihil intercedo.

SCHOLIUM.

Quid si dicamus, actionem esse civilem, in qua petimus satisfactionem privatam; criminalem, in qua publicam?

Cæterum, quod in § 11. obiter collocatur, eum, qui dolo malo curavit injuriam fieri, non minus teneri, quam si ipsemet eam admisisset, tralatitium est, pariterque in aliis obtinet delictis, ut in homicidio, *l. 15. ad L. Cornel. de Sicar.* & is, qui jubet, damnum dare censetur, quatenus causam rei præbet, *l. 169. de R. J.*

3. (f) Sequuntur modi, quibus actio injuria-

* Hinc vero cumulationem apud nos non admissam; sed has actiones tantum elective concurrisse, ex *Rescripto Electorali d. Ann. 1637. & Ordinatione Polit. d. Ann. 1661. Tit. 5. § 5.* patet. Carpz. *ad P. 4. C. 42. def. 16.* add. Eckhold. *Disp. de æstimatoria injuriarum actione rei persecutoria, § 25. v supr. p. 379. not. †.* conf. quæ supra *ad h. § 7.* de petito recantationis cum illo, quod ad pœnam injurianti juxta *Edict. de Duell.* infligendam dirigitur, conjungendo, diximus.

(f) *Pos. 23. & seq.*

rum

rum tollitur; qua de re sic Justinianus, *in § ult. h. Hæc actio dissimulatione*, inquit, *aboletur.* quæ autem sit dissimulatio, exponit; *& ideo si quis* injuriam *dereliquerit*, hoc est, statim passus, ad animum non revocaverit; postea ex pœnitentia remissam injuriam non poterit recolere, ex *l.* 11. § 1. *h. t.* non revocare ad animum dicitur, qui. μὴ ἀγαναχτεῖ πραχθέντι, μηδὲ ὡς δεινὸν τοῦτο δέξηται, ἀλλὰ τῷ ὑβρισθῆναι, *non indignatur ob id quod factum est, nec ut rem indignam accepit, in ipso temporis articulo quo fiebat injuria*, ut Theophilus interpretatur. Æquum enim est, ut injuria censeatur, quemadmodum is, qui passus eam est, voluit, nec indulgendum ei, quod postea, forte ab aliis instigatus, velit μνησικακεῖν, maxime cum dissimulatione injuriarum nihil sit favorabilius ad pacem colendam. Præterea, remissione * solvitur injuria, quæ vel expressa, vel tacita est. Expressa fit pacto, vel transactione, *l.* 11. § 1. *verf. proinde h. t.* & quidem pactum hoc efficacius est, quam alias esse solebat; siquidem abolet hanc actionem ipso jure, *l.* 27. § 2. *verf. sed si pactum. de pact.* Enimvero tollitur eo modo hæc actio; sed an is, qui transegit, infamia notetur, alibi cernemus. vid. *l.* 6. § 3. *de his, qui infam. not.* Tacita remissio fit aliis placati animi indiciis, actu externo significatis, veluti salutatione blandiori, manuum junctione, conversatione familiari, compotatione, similibusque, de quibus tractant Canonistæ in *cap. ad id. de Sponsal.* Fere etiam solent hæ causæ ita in Judicio observari, propter favorem ἀμνηστίας, vel potius τὸ μὴ μνησικακεῖν. Etenim, ἀμνηστίας vocem sunt qui ad publicam duntaxat oblivionis legem referri volunt, quod ego illis probandum relinquo; sane id constat, primum Thrasybulum ἀμνηστίας vocabulum e privato in publicum ulum transtulisse: quo exemplo Romani dein usi sint, ut tamen Cicero voce ἀμνηστίας vix ausus sit uti; sub Claudii initiis rursus ἀμνηστία Romæ stabilita; sed hujusmodi exemplis velle negatum, hac voce privatos etiam uti posse, nescio qua ratione contendatur. At hoc loco gravis occurrit quæstio, an & Communio Cœnæ Dominicæ inter actorem reumque, injuriarum hanc actionem præcidat; Etenim, si convivatio & symposium inter privatos parietes, hunc habeat effectum, quis eum ausit negare in epulo sanctissimo, quod proprio fine contestandæ singularis amicitiæ, inter fratres a Christo Domino institutum est? Nihilo tamen secius prævalet opinio, quod hæc causa non præbeat exceptionem abolitæ actionis injuriarum; judicatumque ita refert gravissimus auctor Sandius, *l.* 5. *tit.* 1. *decis.* 12. cujus rationes tamen vellicat vir summus A. Matthæus *Com. de crimin. tit. de injur. c.* 1. *n.* 15. Sandius distinxerat inter privatam atque publicam vindictam, hanc esse licitam, non illam, post cœnam Domini, & hanc ideo recte institui, quod non modo ad vindictam, sed inprimis ad vindicationem honoris dirigitur, utiturque simili ab oratione Dominica, per quam omni die debitoribus nostris injurias remittimus, nec tamen judicialis injuriæ persecutionem amittimus. D. Matthæus eandem & hujus exempli rationem esse putat, eoque inclinat, ut Judex quidem negare nequeat actionem; attamen actor ipse conscientia illæsa adversarium post sacram synaxin in jus vocare vix possit. Non est dubium, quin actorem etiam atque etiam excutere semet ipsum atque perpendere oporteat, an non præstet omittere persecutionem, cujus tam subtile ab ultione discrimen est, in qua nullus animus ita sibi temperare potest, quin affectus erumpat. Sed dicere, quod non liceat post communionem sacram agere omnino, tantundem mihi videtur, ac statuere, non esse fas homini Christiano movere actionem de injuriis ullo modo, maxime, si & recitationi Dominicæ vis illa tribuitur, ut hominis liget conscientiam. Nam ego existimo, cœnæ dominicæ communionem non obligare nos ad aliud, quam quod per se lex Christi domini ferat. Puto, quo sentiu statuunt ipsi quoque Theologi, licere Christianis injuriarum agere, Spiritu scil. manueto, non animo irritato & vindictam spirante. Perkins. *de conf.* c. 3. *n.* 1. Amef. 5. *de conscient.* c. 3. *n.* 4. Spanhem. 3. *dubior. Evangel.* 125. & *seqq.* pari modo post communem panis usum idem

* Etiam in Saxon. remissione & condonatione tollitur injuria levior, ut verbalis, aut alapa illata, in tantum, ut injuriatus, eam præcise denunciare non compellatur; Judex tamen ex officio injuriantem, licet ad deprecationem non adigatur, plectit. *Duell-Mand.* § 17. In gravioribus autem injuriis, maxime realibus, is, qui iisdem affectus est, non obstante transactione inita, vel invitus cogitur, ut illas judici deferat, sub pœna 1. vel 3. mensium carceris, *Duell-Mand.* § 16.

idem licere utique, si jus conscientiæ in homine privato spectes; si aliter actores sunt animati, ut verendum est, ne non plerumque sint, id ipsorum repetitioni periculoque committendum. Hoc tantum superest, quomodo privatæ profanæque computationes injuriæ actionem excludant, nec idem faciat sacratissima convivii participatio; idque non modo respectu convivantium, sed & Judicis ipsius respectu mirum videtur, cum interpretatio remissionis non minus sit prægnans in religioso quam in vulgari epulo. Certe & epulum quotidianum, si inter multos aut publicum sit, minime hoc efficiet, ut discubitus ad eandem mentem vim remissæ actionis habeat; sed omnino specialem oportet fuisse concursum atque conjunctionem, ad hunc effectum: Quare & in Cœna totius Ecclesiæ, quæ tantum generalem fraternitatis habet professionem, nihil est, unde tam specioli remissio colligi possit. Fatemur, professionem generalem non videri fuisse, nisi ad singulos se extendat; tamen & hoc certum, specialia plus valere, quam universalia ad effectus speciales obtinendos. Tutius est procul dubio abstinere sacra synaxi, vel quod potius & laudabilius, actionem præterire etc.

9. At faccedat tertius hanc actionem tollen.imo hic, qui est annus, * *l. 17. § 6. in fin. h. t. l. 5. C. eod.* Hunc annum esse continuum, non utilem, a Præceptore nostro D. Wissenbachio accipiemus, tam Præceptorem D. A. Matthæum seniorem, ut fere semper alias, secuto; item de utroque genere injuriæ; tam realis quam verbalis annum volunt intelligi, *disp. ad Inst. 43. th. 13. & 19.* Quo minus idem sequamur a communi interpretatione recedamus, summa juris religio facit. Nam prætorias actiones, quibus anni spatio præscribitur, de utili anno interpretari solent Jcti, *l. 1.* juncta *l. 6. de alienat. jud. mut. c. & l. 1.* juncta *l. 6. de calumniat. & l. 53. de Aedil. Ed.* juncta *l. 19. §* *ult. eod. tit. & l. 1. pr.* junctо *§ 39. de vi & vi arm. l. 1. § hanc autem. Si mul. ventr. nonn.* Eundem annum utilem servavit Prætor in titulis, qui capiti de injuria sunt proximi, *in l. 1. pr. D. si quis testam. lib. esse juss. l. 2. § 13. de vi bon. raptor. & l. 1. pr. de Incend. ruin. naufrag.* Nec ulla ratio vel textus extat, unde contrarium adstruatur, præter *l. 5. C. h. t.* quæ sic ait; *Si autem in rixam inconsulto calore prolapsus homicidii convitium objecisti, & ex eo die annus excessit, cum injuriarum actio annuo tempore præscripta sit, ob injuriæ admissum conveniri non potes.* Manifestum est, ibi de convitio coram alicui in os objecto agi, in quo tempus rei gestæ scientiæque est unum & idem; scilicet, quo sensu dicatur utilis annus, jam constat ex iis, quæ supra ad *tit. de Excus. tut. § 19.* dicta sunt. Quæ præterea in hanc sententiam proferuntur de favore ἀμνηστίας similibusque, parvi sunt momenti, de quibus adi A. Matth. *de crimin. tit. de injur. n. 17.* Ex eadem *l. 5.* maxime probant, quod de reali injuria annali finienda statuunt, nam etsi illa simpliciter de verbali injuria loquatur, tamen in fine, ait noster D. Wissenbachius, *d. disp. 33. th. 17.* Imperatores speciem cum genere concludunt, verbis indefinitis: *injuriarum actioni anno tempore præscribitur;* sed nulla penitus ratio est, ea verba latius, quam est ipsa species & tractio Legis, extendendi. Adhuc in *l. 17. § 6. D. injur.* simpliciter injuria tempore dicitur aboleri; sed & hoc de levioribus injuriis, quæ satisfactione verberum adversus servum transmittuntur, accipiendum. Multo validius est contrariæ fundamentum sententiæ, quod actiones, quæ ex Lege veniunt pœnales, sint perpetuæ; prætoriæ sint annales, *pr. Inst. de perpet. & tempor. act.* nec usquam actio injuriarum excipiatur. Nam favor ἀμνηστίας prætendi poterat, si jam constaret, exceptionem esse probatam; ut ultro eam probet, nequaquam admittendum est. Imo *quid est absurdius,*

* Etiam Jure nostro actio æstimatoria injuriarum anno Civili, non Saxonico, præscribitur. Carpz. *Prax. Crim. q. 97. n. 5. Id. L. C. Resp. 114. n. 2. seq.* Philipp. *ad Dec. Li XI Obs. 3 n. 27.* licet dissentiat Berl. *P. 5. Concl. 69. n. 25.* & Boasi. *ad l. 9. § 3. ff. de jurejurand. n. 10. seq.* vid. *P. 4. C. El. 46.* ex cujus principio simul apparet, annum hunc utilem esse, non continuum. *add.* Carpz. *ad d. C. d. 2.* Berl. *P. 5. Concl. 69. n. 17.* Interim Actor qui ex verbali injuria post annum actionem instituit, vel in El. denunciationem offert, ac ignorantiam temporis illatæ urget, eo nomine juramento quandoque tempus notitiæ indicare compellitur. Carpz. *L. 2. Resp. 119. n. 10.* nisi per præsumptiones, ex quibus ignorantia colligi queat, ab ejus præstatione liberetur. vid. Swendend. *ad Libig. Proc. p. 1514.* Cæterum hæc annalis præscriptio Juris nostro ad verbales & scriptas injurias æque pertinet, *d. C. 40.* verb. Aber die andern Schrifftlich n. 1 ibique Carpz. *def. 1. n. 3.*

ajunt, *quam ob colaphos tibi ante triginta annos impactos hodie injuriarum agere velle:* vix sane fieri possit, quin post tantum temporis spatium dissimulata vel remissa videretur: Sed non est ex arte juris, id, quod minimum est, in quoque delicto excerpere, atque inde ad universum argumentari maleficium. Nec id fieri debebat ab his, qui ob res minimas criminalibus quoque judiciis locum faciunt. Nam ita meliori jure dixerim, esse rem absurdam, post triginta annos agere furti, quæ est æque actio famosa, propter ovum surreptum. Et si durum videtur, propter alapam, agere tam sero, quis neget esse durissimum, non licere post annum agere de membro rupto: idque non tantum ad sarciendum damnum, sed etiam ad injuriæ vindictam atrocissimæ? Qua occasione quæritur, an & damnum ipsa injuriarum actione petatur; quod affirmandum ex *l. 1. C. de injur.* quanquam principaliter hæc actio sit ad vindictam, *l. 7. § 1. vers. quid ergo. D. h. t.* ac etiam Aquilia potest instituì, *l. 33. in pr. de O. & A.* quæ actiones cum in diversa tendant, concursus earum est cumulativus, ut tamen ne utraque damni æstimatio petatur, *l. 7. § 1. de Injur.* Postremo, mors alterutrius cum sit ultima linea rerum, finem quoque Actioni injuriarum imponit, nec ad heredem transit, propter odium vindictæ, nisi litis contestatio intervenerit, per quam cum fiat novatio & quasi-contractus species introducatur, *l. 3. § 11. de pecul.* quemadmodum latius *supra* ad *§ 3. Quib. mod. toll.* explicatum est, obliterata est actionis injuriarum invidia, ut sic jus transeat ad heredes; qua de re vide *§ 1. infra de perpet. & temporal. action.* Sed de injuria defuncto post mortem illata, heredibus actio datur, & quidem singulis in solidum, *l. 1. § 4. & 6. de injur.* Sand. *d. tit. 2. def. 2.* Injuria in lite objecta non tribuit actionem, nisi illa lite ad finem perducta, per *l. 10. h. t. arg. & l. 1. C. de ord. cognit.* Sand. *d. tit. 8. def. 10.*

TIT. V.

De Obligationibus, quæ quasi ex delicto nascuntur.

Quid & quot sint quasi-delicta. De pœna Judicis, qui litem suam fecit. De dejectis et effusis. De positis atque suspensis. Ex quasi-delicto simisam. Patrem non teneri. Pœna furti contra Nautas, caupones, stabularios.

(a) QVod in contractibus accidit, ut inciderent quædam species contractibus affines, quibus ab Jctis nomen quasi-contractuum fuit datum, idem in delictis evenit. Nam ejusmodi facta, quibus delicti ratio non conveniebat propter defectum doli, quæ tamen affinitatis habebant plus cum delictis quam cum contractibus, ea quasi-delicta sunt appellata, vel potius obligationes quasi ex delicto nascentes, si hoc refert; diximus ad *pr. de obligat. ex quasi-contr. supra.* Igitur nihil aliud sunt quasi-delicta, quam facta delictis affinia, unde lex, sine dolo Rei, actionem producit.

SCHOLIUM.

Sed in quo consistit illa cum delictis affinitas? Negative rem exponit Auctor in prælect. num. 1. quod nimirum hic deficiat dolus. Sed hoc non sufficit. Aperte dicamus. In veris delictis dolus subest, in quasi-delictis culpa. Conf. Philos. Jur. § 142. seqq.

RESPONSIO.

Atqui Damnum Legis Aquiliæ est verum delictum, etsi culpa sola vertatur, nec quo minus id judicium sit, facit philosophia D. Thomasii. Etiam alias extra ordinem duntaxat culpa sæpe pro vero delicto punitur, l. 3. § 1. de off. præf. vigil. l. 2. & l. 11. de Incend. ruin. naufr. l. 38. § 5. de Pœn. *affinitas igitur, per quam hæ species* Quasi-delicta *seorsim constituunt, non consistit in culpa; si quidem & veris delictis aliquando, & contractibus semper convenit: sed in qualitate malimoris, quam* affinitatem *delicti appello, & quam lex, sine dolo Rei, actione persequitur. Plura, cum Ars non det, addere non est nostrum, ne quidem ex philosophia.*

N. ADDIT.

I. *Non admodum civile est, ita abjecte de philosophia D. Thomasii judicare, ea non inspecta; igitur repetantur hic ea, quæ dicta sunt supra in nova additione* ad tit. de lege Aquilia n. 3. II. *Id quidem leges dicunt, culpam sæpe extra ordinem puniri, at vero id numquam dicunt, culpam puniri ut verum delictum.* III. *Culpa quasi-delictorum & contractibus accidens in eo facile*

(a) *Pos. 1.*

secer-

ſcernitur, quod contractui culpa ſaltem accidat, & præſupponat, factum aliquod licitum alteri non damnoſum præceſſiſſe: at culpa quaſi-delicti, eſſentialis forma eſt. IV. *Si culpa non eſt forma quaſi-delicti, & tamen eſt aliquid affine delicto, ſine dolo tamen, vellem ſcire, quid ſit illud, quod inter delictum ſit medium, quale medium alia ars juris ignorat.* V. *Ignorat etiam ars juris iſtam quantitatem moris neſcio quam, & quam dutor ipſe neſcit, quæ, qualis, quanta ſit.* VI. *Iſtud denique nimis indignum eſt, dicere non licere JCto ex philoſophia ſupplere, quæ ars (videlicet corporis Juris Juſtinianei, quæ ſane omnium artium miſerrima eſt) non tradat. O miſeros nos, & vere Legulejos, ſi non liceret ſapere ulterius!*

2. (b) *Primum* eſt, ſi judex litem ſuam fecerit, *improbit.* dicitur autem ſuam facere litem, quoties male judicavit, ſeu per dolum, *l. 15. §. 1. de jud.* ſive per imperitiam, *pr. h. l. ult. de var. & extraord. cognit.* Ratio appellationis, quia male judicans periculo litis obſtringitur & æſtimationem præſtare cogitur: ideoque ſuam merito litem ait eſſe, cujus pretium ſolvit; ut olim Ciceroni minanti cuidam Magiſtratui, qui per ſordes creari meruerat: uſurum ſe poteſtate ſua in Ciceronem, *Recte*, ait, *dixiſti, tua poteſtate; emiſti enim.* Plutarch. *vit. Cicer.* Tenetur autem aliter, ſi per imprudentiam male judicavit. Quippe ſi dolo, tum vere delinquit, *d. l. 15. de jud.* & tenetur in veram litis æſtimationem, cum famæ muneriſque ſui diſpendio, *l. ult. C. de pœn. jud. qui mal. judic.* Sed imperitus Judex mulcta arbitraria damnatur, & quaſi delinquit. *princ. h. t.*

SCHOLIUM.

Sive dolo ſive culpa Judex litem ſuam fecerit, actione utili legis Aquiliæ, quæ & in factum dicitur, eum teneri arbitror, per ea, quæ dixi ad Strauch. XIX. 16. p. 262. ſeqq. *Quamvis itaque concedam, judicem dolo malo iniquam ferentem ſententiam infamem fieri*, per l. ult. C. de pœn. jud. qui male jud. *ex culpa aberrantem non æque*, arg. §. 6. Inſtit. de ſuſp. tut. *nolim tamen cum communi D.D. ſchola ſtatuere, ratione condemnationis pecuniariæ etiam aliquid intereſſe. Nam eſt utrobique eadem actio, quæ adeo utrobique ad veram litis æſtimationem dabitur*, d. l. 15. §. 1. de Judic. *ita tamen, ut in hac litis æſtimatione arbitrium Judicis non excludatur*, d. pr. h. t.

(b) *Poſ. 1. 2.*

RESPONSIO.

Actionem utilem legis Aquiliæ ad ſuitatem litis producere nimis enorme videtur, ut modo demonſtratum eſt. Diverſitas condemnationis pecuniariæ, quando culpa vel dolo male judicatum eſt, evidenter collocata eſt in d. l. 15. §. 1. de judic. & hoc pr. *nec eſt quod a communi ſententia nos hoc recedere jubeat.*

N. ADDIT.

(1.) *Neceſſe eſt, ut apponatur nota ad Strauchium, ad quam provocat Scholium. Sic ibi docui. Hoc non dixerim, (Judicem imperite judicantem teneri ex delicto vero.) nam imperitia merito culpæ annumeratur*, § 7. Inſt. de lege Aquil. *culpa autem facit quaſi-delictum. adde quæ notavi* ibid. §. 143. *In eo igitur non eſt controverſiæ ſtatus: Cur Judex non teneatur ex delicto vero; ſed, cur Judex non teneatur ex lege Aquilia, cum tamen Medicus teneatur ex ea lege?* d. §. 7. Inſt. d. t. *Quo præſuppoſito, ratio differentiæ, quam dat Autor noſter, petit id, quod eſt in principio. Nec ſufficit dicere: Judicem male judicando in L. Aquiliam non peccare. Cur enim non peccat? Sane Lex Aquilia dammum omni culpa datum coercet; hic vero adeſt dammum, adeſt & culpa Judicis. Communiter ea differentia profertur, quaſi Judicis munus ſit publicum, quod invitis imponi poteſt, adeoque cum Judice lenius agi debeat, quam cum eo, qui privatim ſuoque arbitrio peritiam artis profitetur, præprimis cum olim ſervilis profeſſio Romæ fuerit medicina*, vid. ex pluribus Huber. ad Inſt. de oblig. quæ quaſi ex del. naſc. *Verum agnoſco quidem differentiam inter imperitiam Medici, & imperitiam Judicis. Sed quid hæc differentia ad quæſtionem propoſitam? Manet tamen & Judicis imperitia culpa, (alias enim plane non poſſet conveniri) & ergo adhuc ad L. Aquiliam ſpectabit, aut alia differentia adducenda. Agnovit hujus differentiæ imbecillitatem acutiſſimus Wiſſenbach, ut tamen eam defenderet, maluit culpam impingere Jurisprudentiæ. Ita vero inquit* diſput. 43. ad Inſt. th. 22. Judex per imperitiam, vel imprudentiam male judicans, quaſi delinquit, *pr. Inſt. de obl. quæ quaſi ex del. naſc.* ἐὰν ἄδικος ἡ κρίσις ᾖ, ἐὰν καὶ ὡς ἄδικος, Ariſt. lib. 5. Medicus vero imperite ſecans vere delinquit, § *imperitia. 7. ſupra de L. Aquil.* Diverſitatis rationes reddi poſſunt, ſi non usque adeo ſolidæ, & quæ plus quam

necessitate geometrica nitantur, tamen probabiles, quarum præcipua est, quod Medici voluntarium sit munus ultro susceptum, Judicis publicum, quod etiam invitis imponitur. Conf. *l. 9. ff. de relig. & l. 63. ff. de ædilit. edict.* Cujac. 12. *obs.* 38. *& 17. obs.* 15. Duar. 2. *disp. anniv.* 17. *& in l.* 55. *ff. de leg.* 1: ubi redditis rationibus, quare cautio legatorum prohiberi in testamento possit; non possit fructuária, inquit, quibus non satisfaciunt hæ rationes, non sunt apti ad tractationem civilis sapientiæ. Ineptum est in hac scientia quærere ἀπόδειξεις. *Imo vero, inquam ego, ineptum est, cæcam ignorantiæ nostræ adscribere velle scientiæ juris; quæ quia scientia est, ideo non credenda tradit, sed scienda; scire vero est rem per causas cognoscere. Quod si igitur aperire deberem, quæ mea de hac opinione sit sententia, dicerem, Doctores, quotquot hactenus controversiam istam moverunt, scrupulum in Jurisprudentia non inveniisse, sed ex erronea hypothesi attulisse. Res ex ipsis fontibus optime cognoscetur. Cajus JCtus* lib. 3. Aureorum, *ut ostenderet differentiam inter veros & quasi-contractus, item inter delicta vera & quasi, sententiam suam exemplis illustrare aggressus est; In quasi-maleficiis autem primum exemplum affert de Judice male judicante.* Si Judex, *inquit, recensente Triboniano in* l. 5. § 4. de O. & A. litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est, & utique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri. *Eadem verba Caji ex eodem* libro 3. rerum quotidianarum, seu aureorum desumpta *recensentur a Triboniano in* l. 6. ff. de extraord. cognit. *nisi quod iisdem in* dict. l. 6. *addantur sequentia:* ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione, & in quantum de ea re æquum religioni judicantis visum fuerit, pœnam sustinebit. *Unde obiter notamus, vel Tribonianum in* d. l. 6. *aliquid verbis Caji de suo addidisse, vel quod magis credo, in* dict. l. 5. § 4. *eadem truncata recensuisse, & ita novum exemplum extare Embematum Triboniani a Wissenbachio non observatum. Quicquid hujus sit, Tribonianus verba* l. 6. ff. de extraord. cognit. in princ. Inst. de oblig. quæ quasi ex del. nasc. *transtulit omnia, exceptis: IN FACTUM ACTIONE. Jam dico: causam illum scrupulum, quem Doctores circa differentiam inter Medicum & Judicem imperitos faciunt, provenire ex falsa hypothesi, quasi actio legis Aquil. semper præsupponat verum delictum. Nam quando Cajus in* l. 4. ff. de O. & A. *ex qua desumptum est* princ. Inst. de obl. quæ ex del. nasc. *dicit maleficia esse furtum, rapinam, damnum, injuriam, per damnum non intelligit omne damnum, sed dolo datum,* arg. l. 5. § 4. 5. & 6. ff. eod. *Deinde quamvis Tribonianus post explicata furta & rapinas* in tit. 3. lib. 4. *etiam tractet Legem Aquil. non tamen putandum est, quasi Lex Aquilia semper coerceat verum maleficium. Hoc enim nullus veterum JCtorum asserit, quin potius, quia in Legem Aquil. quoque omnis culpa venit,* l. 44. ff. ad L. Aquil. *necesse est, ut quandoque L. Aquilia etiam coerceat quasi maleficium,* arg. d. l. 5. § 4. 5. 6. ff. de O. & A. *Quoniam vero L. Aquilia simul cum culpa dolum coercuit, non potuit Tribonianus in recensendis actionibus, quæ ob maleficium dantur, omittere actionem Legis Aquiliæ, quippe quod una fidelia & dolum & culpam, verum maleficium & quasi, dealbat. Neque enim & Tribonianus unquam asserit, Legem Aquiliam solum ex vero delicto oriri, & si asseveret, certe hæc assertio cum JCtorum Philosophia parum conveniret. Ex his puto patere, frustra quæstionem a Dd. formari, cur Judex imperitus teneatur ex quasi-delicto, medicus vero imperitus ex vero. Nam quis unquam JCtus dixit, medicum imperitum ex vero delicto teneri? Si ergo respondeas: quia tenetur ex Lege Aquilia; instabo, vitium consequentiæ hactenus fuisse ostensum. Denique & ad statum controversiæ, prout nos eumdem initio formavimus: cur nempe medicus imperitus teneatur actione L. Aquiliæ, non autem teneatur Judex imperitus? eadem prope est responsio: Falsum scilicet esse iterum, quod Judex imperitus non teneatur Legis Aquiliæ actione. Neque enim & hoc Cajus, aut alius JCtorum unquam scripserunt. Et si iterum inferre velis: Judex tenetur ex quasi-delicto, ergo non ex L. Aquilia, negabo ego iterum consequentiam ob modo dicta. Cum enim Caji intentio sit, declarare differentiam verorum & quasi-delictorum, seu culpæ & doli, per exempla, sumpsit ea, quæ primum ipsi inciderunt, & ita etiam Judicis per imperitiam, quæ culpa est, male judicantis. Si de Medico imperito tum temporis cogitasset, credo & hoc exemplum ab eo fuisse appositum. Quin imo dum in* l. 6. ff. de extraord. cognit. *dicit, Judicem imperitum teneri in factum actione, hanc in factum actionem commode per actionem Legis Aquiliæ utilem explicari posse arbitror,* vide quæ dixi in Phil. Jur. § 148.

Cum

Cur vero Tribonianus omiserit in pr. Inst. de obl. quæ quasi ex del. nic. *mentionem facere dictæ in factum actionis, ipse viderit.* (II.) *Hoc prætermisso, intemperate dictum fuit ab Hubero de doctrina non visa, nimis enorme videri, quod actio Legis Aquiliæ debeat hic locum habere.* (III.) *Aut antinomia statuenda erit inter* pr. Inst. h. t. *&* d. l. 15. *aut dicendum, Judicem imperite judicantem, de quo loquitur* d. §. 1. *etiam condemnandum esse in veram æstimationem, cujus mentionem facit* d. l. 15. *absurdum enim esset, culpa delinquentem gravius esse condemnandum, quam dolo. Igitur* (IV.) *falsum est, diversitatem condemnationis pecuniariæ, quando dolo, vel culpa mali judicatum sit, evidenter collocari* d. l. 15. §. L. *etsi hæc lex tantum doli mentionem faciat.*

Sed quid hoc, quod Medicus imperite faciens artem suam, vere delinquit, §. 7. *de Lege Aquil.?* Judex imperite judicans non æque? Quæ ratio differentiæ? Videtur, quia Judicis munus est publicum, quod invitis imponi potest, cum eo lenius agi, quam cum illo, qui privatim suoque arbitrio peritiam artis profitetur; vel potius, quia Medicus corpus lædit, quod est damnum Legis Aquiliæ; Judex sententiam pronuncians, a læsione corporis, aut rei corruptione, nimium procul abest.

SCHOLIUM.

Sed hoc nusquam in jure dicitur. Adstruxi contrarium ad Strauch. d. p. 262. seq. *ubi & differentiam, quam Noster communem Interpretum sententiam secutus exhibet, examinavi.*

RESPONSIO.

Non recte se habet hæc ἀντεπεξήγησις. Justiniani mens existimanda est. Damnum Legis Aquiliæ, quo pertinet membrum prava & noxia, esse verum delictum, nemo dubitare potest, qui vel princ. Inst. in fine, *cum serie titulorum* de Lege Aquilia & quasi-delictis *contulerit. Plura in hanc sententiam addit Scholia D. Thomasius, quæ cum in idem principium resolvantur, prætervehimur.*

N. ADDIT.

I. *Ego contra provoco ad ea, quæ dicta sunt in nova additione* ad tit. de L. Aquil. n. 3. II. *Ex istis Scholiis, quæ hoc loco prætervectus est Autor, illud saltem non debebat omitti, quod dedimus ad positionem 4. utpote quod hypothesin nostram de conceptu quasi-delictorum, & illustret & alterius confirmat. Cum Julianus actionem de dejectis vel effusis, positis vel suspensis, item adversus nautas, cauponas & stabularios, ad quasi-delicta referat, ea de re sequentia adnotavi.* Quomodo actiones hujus & sequentium quasi-delictorum ab actione legis Aquiliæ differant, ostendi ad Strauch. XIX. 17. p. 264. seqq. *Ibi vero continuaveram discursum supra ad tit.* de L. Aquil. n. 3. *excerptum, sequenti modo. Nullane ergo, inquies, differentia inter quasi-delicta & culpam, quæ ex L. Aquilia coercetur? Ita videtur quidem ex iis, quæ diximus, inferri posse. Nam si Lex Aquil. coercet omnem culpam, & culpa constituit formale quasi-maleficii, sequetur, quod ex omni quasi-maleficio oriatur actio legis Aquiliæ, & consequenter frustraneum sit, obligationem ex quasi-delicto seorsim a doctrina de Lege Aquilia exponere. Sed salva res est. Distingui enim omnino debet culpa propria in eam, quæ est causa vera, aut immediata damni dati, & quæ est ejus causa per accidens, aut mediata. In his, quæ sequuntur quasi-delictis, coercetur culpa propria quidem, sed quæ damni dati saltem est causa per accidens, aut mediata. At lex Aquilia coercet culpam istam, quæ damni dati causa vera est: adeoque ita pronunciandum erit: Omnis culpa, quæ coercetur ex lege Aquilia, est quasi-delictum: & huc refer etiam Judicem imperite judicantem, sed non omnis culpa, seu quasi-delictum, coercetur per legem Aquiliam, quo referenda exempla, quæ in hoc §. recensentur. Tum continuaveram in scholio alias differentias reliquorum quasi-delictorum a coercitione culpæ per actionem legis Aquiliæ ostendere, & quidem sequentes. Posses etiam dicere, vel de his culparum generibus dubitatum fuisse, an inter culpas referri deberent, ut adeo speciali declaratione foret opus, vel propter interesse & utilitatem publicam gravius in his culpas fuisse observatum, quam in reliquas per legem Aquiliam, quod in actione de dejectis, & adversus Nautas, perspicuum est, unde & actio de dejectis vocatur actio legis Aquiliæ, in. 5. §. 4. de his, qui dejec. sc. propter manifestam convictionem. At in actione de suspenso, manifesta est ratio differentiæ. Hic coercetur mera culpa & damnum datum, in lege Aquilia tantum datum. At hæc vero omnia, quo vir sacerrimus Autor, an solum illa causa fuerit, quod putaverit omnia in idem principium referri, an alia, alii judicent.*

3. (c) Altero quasi delicto tenentur inquilini, seu habitatores cœnaculorum, seu domini, sive conductores, ex quorum cœnaculis aliquid dejectum, vel

(c) *Pos. 4. 5. 6.*

effusum est, quod transeuntibus nocuit damnumve dedit, § 1. *pr. h. t.* videtur enim ipsis imputari posse, quod hominibus adeo protervis, aut socordibus usi sunt, *l. pen. h. t.* Tenentur ut plurimum in duplum damni dati, nisi liber homo sit interfectus, quo casu est pœna 50. aureorum; quia liberum corpus nullam recipit æstimationem, proinde nec duplum, *l. 1. § 5. h. t.* homine autem vulnerato, agitur in impensas, & id quod interest, § 1. *h. t.* ubi perinde cicatricum, aut deformationis non habetur ratio, *l. 5. § 5. & l. ult. eod.* quoniam & hæ sunt affectiones liberi corporis inæstimabiles, *dd. ll.* Aliter D. Voet. hodie censet *h.* Contra plures habitatores actio datur in solidum, ut uno tamen solvente, reliqui liberentur, quod secus est in veris delictis, *l. 11. § 2. de L. Aquil.* Qui vero seorsim habitant, separatim quoque tenentur, *l. 5. in pr.* Cæterum, de hac actione quæri solet, an, si ex studiosi cubiculo sit aliquid dejectum, vel effusum, in ipsum quoque danda sit actio ex quasi-delicto. Datur quidem hæc actio in habitatores, tam in conducto quam in proprio, *l. 1. in pr. & § 9. de his, qui dejec.* Sed hospes non tenetur, qui non ibi habitat, sed tantisper hospitatur; is autem tenetur, qui hospitium dederit. Qui, inquam, domicilium habent, hi tenentur, non peregrinantes, *d. § pen.* Studiosus autem vereor, ne non conductor potius, quam hospes dicendus sit, quia sane conducit & habitat, si animum aliquandiu commorandi habeat, ut fit. Forte etiam est alia ratio conductoris cœnaculi, ac unius cubiculi. Nam cœnaculum præter cubiculum continet exedras & medianum, *l. 5. § 2. eod.* comparatumque est in usum integræ familiæ; cum in studiosi cubiculo ea, quæ occasionem huic judicio præbent, ab iis, qui cubicula locant, proficisci soleant, tametsi prætor in Edicto suo non meminerit cœnaculi: sed generaliter ait, *unde in eum locum, quo vulgo iter fit, l. 1. de his, qui effud. vel dejec.* Forte non abs re fuerit Distinctio; ut si quid dejectum, vel effusum fuerit sordium & purgamentorum, teneatur ædium conductor; si quid luxuriam adolescentiæ redolens, nihil causæ sit, cur Studiosus immunis habeatur. Vid. D. Wissenbach. *d. disp. 43. th. 23.* Vigl. ad *l. 17. de Reb. cred. n. 12.* quibus adientitur Scholiastes noster. Tametsi autem filiusfam. seorsim a patre habiter, quia nihilominus jure Civili manet in ejus potestate, ideo quæritur, an pater etiam ex prædictis actionibus de peculio teneatur, quod negatur in § 2. *h.* quia de peculio Pater non nisi ex contractibus tenetur, minime ex delictis veris, aut quasi, *l. 1. & 2. de pecul.* tametsi, in pecuniam condemnato ex his causis filio, contra Patrem actio rei judicatæ detur, *l. 3. § 11. de pecul.* Quid autem hoc est, quod in *l. 15. pr. de judic.* scriptum est, *filiusfamilias judex, si litem suam faciat, in tantam quantitatem tenetur, quæ tunc in peculio sunt, cum sententiam dicebat?* Solet quidem responderi, non genus actionis ibi, sed quantitatem duntaxat, in quam sit condemnatio, significari; sed unde relatio quantitatis illius ad peculium, si de peculio actio non fuit? forte non abs re dixit Accursius; accipiendum id esse de actione rei judicatæ, quæ filio condemnato, in Patrem datur, ut paulo ante diximus.

4. Ultimum quasi-delictum est; Nautæ, caupones, stabularii, quorum famuli (*) res viatorum & hospitum, quas recepere, surripuerunt, tenentur actione in factum in duplum ex quasi-delicto, § *ult. h.* (ipsi famuli scilicet veri fures sunt) *l. 7. in pr. & § 1. Naut. caup. stabul.*

SCHOLIUM.

(*) *Non servi. Horum enim nomine, si proprii sint, liberantur domini noxæ deditione.* l. un. § 5. furti adversus nautas. l. ult. § 3. & 4. h. t.

Si res ab aliis, quorum opera non utuntur, hospitibus & viatoribus surreptæ sint, in simplum tenentur actione de recepto, (α) *l. 1. § 6. seqq. d. tit.* quia tum nihil Nautis &c. imputari potest, nec enim repellere possunt iter agentes, *l. un. § ult. Furt. adverf. naut. caup.* civiliter scil. & ordinarie. Nam si propius advertere velint animum, est in eorum arbitrio, (β) quem velint recipere, quem nolint, *l. 1. § 1. Naut. caup. stabul.*

SCHOLIUM.

(α) *Quæ oritur quasi ex contractu.*

(β) *Ejf utique, sed recipere tamen hospitem, ipsis non in culpam imputari potest, sed potius* in d. l. 1. § 1. *ratio æquitatis continetur, quæ facit quasi-contractum.*

RESPONSIO.

Quod Scholiastes actionem de recepto in simplum dicit oriri ex quasi contractu, non tam displicet, quam ratio, qua id affirmat. Sola æquitas non sufficit ad quasi-contractum producendum. Sed id, quod species affinis sit contractui, nec multum inde absit, quemadmodum huic receptio non procul ab *obligatione ad restituendum*

dum alire videtur. *Dari plures* quasi-*contractus illis quinque speciebus enumeratis* in tit. de quasi-contr. *concedere licet; non æque, esse quasi-contractum, ubicunque se prodit æquitas præstationis.*

N. ADDIT.

Hic ante omnia doctrina nostra de conceptu quasi-contractuum plenius est inculcanda ex novis additionibus ad Pandectas tit. de Procur. n. 4. & ad Exhibendum n. 1. *Ex illis patebit, non solam æquitatem sufficere ad quasi-contractum, sed supponi etiam insuper factum aliquod innoxium nemini directo damnum dans, qualis est hic receptio, quod adeo facit ejusmodi actus esse affines contractibus, uti facta noxia, sed sine dolo sunt affinia delictis.* *Interim ex* h. l. *acceptandum est, quod Autor fateatur, dari plures quasi-contractus, quam in tit.* de quasi-contr. *enumerati sint.* *Unde cadit illa acerbior strictura, vel certe Autorem ipsum fecit, qua infra* ad d. tit. ad exhibendum *philosophiam meam notare voluit, quod juris terminos egrediatur, & suo arbitratu numerum quasi-contractum, ubi lex tacet, multiplicet.*

Cessant hæ actiones, si nautæ &c. prædixerint, ut quisque sibi vigilaret, suaque custodiret, *l. 7. pr. eod.* non cessant eorum respectu, qui gratis navigarunt, *l. 6. pr. h.* Aliter Wissenb. *ad ff. h. t. th. 27.* Addatur inde; prædictionem non tollere has actiones, nisi iter facientes & hospites consenserint; *ex d. l. 7. in pr.* discrimen, quod amplius tradit Wissenbachius, parum liquet.

TIT. VI.
De Actionibus.

Continuatio, & definitio Actionis. Divisio prima, & quid actio in rem. Actionis in personam differentia. De civilibus in rem actionibus, nominatim de confessoria. Actiones in rem Prætoriæ & de Publiciana. De Rescissoria. Pauliana. Serviana. Hypothecaria. Prætoriæ in personam penales. Ejusdem generis rei persecutoriæ. De præjudiciis. De nominibus diversis differentiaque actionum in Rem & in personam. Secunda actionum divisio summa, in Rei persecutorias, pœnales, & mixtas, & de Rei persecutoriis speciatim. De pœnalibus & de mixtis. De mixtis in rem & in personam. Tertia divisio in simplam, dupl. &c. Quarta divisio in actiones bonæ fidei & stricti juris. Quænam sint bonæ fidei. De actione rei uxoriæ. De compensationibus. Actiones arbitrariæ exponuntur. De certitudine sententiæ pœnisque plus, re, causa, tempore petentium. De pœna plus loco petentis. De minus petentibus atque emendatione libelli. De mutatione libelli substantiali. Ultima divisio actionum, in solidum & minus. De his, qui habent beneficium, quod facere possint.

(a) INtelleximus, quæ sint jura, ratione status personalis, aut patrimonii civibus comparata. Sed quod Pomponius in *l. 2. § 13. de O. J.* de magistratibus ait, *per eos effectum rei accepi*, id de actionibus merito prædicatur: quantum enim est, jus in civitate esse, nisi sint actiones, quibus jura exerceantur! Quod cum omnibus populis, qui legibus & moribus reguntur, sit commune, nihil hærendum, quin actiones instituto originali sint juris Gentium; tametsi nulla forte pars juris gentium majori accessione juris civilis apud Romanos locupletata est, quam quæ de actionibus conscripta est, unde passim actiones vocantur civiles, & obligatio naturalis, cum primum vi actionis prædita esse cœpit, confestim juris Gentium esse desinit, ac incipit esse Juris Civilis. vid. D. Wissenb. *parte 1. Pandect. disp. 4. th. 7.* Diss. Bronch. *2. miscell. 55.* & Dd. communiter, teste Mynsingero *ad hoc pr. n. 4.* Ferme igitur tam late hoc caput de actionibus, quam totum jus, non modo per Institutiones, sed etiam per Codicem atque Novalles diffusum, patet, cui proinde summa cura fine dubio a studioso juris adhibenda, quibus ingens copia scriptorum in hoc genere abundat. Nomen actionis ab agendo, non *παρὰ τὸ ἄγειν τὰς ἀγνώμονας ἐπὶ τὸ δικαστήριον*, ab agendis reis ad tribunal, ut Theophilus *ἀγωγὰς*, qua voce Græci actiones exprimunt, derivat; sed quatenus agere significat facere & gerere, significatione generali in hunc usum peculiariter accommodata, ut nihil sit frequentius, quam agere

(a) *Pos. 1. & 2.*

actione

actione seu judicio, *l. 22. de liber. caus.* &c. etiam agere actionem non est insolens, etiam actio agi dicitur, *l. 5. § 1. de Rei vind.* &c. v. Briss. *de V. S. in Agere.*

2. Sed ut ad rem veniamus, actio dupliciter consideratur, primo, ut jus nobis competens adversus alium, & sic pertinet ad secundum juris objectum, *l. 49. de verb. signif.* Deinde, pro remedio, quo ipso actu persequimur id, quod nobis debetur, atque hoc sensu peculiare, & tertium juris objectum constituit. Definitur hic *in pr.* quod sit Jus persequendi in judicio, quod sibi debetur; ubi verbum *debet* late accipiendum, ita ut dominium quoque comprehendat, omnibusque in universum actionibus conveniat, secundum *l. 178. § ult. de verb. sign. l. 108. eod. & l. 19. § 2. π. commod.* tametsi plerumque *suum* esse atque *deberi* invicem opponantur, *l. 27. § 2. de Aur. & arg. leg.* Quare nihil necesse videtur, hunc imputare juris conditoribus errorem, quod universo tractatui de actionibus definitionem uni modo speciei convenientem præfixerint, ut post alios paucos arbitratur D. Wissenbach. *ad hunc tit. th.* 4. adde Bronchorst. 4. *antiq. 30. & 2. miscell. 53. in fin.* Et vel eo maxime nimis arbitraria summorum virorum illa reprehensio est, quod iidem correcturi definitionem Cæsaris, pro verbis *id quod nobis debetur*, substitui volunt, *quod suum est*, cum tamen *suum* æque proprie debito, quam debitum suo opponatur, ut e textibus modo citatis, etiam ex *l. 9. § ult. de supell. leg. l. 74. de Legat. 3.* liquet; adde Brisson. *de V. S. verb. Suum. ubi; verbo suum, dominium significari* &c. Non est abs re, cum actio dicitur jus persequendi *in judicio*, scire quid hoc sit. Est igitur Judicium, legitima causæ disceptatio; quæ fit apud judicem ex parte Actoris & Rei, litis finiendæ gratia, Cujac. *paratit. C. de Judic.* In qua definitione tres indicantur personæ judicium constituentes, Actor, Reus & Judex. Actor est, qui provocat ad judicium. Reus, qui provocatur. Judex, ad quem fit provocatio, per *l. 13. & seqq. de Judic.* Secundum has personas tractatus de Judiciis hoc instituitur: primo de Jure Actorum, mox de jure Reorum, tertio de officio Judicis. Atque hoc ὡς ἐν προθεωρίᾳ, plenius de illis in Pandectis agetur. Nam hoc nobis consilium est de natura & proprietatibus actionum breviter loqui; minime vero congerere in hunc locum, quæcunque tam de actionibus, quam de causis earum proferri possent; ita enim hic titulus cresceret in immensum.

3. Justinianum igitur actionis vocabulum in latiore significatu accipere, palam est, ut etiam Interdicta, hoc est judicia, quibus de possessione disceptatur, & petitiones, quæ proprie actiones in Rem sunt, & persecutiones, quæ sunt extraordinariæ cognitiones, in quibus ipse Prætor causam cognoscebat, neque judex pedaneus dabatur, comprehendat, *d. l. 178. & l. 34. de V. S. l. 37. de O. & A.* ut tamen ad publica de criminibus judicia nomen actionis hoc loco non pertineat. Etenim hæ proprio nomine Accusationes appellantur in *tit. D. de Accusat. & l. 19. in fin. de jur. Patron. l. 14. § accusasse. de bon. libert.* (b) Secundum hæc; Divisio Actionum prima & summa est, quod vel in rem sint, vel in personam, *§ 1. h. t.* In rem actio dicitur, quæ ex jure in Re, datur adversus quemlibet possessorem, ad vindicandam rem, vel adferendum jus in re constitutum, qua de re videantur ea, quæ dix. *ad tit. de rer. divis. § 11. & seq.* Agnoscimus autem jura in re quinque numero: 1. Dominium, unde nascitur rei vindicatio. 2. Jus dominio proximum, unde utilis in rem actio, quæ datur Emphyteutis & superficiariis. 3. Servitus, unde est Actio confessoria. 4. Pignus, unde actio hypothecaria. 5. Hereditas, unde hereditatis petitio & querela inofficiosi *Testamenti.* Apparet itaque, dominium proprie dictum, de quo vid. *d. § 12.* non esse causam actionis in rem adæquatam, sed ea gratia terminum juris in Re non incommode esse repertum. Nec alia nobis ratio constat, quamobrem hoce juris pontificii terminos, ut alias dictum, in usum Artis recipiamus, quam quod æquabile fundamentum in rem actionum nobis suppeditant. Proinde cum nec ejus natura consistat in alia re, quam quod rem, ubicunque, sit, afficiat, actionemque adversus quemcunque possessorem producat, necessarium dictu est, ea jura, quæ non pariunt actionem in Rem, non esse jura in Re, nec eo nomine posse appellari; sed hoc ipso, quod quis aliquod jus non pro lucere in rem actionem fatetur, is simul, immediate non esse hoc jus in Re, affirmat. Quare, quod jus dotis nonnemo inter jura in Re numerat, cujus error fit, confestim intelligit, qui nullam in Rem actionem, qua dos universa a quo-

(d) *Pos. 3. 4. 5 6.*

liber

libet possessore petatur, in jure proditam esse considerat. Agit equidem maritus in rem actione ad petendas res singulas. Sed ea est ordinaria Rei vindicatio, quæ ex jure dominii competit, ut est *in l. 9. de R. V.* Egimus hac de re plena manu in *lib. 4. Digress. cap. 9.* & in animadv. quæ subjectæ sunt *Cap. 10. secunde edit. cap. 17.* Eadem ratio fortiter evincit, possessionem non esse jus in Re; quia nec inde ulla in Rem actio proprie nascitur; etenim interdicta, quæ proprie de & ex possessione nascuntur, sunt actiones in personam, *l. 1. § 3. de Interd.* ut inferius patebit; Publiciana vero, licet bonæ fidei possessori detur, non est tamen ex possessione, ut mox videbimus. Plane, quid de natura possessionis hac in parte sit statuendum, *ad tit. de Interdictis* disputabitur, & disputavimus in *d. lib. 4. Digress. c. 10. & animadv. c. 18. & seqq.*

4. Termini igitur actionis in Rem, sunt a parte actoris Jus in Re, a parte rei, possessio. In actione in personam, utrimque est obligatio. Nihil enim est aliud actio personalis, quam quæ datur adversus eum, qui nobis obligatus est ad dandum, vel faciendum, *l. 25. de O. & A.* Obligatio autem constat duabus partibus, jure creditoris & onere debitoris. Hoc onus, sive jus illud, quo quis nobis tenetur ad dandum vel faciendum, vocatur vulgo in scholis jus ad rem, *§ 2. h. t.* de quo vid. similiter ea, quæ diximus ad *d. § 11.* Vocabulo juris ad rem facilius carere poterat Ars juris, quam Juris in Re; quia nihil est in eo Jure quod ad Rem dicitur, quin etiam sit in obligatione. Nam obligatio est vinculum inter utrumque tam debitorem quam creditorem, *l. 42. § 2. de Procurator.* nec tam tantum respectu debitoris, sed etiam maxime creditoris intuitu; cum enim Leges ajunt, obligationes ad hoc esse inventas, ut unusquisque sibi acquirat quod sua interest, *l. 38. § 17. de V. O. § 19. Inst. de inutil. stipul.* manifesto cum respectu ad creditorem loquuntur; perinde cum obligatio cedi, vendi, in solutum dari, pignorari dicitur, ea creditoris intuitu potissimum intelliguntur: adeo frustra sunt, qui obligationem soli debitori inesse contendunt, qua de re dix. *animadv. cap. 13.* Est tamen ita, quod jus creditoris appellari queat jus in personam, quia nascitur inde actio in personam, vel, quia sic ufus fert, *jus ad rem*, scilicet obtinendam; & tunc onus debitoris *obligatio* peculiari sensu diceretur, quatenus sæpe fit, ut nomen generis aut Integri; ad unam speciem vel partem restringatur. Sed uti Jus ad Rem ponatur ut effectus obligationis, adeoque dicendum sit, ex obligatione nasci Jus ad Rem, & ex jure ad Rem actionem in personam, nimis a jure alienum atque pravum est, quod abunde *lib. 4. Digress. cap. 5.* refutavimus, & in *animadvers. cap. 11.* In definitione actionis in personam, ait Imper. § 1, per eam nos intendere, adversarium nobis aliquid dare aut facere oportere, *& aliis quibusdam modis.* Hæc verba Vultejus *discept. scholast. l. 4.* refert ad actiones præjudiciales. Donellus ad *h. § 1.* ad quasi-contractus & quasi-maleficia D. Wissenbach. ad hunc *tit. th. 10.* ex Cujacio, ad actiones in rem scriptas. Hotomannus & Mynsingerus ad diversam agendi formulam, quam in dando & in faciendo, quibus & Vinnius accedit: veluti in actione commodati, depositi, pignoratitia, empti, conducti, non agitur ad *dandum*, quod est dominium transferre, nec ad faciendum, proprie loquendo, sed ad præstandum atque restituendum. In qua explicatione libenter acquiescimus; tametsi forte nec reliquæ interpretationes omnino rejiciendæ fuerint.

5. (c) Primo omnium hic agitur de Actionibus in rem, quæ vel civiles sint, vel prætoriæ. *§ 1. h. l. 25. de O. & A.* Civiles, ut rei Vindicatio, Actio in rem Utilis, Hereditatis petitio, & *Confessoria*, de qua *§ 2.* De reliquis Justiniano visum non fuit heic agere, sed earum Pandectis tractatum reservavit: Proinde nos, qui simpliciter Cæsaris methodum sequimur, de rei vindicatione, hereditatis petitione, utilique in rem actione tantisper agere differemus: de confessoria videamus. Est autem CONFESSORIA nihil aliud, quam Actio in rem Civilis, qua quis servitutem sibi vel prædio suo competere contendit, veluti, jus sibi esse fundo vel ædibus utendi fruendi, per fundum vicinum eundi, agendi, vel aquam ducendi, item Jus sibi esse oneris ferendi, tigni immittendi, stillicidii recipiendi, & similes, *§ 2. h.* Scilicet hæc actio competit, ubi servitus jam est acquisita; nam si tantum promissa, non nisi ex stipulatu agendum; nisi forte, si testamento relicta sit, videatur & confessoria agi posse, per ea, quæ diximus *ad tit. de Servit. n. 15.* Huic opponitur actio Negatoria, qua alter negat suum prædium debere servitutem: ex qua definitione satis liquet negatoriam actionem non esse ex servitute, sed contrariam servituti, & ex jure libertatis, quæ

(c) *Pos. 10. 11. 12. 13. 14.*

dominio cohæret. Cæterum, datur hæc negatoria domino possidenti fundum; quod in rebus corporalibus non fit; nam possidentes tuentur se commodo possessionis, non agunt rem suam esse, præterquam uno casu in *fine h. § 2.* quem tamen unum casum nemo adhuc monstrare potuit; nisi legendum sit, *hoc uno casu*, tali sensu, quod possidenti non detur actio in rem, excepto hoc casu actionis negatoriæ.

6. Plane in hoc articulo duplex movetur difficultas; primo enim dicam scribit Justiniano Wissenbachius noster *disp. ad h. t. th. 14. Actio negatoria*, inquit, *ex sententia Justiniani non habet locum in controversiis rerum corporalium, § 1. h. Rationem reddit Cæsar, quod in hisce controversiis agat is, qui non possidet; sentit ergo Imperator, actionem negatoriam possessori tantum competere, quod falsum est, competit utrique & possessori & non possessori*, l. 5. § 1. l. 8. § 3. si servit. vind. *ut, si postquam ædificatum sit, agam, tibi non esse jus altius tollendi: Item, Si postquam tigna immissa sunt, agam, tibi non esse jus immittendi, add. ll.* Utcunque autem Vir Summus Cujacium & Contium laudat auctores, hac parte non dubito, quin nullo merito Justinianus redarguatur. Etenim primo non est in ejus verbis, quod negatoria semper detur possessori; sed hæc est ejus simplex ratiocinatio; Negatoria actio non datur de rebus corporalibus, quoniam in illis nunquam fit, ut actor possideat, verum is, qui non possidet, actoris ibi partes sustinet; hoc enim agit, ut possessionem simulque rem ipsam adipiscatur; negatoria datur etiam possessori; *etiam*, inquam; hoc per consequentiam a Justiniano dictum, facile intelligitur: Atqui, illam ipse consequentiam D. Wissenb. concedit. Præterea mihi quidem Imperator, & si dixisset, negatoriam semper dari possessoribus, tamen reprehendendus non videretur: sine dubio enim hoc de possessoribus fundi, non juris servitutis intelligit, ut ex comparatione possessoris rerum corporalium intelligitur: At semper ita, ni fallor, accidit, ut is, qui negatoria experitur, fundum, a quo alius petit servitutem & cujus ille vindicat libertatem, possideat; *l. 2. si servit. vindic.* Textus autem, quibus utitur D. Wissenbach, agunt de possessione juris, quod longe est aliud. Ex. gr. debeo servitutem vicino altius non tollendi; quamdiu non ædificavit altius, vicinus quasi-possessor manet juris, ne mihi liceat altius tollere. Ego vero sum possessor fundi servientis: at postquam ædificavi, tunc ego quoque sum possessor juris & fundi simul. Neque tamen video, tali casu, actionem negatoriam dari tam possidenti quam non possidenti. Datur ei, qui non possidet jus servitutis, quod sibi vindicat, adversus possidentem jus contrarium libertatis. Igitur si Wissenbachius de jure loquitur, verum non est, dari negatoriam possidenti æque ac non possidenti: si de fundo, non recte contradicet Justiniano adserenti, negatoriam hoc habere peculiare, quod detur possidenti, cum aliæ in Rem actiones possidentibus nunquam dentur.

Alter scrupulus, quem nobis hic reliquit Imperator, est is, quod uno casu dixit, evenire, ut is, qui possidet, nihilominus actoris partes obtineat. Mirifice desudant Interpretes, ut unum ejusmodi casum reperiant, quo possessor rei corporalis agat in Rem, quorum omnium cogitationes refellit noster D. Wissenbach post A. Matthæum ad hunc § 3. vid. *disp. 44. ad Inst. th. 16.* Secundum hoc igitur ille casus κεῖται ἐν ἀπλῷ φωνῇ, est res inexplicabilis. Malim esse contentus ea expositione, quam viri maximi, Goveanus *t. var. lect. 41.* Cujac. & Hotomanus *ad hunc § 4.* Mornac. *ad l. 6. si Servit. vind.* aliique sequuntur, casum illum unicum non esse alibi quam in hoc *ipso* § 2. quærendum; scilicet in servitutibus fieri, ut is, qui possidet, etiam actoris partes teneat, quemadmodum modo exposuimus. Quam interpretationem luculenter executus videtur Theoph. quem in eadem fuisse sententia, perspicue, ni fallor, intelligi potest. Primo enim verba Justiniani ferme κατὰ πόδας παραφράζει, in quibus sic erat scriptum; Ei, qui possidet, non est actio prodita, per quam neget rem actoris esse. Rursus, *uno casu, qui possidet, actoris partes obtinet*, ἐν ἑνὶ μόνῳ σχήματι, uno solo casu. Post hæc exposita, παραφράζικῶς, ut solet, repetitionem & exegesin eorundem verborum instituit, uti primo rationem reddat, quare in actionibus in Rem negatoria locum non habeat; quomodo enim possessor ageret? inquit: Nego rem esse adversarii; ergo est mea? at hoc non sequitur; potest enim esse tertii. ἀλλὰ ταῦτα μὲν ἐπὶ τῶν σωματικῶν, sed hæc quidem in corporalibus; ἐπὶ δὲ ἀσωμάτων καλῶς κινεῖσθαι τὸν in rem καὶ Φεσσορίως, κινεῖσθαι δὲ καὶ νεγατορίως, in rem in corporalibus non modo confessorie, sed etiam negatorie, inquit, recte

recte agimus. Licet enim sic agere: Nego meum fundum tibi servire, peto igitur eum liberum tuæ dominationis declarari. De rebus corporalibus qui in rem agit, ex suo Jure experitur, & concludit rem esse suam, petitque se dominum declarari; conclusio ut a petitione adversarii liberetur, ibi nulla prodita est; sufficit in eum finem interdictum, & quod se commodo possessionis tuetur. Reddit ita evidenter rationem exceptionis Theophilus, τῷ ἐκὸς μόνα θέμιτος, *unici casus illius*, quem antea dixerat esse exceptum. Aliter Vinnius *hic*, aliique.

Praterea notandum, actionem confessoriam posse verbis constare negativis, & negatoriam affirmativis, quoties sc. natura servitutis hæc est, ut actoris intentio negative exprimenda sit. Exemplum; ajo te non posse altius tollere, hæc est Actio confessoria, id est, dico te mihi debere servitutem altius non tollendi: vice versa, his verbis, ajo me posse altius tollere, constat Actio negatoria; ac si diceret actor, nego me tibi debere servitutem altius non tollendi, *l. 4. § 2. D. si servit. vindic.* Sed obstat vehementer, quod Cæsar scribit *in d. § 2. Si quis intendat jus non esse adversario utendi, fruendi, eundi, agendi aquamve ducendi, item altius tollendi, prospiciendive &c. ita quoque actiones in rem sunt, sed negativæ.* Simplex responsio est, servitutem altius non tollendi esse negativam, quando agimus de servitute altius tollendi, quam dedimus expositam *supra ad tit. de servit. n. 11.* Alii subtilius, dicunt a Justiniano illic, *jus altius non tollendi* appellari jus dominantis, quo quis alium prohibere potest, ne altius tollat: Cum igitur vicinus parat altius tollere, & dominans eum vult impedire; tum hic negatoriam habet, ac ita ait; Tu non habes jus altius tollendi, sive, tibi non competit servitus altius non tollendi, qua me prohibere possis.

7. (d) Sequitur alterum novissimæ divisionis membrum, actiones in rem prætoriæ, quæ sunt Publiciana, Rescissoria, Pauliana, Serviana, & quasi-Serviana sive Hypothecaria, § 3. *h.* Prætor eas ex sua jurisdictione producit, eo quod Legibus non erant jura in Re constituta, unde hæ actiones producerentur. Nec quidem ut nunc a Prætore sunt stabilitæ, ex juribus in Re oriuntur, præter duas postremas, quæ ex pignore nascuntur; Reliquæ nihil habent, quod iis principium actionis in Rem tribuat, præter solam Edicti auctoritatem & æquitatem, quæ Prætorem movit; at hæc est generalis, nec profecto jus in Re est.

(b) *Pos. 15. & seqq.*

SCHOLIUM.

De Pauliana effatum auctoris concedo, non vero de Publiciana vel Rescissoria, utpote quæ ex dominio præsumpto oriuntur. vide Magnif. Dn. Born. d. l. c. 2. § ult.

RESPONSIO.

Atqui Publiciana & Rescissoria actiones diserte non dominis *dari dicuntur, ut vidimus. Fictio dominii, cujus mentio fieri videtur in* § 4. & 5. *non inducit præsumptionem dominii, sed potius ad effectum pertinet; vindicat rem suam esse, ac si esset dominus: cum satis constet, eum non esse dominum, necdum ejus rei dominus effectus est; habetur* in d. § 4.

N. ADDIT.

Et his supersedisset Autor, si ei locum Borniannm inspicere licuisset. Dominium præsumptum, *inquit Bornius d. l.* voco illud, quod aut nondum est, aut fuit quidem, sed jure stricto iterum amissum deprehenditur. *Hinc facile corruunt, quæ Autor hic movet, quod hæ actiones dentur non dominis. Distingue inter dominium civile & prætorium, seu illud præsumptum. Deinde verum est, fictio dominii ad effectum pertinet, quod quis vindicet rem suam esse, ac si esset Dominus, sed inde non sequitur, quod ex eo non inducatur præsumptio Dominii. Quid ergo? sane effectus testatur de causa. Ergo liceat illam rationem Autoris potius invertere. Et quidem non est simplex præsumptio, quæ elidi possit, sed præsumptio firmissima, & similis præsumptioni, quam Doctores solent appellare juris & de jure.*

Videamus singulas actiones; PUBLICIANA datur ei, qui rem bona fide, justoque titulo nactus a non domino, ante usucapionem impletam amisit, ad hoc, ut eam recuperet a quolibet possessore, § 4.

SCHOLIUM.

Hanc ex dominio præsumpto agnoscit etiam Struvius Ex. XL. th. 40. *Autor id negat, quia* qui non habet dominium, is nec jus habet dominii. *Sed bonæ fidei possessor respectu aliorum habet utique dominium præsumptum, hactenus enim bona fides est* instar dominii. *Et hoc malo asserere, quam cum autore* d. l. fundamentum hujus actionis, deficiente tam dominio, quam

obligatione, esse æquitatem. *Ut enim causa hæc nimis generalis est, & in rei vindicationem etiam bonæ fidei possessor ex æquitate obligatur ad rem domino restituendam, ita quoque actionem hanc ex numero actionum personalium videtur extrudere, ut hoc pacto tertium genus actionum formandum sit, sub quo comprehendantur actiones, neque ex dominio neque ex obligatione venientes.*

RESPONSIO.

Tale genus actionum, quæ neque e dominio neque ex obligatione sunt, dari probat l. 32. de Reb. Cred. *Lex vel Edictum sufficit actioni in rem producendæ. Quid autem est notius, quam oppositio domini & bonæ f. possessoris? verum est, hunc sæpe dominum præsumi, quando veritas ignoratur, sed ubi palam actio datur tanquam bonæ f. possessori, nulla species eum appellandi dominum præsumptum supereſt.*

N. ADDIT.

Non sentit Autor, quod hac responsione contra se ipsum disputet, ut qui supra ad tit. de Rer. Divis. n. 1. *Jus rerum ad duo summa capita retulerat, de dominio & obligationibus. Vel igitur ista partitio fuit insufficiens, vel non datur actio ad jus rerum pertinens, quæ neque ex dominio neque ex obligatione fluat. Lex* 32. de rebus Cred. *continet speciem obligationis ex quasi-contractu, quia ibi est factum innoxium regulis æquitatis subnixum. Denique si lex vel edictum sufficit actioni in rem producendæ, sufficit etiam ad producendum dominium, tanquam fontem genericum actionis omnis in rem. Si ad hoc non est sufficiens, nec ad prius sufficiet. Ad reliqua jam responsum fuit in* nova addit. præced.

Fundamentum hujus actionis, deficiente tam dominio, quam obligatione, est æquitas, quæ potius, ut res apud eum sit, qui bonam fidem titulumque habet, quam apud alium, dictat. Ideoque non est opus mendacio, quod hic in § 4. suggeri videtur, ut actor se dicat usucepisse, quod non usucepit; nisi juxta Theophilum addat, *ὡσανεὶ ἀσυκαπίττευσα, quasi-usucepi;* sane hoc verissimum est, actorem, qui non usucepit, agere heic nihilo secus ac si usucepisset, alioqui nulla in Pandect. *h. t.* figmenti hujus occurrit mentio. Denique non datur veris Dominis hæc actio, quia illis *necessaria* non est, *l. 1. § 1. de Public.* pari sensu, quo in *l. 24. de postlim.* capto a latronibus postliminium necessarium non est, cum nullo modo ei possit applicari; simile est *in l. 21. § 1. eod.* Regulariter non est quod desideret hanc actionem bonæ f. possessor, potest tamen fieri, ut ei sit necessaria, si forte dominii probationibus diffidens contentus sit agere vi bonæ fidei possessionis; Nescio, an hoc sensu dissentiat D. Wissenbach. *ad tit. ff. de Public. in rem act. th. 23.* Domino qua tali, sequalem profitenti, non potest dari Publiciana: Non dicenti se talem, etsi vere talis sit, omnino dari potest. Denique nec contra verum dominum agi Publiciana, res ipsa loquitur, *l. penult. d. t. § 4. h. tit.* Excipe casum *l. 31. Ex quib. caus. maj.* ubi Reip. causa absens rem meam usucepit, cujus possessionem ego rursus sum nactus, eaque denuo ad illum, qui rem prius usuceperat, rediit; jam mihi contra illum, etsi per usucapionem dominio potitum, datur hæc actio. Sunt alii casus excepti *in l. 72. de R. V. l. 57. Mandati. l. 28. de Noxal. action.* ne quidem adversus alium, qui cum titulo possidet, *l. 9. § 4. eod.* cum enim tu, qui Publicianam moves, nihilo plus juris habeas, potior est causa possidentis: est aliud, si rem ab eodem auctore nacti estis, nam tunc melioris est, cui res priori tradita fuit, *d. l. 9. § 4.* non est eadem species (*) in *l. 31. § fin. de Action. empt.*

SCHOLIUM.

(*) *Exmente JCtorum forte est eadem species: Conferenti enim unum textum cum alio verba monstrabunt, hac parte dissensionem fuisse inter JCtos. Et mire variant Doctores de inveniendæ specie* d. l. 31. *quæ non pugnet* cum d. l. 9. § 4. vide Strauch. XXII. 3. & ibi not. p. 293. Wissenb. ad ff. h. t. th. 26.

RESPONSIO.

Videbimus ad tit. ff. de Public. act. in fin. & *jam dix.* in posit. ibid.

N. ADDIT.

Mihi adhuc videtur subesse antinomia, & distinctiuncula Doctorum jam notatæ in allegatis locis, non esse sufficientes. Tu lector judica ex ipsis textibus. In primo ait Ulpianus: Si duobus quis separatim vendiderit bona fide ementibus, videndum, quis magis Publiciana uti possit: Utrum is, cui priori res tradita est, an is qui tantum emit. Et Julianus scripsit, ut si quidem ab eodem non domino emerint, potior sit, cui priori res tradita est; quod si a diversis non dominis, melior causa sit possidentis, quam petentis. Quæ sententia vera est. *Longe aliter philoso-*

losophatur Neratius *in altero textu.* Uterque nostrum eandem rem emit a non domino. Cum emptio venditio sine dolo malo fieret, traditaque est, sive ab eodem emimus, sive ab alio atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior jus ejus apprehendit, hoc est, cui primum tradita est. Si alter ex nobis a Domino emisset, is omnimodo tuendus est. *Hic cæcus sit oportet, qui non videat, Neratium Juliani & Ulpiani distinctioni contradicere voluisse.*

Cæterum, ex definitione Publicianæ & *d.* § 4. satis liquet, rem traditam esse oportere, quanquam heres fideicommissarius, etsi possessionem non sit adeptus, uti potest Publiciana, quasi hereditas pro illo possederit, *l.* 12. § 1. *h. t.* Ex justa quoque causa rem traditam esse oportere, similiter in definitione collatum est; ut tamen, si quis justo errore facti causam subesse putaverit, quæ non erat (velut; si emerit a furioso, quem ignorabat furere,) licet emptio non valeat, *l.* 5. *de R. J.* Publiciana nihilominus detur, *l.* 7. § 2. *h. t.* non tamen contra ipsum furiosum, ut capienda videtur *l.* 2. § 16. *D. Pro emtore.* vid. D. Wissenb. *ad h. t. ff. th.* 24. Jam ex his, quæ dicta sunt, per se liquet; nullum jus in Re causam huic actioni præbere. Nec enim quisquam aut possessionem, aut jus possessionis, huc sana ratione adducere potest. Nam qui habet Publicianam, is amisit possessionem; habet jus recuperandæ possessionis; at hoc nemo jus possessionis dixerit: qui non habet dominium, is nec jus habet dominii, qui servitute caret, is nec jure servitutis gaudet. Sic nihilo magis jus possessionis habet, qui ipsa possessione privatus est, ut pluribus a nobis approbatum est in *lib.* 4. *Digress. cap.* 10. Proinde necessaria hinc est consecutio, Publicianam proprie non esse in Rem actionem, sed magis ex earum numero, quæ in rem scriptæ dicuntur; quarum hæc est natura, ut cum nullo ex jure in Re nascantur, tamen adversus quemlibet possessorem dentur.

8. (e) Altera ex Prætoriis in Rem, est RESCISSORIA, qua rescinditur usucapio in favorem ejus, qui per absentiam læsus fuit. Est autem duplex, una datur absentibus contra præsentes, altera præsentibus contra absentes, *l.* 1. *D. ex quib. caus. major.* utraque finiebatur olim anno utili, hodie quadriennio, § 5. *h. l. ult. C. de temp. in int. restit.* Absentibus, scil. Reip. causa, datur actio, qua rem suam se absentibus usucaptam per præsentes, usucapione rescissa, revocant. Idem est, si actio per præscriptionem sublata sit, uti perinde res petatur, ac si præscriptio non esset absoluta, *d. l.* 1. § 1. *Ex quib. caus. maj.* Præsentibus datur actio contra quoslibet absentes, seu justa sive ex injusta causa, contra eos, inquam, qui defensorem non habuerunt, *l.* 22. *d. tit.* ac interim res præsentium usuceperunt, in hoc, ut rescissa usucapione, res revocetur atque restituatur, vid. de utraque hac actione *d. l.* 1. & *tit. D. ex quibus caus. majores.* Sed quæri poterat, an non hæc actio rescissoria sit supervacua, ex eo, quo in *l.* 1. *in fin. C. de annal. except.* scriptum est, non valenti agere non currere præscriptionem; At hæc regula de ejusmodi impedimentis intelligenda est, quæ personam ad agendum inhabilem reddunt, veluti filium dum est in potestate, mulierem constante matrimonio: sed impedimenta alia extrinsecus etiam a jure obvenientia, præscriptionis quidem initio obstant, sed rite inchoatam sistere non possunt, Bachov. *disp.* 3. *de Action. th.* 27. *in fin.* Cæterum, jure novo post *l.* 2. *C. de Annal. except.* non videtur hæc restitutionis species, quæ datur præsentibus contra absentes, amplius necessaria; quoniam is, adversus quem usucapio vel præscriptio inchoata est, libello duntaxat oblato, etiam absentis præscriptionem interrumpere potest, *d. l.* 2. Proinde quod indefensus fuit reus, sine quo non procedit hæc restitutio, nihil ad rem modo pertinet. Diss. Scholiast. *ad pos.* 23. ratione non reddita. Hoc tamen etiamnum oportet a nobis observetur: in priori specie actionis rescissoriæ, qua absentibus consulitur, Reipubl. quidem causa absentes memorari, sed eam minime tam stricte, atque supra in excusatione a Tutela nobis usurpata est, hic intelligendam; Quippe non tantum Reipubl. appellatio hic etiam ad municipia extenditur, *l.* 8. *l.* 35. § 8. *Ex quib. caus. major.* sed etiam ad quamvis justam, imo probabilem causam, qualis est vinculorum & studiorum, *d. l.* 1. *in fin. & l.* 25. *eod.* Limitatio tamen habetur in *l.* 36. *d. tit.* quod hi soli Reipubl. causa abesse dicendi sunt, qui non sui commodi causa, sed coacti absunt, ubi quidem coactio rursus per ea, quæ modo dicta, restringitur, ut civiliter intelligatur, quatenus etiam studiorum occupatio pro necessitate peregrinandi habetur; ut tamen ad mercaturam vix produci posse videatur, quia diserte ea species impingit in verba Ulpiani, *non sui commodi causa. d. l.* 28. quanquam in his Rebuspubl.

(e) *Pos.* 19. 20. 21.

Lucpubl. ubi mercatura viget, ratio ab hac quoque extentione neutiquam abhorret; verum aliud est jus scriptum interpretari, aliud novi juris auctorem esse condendi. Dissent. D. Wissenb. *ad d. tit. ff. th. 4.* cujus rationes in eam partem, quæ non est officii nostri, sine dubio valent. Sic alibi videbimus, hypothecam tacitam dari creditoribus ad domum reficiendam, non æque ad reficiendam navem mercaturæ causa, *ad tit. ff. Ex quib. caus. pign. tac.* etsi ratio pro his æque bona sit. Dist. etiam Scholiastes ad *pos. 24. b.* eo quod *d. l. 36.* saltem inferat, quod mercatoribus non detur restitutio propter absentiam Reip. causa. Atqui Edictum de hac loquitur, aut de talibus, quæ ad eam referri possunt. Proinde si ad hanc referri non potest mercatura, quomodo ad Edictum pertinet? eritne causa vinculorum, ad quam mercatura referetur? aut quæ tandem? Frustra exceperis, absentes studii literarum causa, sui quoque abesse commodi gratia; nam etsi hoc est verissimum, tamen huic *commodi* vocabulo, lucrum significari pecuniarium, caret omni dubio. Cæterum, de altera Edicti parte, qua Prætor contra absentes præsentibus succurrit, sola Justinianus agit in nostro § 5. In hac autem mireris merito, quod absentiam requirat Reip. causa, cum actio, quæ datur adversus absentes, quæque ad jus eorum minuendum pertinet, non debeat esse durior in eos, qui publicam utilitatis causam habent, quam qui suo commodo vel in fraudem aliorum absunt: Quanquam vero ad excusandum Tribonianum profertur, & quidem recte, credo, absentiam Reip. causa tantum exempli causa allegari, tamen fieri non potest, quin negligentius id *exempli causa.* sit positum, quod minus ad rem faciebat, neque potius, ut res erat, ita sit scriptum, quod totidem verbis, ac quæ jam collocata sunt, fieri potuisset. Sed valeat illa excusatio, & acquiescamus in eo, quod aliunde suppleri potest.

9. (f) Tertia sequitur actio Prætoria in Rem, sic dicta; Qua creditores, qui sunt missi in possessionem bonorum debitoris sui, repetunt ea, quæ in fraudem suam a debitore sunt alienata; perinde ac si res adhuc in bonis debitoris manssisset. Sciendum autem, creditoribus duplicem ex hac causa actionem dari; unam ex pignore Prætorio, quæ datur ad repetenda ea, quæ post decretam factamque missionem sunt alienata, *l. ult. C. de Præt. pign.* ubi creditori misso in possessionem datur hypothecaria, *quocunque modo possessionem amittat*, cujus usum jure veteri tam late non patuisse, facile exinde colligitur; Alteram, quæ competit etiam creditoribus post missionem, ad revocanda ea, quæ vel ante, vel post missionis decretum alienata fuerant, *l. 1. in pr. l. 9. & l. 10. in pr. de his, quæ in fraud. cred.* eaque PAULLIANA dicitur in *l. 38. § 4. de usur.* nec aliter competit, quam si facta sit alienatio fraudandi animo, *d. l. 1. & d. l. 10.* Quod requisitum cum hic quoque diserte collocatum sit, nihil dubitandum, quin recte Theophilus, *ad hunc §.* de hac actione dixerit, ἥτις λέγεται Παυλιανή, quæ Pauliana dicitur; Nam ad alteram, quæ ex pignore Prætorio nascitur, animus fraudandi non requiritur, *d. l. ult.* Ratio autem, quæ movit quosdam, ut hic de posteriori & Prætorio pignore agi putaverint, quam & D. Schotanus *in exam. ad tit. ff. de his, quæ in fraud. cred.* laudat, esse videtur, quia vident, Paulianam actionem non esse in rem, non magis quam Favianam & Calvisianam, quibus patroni in suam fraudem alienata revocant, *l. 1. § 26. de his, quæ in fraud. Patron.* ubi diserte illæ in personam dicuntur. Actionem autem, de qua hoc § 5. agitur, in rem esse, pro certo habent, imo certum est, hanc actionem, quemadmodum & præcedentes, proprie non esse in Rem, quia non datur ex aliquo jure in Re, sed Creditoribus personalibus, & est in factum, *l. 10. in pr. D. de his, quæ in fraud. cred. t.* Omnis autem in factum actio est in personam, *per l. 25. D. de O. & A.* vid. D. Wissenb. *ad h. t. th. 28. nov. edit.* Verum in hoc imitatur naturam actionum in rem, quod detur, in quemcunque possessorem; cujusmodi Actiones *in rem scriptæ* dici, inquam, solent; quæ suo scilicet fundamento sunt personales, verum ex nullo jure in Re nascuntur, hoc autem habent Reale, quod etiam contra tertium, adeoque possessorem quemlibet dantur; & hæc fuit ratio, quare Justinianus eam in numero actionum in Rem posuerit; quod eo minus novum videri debet, cum idem fere in Publiciana contigisse, modo sit dictum; nec aliter in Rescissoriis obtinet; nam (ut hoc loco id collocemus) ibi quoque nullum jus in Re ut fundamentum hujus actionis monstrari potest. Jus enim vere translatum fuit in eum, qui usucepit, aut præscripsit, nec actori quicquam

(f) *Pos. 22. 23. 24. 25.*

tribui

tribui potest, quam æquitatis ratio, cur ei hæc actio indulgenda fuerit. *Quæritur* postremo, an Pauliana detur etiam in possessores fraudis ignaros; & distinguitur, qui rem tenent ex causa lucrativa, possunt conveniri, secus si ex causa onerosa rem sint nacti, *l. 6. § 11. de his, quæ in fraud. cred.* Est autem & dos causa onerosa, *l. 56. § 1. de jure dot.* Sed alienare non videtur, qui tantum repudiat jus recens acquisitum, *l. 6. in pr. & § 2. Quæ in fraud. credit.* ut in suprema Frisiorum Curia judicatum est non semel. Sand. *3. decis. 13. defin. 3.*

10. Idem Sandius in ea sententia esse videtur *d. tit. def. 1.* Paulianam jure non dari, de rebus ante missionem in possessionem alienatis: idque probat tribus argumentis, petitis ex *l. 6. § Sciendum. 7. Quæ in fraud. Cred.* ex *§ 6. h.* & ex *l. 6. de his, quæ in fraud. Cred.* laudatque Donellum & alios idem sentientes. Atqui in *l. 1. & in l. 10. pr. hujusque d. tit. Quæ in fraud. Cred.* indistincte agitur de his, quæ in fraudem Creditorum alienata sunt, idque restringi ad alienata post missionem factam, incivile est, quia tales alienationes sunt rariores, utpote debitoribus administratione rerum suarum jam tum privatis. Textus objecti non probant, quod vult Sandius. Etenim *l. 6. § 7.* non agit de rebus in fraudem Creditorum alienatis, sed de pecunia ab uno e creditoribus seorsim a debitore accepta. Verba *§ 6. h. t.* non inferunt, alienationem ante missionem esse factam, sed actionem revocatoriam non dari ante missionem. *L. 9.* docet, bonæ fidei emptorem, de re post missionem empta non teneri. Inde non sequitur, de alienatione fraudulenter ante missionem facta, non dari actionem. Bene est, quod Dd. *communr.* & Curia, teste Sandio, aliter sentiunt. Ex his velim explices aut suppleas, quod in *post. 25.* scriptum est, Paulianam dari de rebus alienatis ante missionem, post eam dari hypothecariam. Verum est, Paulianam de rebus post missionem alienatis non esse necessariam, quia tunc hypothecaria datur, uti post *d. l. ult.* Sed tamen non dari Paulianam, si fraudandi animus adsit, non est adfirmandum.

11. (g) Sequitur Actio SERVIANA, sic ab auctore, quemadmodum & Publiciana & Pauliana, dicta; datur hæc autem Domino fundi ad persequendas res coloni; quæ pignoris jure pro mercedibus fundi ipsi tenentur, adversus quemlibet possessorem, uti rebus cedat, aut mercedem solvat, alioqui in id quod interest condemnatur, ut explicatum in *l. 16. § 3. de pignor.* Res autem, quæ pignoris jure tenentur domino, sunt primo fructus, qui tacite sine ulla conventione pro mercede sunt obligati, *l. 7. In quib. caus. pign. tacit. contrah.* Præterea res invectæ & illatæ; at hæ non aliter, quam si nominatim ita convenerit, ut pro mercede tenerentur, *l. 4. eod. tit.* aut saltem quæ voluntate domini in fundum sunt illatæ, *l. 5. C. locati.* quod non de simplici consensu domini accipiendum videtur; sed de conventione, qua dominus fundum ea lege locavit, ut certæ res in eum inferrentur. Donell. *comm. de pignor. tit. in quib. caus. pign. tacit contrah.* In urbanis prædiis res invectæ & illatæ, sine ulla conventione per se, pro mercede pignoratæ intelliguntur, quod secus in rusticis obtinere, jam diximus. Ratio differentiæ, quoniam in rusticis fructus tacite sunt obligati; proinde ibi duplici pignore nihil est opus, sed in urbanis cum nihil sit quam res illatæ, necesse fuit in his lege statui hypothecam, *d l. 4.* juncta *l. 7. d. t. in quib. caus. pign. tac. contrah.*

12. In eodem § traditur actio quasi-Serviana sive HYPOTHECARIA, quæ datur cuilibet creditori ad persequendum pignus sive hypothecam, contra quemlibet possessorem, in hoc, ut rem pignoratam restituat, vel debitum actori solvat, *d. l. 16. § 3. de pignor.* Est etiam hæc actio prætoria, quæ fortasse nomen actionis in Rem tueri potest, siquidem non modo contra quemlibet possessorem datur, sed etiam jus aliquod in Re in antecessum extat, unde originem habet: jus scilicet pignoris sive hypothecæ. Nam inter pignus & hypothecam tantum nominis sonus differt, *l. 5. § 1. de pignor.* quod tamen Imperator in hoc § 7. limitat, *quantum ad actionem hypothecariam attinet*, inquit. Imo generali significatione juris simpliciter verum est, quod Marcianus *d. l. 5.* auctor scribit; quoniam, de quacunque re inter creditorem & debitorem convenerit, ut si pro debito obligata, illa utraque hac appellatione continetur, ait idem Cæsar in *d. § 7. h.* sed accidit hisce verbis, quod aliis in jure & in omni disciplina innumeris, ut cum pauciora sint verba quam res, nomen generis uni speciei applicetur; ita, inquam, & pignori & hypothecæ evenit, ut hæc quidem

(g) *Post. 26. 27. 28.*

vox de re immobili, pignus de mobili potiſſimum uſurpetur. Scilicet ὑποθήκη vernacula ſignificatione rem notat, quæ alteri ſuppoſita & obnoxia eſt, ſeu mobilis, ſive res ſoli. Quia tamen res mobiles ſpecialiter pignoratæ, fere traduntur de manu in manum, ideo hypotheca earum rerum, proprio nomine pignus dicitur, a *pugno*, quemadmodum Græci eadem cauſa ἐνέχυρον uſurpatur, quaſi manualis hypotheca, *l. 238. §. 1. de V. S.* Et tamen rurſus fieri poteſt, ut etiam pignus in illa ſignificatione ſtricta de rebus immobilibus prædicetur; ſi nempe traditæ fuerint non quidem de manu in manum, ſed ita ut poſſeſſio in creditorem transferatur, quo ſenſu Imperator in *hoc* § 7. nam pignoris appellatione, ait, eam rem proprie contineri dicimus, quæ ſimul etiam traditur creditori, *maxime, ſi mobilis ſit.* Atqui res immobiles etiam tradi poſſe, ait, quemadmodum ſupra ad § 40. *Inſt. de R. D.* intellectum eſt. Sed hic jam quæſito opus eſt, ſitne hypotheca, quæ ſine traditione per conventionem ſolam conſtituitur, verum jus in Re, ita ut hypothecaria usquequaque non modo in Rem ſcripta, ſed etiam ſolida in Rem actio ſit. De pignore equidem ſtricte ſumpto, nihil ambigendum, quin Juris in Re nomen tueri queat, ſiquidem traditionis ea vis eſt, ut ſi talis ſit animus & conventio partium, facile rem ipſam afficere eique perpetuam qualitatem imprimere poſſit. Nam ſi dominia vi traditionis conſtituuntur, *l. 20. C. de Pact.* quidni & jus in Re, quod actionem in rem producat, inde naſci queat, accedente in primis auctoritate Prætoris? At ſola conventio non eſt habilis cauſa juris in Re, quemadmodum ex *l. 3. de O. & A. & l. 20. C. de pact.* & ex ſubductione ſingularum juris in Re ſpecierum, facile colligitur, ut pluribus a nobis probatum *lib. 4. Digreſſ. c. 7.* At ſi Lex aut Edictum Prætoris, quod vim Legis habet, actionem in Rem ex aliqua conventione producat & ſtabiliat, tum hoc ipſo jus ex illa conventione natum, ſit Jus in Re, afficiens rem ubicunque ſit & reperiatur. Hoc Prætor effecit adverſus hypothecam. Huc enim pertinent verba Pauli in *l. 17. § 2. de Pact. De pignore jure honorario naſcitur pacto actio:* Hoc eſt, pignus, quod pacto contrahitur, id eſt hypotheca, parit actionem jure Prætorio, quæ non eſt alia quam hypothecaria; quippe, cum pignoratitia ſit civilis actio, § *ult. ſupr. de obligat. quæ ex contrab.* Reprehenſio, quam Bachovius multa cum ingenuitate atque libertatis prætextu, contra Paulum ob allegata dicta inſtituit, *lib. 3. de pignor. c. 3. n. 1. ſub fin.* mihi & Paulo & Bachovio minus digna videtur. Quare autem Prætor pactum hypothecæ potius vi actionis, & quidem actionis in Rem, donare voluerit, non videtur eſſe ratio ea, quam reddit idem Bachovius, *cod. tract. lib. 1. c. 3.* quia pignus modici ſit præjudicii, licet Hunnio rationem illam improbanti inſultet; ſed frequens pignorum uſus ac utilitas, ut intelligimus ex *l. 14. § 1. de conſtit. pec.* ubi; *cum utilitas pignorum irrepſerit:* quemadmodum & hæc ratio pactum conſtituti ad eandem dignationem perduxerat; juxta alteram, quam conſtitutum ſe ad alium contractum referret, quod pariter in pignore locum habet. In rem autem dedit ex hypotheca Prætor actionem potius, quam perſonalem, quia nullum uſum creditori præbere poterat, niſi rem pignori obligatam ubivis petere atque vindicare poſſet. Igitur quod ad hanc actionem attinet, pignus & hypotheca nihil differunt; nam alioqui pignus, inquam, eſt, quod traditur creditori, hypotheca, cujus poſſeſſio manet penes debitorem. *d.* § 7. Bonæ fidei poſſeſſor præſcribit actioni hypothecariæ decem annis inter præſentes, 20. inter abſentes, *l. 1. & 2. C. ſi adverſ. cred. præſcr. opp.** Malæ fidei poſſeſſor 30. annis, ** *l. 3. l. 7. & pr. C. de præſcr. 30. annor.* Ipſe debitor, vel ejus heres annis 40. *** *d. l. 7. § 1.* Plura dicentur in Pandectis.

* Jure Saxon. in locum præſcriptionis longi temporis, ſucceſſit præſcriptio 31. ann. 6. ſept. & 3. dierum, adeoque ea etiam ad actionem hypothecariam, contra b. f. poſſeſſorem inſtituendam, pertinebit. Schilt. *ad ff. Exerc. 33. § 26.* Carpz. *p. 2. C. 1. def. 5. n. 4.*

** Is vero apud nos, ſi mala fides poſſit probari, exceptione præſcriptionis ſe plane nequit tueri, *P. 2. C. El. 3.* vid. *c. ſ. X de præſcript.* Carpz. *P. 2. C. 3. d. 7.* conf. Gailii *L. 2. Obſ. 18. n. 7.* Petr. Müller *Diſput. de mala fide ſuperveniente, Jen. 1686. hab.*

*** Atque hæc extraordinaria præſcriptio ne noſtro quidem Jure in præſcriptionem 31. ann. 6. ſept. & 3. dier. mutata eſt, vid. Zobel. *p. 2. diſſ. 1. n. 2.* Berl. *P. 2. Concl. 8. n. 18. ſeqv.* Carpz. *P. 2 C. El. 3. def. 5. Id. L. 1. Reſp. 35. n. 12.* Unde Scabinos Lipſienſes an. 1668. Menſe Decembr. in Saxonia, ſecundum *l. 7.*

13. (h) Sequuntur actiones prætoriæ personales, quæ vel rei persecutoriæ, vel pœnales sunt, §§ 8. h. Rei persecutoriæ hic numerantur Actio constitutæ pecuniæ, de peculio, & in factum. CONSTITUTUM, unde prima actio, † est nudum pactum edicto prætoris approbatum, quo quis promittit, se quo ipse vel alius debet, soluturum, § 9. h. l. 1. § 1. de constit. pecun. Quatenus pro nobis ipsis constituimus, ita adhuc est in uno: ide nque, ni fallor, est, quod vulgo vocatur *acte van aenneeminge*, maxime, si in judicio fiat: quo casu habet executionem paratam; sed constitutum pro alius factum, non differt hodie a fidejussione, quia pactum & stipulatio, qua fidejussio differt a constituto, moribus hodiernis non distinguuntur, ut diximus alias. Imperator in hoc § 8. præter actionem constitutæ pecuniæ, refert adhuc actionem Receptitiam, quæ similis fuerit constituti. Qua in re tamen discrepaverit, opportune memorat Theophilus. Nam constituti πλατύνεται μὲν τοῖς προσώποις, *latior est, quod ad personas*, στενῶται δὲ τοῖς πράγμασι, *rebus autem arctius patet.* Receptitia actio contra στενῶται μὲν τοῖς προσώποις, πλατύνεται δὲ τοῖς πράγμασι, *quod ad personas, arctius patet; latius, quod ad res attinet.* Etenim receptitia de quibusvis rebus contra solos argentarios dabatur; Constituti actio, de solis rebus fungibilibus adversus quoslibet. Hæc insuper prætoria, & illa civilis; hæc pacto nudo, illa solennibus verbis constabat, Salmas. *de modo usur. c. 16.* Vinn. *ad h. § 8.* Justinianus deinde Receptitiæ vim omnem transtulit in Constituti actionem, atque ita priorem abolevit, quæ ut supervacua cum sua auctoritate jussa est a legibus recedere, ut loquitur in *d. § 8.* Cæterum, quare pactum Constituti nudum a Prætore vi actionis sit donatum, ad § *præced.* dicere occupavimus, primo ob usum illius pacti frequentem, quatenus omni die fit, ut debitores cunctantes novis pactionibus tum suis quam alienis, ad constituendum aliquid certi de solutionibus obstringuntur; dein, quia constitutum est confirmatio obligationis jam antea Jure civili contractæ; ut nusta Prætori causa fuerit hoc pactum velut temerarium destituendi. Cæterum, constitui possunt ea, quæ vere debentur, ac utiliter peti possunt: imo etiam quæ naturaliter tantum debentur, *l. 1. § 6. & seqq. l. 3. § 1. de const.* non tamen quæ civiliter tantum, quæque per exceptionem elidi possunt, *l. 7. § 1. eod.* Conditionalia non aliter quam sub pari conditione possunt constitui, *l. 19. pr. l. 3. § 1. D. de constit. pecun. § 9. h.* Reliqua *ad Pand.* Denique actio de PECULIO, datur adversus partes, vel dominos, ex contractibus servorum aut filiorumfamil. § 10. h. de qua tit. sequenti plenius.

14. (i) Actio in factum ex JURE JURANDO, datur ei, qui juravit sibi deberi, adversus debitorem, a quo jusjurandum fuerat delatum, aut relatum, nec enim contra tertium dari potest, *l. 7. § 7. de Publ. act.* Delatum est id, quod defertur ab eo, qui de jure suo dubitat, idque conscientiæ adversarii committit. Refertur ab altero, qui nec ipse sat certus est, an sibi debeatur, in hunc finem, ut alterius jurejurando res terminetur; & qui alterutro horum modorum juravit, is habet actionem in factum ex jurejurando, in qua non cogitur probare, quod sibi debeatur, sed tantum quod juraverit, § 11. *h. t.* aut quod jurare parato jusjurandum ei fuit remissum, *l. 9. § 1. h. t.* Non est instituti nostri, de omni jurejurando heic loci agere; fiet hoc, quando in Pandectis idem caput occurret; ubi de triplici partitione juri-jurandi, in voluntarium, necessarium & judiciale. Sed ad hunc versiculum tractari vult hæc quæstio; cum actio ex jurejurando sit Prætoria, quamobrem Civilis ex eo nulla sit prodita: nihil enim toto jure de actione, quæ ex jurejurando detur, præter hanc speciem, quæ litis decidendi gratia interponitur, scriptum est, alioqui promissionis juratæ non est major effectus quam pacti nudi, *l. 35. § 1. de jurejur.* Quid retinuit Legum latores, aut JCtos, cum ex solenni verborum conceptione, quæ stipulatio est, dederint actionem, quo minus e promisso, quod divini nominis invocatione sancitum erat, actionis vim educerent? Tantumne juris nævum necesse sit agnoscere, ut contemptu re-

§ 1. C. de præscr. 30. vel 40. annor. respondisse, eorumque sententiam anno 1672. instantia secunda confirmatam esse, monet Lyncker. *Disp. de Fatalibus, th. 37.*

† conf. de usu moderno hujus actionis Schilter. *Pr. Jur. Rom. Ex. 24. § 75. sq.*

(h) *Pos. 28. & seqq.* (i) *Pos. 31.*

ligionis id omissum, aut commissum fateamur? Non potest hoc cuiquam in mentem venire, cui mos populi Rom. in servanda fide jurata publice privatimque, sit cognitus: potius in animum inducet, hanc ipsam religionem fuisse impedimento, ne promiscua jurandi consuetudine, quæ sine dubio inolevisset, si juramenta pactis adjecta forent, idque cum effectu forensi; res sanctissima profanaretur: Nec obscure colligi potest hæc sollicitudo ex memorabili *l. 3. de cond. instit.* Quid igitur movit Prætorem, ut in hac specie delati litis causa jurisjurandi, produceret actionem? Non tantum, quod durius visum fuit, præstationem jurisjurandi tam solenniter delatam negligi, sed inprimis favor litium finiendarum, quem toto jure præcipuum esse apparet. Nam jusjurandum speciem transactionis continere, habetur in *l. 2. de jurejur. l. 31. eod. tit.* juncta *l. ult. pro suo.* quæ res efficit, uti ne exceptione quidem perjurii vis hujus actionis elidatur, *d. l. 31. l. 1. C. de reb. cred.* eoque pertinet, quod ex hoc § *11.* intelleximus, non quæri in hac actione debeaturne vel secus, sed tantum & unice, an juratum sit.

15. Hinc alia nobilis oritur quæstio, sitne jusjurandum species novationis, ita ut prior actio penitus tollatur, an tantum sit adjectitia qualitas aliarum actionum, veluti est actio de peculio, de in rem verso, exercitoria, institoria, similesque: Nec caret usu hæc dubitatio; nam si nova sit actio, stricti juris oportet eam esse, cum in § *28. h. t.* non recenseatur; ideoque si contractus, de quo juratum est, fuerit bonæ fidei, maximum in forma petitionis judicationisque discrimen infertur, ut inferius ad *d.* § *28.* intelligimus. Non possumus aliter existimare, quam actionem in factum ex jurejurando ita institui, ut prior actio maneat, ejusque formula retineatur, addita mentione jurisjurandi, ut actor onere probandi sublevetur. Docet hoc Ulpianus in *l. 13. § 3. & § 5. de jurejur. Si quis juraverit*, inquit, *vendidisse me ei rem centum, ex empto agere poterit, ut res tradatur, & de evictione caveatur, & cætera præstentur:* idemque ex sententia Marcelli in § 5. repetit. Textus est alius ejusdem Ulpiani in *l. 7. § 7. de Public. act.* in eandem omnino sententiam. Cui accedit, quod hæc actio datur, etsi non sit juratum, juramento duntaxat remisso, *l. 9. § 1. de jurejur.* quod fieri non posset, si hæc actio plane nova, nec alio quam jurisjurandi fundamento subnixa esset. Denique, si vera vis novandi inesset juramento, fieri non posset, ut ei, qui se non debere juravit, exceptio daretur, ut sit *infra de except. § 4.* Nihil enim est notius, quam novationem ipso jure tollere obligationem, ut exceptioni nullo modo sit locus, quemadmodum *supra tit. Quib. mod. toll. obl.* explicatum est. Quid si addamus & hoc: iniquum atque juris rationi adversum esse, ut vel is, qui juravit deferente adversario, conditionem suam faciat deteriorem, si pro bonæ fidei actione consequatur juris strictam; vel ut is, contra quem juratum est, causam habeat meliorem, quam erat habiturus, si alter intentionem suam ab initio plene probasset, quod tamen æque, mutatione bonæ fidei actionis in aliam, quæ juris est stricti, fieri posset. Jurisjurandi scopus est unicus, ut vice probationis fungatur, non ut magis minusve plenam reddat obligationem. Et hoc sensu capimus loca, quibus contrarium probat Vir summus D. Wissenbachius ad *ff. P. 1. disp. 24. th. 40.* Utique enim hic § *11. l. 9. § 1. & l. 11. § 1. de Jurejur.* nihil aliud præ se ferunt manifesto; non quæritur in hac actione, an debeatur, sed tantum, an juratum sit; hoc est, quæstio principalis habetur pro certa atque probata, de qua nihil opus sit disceptari. Non negatur, agi ex illis causis, sed quæri de illis & ambigi, hoc negant textus. Paulus in *l. 26. § ult.* pluisculum movet scrupuli; *Jurisjurandi conditio*, inquit, *ex numero esse potest videri novandi delegandive.* Verbo *videri* fictionem notari, alias non soleo respondere; sed hujusmodi suspensione verborum, *esse potest videri*, improprietatem designari, nemo facile recusabit, ratione improprii sensus eadem, quam modo collocavimus. Forte an firmius ex *l. 30. pr. eod.* peti potest argumentum; *Eum qui juravit, ex ea actione, quæ infitiando crescit, aliquid sibi deberi, simpli, non dupli persecutionem sibi acquirere, Pedius ait.* & inox; *potest dici, hoc judicio non principalem causam, sed jusjurandum actoris conservari.* Ibi duplex est ratio. Prima, quod actionis, quæ jurata est, natura mutetur, siquidem non potest agi in duplum, ubi tamen actio principalis in duplum dabatur: At sane nullam hic fieri novationem, ipse locus docet, cum superesse adhuc in duplum actionem monet, si actor jurisjurandi beneficio supersedere velit; at cum hujus præsidio levatus est onere probandi, tum dupli petitionem amittit; sufficit enim, hoc

cum

cum effectu juramenti gaudere, quod nihil probare cogitur. Ultima autem verba sic audienda sunt; quamvis hic causa principalis vertatur, quia tamen de illa non quæritur, potest dici, non tam illam, quam jusjurandum conservari; quia totum actoris fundamentum petitionis est in jurejurando.

16. (k) Actiones prætoriæ pœnales recensentur in §12. tres. *Ex. gr.* Prima adversus eum, qui corrupit album Prætoris, hoc est tabulam, in qua Prætor præscribebat, quibus de rebus esset jus dicturus: Pœna albi corrupti erat quinquag. aureorum, *l. 7. de Jurisd. v. l. fff. de pop. act.* Altera est actio in eum, qui parentem vel patronum sine venia prætoris in jus vocavit; estque eadem pœna cum priori, qua de re *inferius.* Sed qui in jus vocatum vi exemit, quod est *tertium Exemplum*, tenetur, quanti ea res ab actore fuerit æstimata, *l. 1. l. pen. & 2. tit. Ne quis eum, qui in jus vocat.* Dari adhuc alias & quidem innumerabiles, affirmat Imperator, proinde nec nos eas enumerare aggrediemur. Habuimus de dejectis & effusis, de positis & suspensis, item actionem injuriarum, de vi bonorum raptorum, denique adversus calumniatores in quadruplum, § *25. infra h. t.*

17. (l) Sequuntur PRÆJUDICIA, quæ sunt actiones, quibus de statu hominum disceptatur, easque in rem esse videri, affirmat Justinianus *in* § *13. h.* certe enim in personam esse non possunt, quia neque ex obligatione nascuntur, neque contentio in iis, ut aliquid detur aut fiat; verendum autem est, ne nihilo magis in Rem esse queant; siquidem nulla petitur hic restitutio. Et quidem proprie certum est, neutrius esse generis has actiones: quippe, quæ nihil aliud quam τύποι formulæ sola intentione constantes fuerint, ut Theoph. observat: ἀδὲ γὰρ ἔχει κατάδικην ἐν ἑαυτῇ, *non habet in se condemnationem*, scil. ut reus aliquid det aut restituat; Nam alioqui sententiam habent sine dubio præjudicia. Comparatione tamen habita, propius ad in Rem actiones quam in personam accedunt; quia sane quicunque his experitur actionibus, petit aliquid suum, servus libertatem sibi adierit, ut suus dicatur, juxta versic. *postquam vindicta meus a Prætore recessit*; dominus petit Servum in servitutem, patronus vindicat jus patronatus, libertus ingenuitatem, Pater filium, hic vero jus filii se habere contendit, eoque cum effectu potiri cupit. Ex his jam exemplis, quod dentur præjudicia, colligi potest, tria omnino, quæ recenset Imperator in § 13. Prima, an aliquis sit liber aut servus, quod judicium causa liberalis dicitur, *tit. D. & C. de liber. caus.* Altera species est, qua quæritur, an aliquis sit libertus an ingenuus, *l. ult. D. Si libert. ingen. esse dic.* Tertia species a Cæsare vocatur, de partu agnoscendo, cui locus est, cum maritus, soluto, aut etiam constante matrimonio, partum ab uxore editum suum esse negat, *l. 3. § 1. de agnos. & al. liber.* Plures in Jure species non dantur; nam quæstio, an uxor sit, est incidens in actione de partu agnoscendo; Non est meus filius; quia mater non fuit uxor mea; Lex 30. *de reb. auct. jud. possid.* vitiosa est, legendum; *per judicem.* non *præjudicio.* Cujac. *a. l. h. § 13.* Duas ex hisce causis esse Prætorias, unam vero civilem, per quam quæritur, an aliquis liber sit, affirmat Imperator, eo quod de libertate judicium in XII. tabulas erat redactum, *l. 2. § 24. de O. J.* de ingenuitate filiorumque statu, Prætor deinceps quæstiones introduxit. Sed notabilis superest difficultas de nominis ratione, cur hæ actiones præjudicia sint appellatæ. Præjudicium varie dicitur; primo & proprie valet idem, quod prius judicium, quo pertinet regula; quoties duæ concurrunt actiones vel judicia, de majore, aut de eo, sine quo alterum peragi nequit, prius experiendum esse, *l. 4. de in integr. restit. l. 7. § 1. de injur. l. 54. de Judic.* hinc actio de proprietate prius absolvenda, quam de servitute, *l. 16. de Except. præscript. & præjudiciis.* In qua Rubrica præjudicia significant exceptiones, quibus actio præcluditur, eo quod præposterе & præmature moveatur. Hinc fluit altera significatio, cum præjudicia notant interlocutiones, hoc est, pronunciationes judicis, quæ sententiam præcedunt definitivam *l. 2. l. 26. & l. 40. C. Theod. de appell.* in jure Justiniani sic non usurpatur. Tertio, præjudicium significat rem, quæ cum statuta fuerit, judicaturis adfert exemplum, quod sequantur, ut loquitur Ascon. *in divinat.* Sic nota Censoria propter stuprum, est præjudicium in accusatione ex Lege Julia, & remedia, quibus infringitur hereditatis petitio, dicuntur in ejus præjudicium institui, *l. 5. de hered. petit. l. ult. in pr. C. eod. tit.* Unde quarto, præjudicium frequenter pro omni eo, quod nobis detrimentum inferre pot-

(k) *Pos. 33.* (l) *Pos. 34. 35. 36.*

est, accipitur. Ex prima significatione oritur tertia, qua præjudicium per excellentiam vocatur judicium status. Per illud enim insigniter aliis causis inde oriundis atque pendentibus præjudicatur. *Ex. gr.* petit aliquis hereditatem defuncti tanquam Patris sui; Opponitur, Tu non es filius defuncti; heic oritur quæstio præjudicialis, sitne filius vel non, cujus terminatio præjudicat alteri de hereditate quæstioni; nam si constet, eum esse filium, aut non esse, sequitur ultro, quod sit heres, aut non sit heres. Neque tamen semper incidunt ita præjudiciales quæstiones; sæpe etiam dantur, licet alia, cui præjudicatur, necdum mota vel inchoata fuerit, uti cum servus in libertatem proclamat: sunt tamen in conspectu res aliæ, quas hoc Judicio status actor adipisci conatur, veluti servus cuncta libertatis jura sibi proponit; libertinus a donis, operis, muneribus liberari cupit; qui filius esse negatur, omnia jura liberorum vult adipisci; similiter domino, patrono, Patri sua sunt jura, quæ ipsemet affectat, singulique per victoriam ita juribus illis potiuntur, ut adversus omnes, etiam quibuscum non litigaverunt, illa exercere queant, *l. antepen. D. d. statu homin.* Explicat hæc copiose Donellus ad *h. tit. & § num. 7. & seqq.*

18. (m) Postquam ita Imperator actiones in rem & in personam proposuit, haud inconcinne in § 4. traditur proprietas Actionis in personam, quæ est, ut Actor sibi dari oportere contendat; dare autem est dominium transferre, *l. 75. § ult. de V. O.* contra in Actionibus in rem nemo sic agere potest, cum ibi Actor dicat, se esse dominum; hinc regula est, quod Dominus rem suam non condicat, id est, personaliter petat, excepto rei furtivæ exemplo; nam fur etiam condictione, hoc est, personali actione tenetur; odio furum, ut pluribus actionibus tenerentur, *l. ult. in fin. Usufruct. quemadm. cav.* Dare, inquam, est dominium transferre, nisi ex eo, cui additur dandi verbum, significatio mutetur, ut cum pignus datum dicimus, *l. 1. C. de non num. pecun.* res quoque depositæ & commodatæ omni die dicuntur *dari*, neque tamen dominium earum transferri, notissimum est. Quid vero, an discrimen, quod tribuit hic Cæsar actionibus in rem, ad omnes pertinet? verba ejus sunt, *non posse actorem suam rem ita ab aliquo petere. Si paret, eum dare oportere.* videtur hoc ad solam rei vindicationem pertinere; quod est equidem ita, quatenus reliquis in rem actionibus termini habiles hujus differentiæ minus conveniant; esse tamen & in reliquis verum, non agi in illis ad dandum, hoc est, ad dominium transferendum, veluti ex inductione singularum specierum, quas pridem recensuimus; facile apparebit; de iis, quæ vere sunt in rem, loquimur, non de his, quæ in rem scriptæ sint duntaxat. Nam sane in Rescissoriis vi ipsa agitur ad dominium transferendum, si quidem res vere sunt usucaptæ, quæ ibi petuntur, neque proinde ad actorem, nisi dominio translato, redire possunt, ut scire licet ex iis, quæ ad § *f. h. t.* dicta fuere, tamen non fuit in iis usitata hæc formula, *Si paret, eos dare oportere.* quam Cæsar hoc loco actionibus in personam adscribit, adeoque de omnibus, quas in numero actionum in Rem habuit, negat; verum in Rescissoria, quemadmodum & in Pauliana, primo petit Actor, ut dominii translatio rescindatur, simulque facta rescissione rem sibi restitui, quale compendium & applicatio actionis in Rem, ubi dominium vere translatum est, memoratur & in actione quod metus causa, *l. 9. § 4. Quod met. caus.*

Sed quid tandem; an actorem ita fari mos erat in actionibus in personam, *si paret, eum dare oportere?* Ea quidem agenti verba convenire nequeunt; sed hæc verba fuere formulæ, quam Prætor Judici pedaneo, postquam actio apud ipsum edita erat, præscribebat. Si ad rem vindicandam esset, formula erat hujusmodi; *si paret, fundum Tusculanum Marci Tullii esse.* de qua Cicero *in orat. pro Muren.* In personam, *Si paret, Titium dare facere oportere.* ut passim Cicero *in Verrin. pro Rosc.* & alibi commemorat. Cur igitur Cæsar actori hæc verba tribuit? Designat illis genus actionis, perinde ac si diceret, non posse actorem suam rem petere ab aliquo per condictionem; mos enim hic fuit veterum, nomina actionum petero de primis verbis Edictorum, aut interdictorum formularumve, quæ publice de singulis actionum generibus extabant. Sic actio Quod metus causa, dicitur ita, quoniam prima Edicti verba sic erant concepta: Quod metus causa gestum erit, *l. 1. Quod met. c.* Hinc actio, Si certum petetur. Interdictum Quorum bonorum. Quod Legatorum. Unde Vi. Uti possidetis. & similia nomina; quæ ineptiæ excutiari non

(m) *Pos. 7. 5.*

possunt

possunt, nisi ex hac consuetudine rationem petas. Proinde actio in personam, quæ generaliter condictio vocatur, primis verbis formulæ, qua prætor officium judicis in ea causa complectebatur, intelligenda est; quo sensu liquet, nihil a Justiniano insoliti his verbis esse commissum; Modo tam valide exceptionem Cæsaris ab ista regula defendere possimus, qua dixit, fures odio sui meruisse, uti contra juris rationem naturamque negotii teneantur, *si pareat, eos dare oportere.* licet idem, qui sic adversus eos agere potest, rem eandem vindicare possit; *in fin. d.* § 14. Etenim, cum rem furto nobis ablatam non abire e nostro dominio, furesque nihil quam naturalem injustamque possessionem acquirere, certum sit; rursus, cum agere ad dandum, sit petere translationem dominii, contradictio videtur implicita affirmationi; quod rem furtivam *dari* nobis petere possimus: Nec juvat ratio Cæsaris, id esse factum odio furum, quo pluribus actionibus teneantur; Res enim, quæ τὸ ἀδύνατον implicat, odio furum non potest recipere facultatem. Imo si rem, sepositis verborum involucris, inspicimus, non est ita, quod in condictione furtiva agamus ad dandum, de ipsa re furtiva, quæ mansit in dominio nostro; Nam hanc actionem ita constat esse comparatam, ut non modo res ipsa, sed & pretium rei deperditæ vel deterioris factæ petatur; Jam qui pretium rei suæ petit, is revera agit ad dandum, in rem hactenus agere non potest, *l. 23. de reb. cred.* Quatenus igitur condictio furtiva rem ipsam spectat, ita non est ad dandum, sed ad restituendum; quatenus ad pretium agitur, sic est ad dandum quidem, sed non de re nostra, neque de tali, quæ vindicari possit. Ideoque nulla in rebus ipsis hic est contrarietas aut impossibilitas. Qua in re igitur consistit exceptio, si quidem sub hac forma exemplum memoratur? Quia quod officium est alioquin Rei vindicationis, hoc etiam condictio præstat, uti res ipsa, quæ adhuc vere nostra est, a furibus repetatur, cui tum accedunt utilitates aliæ, quibus pollet condictio præ vindicatione, propter quas, & quidem odio furum, dominis suppeditata est. Primo, quia venit in hanc actionem æstimatio omnis detrimenti, quod res passa est, & quod occasione ejus passi sumus, *l. 3. & d. l. 13. de condict. furt.* dein quia datur in heredem tantum, cum rei vindicatio adversus possessorem detur, *l. 9. de condict. furtiv.* quemadmodum id latius ad *tit. D. de condict. furtiv.* exponitur. Cæterum, aliquoties jam intellectum est, actiones personales vocari in jure condictiones; a condicendo, hoc est denunciando, quod olim in personalibus fiebat, § *15. h. t.* tametsi strictius hoc nomen de certis tantum in personam Actionibus sumatur, quæ nempe alio nomine carent, ut est condictio certi, condictio indebiti, condictio sine causa, condictio ex Lege. &c. de quibus *in fine Lib. 12. & 13. Pand.* Sic quoque in rem actiones generaliter vindicationes dicuntur; etiam incorporalium rerum, ut in *Rubr. D. Si servit. vindic.* Nam vindicare est, rem suam esse dicere, Gell. *l. 20. c. 9.* stricte autem Actio de re singulari jure dominii petenda, dicitur Vindicatio, § *15. h.* Accidit hisce terminis videlicet, quod plerisque aliis; ut primæva significatio subigatur ad usum peculiarem: at hic tamen utraque, generalis & propria significatio, in viridi observantia manere. Notare etiam hoc licet, quanquam res, & causa, propter quam nomina rebus induntur, sæpe mutentur, nomina tamen eadem plerumque retineri. Sic veteres illæ denunciationes paulo ante Justiniani tempora sunt abolitæ, *l. Si quis delicti. 6. C. Theod. de denunciat. vel edit. rescript.* dicuntur tamen hodieque condictiones. Atqui mos denunciandi etiam in vindicationibus erat usitatus, ut ex Asconio in *3. Verrin.* & aliunde constat, vid. Cujac. *lib. 16. observ. cap. 4.* Cur igitur hoc nomen solis personalibus hæsit? quoniam actionibus in Rem, præter denunciationem, peculiaris erat manus consertio, & vindicatio atque prehensio rei, de qua Gell. *d. cap. 9.* hinc nomen ei datum ab ritu proprio; sed personales ab eo, quod commune fuit, nomen adeptæ videntur, nihilo secus atque videmus, eos contractus, qui præter consensum requirunt aut rei traditionem, aut literas, aut verborum conceptionem, inde nominari: qui vero nihil quam consensum, qui communis est, habent, hi simpliciter consensuales appellantur.

SECUNDA ACTIONUM DIVISIO SUMMA.

19. (n) Post divisionem actionum, quæ dictæ sunt in rem esse & in Personam, sequitur alia nobilis partitio, quæque pertinet inprimis ad vim effectumque cujusliber actionis exprimendum. Est autem hæc divisio, quod sint Rei persecutoriæ, vel pœnales, vel mixtæ, § *16. h. tit.*

(n) *Pos. 37. & seqq.*

Rei persecutoriæ sunt, quibus persequimur id, quod patrimonio nostro abest, sive nostrum adhuc sit, seu debeatur nobis, seu res ipsa sit, sive circa rem & æstimationem ejus, aut id quod interest nostra, *l. 35. de O. & A.* Stricte alioqui, id quod interest, nihil aliud est, quam ratio damni illati & lucri cessantis, *d. l. 35.* deque eo sunt hæ regulæ: I. In casibus certis, ubi de speciebus vel quantitatibus definitis agitur, non potest excedere duplum, *l. un. C. de sent. quæ pro eo, quod inter.* II. Lucrum oportet circa rem ipsam consistat, in eaque sit radicatum, ut Dd. loquuntur, non foris adveniens aut fortuitum, *l. 21. §3. de action. empt.* detrimenta tamen omnia præstantur, si dolus intervenerit; aliter quanti minoris, *l. 13. pr. d. t. de act. empt. l. 19. §1. locati.* III. Lucri & damni ratio ex judicio communi, non affectione peculiari initur; nam hæc in phantasia hominum consistit, cujus æstimatio nulla est, *l. 33. de L. Aquil.* De quibus regulis alibi forte consideratius.

20. Sunt autem rei persecutoriæ omnes in Rem actiones, omnesque ex contractu, excepta actione depositi miserabilis, quæ contra inficiantem & ex dolo in duplum datur, § *17. h. § ult. sup. de Quasi-contract.* Sunt, qui actiones Rei persecutorias dividunt, quod sint vel utrimque tales, vel ab una parte, scil. actoris rei persecutoriæ, a parte Rei pœnales; sed hæc distinctio non videtur habere juris rationem. Nam qualitas rei persecutoriarum, duntaxat respectu actoris intelligitur; utrum Reus damnum patiatur, an id quod accepit, tantum restituat, nihil refert, ut exemplis e medio contractuum numero, facile demonstrari potest. In commodato, pignore, deposito, qui dolo vel culpa res fecit deteriores, tenetur, sine discrimine lucrum inde perceperit, an secus; nec ideo desinit actio esse rei persecutoria, quod dolum luere debeat is, qui nihil inde percepit. Sic etiam dantur actiones aliquæ rei persecutoriæ ex delictis, quas a parte reorum pœnales esse volunt, nulla meliori ratione, quam si tu de commodati atque depositi actionibus idem affirmes; tametsi non negemus, cum reus id quod interest solvit, ubi nihil ad eum pervenit, ut sæpe fit; hanc suo modo pœnam vocari posse, *arg. l. 1. § 4.* junct. *l. 3. in pr. De eo, per quem fact. er.* Habent rationem adhuc aliam, quia non dantur actiones istæ adversus heredem, cum actiones rei persecutorias in heredes dari, necessum esse videatur. Sed nec hanc rationem habere consequentiam, probabimus ad *tit. de perpet. & tempor. act.* Simpliciter igitur Rei persecutoriæ sunt actiones, quibus, ut dictum, persequimur id, quod nostro patrimonio abest. Id Donellus & ex eo Vinnius ad hunc *§ num. 5.* quadruplex ait esse: I. Quod est in Patrimonio nostro, sed ab alio tenetur. II. Quod in patrimonio esse desiit, sed ex obligatione nobis restituendum est. III. Quod nobis debetur ex contractu. IV. Quod continet æstimationem ejus, quod nobis abest. Apparet, hæc verba, *quod Patrimonio nostro abest*, in *d. l. 35. de O. & A.* improprie sumi, ut patrimonium significet potestatem rei nostræ non impediram. Etenim quicquid per actionem peti potest, id recte adhuc in patrimonio esse dicitur, ut ad *tit. de R. D. n. 2.* disseruimus. Donellus patrimonium pro dominio sumpsit, æque improprie. Sic potius dicemus; A patrimonio sive a bonis nostris abest, quod quidem jure in bonis computatur, sed facto atque situ ab illo separatum est; Talia sunt vel nostra, quæ in dominio sunt, vel nobis debita. Debentur autem vel res certæ, vel incertæ. Certæ, veluti corpora, summæve certæ pecuniæ. Incertæ, ut æstimatio, aut id quod interest, de quo dictum modo, & ad *tit. de L. Aquil. num. 5.*

21. (o) Actiones pœnales sunt, quibus persequimur pœnam legibus constitutam; Etenim quæ dantur ad pœnam conventionalem, qualis est *supra § ult. de V. O.* potius rei persecutoriæ sunt, quia pœna conventione expressa, loco ejus quod interest, succedit; propterea enim adhibetur, ut incertitudo ejus quod interest, ad præstationem summamque certam redigatur. Nam pœnale judicium id demum vere dicitur, quod coercendi puniendique alicujus causa infligitur, & quidem constitutione certa; Nam & id quod interest, aliquando similitudinem pœnæ habere potest, nec tamen est pœna; Traditum enim id ita est, quod in casibus certis ad duplum adscendere possit, *d. l. un. C. de sent. pro eo quod inter.* imo aliquando in infinitum produci potest, haud tamen sine taxatione judicis, quemadmodum fit in jurejurando, quod in litem præstari dicitur, *l. 4. § 2. de jurejur. in lit.* quamquam vero id ad coercitionem doli institutum est, *l. 2. § 1. eod.* tamen non est pœnale judicium, ubi in litem juratur, sed rei persecutorium, quia Lex nullam hoc

(o) *Pos. 44. 45.*

casu

casu pœnam infligit, *l. 5. in pr. eod. tit.* sed vere & mere pœnales, vi legis, sunt actiones *furti*, injuriarum, de calumniatoribus, de positis & suspensis &c. § 18. *h. d. l. 35. de O. & A.* Denique mixtæ actiones sunt, quibus partim persequimur pœnam legibus constitutam, partim id quod interest, ut est Actio de vi bonorum Raptorum, legis Aquiliæ, servi corrupti, Legati piis locis relicti, depositi miserabilis &c. *in h.* § 19.

DE ACTIONIBUS MIXTIS.

22. (p) Est & aliud genus mixtarum Actionum, quæ partim in rem, partim in personam sint, scil. Judicia divisoria, veluti familiæ erciscundæ, communi dividundo, & finium regundorum, denique hereditatis petitio, § 20. Sed hæc mixtura non est ejusmodi, per quam actio revera fiat in rem, ita ut partim ex jure in re, partim ex obligatione oriatur, sed quia Judiciis illis non modo de rebus istis agitur, verum & de præstationibus personalibus; veluti de Impensis, damnis, fructibus, ab uno magis quam ab altero factis, datis, perceptis; adeoque mixtura illa non spectat originem causamque, sed subjectam judicii materiam, *d.* § 20. *l. 25.* § 18. *D. de Hereditatis petit. l. 16.* § 4. cum *seqq. & l. 6. D. famil. erciscund.* & hoc sensu capienda *l. 7. C. de hered. petit.* junct. *l. 22.* § 4. *de famil. erciscund.* nec aliter explic. *hic* § 20. Est hæc in scholis Juridicis multum agitata quæstio, denturne actiones mixtæ. Nos ita respondemus, non esse dubitandum, quin dentur; non modo ex rei persecutione atque pœna, sed etiam reales simul atque personales; Quippe Justiniano diserte ita loquenti fidem quis habere recuset? Enimvero verbum *videtur*, quod est *d.* § 20. cavillari, nimis subtile est; Nam etsi hoc verbum aliquando fictionem aut improprietatem significat, ut in *l. 3.* § *ult. Ex quib. caus. in poss.* sæpissime tamen ita veteres loquuntur, ubi fortissime aliquid affirmant, § 17. *h. t. l. 33. de Jurejur.* quando & judices in ipsa sententia pronunciabant, sibi *videri*, *l. 27.* § 1. *de liber. caus. l. 21.* § 1. *de Recept. act.* unde frequenter illud *jure cæsum* videri, Tacit. 14. *annal. c. 43. in fin.* Val. Max. *l. 6. c. 2.* Operæ pretium est, in singulis actionibus, quæ mixtæ dicuntur, videre & examinare naturam illius mixturæ: Et quidem familiæ erciscundæ actio, quo sensu mixta dicatur, docet Ulpianus in *l. 22.* § 4. *Famil. erciscund.* ubi; *Familiæ erciscundæ judicium*, inquit, *ex duobus constat, id est rebus atque præstationibus, quæ sunt personales actiones.* Eodem modo *de communi dividundo, l. 4.* § 3. *Sicut autem*, inquit tibi Ulpianus idem, *ipsius rei divisio venit in communi dividundo judicio, ita etiam præstationes veniunt.* Rursus idem de hereditatis petitione in *l. 25.* § 18. *de her. pet.* ubi: *Petitio hereditatis, etsi in rem actio sit, habet tamen præstationes quasdam personales.* Plane eodem sensu utroque loco præstationes personales usurpari, Græci quoque Interpretes docent, in scholiis ad *lib. 12. Βασιλικῶν, tit. 2. in princ.* Realitas, quæ reperitur in illis, non spectat rei vindicationem, ut ad participationem naturæ actionis in rem deberet, § 15. *Inst. de act.* sed divisionem rerum, *l. 1. l. 2. Famil. erciscund.* quæ est ex quasi-contractu. Ideoque palam est, mixtas dici actiones illas in rem & in personam, non ratione causæ efficientis & originis, quasi ex jure in re & ad rem essent, sed respectu objecti, sive subjectæ materiæ; ut jam dicere occupavimus; quia dantur & de rebus ipsis, & de præstationibus circa res, quæ non veniunt immediate ex rebus, sed ex facto aliquo personali. Perinde hereditatis petitio mixta personalis est, quoniam heres non tantum petit ipsas res hereditarias a defuncto relictas, sed etiam omne augmentum, quod ad hereditatem per facta hominum, id est, possessorum accessit; quæ præstationes eleganter personales dicuntur. Sed non efficiunt obligationem, multo minus inde oriuntur. Augmenta illa hereditatis per ejusmodi facta personalia, fiunt pars hereditatis; atque ita juri hereditario subjiciuntur, nec perinde impediunt, quo minus judicium petitionis eorum respectu ex jure in re nasci dicatur, nec, inquam, simplicitati & uniformitati hujus actionis officiunt. Fidem faciunt exempla præstationum, quæ ab Ulpiano *in d. l.* 25. § 18. in hereditatis petitionem venire memorantur, pretia rerum venditarum, & pecuniæ a debitoribus hereditariis exactæ. Nam hæ res per se veniunt in hereditatis petitionem, *l. 16.* § 1. *de hered. pet.* minime tanquam ex obligatione, sed quoniam hereditatis hæc est natura, ut omnia, quæ ex ea quovis modo provenerunt, complectatur; pretiaque loco rerum, & pecuniæ ex rebus redactæ loco ipsorum corporum succedant, *l. 70.* § *ult.* cum *ll. seqq. de Leg. 2.* Imo & ipsa debita hereditaria, quamquam ex obligatione proficiscantur,

(p) *Pos. 46. & 47.*

qua-

quatenus tamen hereditatis petitioni subjecta [illegible] jure in re petuntur, *l. 13. § ult. cod.* Debitor enim tunc non consideratur ut ex contractu vel delicto obstrictus defuncto, & consequenter heredi, sed tanquam juris possessor, ut ibidem eleganter Ulpianus, & quatenus se heredem esse contendit, *l. 42. D. hered. pet.* quod jus facit partem hereditatis & sub jure hereditario comprehenditur. Hereditas, inquam, est universitas, omnia complectens, quæ in bonis & ex bonis defuncti fuere, jus tamen unum usquequaque, pariens actionem adversus quemlibet possessorem, semper retinens naturæ suæ universalitatem, licet possessor unam modo rem tenet, *l. 1. § 1. ff. Si pars hered. pet.* Nec, quod repeto, definit hoc esse, quando vel ad pretia ex rebus hereditariis redacta, vel ad res a defuncto bona fide possessas, eique commodatas, locatas, pignoratas datus: siquidem & ipsa debita ex obligatione, juris hereditarii pars sunt. Cum petuntur res commodatæ &c. non intuemur naturam commodati, pignoris, locationis; cum res debita petitur, non spectamus vinculum personale, quo debitor est obstrictus, sed hi omnes ut possessores hereditatis considerantur. Ideoque utrum ex delicto, an ex contractu debitor sit is, qui convenitur, nihil refert, quia non respicitur ad originem obligationis, sed ad possessionem juris; quæ omnia clare & solide tradit Ulpianus in *d. l. 13. § ult. & l. 14. de hered. pet.* Sic enim: Item *a debitore hereditatis quasi a juris possessoribus, posse hereditatem peti constat; sed utrum ex contractu debitor sit, nihil refert.* Non consideratur causa singularum præstationum; hæc singularibus judiciis urgetur. Non petuntur debita hereditaria ex obligatione in hoc judicio; sic alia prorsus actione opus est; obligatio nunquam parit actionem adversus reum, quatenus est possessor, ut notissimi juris; heic debitor, ut possessor tenetur; Ergo ex obligatione non convenitur. Actor in hoc judicio non ait, se petere debitum vi contractus aut delicti, verum simpliciter hereditatem petit; & quia debitor, id quod debet, tanquam heres aut pro possessore se retinere affirmat, ideo per universale judicium convenitur. Enimvero si tantum se debere neget, aut nihil aliud proferat, quam actorem non esse heredem, nec ipse titulo universali se jactet; tum hæc actio minime datur, *l. 42. d. tit. de hered. petit.* Ulpianus igitur cum in *d. l. 25. § 18.* scribit, *petitio hereditatis etsi in rem actio sit, habet tamen præstationes quasdam personales*, ita exaudiendus est; *Hereditatis petitio est in rem actio*, hæc thesis est pura & absoluta: per sequentia removet objectionem; *nec obstat*, ait, *quod personalia quædam præstationum contineat*, ita enim personalia non sunt ejusmodi, ut obligationem arguant, sed rebus immediate hereditariis opponuntur, & faciunt quidem mixturam ex realitate & personalitate, sed quæ prorsus a commixtione *juris in re* & obligationis, aliena sit. Eodem modo resolvendam & explicandam putavi semper *l. 1. ff. Fin. Regund. Finium regundorum actio in personam est, licet pro rei vindicatione est*; ex qua non minus efficaciter, & quidem speciosius, quam ex priore loco, mixturam juris in re & obligationis alii probatum eunt. Paulum ita velle existimo: Principio ut ponat thesin, quæ finium regundorum actionem simpliciter *in personam* esse affirmat; tum occupet objectionem; atqui etiam *pro rei vindicatione* est, ac ita in rem; sed non obstat hoc, ait, *Licet* enim valeat ut rei vindicatio, id est, effectum vindicationis habeat similem, imo prorsus eundem, tamen forma actionis hic non est; *ajo fundum esse meum*, ut in actione in rem, sed, *peto fines regi*, quibus tamen ita, ut ego intendo, declaratis, sequitur, ut ea pars agri, quam vicinus mihi finibus motis subduxerat, mihi restituatur; nihilo secus quam si fundum vindicassem. Unde patet, actionem in personam esse pro vindicatione, & effectum præstare actionis in rem, non tamen esse actionem in rem, ne ex parte quidem, sed forma & genere diversam. Una supereſt ratio, qua mixtam illi hereditatis petitionem esse contendunt, quod bonæ fidei judiciis accenseatur, *l. ult. in fin. C. de hered. pet. quæ qualitas propria sit actionum in personam.* Responsio in promptu est; ideo quod pleræque bonæ fidei actiones sint in personam, JCti petitionem hereditatis inter eas collocare dubitarunt, *d. l. f. § 28. Inst. de action.* idque propter personales præstationes. Si enim stricti juris habita fuisset actio, non potuisset in ea fieri extensio ad res non hereditarias, quæ defuncti nunquam fuerant. Ideoque ad varietatem præstationum illarum huic judicio inferendam, laxitas actionum bonæ fidei debuit huc applicari; sed cum hæ præstationes nihil cum obligatione habeant commune, ut probatum dedimus, nec inde personalita-

litatem hujus actionis quasi ex principio obligationis posse colligi, manifestum est. Verum sunt adhuc, qui mixturam exinde probant, quod in judiciis mixtis fiant adjudicationes; unde in actionibus divisoriis *statim res ejus fieri dicuntur*, cui sunt adjudicatæ, *in § ult. Inst. de off. Jud.* Nam si in actione communi dividundo, cæterisque ad hoc agatur, ut res actoris fiat, rationem putant esse luculentam probandi, quod actio communi dividundo ex jure in Re nascatur; sed est πρῶτον ψεῦδος, hanc esse rationem mixturæ; res actoris fieri dicuntur in *d. § ult.* ex adjudicationibus, quæ in illis fiunt ex officio judicis, non pro jure & intentione actoris. Si actio communi dividundo, vel familiæ ercisc. ex jure in Re nascatur, debuit hoc jus in Re competere alicui partium: Atqui adjudicatio, quæ rem facit alterutrius, est ex mero judicis officio, ut in versiculis præcedentibus *ejusdem tituli* docuit Justinianus. Quod si maxime id esset ex jure partium, quod res ipsis acquiritur, quis inde probet hoc esse jus in Re, cujus vi res nostra fit per sententiam? Aliter inculcat Justinianus in *§ 14. Inst. de Action.* ubi id proprium esset tradit actionibus in personam, quod res actori detur, *ita ut ejus fiat*, adeoque juri ad Rem potius id conveniret. Non puto, quenquam usurum argumento *l. 37. § 1. de O. & A.* quanquam revera sunt, qui eam citant, ubi judicia divisoria vocantur mixta, quoniam uterque in illis actor est: Etenim, cui non liquet, mixtum illic suo modo dici, quod alias duplex appellatur, *l. 12. & sequ. de Judic.?* nihilo melior captio est ex *l. 3. § ult. de R. V.* quam similiter proferri videmus.

TERTIA ACTIONUM DIVISIO.

23. (q) Ex omnibus Actionum divisionibus nulla facilior, quam quæ jam sequitur, esse videtur; Omnes actiones vel in simplum conceptæ sunt, vel in duplum, *§ 22. h. t.* In simplum sunt omnes rei persecutoriæ, sive ex contractu, sive ex delicto sint, quales paucæ dantur, ut dictum & dicetur amplius *ad tit. de perpet. & tempor. Action.* Exempla nihil opus est memorari, cum in numerato sint omnibus: habentur tamen aliqua in *d. § 22.* ex stipulatione, ex mutui datione, (potest igitur condictio certi, quæ est actio mutui, specialis ex mutuo appellari; quanquam a natura condictionis in genere sumptæ nihil differat,) ex empto vendito, locato conducto, mandato; aliisque quam plurimis causis. Quæ in duplum proditæ sunt actiones, ex delicto oriuntur, ut est furti nec manifesti, atque servi corrupti; qua actione tenetur, qui servum alienum malis moribus corrupit, *l. 1. & seq. de serv. corr.* quæ est etiam utilis actio de filiofam. corrupto, *l. 14. § 1. eod.* Sunt etiam in duplum tres illæ actiones, quæ inficiando litem augent in duplum, de quibus actum est in *§. ult. supra de Quasi-contract.* videlicet actio Legis Aquiliæ, depositi miserabilis, atque Legati piis locis relicti; sic est in *§ 23. h. t.* In triplum una duntaxat actio traditur *in § 24.* quæ datur adversus eum, qui majorem vero debito quantitatem libello complexus est, ea gratia, ut viatores, sive executores litium, majores sportulas exigant. Sportulæ sunt, τὰ ἐν σπυρίδι δεδόμενα ξένια, ait *Glossar. Græc. apud Brisson. de V. S.* munuscula, quæ in sporta dantur; sunt autem sportæ calathi de vimine texti, *l. 3. § ult. D. pen. leg.* Quia autem clientibus aliisque salutatoribus, qui mane in atriis magnatum officii causa apparebant, ejusmodi munuscula distribuebantur, hæc quoque sportulæ dicebantur; ut & cœnæ ac convivia, quæ hac causa dabantur; erogationes etiam, quæ decurionibus fiebant, hoc nomen habebant, *l. 5. § pen. de donat. int. Vir. & Ux. l. 6. § 1. de decurion.* Denique pecuniæ, quæ judicibus & executoribus litium dabantur, hoc nomine veniunt, *Rubric. D. de sportul. jud. l. 33. § 5. C. de Episc. & Cler.* hoc quidem loco salaria, maxime ipsorum executorum atque viatorum, intelliguntur; quatenus ipsorum fraus & lucrifaciendi animus notatur, atque coercetur pœna tripli, cui tamen & simplum inest, ut monet Imperator in *d. § 24.* unde jam ultro liquet, sportularum quantitatem proportione sortis petitæ variari, quod hodieque ita fere in judiciis observatur *. Postremo actiones in quadruplum re-

* Jure nostro ac fere universæ Germaniæ, sportularum Judicialium certa taxa lege constituitur, quam quoties Actores in liquidando excedunt, per sententiam expensarum judicialium fieri solet moderatio jungl. Leipz. Ober-Hof Gerichts-Ordn. *rubr.* von Spertulen. it. die verneuerte Taxa und Moderation der Gerichts-Schöppen-Amts- und anderer Gebühren in peinlichen, bürgerlichen und Hülffs-Sachen, *de Ann.* 1642. *in Corp. Jur. Sax. p. 785. seq.* adeoque condictionum, quæ eo nomine olim instituebantur, *vid. § 24. 25. Inst. h.* exiguus hodie aut nullus est usus.

(q) *Pos. 48. & seqq.*

censentur in §25. furti manifesti, quod metus causa, quæ datur adversus eum, qui metum vel fecit, vel rem metu extortam, aut lucrum exinde possidet, intra annum in quadruplum, post annum in simplum, *l. 14. § 1. Quod met. caus.* sed est mixti generis, quia simplum inest quadruplo, *d. l. 14. §9. & seqq.* Dein Actio de Calumniatoribus, est etiam in quadruplum; quando quis pecuniam accepit, ut alicui calumniæ causa negotium faceret, vel non faceret, ut loquitur Cæsar, *d. §25.* proinde calumniator est, qui pecuniam, ut alium improba lite vexaret, accepit, *l. 1. & l. 3. de Calumniat.* Videtur autem & hæc actio esse mixta, uti simplum quadruplo contineatur, prout colligitur *ex l. 5. § 1. eod. tit.* Ultimo loco memoratur in quadruplum actio Condictitia, hoc est, condictio ex lege, quæ datur adversus executores litium, qui majores sportulas, aut aliud quicquam præter & supra legem, a reis, hoc est a litigantibus utroque, (vid. *supr. de duobus reis stipul. in pr.*) exegerunt, *d. §25. in fin.*

24. Hæc est ratio atque distinctio actionum in duplum & in triplum. Neque tamen omnes ejusmodi sunt ab initio suaque natura, quædam prius in simplum dantur, & ex post facto fiunt in duplum vel in quadruplum. Duplariæ, quæ prius inficiantibus duplum infligunt, Depositi miserabilis, Aquiliæ Legis, & Legati locis sacris relicti actiones. Nam si quis hisce primum conventus satisfecerit actori, simplo defungi potest; deinde cum negaverit, ex iis causis se esse debitorem, crescit in duplum condemnatio, § 26. *h.* Reliquæ dupli actiones, quas recensuimus, originaliter absoluteque in duplum competunt. In quadruplum actiones sunt etiam tales simpliciter, excepta quod metus causa actione; quæ similiter in principio ad restituendum simpliciter comparata est, ita ut si is, qui rem metu extortam tenet, conventus eam restituat, nihil ultra solvat; Si vero jussus arbitrio judicis, restitutionem contumaciter neget, tum demum quadruplo, raptoris exemplo, mulctatur, *l. 14. § 1. Quod met. caus.*

25. (r) Succedit QUARTA DIVISIO, qua actiones dicuntur esse vel bonæ fidei, vel stricti juris, vel arbitrariæ; Est hæc actionibus propria divisio, tametsi contractus etiam bonæ fidei vel stricti juris appellentur, *l. 32. § 2. de usur. l. 22. de donat. l. 27. § 3. de Pact. & alibi.* Nominis sane communionem ab actionibus habent contractus; sed causam originemque hujus qualitatis habent actiones a contractibus, ut ex infra dicendis patebit. Describuntur bonæ fidei actiones, quod ex sint, in quibus judex libere æstimat, quantum alter alteri ex æquo & bono, etiam ultra expressam conventionem, dare præstare debeat, fere ut Donellus ad *d. § 28.* Stricti juris contra sunt, in quibus judex adstringitur conventioni partium formulæque Prætoris, quarum terminos egredi non potest. Donell. & Giphan. *ad d. § 28.* Bonæ fidei judicia vocabantur olim arbitria, teste Cicerone, *lib. 3. off. & pass. in orat.* stricti juris actiones simpliciter judicia dicebantur; In quibus, ut ait *Cic. pro Rosc.* id quod petitur, ad *libellam* adjudicandum est, sive, ut Turnebus interpretatur, ad *teruncium, 29. Adverr. 36.* Quando ejusmodi arbitrium seu bonæ f. judicium movebatur apud Prætorem, tunc in formula, qua dabat judicem ad illam causam, hæc verba inferebat, Ex BONA FIDE; vel, *ut æquius melius*, uti testis est Cicero *d. lib. 3. off.* vel ita: *inter bonos bene agier.* Giphan. *ad d. § 28.* Pertinet huc, quod Seneca scribit, *1. de benef. c. 7. Ideo*, inquit, *melior videtur conditio causæ, si ad judicem, quam ad arbitrium mittatur, quia illum formula includit & certos quos non excedat, terminos ponit, hunc libera & nullis adstricta vinculis religio; & detrahere aliquid potest & adjicere, & sententiam suam, non prout lex & justitia suadet, sed prout humanitas & misericordia impulit, regere. & lib. 2. de Clement. Clementia*, ait, *liberum arbitrium habet, non sub formula judicat.* Ciceronis etiam verba lucem huic rei præbent, *in orat. pro Rosc. Quid est in judicio? directum, asperum, simplex; Si paret sestertium, septingenta dari oportet;* (sic erat formula Prætoris.) *hic, nisi planum facit, sestertia septingenta ad libellam sibi deberi, causam perdit. Quid est in arbitrio? mite, moderatum: quantum æquius & melius, id dari.* Ex his locis manifestum fit, verbis, *bonæ fidei*, in hac divisione inferri laxum liberumque judicis officium æstimandi, quid partes sibi invicem dare præstare oporteat, etiam ultra expressam conventionem atque formulam prætoris. Enimvero *bona fides* hic etiam significat naturali verborum sensu, talem animi virtutem, quæ dolo malo opponitur, ut ex Cicerone & Seneca, *dd. locis*, denique & ex *l. 5. de usur.* proba-

(r) *Pos. 55. & seqq.*

tur: Neque tamen inde sequitur, in actionibus stricti juris posse virtutem illam integræ fidei, ut dicitur in *l. 1. C. de suffrag.* synceræ fidei, *l. 2. C. si propt. publ. necess.* abesse; nam hoc requisitum sine dubio cunctis tribuitur contractibus, *l. 59. § 1. D. Mandati.* habetur equidem in strictis actionibus ratio justi atque honesti, *§ 23. Inst. de inutil. stipul.* at non adeo largiter ac in bonæ f. judiciis, ubi effectus ejus sunt laxiores, ac ut Dd. loquuntur, efficaciores. Joh. Faber *ad d. § 28. n. 1.* Unde liquet, nullam fuisse rationem Amesio nostro, hanc partitionem nigro calculo notandi, cujus vim nullo modo intellexit, *l. 5. de conscient. c. 42. n. 22.* Nomen bonæ fidei adscribitur alteri membro divisionis hujus ἀ μετὰ διαζολῆς, ἀλλὰ κατ' ἐξοχὴν, per excellentiam, non quod oppositæ speciei negetur. Hoc etiam facile ex superioribus intelligitur, strictum jus in alterius speciei nomenclatura non esse idem, cujus fit mentio *in l. 8. C. de judic.* vel in *l. 1. C. de LL.* juris stricti vocabulum bene cum Donello accipietur de potestate Legibus, seu Jure concessa & ab iisdem coarctata. Nam in *d. l. 8. & l. 1.* jus strictum bono & æquo ita opponitur, ut hoc de eo prædicari nequeat. Theophilus hoc nomine reprehenditur, quod usitata vocum proprietate deceptus, stricti juris actiones esse putavit, in quibus observatur τὸ ἀκριβοδίκαιον, quod est secundum Philosophum *5. ad Nicomach. c. 10.* jus exactius duriusque, τὸ ἰσχατον τῆς δίκης, summum jus, quod est summa sæpe injuria. Ego in Theophilo id ita non reperio; Ait quidem, ἐν οἷς τῆς ἀκριβείας γίνεται λόγος, & deinde in bonæ fidei judiciis, inquit, ἐξουσία δόοτω τῷ δικάζοντι ἐν τῷ καλλίστῳ καὶ δικαιοτάτῳ κρίνειν. sed hæc verba sic commodissime excipiuntur, ut judex in his actionibus judicet ex *optimo justo*, ex bono & æquo per excellentiam; in illis ex præscripto, nec ultra quam expressum, nihilo secus ac modo explicatum est.

26. Jam porro, scire Prætorem oportuit, quibus actionibus illa verba ex *bona fide* vel similia, essent addenda; proinde notam oportet eum habuisse aliquam, ex qua, cujus naturæ quælibet actio foret, admoneretur: vel si dicas, formularum eo tempore libros fuisse de singulis actionibus, manet eadem quæstio; unde cuique actioni modo bonæ fidei clausula sit adjecta, modo secus. Cicero causam, cur bonæ fidei quædam sint actiones, hanc reddit, quod iis vitæ societas contineatur, *d. l. 3. off.* cum qua fere coincidit ea, quam alii, ut Joh. Fab. *ad d. § 28. in fin.* tradunt; eorum contractuum, qui b. f. dicuntur; usum magis esse necessarium, atque propterea actiones eorum esse debere pleniores: at hoc improbat Jason ad *d. § 28. n. 17.* per instantiam a stipulatione & a mutuo in contrarium desumptam. Fabri tamen recte se habet ratio; nec ea per duplicem illam instantiam destruitur, ob peculiarem stipulationis & mutui naturam. Stipulatio est verborum obligatio ad hoc introducta, ut e verbis solummodo, non aliunde, mens partium constet, quare stricti juris conditio ejus æstimatur. Mutuum vero est contractus beneficiis & liberalitati exercendæ inventus; quæ nullam admittit extensionem, nec ad augendam nec ad minuendam liberalitatem, excluso fructuum & usurarum augmento. His rebus factum est, ut frequentia horum contractuum non admiserit extensionem e præsumpta partium voluntate. Cæterum, ex sententia Jasonis, *d. l.* τοῦτο μὲν κεῖται ἐν ἀποκρύφοις, est confugiendum ad *L. non omnium ff. de LL.* quo etiam propendet Wesenbec. ad *d. § 28.* nec alienus est inde A. Matth. *Coll. 2. Inst. disp. XI. th. 14.* Ego malim prori de frequentia jungere aliam rationem; ut Bonæ f. actiones inde noscantur, quod oriuntur e contractibus reciprocas præstationes habentibus.

SCHOLIUM.

Adde hanc: quæ vel præsupponunt præstationes mutuas proportione ad se invicem gaudentes, vel oriuntur ex præcito aliquo beneficio, non tendente tamen ad translationem dominii.

RESPONSIO.

Non videtur hæc additio admodum esse necessaria, ut infra videbimus.

N. ADDIT.

Sit ita, & per me adeo expungatur jam & scholium præsens, & scholium sequens, quod Autor apposuit hic ad n. 28.

Ita primus docuit Hotomannus ad *d. § ult.* quo nomine laudatur a Donello, *ibid. n. 43.* Neque fallit hæc ratio, præterquam in hereditatis petitione; quæ olim inter bonæ fidei judicia non fuit habita, nec aliter inter ea relata est, quam ratione præstationum personalium, quæ judicio illi accidere solent. Supereſt, ut numerum b. f. actionum, quibus nota jam est impressa, ineamus. Editus est earum catalogus ab Justiniano

in *d.* §28. qui cum singularis sit, nec alibi reperiatur, consentaneum est, hunc numerum pro decisorio haberi, censente ita Cujacio, *l. 11. observ. c. 39.* Donell. *ad d.* § *28.* Mynsingero *ibid. n. 7.* Vultejo *ibid. n. 12.* aliisque.

27. Quæ heic extant actiones, ab Interpretibus varie dividuntur. Nos ita simpliciter; I. Bonæ fidei sunt omnes e contractibus consensualibus actiones, ut est empti venditi, locati conducti, pro Socio, Mandati. II. Omnes e contractibus, qui Re perficiuntur, excepto mutuo; Nam Commodati, depositi, pignoratitia, hic habentur. III. Actiones e quasi-contractibus, ut est negotiorum gestorum, tutelæ, communi dividundo, familiæ erciscundæ. Sed condictio indebiti hic non reperitur, & est stricti juris, *arg.* § *1. I. de obligat. quæ ex contrah.* actio ex testamento mixti generis esse videtur; Strictæ naturæ est in *l. 5. de eo, quod cert. loc.* juncta *l. 7. eod.* Ratione fructuum & usurarum est bonæ fidei, *l. 87.* § *1. de Legat. 2.* vid. Bachov. *disput. 6. de Action. th. 5.* in numero tamen strictarum collacanda videtur, quatenus hic non memoratur *in* § *28.* Sunt etiam, qui de actione finium regundorum dubitant, Bachov. *d. disp. 6. th. 4.* pæne a se ipso dissentiens *th. 12.* Moventur & plures, de quibus vid. A. Matth. *colleg. Inst. 3. disp. VI. th. 28.* Sed rationes, quæ proferuntur, evertere non possunt axioma, quod hic supponitur; Præter enumeratas *d.* § *28.* non dari alias b. f. actiones. Quæ tamen Regula non ita mordicus accipienda, ut etiam utiles excludantur, quoniam hæ sub nomine directarum continentur, ut sunt actio protutelæ, utilis curationis causa actio; nec non possessoria & fideicommissaria hereditatis petitio, quoniam in illis omnibus eædem præstationes versantur, quæ in actionibus directis & principalibus, ad quas referuntur; etiam per *l. 14.* § *11. 13. & 16. de Religios.* A. Matth. *d. disp. th. 17.* et ibi diss. Joh. Fab. ad *d.* § *28. num. 5. lit. g.* Quin & contrarias actiones sub nomine directarum hic contineri, ratio atque analogia juris dictant, licet invita ratione dissentiat Hotomannus *ad hunc* § *28.* Ratio tamen ejus prima facie non videtur absurda; quippe sic in jure nostro proditum est, in actionibus contrariis non agi de fide rupta, *l. 5. depositi. l. 6.* § *ult. de his, quæ infam. not.* Nam sine dubio in cunctis b. f. judiciis agitur de præstationibus, quæ ἐκ τῆς καλλίστης δικαίας, ex optima fide servata vel rupta, oriuntur. Ita quidem de toto judicio, cujus pars est actio contraria, se res habet; atque inde fit, ut laxitas officii judicis in iis obtineat; e qua laxitate differentia judiciorum b. f. & str. juris pendet; atqui officium judicis non potest aliud esse in actione contraria quam fuit in directa, siquidem contraria nihil est aliud, quam reciprocatio ejusdem judicii, quod sine injuria partis alterius, diversas præstationes recipere non posset. Nihil etiam dubitandum, quin actiones, quæ adjectitiis tantum qualitatibus ab aliis distinguuntur, ut exercitoria, institoria, quod jussu, de peculio, de in rem verso, tributoria, & si quæ sunt similes actionum earum, quas χαρακτηρίζεσι, naturam imitentur; proinde exercitoria empti, locati, erit bonæ fidei; exercitoria de mutuo stricti juris erit, ac ita in aliis. De emphyteuseos actione magis dubitatur; Etenim bonæ fidei videtur, quoniam ex proprietatibus emptionis venditionis atque locationis conductionis composita est, § *2. Instit. locat.* ac adeo heic loci non tam omissa quam sub illis, & maxime sub locatione comprehensa videtur. Ita Connanus *7. comment. c. 21.* Communiter tamen Dd. faciunt eam stricti juris, quia propriam per constitutiones principum naturam accepit, *d.* § *3. l. 1. & 2. C. de jur. emphyt.* Ita Wissenb. *par. Si ager vectig. pet.* Vultej. *ad d.* § *28. n. 44.* Priori tamen sententiæ magis adstipulantur cum D. Wissenbachio *parte 1. ad Pand. disp. 13. th. 32.*

28. Supersunt actiones e contractibus innominatis oriundæ, præscriptis verbis quæ dicuntur. Ex harum numero duæ commemorantur in hoc § *28.* de permutatione, & æstimatoria; quarum hæc datur e contractu æstimatorio, qui initur, quando quis rem alicui certo pretio æstimatam hac lege tradit, ut aut rem ipsam, aut illud pretium reddat, *l. 1. de æstimat. act.* altera de permutatione, satis nota est *ex tit. de contrab. empt. vend.* Præter hasce duas non dari alias bonæ fidei, tenet communis Dd. sententia, teste Schneidewino ad *d.* § *28. n. 13.* Ne Precarii quidem condemnatio, quæ ex bona fide nascitur, summamque habet affinitatem cum commodato, *l. 1.* § *3. & l. 2.* § *2. de Precar.* ejusdem naturæ esse videtur, *arg. d.* § *28. &* per *l. 8.* § *2. d. t. de Precar.* ubi argumentum ab effectu *d. l. 2. in pr. de precar.* Et reliquæ præscriptis verbis actiones, quæ sunt actiones civiles ab aliis distinctæ, speciali commemoratione duarum istarum, excludi videntur, ut prolixe disputat Bachov. *disp. 6. ac*

6. de Action. th. 8. Non movet, quod illa de precario aliæque, ex bono & æquo esse dicuntur; nam hoc etiam de condictione indebiti, & de condictione sine causa affirmatur, in *l. pen. de condict. indeb.* in quibus tamen usuræ ex mora nec quidem lite contestata debentur, ut in b. f. judiciis fieri solet, *l. 1. C. de condict. indeb.* Quin & injuriarum actio ex bono & æquo esse dicitur, in *l. 11. § 1. de injur.* idemque de actione sepulchri violati, *l. 3. in pr. & l. pen. de Sepulchr. viol.* & de actione in factum adversus judicem, qui male judicavit, affirmatur in *l. ult. de extraord. cognit.* quas tamen omnes nemo bonæ fidei esse contendit. Donell. *ad d. § 28. n. 39. & 40.* Diversæ tamen sententiæ, quod ad reliquas præscriptis verbis actiones attinet, non desunt auctores, neque rationes. Inter auctores sunt Hotom. ad *d. § 28. & disp. 5. de Præscr. verb. n. 34.* Major. *colleg. Argent. de præscr. verb. th. 14. n. 6.* A. Matth. *Coll. Inst. 3. th. 346.* D. Wissenbach. *Disp. ad Inst. th. 55.* aliique putantes, eas præscriptis verbis actiones, quæ dentur e negotiis, bonæ fidei contractibus vicinis, etiam fidei bonæ esse habendas.

SCHOLIUM.

Autor non respondet ad dubium, quod ipsi moveri poterat, propter notatam actionum b. f. supra positam. Si enim actiones reciprocæ sunt bonæ fidei, sane nec actio æstimatoria, nec ex permutatione, ad eas referri debebant; nisi dicere velis, actiones præscriptis verbis omnes ad stricti juris referri debuisse, istas duas autem propter analogiam, quam permutatio & contractus æstimatorius habent cum emptione & locatione, sustulisse exceptas. Deinde, si, quod ibidem dicitur; contractus, qui mutuas habent præstationes, *parium actiones b. f. etiam reliqui contractus innominati producere deberent b. f. actiones. Hinc addidi supernus, quod illæ præstationes mutuæ proportionem ad se habere debeant, ut emptio, locatio &c. vel debeant oriri ex beneficio præstito, ut fit in commodato, mandato, deposito &c. De permutatione & contractu æstimatorio idem dicendum est. At, facio ut des, do ut facias, facio ut facias, nullam proportionem requirunt, nec etiam ad beneficium, quod non nisi gratuitum est, referri poterunt.*

RESPONSIO.

Nota actionum bonæ fidei inprimis est, quod sint e contractibus mutuas præstationes habentibus, quales utique sint etiam permutatio & æstimatorius contractus, cui accedit adfinitas cum venditione & locatione, de qua Scholiastes; nec deest omnis agendi reciproca facultas in casu evictionis aut malæ fidei. Sed instat Thomasius; Reliquæ præscriptis verbis actiones sunt etiam o contractibus mutuas habentibus præstationes, ut, facio ut des; facio ut faciet, do ut facias: ergo & istæ erunt bonæ fidei: Respondetur, hanc rationem non esse solam; sed addidimus hanc, quod actiones bonæ fidei sunt usus necessarii, & quotidiani: quæ ratio non habet locum in contractibus innominatis. Sic additione D. Thomasii carere licet: qua tamen si quis uti velit, non intercedo.

Postremo loco in nostro § 28. commemoratur hereditatis petitio, quæ ex omnibus in rem actionibus, sola est bonæ fidei, cum reliquæ sint arbitrariæ, ut deinde videbimus. Ratio, quæ hanc unam reliquis exemit, a præstationibus, quibus abundat, *l. 25. § antepen. de hered. petit.* arcessenda est; si quidem harum varietas necessitatem relaxandi judicis officii imponebat. Hæc sola ratio impulit Justinianum, ut cum hactenus dubitaretur, essetne connumeranda hereditatis petitio inter judicia bonæ fidei, in eam sententiam constitueret, per *l. ult. C. de hered. pet.* qua de re dix. *supra.* Donellus addit *ad d. § 28. n. fin.* possessorem hereditatis quasi negotiorum gestorem esse, ratione præstationum illarum, quod tamen paulo est obscurius. De finium regundorum actione dicemus ad § 31.

29. Olim quoque bonæ fidei fuit actio Rei uxoriæ, qua uxor soluto matrimonio dotem repetebat, *l. 24. in fin. Solut. matrim.* cujus etiam formulæ Cicero *3. offic.* diserte refert hæc verba fuisse inserta; *Quod æquius melius, judicato.* Sed actio Rei uxoriæ, a Justiniano transfusa est in actionem ex stipulatu de dote, *§ 29. h. t.* quoniam hæc jam olim competens, ubi mulier dotem sibi reddi stipulata erat, commoda quædam tribuebat mulieribus, quæ non inerant Rei uxoriæ actioni, ut Imperator ipse narrat *in l. un. C. de rei ux. act. statim a princ.* sic tamen, ut eas qualitates, quibus olim fiebat, ut bonæ fidei haberetur, cum hac nova actione communicatas vellet: unde factum, ut hoc eveniret παραδοξον, actio ex stipulatu, quæ est alias exemplum stricti juris actionum, ut fieret bonæ fidei; sed plura sunt in hac actione παράδοξα, quæ Justinianus breviter in *d. § 29. h.* commemorat, præter unum, quod ex *d. l. un. § 1.* supplendum; dari scilicet

hanc e ſtipulatu actionem mulieri, etſi nulla ſtipulatio intervenerit, ut mulieri quamlibet minus acriter ſuis commodis intentæ, pleniſſime conſuleretur. Tertium ſingulare, quod *in d. l. un.* & hoc §29. refertur, eſt hypotheca tacita, quam mulier habet in bonis mariti ad dotem conſervandam; Nec tantum hypotheca, ſed & privilegio inter hypothecarios inſigni, gaudet mulier, quod præferatur omnibus, etiam antiquioribus & aliis privilegiatis creditoribus, *d. §29. in fin. l. un. §1. & ult. C. Qui potior. in pig.* Rationem reddit Juſtinianus lepidam hujus privilegii, in *N. 97. c. 3.* quoniam, inquit, fornicantibus obvenit quæſtus & vivunt exinde, abſurdum erat, caſte viventibus e matrimonio detrimentum inferri. Solius autem mulieris providentia hoc introductum eſſe, teſtatur Juſtinianus in *d. §29.* quæ tamen verba ſolos heredes extraneos excludunt, ut ex *d. l. un. §6.* intelligitur, & *d. l. ult. verſ. exceptis. l. un. C. de privil. dot.* Verba Juſtiniani in *d. l. 12. & in N. 87. c. 3. & 4.* ſunt efficaciſſima, ut neminem mulieri, præter eum, qui credidit in militiam emendam, ut præferat; adeoque non modo ſimplices hypothecarios, ſed etiam contra privilegiatos id valet, diſſentiente licet Bachovio *lib. 4. de pignor. c. 14.* neque tantum adverſus eos, qui tacitas, ſed etiam qui expreſſas per conventionem habent hypothecas, * a qua parte diſſentit egregius Donellus *ad hunc § 29. n. 3.*

In § 30. tranſit Imperator ad differentiam bonæ fidei & ſtricti juris actionum ex effectibus, in queis tota partitionis hujus utilitas conſiſtit, explicandam. Ideo deſcriptionem bonæ fidei actionum, quæ modo a nobis occupata eſt, præmittit, eamque compenſationis exemplo illuſtrat, quo aliud ſane commodius eligere non potuiſſet. Etenim haud facile dixerim, an iſta nobilis actionum diviſio luculentius exhiberi potuerit, quam in effectu compenſationis: quam hac occaſione Juſtinianus breviter exponit. Eſt compenſatio nihil aliud, quam debiti & crediti inter ſe contributio, *l. 1. de Compenſat.* veluti, cum *primus* ſecundo centum debet, atque brevi poſtea *ſecundo* primo tantundem aut aliquanto minus incipit debere; tum poſterius debitum cum priore contribuitur, aut in totum, aut juxta concurrentem quantitatem. Sed id quidem in bonæ fidei judiciis ſine difficultate poterat admitti; nam etſi poſterius debitum ex alia plane cauſa deſcenderet, neque vel in conventione vel in formula Prætoris ulla ejus mentio facta eſſet, amplitudo tamen poteſtatis, quam Judex per formulam ex bono & æquo conſequebatur, facile permittebat, ut judex diverſi plane debiti rationem haberet actionemque propter eam

* Jure Saxonico Electorali, privilegium hoc prælationis tantum ad hypothecas tacitas anteriores, non ad expreſſas pertinet, *P. 1. C. El. 28. pr. verb.* allen andern Gläubigern, ſo nicht ältere ausdrückliche Verpfändung haben. *O. P. S. T. 43.* § Die Ehewerber. verb. aber gleichwohl nicht denenjenigen, ſo zuvor ausdrückliche Hypothecas haben. § Welch der Weiber Recht. verb. alleine die ausdrückliche Verpfändung, welche vor ſolcher Zeit hergegangen, für älter geachtet werden. Carpzov. *ad d. C. 28. def. 64. 65.* Mollerus *ad eund. n. 37.* Ziegler *ad d. T. Ord. Proc. Sax. verb.* aber gleichwohl nicht. Interim ſicuti ipſi hypothecarii taciti tempore priores, potiores ſunt hypothecariis expreſſis poſterioribus; ita etiam omnibus hypothecis expreſſis, quibus alia tacita præfertur, etiam dotis privilegium potius eſt, vi regulæ, ſi vinco vincentem te, multo magis vinco te, *l. 14 §3. ff. de diverſ. temp. præſcr. 7 d. præb. ita.* ſecundum receptam in Saxonia *d. O. P. S.* interpretationem. Carpzov. *P. 1. C. 28 D. 175* Martin. *ad § 1. O. P. S. tit. 43. n. 63.* Berlich. *P. 1. concl. 72. n. 2.* Sic, quando Titius extutela a communi debitore a. 721. ſuſcepta, petit 1000; Philippus ex credito ſub hypotheca expreſſa ann. 722. dato, poſtulat 1000; Cæcilia uxor debitoris, ex dote an. 723 illata 1000: Hæc quia vi privilegii prælationis Titium vincit, ſuperat etiam a Titio victum Philippum. confer. Menck. *ad Ord. Proc. Sax tit. 43. § 6.* jung. tamen *Ordin. Recognita.* § Wobey aber. apud Berger. *Elect. Diſcept. For. ſecund. Ordin. Proc. Jud. d. Tit. p. 1442 & Monitum Ordinum Inclyt. Provincial. ap. eund. p. 1448.* Cæterum fruitur eodem privilegio prælationis uxor ratione donorum nuptialium in dotem datorum. *Dec. El. 51 verb.* Wenn ein Schweiger-Vater ſeinem Eydam zur Mitgifft ein gewiſſes, und zwar mit eingeſchloſſen des Hochzeit-Geſchenks, mitzugeben verſprechen, in ſolchem Fall iſt es billig *pro Dote* zu halten. Carpz. *P. 1 C. 28. D. 38.* item ratione doralitii, quatenus duplicatas dotis uſuras non excedit. *arg. Ord. Proceſſ Sax. Tit. 45.* § So wollen. Carpz. *d. C. def. 95.* conf. Berger. *l. c. Obſ. 3. p. 1453. ſeqq. &* Menck. *Diſput. de quantitate dotalitii in Saxonia, th. 22. ſeqq.* nec indigna hoc privilegio cenſetur uxor, quæ ſciens obærato nupſit. *Deciſ. El. 6.* ibique Philipp. *Obſ. 3.* niſi luxuria ejus maritum ad inopiam redactum eſſe, conſtet. *d. Dec.* ibique Philipp. *Obſ. 4.* quod tamen creditoribus liquido demonſtrandum eſt. conf. Heig. *P. 2. q. 7. n. 57.* Caſp. Henr. Horn. *Reſp. Claſſ. 13. ſent. 2.*

cauſam

causam vel negaret, vel imminueret. Alia longe erat ratio in actionibus stricti juris: etenim, quia non poterat in illis Judex egredi terminos conventionis, neque formulam a Prætore præscriptam, manifestum erat, debitum plane diversum ejusque disceptationem, officio Judicis ad certam causam dati minime comprehendi; sed Marcus Cæsar, philosophiæ civilis gravissimus auctor, cum videret, in judiciis strictis, mutui, stipulationis, & condictionum, quæ sunt frequentissimæ, maximo partium incommodo excludi compensationes; ne superstitione præceptorum juris, contra naturam causæ & contra æquitatem cives laborarent, ita consuluit, ut & malo illi mederetur, neque tamen vim faceret ullam ordini judiciorum: Admitti voluit compensationes, mediante exceptione doli mali; Ipso jure non poterat hoc fieri, quamdiu institutum vetus dandi judices formulasque præscribendi durabat. Sed ita res erat; Qui in stricto judicio compensationem movebat, is actori solidum petenti respondebat; Tu facis dolo malo contraque officium boni Viri, quod solidum petas, cum non ignores, quid mihi vicissim debeas. Tum judex actionem quidem in solidum admittebat; sed exceptionis æquitate motus reum non condemnabat, nisi in id, quod deductis deducendis, actori competere appareret; ex quo tamen non sequitur, quod velle videtur Cujac. *lib. 3. obs. 17. & lib. 22. obs. 1.* omnes stricti juris actiones, opposita doli mali exceptione, fieri bonæ fidei; quod extra caput hoc, in jure diserte proditum, non licet assumare; uti pluribus probat Bachov. *d. disp. 6. de Action. th. 29.* quanquam Cujacio adsentiri videtur Vultejus *ad d. § 28. n. 14.* Cæterum, non longo post Marcum tempore in usum fori receptum est, ut compensationes in omnibus judiciis ipso jure operentur, quod non modo Imperator Alexander rescribit in *l. 4. C. de Compens.* sed & Paulus JCtus in *l. 4 & l. 21. de Compens.* idque se quoque sancire narrat Justinianus, in *l. ult. pr. C. eod. tit.* videtur hoc autem novi ipsemet addidisse, quod antea compensatio non nisi in quantitatibus ipso jure fiebat; ipse vero in actionibus in rem, idem illud constituit; eo sensu, quo statim videbimus.

30. Prius intelligendum, quid sibi velit, quod ipso jure fieri dicitur compensatio; Enimvero Judex divinare non potest, quod invicem debeatur: ideoque nihil ambigendum, quin objicienda sit compensatio: sed duplex intellectus superest, primo, Contributio utriusque debiti, & extinctio vel diminutio ejus, quod vice mutua debetur, non habet effectum ab eo demum tempore, quo actur in judicio movetur, sed exinde, quo vicissim deberi cœpit, ita ut usuræ debiti reciproci confestim cessaverint, etsi novum illud debitum, quo vetus sublatum aut minutum est, non fuerit usurarium, *d. l. 21. & d. l. 4. C. eod.* Alter sensus est, quod judex compensationem admittere ejusque rationem habere possit, etsi in formula Prætoris ejus nulla mentio habita fuerit, perinde ut olim in solis bonæ fidei judiciis fieri potuisse prædiximus. Eodem modo accipiendum, quod exceptiones in bonæ f. judiciis ipso jure inesse, legimus in *l. 3. de Rescind. vend. l. 84. § 5. de Legat. 1. l. 31. & ult. de hered. petit.* Superest tamen hodieque discrimen, ut videtur, quod in strictis judiciis exceptiones initio litis contestari oportet, in bonæ fidei, contestatio non est necessaria, *l. 9. C. de præscript. longi temp. l. 8. & 9. C. de except.* sed hac de re plenius agendum, *ad tit. de Exception.* Ad compensationem redeundum. Manifestum est, eam ipso jure non posse aliter institui, quam si res sint ejusmodi, in quibus nulla facti incertitudo versetur. Proinde necessum est, uti liquida sint debita, non controversa; uti quantitates sint ejusdem generis & bonitatis, in quibus nulla sit varietas aut inæqualitas æstimationis, quod res loquitur in pecunia maxime habere locum. Nam in corporibus, aliisque etiam quantitatibus, ut oleo, vino, frumento, semper aliqua inæqualitas reperitur, nisi corpus vel quantitas eadem in genere debeatur, in quod nulla cadere potest aflectio. Denique Justinianus in hoc *§ 31.* & *in d. l. ult. C. de Compens.* facit etiam locum compensationi in actionibus in Rem, commodati, aliisque, ubi agitur de restitutione specierum, id est rerum corporalium: sed hoc ut intelligatur, facile explicatu est; quatenus in illis actionibus quæritur de pretio rerum deperditarum vel corruptarum, adeoque de pecunia, sic ibi compensatio exercetur, nec dubium, quin eo sensu in ipsa quoque depositi actione obtineat, tametsi Justinianus depositum a compensatione excipiat. Nimirum quatenus hoc prætextu dominus rerum depositarum exactione defraudaretur: Non vult Cæsar restitutionem depositi ullam moram accipere obtentu compensationis; sed ubi tantum de præstatione pecuniariæ

ex

ex causa depositi agitur, ibi nulla ratio dubitandi reddi potest, quare compensatio esset neganda. Bachov. *disp. 6. de Action. th. 23.* Eodem modo explicandum, quod de invasione rei immobilis admonetur in *d. l. ult. C. de Compensat.* cessare quoque in illa compensationem, uti ne invasor ullo prætextu restitutionem ejus quod occupavit, recuset.

31. Præter hosce duos effectus, qui a differentia bonæ fidei & stricti juris actionum proficiscuntur, videlicet compensationis & exceptionum; notandi sunt breviter alii tres vel quatuor. Primo, dolus dans causam contractui b. fidei, reddit eum ipso jure nullum; in contractu stricti juris exceptio inde nascitur, *l. 7. pr. & § dol. mal. l. 3. § ult. ff. pro soc. l. 16. § 1. de minor. l. 13. § 14. de Action. empt. l. 22. & l. 36. de V. O.* Secundo, cum res deperdita vel deterior facta venit æstimanda, in contractibus b. f. spectatur tempus, quanti res plurimi fuit usque ad sententiam; in strictis, usque ad litem contestatam, *l. 3. § 2. Commod.* Tertio, in judiciis bonæ fidei usuræ debentur, etiam ex pacto nudo, & ex mora, *l. 32. § 2. de usur. l. 17. § 4. eod. l. 22. pr. de donat.* in strictis, non nisi ex stipulatione expressa, *l. 1. & l. 3. C. de usur.* Similiter fructus & reliquæ accessiones, in b. f. actionibus a tempore moræ debentur, *tit. C. de usur. & fruct. leg. l. 3. de usur.* at in strictis duntaxat a lite contestata, *l. 38. § 7. de usur. l. 78. § ult. de R. V.* Quarto, pacta in continenti adjecta bonæ fidei contractibus, actionem inde producunt, secus ac in iis, quæ sunt stricti juris, *l. 7. § 5. de pact.* Cujac. *10. obs. 24.* Hæc omnia ab eo, quod initio diximus, a laxa videlicet aut angusta judicis potestate pendent; quæ licet singula majoris sint controversiæ, quam ut tribus verbis in tuto collocari possint, heic tamen brevi auditu transmittuntur, quia suis locis ex professo de illis agendum erit. Moribus hodiernis sunt, qui volunt hoc discrimen actionum esse obsoletum *. *Quascunque evolveris leges municipales, nusquam reperies ullam talem fieri actionum divisionem,* verba sunt Gudelini *de jur. noviss. cap. 14. vers. sed quid.* Itaque ex ejus sententia omnes hodie sunt bonæ fidei. At si quicquid in legibus municipiorum non inveniatur, pro abrogato esset habendum, Jurisprudentia equidem Romana valde in arctum redigeretur; adsentior potius Bachovio *d. disp. 6. th. 12.* cum effectus divisionis illius a natura contractuum, quæ non est mutata, pendeant, nec ipsos ita videri sublatos. Apud nos hanc divisionem plenum habere vigorem, exceptis iis, quæ a veteribus formulis pendebant, locuples auctor est Sandius *lib. 3. decis. tit. 14. defin. 1.*

32. Sequuntur actiones ARBITRARIÆ, quas Dd. nonnulli pro tertia specie non agnoscunt; etenim cum bimembrem, quæ est in *d. § 28.* divisionem pro completa agnoscant, omnesque ibi non memoratas judicent esse strictas, nihil superarat, quam ut arbitrarias in numero strictarum haberent, & arbitrium pro qualitate accidentali, per quam natura actionum in se non mutetur; pro qua sententia disserit Joh. Faber *ad § 31. h. t.* Non est quidem adeo hæc opinio absurda, quam videtur Bachovio *diss. 7. de action. th. 1.* potius tamen ut species tertia considereretur: quoniam id, quod has actiones facit arbitrarias, in ipsa formula Prætoris habebat fundamentum. Nam in actionibus in Rem, quæ proprie hanc speciem arbitrariam constituunt, hujusmodi formula erat usitata; *Si paret, fundum Q. D. AP. Titii ex jure Quiritium esse, neque is fundus ei a Mævio restituatur, Judex condemna*, Cicero *Verr. 3.* Brisson. *libr. 5. formular.* Cum qua consentit Justinianus in *hoc § 31.* ubi, arbitrarias actiones ex arbitrio Judicis pendere scribit, hoc sensu, *ut in iis, nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat.* Secundum hæc Justiniani dicta, sic finire licet; Actiones arbitrariæ sunt, in quibus si judicis arbitrio, jubentis rem petitori restitui, non pareat Reus, condemnatio in aliquid majus

* Sunt etiam, qui in Saxonia discrimen, quod inter actiones bonæ fidei & stricti juris intercedit, sublatum esse contendunt. Ac ipse Carpz. *Part. 3. Dec. 205. num. 10. 11.* Schilter. *ad ff. Ex. 23. § 55.* circa juramentum litis, nullam agnoscunt inter bonæ fidei & stricti juris actiones differentiam, sed cum Jure Saxonico aliud nunquam constitutum sit, discrimen potius illud adhuc hodie faciat, quod in b. f. actionibus post moram adjudicentur usuræ *l. 32 § 2 ff. de usur.* in stricti juris demum, cum promissæ fuerint, *l. 3 C. eod.* divisionem hanc actionum etiam apud nos usu haud destitui existimo. vid. Brunnem. *ad l. 5 ff. de in lit. jur. n. 9.* Bart. Leonh. Svendendorfer. *d. actionib. c. 2. § 93.* add. Menck. *Controvers. Jur. Civil. Disp. V. th. 2.*

sequi-

sequitur. Hæc definitio ex verbis Justiniani clarispetita, satis demonstrat, esse arbitrarias ejusmodi actiones, quæ nec sub bonæ fidei neque sub strictis comprehendi queant, quemadmodum & ex methodo Cæsaris in hisce *tribus §§ & l. 3. § 1. de usur.* abunde liquet. Alii definitionem petunt ex ultimis Justiniani verbis in *d. § 31.* ubi sic ait: *In his enim actionibus, & cæteris similibus, permittitur judici ex bono & æquo secundum cujusque rei, de qua actum est, naturam æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.* Unde A. Matthæus *coll. Inst. 2. disp. 11. th. 21.* & Hotom. *ad h. § 31.* in hunc modum finiunt: Actiones arbitrariæ sunt, in quibus judici libera est potestas æstimandi ex bono & æquo, citra mutuam obligationem indeque natam bonam fidem, quemadmodum actori satisfieri oporteat. Verum eo modo satis obscura fuerit harum actionum ab iis, quæ bonæ fidei vocantur, differentia, ut etiam Græci Interpp. eas species confuderunt, quo nomine eos reprehendit Vultej. *ad § 28. b. t. n. 17.* quamquam Theophilus æque de iis distincte loquatur ac ipse Justinianus: quando sic infit; ἐν αἷς εἰ μὴ μεσιτεύσῃ καὶ τῇ κελεύσει τὸ δικαζὸν ὁ ἐχθὸς ἀποκαταστήσῃ, & mox: τοῦτο δὲ ποιήσας καὶ ἀποκαταστήσας διαφεύγει τὴν καταδίκην, διὰ τὸ ἰδιαιτέρως ἐγκεῖσθαι ταῦτα τοῖς ἀγωγαῖς. *Arbitrariæ sunt, in quibus, nisi arbitrio jussuque judicis Reus restituat, omnino condemnatur. Ubi autem hoc fecerit atque restituerit rem, evitat condemnationem; quoniam ea est harum actionum propria natura.* Non poterat melius ad formam nostræ definitionis. Igitur harum actionum discrimen, in conceptione formulæ antiqua maxime consistit; secundum quam ita fuit procedendum, ut primo judex agnosceret, esse ne res petitoris, nec ne; dein, hoc comperto, arbitrium, hoc est jussum, interponeret de restituendo; cui si Reus pareret, absolutum erat judicium; si non pareret ille jussus, tantum erat interlocutio, quam mox sententia sequebatur peremptoria, quæ Reum condemnabat aut in certam & Lege præscriptam pecuniæ summam, aut in id quod æquum & bonum ei videbatur, quemadmodum ex inductione singularum specierum inferius patebit, & latius probatur a Bachovio, *d. disp. 7. de Action. th. 7. 8. & 9.* Tu dices, si nulla est quam ex formulis differentia, nullam oportet esse jure novo, postquam formulæ & impetrationes solennes sunt abolitæ, in *tit. C. de formul. & impetr. subl.* Responsio est, hanc nihilominus esse naturam harum actionum, τὸ τοῖς ἀγωγαῖς ἐγκεῖσθαι, ut ait Theophilus; quod si reus arbitrio judicis rem sine mora restituat, evitat condemnationem. At rursus quærere licet; cujus igitur naturæ tum sit actio, quando reus primo judicis arbitrio rem restituit, quia tum gravior condemnatio, quæ differentiam huic generi actionum infert, non instituitur; Respondendum videtur, eas actiones tum magis stricti juris videri; utique singulas in eo statu consideratas, quia effectus b. f. in illis non possunt habere locum, lege tacente: Rursus instabis; Ergo arbitraria qualitas tantum est adjectitia, quæ non habeat usum, nisi ob superveniens fortuitamque rei contumaciam. Respondetur, naturam harum actionum in genere esse spectandam & ex formula, quam Prætor eis ab initio dabat, cui & arbitrium & gravius condemnandi facultas inserebatur: Sufficit, ita has actiones esse comparatas, ut esse queant ejusmodi, quales sunt descriptæ, licet in eventu tales non semper existant, sicut actio Legis Aquiliæ pœnalium numero habetur, quia potest esse pœnalis condemnatio, licet in hypothesi atque in eventu sæpe fiat, ut sententia non egrediatur simplicem rei persecutionem, ut diximus ad § 9. *supra de L. Aquil.* Postremo, si ita quæratur, an post contumaciam, actiones hæ non fiant bonæ fidei, quia tum judex æstimare debet ex æquo & bono, quantum & quomodo actori sit satisfaciendum; respondebimus, non esse tunc eas bonæ fidei; primo, quia potestas illa æstimationis non venit ex mutua obligatione: & dein, quia laxitas æstimationis libertasque, minor est in arbitrariis, quam in bonæ fidei judiciis; Nam in quibusdam ex illis certa condemnatio judici præscripta est, veluti in actione quod metus causa, ubi quadruplum a contumacibus exigitur, *l. 14. § 1. ff. Quod met. c.* in cæteris etsi nulla quantitas definita est, nihil tamen quam contumaciæ satisfactionem judex habet æstimandam, reliqui bonæ fidei effectus, quos supra commemoravimus, in iis non perinde exercentur.

33. Fuit descriptio actionum arbitrariarum; Sequuntur species, quæ *in d. § 31.* enumerantur, & sunt primo omnes in Rem actiones, tam civiles quam Prætoriæ: harum aliquas nominatim recenset Imperator; at civilem Rei vindicationem ejusdem esse naturæ, liquet ex *l. 68. de R. V.* ubi primo jussus judicis ad restituendam rem petitam

titam, simpliciter collocatur; dein, si non pareat reus, sequitur condemnatio *duntaxat*, hoc est, ad minimum in fructus & in omnem causam; si vero dolus subsit, in tantum condemnatur, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit, *d. l. 68.* ubi in fine JCtus hanc sententiam dicit esse generalem, & ad omnia, ex quibus arbitratu judicis quid restituitur; pertinere; quemadmodum sane actio confessoria hanc ipsam habet arbitrariam condemnationem, *l. 7. Si servit. vindic.* Solam hereditatis petitionem e numero actionum bonæ fidei exemptam esse, diximus *ad § 28.* Porro in personam Actiones arbitrariæ sunt, Actio quod metus causa, actio de dolo, & ad Exhibendum. *d. § 31.* De prima est textus *in d. l. 14. § 1. & 3. Quod met. c.* ubi diserte traditur, reum habere facultatem restituendi, si vult pœnam evitare, & non esse hanc actionem statim in quadruplum, sed ita demum, si res non restituatur. De actione de dolo, sic Paulus ait in *l. 18. pr. D. dol. mal.* arbitrio judicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur, & nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio, quanti ea res est, vel quanti actor in litem juraverit. De actione ad exhibendum, textus proprii sunt in *§ 3. infra de offic. jud. in l. 3. § 2. & l. 9. §5. ad Exhib.* Actio quoque Redhibitoria, quæ est ex Ædilitio Edicto, satis perspicue hujus naturæ esse, noscitur ex *l. 45. de Ædil. Edict.* ubi duplicem habere dicitur condemnationem; primo enim simplo defungi potest; si non reddat quod debet, in duplum condemnatur. Actionem finium regundorum esse arbitrariam, probat Pacius *Isag. ad tit. de Fin. regund. ex l. 7. eod.* ubi de modo agrorum arbitri dicuntur dari: sed hoc quidem minus est ἀποδεικτικὸν; siquidem & in familia erciscunda arbitri dantur, *l. ult. π. Famil. Erciscund.* Magis ad rem pertinet, quod est scriptum in *l. 4. § 3. eod.* si quis judici non pareat, cum condemnari; Nam hæc est ipsa proprietas, quæ actionem facit arbitrariam; analogia quoque hujus actionis cum actionibus in Rem, facit, ut hæc sententia facilius recipiatur; Nam est pro Rei vindicatione, *l. 1. eod.* eundemque habet effectum; Proinde, si Judex arbitratus sit, alterum ex litigantibus fines antiquos restituere debere, isque paruerit, bene est, habentque tum locum ejusmodi præstationes, quales fere in strictis contractibus obtinent, *d. l. 4. § 2.* Si vero nolit restituere fines declaratos, condemnatur in aliquid gravius, *d. § 3. l. 4.* idemque diserte probatur ex *§ 6. Inst. de off. jud. in fin.* Denique inter arbitrarias recenset Imperator actiones de eo quod certo loco atque noxalem. Verum in his non fit duplex condemnatio, nec adeo sunt eo sensu arbitrariæ, ut a strictis actionibus differant; sed arbitraria qualitas in illis adventitia & accidentalis est; Nam qui ex mutuo aut ex stipulatione debet *ex. gr.* centum aureos Ephesi solvendos, nihil est dubii, quin hæc actio sit mere stricti juris: Jam si alio loco petatur, quam Ephesi, quia summa sæpe diversitas est usurarum totiusque rei pecuniariæ in diversis locis, actor facere debet commemorationem Ephesi, atque petitionis, quæ illinc instituenda fuerat; at cum hoc non modo sit extra, sed etiam contra partium conventionem, manifestum est ex descriptione stricti juris actionum, quam supra instituimus, officium judicis in illis non pertinere, ut ejus quod interest respectu loci, ratio habeatur. Hæc ideo repertam est, ut hoc casu propter utilitatem commerciorum, actionis qualitas mutaretur, fieretque arbitraria; eam hoc effectu, ut is, per quem stat, quo minus Ephesi solvetur, alteri præstet quantum ejus interest, Ephesi non esse petitum. Et quidem apud Prætorem hæc mutatio perpetratur, eaque formulæ inseritur, alioqui actor incideret in pœnam plus petentium, sicut in § 34. exponitur, & inprimis a Theophilo declaratur. Satis ita liquet, hanc qualitatem arbitrariam esse duntaxat adjectitiam, de qua Theophilus dicere non potuit, eam ἰδιάζουσαν ἐχειν τὴν ἀγωγὴν, *eam esse propriam actionis naturam*, ut de reliquis arbitrarius dicentem intelleximus. Non enim Prætor hanc arbitrandi facultatem formulæ semper inserit; verum ita demum, si acciderit, ut alio loco fieret petitio, quam initio convenerat. De hac actione arbitraria proprius agendi locus est ad *tit. ff. de eo, quod certo loco. l. 2. & passim.* Quod ad actionem attinet noxalem, ea duplici sensu potest arbitraria dici, primo, quod ibi Judicis officium non sit, Reum simpliciter condemnare, sed arbitrium deferre, vel servum noxæ dedendi, vel damni æstimationem præstandi, ut habebimus *infra ad pr. de Noxal. action.* & sic etiam arbitraria fuerit sensu proprio; non ut primo judex de restituendo fiat & dein condemnatio, sed arbitrium in ipsa sententia committeretur. Alio sensu erit arbitraria actio per consequentiam ejus actionis, cujus hæc est accessoria. etenim

nim actio noxalis non est species actionis propria, sed tantum adjectitia qualitas aliarum actionum. Ita, si actio quod metus causa noxalis, de dolo nox. moveatur, dicendum, actionem noxalem esse arbitrariam, quia tales sunt causæ principales, quarum respectu noxæ deditio postulatur. Ita Donellus & Vinnius *ad hunc § 31.*

34. (s) Præcedens divisio actionum trimembris, in bonæ fidei, stricti juris, & arbitrarias, ad institutum præscribendi formulas, quæ a Prætoribus dabantur Judicibus pedaneis, pertinebat, eoque spectabat potissimum, ut haberet Judex, unde certam ferret sententiam, quo partes expedite dirimerentur. Hoc Imperator plenius inculcat *in § 32. & seqq.* Curare debet Judex, ut omnino, quantum possibile ei sit, certæ pecuniæ vel rei sententiam ferat, etiamsi de incerta quantitate apud eum actum fuerit. Certitudo definitivæ efficacissimis verbis commendatur, haud tamen sine limitatione, quatenus fieri possit; Nam aliquando debitum inde jam ab initio sic est contractum, ut aliquo modo incertum sit, veluti, cum res plures generaliter, aut disjunctim sunt promissæ; nec enim judici fas est, obligationis materiam formamque mutare vel invertere, nec auferre debitori electionem solvendi quod voluerit, ut ad § *sequ.* videbimus; Quare sive petitio certa fuerit, sive ita incerta, ut tamen illud ipsum sit, de quo expresse convenerat, recte videtur pronunciare judex, si dicat; solve quantum petitum est, *l. 5. § 1. & l. 52. § 1. de Re Jud.* Interea, quæ sunt incerta ac indefinita, sine dubio est id, quod interest, *l. ult. de Prætor. stipulat. l. 24. de R. J. § ult. Instit. de V. O.* Proinde cum hujus sit frequens petitio, sciendum est judici, quo pacto hujus petitionem regere oporteat; Est hac de re constitutio, cujus & alias meminimus in *l. un. C. de sentent. quæ pro eo, quod interes. profer.* in casibus certis, hoc est, in quibus certa pecunia, certa res, certumve corpus petitur, ita æstimabit Judex id quod interest, ne duplum veri pretii excedat; rursus in incertis, quibus res vel pecunia incerta petitur, æstimari oportet, quantum in rei veritate interfit, imo in dubio minoris potius, quam amplius condemnabit, *d. l. un.* ubi Perez. Cujac. *9. obs. 31. & 16. obs. 34.* Jam huic Judicis officio, certam ferendi sententiam, actor subservire debet, certam faciendo petitionem: Judex enim ejus, quod petitum est, terminos egredi non potest, *l. 18. Comm. divid.* Hinc advertere oportet actorem, ne plus quam sibi debeatur, petat; olim, si vel uno nummo plus petiisset, causa cadebat, ut non modo superfluo non potiretur, sed nec id, quod vere debebatur, nanciscereturr, *§ 33. h. t.* ibique Theophilus. Pleni sunt veterum libri, testimoniorum de his, qui formula cecidérant, apud Sueton. *in Claud. c. 14.* Senecam *epist. 48.* Ciceronem *1. de orat. pro Ros. Comœd. & alibi.* Sed usu temporum pristinis solennitatibus paulatim exolescentibus, formularumque impetrationibus sublatis, a Constantino Magno, qui juris publici formam non minus quam sedem imperii mutavit, *in l. 1. C. de formul. & imper. subl.* aliter cum his, qui plus petiissent, agi cœptum est; atque omnino in quatuor classes discreti sunt plus petentes; Sic enim proditum est, plus peti *re, tempore, loco, vel causa.* Re, veluti, si quis pro decem aureis, qui ei debebantur, viginti petierit; aut si is, cujus ex parte res est, totam, vel majorem partem suam esse contenderit. Loco, cum is, cui Romæ debetur, petit Ephesi, & quidem si alio loco petatur quam convenerat, tum actio, quæ prius erat stricti juris, fit arbitraria, & dicitur *de eo quod certo loco.* propterea quod Judex in sententia arbitretur, quatenus, & quid, ratione loci alter alteri præstare debeat, siquidem varia rerum pretia & usurarum quantitates, per varias regiones frequentantur, quemadmodum ad *fin. § præced.* pluribus dictum est. Tempore plus petitur, quando quis ante diem petit, veluti cum is, cui Kal. Maj. debetur, in Januario petit; qui vero ante conditionem existentem petit, quod sub conditione debetur, potius nihil agere, quam plus petere dicitur, *l. ult. in fin. Quando dies usufr. leg. ced.* nisi forte sit talis, quæ certo extitura sit conditio, veluti si morietur; Nam ex tali statim deberi videtur, nec tamen nisi post mortem peti potest, Vinn. *ad h. §.* Causa, cum quis ita petit, ut debitori auferat electionem, veluti, cum certa species petitur ab eo, cui res aliqua in genere, aut alternative debetur; *ex. gr.* debeo vinum Gallicum aut Rhenanum, & tu petis simpliciter Rhenanum; debitoris enim est eligere, utrum præstare velit, *l. 10. in fin. de Jur. dot.* Pœna plus re & causa petentium, est Tripli, *§ 24. supr. & § 33. in fin.* Qui tempore plus petit, ita mulctatur, ut ejus adversario tempus duplicetur, ac

(s) *Pos. 69.*

ipsemet in impensas condemnetur, § *10. infra de Except.* Quomodo autem plus loco petentes adficiantur, modo dictum est. *

35. Hæc de plus petentibus. Si quis vero minus quam sibi competit, petat, is errorem suum emendare potest, quavis parte judicii, § *34. h. t.* ** dicere autem vulgo solent, aliud esse, *emendare*, aliud *mutare* libellum, (qui hic nihil est aliud, quam scriptura continens intentionem actoris.) Emendatio dicitur, cum accidentalia libelli corriguntur: mutatio, cum ipsa libelli substantia invertitur, veluti cum aliud pro alio, vel ex diversa causa petitur. *Ex. gr.* primo equum, deinde quis petiit bovem, vel primum ex empto, deinde ex donato; Talis mutatio potest quidem fieri ante litem contestatam simpliciter; verum postea non aliter quam si novum deliberandi tempus Reo concedatur, & nova litis contestatio fiat, & adversario impensæ refundantur, *l. 3. C. de Edendo.* atque adeo novum fiat judicium. Proinde quod hic in § 32. legimus, mutationem illam fieri *in eodem Judicio*, intelligendum est *apud eundem Judicem*, in eodem auditorio; cum olim prætor de novo interpellandus novusque judex dandus esset, quod hodie non fit, postquam ipsi Prætores judicare iunt jussi, abolito more delegandi judices pedaneos, *l. 2. C. de Pedan. jud.* Atque hæc satis conveniunt cum vulgata Dd. sententia, adversus quam disputat D. Wissenbach. *disp.* 8. *part. 1. ad Pand. th. 20.* contendens, mutationem libelli absolute post litem contestatam, sine nova contestatione & deliberandi tempore fieri posse. At ex ratione juris antiqui, non video satisfactum esse huic argumento: Judex pedaneus secundum formulam a prætore sibi præscriptam judicare debet: libello autem mutato, qui judicabit secundum illam formulam priori actoris narrationi aptatam? Respondet quidem Vir summus, istius formulæ tam strictam & angustam non fuisse interpretationem. Sed videamus id quale sit. Prætor dabat judicem præscripta ei formula, pro exemplo: *Si paret, Titium ex mutuo centum Capo dedere, judex condemna.* vel, si ex venditio simulve contractu, additis verbis, *ex bona fide.* At quomodo talem formulam sequi judex potuit, si actor deinde ex stipulatu peteret, de quo nihil in formula, ex qua tamen ipse judex erat, & qua deficiente, officium ejus deficiebat? Quod si excedere eidem adeo prorsus, ut actionem nunquam edictam vel prætoriam auditam admitteret, pro ex stipulatu, actionem ex venditio, statuendum esset, cum ex formula stricta, ubi bonæ fidei nulla erat mentio, omnes præstationes actionum bonæ fidei, sententia potius completi, quod videtur minus ficam contusionem in judicis parere debuisse. Quin si exceptiones in strictis contractibus ne quidem admittere potuerit, nisi formula comprehensas, (vid. Bach. *disp. 6. de act. th. 21.*) quæ tamen eandem cautam seriebant, quid proferri poterit, cur de alia plane actione cognoscere ei licuerit? Compensatio excludebatur e strictis actionibus, § *30. Inst. de act.* Quid ita? quia ex diversa causa proficiscebatur, nec inerat formulæ, cui judex adstringebatur,

* *Hæc pœna plus petitionis, apud nos in Sax. non obtinet,* ‡ *sed sive re aut causa, sive loco aut tempore plus petitum fuerit, reus ab instantia solet absolvi, actorque condemnari in expensas.* Carpz. *P. 1. C. 3. Def. 12.* Schultz. *Syn. Instit. h. t. lit. X.* Hopp. *ad § 33. Inst. h. t. usf. Lodiern.* Idem quoque in multis Germaniæ locis observatur, conf. Perez. *ad tit. C. d. plus pet. n. 5. In nonnullis tamen* pœna plus petitionis Jure Civili determinata adhuc statuitur, ut in Vilnarienſi tribunali judicatum refert Mevius *P. 6. d. 323. n. 5.*

‡ Libellus, in quo quis certam summam, plus minusve petit, si modo de fundamento agendi aliquatenus constat, ut generalis & obscurus, rejici haud debet; immo Judicis officio continebitur, si certa ac determinata summa in libello expressa, eoque nomine juramentum simpliciter delatum fuerit, ut juris-jurandi formulæ clausulam inserat: jurantem nec istam summam, nec plus ea, nec minus debere. Hac forma jurare detrectans, in omnem libello expressam summam condemnandus est. Si actor certam sortem petet, inde vero minorem sibi deberi demonstrabit, reus non modo in hanc condemnabitur, sed quod in litis contestatione minorem istam summam non fuerit fassus, expensas actori solver. Uti & Actori Reo, hoc minorem sortem offerente, illo majorem sibi deberi haud probante, in expensas condemnandus est. *O. P. S. E. I. & E. Tit. V. § 8.*

** Etiam apud nos, citra metum condemnationis in expensas. Unde cum prædium in solidum petitum postea pro quarta parte peteretur, quia minor numerus toti s. majori semper inest, neque libelli mutationem factam, neque novam ejus communicationem necessariam, neque actorem in expensas condemnandum esse, *pron. Fac. Jur. Lipsiens. Febr. 700.* Menck. *Tabb. Inst. h. t. p. 154.*

gebatur,

gebatur, ut diximus *supra*. Tanta, inquam, formulæ religio & judicis coarctata potestas erat, ut compensationis, qua nil erat æquius, rationem habere nequiverit; actionis tamen plane diversæ potuisse dicetur? nullo ut videtur modo. In bonæ fidei judiciis largior quidem potestas judici dabatur, sed quatenus natura actionis propositæ permittebat, & maxime in iis, quæ ad rem in judicium deductam pertinerent, *l. 25. § 8. & l. 31. § 13. de Ædil. Ed. & l. 21. § 3. de pecul.* At de alia re, causaque prorsus alia, judicium suscipere, difficile dictu est, quo pacto pedanei judicis potestatem non excesserit. Id liquet, potuisse actorem male institutæ actionis pœnitere, & prætore denuo interpellato, ad aliud judicium transire, quo referendæ videntur *l. 4. § ult. de nox. act. l. 18. § 1. de vi & vi arm. l. 22. § 1. de acqu. poss.* in quibus omisso petitorio, instituitur possessorium, quamquam *d. l. 4.* videatur & aliter posse explicari. Et hoc erat, quod Doctores volunt, si quis post litem contestatam actionem aliam instituere velit, hunc omissa priore instantia, novum quasi judicium instituere, aliaque interpellatione uti debere, ut loquitur *l. 23. de judic.* Sed quia Græcis Imperatoribus nostris dandorum judicium displicuit, *l. 2. C. de pedan. jud.* ratio illa de præcita formularum observantia, in receptiore jurisprudentia, ad quam pertinet *d. § 35.* cessat. Attamen ne quidem hic multo aliter se res habet. Ponamus enim, Titium vocasse Cajum ad prætorem, edidisse actionem ex vendito in centum, prætorem dedisse judicem, præscripsisse formulam, contestatos esse litem; mox recordatum actorem, sibi non centum ex vendito, sed totidem vel octuaginta ex stipulatu deberi, velit mutare, Quæritur an possit? omnino. Sed pareat edicto *l. 3. C. de Edend.* quid jubet hoc? Edi actionem, ubinam edatur? Apud Prætorem. Ergo deferendus judex; omnia ex integro instituenda, *d. l. 23. de Judic.* hoc scil. jure veteri, quod tempore *d. l. 3.* adhuc in usu fuit. Quomodo hæc aliter possint intelligi, non video. Novo jure cum idem Prætor & judex sit, non est judex deferendus, ut partes ad prætorem revertantur. Res tamen non admodum aliter se habet. Nam si actor velit uti beneficio legis & impune mutare, non debet postulare, ut favorabilior sit quam reus, contra *l. 125. de R. J.* sed huic omnia integra sunt præstanda. Is recte negavit antea, se ex empto debere, Tu stipulationem nunc adducis, jam male forte negaverit. Ergo permitte ut deliberet, & si velit, tibi noviter petenti noviter contradicat: quæ sane erit nova litis contestatio; & quam parum abest, quin novum judicium? addo verba Bachovii *disp. 1. de action. th. 44. Veritas & simplex hujus rei decisio meo judicio hæc est; quod si subtiliter consideremus, quæst identitas judicii, non videatur esse idem judicium, ubi nova intervenit litis contestatio: & ita non absurde defendamus communissimam DD. sententiam, quæ vult contestationem litis factam, eodem judicio libellum mutari posse negat. Quod si consideramus continuatam quasi litis tractationem coram eadem persona & eodem judice, nec ulla opus esse nova citatione, aut novi omnino libelli productione, & quod omnia quasi in locum priorum subrogentur, non absurde idem judicium appellari posse videatur, eaque procul dubio sententia est Justiniani in* d. § fin minus. *ubi idem judicium durare ait, cujus quippe mutatio vix apparet, cum præsertim hæc alteri videatur opponere ad jus vetus, quo manifesta erat mutatio, nova quippe facta interpellatione.* Usu fori nihil est certius, quam id quod a nobis superius est positum, scil. post litis contestationem nullam fieri posse libelli mutationem. * Sandius *lib. 1. decis. 4. defin. 2.* & Dd. *ad d. l. 3. C. de Edend.*

* Jure Saxonico ‡ Actor simul ac guarandam præstitit, quod secundum *Resc. Gravam. de an. 1653. gr. 17 & Reser. Elect. de ann 1671 § 4.* ante eandem citationem fieri debebat; j. tn. Hartman. Pistor. *l. 4. qu. 22. num. 12.* aut reus pure contestatus est, libellum mutare aut emendare prohibetur, etiamsi reo expensas refundere velit. Recess. Elect. Sax. *l. 1. art 3. & 14. P. 1. C. Ll. 11 O. P. S. T. 5. § da* auch. Zanger. *de Except p. 2 c. 21 n. 64. seq* Eventualis tamen litis Contestatio ipsi hoc Jus non adimit. Berlich. *P. 1. Concl. 28. n. 26.* Carpz. *Pr. tit. 9. art. 2. n. 30. seqq* Philipp. *ad Tit. 5 Ord Proc. Sax. consid. 13.* Imo etiam ante Litem Contestatam, præstitamque guarandam, mutatio libelli in termino demum facta efficit, ut actor in expensas condemnetur, *O. P. S. T. 5. § f.* Carpz. *ad d. C. 11. d. 11.* Renunciatio autem Litis refusis expensis fieri ac nova actio institui potest, si nondum super probatione lata sententia vires rei judicatæ nacta est, vid. Menck. *Disp. ad Proceff. V. Tit. 5. th. 12 seq.* Berger. *Elect. Discept. For. ad T. V. O. P. S. Obs. X.*

‡ Et quidem novissimo mutari libellum in modo agendi, vel probandi, vel alias licet, donec super lite

QUINTA ACTIONUM SUMMA DIVISIO.

36. Sequitur ultima Actionum divisio, quod vel solidum iis, vel minus quam solidum persequamur, § *36. h.* In minus datur actio de peculio, quæ competit in id, quod in peculio reperitur, § *36. h.* secundum ea, quæ *ad tit. sequ.* dicentur. Ejusdem generis est Actio ex stipulatu de dote, qua mulier a marito repetit dotem soluto matrimonio, quam supra *ad* § *29.* habuimus; hæc enim primo minuitur impensis in res dotales factis, quæ sunt vel necessariæ, sine quibus res integra esse non potest; vel utiles, quæ rem faciunt meliorem; vel denique voluptuariæ, quæ tantum ornant speciem, *l. 79. de I. S.* Necessariæ Impensæ dotem ipso jure minuunt, si nempe dos in quantitate consistat; tunc enim tanto minus, quantum vir impendit, est in obligatione dotis, *l. 5. de impens. in res dotal.* alioqui licet etiam res dotales retinere propter impensas necessarias, *l. un. § 5. C. de Rei uxor. act.* Propter utiles impensas non datur hodie retentio; sed Actio vel mandati, vel negotiorum gestorum, *d. l. un. § 5.* Voluptuarias impensas non aliter servat maritus, quam tollendo illas, quatenus sine læsione rei tolli possunt, *l. 7. 9. & l. 11. D. eod. tit.* Secundo, minuitur hæc ipsa Actio, quatenus maritus habeat beneficium, ne ultra quam facere possit teneatur, hoc est, ut semper ei relinquatur, quantum satis est ad honestam exhibitionem victus & amictus, § *37. h. l. 22. fin. pr. l. 30. de re judic.* quod tamen privilegium datur indistincte viro, etiam cum ex aliis contractibus ab uxore convenitur, *l. 17. & l. 20. de re judic.* Idem beneficium datur ‡ parentibus, patronis, sociis & donatoribus, quando liberi, liberti, socii & donatarii adversus eos agunt, § *38. h. t. l. 16. & sequ. de re jud.* Donatori etiam aliquanto plenius quam cæteris, quatenus hic etiam æs alienum computat, eoque deducto retinet, quod ad tuitionem vitæ sit necessarium, *l. 19. § 1. de re judic. l. 49. & sequ. eod.* Idem beneficium datur ei, qui bonis cessit, § *ult. h.* etsi enim is vinculo obligationis non liberatur, sed tantum molestia executionis, tamen non statim ac aliquid de novo acquisivit, continuo executiendus est, sed humanitatis ratione aliquid ei laxamenti indulgetur, *h. § ult. l. 4. l. 6. & l. 7. de Cess. bon.* Postremo, compensationibus Actiones minuuntur, § *36. h.* de quibus superius est dictum.

37. Sed in hoc § *penult.* est aliquid speciale; dicitur enim, si quid invicem actorem ex eadem causa præstare oportet, hoc minuere ipsius petitionem, quod tamen requisitum superius in compensatione non fuit collocatum; sed omnia, quæ modo functionem recipiunt, neque controversa sunt, compensari posse diximus: proinde, ut aliquid præcipui in his, quæ ex eadem causa oriuntur, esse statuamus, dicendum, quando pecunia ex eodem negotio vicissim debetur, admitti posse compensationem, licet debitum forte non sit liquidum, ita ut censet Donellus *ad*

contestata, id est, de probatione suscipienda, aut juramento præstando nondum exstat res judicata, ad quem adeo reus denuo citatus, recuperatis prius expensis omnino respondere tenetur; Emendare, id est, errorem vel obscuritatem corrigere, summamque majorem vel minorem, ei, quæ in libello expressa est, substituere, etiam in ipsa probatione, & ad ipsum Jurandi actum usque actori licet. Cæterum renunciare liti cœptæ & novum offerre libellum, in quo alia debendi causa, aut aliud adest objectum, nunquam non est in actoris potestate. Si libellus novus ita, ut dictum, a priori haud differat, illud non, nitente terminum probatorium elapsum, & antequam super Jurisjurandi delatione res judicata exstat, est permittendum; Utroque tamen casu, si quis, ut modo divimus, novum obtulerit libellum, omnes sumtus Reo, antequam respondeat, sunt restituendæ, & Actor cum Advocato suo ob protelatam litem, decem & amplius Uncialibus, sive thaleris pro diversitate circumstantiarum est puniendus. *O. P. S. E. I. & E. Tit. V. § 9.*

‡ Jure Saxonico novissimo non nisi iis, qui per casus fortuitos absque propria culpa fortunas suas amiserunt, hoc beneficium conceditur. Determinanda sunt alimenta, ne egeant debitores, præstari solita, pro personarum dignitate, ita tamen, ut sumtus illi duos Unciales hebdomadatim non excedant, estque sors alendis debitoribus destinata, non creditoribus, quibus ex massa concursus solvitur, pro rata detrahenda, sed statim ex bonis superstitibus præcipienda, &, beneficio illo iterum cessante, solutioni creditoribus sequentibus secundum ordinem faciendæ applicanda. *O. P. S. E. I. & E. Tit. LII.* § 3.

d. § fen. n. 7. Cæterum, præter eos, quibus beneficium datur, ne teneantur ultra quam facere possint, quod vulgo a Dd. beneficium competentiæ appellatur; sunt adhuc milites armatæ militiæ, *l. 6. & 18. de re judic.* denique filiifamiliarum, quando emancipati aut exheredati sunt aut paterna hereditate sese abstinuerunt, vel ex parte minima sunt instituti, etiam quando in adoptionem sunt dati, *l. 2. & toto tit. D. Quod cum eo, qui in al. potest.* Fratres quoque non videntur ab hoc beneficio excludendi, quia licet expressa de illis nulla sit sanctio, tamen in *l. 63. pro Soc.* ubi dictum erat, socio hoc beneficium dari, additur ratio, quia fratris loco est; nec ego tam ineptos audeo fingere Juris conditores, ut ejusmodi rationes adducant, in quibus non idem, quod probare volunt, obtinere censerent, quicquid dissentiat D. A. Matthæus *in coll. ff. disp. 23. th. 11.* & D. Wissenbach. *disp. ad Inst. 38. coroll. 1.* Socius autem non modo omnium bonorum, sed etiam unius rei hoc beneficio gaudet, ut Ulpianus auctor est in *d. l. 63.* Idem tamen in *l. 16. de Re Judic.* quod ad hoc beneficium attinet, socium omnium bonorum esse accipiendum scribit, quam esse ἀτυφλίαν ἀπίχτον, opinatur D. Widenbach. *d. disp. ad Inst. 38. coroll. 2.* Potius est, ut dicamus, in *l. 16.* Ulpianum loqui generaliter de iis, qui hoc beneficium semper & in omnibus causis habent; *in l. 63.* eum de applicatione hujus privilegii ad societatem agere exquisitius; & docere, quod & socii particulares, ubi de rebus illis certis agitur, ab isto beneficio non sint excludendi: quo sensu non videtur Ulpianus sibi ipsi contrarius, quod alioqui satis est ἀπίθανον. Recipit adhuc extensionem beneficium, quod marito adversus uxorem dari superius est dictum, nam & ad socerum extenditur, *l. 21. de Re Judic.* Sed actio, qua tenetur ex promissione dotis genero, in solidum exercetur, *d. l. 21.* quod tamen corrigitur *in l. sequ.* ut, si manente affinitate, sive durante matrimonio, dotis petitio fiat, hoc privilegium nihilominus competat, *l. 17. pr. Sol. matrim. l. pen. de jur. dot.* Quod ex omnibus solum donatorem ita facere posse diximus, ut æs alienum prius dedicat, *l. 19. & l. 49. de Re Judic. l. 54. Sol. matrim.* hunc habet usum; ut si quis ex reliquis conveniatur atque facultates ejus superent debitum, in solidum teneatur; Nec juvat eum, si obtendat, habere se creditores alios, quibus cum satisfaciendum erit, ad egestatem se perductum iri: Occupantis enim melior est conditio, ut est *in pr. d. l. 19.* id est, qui prior e creditoribus venit, totum quod sibi debetur, aufert, ita, uti nec hoc deducatur, quod ejusdem conditionis hominibus, adversus quos hoc quoque beneficium competit, debetur, *d. l. 19. in pr. & §.* Denique, totum hoc beneficium est personale, quod nec heredibus neque fidejussoribus datur, *l. 24. & seq. de Re Jud.* vid. Vinn. ad *hunc loc.*

38. (t) Satisfactum est Justiniano & textui sub hoc titulo. Supersunt tamen adhuc divisiones quædam actionum in Arte juris valde frequentes & cognitu necessariæ, quarum prima divisio est in actiones directas & contrarias; secunda in directas & utiles: De priori est hæc regula; (*) In quibus contractibus par utriusque onus & præstatio est, ibi actio utrinque est directa, ut in emptione, societate, finium regundorum, communi dividundo &c.

SCHOLIUM.

(*) *Clarius videtur, si dicamus, actionem directam esse, quæ persequitur principalem obligationem ex contractu venientem; contrariam contra, quæ persequitur obligationem secundariam. Obligatio autem ista principalis est, quæ spectat ad essentiam contractus & ingreditur ejus definitionem; secundaria vero, quæ potest adesse & abesse, salva contractus essentia. Inde etiam facile patet, cur in empto, locato &c. actio utrinque directa sit. Simul apparet, divisionem hanc non esse actionem in genere, sed in specie actionum ex contractu vel quasi & quidem bilaterali, venientium.*

Ubi dispar onus & præstatio est, ibi is, qui magis est obligatus, convenitur directe, qui minus, contraria, sicut fit in commodato, deposito, pignore, mandato, negotiorum gestione &c. Ex. gr. venditoris & locatoris ad rem, emptoris ad pretium & conductoris ad mercedem obligationes æquipollent, sicut res & pretium, usus rei & merces. Contra, qui commodatum, qui mandatum, negotium gerendum suscepit, tenetur ad exactissimam curam, alter solummodo ad impensas reddendas. In ipso deposito, licet ibi tantum sit lata culpa, tamen qui tenetur ad rem totam, plus oneris sustinet, quam qui de impensis forte an factis, an non factis, & ita in cæteris. Possunt autem contrariæ præstationes servari vel per retentionem vel Compensatio-

(t) *Pos. 70. & seqq.*

nem,

nem, vel per reconventionem, etsi directæ non moveantur, *l. 1. § 4. & ult. de Contrar. Tut. act. l. 17. § 1. ff. Commod.*

39. Alio sensu actiones directæ opponuntur utilibus, *l. 37. in pr. de O. & A. l. 47. de negot. gest. l. 27. in fin. de Procur. & passim.* In summa, directæ sunt, quæ ex verbis legum aut propria negotii natura fluunt, utiles, quæ per interpretationem utilitatis causa, ad affines casus producuntur: exempla *in dd. ll.* & toto jure creberrima sunt, habuimus & unum *in § ult. de L. Aquil.* Fuerit illa divisio VI. numero. Et VII. hæc esto; actiones sunt vel generales vel speciales, *l. 38. § 1. Pro soc.* Generales, quæ agunt de multis rebus, ut actio Tutelæ, mandati & pro socio omnium bonorum, familiæ erciscundæ, *d. l. 38. § 1. pro soc.* negotiorum gestorum *plurium*, denique hereditatis petitio, quæ proprie est universalis, *l. 62. de R. J. l. 19. & 20. de Hered. petit.* Speciales sunt, in quibus de certis & singulis rebus agitur, ut commodati, depositi, empti venditi, locati conducti, communi dividundo &c. *d. l. 38. § 1.* VIII. Actiones sunt vel simplices vel duplices. Simplices, in quibus partes actoris & rei, sive petitoris & ejus unde petitur, evidenter sunt discretæ, ut empti venditi, locati conducti &c. Duplices sunt, in quibus par utriusque litigatoris conditio est, utroque tam actoris quam rei partes sustinente, (*) cujusmodi sunt, actio familiæ erciscundæ, communi dividundo, Finium regundorum & interdicta quædam, *l. 13. de judic. l. 44. § 4. famil. erciscund. § pen. in fin. l. de interdict.*

SCHOLIUM.

(*) *Dicerem:* Sustinere valente: *Non enim uterque simul actoris & rei partes sustinet, sed uterque ante motam litem habilis est, ut fiat actor vel reus. Qui vero prævenit, is postea actor est.*

N. ADDIT.

Hic nihil habuit, quod notaret Autor, & mecum conferret. Infra vero cum ad Pandectarum titulum finium regundorum idem a me esset inculcatum, hanc notam ferre non potuit, sed eam rejicere tentavit variis effugiis, quæ detecta jam sunt ibidem in nova additione.

IX. (u) Actiones sunt vel petitoriæ vel possessoriæ. Petitoriæ dantur ex jure in re vel ad rem, quod dicitur, aguntque vel ex dominio ad restitutionem; vel ex obligatione ad datione, § 14. & 15. *h. Vel denique ad factum, d. § 15. h.* Possessoriæ sunt, quibus agitur ex jure possessionis ad detentionem rei adipiscendam, retinendam, vel recuperandam. videbimus in *tit. de Interdictis.*

(u) *Pos. 79. &c.*

DE CONCURSU ACTIONUM.

40. Placet addere Corollarium de Concursu Actionum, de quo nonnihil collocatum est in *pr. & in fin. tit. de Obl. ex del.* Est autem thesis hujusmodi; Si plures actiones de eadem causa competant eidem personæ, an pluribus successive liceat uti actionibus, qui est concursus cumulativus, an electa una consumatur altera, quem *electivum* vocamus concursum. Eandem rem esse oportere facile constat, ut quæstioni sit locus. Ex eadem quoque causa debent esse actiones; nam si negotium quidem sit idem, causæ tamen diversæ, nihil est scrupuli, quin actiones cumulentur, cujus rei monstravimus usum in *pr. tit. de Obl. ex del.* exemplo adjecto ex *l. 2. § 2. de Priv. del.* quando quis eundem hominem primo furripuit, dein occidit, manifestum est, tam furti quam L. Aquiliæ actionem esse exercendam, sicut ibi pluribus demonstratum. Debent etiam eædem esse personæ in usu hujus quæstionis: diversis enim personis ex eodem facto seorsim actiones dari, nec alteram ab altera tolli res ipsa loquitur, cujus rei extat exemplum in *l. 1. § ult. de injur.* ut puta uxori meæ filiæfam. injuria facta est, & ipsi & mihi & patri ejus competit actio, nec uni per alteram præjudicatur. Hinc quoque publica judicia non consumuntur a privatis, quæ super iisdem delictis dantur, *l. un. C. Qu. Civ. act.* Adde *l. 3. § f. Naut. caup. stab.* Præterea quæritur de uno actionis unius post alteram; non de eo, an plures actiones uno libello conjungere & cumulare liceat, qua de re ad *tit. ff. d. Edend.* videbimus. Interim videsis, quod habet Wissenbachius *Disp. 43. Inst. th. 1.* Nec id quidem postremo ad hanc thesin pertinet, una actione rejecta, liceatne aliam instituere, quod definitur in *tit. ff. de Except. rei judic.* Nos quærimus, an qui una obtinuit actione, possit adhuc aliam saper eodem negotio instituere, quod ad *d. tit. de Obl. ex del.* pendere diximus ab hac regula fundamentali, *non esse idem bis petendum.* quæ est *l. 57. de R. J.* Lubenter id operam damus, ut difficilia & involuta quæque facili negotio resolvere & *Auditoribus* quam minima cum molestia insinuare possimus, quod & in hac obscura definitione co-

nabimur

nabimur. Postulatum illius quidem regulæ facillimum est, opinor. Quid enim naturæ convenientius, quam ne idem bis petatur? Secundam inde regulam educimus hanc: *Una actio super eadem re consumit alteram, nisi in altera plus sit quam fuit in priore*, quia si hactenus cumulentur, non offenditur regula, *Ne bis idem exigatur, l. 41. §1. de O. & A.*

41. Hujus rei applicatio plerisque difficultatibus in singulis concursuum speciebus sufficit terminandis. Quid enim? duæ actiones rei persecutoriæ concurrunt, Pro Socio & Communi Dividundo, Condictio Furtiva & rei vindicatio; nihil hærendum est, quin una tollat alteram, cum in singulis idem petatur, *l. 38. § 1. ff. Pro Soc. l. 34. §1. & 2. de O. & A.* sed an hic potest usum habere limitatio, *nisi in una plus sit quam in altera?* Potest. Exemplum sit tale; Factum sub pœna promissum est, datur actio in id quod interest ad pœnam, utraque rei persecutoria est, ut dix. *tit. de Act. ad Pos. 44.* Una mota tollit alteram, nisi actio superstes plus contineat, veluti, si id quod interest superet pœnam. Aliud exemplum, Vindicavi rem furtivam, habeo corpus, sed deterius factum; supererit condictio in id quod interest; *per l. 42. pr. D. Pro Soc.*

42. Eadem regula cum limitatione valet in pœnalibus, quando privatus in privatum agitat, nec enim duplicem ejusdem Delicti pœnam esse oportet aut æquum est, quod facit eleganter quod est in *l. 41. fin. de Pœn. Iniquum esse, ut idem delictum variis æstimationibus coerceatur*, ubi per æstimationem intelligit pœnam delicti. Eo spectat, quod ad prædictum *tit. de Obl. ex del.* disputavimus, eum, qui privato judicio pœnam dupli vel quadrupli exegit, criminaliter super eadem causa experiri non posse; adversus eundem scilicet actorem; In publicis accusationibus aliud est, quia non dantur iisdem personis, ut dictum est.

43. Eadem regula cum sua limitatione, gubernat concursum Actionis mixtæ & rei persecutoriæ: Si enim hac prius sit actum, mixtæ quod ad pœnam supererit; quod ad simplum consumitur, cum vice versa rei persecutoria per mixtam penitus extinguatur, *l. 35. § ult. de O. & A.* tametsi difficultas hac parte quædam se prodat in actione de Calumniatoribus, concurrente cum rei persecutoria ex eadem causa, in *l. 5. §1. l. 7. fin. pr. & §1. D. de Calumn.* quam tu facilius capies, ubi de actione *ad tit. cund.* fuerit actum: etiam quod de actione quod met. c. occurrit in *l. 9. §6. ff. Quod met. caus.* de quibus interim adi Wissenbachium, *d. Disp. 48. th. 8. 9. 10. & 11.*

44. Omnium facillima conclusio est de concursu pœnalis reique persecutoriæ actionis: cum enim hæ in diversa tendant, fieri necesse est, ut una post alteram detur, idque sine limitatione prædicta, quæ vix est ut terminos habiles, quod dicitur, in hoc concursu reperiat. Quemadmodum furti actio & condictio furtiva concursum habent cumulativum, *§ ult. Inst. de Obl. ex del.* nec turbat *l. 71. de Furt.* modo observes, per furti actionem intelligi condictionem furtivam, ut etiam fit in *l. 9. de in lit. jur.* sed in actione de *Rat. distrahend.* recte dixeris exceptionem contineri, cujus ratio tibi constabit ex iis, quæ ad *tit. ff. de tut. & rat. dist.* collocabimus. Vide sis interea Wissenb. *d. Disp. 48. th. 14. 15.*

45. Sed duo sunt textus, quibus fundamentum definitionis nostræ everti videtur. Prima est *l. 130. de R. J.* ubi scriptum est ita; *Nunquam actiones, præsertim pœnales de eadem re concurrentes alia aliam consumit*, quod idem fere haberur in *fin. Inst. Si Quad. paup. fec.*

De qua solicitos vide Donellum, Cujacium, Wissenbachium *d. disp. 48. th. 4. & 5.* nostro intellectu nihil est in iis verbis, quam id quod pro fundamento posuimus; nunquam actiones de eadem re concurrentes se mutuo consumunt, quia semper alia competit in id quod amplius est in ea, atque ita positis terminis habilibus; quod *præsertim* in pœnalibus habet locum, quoniam in rei persecutoriis rarius contingit, ut in una plus quam in altera comprehendatur. Alter textus est in *l. 14. §1. de O. & A.* ubi de hoc concursu sic ait Ulpianus: *Si in reliqua actione tantundem aut minus sit, id actor consequetur;* nam hoc ita potest accipi, quando in reliqua actione plus est quam fuit in priori, id actor fert, sive in altera actione adhuc sit tantundem, sive minus quam fuit in actione priore. Nisi quis uti malit emendatione Cujacii, qui pro *id* legit *nil. 3. Observ. 25. & lib. 15. & 13. in fin.*

TIT. VII.

Quod cum eo, qui in aliena Poteſtate eſt, negotium geſtum eſſe dicitur.

Continuatio & expoſitio Rubricæ. Actio Quod juſſu. Exercitoria. Inſtitoria. Communia utriusque actionis. Actio de peculio. De in rem verſo. Concurſus earum actionum. Differentia inter ſervum & filiumfam. De Sctο Macedoniano. Caſus, quibus ceſſat hoc Sc.

(a) REgulariter ex facto alterius alteri non acquiritur actio[1], quemadmodum nec obligatio nec dominium, ut dix. ſupra *ad pr. tit. Quib. alien. lic. vel non* niſi per eos, qui ſunt in poteſtate noſtra; ſcil. per filiosfam. & ſervos, *§ 4. & 18. ſupr. de Inutil. ſtipulat.* certisque casibus aliis ob utilitatem commerciorum, de quibus *in h. tit.* Servorum enim & filiorumfam. hac parte *fere* eſt eadem ratio. Nam Imp. addit particulam taxativam, haud fruſtra, ut inferius patebit.

2. Prima, quæ ex facto ejus, qui eſt in aliena poteſtate, datur, eſt Actio QUOD JUSSU, quæ competit illis, qui cum ſervo, vel filiofam. contraxerunt, adverſus patrem vel dominum, quorum juſſu contractus eſt initus, idque in ſolidum, quia cum ipſo quaſi contrahi videtur, *l. 1. pr. Quod juſſ.* Et quamvis alioqui diſcrimen eſt inter juſſum atque mandatum, quemadmodum *ſupra ad pr. de Attil. tut.* obſervavimus, heic tamen ſub juſſu mandatum quoque & Ratihabitio & quælibet approbatio continetur, *§ 1. h. & l. 1. D. quod juſſu.* fidejuſſio tamen a Patre facta pro filio non parit hanc actionem; ſed ordinariam ex fidejuſſione; Pater enim fidejubendo ſe pro extraneo gerit, *d. l. 1. § 5.* Scilicet, extraneus ex juſſu non tenetur ei, qui contraxit cum juſſionario; ſed is hunc convenire debet, & qui juſſus eſt jubentem. Quod igitur in *fin. pr. d. tit. Quod juſſu* habetur; *nam quodammodo cum eo contrahitur qui jubet*, de his, qui vinculo poteſtatis cum eo, qui juſſus eſt, conjuncti ſunt, accipiendum, *arg. d. l. 1. & § 1. h.*

3. (b) Secunda eſt actio EXERCITORIA, quæ datur his, qui cum magiſtro navis, de rebus, quibus ipſe præpoſitus eſt, contraxerunt, adverſus exercitorem, *§ 2. h.* Exercitor autem eſt, ad quem quotidianus navis reditus pertinet, ſeu propria ſive conducta ſit, *§ 2. h. l. 2 § 15. de Exercit. Actione.* Magiſter vocatur, cui totius navis cura mandata eſt, *l. 1. § 1. & 5. de Exercitor. Action.*

4. INSTITORIA actio datur iis, qui cum inſtitore contraxerunt de rebus terreſtribus, quibus ille præpoſitus eſt, adverſus Dominum negotiationis, *d. § 2.* Ratio, quare domini tabernarum & Exercitores his actionibus tenentur, eſt manifeſta, quod eorum voluntate negotium intelligitur eſſe geſtum cum iis, quos negotiationi præpoſuerunt: quippe inſtitor eſt idem in taberna, ſive in officina, quod magiſter in nave, ideoque tabernarius dicitur in *l. 5. § 7. de Inſtit.* ſive taberna ſit tantum negotiationis causa, ſive operis faciendi gratia, unde ἐργαστήριον tabernam & inſtitorem ἐργαστηριάρχην appellant gloſſatores Græci. Nihil differunt hæ duæ Actiones, quam quod exercitoria de maritimis rebus, altera de negotiatione terreſtri datur.

5. Reliqua ſunt communia; veluti, *Primum*, quod utraque ad omne genus contractuum pertinet, modo inſtitor & magiſter illis ſint præpoſiti. *Secundum*, Utraque eſt perpetua, tam heredibus quam in heredes competens. *Tertium*, quando plures ſunt exercitores aut Domini tabernarum, qui unum habeant magiſtrum vel Inſtitorem, tum ſinguli in ſolidum tenentur (quod tamen hodie non obſervatur, Grot. *2. de J. B. & P. c. u. num. 23.*) *l. 1. § ult. & l. ſeqq. de Exercit. Act.* Si vero ipſi exercitores aut domini per ſe navem tabernamve exerceant, nihil ſit præter regulam, verum ſinguli pro ſuis partibus tenentur, *d. l. l.* ut ſit in omni obligatione. *Quartum* commune eſt, quod exercitoribus & dominis tabernarum non datur Actio adverſus eos, qui contraxerunt cum Magiſtris & Inſtitoribus, niſi quando hi ſolvendo non ſunt, *l. 2. de Inſtit. act.* nam alioquin hi dominis & Exercitoribus damnum refundere debent, *l. 2. de Inſtitor. act.* *Quintum* commune *diximus alias*, quod ipſi Inſtitores & magiſtri a contrahentibus etiam immediate poſſunt conveniri, finito quoque officio; eo quod juris ratio non ferat, ut qui contraxit, ipſe non teneatur; Cui nec obſtet *l. ult. D. de Inſtit.* quaſi non loquatur de contractu, ſed

(a) *Poſ. 1. 2. 3.* (b) *Poſ. 4. & ſeqq.*

sed de simplici declaratione, ut liqueat e textu. At in *posit. 10. a. l. b. t.* deinde visum fuit potius accedere sententiæ Sandii *lib. 3. tit. 7. def. 1.* tanquam civiliori, nec a ratione juris alienæ, quod nec fugit D. Thomasium, qui sic ait:

SCHOLIUM.

Recessit hic Autor ab opinione, quam fovet in pr. tle t. n. s. tit. XVI. l. III. *quam videtur hausisse a Wissenb. quem vide* ad tit. ff. d. instit. act. th. 19. *Et vide eundem; Nam responsionem, quæ datur a Wissenb. & in prælect.* ad l. ult. h. t. *non ferunt verba* d. l. ult. NEC jure &c. NEC æquitatem &c. *Ad dubia vero, quæ moventur in contrarium* dd. ll. *facile responderi potest ex Sandio*, l. præd.

Denique VI. & hoc est commune, quod utraque non tantum per servos navi tabernæve præpositos comparetur, sed etiam per liberos homines, ob æquitatem superius demonstratam, quæ fundamentum habet in consensu præponentium & utilitate commerciorum, *h. § 2. l. 1. § 4. de exercit. act. l. 7. § 1. & l. 8. de Inst. act.* Videtur tamen hæc esse differentia inter exercitoriam atque Institoriam, quod exercitor non tantum teneatur ad præstandum solius magistri factum, sed etiam ejus, quem magister sibi substituit, quod de institoria nusquam est scriptum. Ratio diversitatis peti posse videtur a necessitate, in qua ut plurimum constitutus est magister, eoque casu locus, occasio, res non patiuntur deliberandi consilium; quod secus in institore, ubi res patitur, ut de ejus conditione quis dispiciat. Hæc ratio probatur ex *l. 1. de exercit. act. in pr.* ibique suum obtinet usum; sed differentia ipsa ibi non collocatur, nisi quod in § 5. habetur, *facilius hoc in magistro quam in Institore admittendum*, quæ verba, licet sola, si conferantur *cum pr. ejusd. l.* forte non sufficiant, juncta tamen ei, quod de institoria id nusquam est proditum, sufficere videntur ad probationem. Perez. *ordinem. h. t. & ad tit. C. de Exerc. act. n. 10.* Altera differentia hæc est, quod Exercitoria teneatur in solidum Pater, cujus voluntate filius exercuit nauticam negotiationem; sed Institoria non tenetur in solidum Pater, licet eo volente filius merces peculiares exerceat, sed venit in tributum una cum creditoribus peculiaribus, *l. 1. § 19. & 20. de Exerc. act.* ubi & ratio, *quia ad summam Rempubl. navium exercitio pertinet.* Perez. *ad h. t.*

(c) *Pos. 14. & 15.*

6. (c) Quarta actio ex facto alieno est TRIBUTORIA, quæ datur Creditoribus servi aut filiifam. contra Patrem vel dominum, ex eo, quod inique merces peculiares inter se & reliquos Creditores divisserit, *§ 3. h.* Proinde non datur ad petendam divisionem ipsam, sed ad correctionem doli in divisione commissi, nunquam aliter, *l. 7. § 2. & l. ult. D. de Tribut. Action.* Obstare videbantur verba Justiniani in *d. § 3.* ubi; *ita prætor jus dicit, ut quidquid in his mercibus erit, quodque inde receptum erit, id inter dominum, si quid ei debebitur & cæteros creditores pro rata portione distribuatur & ideo tributoria vocatur.* quæ verba Wesenbecio *ad h. t. ff.* imposuerunt, ut tributoriam de ipsa distributione mercium primitus facienda dari putaret: quod refellitur ex *d. l. 7. & ult.* Hunc locum bene Theophilus interpretatur: προσέχοντας οἱ κρεδίτωρες τῷ πραίτωρι, καὶ ἀναγκάζει τὸν δεσπότην ἀγαγεῖν εἰς μέσον τὰ φορτία. Creditores adeunt Prætorem, qui dominum cogit merces in medio collocare; quibus distractis, pergit Theophilus, si quid superfluum sit, tum demum, δοθήσεται τριβουτώρια κατὰ τὸν δεσπότην, tributoria adversus dominum dabitur. Ex quibus verbis intelligimus, quod Prætor omnium primum fecit, id eum non per modum actionis atque judicis dari, sed extra ordinem facere solitum fuisse.

SCHOLIUM.

Oritur ergo actio tributoria ex delicto, Wissenb. ad ff. de tribut. act. th. 24. Not. ad Strauch. XXII. 6. pag. 304. *quamvis Dn. Schilt.* Ex. 27. § 48. *putet esse ex quasi contractu. De usu moderno dixi* ad Strauch. d. l. *quibus tamen adde Dn. Schilt.* d. l. 5. 47. 49. 50. 51. 52.

RESPONSIO.

Si de ipsa divisione in hac actione ageretur, nihil melius foret, quam ex quasi contractu eam derivare, qui recipit etiam doli præstationem. Sed quia tantum arguitur dolus in divisione facta commissus, magis est, ut ex delicto videatur, id est, ex facto malefico, sicut est actio contra mensorem, qui falsum modum renunciavit, contra falsum tutorem & similes, inprimis ipsa doli actio. Atqui non est de dolo *hæc actio*, quamvis non aliter quam dolo interveniente competat. l. 8. de Tribut. act. *Tu dic, non est de dolo, hoc est* ad dolum puniendum, *sed ad* rei persecutionem, *ut habet*

idem textus. Dari autem delicta rei persecutoriæ actionis, jam dictum & adhuc dicendum est.

N. ADDIT.

Non est hæc responsio ad nostrum scholium, sed ejus declaratio. Quare non est, ut aliquid excipiam.

7. (d) Quinta est actio de peculio, quæ datur ex contractu, vel quasi-contractu servi aut filiifam. contra patrem vel dominum juxta eam quantitatem, quæ est in peculio, § 4. *h.* Ratio autem peculii sic initur, ut id, quod Patri dominove debetur, prius deducatur, *d. § 4. l. 5. § ult. de pecul.* Ut & quod frater in ejusdem Patris potestate debet fratri suo, *l. 6. pr. l. 9. § 3. de Pecul.* Intelligitur autem peculium duntaxat profectitium; nam de Castrensi filius ipse tenetur, ut paterfamilias; de adventitio Pater quidem tenetur, sed tanquam legitimus administrator, non actione de peculio, *l. 18. in fin. de cast. pecul. l. 6. l. ult. C. de bon. quæ lib.* Accedit hæc ratio, quod omnes hæ actiones Prætoriæ dantur ex facto adeoque ex voluntate Patris vel domini, sicut ex inductione singularum specierum intelligitur; Sed peculium adventitium non venit ex facto aut voluntate Patris: unde liquet, ne quidem hac actione teneri Patrem de peculio adventitio, cujus ipse plenam cum usufructu habet administrationem, ut videtur D. Wissenbachio *parte I. Pand. disp. 29. th. 6.* Nec enim ulla causa reddi potest, quare hoc casu filius Patris commoda minuere possit.

8. *Sexta* est Actio de in rem verso, qua Pater vel dominus tenetur, quatenus e contractu filii vel servi patrimonium eorum sit auctum, *d. § 4.*

SCHOLIUM.

Quæ iterum oritur ex quasi-contractu. Not. ad Strauch. d. l. *& hodiernum usum habet de gestis famulitii nostri.* Dn. Schilt. d. l. th. 94.

RESPONSIO.

Existimavi, hanc actionem esse qualitatem adjectitiam aliarum actionum, ut ad fin. h. t. *videbimus, non actionem suæ naturæ atque distinctæ originis; ut non tam ex quasi-contractu repetenda, quam ad quemlibet contractum, cui accedit, referenda sit.*

N. ADDIT.

Et ego existimo, actionem hanc esse qualitatem adjectitiam aliarum actionum. Exinde tamen non sequitur, eam, quatenus habet distinctum objectum personale ab illa actione, cui adjicitur, non habere posse etiam distinctam originem, v. g. Actio ex empto de in rem verso, est quidem ex empto, quatenus cum filio vel servo contractum est, interim tamen nullum est dubium, dominum vel patrem, qui non contraxit, haudquaquam teneri directo ex illo contractu. Hinc quæritur, quænam ergo sit ratio, cur teneatur? Respondetur, quia in rem ejus versum est. Habes hic factum innoxium, & regulam æquitatis naturalis, neminem debere locupletari cum alterius damno. Ergo habes quasi-contractum.

Differre autem hanc ab actione de peculio, satis indicat ipsa definitio in *h.* § 4. quia sæpe fit, ut actioni de in rem verso locus sit, cum nihil est in peculio; e contra, ut nihil sit in rem versum, cum tamen peculium abundat. Atqui dicuntur esse una & eadem Actio in *eod.* § 4. idque ideo, quia clausula unius actionis alteri pro supplemento adjicitur: Ita, ut si in peculio tantum non sit, quantum detur, id ex eo, quod in rem versum est, suppleatur, & vice versa. Proinde utraque actio in eodem libello conjunguntur atque cumulantur. Theophilus hæc paulo confusius παραφράζει. Debet autem utiliter in rem versum esse, ut actio detur, non voluptuarie, *l. 3.* § 4. *de in Rem verso.* quatenus scilicet versum est, sive pro parte, sive in totum, *l. 10.* § 4. *& 6. d. tit.* Quid si res quidem patris vel domini in eo statu fuerit, ut in rem verti opus esset, in eventu tamen pecunia vel res in utilitatem domini non cesserit, velut, si frumentum asserit vel corruptum sit? actio nihilominus durat, ut docet Ulpianus in *l. 3.* § 7. *l. 17. in pr. de in Rem vers.* At idem in *l. 10.* § 6. *eod.* sic ait; *versum autem sic accipimus; ut duret versum.* Sed ipse id explicat, si pater filio solverit jam, quod in rem ejus verterat, tum videlicet, hæc actio cessat.

9. (e) Cæterum, cui datur Institoria, Exercitoria, quod jussu, hic etiam actionem habet de peculio, & de in rem verso, sed his actionibus non utitur, quia priores sunt meliores, cum in solidum competant, secus ac de peculio, de in rem verso, quæ sunt insuper difficilioris plerumque probationis. Perinde, qui habet Tributoriam, is quoque de peculio actionem habet, sed aliquo respectu Tributoria est melior, aliquo respectu de peculio actio. Tributoria, quoniam sibi conditio Patris vel Domini non est melior, quam aliorum creditorum, *l. 1. de Tributor. Act.* quod secus est in Actione de peculio,

(d) *Pos. 16. & 17.* (e) *Pos. 21. 22.*

ubi

ubi Pater & Dominus deducunt, quod sibi debetur, *d. l. 1. & § 4. h.* Rursus de peculio actio est melior, quoniam in hac agitur de toto peculio, in Tributoria tantum de mercibus, in quibus servus aut filiusfam. erat negotiatus; quæ est sententia *§ 5. h. t.* ubi Theoph.

10. Quæ hactenus dicta sunt, perinde filiisfam. ac servis conveniunt; in hoc tantum est diserepantia, quod Dominus ex mutuo per servum contracto, peculio tenus obligatur, sed filiusfam. pecunia mutuo accepta, nec patrem obstringit, nec ipse obligatur, uti mox; quamvis alioqui filiusfam. perinde ac Patersam. teneatur, *l. 39. D. de Obligation. & Action.* cum servus non nisi naturalis obligationis sit capax, *l. 14. cod. tit.* Etiam in aliis causis servi obligatio minus quam filiifam. est efficax; Etenim, si servus fidejusserit extra causam peculii, si judicium acceperit, si compromiserit, aut jusjurandum detulerit, ex his causis in dominum actio de peculio non datur, secus in filiofam. *l. 3. §5. & seqq. l. 5. § 2. de pecul.*

11. (f) Sed mutuum pecuniæ excipitur Sćto Macedoniano, ita dicto a Macedone quodam, improbo fœneratore, *l. 1. de Sc. Maced.* Ratio exceptionis est, quod filii ære alieno obstricti parentibus erant graves, ac sæpe eorum vitæ insidiabantur, *d. l. 1. D. de SC. Mace.* Atque ita liquet, in gratiam Patris, denique & in odium fœneratorum hoc Sćtum esse introductum: unde filiusfam. ei non potest renunciare, *arg. l. 29. vers. omnes. C. de Pactis. l. 40. de condict. ind.* secus ac mulier Sc. Vellejano, quod in ejus favorem simpliciter est constitutum, ne ex intercessionibus teneatur; *l. ult. § pen. Sc. Vellej.* Fachin. *2. contr. 62.* Broncli. 2. *Antin. 40. & 1. Miscell. 62.*

12. Cessat tamen Sćtum Macedonianum, 1, ex persona filiifam. si habeat peculium Castrense vel quasi-Castrense. Item si se mentitus sit esse Patremfam. aut si publice pro tali sit habitus, *l. 3. in pr. D. & l. 1. C. de Sc. Maced.* 2. Cessat respectu Patris, si sciverit, multo magis si jusserit aut ratum habuerit, *l. 12. & 16. eod.* vel pecunia in rem ejus versa fuerit, *l. 7. §12. eod.* 3. Respectu contractus cessat, si pecunia in res utiles sit credita, veluti in studia; modo non ultra modum, *l. 7. §13. ejusd. tit.* cessat quoque in aliis rebus mutuo datis extra pecuniam, nisi in fraudem Sćti sint datæ, *l. 7. §. 3. eod.* idem quando mutuum dotis causa necessario acceptum est, *d. l. 7. § 2.* 4. Cessat respectu creditorum, 1. si minor dederit mutuum majori, quia validius est privilegium ætatis quam Sćti, *l. 11. in fin. de minor.* unde sequitur, si minor dederit pecuniam filiofam. æque minori, cessare hanc exceptionem. 2. Si creditor nescierit esse filiumfam. *l. penult. d. t.*

13. (g) Sciendum autem, Actiones Prætorias, quæ h. t. traduntur, esse obliquas, nec omnino species actionum distinctas, verum adjectitias duntaxat qualitates aliarum actionum, ut empti exercitoria, conducti exercitoria, condictio certi exercitoria, condictio quod jussu, ac ita in cæteris. Præter eas vero actiones obliquas, dantur etiam ex iisdem causis, & adversus easdem personas, directæ condictiones, quæ sunt civiles, *§ ult. h. t.* Quid igitur opus fuit dari prætorias? Tu dic; Prætor has Actiones videtur introduxisse, antequam civiles essent in foro receptæ; vel non raro Prætorem edicere de rebus, quæ jam antea civiliter erant constitutæ, *arg. l. 1. D. Commodati.*

TIT. VIII.

De Noxalibus actionibus.

Definitio actionis Noxalis & ratio. Vis hujus actionis &c. Divisio. Cujus generis sit actio. Quid juris sit in delicto filiifamil.

NOxalis *actio* datur ex delicto servi adversus dominum, in hoc, ut vel damnum sarciatur, vel servus noxæ dedatur, *pr. h.* Ratio, cur servus ex delicto etiam in domini præjudicium, valide ac civiliter obligetur, (cum ex contractu tantum naturaliter teneatur, *l. 14. de O. & A.* idque sine regressu ad dominum, nisi ex prævio ipsius facto, ut ad *tit. præced.* intelleximus) ratio, inquam, obscura non est. Primo enim, publicæ disciplinæ vigor acrius urget animadversionem delictorum, quam contractuum; & dein, delicta invitos homines lædunt, contractus ab servo

(f) *Pos. 23. & seq.* (g) *Pos. 30. 31.*

cum volentibus ineuntur, qui sibi imputare debent, quod cum servo homine contraxerunt. adde Cujac. *tract. 7. ad Afric. in l. 21. § 2. de fidejuss.*

SCHOLIUM.

Hæ rationes non persuadent; potius dicendum, actiones noxales oriri respectu domini, ex quasi-contractu.

RESPONSIO.

Nimis liberalis est quasi-contractuum Scholiastes. Quid adsine contractui admittat dominus in delicto servi, ipso invito admissi, haud facile dixeris. Nihil simplicius, quam esse qualitates adjectitias actionum ex delicto, ut vidimus n. 3.

N. ADDIT.

Hanc vero ultimam responsionem de qualitate adjectitia, nihil inferre, jam ostensum ad tit. præced. n. 8. *Et autor eo ipso, dum in rationem peculiarem harum actionum inquisivit, eam illationem refutat. Res ita se habet: Servi obligantur etiam Jure civili ex delicto. Saltem quæstio est, cur in præjudicium Domini, cum tamen servus alias non possit Domini conditionem deteriorem reddere. Respondetur: Si servus delinquens non esset in dominio, posset actor ipsum ex delicto convenire, & si non haberet in re, ejus corpori incumbere. Hoc quo minus fieri possit, obstat alterius dominium. Cum vero dominus alias sentiat lucrum ex servo, æquus est, ut is damnum patiatur & incommodum, quam quæ per servum est læsus. Ne tamen & sic domini conditio a servo reddatur deterior, & ultra lucrum dominus gravetur, liberatur dominus noxæ deditione, cum ita, ut modo diximus, actor non habeat, quod conquiratur.* conf. Struv. Ex. 14. th. 18.

2. Æstimatio damni proprie est in obligatione, noxæ deditio in præstatione, qua reus beneficio legis se liberare potest, *l. 6. § 1. de re jud.* Utraque sententiæ quidem inseritur, *§ 1. infra de off. jud.* sed æstimatio damni principaliter, noxæ deditio per consequentiam, *d. l. 6. § 1.* quatenus durum & iniquum visum est, ut servus domino supra corporis sui pretium noceret; cum aliqui traditum sit, non posse servum domini conditionem facere deteriorem, *l. 135. d. R. J.* Noxæ & noxiæ discrimen, quod est in *§ 1. h. t.* ut noxa sit corpus quod nocuit, noxia delictum ipsum; minime perpetuum est, cum noxa & noxia passim pro maleficio promiscue accipiantur, *l. 1. l. 2. § 1. l. 14. de Nox. act.* Vinn. *ad § 1.* Noxæ autem deditionis hic est effectus, ut dominium servi transeat in eum, cui actio e delicto noxalis competit, ut tamen idem servum, qui confecta pecunia damnum ei refudit, dimittere cogatur. Eoque casu servi etiam dominus eum manumittere compellitur, *§ 3. h.* Si dominus servum defendere velit, potest eum desistendo statu in liberali, *l. 33. d. tit.*

3. Dividuntur hæ actiones in civiles & prætorias. *Civiles* dantur ex maleficiis, quæ Legibus puniuntur, ut furti nec manifesti noxalis, damni ex *L. Aquilia* noxalis, Injuriarum ex L. Cornelia noxalis &c. *Prætoriæ*, ex maleficiis, quæ prætor edicto suo punivit, ut noxalis injuriæ verbalis, noxalis vi bonorum raptor. *&c.* Quippe noxales actiones non sunt etiam distinctæ species, sed tantum accessoriæ qualitates aliarum Actionum.

4. Illud palam est, in personam actiones esse, cum sint ex delicto; videntur tamen in rem scriptæ, quia dantur adversus possessorem servi; nam noxa caput sequitur, etsi tempore delicti commissi fuerit in alterius dominio, *§ 5. h. l. 20. & l. ult. h. t. l. 1. C. co. l.* Hæc autem regula: Noxa caput sequitur. etiam huic casui accommodatur, quo servus, delicto perpetrato, manumissus fuit, *l. 1. § 18. Depos. l. 4. C. An serv. pro suo fact.* quod hactenus verum est, quatenus actio contra manumissum sine dubio datur, at minime noxalis, verum directa ex ipso delicto, *d. l. 4. & l. 15. de condict. furt.* quemadmodum & contra, si liber homo, delicto perpetrato, servus esse cœperit, hoc quoque casu noxa caput sequitur, ita ut actio, quæ prius directa competebat, jam facta sit noxalis, *§ 5. in fin. h.* adde *l. 7. § 1. de cap. min. l. 2. in fin. de priv. delict.* Caterum, dominus ex delicto servi sui, nullo casu actionem habere potest, ne quidem si postea fit manumissus, ut pluribus habes in *§ 6. h. t.*

5. Olim quoque ex delicto filiifam. noxaliter agebatur, *§ ult. h.* quemadmodum per omnia fere Patria potestas æque rigida fuit ac dominica; sed hodie ipsemet ex delicto suo filius. convenitur, non pater, *d. § ult. in fine.** quam in patrem post condemnationem actio

* Usu moderno ex delicto filiifamilias non conceditur adversus patrem actio, ne quidem ad multæ solutionem juxta legitimæ quantitatem: hæc enim post mortem demum debetur. Ceu pro parte ob vul-

judicati-

judicati exercetur, *l. 3. § 11. de pecul. l. 35. de Nox. act.* Quod si non habeat unde solvat, corporaliter puniendus est, *l. 1. § ult. D. de Pœnis.* Unde regula vulgata, qui non habet in ære, luat in pelle: * quæ non alibi locum habet quam in delictis, quibus pœna pecuniaria est imposita, *d. l. § ult.* Cæterum, ad publica delicta, ne quidem deditio servorum pertinet, *§ ult. h.* quippe in publicis delictis agitur de animadversione, qua homines alii ab similibus ausis deterreantur, non de mulcta pecuniaria actori applicanda, vel de æstimatione damni: verum actio noxalis supponit actorem, qui æstimationem damni quæriat, ut ex definitione apparet.

TIT. IX.

Si Quadrupes Pauperiem fecisse dicetur.

Actio de pauperie quadrupedaria. Concursus ejus actionis cum Ædilitia.

NOxali simillima est actio, de damno per quadrupedem dato, quod *pauperiem* vocamus. Etenim pauperies est damnum sine injuria facientis datum, hoc est, a pecude, quæ ut juris, ita & injuriæ incapax est, *l. 3. § 1. h. t.* utcunque aliquod ejus vestigium appareat in *d. l. 1. § 11.* ubi distinguitur inter culpam animalis provocantis & innocentiam provocati, qua in re videtur aliquam rationem habuisse Juris ejus, quod Plutarchus probat *in lib.* τὰ ἄλογα λόγῳ χρῆσθαι, *Irrationalia ratione uti.*

SCHOLIUM.

Malim ratione decisionis in eo quærere, quod bestia provocans contra naturam generis laserit, provocata vero secundum naturam.

De pauperie datur ei, qui passus est damnum, hoc est, domino, vel ei, cujus interest, *l. 1. § ult. & l. 2. h. t.* adversus dominum quadrupedis actio, in hoc, ut vel damnum sarciat, vel quadrupedem dedat, *d. l. & pr. h.* ** Locum autem habet, quando quadrupes contra naturam generis sui, non ex ingenita feritate nocuit, nec etiam, si irritatus sit quadrupes, aut ob onus nimium, aut errore ductoris nocuerit. Nam priore casu nulla est Actio, nisi in duplum adversus eum, qui canem, aprum, verrem, aut aliud animal noxium, juxta viam publicam habuit, *§ ult. h.* Altero autem casu, si pecus irritatum sit ab eo, cui nocitum est, ipse sibi imputet; si ab alio, tunc ille tenetur *ex L. Aquilia* utili, vel in factum Actione, *§ ult. d. L. Aquil. in fin. h. t.* Est præterea de pastu pecoris actio ex L. XII. Tabb. *l. 14. §3. præscr. verb.* ipsum tamen pecus non includetur, nisi dominus ignoretur, *l. 39.*

nerationem a filio factam zu Zahlung des Arztlohns convento. *pron. Fac. Lipsi. m. Apr. 704.* conf. Berlich. *P. 3. concl. 14 num. 18.* Coler. *Decis 39. n. 9.*

* De Usu hujus regulæ, quæ *l. 7. §3. de jurisd. l. 25. ff. de in Jus vocand. l. ult. C. de mod. mult. c. 5. X. de dol. & contum.* confirmatur, in Saxonia satis constat ex *Ord. Cur. Prov. Wittemberg. rubr.* Von der Leuterung. § und nachdem. ubi temere appellantes, si multam præstare nequeant, corpore pœnam dare jubentur, verb. am Leibe soll gestraft werden. *Corp. Juris Sax. p. 142. conf. Privileg. Lipsiensis Senatus,* wegen muthwilliger Appellationen und unnöthigen Processen. § Wenn es aber gar arme und unvermögende Leute betrifft, so die angesetzte Geld-Strafe nicht zu bezahlen hätten, die sollen anstatt derselben nach Befindung ꝛc. Leipzig. *Statuta pag. 274. it. ex Ordin. Prov de Ann. 1555. rubr. Consistoria.* § Würde sich aber. *Mand Elect. de An. 1626 d. 24. Febr* § und begehren. *Ordin. Polit. de Ann. 1661. Tit. 17.* von Kind-Tauffen. § 3. aliisque plurimus textibus. adde Menck. Disp. de Tergo subsidiario, vulgo von der Bezahlung mit der Haut.

** Jure Saxonum Dominus animalis hanc electionem amittit, si animal, quod damnum dedit, ad se recipiat, sic enim, modo pauperiem ab eo factam sciverit, damnum datum præcise præstare jubetur. L. R. *L. 2. art. 40.* Zobel. *P. 1 diff. 8. n. 6.* Carpz. *Prax. Crimin qu. 131. n. 19.* Thomæ *de vox animi. cap. 10. n. 32.* Tenetur ergo animal abigere, id est, ut Schilter. *ad ff. Ex. 13. § 6* ex moribus & æquitate explicat, ad judicem deducere, quo facto ipse ab omni obligatione liberatur, licet (α) læsus bestiam nolit recipere, ea enim tunc pro derelicta habetur, adeoque a Judice retineri, aut a quocunque occupari potest. Schilter. *l. c. j.* Richter. *Dec. 5. n. 32* aut (β) animal ad dominum, qui expulit, revertatur; satisfeciisse enim videtur suo officio, qui id illico abegit.

§ 1.

§ 1. *de Leg. Aquil.* tametsi in pascua Principis immissum animal, ibidemque repertum fœco pro noxa cedat, *l. 1. C. de fund. & salt. domin. l. ult.* De glande a suibus alienis comesta, datur actio ad exhibendum in id quod interest, *l. 9. § 1. ad Exhib.* vel in factum, *l. 14. § fin. præsc. verb.* sc. quatenus in una plus est quam in altera; nam si utraque daretur in solidum, tum idem bis peteretur, quod bona fides non patitur. Per hanc enim regulam judicandum est, quando concursus Actionum sit electivus, quando cumulativus, ut dictum in *fine tit. de obligat. ex del.* & modo inprimis *ad fin. tit. de Action.* ita ut semper consideretur, sitne aliquid in una actione, quod non fuit in altera. Nam si leviore prius sit actum, gravior adhuc supereſt in id quod in ea plus reperitur. Ac ita, inquam, capiendum videtur, quod in fine *h. t.* scriptum est, *Nunquam actiones de eadem re concurrentes alia aliam consumit*, sed durat agendi jus, donec actor id quod maximum est in ulla actione de re ista, sit adeptus; *præsertim pœnales*, ait textus, quia in his concursus plurium actionum multo frequentior est quam in rei persecutoriis. Eadem regula sic habetur in *l. pen. de O. & A. l. 130. de R. J.*

2. Sed roget aliquis; quo pacto fieri potest, ut actio ædilitia cum quadrupedaria concurrat? nam ædilitia de canibus & de feris animalibus scripta est, & de his quadrupedaria non competit. Responsio est, utilem quadrupedariam de illis dari. *l. 1. § 14. h. t. l. pen. eod.* quamdiu scil. quadrupes in potestate custodiaque prioris domini manet: Etenim si effugerit, hæc actio cessat, *h. pr. versic. denique si ursus.*

SCHOLIUM.

Sed l. 1. § 14. *nihil probat. In lege penultima vero* aliud animal, *non opponitur* mansueto, *sed* quadrupedi. *Et pugnat hæc assertio, quod actio utilis quadrupedaria detur de damno per feram bestiam dato, cum Philosophia Ulpiani in tota* l. 1. h. t. *imo & ipsius Triboniani*, in pr. h. t. *Videtur itaque, si dicere licet quod res est, clausula ista in* § 1. h. t. *Triboniano ex incogitantia excidisse.*

RESPONSIO.

Pro l. 1. § 14. *poni debet* § 4. *ex quo constat, verba Edicti fuisse generalia, quæ a JCtis limitationem acceperunt, qualis ibi & in l. pen. Non est diserte illic de feris bestiis; sed Justinianus non minorem habeat auctoritatem quam JCti, hac in parte; ut potius utilem actionem ad eam speciem extendamus, quam inutilem conditoris Artis negligentiam increpemus. Eadem est responsio Pinnii. Plura alias.*

N. ADDIT.

Mire castratum est Scholium nostrum & capite, & medio, & fine carens. Ergo ante omnia integrum restituamus. Positum erat ad verba, ubi dicebatur in positione, quod hæc actio detur, si contra naturam generis sui damnum dederit bestia. Adjeceram; Wiss. h. t. th. 2. Est enim inventa hæc actio in his casibus, ubi lex Aquilia cessat, unde pauperies per feras bestias data huc non spectat, sive enim fera damnum dederit, quæ est nondum occupata, nemo qui conveniri queat adest, sin occupata sit, tum absque culpa vel læsi, vel domini, vel tertii, damnum dari nequit. Non obst. § *ult. h. t.* ad quam variè respondent DJ. *Responsio est*, inquit autor *in prælect. n. 2. utilem quadrupedariam de iis* (feris bestiis) *dari, l. 1. § 14. h. t. l. pen. eod. quamdiu scil. quadrupes in potestate custodiaque prioris domini manet. Etenim si effugerit, hæc actio cessat, h.* princ. vers. denique si ursus. Sed *l. 1. § 14.* nihil probat. In lege penultima vero *aliud animal*, non opponitur *mansueto*, sed *quadrupedi.* Et pugnat hæc assertio, quod actio utilis quadrupedaria detur de damno per feram bestiam dato, cum Philosophia Ulpiani *in tota l. 1. h. t.* imo & ipsius Triboniani, *in pr. h. t.* Melius forte ad mentem Triboniani est aliorum responsio, concursum actionis de pauperie cum actione ex ædilitio edicto, ibi memorari saltem respectu canum, qui ad bestias mansuetas pertinent. Dico: ad mentem Triboniani. Nam ad mentem legis XII. Tabb. & Ulpiani nec hoc est. Sed *etsi canis*, inquit *l. 1. § 5. h. t. cum duceretur ab aliquo, asperitate sua evaserit & alieni damnum dederit, SI PER EUM LOCUM* ductus *non debuit, hæc actio cessabit, & tenebitur qui canem tenebat.* Videtur itaque, si dicere licet quod res est, clausula ista in § *1. h. t.* Triboniano ex incogitantia excidisse, quod ostendunt insuper voces: *præsertim pœnales.* Ex quibus constat, eum hanc actionem pro pœnali habuisse, iterum contra mentem Ulpiani & legis XII. Tab. ut jam dicetur. Est enim ex quasi-contractu ob æquitatem naturalem, per ea, quæ Dn. Struv. *Ex. 14. th. 8.* Dn. Pufend. l. 3. & 4. *J. N. & G.* c. 1. § 6. Ad quasi-delictum videtur eam referre Dn. Schilter *Ex. 19. th. 2.* quod forte magis ad mores Saxonum, de qui-

quibus *th. 3.* quadrabit, quam ad legem XII. T. *Jam videamus responsionem Autoris. De* L. penult. *jam in Scholio dictum, & videtur hic consentire Autor. Sed* § 4. l. 1. *pro Autore nihil probat, quia hic* § *non est separandus a* § 7. *sed cum eo conjungendus. Adde, quod JCti verba edicti generalia limitaverint non pro suo arbitrio, sed ex natura negotii, ut videlicet actio hujus edicti secerneretur ab actione Legis Aquiliæ. Non minorem porro Justinianus habuit autoritatem quam JCti, fateor, sed non tantam, ut intellectui legem ponat & naturas rerum mutet. Præprimis autem, si quis hac responsione uti velit, constare debet, an Justinianus novam legem dare & veteres JCtos corrigere velit, de quo nihil extat in* § ult. *Jam videant JCti cordati, & qui sputa Tribonani lingere non sunt adsueti, an conveniat vero & non personato JCto, ut potius contra juris prima principia utilem actionem de pauperie ad eam speciem extendat, quam inutilem conditoris artis negligentiam increpet. Hujus videlicet conditoris, qui quotiescunque de suo ingenio quid ratiocinari vult, tam misere id facit, ut vel tyrones non pejus facere possint.* vid. potiss. § ult. quib. ex caus. majum. non licet, & tit. Inst. de L. Fusia Canin. *Conf. Autorem ipsum supra ad hunc posteriorem titulum.*

Cæterum, Pœna actionis ædilitiæ * est eadem, quam *supra* habuimus in quasi-maleficio de dejectis & effusis, nisi quod hic de homine occiso agitur in ducentos aureos sive solidos, *l. 42. de Ædil. Ed.* vid. *supr. ad* § 1. *de Obligat. ex quasi-del.*

TIT. X.

De iis, per quos agere possumus.

Jus vetus & novum de hac Rubrica. Quid procurator & quotuplex. Usus & officium ejus. Potestas & differentia ab affinibus.

OLim nemo per alium poterat exercere judicium, κατ' ἐν πολιτείᾳ, *non erat in usu civili*, ut Theoph. quia cunctæ actiones erant legis actiones, *l. 2.* § *6. & seqq. de O. J.* quas per alium exercere non licebat, *l. 123. de R. J.* quemadmodum idem adhuc obtinet in his, quæ per excellentiam Legis actiones hodieque dicuntur, *l. 77. de R. J.* ibique Jacob. Gothof. Tamen & olim causæ excipiebantur, in quibus absoluta necessitas in universum id flagitaret, veluti cum pro populo syndicus & actor, pro pupillo tutor, & pro libertate adsertor agebat; quia totus populus, servus, & pupillus, nullo modo in judicio stare poterant, denique pro absentibus Reip. causa ex L. Host. de furto, *pr. h. t.* Sed postea Civium utilitas effecit, ut indistincte liceret dare procuratores ad lites exercendas, *d. pr.* utique ad causas civiles, ** ne famosis quidem exceptis, *l. 6.* § *2. de his, qui infam. not. l. 42.* § *1. de Procur.* imo ne civilibus quidem, ubi pœna non excedit relega-

* Jure nostro quoties animal sua natura ferox damnum dedit, e. g. ein schädlicher Hund, zahmer Wolff, oder Hirsch ꝛc. dominus, ad quem tempore læsionis bestia pertinebat, eam expellendo haud liberatur. L. R. *L. 2 art. 62.* sed si quis occisus fuerit, ad præstandum Wergeldum, si læsus, ad emendam impensasque curæ solvendas compellitur, ac præterea carcere aut multa coerceri solet. conf. *Ord. Crim. a. 136.* Carpzov. *Pr. Crim. qv. 131. n. 25.*

** Ita quoque apud nos regulariter obtinet; personalis tamen comparitio requiritur ‡ 1) in causis cambialibus ex parte Rei, secundum das erneuerte Marckt-Rescript *de Anno 1665. verb* iederzeit in Person vor Gericht zu erscheinen. 2) in causis mercatoriis, *d. Rescript. verb* in Wechsel- und andern bekantlichen oder in continenti erweislichen Handels-Schulden. 3) in causis Matrimonialibus, inprimis in primo Termino, bey der Verhör. Berger. *Elect. Proces. Matrim.* § *16.*

‡ Partes novissimo Jure Judiciario, in omnibus Judiciis superioribus & inferioribus, nec non ad Commissarios, ut sub quinque & amplius talerorum pœna prima vice ipsæ se judicio sistant, citandæ sunt, nec admittendæ excusationes, nisi morbo, longinqua absentia, itineribus necessariis, aliisque impedimentis ex judicis arbitrio legitimis innitantur, cui equidem demonstratione aliqua, aut saltim asseveratione juramenti loco in literis excusatoriis adjecta, fidem faciant. Interea ita excusatus, mandatarium suum ad amicabilem compositionem, cujus obtinendæ causa hæc constitutio maxime confecta est, sufficienter instruat, nec ideo, ut audiat, & ad se referat, eum in judicio adesse debere, credat, *O. P. S. E. I. & E. Tit. I.* § *1.*

tionem, *l. 1. vers. plane. An per al. caus. appell. reddi poss.* nam in gravioribus causis non licebat dare Procuratorem, *d. l. 1. & l. pen. § 1. de publ. judic.*

2. Est autem procurator, qui res alienas mandato Domini administrat, *l. 1. pr. de Proc.* unde solo consensu etiam inter absentes constituitur, *§ 1. h.* Estque vel ad negotia, qui plerumque Mandatarius vocatur, vel ad lites, *l. 73. de procur.* Hic rursus in rem suam, vel in rem alienam, de quibus *supr. in tit. de mandat.* per mandatum vero differt procurator a negotiorum gestore, & a defensore; nam ille dicitur, qui res alienas sine mandato administrat, hic vero, qui litem absentis amici ultro suscipit ac tuetur, *l. 28. & l. 51. de Procurat. & defensor.* Potest etiam Procurator rei *Defensor* appellari, *l. 35. § 3. de Procur.* quemadmodum & defensor mandato carens Procurator dicitur in *l. 12. C. de Procurat.* Hoc tit. de Procuratoribus ad litem, & in rem alienam, agitur.

3. Ufus Procuratoris est, ut sit vicarius domini, sicut Cicero in *orat. pro Caecin.* loquitur, siquidem morbus, ætas, & necessaria peregrinatio, aliæque justæ causæ, sæpe hominibus impedimento sunt, quo minus ipsi rem suam exequi possint. *pr. h. l. 1. § 2. de Procurat.* Quid enim erat inhumanius, quam quod olim litigantes etiam ægroti in jus venire cogebantur, ita ut jumento vehiculoque imponerentur; quemadmodum apud Gell. *lib. 20. cap. 1.* legimus? Ex his liquet, officium Procuratoris ad rem alienam esse, omnia facere, quæ ad litis exitum, victoriamque obtinendam pertinent, *d. l. 35. § 3. de Procurat.* qua de re plenius ad *tit. D. de Procurat.*

4. Differt autem Procurator ab Advocato,* quia ille per litis contestationem fit dominus litis, *l. 22. & seqq. C. de Procurator.* Advocatus vocis suæ patrocinium duntaxat adhibet; Procurator satisdat, non advocatus, § 3. *tit. sequ.* Advocatum per quinquennium juris studio operam dedisse oportet, ** *constit. ad Antecess. vers. quibus si bene.* de procuratoribus nihil tale proditum est. Præterea Advocati officium multo dignius est, *l. 14. C. de Advocat. diversi. Jud.* cum Procurator etiam possit esse infamis homo, § *ult. infra de except.* denique jurat de calumnia advocatus, non Procurator, § 2. *Inst. de Pan. tem. litig.* Compendiose Alcon. in *divinat. Cic. Qui defendit alterum in Judicio, aut Patronus dicitur, si orator est; aut Advocatus, si aut jus suggerit, aut praesentiam suam commodat amico; aut Procurator, si negotium suscipit; aut cognitor, si praesentis causam novit & sic tuetur ut suam.* Postea Patronorum & Advocatorum contusa sunt officia; cognitoris in jure nostro ne quidem nomen quod iciam, extat. Procurator est is, de quo diximus, & dicetur pluribus in ff.

TIT. XI.
De Satisdationibus.

Quid satisdatio & quomodo facta jure veteri. Quomodo jure novo, respectu Rei. Respectu actoris, si det Procuratorem. Respectu rei Procuratorem dantis. Ratione Defensoris &c.

QUando per alios judicia exercebantur, inprimis necessariæ erant satisdationes; aliquando etiam, si per ipsos litigantes. Quid autem est Satisdatio? nihil aliud quam cautio, quæ fit datis fidejussoribus in securitatem adversarii, *l. 1. Qui satisd. cog. l. 7. de Prat. stip.* Hæc aliter veteri, aliter recentiori jure præstita fuit, ut in *pr. & § 1. h. t.* exponitur. Olim reus actione in

* In judiciis Saxoniæ plerumque advocatus causæ simul procuratoris partibus solet defungi, utut non prohibitum sit alium procuratorem, qui juris imperitus esse potest, alium advocatum sibi constituere. Cæterum in Curiis Saxoniæ provincialibus Lipsiensi & Vitebergensi diversum est procuratorum, derer Anwälde oder Redner, & advocatorum officium. De numero eorum ac munere ut & salario, vid. Leipz. Ober Hofger. Ordn. *d. 1549. tit.* wie viel procuratores. it. *tit.* von den Advocaten. Wittenb. Hofger. Ordn. *d. 1550. t.* von den Procuratoren.

** Studium quinquennale academicum in advocatis desideratum, *v. l. 11. § 1. C. d. adv. div. jud.* ubi ad eruditionem & habilitatem magis, quam ad tempus in academiis consumtum, vid. Mand. *Cl. d. 1691. § 8.* respectum fuit, non amplius exigitur. Interim novissimum mandatum *d. 1723. d. 12. Apr. § 2.* disposuit, neminem ad examen advocatorum admitti, nisi qui idoneis attestatis doceret, se per tres, vel quatuor rem

rem conventus satisdabat Judicatum solvi, ἕνεκα τῆς Διατιμήσεως τῆς δίκης, de litis æstimatione solvenda. Actor suo nomine agens non cavebat, sed procurator satisdabat, dominum rem ratam habiturum, si ullo modo de ejus mandato dubitaretur, *pr. h. tit.* Idem respectu actoris erat in actionibus in personam, idque etiam in tutoribus & Curatoribus obtinebat, ait Cujac. *in pr. i. t.* quando videlicet, an tutores essent, dubitabatur, *l. 23. de administr. tut.* Regulariter enim Tutores atque curatores non satisdabant de rato, *l. ult. § 3. C. de Administr. tut. l. 23. D. eod.* idemque de syndicis & actoribus, qui ab universitatibus dantur, intelligendum. *l. 6. Pomp. hab. l. 6. § 3. Quod cujusque univers. nom.* Sed reus proprio nomine suscipiens judicium, nihil tum satisdabat; at si quis pro alio judicium susciperet, is quoque satisdabat judicatum solvi, *§ 1. h. l. 43. in fin. de Procur.* Ratio, cur reus olim in actionibus in rem magis quam in personam satisdederit, hæc reddi potest; quod in illis agebatur de corporibus, quæ perire vel deteriora fieri possent, in his de quantitatibus, quæ neque perire neque deteriorari possunt. *arg. l. 11. C. si cert. pet.*

2. Jure novo Actor, sive per se, sive per Procuratorem inferat litem, cavet intra duos menses a tempore libelli porrecti, se litem contestaturum, *Nov. 96. c. 1.* * Reus in Judiciis personalibus Realibusque cavere debet judicio sisti, & se in judicio usque ad finem litis permansurum, *§ 2. h. Auth. generaliter. C. de Episc. & cler.* fit autem illa cautio tribus modis, per fidejussores, per jusjurandum, aut per nudam repromissionem: Hac postrema, ψιλῇ ὁμολογίᾳ, ut Theophil. defungi possunt rerum immobilium possessores, quorum prædia sunt pro prædibus, *l. 15. D. Qui jud. cog.* ** Jurejurando cavent Illu-

annos studio juris tam in theoria quam praxi vacasse, & differendo profectuum specimen publicum edidisse.

* Istæ cautiones Juris Romani apud nos in usu non sunt. Carpz. *P. 1. C. 5 Def 1. & 30.* Coler. *de Process. Exec. p. 3. c. 11. n 94* Schilter. *ad Jus Alem. Feud. cap. 17.* Stryck. *U. Mod ff. tit de calumniat. § 4.* Interim duæ jure nostro ab Actore exigi solent cautiones; I Guaranda, die Gewehr der Klage, quam actor præstat actu corporali durch Angelöbniß an den Gerichts Stab, oder durch den Handschlag, vi cujus promittit se libellum non mutaturum, & reum adversus omnes, qui ipsum ex eadem causa convenire velint, defensurum. Quæ Jure Comm. Saxon introducta, & N. *l. 2. art 15. & l. 3. art. 14.* & Electorali confirmata est, *P. 1 C. El. 4. O. P. S. T. 5. §* da auch. *T 12. verb.* Vermöge Land- üblicher Sächsis. Rechte, *Res. Grav. de Anno 1653 gr. 17. C. S. p. 1031.* add. Berlich *P. 1. Concl 19* & Carpzov. *ad d. C. def. 1. seqq* hæc in causis ordinariis, etiam reconventionis, feudalibus & criminalibus quoque, Weichb. *art 114.* non tamen in Processu summario Executivo, Cambiali, Matrimoniali, & Mercatorio exigitur, conf. Menck. *ad Ord Proc. Sax. tit. 7. § 2. 3. 4.* Zang. *d. Except P. 2. c. 21. n. 53.* Mod. Pistor. *qu. 78.* II. Cautio pro Reconventione & Expensis, per quam Actor datis fidejussoribus vel pignoribus, ac in subsidium jurato, cavet, quod in reconventione se coram eodem judicio sistere, ac in expensas litis temere motæ condemnatus, eas præstare velit. In Reconventione autem de solis expensis ea exigitur. Carpzov. *Proc. T 9. art. 5. num. 181.* Suendendörf. *adtribig p 478* & in causis matrimonialibus, alimentorum, ut & in concursu creditorum locum non habet. Berger. *Elect. Proc Matrim. th 21. 22.* Carpzov *P. 1. C. 5. d. 27. n. 1* uti quoque hæc cautio cessat in provocante ex L. diffamari, & L. si contendat. cum is in causa principali revera sit reus. Lauterbach. *disput. ad L. si contendat. ff. th. 67. n. 3. 9.*

** Hi apud nos Guarandam quidem præstare tenentur, ‡ a Cautione autem pro Reconventione ‡‡ & expensis liberantur, ‡‡‡ *P. 1. C. El. 5. Ord. Proc. Sax Tit 13.* § nachdem, ubi eodem jure apud nos fruuntur, qui allodiatia & qui feudalia bona possident. Carpzov. *ad d. C. d. 20.* Imo Usufructuarii quoque re-

‡ Guaranda, res exigui usus, & litium remora in foro Saxonico penitus est abolita. *O. P. S. E. I. & E. Tit. XII. § un.*

‡‡ Cautio pro Reconventione in Saxonia cessat, postquam hæc cum conventione pari passu ambulat. *O P. S. E. I. & E. Tit. XXIII. § un.*

‡‡‡ Puta rerum immobilium possessores, quales jure novissimo habentur Tabernarum & Apothecarum domini, usufructuarii, in publicis muneribus constituti, & salaria eo nomine percipientes, corpora denique integra & universitates, licet communibus bonis non sint instructæ. Præter hos, & eos, qui pauperum jura nacti sunt, si alii agere vel conveniendo, vel reconveniendo velint, antequam citatio decernatur, de Expensis XXX. L. & amplius taleris pro causarum diversitate caveant. *O. P. S. E. I. & E. Tit. XIII. § un.*

ſtres perſonæ, *l. 17. C. de dignitat.* item pauperes, qui fidejuſſores reperire nequeunt, *Nov. 112. C. 2.* Ratio, quare idem privilegium perſonis adeo contrariis indulgeatur, ſunt diverſæ; ab illuſtribus ideo non exigitur fidejuſſor, quod in ea re quædam inſit contumelia, *l. 17. in fin. de Teſtam. Tut.* Pauperes jur. cavent, * quia raro quisquam pro iis fidejubere vult, quæ res judicia remoraretur, quod ipſius actoris intereſt ne fiat, *d. N. 112. c. 2.* Reliqui ſatisdare debent, hoc eſt, cavere datis fidejuſſoribus. Fidejuſſores autem eſſe locupletes debent, quod non tantum ex facultatibus, ſed etiam ex conveniendi facultate æſtimatur, *l. 2. in pr. D. eod. tit.* Hinc mulier, miles, minor annis 25. omnesque potentes non habentur locupletes fidejuſſores, licet opulentiſſimi, *l. 8. § 1. eod. tit.* hæc ad *§ 2. h.*

3. In Actore diſtinguitur; nam ſi ipſemet agat, nihil cavendum habet; ſi dat procuratorem, hunc vel in Judicio, vel extra judicium dat. Si in Judicio, nihil etiam cavet; at ſi extra judicium & quoties de mandato quicquam poteſt dubitari, procurator cavet, dominum rem ratam habiturum, *§ 3. h. & l. 1. C. de ſatisd. & l. 1. C. de Procurat.* ** Quod ſi plane mandatum non habeant, qui pro aliis agere volunt, penitus rejiciuntur, præter conjunctas perſonas, quæ ſub cautione de rato, licet mandato carentes, admittuntur, *** *l. 35. l. 40. § ult. D. de Procurator.* ut & Procurator omnium bonorum, *l. 5. § 18. de oper. nov. nunciat.*

4. Quando reus dat Procuratorem, ſi quidem extra judicium, duplex Cautio præſtatur; Una judicatum ſolvi, quæ tres habet clauſulas, litis æſtimationem ſolutum iri, dolum malum abeſſe, abfuturum eſſe, *l. 6. D. Judicat. ſolvi.* Altera cautio eſt Hypothecaria omnium bonorum, qua Reus promittit, ſe tempore ferendæ ſententiæ in judicio eſſe adfuturum, *in fine § 5. h.* Quod ſi reus in judicio dederit procuratorem, tum ſimpliciter ſatisdat judicatum ſolvi, *§ 4. in pr.* Quod a dominis rerum litiumque poſtulatur, idem ab ſyndicis tutoribusque municipiorum, denique & a tutoribus atque curatoribus, & ſi quæ ſimiles perſonæ alienarum rerum gubernationem receperunt, exigitur, non utique cum ipſi pro ratione muneris ſui agunt vel conveniuntur, ſed quando litem quibusdam per alios inferunt, ut eſt in *fin. § 3. h. t.* Etenim & illi dant vel Procuratores, quando ſcil. per litis conteſtationem domini litis ſunt facti, *l. 11. C. de Procurat.* aut prius, dant auctores ſuo periculo, *l. un. C. de Act. a tut. dand.*

5. Qui pro abſente cauſam ſine mandato ſuſ-

rum immobilium e. g. mariti, quorum uxores immobilia poſſident, cavere non compelluntur. v. LM. *L. 3. a. 76. P. 3. C. Ll. 32.* Carpzov. *l. c. def. 21.* Nicol. *ad Proc. P. 1. c. 36. n. 9. p. 402.* licet hi jure Romano a cautione non liberentur, *l. 15 § 1. ff. qui ſatisd. cog. vel jur. prom.* Lauterb. *ad d. l. c. 38 n. 15.* conf. Stryck. *Uſ. Mod. ff. tit qui ſatisdar. cog. § 10.* Nec requiritur, ut immobilia ſub eodem judice ſita ſint, *O. P. S. T. 13. § 1.* ſed ſufficit, ſi Actor in Electoratu poſſeſſionatus ſit, unde etiam poſſeſſor immobilium in Epiſcopat. Martisb. aut Numburgenſi Cautionem non præſtat in Saxonia Electorali, Carpzov. *Dec. 226.* Eos tamen, qui in Luſatiæ Marchionatu poſſeſſionati ſunt, ab eadem in judicio ſupremo Provocationum non immunes eſſe, oſtendit Nicol. *l. c. n. 7.*

* Similiter *Ord. Proc. Sax. Tit 13.* § Da aber. Actorem, qui cautionem pro reconventione & expenſis, per fidejuſſores & pignora præſtare nequit, ad jusjurandum admittit, quo aſſeveret, ſe eam, quam cautio injuncta continet, quantitatem in bonis non habere, nec credere, quod, omni licet adhibita diligentia, fidejuſſores aut pignora poſſit invenire, quo juramento præſtito, cautione juratoria caret de reconventione & expenſis. vid. Svendend. *ad Fibig. p. 488.*

** Hæc de rato cautio per fidejuſſores jure civili expediebatur, *§ 3. I. h. t. l. 12. C. d. proc.* jure autem Sax. admittitur cautio ſub hypotheca bonorum, aut depoſitio pecuniæ, non tamen juramentum. conf. *P. 1. C. El. 5.*

*** Jure Saxonico Electorali ſine mandato expreſſo, cum cautione rati comparere poſſunt (1) aſcendentes & deſcendentes, *O. P. S. T. 7. §.* Wir laſſen. § daß ein Vater von ſeines Sohnes, und der Sohn von ſeines Vaters wegen. non tamen perſonæ fœminini ſexus, quia procuratoris partes ſuſtinere nequeunt, unde nec mater pro filio, *a. d. § O. P. S.* verb. Vater. ibique Zigler. nec filia pro patre admittitur, Diff. Sand. *l. 1. tit. 5. dec. 4.* Conf Lauterb. *D. ff. de Cautione rati a conjunct. th. 7.* (2) Collaterales usque ad gradum tertium inclusive, *d. § O P. verb.* ſeit halb die Blutsverwandten bis in dritten Grad *incluſive*, quod de gradu tertio computationis civilis accipi debet. Berlich. *P. 1. Concl. 14. n. 33.* Carpzov. *P. 1. C. Elect. 1. d. 29. n. 2.* (3) in affinitate Socer pro Genero & Gener pro Socero, *d §* qui pro ſocru quoque, & ſocer pro nuru, non tamen vitricus pro privigno comparere poteſt. conf. Menck. *ad Ord. Proc. Sax. tit. 7. th. 10.*

cipere

cipere vult defendendam, is quoque judicatum solvi satisdare debet, § 5. *h.* ubi citatur vetus Regula; quod nemo alienæ causæ idoneus sit defensor absque satisdatione. Quid autem his de rebus in foro observetur, ipsa praxi discendum est. Pleræque sane dictarum cautionum in usu esse desierunt. Ex causa usurpatur tamen cautio de rato & de solvendis litium expensis, quæ est etiam in *Auth. generaliter. C. de Episc. & cler.* imo & judicatum solvi præstatur cautio, si reus sit peregrinus, aut de fuga suspectus, vel non solvendo. Groenew. *ad* § 4. *h. t.* sed ab actore in tali casu nihil quam de litium expensis cavetur, nisi reconventio instituatur. Sæpe etiam judicio sistendi causa ab reo caveri debet: sc. omni cautione ante litem contestatam exigenda. Zanger. *de Except. p. 2. c. 21. in pr.* Gudel. *de jur. noviss. lib. 4. c. 5.* Est etiam frequens in foro cautio de non offendendo, quam is exigit, qui sibi suisve rebus haud inani causa meruit, de qua Bartol. in *l. 6.* § 2. *de off. Præs.* & Bald. *vol. 3. consil. 287.* At hæ similesve cautiones, cum litis causa proprie non fiant, hujus loci non sunt. vid. D. Voet. *ad* § 5. *h. t.*

TIT. XII.

De Perpetuis & Temporalibus Actionibus.

Tres regulæ in h. t. *Primæ regulæ pars prior exponitur. Pars altera. Regulæ secundæ pars prior. pars altera. Regula tertia.*

IN hoc tit. traduntur duo juris circa actiones fundamenta. *Primum*, quænam Actiones perpetuæ, quænam sint temporales. *Secundum*, quænam heredibus, & in heredes, & quæ non dentur.

2. (a) Quod ad primum attinet, Actiones perpetuæ sunt, quæ durant annos XXX. * quibus elapsis, nulla amplius actio moveri potest, *l. 3. C. de Præscr. XXX. ann.* præter hypothecariam, quæ contra debitorem ejusve heredem, durat annos XL. *l. 1. & 2. C. Si adversus Credit.* denique rebus Ecclesiæ præscribitur etiam quadraginta annis, *Nov. 109. N. 131.* Græci XXX. annorum spatium vocant γενεὰν, *generationem*, ejusque decursu actionum vitam circumscripserunt: nec enim lites expedit esse immortales, ut recte Harmenopulus *l. 1. c. 3. in pr.* Αἱ κῆπωχαὶ ἐκ ἀθάνατοι, τοῦτ' ἔστιν, οὐκ ἀεὶ καὶ μέχρι τῆς τοῦ κόσμου συστάσεως κινεῖσθαι δύνανται. *Non sunt actiones immortales; hoc est, non possunt ad finem usque mundi moveri.* De hac autem actionum duratione, sunt quædam regulæ, quarum prima est; Actiones rei persecutoriæ sunt perpetuæ, non modo civiles, sed etiam prætoriæ, ut interdictum quorum bonorum, & possessoria hereditatis petitio, quæ tribuuntur heredibus, ut in textu, & de quibus in loco plenius dicetur. Item actio quod jussu, exercitoria, institoria, tributoria, de peculio, de in rem verso; addita tamen exceptione, *nisi brevius temporis spatium nominatim quibusdam actionibus sit præscriptum;* Excipiuntur actiones, quibus rescinditur aliquid jure civili validum, *l. 35. in fin. pr. de O. & A.* ut est actio æstimatoria, & redhibitoria, quarum illa pro parte, hæc in totum rescinditur; Emptio, venditio, nam priori lex, alteri duobus mensibus præscribitur, *l. 21. & l. 38. de Ædil. Ed.* Actio de dolo, cui præscribitur biennio, *l. ult. C. de dol. mal.* Restitutio in integrum, quæ finitur quadriennio, *l. ult. C. de in int. rest.* Querela inofficiosi, quæ habet quinquennium sibi præscriptum, *l. 8.* § *ult. de Quer. inoff.* Sunt tamen & aliæ, in quibus illa ratio, de rescissionis odio, non habet locum, ut cum actioni in rem, si mobilis sit, triennio, si immobilis, decem aut XX. annis præscribitur, *pr. tit. Inst. de usucap.* & actionis de peculio, post emancipationem anno, ut docet *tit. π. Quand. de pecul. act. ann. est.*

3. (b) Secunda Regula est de pœnalibus, ubi sic distinguitur. Prætoriæ, sive quæ ex Edicto descendunt, sunt annales, ** quia prætoris offi-

* His in Saxonia additur annus Saxonicus, adeoque actiones perpetuæ durant, 31. ann. 6. sept. & 3. d. L. R. *l. 1. art. 29.* Carpzov. *P. 2. C. 3. def. 3.*

** Atque huic annali præscriptioni, additamentum 6. septimanarum & 3. dierum in Saxonia haud accedit, Carpz. *P. 4 C. 40. def. 3.* sicuti nec actionibus, quæ biennio, (e. g. actio doli) quinquennio, (ut querela inofficiosi testamenti) similive temporali præscriptione tolluntur, vid. Carpz. *P. 2. C. 3. d. 4.*

(a) *Pos. 1. 2. 3. 4. 5. 6.* (b) *Pos. 7. & seqq.*

cium Romæ duntaxat annuum erat: unde Ciceroni Lex annua appellatur, ut alias dictum, excepta furti manifesti, quæ est perpetua; quoniam Prætor, ait Cæsar *in fin. pr. h.* absurdum putavit eam anno terminari; ratione clara, quia furti nec manifesti ex L. XII. Tabb. erat perpetua actio; manifesti igitur, quæ gravior erat in eodem genere, non poterat esse temporaria. Sed hic opus est objectionem removeri. Quid enim? Prætoriæ actiones pœnales sunt annales; quia Prætoris officium erat annuum. Hæc ratio convenit etiam actionibus rei persecutoriis, quæ tamen sunt perpetuæ. Responsio est, ita se rem habere; Convenit hæc ratio æque rei persecutoriis actionibus. Sed in his est alia ratio fortior, quæ vincit alteram; scilicet, quod iniquum sit, actionibus, quibus persequimur id, quod a patrimonio nobis adest, anni spatio finiri. Ubi duæ rationes concurrunt, ibi deterior cedere debet meliori: quemadmodum in præcedenti exemplo actionis furti vidimus, idem evenire Prætoriæ qualitati: Excipitur etiam actio de effusis & dejectis, *l. 5. §5. de his, qui effud. vel dejec.* de servo corrupto, *l. 13. pr. de serv. corrupt.* contra nautas, caupones, stabularios, *l. 7. § f. Naut. caup.* & si quæ sint aliæ. Atque hæc natura Prætoriarum actionum durat, etiam post Edictum perpetuum, qua de re Giphan. *ad pr. h. t.* Civiles; quæ ex lege oriuntur, actiones pœnales, sunt perpetuæ, quod videlicet non modo actionibus ex delicto, sed etiam civilibus, quas supra diximus, applicandum, *dd. ll.* præter jam dicta. Denique, criminales accusationes XX. annorum præscriptione tolluntur, * *l. 12. C. ad L. Cornel. de Falsi.* Cujac. 4. *obs.* 14. Sand. 5. *Decis. 9. def. 2.* exceptis tribus, Adulterio, *l. 29. §5. 6. 7. ad L. Jul. de adult.* Peculatu, *l. 7. ad L. Jul. pecul.* & Sto Silaniano, *l. 13. ad Sc. Silanian.*

4. De anno Prætoriis actionibus imposito repetendum heic, quod supra dictum, esse vel utilem eum, vel continuum. Annus continuus est, qui statim incipit a tempore rei gestæ & in quo cuncti dies naturales, tam fasti quam nefasti computantur. Utilis contra, duplici quoque sensu dicitur, nempe quod ei dies, quibus nescivit actor, & dein, quod dies feriati sive nefasti eximantur: est enim utile tempus, quo quis scivit & potuit agere, *l. 2. pr. ff. Quis ordo in bon. poss.* Igitur tempus continuum etiam ignoranti cedit, *l. 8. de his, qui infam. not.* utile non nisi scienti, *d. l. 2. in pr.* denique tempus utile multo longius producitur; oportet enim impleri dies 365. tales, quibus agi possit, non feriatos. Ejusmodi dies sunt iterum duplicis conditionis; Quibusdam enim Prætor adiri poterat, etiam pro tribunali, quibusdam de plano saltem. Dies, quibus in tribunali sedebat, vocabantur dies sessionum, *d. l. 2. §. 1.* iidemque intelligendi in *l. 5. §19. Ut in possess. legat.* ubi vulgo legitur, possessionum. Hos non semper utiles esse, tradit Cujacius *2. observ. 18.* scil. in hypothesi, ut puto, mihi & tibi non semper utiles sunt, si rem, de qua experiundum erat, ignoramus: In universum dies sessionum, semper & necessario, ni fallor, utiles sint oportet. Ex his apparet, rationem a Justiniano in *pr. h. t.* redditam, quare Prætoriis actionibus anni spatium præscribatur, non ita examussim congruere, ut cum jurisdictione cujusque Prætoris annua, finitæ fuerint actiones; Quippe Prætorem ut plurimum annum utilem in suis Edictis observasse, probatum est *supra ad tit. de injur. § ult.* Nihil igitur amplius pro hac ratione dici potest, quam, actiones Prætorias idcirco annales esse, quod Jurisdictio Prætoris olim anno terminabatur; nihil præterea.

5. (c) Altera pars hujus tituli est de Actionibus ad heredes transitoriis, de quo *§1. h. t.* qua in re duplex consideratio est; Prima, quænam actiones dentur heredibus; Altera, quænam dentur in heredes. Heredibus regulariter omnes dantur actiones, tam pœnales quam rei persecutoriæ, exceptis, quæ ob vindictam personalem dantur, ut actio injuriarum, § *ult. supra de injur.* & revocatoria donationis ob ingratitudinem, *l. ult. C. de revoc. donat.* actio, quæ datur adversus eum, qui parentem vel patronum sine venia in jus vocavit, *l. 24. de in jus voc.* qui mortuum inferre prohibitus est, *l. 9. de Religios.* de calumniatoribus, *l. 4. de calumniat.* postremo, querela inofficiosi testamenti, *l. 8. pr. de inoff. testam.* ut dict. *supra.* Actiones quoque populares negantur heredibus dari, quia non vertitur in illis id quod interest agentium, *l. 5. §5. de his, qui effud. vel dej.*

6. (d) Adversus heredes dantur omnes rei persecutoriæ actiones, *h. § 1.* nisi ex delicto

* Nec aliter regulariter in Saxonia obtinet, teste Carpz. *Pr. Crim. qu. 141. n. 11. seq.* De exceptionibus videbimus suo loco ad ff.

(c) *Pos. 13. & seqq.* (d) *Pos. 15. & seqq.*

sint,

sint, cujusmodi aliquæ dantur; ut actio, qua res alienatæ judicii mutandi causa revocantur, *l. 4. in fin.* cum *LL. seqq. D. de alien. jud. mut. fact.* Actio, quæ datur adversus mensorem, qui falsum modum dixit, *l. 3. §. pen. Si mens. mod.* item, quæ datur in Tutorem falsum, quo auctore aliquid gestum est, *l. 9. § 1. Quod falsi. tut. auct.* rerum amotarum, *l. 21. § pen. Rer. amot.* Ratio, cur hæ, licet rei persecutoriæ, in heredes non competant, est, quia ratio delictorum mere personalis est, in quibus heres defunctum non repræsentat. Tu dices; Condictio furtiva datur in heredes, *l. 9. D. de condict. furt.* & tamen ex delicto. Imo vero non ex delicto, neque ex furto, quia non est famosa, *l. 35. de O. & A.* cum furtum sit delictum inprimis famosum, *l. 1. de bis, qui infam. not.* proin dicendum, hanc actionem dari occasione furti, & quodammodo pendere de furto, *d. l. 36.* non esse ex illo proprie; adde *d. l. 10. § 2. de Compens.* Hæc igitur ratio nobis probatur; ideirco actiones ex delicto, quæ sunt rei persecutoriæ, non dari adversus heredem, quia maleficiorum hæc est conditio, ut delinquentium personas non egrediantur. Alii sic ajunt; actiones illas rei persecutorias non dari in heredes, quoniam ex parte reorum sunt pœnales, utcumque respectu actorum sint rei persecutoriæ. Hanc distinctionem refutavimus *ad tit. de Action. ad pos. 43.* Sed omitti non debet objectio, quæ movetur, una, forte & altera: Videmus in actione, per quem factum erit, quo minus quis in judicio sistat, pœnam memorari, *l. 1. § 4. de eo, per quem fact.* quam tamen actionem esse rei persecutoriam, docet *l. 3. in pr. eod. tit.* Enimvero pœnam aliquo sensu dici posse, quando quis pecuniam ob aliquod factum, ex quo nihil lucri percepit aut percipere potest, præstare debet, facile concedi potest: uti sane commodatarius etiam, vel depositarius, qui damnum in rebus depositis aut commodatis per culpam dederunt, luitione illius damni pœnam aliquam ferre videntur; neque tamen ideo pœnale genus judicii, opposito sensu ad rei persecutionem, exinde formatur; siquidem actor nihil illis casibus, quam quod sibi abest, consequitur. Denique nec obstat, quod Imperator in *fin. § 9. supra de L. Aquilia* scribit; *ejus L. actionem non transire in heredem, quæ transitura fuisset, si ultra damnum nunquam lis æstimaretur.* Inde enim aliud nihil conficitur, quam actiones rei persecutorias adversus heredes competere; At hanc rationem satis liquet, ex eo quod plerumque fit, esse petitam: est sane regula, quod actiones rei persecutoriæ transeant; limitatio tamen certissima est, in iis, quæ ex maleficio sunt, aliter esse comparatum. Cæterum, ex pœnalibus nulla adversus heredem datur, nisi quatenus ad eos pervenit, *§ 1. h.*, ubi & exceptio memoratur, qua, ne ex contractu quidem Actio, in heredem datur: scil. cum defunctus dolose in eo versatus est, quæ tamen exceptio restringi debet ad unicum depositi miserabilis casum, *l. 1. § 1. & l. 7. § 1. depos.* Vinn. & Vultej. *h.* Alioqui certum est, Actiones ex contractu, licet dolus intervenerit, dari adversus heredes, *l. 12. de oblig. & act. l. 157. § ult. D. de Reg. Juris.* Quod si litis contestatio in pœnalibus sit facta, * nihil est dubii, quin hoc judicium transeat in heredes, *§ 1. h. t. l. 26. & l. 58. de V. O. l. 139. & l. 164. de R. J.* quatenus per litis contestationem fit novatio & quasi-contractus initur, *l. 3. § 11. de pecul.* unde fit, ut judicati actio semper in heredem transeat, *l. 6. § ult. de Re Judic.* Reliqui litis contestatæ effectus, alibi tradentur: duntaxat heic notetur, actionem lite contestata omissam, cis 40. annos posse instaurari, *l. ult. C. de Præsc. 30. annor.*

6. In *§ ult.* est Regula, quod cuncta Judicia sint absolutoria, hoc est, quod reus absolvatur, si ante sententiam Actori satisfecerit; proinde, quod non modo non condemnetur, sed etiam quod sententia lata, judex eum absolvere debeat, ut Theoph. recte interpretatur. Nam quod in *l. 23. de Judic.* habetur, non posse videri in judicium venisse, quod post judicium acceptum accidisset, id a parte actoris ita, a parte rei nequaquam intelligendum est. Usum id maxime habet in judiciis famosis, ad evitandam ignomi-

* Jure Saxonico solam citationem efficere, ut actio injuriarum in heredes detur, existimat Schilter *ad l. b. t. § h. 6.* sed contrarium rectius cum Carpzov. asseritur *P. 4. C. 46. d. 6.* siquidem citatio præscriptionem quidem interrumpit, sed litis contestatio demum operatur, ut actio ex delicto adversus heredes locum habeat. Unde *O. P. S. T 6 § f.* in causis injuriarum reconventionem patitur institui, & usque ad litis contestationem in ea procedi, ut lis tam perpetuetur, quam actio heredibus detur & adversus heredes, ceu bene monet Zigler. *ad d. Tit. verb.* Bis auf die *Litis-Contestation. p. 40.* Usum modernum ex noviori Jure Sax. recensuimus *ad tit. Inst. d. Injur.*

niam;

niam; imo in nullis non, ad evitandos sumptus majores in causa desperata. Non est tamen sententia absolutoria ejusmodi, qua judex declarat Reum plane non teneri, sed eum dimitti atque liberatum esse: sic enim Theoph. ἐξεστι τῷ δικαστῇ πρὸ καταδίκης ἐυγνωμοιοῦντα τὸν ἑαυτοῦ ἀφῆναι τῆς ἀγωγῆς. Licet judici Reum ante condemnationem resipiscentem, ab actione liberare, cum hoc scil. effectu, ut exceptionem rei judicatæ adipiscatur. vid. *l. 1. de re judic.*

Tit. XIII.

De Exceptionibus.

Tit. XIV.

De Replicationibus.

Continuatio & de nominibus Exceptionum. Definitio. Exemplum except. quod met. c. doli, & in factum. Non numeratæ pecuniæ. Exceptio pacti. Jurisjurandi. Rei judicatæ. De effectu exceptionum. Divisio prima. Altera in peremptorias & dilatorias, & de illis in specie. Dilatoriæ exponuntur. De tempore opponendi exceptiones. Exceptio Procuratoria. De Replicationibus.

(a) SAtis prolixe de jure Actorum, titulis præcedentibus actum est. Jus Reorum, quod in Exceptionibus consistit, uno alteroque titulo sat brevibus absolvitur. Non quod minus causa Reorum sit favorabilis; id enim contra sese habet *l. 125. de R. J.* verum, quod actionibus expositis, exceptionum natura satis ultro patere videbatur, ex doctrina correlatorum: saltem hoc capite nonnulla exceptionibus peculiaria & aliquot ad illustrandum exempla proferuntur. Scilicet Actionem petitionemque, sequitur responsio rei & sic litis contestatio, nam hæc absolvitur narratione actoris & contradictione rei, *l. 41. § 1. C. de Judic.* sive narratione negotii ab utroque facta, *l. un. C. de litis cont.* narratione & responsione, *l. 2. in pr. de jurejur. cal.* Responsio est vel affirmativa vel negativa, ut communiter tradunt. Sichard. *ad d. t. C. de litis contest. ad pr. n. 5. & ad l. un. n. 2.* Illa, cum Reus causam debiti fatetur, nec tamen ad solvendum se teneri contendit; nam si realiter solvat, litis contestatio præciditur, *l. 73. de Procurat.* idem est, si constituere velit in judicio, se ad breve soluturum, *l. 105. de solut.* idque fit *omni die.* Proinde, qui debere se fatetur duntaxat, & κρεσσφύγελα quærit opponendo se, is quoque litem contestatur & damnandus est, *l. 3. & l. 6. § f. de Confess.* Sichard. *d. loc.* Qui petitione se opponit, is vel contendit, ipso jure se non teneri, (*) vel æquitatis intuitu non esse damnandum, & hujusmodi posterior responsio vocatur Exceptio, *pr. h. t. § 1. seqq.*

(a) *Pos. 1. & 2.*

SCHOLIUM.

(*) *Ambigue hoc dicitur. Nam & ille contendit ipso jure se non teneri, qui negat intentionem actoris simpliciter, & ille, qui opponit exceptionem actionis non competentis. Priorem explicationem hic forte in mente habuit Autor. Nam qui posteriori modo dicit, se non teneri, litem non contestatur, per Posit. 9.*

RESPONSIO.

Quaenam est illa exceptio actionis non competentis? Mihi non est nota talis exceptio generalis; sed qui dicit, actionem non competere, vel respicit nullitatem, vel rationem quandam æquitatis aut dilationis, quæ tunc incidit in aliquod nomen exceptionis peremptoriæ vel dilatoriæ.

N. ADDIT.

Primo integranda omnia. Præcesserat hoc Scholium illud: Quæ hic usque ad n. 13. sequuntur, paululum obscuriora sunt, adde *not. ad Strauch. XXIII. 16. p. 336.* moribus nostris, quid requiratur ad litis contestationem, vide *in Ord. Proc. Sax. tit. 16. Et quia igitur illos numeros hic omisit Autor in textum collocare, adeoque istam objectionem agnovit, & vero Scholium excerptum respicit ad illa omissa, non habebit Lector intellectum disputationis, nisi textus Autoris ex istis positionibus sic continuetur cum Scholiis meis illi subjunctis. Ita vero continuan-*

dum

dum: Positio (6) *Tam hoc quam priore modo fit contradictio, proinde & litis contestatio utraque via perpetratur*, arg. d. l. 14. § 1. & d. l. un. (7) *Si reus, inquam, contendat, se propter illud medium æquitatis non esse damnandum, vel saltem adhuc non, hujusmodi exceptio facit litis contestationem*, arg. d. pr. & d. ll. l. nr. de R. J. *nec dissentit Pontifex* (c) in cap. 1. & 2. X. de lit. contest. in 6. *ubi proponentes exceptionem peremptoriam, debere litem contestari, docet.*

(c) Imo puto dissentire, & dissensum hunc Pontificis a Jure civili agnoscit etiam Wissenb. *ad tit. C. de litis Contest. p. 368.*

(8) *Unde talis exceptio semper usque ad sententiam opponi potest*, l. 2. C. sent. non rescin. l. 8. C. de Except. *ubi &* contestari *dicitur, & hujusmodi exceptiones promiscue defensiones vocantur*, d. pr. h. d. l. 4. (9) *At exceptiones, per quas aliquis non defendit suam causam, sed ait, se non teneri ad litigandum cum actore, non faciunt litis contestationem, sed eam excludunt*, l. 13. & l. 14. C. de Procurat. d. cap. 1. X. de litis cont. in 6. (10) *Scimus, hanc rem paulo aliter a veteribus accipi, & subtiliter qui opponit exceptionem, eum litem non contestari, ut docent Tuldenus & Perezius* ad tit. C. de lit. contest. (11) *Sed positiones a nobis collocatæ sunt simpliciores, insuper cum verbis Ll. & mente Doctorum, notissimaque praxi* (d) *conveniunt, ideoque in iis acquiescimus. diversa explicatio involutior & inutilior est.*

(d) Sed quoad praxin nostram, exceptionum oppositio pro litis contestatione non habetur. *Conf. not. ad Strauch.* XXIII. *16. p. 336.*

(12) *Hinc etiam in foro, & lite instruenda, verbum* excipiendi *non usurpatur, nisi de mediis, quæ ad judicium vel ad personas judicium constituentes, formamve processus spectant, qui exceptionem causam ferientem opponit, sub verbo* excipiendi, *male procedit: nam litera contestari debet*, d. tit. de litis cont. in 6. C. ult. *Excipit Pontifex in* d. c. 1. *exceptionem rei judicatæ & transactionis.* *Hactenus textus Autoris. Ex his vero patet, Scholium prout hic excerptum est, nullum habere intellectum, si omittatur ille contextus. Id enim oppositum a me est illi assertioni, quod Autor dixit in sequente contextu, etiam eum, qui intendit, ipso jure se non teneri, litem contestari eo ipso. Ad hoc vero nihil respondetur. Etiamsi enim non sit nota Autori exceptio generalis actionis non competentis, (quæ vero in nostris foris est quotidiana) tamen manet objectio nostra, quod nec per speciales v. g. solutionis, compensationis, præscriptionis &c. fiat litis contestatio.*

Nomen exceptionis est ab excipiendo. Nam excipere actionem dicitur Reus in *l. 22. de Judic. 13. de Noxal. action.* quando suscipit judicium sive actionem, ut loquitur *l. 21. in fin. Pecul.* Est & alia vocis ἐτυμολογία: ut exceptiones ita dictæ videantur, quod olim a Prætore in formulis, quæ Judicibus pedaneis præscribebantur, per verbum, *nisi, extra quam*, & crebro per *si*, quæ sunt excipiendi propriæ, solebant proponi, *l. 3. § 1. l. 4. § 5. & § 32. & seq. de doli & met. except.* unde & hoc patet, quamobrem Paulus in *l. 22. de except.* genus exceptionis faciat conditionem. Frequenter etiam Exceptiones vocantur præscriptiones, ut præscriptio doli mali in *l. 91. de Solut.* Fori præscriptio, *l. 7. Qui satisd. cog.* Φόρου παραγραφὴν vocat Justinianus in *Nov. 8.* ubi *Præscribere* simpliciter pro *Excipere*; nec aliter unquam Græci JCti quam παραγραφὰς vocant exceptiones; quod ab Latinis vocabulum, ut reliquos Artis νομικῆς terminos, habere videbantur; nisi jam veteres Græci ita fuissent locuti. Demosthenes ad Pantænet. Παρεγραψάμην, μὴ εἰσαγώγιμον εἶναι δίκην. Præscribebam, litem non posse introduci; ubi, παρεγραψάμην, præscribebam, nihil esse potest aliud, quam *excipiebam*. ut & Budæus in voce παραγράφεσθαι. nisi hoc malis vertere, *transscribere*. Ratio appellationis tam apud Romanos quam Græcos, optime reddi videtur a Quintiliano, qui *lib. 3. Instit.* *In omnibus fere causis*, inquit, *in quibus cecidisse quis formula dicitur, hæ sunt quæstiones, an cum hoc, an hac Lege, an hoc tempore liceat agere, & si qua sunt talia, sed personæ, tempora, actiones, cæteraque, propter aliquam causam transferuntur.* Lis perperam instituta in aliud tempus, personam, aut genus actionis transferebatur: & hoc est Græce παραγράφεσθαι, transcribi. Cicero 2. *Rhetor.* *At cum causa ex eo pendet, quod non is agere videtur, quem oportet; aut non cum eo, quicum oportet, aut non apud quos, quo tempore, qua lege, quo crimine, qua pœna oportet, translativa dicitur constitutio; quia actio translationis & commutationis indigere videtur.* quæ, effectu considerato, dicitur transcriptio

& translatio, hæc quoad modum opponendi *præscriptio* appellatur.

2. (b) Deinceps, quid sit exceptio, videndum. Ea nihil est aliud, quam actionis summo jure competentis exciusio, ut vel omnino evitetur, vel imminuatur condemnatio, *l. 2. pr. & l. 22. h.t.* Præsupponit igitur omnis exceptio actionem, ipso jure competentem; ut Theophilus optime expressit, cum exceptionem scribit esse, δικαιολογίαν καθ' ἀγωγῆς ἐρρωμένης μὲν τῷ νόμῳ, ἄδικον δὲ τῇ Φύσει προβαλλομένης ἰσχύν: defensionem adversus actionem lege quidem subnixam, sed æquitati naturali contrariam. Fundamentum omnis exceptionis, est Æquitas, quæ non patiatur ob merita circumstantiarum, ut jus, ita ut scriptum est, huic vel illi facto applicetur: idcirco in definitione jus summum collocavimus, quod, si mordicus urgeatur, est iniquum jus. Igitur sublata ipso jure actione, alleganda quidem subinde ratio, cur reus non teneatur, sed illa minime est exceptio, verum allegatio facti duntaxat, ut si ille, qui solvit, denuo a Creditore conventus, se solvisse respondeat: vulgo exceptiones facti vocantur ejusmodi allegationes, improprie; quanquam & juris auctores exceptionis vocabulum aliquando, & ubi nulla competit actio, usurpant, *l. pen. de excepr.*

3. (c) Præcipuum, quod in *hoc tit.* agit Justinianus, est communicatio aliquot veterum exceptionum, quæ celebriores & frequentiores videbantur, ut earum declaratione vis excipiendi melius perciperetur. Prima est Exceptio quod metus causa, quæ datur ei, qui metu coactus aliquid promisit; Etenim ipso jure tenetur, sed ex edicto Prætoris habet exceptionem, quod metus causa, *l. 1. & tot. Tit. D. quod met. caus.* Dicitur quidem esse nullius momenti, quod metu gestum est, *l. 22. Quod met. caus.* sed hoc, eventu inspecto, intelligendum; sic vicissim quæ ipso jure nulla sunt, aliquando rescindi dicuntur, ut exemplo patet in *l. 5. § 2. D. Qui & a quib. manum.* Cæterum, dari quoque actionem Quod metus causa, pridem intellectum est, positis scilicet terminis habilibus. Exceptio metus datur, ut omnes reliquæ, ex æquitate naturali; quatenus ratio non vult, ut hi, qui merum fecerunt, exinde lucrum capiant, *l. 116. de R. J.* alioquin obligatio ex promissione, licet metu extorta, nascitur; siquidem aliter actio inde non daretur, non opus esset exceptione vel restitutione in integrum, quam Prætor in *d. l. 1. Quod met. c.* pollicetur. Imo & jus naturale id ipsum velle videtur; actus enim, qui per vim metumque contrahuntur, fiunt μετὰ προαιρέσεως, cum prævia deliberatione & electione, ideoque sunt voluntarii: dicuntur quidem mixti, tam voluntarii quam involuntarii, propter vim adhibitam atque compulsionem, sine qua is, qui coactus agit, non egisset; attamen cum is, qui se compelli passus est, in arbitrio habuerit, utrum agere, an expectare periculum mallet, apparet hoc, quod est actum, magis esse voluntarium quam coactum. Ita Aristot. *lib. 3. Ethic. c. 1.* μικτοὶ μὲν οὖν εἰσὶ τοιοῦτοι πράξεις, inquit, ἐοίκασι δὲ μᾶλλον ἑκουσίοις, αἱρεταὶ γάρ εἰσι τότε, ὅτε πράττονται. *Mixtæ quidem sunt hæ actiones*, inquit, *magis autem voluntariis adsimilantur: Quo enim tempore fiunt, electivæ sunt.* Unde sequitur, ejusmodi obligationes naturaliter valere: sed est etiam in ipso jure Naturæ, quædam æquitatis species a jure distincta, si modo bene explicetur: Jus summum Naturæ, propter actum voluntatis obligationi adhibitum, valere dictat id, quod actum est; Idem ob evidentem æquitatem non patitur obligationem habere effectum. Etenim ille, qui merum intulit injustum, quia damnum injuria dedit, tenetur ad eum, qui obligatus est, si promisso stare nolit, a qualicunque vinculo liberandum, ut docet Grotius *lib. 2. de J. B. & P. n. n. 7.* Imo generaliter loquendo jus civile efficacius improbat ea, quæ vi illicita fiunt, quam Lex Naturæ; habemus enim constitutum, ea, quæ cum bonis moribus & cum legibus pugnant, esse ipso jure nulla, *l. 5. C. de LL.* Quare cum Nuptiæ contractus non sint, (hi rescinduntur Edicto) dicendum, eas per vim contractas ipso jure nullas esse, non tantum jure canonico, *C. significat. X. de eo qui dux. matrim. c. 14. & 15. de sponsal.* sed etiam jure Civili, *l. 14. C. de Nupt. & l. 22. de rit. Nupt.* ubi, *matrimonium inter invitos non contrahitur:* quin & dotis promissio metu facta, ut appendix conjugii, non videtur rescindi, ut reliqui contractus, sed ipso jure nulla esse, *l. 21. § 3. Quod met. c.* Testamenta similiter per vim facta, celebrata, ipso jure nihil valent, nec opus est rescindendi remediis, *l. 20. § fin. Qui testam. facere poss.* Cætera, quæ ad metum & ad exceptionem, actionemque inde oriundam pertinent, ad *tit. ff. Quod met. c.* videbimus.

4. *Alterum* Exemplum est de dolo. Quid sit dolus, in genere diximus *supra ad tit. de sup.*

(b) *Pos. 3.* (c) *Pos. 4.*

Tutor.

Tutor. n. 6. sed hoc loco dolus nihil est aliud quam calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita; sic enim finitur *in l. 1. § 2. de dol. mal.* quam definitionem ineptiæ nota liberavimus *lib. 3. Digress. c. penult.* Igitur qui dolo deceptus semet obligavit, ipso quidem jure tenetur, sed ob eandem æquitatis rationem, quæ supra, juvatur exceptione, ne ad solvendum compelli possit, *d. § 1. h. t. l. 35. de V. O. l. 5. & tot. tit. de doli & met. except.* Enimvero, si dolus causam dederit contractui bonæ fidei, hoc est, si fraude quis sit inductus ad contrahendum, qui alioqui contrahere nolebat, tunc ipso jure nulla est actio, *l. 1. in pr. D. de dolo malo. l. 3. § ult. pro soc.* alioqui datur exceptio; veluti in contractibus stricti juris semper; etiam in his, qui sunt bonæ fidei, quoties dolus fuit incidens, hoc est, cum is, qui animum contrahendi habebat, in hoc est deceptus, ut deterius contraheret, *l. 7. & tit. de dol. mal. & tit. de doli & met. except.* Ratio autem, quare dolus aliquando contractus ipso jure nullos faciat, ex eadem philosophia, quæ supra, petenda est: Nam metus non facit actus invitos, dolus facit: Est enim *invitum* duplex, per vim & per ignorantiam, Per vim invitum est, ἃ ἡ ἀρχὴ ἔξωθεν, *cujus principium est extra agentem, ut nihil is, qui agit aut patitur, adjumenti adferat*, velut si alius robustior, te, abrepta manu mea, pulset; tale invitum in contractibus non habet usum. Alteram inviti speciem constituit error & ignorantia τῶν καθ' ἕκαστα, ἐν οἷς γὰρ περὶ ἃ ἡ πρᾶξις, *ignorantia singulorum, in quibus & circa quæ negotium vertitur*, ait Arist. *d. lib. 3. ad Nicom. c. 1.* In hunc errorem seducuntur, qui dolo decipiuntur, ideoque mirum non est, actum ex ea causa redigi ad nullitatem. Reliqua de dolo ad Pandectas explicabuntur. Unum adhuc hujus loci superest: Exceptione de dolo succenturiatur exceptio in factum: Quid sit actio in factum, diximus ad *§ ult. supr. de L. Aquil.* unde colligi potest, quem usum exceptio in factum habeat: deficiente scilicet ordinaria exceptione, recurritur ad hanc in factum, exigente ita diversitate circumstantiarum. Ita quando dignitas personarum & reverentia, quam debet pars circumventa ei, a quo læsa est, tum parci solet doli mali probrosæ mentioni, & in factum exceptio dictatur; quæ decepto eundem præstat effectum indemnitatis. Exempla sunt in *l. 12. de dolo malo.*

5. *Tertium* Exemplum traditur hic, Exceptio non numeratæ pecuniæ, quæ datur ei, qui vel in chirographo scripsit, vel stipulanti promisit, se pecuniam quasi mutuo acceptam restituturum, quam tamen non accepit, *§ 2. h. tit.* de qua plenius dictum in *tit. de liter. obligat.* Hoc tamen indictum, adeo efficaciter hanc exceptionem dari, ut, tametsi juramentum chirographo sit adjectum, nihilo magis hæc exceptio perimatur, *l. ult. C. de non numer. pec.* Quid si renunciaverit debitor huic exceptioni? Dubitatur quid juris sit. Hau l abs re est od nostris Fris. διαστολὴ placuit, effectum renunciationis hunc esse, ut onus probandi in scribentem atque renunciantem devolvatur.* Sanctius *lib. 3. tit. 2. def. 1.* Denique & hoc notandum, si scriptor chirographi improbe suam manum negaverit, convictum deinde ad probationem solutionis regredi non posse, verum hac allegatione insuper habita, omnimodo esse condemnandum; imo & duplum exigitur, nisi juramento delato exterritus atque confessus fuerit, *Nov. 18. c. 8.* ‡ Quod igitur *in l. 26. § ult. de Jurejur.* habetur, juramentum videri esse novationis speciem, hoc improprie intelligendum est, ratione probationis, non respectu ipsius obligationis; diximus hac de re plenius ad *tit. Quib. mod. toll. oblig. n. 6.* Theophilus rationem reddit, quare pactum non tollat obligationem, σφίκταν ἔσαν τὴν ἀγωγήν, cum sit, inquit, stricti juris actio, quasi in bonæ fidei judiciis aliter se res haberet; quod tamen nusquam liquet:

* Apud nos juris Civilis dispositio attenditur, adeoque renunciatio exceptionis non numeratæ pecuniæ nihil operatur. *a l. f. C de non num pec.* Et quamvis Carpzov. *P. 1. C. 32. d. 67. n. 9.* Hartm Pist. *l. 4. qu 12. n. 6.* & Coler *de Process. Exec. p. 1. c. 10. n. 150 seq.* juratam renuntiationem, exceptionem non numeratæ pecuniæ plane excludere existiment, contrarium tamen rectius defenditur cum Schiltero *ad ff. Ex 22 § 23.* vid. Menck. *Controv. Jur. Civil. Disput 4. th. 18.* Cæterum quatenus exceptio non numeratæ pecuniæ instrumentis liquidis apud nos opponi queat, monitum est supra.

‡ Hæc Novella, & quæ inde desumta est, Authentica *Contra. C. de N. N P.* qua scripturam suam abnegans, vel numerationem inficiatus, deinde convictus, in duplum condemnatur, Jure judiciario novissimo expressim recepta est. *O. P. S. E. I. & E. Tit. XVI. § 3.*

Hoc tantum intelleximus ad *d. tit. Quib. mod. toll. oblig.* ipso jure pacto nudo tolli obligationes, quæ solo consensu perficiuntur, dum res adhuc est integra: aliud erat quod diximus, exceptiones ipso jure in ea bonæ fidei judiciis, qua de re actum *supra ad § 30. de Action.* Stipulationis major est efficacia, ut ipso jure tollat obligationem verborum; quemadmodum ad *d. tit.* de Acceptilatione intelleximus.

6. *Quartum*: Qui pactus est a Creditore, ne petat, is adhuc manet obligatus, sed habet exceptionem Pacti, *§ 3. h.* Nam pactum nudum, uti non parit, ita nec tollit ipso jure obligationem, * *l. 27. § 2. de Pact.* nisi ex solo consensu oriatur, § *ult. supra. Quib. mod. toll. oblig. Quintum;* Qui juravit, adversario deferente, se non debere, tametsi jurasse sufficiat, ut exigi nequeat, tamen ipso jure tenet obligatio prior, quæ exceptione jurisjurandi eliditur. Disputata fuit hæc quæstio fuse ad *tit. de Action. ad pos.* 31. quam mutare sententiam religio est, quanquam video a recentioribus fere in alia omnia concedi. Donell. *ad d. § 11.* Vultej. *discept. scholast. c. 7.* Bachov. *ad d. § 11. disp. de Action. 8. th. 4.* Difficile tamen est aliter docere, quam intelligas. Non repetam, quæ dicta sunt pridem; nisi quod est hujus loci; non esse novationem Jusjurandum, quia per exceptionem tollit obligationem, quæ consecutio argumenti ex iis, quæ *d. loco & adtit. Quib. mod. toll. oblig.* collocata sunt, firmatur. Theophilus ad hunc § 4. ἐχρεώσει τις ἐμοὶ χρυσίματα, ἀπήτουν αὐτὸν τὸ χρέος, ἠρνήτο ἐκεῖνος τὸ ὀφείλειν, ὤμοσεν αὐτῷ ἐπήγαγον, ὤμοσεν, ὡς οὐδὲν χρεωστεῖ. οὐδὲν ἧττον ἐρωτᾷ μοι ὁ κονδικτίτιος, ὥσπερ τὸ πάντων ἄτω καὶ ὁ ὅρκος σε διαλύει τὴν ἀγωγήν. *Erat, qui mihi centum debebat, quæ cum ab eo peterem, & ille debitum abnegaret, juramentum ei detuli; negavit se debere; nihilo secus condictio mihi firma manet. Sicut enim pactum, ita jusjurandum actionem non tollit.* Est hæc paraphrasis ejus, quod Justinianus ipse ait; *si debitor, creditore deferente, juraverit, se nihil dare oportere, adhuc obligatus manet:* adeoque eadem juramenti, quæ pacti, doli, metus, est ratio, quibus non tollit actionem priorem, superius est dictum. Hactenus enim pertendimus, jusjurandum non tollere præcedentem actionem, sed eam adhucdum superesse, & institui posse cum mentione jurisjurandi. Cæterum, an actio jurisjurandi non ut nova instituí possit, in medio relinquemus; modo id certo constet, actorem nec minus, neque plus, quam priori actione, consequi. Vid. *l. 11. § 1. & l. ult. de jurej.* D. Vinn. *ad d. § 11. de action. n. 2.* Eo maxime pertinet, quod non modo exceptio, ut in hoc § 4. traditur, sed & actio jurisjurandi competit, ubi de in rem actione tractatur, *d. l. 11. § 1.* nam illic in factum actio contra possessorem dari dicitur, quæ personalis esse videtur; eadem tamen utilis, in Rem scilicet, vocatur § *ult. d. l. 11.* Unde hoc colligi posse videtur, eum qui juravit, posse vel ipsam in Rem actionem cum nova qualitate jurisjurandi, (unde utilis) instituere; vel personalem in factum inhærentem vestigiis, iisdemque præditam qualitatibus, quibus prior in Rem actio; nisi quod adversus eum solum, qui jusjurandum detulit, exerceatur. adde Vinn. *d. loco.*

7. Placet unum adhuc omissum ad *tit. de Action.* addi; deturne exceptio, proinde & actio Jurisjurandi, ex ejusmodi juramento, quod in judicio delatum, sententia dein lata, vim rei judicatæ accepit. Est hoc videlicet duplex, aut enim partes sibi invicem hoc deferunt, aut judex ob inopiam probationum id alterutri litigantium defert. Quod attinet ad hoc postremum, inde non dari actionem vel exceptionem jurisjurandi, sed rei tantum judicatæ, satis indicat Justinianus in § 12. *supra de actionibus*, ubi de jurejurando, quod postulante adversario præstitum est, diserte loquitur, idque & Vinnius Donello concedit, *ad d. § 12. n. 3.* sed ex altera specie, quando pars parti detulit juramentum, etsi mox sententia secuta sit, dari censet eandem in factum actionem & exceptionem, quæ est ordinaria jurisjurandi. Sed res docet, exigui vel nullius id esse usus, siquidem actio & exceptio rei Judicatæ, quæ tum sine dubio competit, *l. 35. § ult. de Jurejur.* hanc de jurejurando plane reddit superfluam; neque textuum a Vinnio adductorum vel unus probat, eo casu hanc exerceri. Unde relinquitur, usum hujus exceptionis actionisque esse, quando vel extra

* Jure nostro, imo communi fere Germanorum, uti pacto constitui potest obligatio, cum condictio ex moribus inde nascatur, Struv. *S. J. C. Ex. 6. th. 32.* ita etiam quælibet obligatio pacto nudo dissolvi potest, Stryck. *de Caut. Contr. Sect. 4. cap. 3. § 2.*

Judi-

Judicium & ante litem contestatam, ex conventione partium juratur, aut etiam in Judicio, verum non secuta sententia, si is, qui juravit, hanc ut sibi necessariam, urgere supersederit: enimvero etiam in judicio præstitum facere locum actioni & exceptioni Prætoriæ, satis probant *l. 3. pr. & § 1. l. 9. § ult. & l. 30. § 3. de jurejur.* Si quid tamen in exceptione Jurisjur. sit præcipui, forte ne hæc ipsa quidem rejicienda erit, *arg. l. 25. de dol.*

8. Necdum dimitti potest *hic* § 4. Ait Justinianus, *si creditore deferente juraverit debitor, se nihil dare oportere, adhuc obligatus permanet, sed quia iniquum est de perjurio queri, defenditur per exceptionem jurisjurandi.* Quid hoc autem verbi videtur? *iniquum est, de perjurio queri.* Imo iniquum est, non admittere de perjurio querelam. Jus & æquitas flagitat, ut is, cujus perjurium approbari potest, non modo repellatur ab iniqua petitione, sed etiam puniatur. Respondendum, conventionale jusjurandum, quod pars parti defert, habere se instar transactionis & conditionis; hoc sensu, quod is, qui detulit adversario jurandi arbitrium, inde litem suspendisse videatur; ut si juraveris, ipse vincar, alioquin ego superior evadam, *l. 2. & l. 25. de jurejur.* Inprimis idem probatur ex *l. 21. D. dol. mal.* Quod *si deferente me, juraveris & absolutus sis, postea perjurium fuerit approbatum, Labeo ait, de dolo actionem in eum dandam, Pomponius autem per jusjurandum transactum videri.* Cæterum, ne quis contemptu religionis id fieri putet, additur in *l. 22. sufficere perjurii pœnam;* quæ cujusmodi sit, alibi quærendum est: Theophilus tamen commodius, pro his verbis *iniquum erat de perjurio queri*, substituit, ἄτοπόν ἐστι κινοῦντα ἐλέγχειν αὐτὸ τὴν ἐπιορκίαν, *Absurdum, vel absre est, perjurii illum arguere.* Generalius enim est τὸ ἄτοπον.

9. (d) Denique nec is, qui sententia Judicis absolvitur, ab obligatione liber est, nusquam enim obligatio per sententiam finiri dicitur, sed exceptione Rei judicatæ tueri se debet; quæ ut opponi possit, requiritur, ut eadem res inter easdem personas, ex eadem causa agitetur, *l. 2. & l. 12.* cum *seqq. D. de Except. Rei Judicatæ.* quod dixi de obligatione, cum Justiniano in § 5. *h.* de actionibus in personam accipiendum; tametsi exceptio rei judicatæ, in actionibus in rem æque obtineat. Ideo prudenter Theoph. verba, *obligatio durat*, reddit, αἱ ἀγωγαὶ μένουσι, actiones durant. Cæterum, est casus, quo ipso jure per sententiam tollitur actio, in *l. 20. § 1. de dol. mal.* Cujac. *22. observ. 15.* Wissenbach. *disp. Inst. 50. th. 11.* Reliqua ad hanc exceptionem actionemque Rei judicatæ, videbimus ad Pandectas.

10. Quod ad reliqua attinet exempla, remittit nos Imperator ad Pandectas, § 6. *h.* In universum de exceptionibus tenendum; quod ad effectum attinet, parum interesse, utrum actio sit ipso jure nulla, an per exceptionem elidatur, quod ad definitionem exceptionis intelligendam pertinet, ut ait *l. 112. de R. J.* idque tum maxime elucet, quando Prætor inde ab initio perspectum habet, exceptionem peremptoriam vere competere; tunc enim litis ingressum statim præcidit, actionemque denegat: ita ut exceptioni tum demum sit locus, quando controversia est, sive, quando ambigitur, an factum exceptionis, ut reus ait, ita sese habeat; quemadmodum de jurejurando scriptum in *l. 9. pr. de Jurejur.* Cum enim Prætor exceptiones ita solitus sit inserere formulis; *si juratum est, si in ea re dolo malo quid factum est, l. 2. § 1. de dol. & met. except.* absurdum fuisset, ejusmodi conditionibus intricare judicia, ubi palam constaret, esse indubitatas. Proinde, si hoc sensu Dd. quatuor exceptiones volunt esse litis finitæ, jurisjurandi, Transactionis, Rei Judicatæ & Præscriptionis; faciendum est, ut earum augeamus numerum, totidemque ejus generis faciamus, quot sunt exceptiones peremptoriæ, ut quidem videtur. *

11. (e) Divisio prima est, in Civiles & Prætorias, § 7. Sunt autem prætoriæ omnes supra expositæ, præter exceptionem non numeratæ pecuniæ, quæ oritur ex Constitutionibus, *tit. C. de non num. pec.* Civiles autem sunt, exceptio SCti Vellej. Macedoniani, præscriptionum legalium &c.

12. (f) Secunda Divisio Exceptionum est, in

* Apud nos quoque omnis exceptio peremptoria litis ingressum impediens dici potest, si in continenti ex actis, documentis gvarentigiatis, aut adversæ confessione de earum veritate constet, *O. P. S. t. 11. §* Es wären denn dergleichen Exceptiones. Unde exceptionum compensationis, solutionis, pacti de non petendo, non competentis actionis &c. eadem, ac exceptionum jurisjurandi, transactionis, rei judicatæ, & præscriptionis, erit in praxi virtus. Menck. *Disputat. ad Proc. 7. tit. XI. § 15.*

(d) *Pos. 11.* (e) *Pos. 4. 5.* (f) *Pos. 6.*

peremptorias & dilatorias, §8. Peremptoriæ sunt, quæ causam perimunt & semper agentibus obstant, veluti omnes antea enumeratæ. Peremptoriæ omnes sunt perpetuæ, scil. ubi semel in Judicio fuerint oppositæ; tunc enim semper prosunt. Etiam alio sensu sunt perpetuæ; scilicet, quod semper opponi queant, tametsi actiones, quibus exceptiones illæ respondent, sint temporales; Ratio non est obscura; etenim actor semper habet in potestate, quando litem inferre velit, non æque reus, quo tempore conveniri velit, *l. 5. § ult. de except. dol. & met.* Tamen secundum hunc sensum excipitur non numeratæ pecuniæ exceptio, quæ cis biennium duntaxat opponi potest, alioquin & hanc esse peremptoriam, nec non priore sensu perpetuam, res & effectus exceptionis oppositæ evidenter declarant, *§ 9. h.*

13. (g) Dilatoriæ sive temporales sunt, quæ differunt actionem, & solummodo ad tempus obstant. Hæ rursus dividuntur, quod vel causam spectant, vel Judicium, vel personas Judicium constituentes. *Causam*, ut est Exceptio pacti de non petendo intra certum tempus, exceptio excussionis sive ordinis, quæ datur fidejussori; quanquam & illa peremptoria est, si debitor principalis solvendo sit, unde anomalam aliqui dicunt: simpliciter dilatoriam vocant Vachin. *l. 8. controv. c. 52.* A. Fab. *Cod. h. t. defin.* 1. peremptoriam simpliciter, Tulden. ad *h. t. c. 6.* Vinn. *ad § 10. h. n. 2.* Item exceptio moratoria, quam princeps debitoribus aliquando indulget, *l. 2. & l. 4. C. de precib. Imp. off.* Ad *Judicium* spectant exceptio fori declinatoria, loci non tuti, *cap. 47. X. de appellat.* feriarum, termini nimis angusti, *t. t. D. & C. de fer. Auth. offeratur. C. de it. conte l.* litis pendentis, *c. 19. de for. comp.* Treu l. *disp. de Except. th. 2. & seqq. Ad Personas.* ut Exceptio, quod quis non habet legitimam personam standi in judicio, Procuratoris falsi, Judicis suspecti, & similium, § *u. h.*

14. (h) Opponi autem possunt exceptiones peremptoriæ, tam ante, quam post litem contestatam, * modo ante sententiam, *l. 2. C. de sent. non resc. l. 4. C. de Except. l. 9. C. de præscr. long. temp. l. 10. § 1. C. de fidejussor.* ut tamen in stricti juris judiciis necesse sit, eas inde ab initio contestari, *l. 8. & 9. C. h. t. d. l. 9. C. de Præscr. l. 1.* quod in bonæ fidei actionibus necessarium non est, *d. l. 2. C. de sent. non resc. d. l. 4. C. de Except. d. l. 10. § 1. C. fideicom.* Ratio, quia b. f. judiciis insunt ipso jure exceptiones, *l. 3. de Rescind. vend. l. 31. & l. ult. de hered. petit.* Donell. 24. *comment. c. 2.* Imo nec quidem in strictis contestatio erat necessaria ejusmodi exceptionum, quæ nihil facti, sed merum jus continebant, qualis est exceptio divisionis aut excussionis, qua dantur fidejussoribus; utpote cum generali legis mentione satis per se contestatæ videantur, A. Faber *tit. C. de Except. defin. 1. n. 3.* Denique, proditæ sunt exceptiones duæ, quæ post latam quoque sententiam recte opponuntur, suntque Macedoniani & Vellej. Scti, *l. u. ad Sc. Maced.* quod & de exceptionibus facti, quæ dicuntur; intelligendum per *l. 4. § 6. & 7. de Re judic.* Item de exceptione, quod quis non teneatur ultra quam facere possit, adfirmatur in *l. 41. § ult. de Re Judic.* Porro dilatorias non nisi ante contestationem, opponere licet, ** etsi post-

* *Ordn. Proc. Iust Saxon. Tit. 11. §* Was aber. jubet eas omnes Litis Contestationi annectere, unde si ante litis contestationem oppositæ fuerint, rejiciuntur post litem contestatam, nisi sint in continenti liquidæ, Carpzov *P. 1. C. El 3 def. 14.* &, si Litis contestationi additæ non fuerint, amissæ censentur, *d. Tit. §* es soll aber. postea ergo nullæ amplius admittuntur, ita ut ne omissæ quidem in prima Instantia, in Appellationis instantia objici possint, Carpzov. *P. 1. C. 21. def 6.* nisi post factam demum L. C. aut emerserint, aut ad notitiam rei pervenerint, quo nomine excipienti juris-jurandum iniungit *O. P. S. d. T § es soll.* Svendend. *ad Iebg. p. 401* Sed & in continenti ex instrumentis, actis, aut alterius partis confessione, liquidas exceptiones peremptorias, in ipsa Executione oppositas, haud negligi, apparet ex *O. P. S. t. 39* § Wann aber. *ad l. Dec. El 2.* ubique Philipp *Osf. 8. P. 1 C. El. 8.* Illiquidæ vero exceptiones, executioni intra terminum executivum oppositæ, eam non remorantur, sed in reconventionem rejiciuntur. *O. P. S. t. 39. § 3.* Berlich. *P. 1. Concl. 84. n. 86.* Nec executionem retardabit reus, licet exceptionem talem, quam scit illiquidam esse, præveniendo per modum actionis proposuerit. Carpz *Dec. 52.* Berl. *Dec. 270. n. 19.*

** Inprimis nostro Jure, ubi in primo statim termino omnes simul præcise allegandæ sunt, *P. 1. C. El 3* ita quidem ut exceptio fori declinatoria primo urgeatur loco, ne alias reus in judicem consensisse videatur. Menck. *ad Ord. Proc. tit. 11. § 3.* Præterea exceptionibus dilatoriis annectenda est eventualis litis contestatio, qua omissa reus in expensas condemnatur, *O. P. S. t. 11. § 1.* Cæterum hæ exceptiones & ante litem contestatam regulariter probandæ, *O. P. S. Tit. 11. § 1.* nisi earum indoles aliud ferat, e. g. except. non gvar. satisdat. pro reconvent.

(g) *Pos. 12, 13. 14. 15.* (h) *Pos. 18.*

ea

ea probari sufficiat, *l. 19. C. de probat. l. 9. C. h. t.* quod de dilatoriis ad causam spectantibus accipiendum videtur: Nam quæ ad judicium vel ad personas judicium constituentes pertinent, eas verius est, non modo proponendas, sed etiam probandas esse, cum alioqui judicium occupare & antevertere nequeant; Ita de Procuratoriis scriptum est in *l. 13. & l. 24. C. de Procuratoribus**. Fernè eadem ratio dictat, exceptiones peremptorias, quæ dicuntur litis finitæ, quia litis ingressum impediunt, ante litem contestatam esse opponendas & in continenti probandas, cum alioqui nullo modo esse queant, quod dicuntur. De his usu fori sic est receptum, exceptiones fori peremptorias atque dilatorias, causam spectantes, etiam non contestatas, usque ad sententiam rede opponi. Mynsing. *1. obs. 24.* Gail. *1. obs. 74. n. 13.* Wesenb. *par. h. t. n. 7.* Gudelin. *4. de jur. noviss. c. 7.* Perez. *ad d. tit. C. de Except. n. 9.* Præterea frequentibus populorum statutis cautum est, ut qui plures habet exceptiones, eas omnes simul & semel proponat, priusquam litem contestetur. Dernhoud. *prax. civil. c. 139.* Mynsing. *5. obs. 80. 90.* Gudel. *5. de jure novit. c. 7. 8.* Stat. Frii. *libr. 13. artic. 3.* ubi tantum tres excipiuntur, exceptio litis pendentis, rei judicatæ, & fori declinatoria. Inter exceptiones, quæ personis objiciuntur, sunt Procuratoriæ, veluti, quod minor sit annis 17. § *5. Inst. Quib. manumitt. non lic.* quod miles sit, § *ult. h. l. 7. C. procur.* quod mulier, extra certas causas, *l. 41. de Procurat.* & si quæ præterea sunt prohibitiones Procuratoriæ.

15. In § *ult.* traditur, adversus procuratorem non posse opponi exceptionem, quod infamis sit: unde tamen non sequitur, infames ad officium Procuratoris admittendos, sed tantum, quod Judicium prætextu infamiæ illorum, non sit remorandum. Plane hanc esse mentem Justiniani, patet ex *fine d. § ult. ne dum*, inquit, *de his altercatur, negotii disceptatio proteletur.* Ἄτοπον, ait Theophilus, παρὰ πρεσβύτων πεῖστα φιλονεικεῖται, τὴν τῦ πράγματος ἐπεκτείνειν ζήτησιν. *Abs re est*, inquit, *de personarum qualitate litigare, & ipsius causæ disputationem producere.* Hactenus igitur infames admittuntur, nisi occasione illius disputationis, causa principalis aliquam reciperet moram: Proinde, si palam sit, esse Procuratorem, qui pro alio ad litigandum procedit, infamem, is ab Judice non admittetur, *l. 1. § 5. de Postul.* quod utique de hodierna praxi dicendum, qua Procuratoris munus solet haberi publicum.

DE REPLICATIONIBUS.

16. Replicatio est Actoris responsio, qua rei exceptionem refutat, quod exemplo pacti declaratur *in pr.* Pactus es, ne peterem, datur tibi exceptio pacti. Rursum, pactus sum, ut peterem, prius pactum non tollitur, sed nihilominus parit exceptionem; posterius iterum parit exceptionem, sive replicationem, qua prius pactum eliditur; & hoc est quod dicitur, pacta esse facti, non juris, *l. 27. § 2. de pact.* Hoc sensu, Replicatio est exceptionis quasi-exceptio, *l. 22. § 1. de Except.*** Sed Exceptio exceptionis, qua quis contendat, se non cogi ad exceptionem adversarii respondere, non habet rationem, nec ullum in Jure, quod sciam, datur exemplum. Exceptio est actionis exclusio, non exceptionis. Est hoc inventum, ut puto, causidicorum mali moris & rixosum. Replicationem actoris sequitur duplicatio rei, hanc triplicatio actoris, postrema fere quadruplicatio est; nam quintuplicatio & sextuplicatio sunt rarioris usus, § *3. h. l. 2. § 3. de Except.* Quid est autem, quod Reus Triplicare dicitur *in l. 7. § 1. de Curat. fur.* cum id actoris esse partium, liquet e § *2. h. t.* Intelligitur in *d. l. 7. § 1.* duplicatio, quæ appellatur triplicatio, quoniam est tertia, quæ in judicio fit, refutatio; nam 1. est exceptio, 2. replicatio. 3. duplicatio. Non male consulunt civitates, quæ vetant ultra duplicationem procedi, omniaque facta jubent in libello & responsione comprehendi: quod & juris ratio imperat; cum per eas litis contestatio fiat; quæ totum causæ statum ju-

* Exceptiones, quæ Procuratoribus objiciuntur, e. g. inhabilitatis, illegitimationis, apud nos quoque in quavis judicii parte admittuntur; maxime vero illegitimationis exceptio, cum judicium retro nullum reddat. Nicol ad *Pr. P. l. c. 20. n. 2.* Hinc etiam post rem judicatam opponi potest, Berger *El. Disc. Suppl. T. II. p. 267.* Wernher. *Obs. P. VI. p. 611. & P. V. p. 35.* Non tamen suspendit fatale, Rivin. *Enunc. Jur ad O. P. S. tit. XI. En. 30.*

** Utius nostri fori quoque replicantibus passim jura reorum indulget. Ita Actori Replicanti reus tenetur instrumenta edere; Hart. Pistor. *Obs. 218. n. 24.* Brunn *ad l. 1. ff. de edend. n. 9.* & replicans super Replica, post Gvarandam præstitam, adhuc reo jusjurandum deferre potest, Berger *Disp. Quousque in Sax. Elect. liceat deferre jusjurand. th. 3.* vid. ejusd. *Elect. Proc. Execut. Possess. p. 357.*

dici

dici repræsentare debet. Tulden. & Perez. *ad d. tit. C. de lit. contest.* *.

17. (i) In § *ult.* traditur alia exceptionum divisio, *quod vel reales, vel personales sint.* Reales, quæ rem feriunt, & prosunt etiam heredibus ac fidejussoribus, ut sunt omnes peremptoriæ, & dilatoriæ causam spectantes: Personales, quæ in gratiam certæ personæ competunt, nec ulterius extenduntur, ut est exceptio pacti de non petendo a certa persona, &c. adde Vinn. *ad h.* §, quod quis non teneatur ultra quam facere possit; item exceptio moratoria, quam Princeps quandoque debitoribus indulget, *l. 2. & l. 4. C. de Precib. Imper. off.*

Tit. XV.
De Interdictis.

Continuatio & definitio Interdictorum. An possessio sit jus in Re, & an Interdicta sint actiones in personam. Divisio Interdictorum prima, altera. De interdictis quorum bonorum, & Salviano. De Interdictis retinendæ possess. Non posse appellari in hisce. De acquir. retin. & amitt. possess. Interdicta Recuperandæ poss. Ultima Interdictorum divisio.

(a) POst actiones & exceptiones agitur de Interdictis, quæ olim erant formulæ atque conceptiones verborum, quibus Prætor in causa veræ vel quasi possessionis aliquid fieri jubebat aut prohibebat, *pr. h. t.* Fuisse interdicta formulas atque conceptiones verborum, patet ex singulis fere titulis, quæ in *lib. 43.* de Interdictis occurrunt. Etenim Prætor ad postulationem ejus, qui circa possessionem se ab alio lædi querebatur, adversarium ad se vocabat, causa obiter cognita, certam verborum formulam concipiebat, jubens aliquid, aut vetans fieri: Quod si adversarius interdicto non paruisset, tum, si res dubio carebat, decretum suum exequebatur, aut si plus scrupuli apparebat, actionem atque Judicium ex causa interdicti dabat, *l. 1. § 2. Si ventr. nom. inul. l. 3. pr. Ne vis fiat ei, qui in poss.* & tunc quoque, sicut in aliis causis, judex pedaneus dabatur, *l. 21. Quod vi aut clam.* ut etiam ex Cicer. *pro Cæcin. infin. narr.* apparet. Theophilus nescio quid velit, cum interdictum ait esse ἐμιλίαν πρακτορος περὶ νομῆς ἢ ὡσανεὶ νομῆς, οὐ τάξιν τὴν ὑποθέσεων, ἀλλὰ ἐυθυμίσεων τοῦ διαιτᾶν, ὥσπερ καὶ κρίνειν τὰς ὑποθέσεως. *Enunciatum Prætoris de possessione vera vel quasi, non decidens controversiam, sed judicem quo pacto judicandum sit, instruens.* Hoc rectius de formulis actionum ordinariis, quam de Interdictis ita affirmaveris. Cæterum, vera possessio est rerum corporalium, quasi possessio rerum incorporalium, ut servitutum & rerum, quæ divini juris sunt, *l. 18. § 1. de hered. petit. l. 23. § 2. Ex quib. caus. maj. l. 1. Ne quid in loco sacro.* Sunt igitur interdicta de possessione, ut tamen taxativa particula *maxime*, addatur a Justiniano in *pr. h.* quod explicatur a Theophilo; ἐπειδή ἐστιν, ὅτε καὶ νομῆς οὐκ ὑπάρχει λόγος καὶ ἐνετέθικτεν ἁρμόζει. *Quoniam fieri potest, ut possessionis quoque causa non subsit & tamen interdictum accommodet* Prætor. Hæc tamen verba sic accipienda sunt, ut possessio non sola subsit; dari enim interdicta, quæ nihil de possessione, verum solummodo sint de proprietate, mihi non constat: Est sane Interdictum de itinere actuque privato, de aqua cottidiana & æstiva, de locis sacris & religiosis, quæ proprietatis causam continent, *l. 2. § 2. de Interd. l. 3. § 11.* cum § § *seqq. de itin. actuque priv. l. 1. § ult. de Aq. cottid. & æst.* sed non alio sensu quam per consequentiam proprietatis veræ vel quasi, quam habent conjunctam; quatenus in illis interdictis vincit ille, qui jus, de cujus usu agitur, ad se pertinere ostenderit, *d. l. 3. & d. l. 1. § ult.* vid. Vinn. *ad h. pr. n. 2.* Hodie In-

* *Const. 1. Elect. P. 1.* ante litis contestationem non patitur partes ultra quadruplicam procedere, permisse ergo sunt actori & reo singulis tres positiones, drey Wechsel-Sätze von Mund aus in die Feder vid. Carpzov. *ad C. def. 70.* Post litem contestatam, si super puncto incidente proceditur, duæ tantum singulis partibus positiones conceduntur, *P. 1. C. 9. conf. P. 1. C. El. 18. O. P. 5. tit. 29. § 2.* Wenn aber. Atque hoc in disputatione attestationum observari solet, ita ut ultra triplicam quadruplica prorsus non admittatur, & vel ab actis rejiciatur, vel in judicando non attendatur. Nec aliud obtinet, licet triplica novi quid contineat, cum, quæ in ea noviter adjecta sunt, negligantur. Martin. *ad Ord. Proc. t. 29. § 1. n. 60.*

(i) *Pos. præc. tit. 16. 17.* (2) *Pos. 1. 2. 3. 4.*

ter

terdicta sunt Actiones Extraordinariæ, quibus in causa veræ vel quasi-possessionis inter partes disceptatur, *§ ult. h. t. Rubr. D. de interdictis sive extraordinariis actionibus, quæ pro illis competunt.* Dicuntur Actiones Extraordinariæ, quia non servatur in iis ordo solennis Judiciorum, ‡ sed brevis cognitio & semiplena probatio adhibetur, *l. 8. C. Unde vi. l. un. C. si de moment. poss. l. 3. C. de Interd. l. 13. C. de Interd. l. 13. C. de rei vind. l. ult. C. Quor. bonor.* Atque hæc est perpetua & generalis differentia inter Judicia petitoria, quibus de proprietate & jure pleno quæritur, ac possessoria; Quod in petitorio plena & accurata causæ cognitio adhibetur, secus ac in possessorio, *dd. ll.* * Ratio hujus differentiæ, quia cum homines de facto rei detinendæ certant, quod fit in possessoriis, sæpe manibus non temperant: imo ait Theophil. *συμβαινει πολλακις και φονους πλημμελησθαι και τραυματα επαγεσθαι, και πληγας επιφερεσθαι, sæpe cædes, vulnera & verbera infliguntur.* Itaque celeriter ejusmodi certamina decidi oportet. Alio tamen sensu extraordinariæ dicuntur actiones, in § *ult. h. t.* quippe illic eodem sensu vocantur extraordinariæ, quo cunctæ actiones. Scilicet ordinariæ erant, in quibus Judex pedaneus a Prætore dabatur; extraordinariæ ubi Magistratus ipsi cognoscebant, & sententiam ferebant. *tit. de extraord. cognit.* ut sæpe alias dictum atque dicendum est: Accurate igitur loquendo, non sunt introductæ hoc sensu actiones extraordinariæ, quia nunc omnes ejusmodi sunt, nullæque amplius, more veteri, ordinariæ. Habent tamen hodieque Interdicta quædam ab aliis actionibus diversa. Nam hæ sunt vel civiles vel Prætoriæ, interdicta juris Prætorii tantum. Actiones de privatis tantum negotiis, Interdicta etiam in publicis interponuntur. Illæ super omnibus rebus, quæ sunt in patrimonio, hæc super possessione. Actiones dantur, ut res perpetuo sint penes nos; Interdictis id tantum agitur, ut rei detentio maneat, nec aliter quam per Judicem mutetur. Actiones sunt vel in Rem vel in personam; Interdicta omnia sunt in personam actiones, licet in Rem conceptæ, *l. 1. § 3. de Interdict.*

2. Hic præteriri non potest illa nobilis controversia, sitne possessio jus in Re, quemadmodum vulgo appellatur, quod rem ipsam, ubicunque sit, afficiat, an vero Jus ad Rem: Sunt, qui desperantes evincere, quod possessio sit Jus in Re, volunt jus possessionis tale esse habendum. Quid sit possessio, diximus ad *tit. de Usucapion.* Jus possessionis quid sibi velit, animadvertamus. Cupiunt viri docti, possessionem haberi pro facto detinendi, jus possessionis inde multo esse diversum. Sed in capite Pandectarum de acquirenda possessione, nihil aliud, quam facultatem

‡ Quod ad Possessorium Summariissimum attinet, noviter est constitutum, ut citationes statim sub pœna confessi & convicti decernantur; rotuli non nisi judiciales, coram quocunque tamen judice confecti, admittantur; jurisjurandi delatio & interrogatoria cessent; reo æque liceat porrigere rotulos judiciales Redemonstrationis causa; si hoc neglexerit, per interlocutoriam, ut offerat, ne injungatur, sed statim definitive pronuncietur; &, qui unum pluresve quietæ possessionis actus, &, quod ad Jurium & Servitutum possessionem attinet, in servitutibus equidem continuis possessionem saltem annuam, in discontinuis præter hanc tres actus rite exercitos pro se deduxerit, in possessione sua defendatur, nulla leuteratione aut appellatione, licet super damnis & sumptibus simul fuerit pronunciatum, aut utraque pars ad ejusmodi remedium confugerit, admittenda. Judex tamen a quo, ex officio Judicem ad quem de interposita appellatione instruet; Illis etiam personis, quæ beneficio restitutionis in integrum gaudent, loco illius, una leuteratione aut appellatione uti licebit. *Appendix Ordinationis Illustratæ & Emendatæ § 19.* Sciat autem in possessorio summariissimo defensus, si in possessorio ordinario, aut petitorio causa forte cadet, se pro malæ fidei possessore habendum esse, fructusque omnes perceptos & percipiendos, damnaque & sumtus cum alios, tum ob possessorium summariissimum factos, ase esse restituendos. *d App. § 20*

* Ubi fori nostri sequitur Jus Canonicum, ac in possessorio ordinario, quo de antiquiore & justiore possessione agitur, processum solennem ordinarium retinet, *a. c. 9. X. de probat. c. f. X. de caus. poss. & propr.* Carpzov. *l. 1. Resp. 9. num. 10 j.* Dn. Autorem *infr. h. tit. pos. 13. in f.* In possessorio autem, quo de præsenti & momentanea possessione quæritur, quod summariissimum seu summarium vocant, summariam causæ cognitionem tantum requirit, vid. *Ref. Grav. d. Anno 1653. gr. 30.* § Setzen. *Dec. El 1* Carpzov. *Proc. t. 1. art. 5 n. 48. seq.* conf. tamen Berger. *Elect. proces. Possess.* ubi negat dari judicium possessorium, quod ratione Processus sit ordinarium *th. 1.* & omnes causas possessorias summario Processu tractandas esse contendit *add.* Schilt. *ad ff. Exerc. 13. th. 10.*

tem detinendi rem, & non factum detinendi nudum intelligi, opinatus sum, atque ita veteres Dd. & secutus hosce Bachovius ad *Treutl. disp. de acquir. poss. th. 1.* opinabantur, quando possessionem definierunt, *jus rei, corporali insistendi*, nec diverso sensu JCti per plerosque titulii allegati textus. Sed nec intercedimus, quin tu jus possessionis dicas, sic tamen, ut nihil ea vox diversitatis hujus controversiæ definitioni illatura sit. Jus dominii, jus servitutis, jus ususfructus, dici atque intelligi potest, cum aliqua distinctione a dominio, servitute, usufructu. Sed cum domino & usufructuario, jus dominii & jus ususfructus tribuimus; nihil novi, nihil quod non dominium & ipse ususfructus indicabat, illis adscribimus. Perinde, qui jus possessionis interpretatur, nihil novi, quod non ipsa possessio continebat, proferre potest. Docet hoc Grotius, qui in artem suam discrimen possessionis & juris possidendi intulit, *lib. 2. Jurisp. Holl. cap. 2. in pr. Jus possidendi est, quod ex possessione sequitur*, inquit, & quale tandem? Explicatio in §. *Jus inde oriundum est, ait, quod quisquem a se possessam detinere, & sibi eripere volenti resistere possit.* item, *quod in possessione maneat, donec alius rem jure evincat.* Qui habet possessionem, is hoc jure gaudet; qui possessionem non habet, is neque commodo possessionis fruitur; adeoque satis puto constare, quod is, qui possessionem amisit, nullum jus possessionis habeat, neque se commodo possessionis tueri queat: habet quidem jus ad recuperandam possessionem; sed recuperare satagit, ut jure possessionis iterum gaudeat. Plane extra controversiam habetur; Jus possessionis cum ipsa possessione nasci & extingui. Ideoque argumenta, quibus alias probavimus, possessionem non esse jus in Re, non minus directe conveniunt in hoc, quod jus possessionis dicitur, quam in possessionem ipsam. Quare ut effugium subtrahatur, faciamus liquidum, quod jus possessionis ex eorum numero habere non possit, quæ jura in Re solent appellari. Jus in Re ex consensu omnium ita descriptum est, quod rem efficiat, rem devinctam teneat, ubicunque & penes quemcunque personam sit; ejus autem naturæ non est jus possessionis; sed hoc, ubi res mihi erepta est, perit confestim. *l. 15. de acquir. poss. l. 5. de usurp.* Jus possessionis est momentaneum, *l. Cod. si a momento. poss. l. ult. C. qui legit. pers. fl. in jud.* Quid? jus in re constitutum & habitum, statim atque res mihi subrepta vel deperdita erit, extinguetur? Imo tum maxime ex quolibet jure in Re, contra quemlibet datur actio in rem, ad id, quod amissum est, repetendum: sed ex jure possessionis nunquid actio in rem proficiscitur, qua rem amissam, subreptam, a quovis possidente repetamus? Contrarium Paulus testatur in *l. 7. ff. Unde vi.* atque hæc secunda ac invicta ratio est. Sed audio, qui tum ex jure possessionis volunt in rem nasci actionem, quando agitur de retinenda possessione, idque probant ex *l. 1. § 4. & ult. & l. 2. uti possid. l. 3. C. de interd. l. 14. § ult. de except. rei jud. pr. § 4. in fin. § 6. & ult. Inst. de Interd.* Nescio, an quicquam facile ineptius & a ratione juris alienius a viris Doctis excogitari potuerit, ut is, qui possidet, in rem adversus non possidentem agere dicatur. Interdicta retinendæ dantur his, qui se possidere contendunt; sed qui hoc affirmat, is τὸ ἀδύνατον implicat, si rem sibi restitui contendat: atqui hoc est agere in Rem. Qui de re corporali in rem agit, *is non possidet*, ait Imp. *sub fin. § 2. I. de action.* sed qui retinendi interdicto experitur, is in hoc se fundat, quod possideat: ideo in casum dicitur, uti possidetis agi, adversus eum, qui se etiam possidere contendit. Nam qui implorat interdictum, id negat, & se ait possidere, nec ad restituendum potest contendere; quod facere debet, quicunque rem vindicat. In legibus objectis nihil ad rem pertinens reperitur. Jus in re & quod ad rem vocatur, judicia pariunt petitoria, quæ perpetuo opponuntur his, quæ ex jure possessionis oriuntur. Erit forte, qui dilemma torquebit; jus possessionis, ad Rem erit, vel in Re; sed jam dixi, possessoria judicia, ut petitoriis opponuntur, in fundamentum quoque possessorium discrepat a causis petitoriis. Petitoria nascuntur ex jure in Re, vel ad Rem: possessoria quia opponuntur illis, easdem non possunt habere causas. Possessio igitur, vel jus possessionis, neque in Re, neque plane ad Rem est. Non sumus solliciti, ne non divisio parum plena videatur, si quod jus extat ab utraque illa specie diversum: duntaxat enim docendi causa hæc divisio ab Interpretibus ex Jure Pontificio adoptata est, ut alias diximus. Non quæritur in Interdictis, quo jure res teneatur, non de jure in Re constituto, vel de jure ad Rem consequendam, sed de facto, quis rem teneat. Possidenti id lex tribuit, ut retineat rem, donec de jure in ea Re vel ad Rem constet; Ergo ipsa possessio tale jus non est.

Sit

Sit possessionis aliquod jus: nihil hoc aliud est, quam facultas a lege homini circa rem tributa, ut contra manus aliorum tutus sit; omnia enim de possessione judicia huc tendunt, ne situs, in quo res est, alia quam juris via mutetur, insuper habita causa, per quam res eam positionem accepit. Etiam is, qui nullam, vel aperte injustam possessionis suæ causam habet, æquè tamen, quam qui justissimam, jure possessionis gaudet. Fures & prædones habent jus possessionis etiam in rebus furtivis; quid est absurdius, quam vi vel furto jus perfectum & perpetuum adipisci? sed quia possessionis momentaneum jus est, ideo hactenus nihil absurdi; publice enim interest, etiam fures & prædones in possessione defendi, donec res legitimo tramite ab illis evincantur; ne rixis & tumultibus fenestra aperiatur. Argumentum igitur minime vanum est; Jus in Re, vel ad Rem, ex causa nulla vel iniqua acquiri, aut amitti non potest, sunt enim ejusmodi hæc jura, ut semel quæsita citra injuriam eripi nequeant. Igitur ut ex legum auctoritate jus in re per furtum & rapinam acquiratur, aut semel stabilitum amittatur, rationi repugnat. Acqui possessio, inquam, ex causa nulla & injusta oritur. Utriusque exemplum est in §. 2. *Inst. de Usucap.* *Qui loci vacantis possessionem propter absentiam aut negligentiam dominii fine vitio capitur*, is eum *possidet*; aperte sine ulla causa. Si per vim fundus occupetur, jam ex injusta causa possidetur, uti & fures possidere noscuntur, *eod.* §. 2. Eadem amissionis ratio est; Nam possessio per vim, per fraudem, a fure, a prædone, potest eripi, *l. 5. de acquir. poss.* ita ut nos jus possessionis amittamus, idemque illi perfecte consequantur, *l. 2. Uti poss.* quod, si jus in Re esset, nullo modo tolerandum foret; neque adeo tolerandus error est, quo id affirmatur.

3. (b) Divisio Interdictorum in *h. tit.* triplex proponitur. Prima divisio, quod sint vel prohibitoria, vel restitutoria, vel exhibitoria. Interdicere quidem est prohibere potissimum; sed non est imo ens, ut nomen generis ab una specie petatur, *hoc* §. 1. *in fin.* quamquam forte ne quidem ita necesse fuerit; si quidem etymologica ratione, Interdicta sunt appellata, quia vel inter duos, vel inter eum cuntur, Isidor. *l. 5. c. 25.* quod æque de restitutoriis & exhibitoriis, quam de prohibitoriis affirmari potest. Sunt prohibitoria, quibus Prætor aliquid fieri vetat, veluti, ne quis vim faciat sine vitio possidenti, ne quis mortuum in locum, quo jus ei est, inferentem impediat; ne quis in loco sacro ædificet, vel in flumine publico ripave aliquid faciat, quo pejus navigetur: hæc in §. 1. *h. t.* explicantur, & specialiter singula in *l. 1. de mort. infer. l. 1. & pass. Ne quid in loc. sacr. l. 1. de flumin.* Restitutoria Interdicta sunt, quibus Prætor aliquid restitui jubet, veluti bonorum possessori possessionem eorum, quæ quis pro hærede, aut pro possessore ex ea hereditate petit, quod est interdictum Quorum bonorum, de quo plenius in §. *seq.* aut cum jubet ei, qui vi de possessione dejectus sit, restitui possessionem, quod fit interdicto de vi & vi armata, de quo agemus *infernus.* Denique exhibitoria sunt, per quæ Prætor jubet aliquid exhiberi; veluti eum, inquit Cæsar, cujus de libertate agitur, quod est interdictum de homine libero exhibendo; aut libertum, cui Patronus operas indicere velit; aut cum parentes de liberis, quos in potestate habent, exhibendis sibi agunt, de quibus sunt tituli in Pandectis peculiares, de *homine libero exhib. & de liberis exhib.*

4. (c) Sequitur secunda Interdictorum divisio, quam persequitur Imperator in §. 2. 3. & 4. quod interdicta sint vel adipiscendæ, vel retinendæ, vel recuperandæ Possessionis. Scilicet, adipiscimur possessionem, quam nunquam habuimus; Retinemus, quam habemus; Recuperamus, quam amisimus, ut res & ipsa verba loquuntur. Adipiscendæ igitur possessionis interdicta dantur iis, qui jus habent præ omnibus aliis res detinendi, at necdum earum detentionem adepti sunt. Interdicta retinendæ possessionis competunt iis, qui jam rebus incumbunt, easque vere & actu possident, in eum finem, uti ne in possessione turbentur eamque rursus amittant. Recuperandæ pro his introducta sunt, qui cum antea res possiderent, aliorum facto violentiaque detentionem amiserunt, hoc fine, ut quietam possessionem recipere eaque gaudere possint.

5. (d) Jam Adipiscendæ possessionis interdicta sunt, Quorum bonorum, & Salvianum, §. 3. *h.* Interdictum Quorum bonorum datur originaliter bonorum possessoribus, dein & heredibus, *l. 1. C. Quor. bonor.* ad petendam possessionem rerum hereditariarum adversus eos, qui pro hærede, vel pro possessore possident, *d.* §. 3. Cæterum, differentia inter heredes & bonorum possessores est, quod heredes sint jure Civili, &

(b) *Pos.* 6. (c) *Pos.* 7. (d) *Pos.* 8. 9. 10. 11.

bonorum poſſeſſores jure Prætorio, ſed quod ad effectum nihil differunt, ut alias dictum. Proprie eſt hoc interdictum pro bonorum poſſeſſoribus, *l. 1. C. Quor. bonor.* Jam pro herede dicitur poſſidere, qui putat, vel ſaltem contendit, ſe eſſe heredem: pro poſſeſſore, qui ſcit, ſe non eſſe, nec etiam dicit ſe eſſe heredem, § 4. *h. tit.* qui ſupplendus ex *l. 11. & l. 12. D. de Hereditat. petit.* ad quem tit. latius hoc explicandum. Differt hoc interdictum a petitione hereditatis, tam civili quam poſſeſſoria, quia illud tantum eſt de corporibus, *l. 2. D. Quor. bonor.* hoc de juribus quoque incorporalibus, *l. 19. & 20. de hered. pet.* deinde in illo tantum petitur detentio, in hac plenum jus dominiumque rerum. Tertio, in hoc ſemiplena ſufficit probatio; In illa pleniſſima requiritur. Quæ duæ differentiæ, ſunt communes in omnibus judiciis petitoriis ac poſſeſſoriis, ut antea dictum. Huic affine eſt Quod legatorum, quod datur heredibus ad repetendas res legatas a legatariis occupatas, ut ipſi, heredes, inde Falcidiam detrahant, *l. 1. § 2. Quod Legat.*

6. Salvianum interdictum plane reſpondet actioni Servianæ, de qua vide *n. 1. ſupra de Actionibus;* tantum illa duo generalia diſcrimina modo allegata heic etiam obſervantur. Ex. gr. cum in Serviana dominium fundi probare oporteat, rem fuiſſe in bonis coloni, huic ſufficit probaſſe, quod res in fundum invecta aut illata ſit. Eadem ratio erit Interdicti quaſi-Salviani reſpectu actionis quaſi-Salvianæ, quam ſupra intelleximus: Et hæc ita obſervantur, Gail. 2. *obſ. 26. n. 1.* Dantur omnino plures interdictorum ſpecies, tam in genere adipiſcendæ, quam retinendæ poſſeſſionis, at nos intra terminos Inſtitutionum calamum heic retinebimus.

7. Placet addere, poſſeſſionem, vel jus ejus, reſpectu interdictorum Acquirendæ poſſeſſionis, non eſſe jus in Re, quod quidem hac parte eſt evidentiſſimum. Nam qui agit hisce interdictis, non poſſidet, nec habet jus poſſeſſionis, verum de acquirenda poſſeſſione laborat, *h. § 3.* Habent quidem Interdicta Acquirendæ hanc ſimilitudinem cum actionibus in Rem, quod dantur adverſus poſſidentes; ſed ut poſſeſſio, illorum intuitu, jus in Re diceretur, actionem in rem ex poſſeſſione naſci oporteret. Actor habet quidem jus Acquirendi poſſeſſionem; hoc eſt, ut liceat ei acquirere poſſeſſionem: At hoc nemo, cum jus poſſeſſionis appellat, intelligi cenſet; Etenim jus poſſeſſionis volunt eſſe, quod ex poſſeſſione ſequitur, eamque præexiſtere ſupponit, ut modo *ad n. 2.* eſt explicatum. Proinde fieri non poteſt, ut interdicta Acquirendæ poſſeſſionis, oriantur ex poſſeſſione, vel ejus jure, cum Actor, inquam, hic non poſſideat. Quid autem? ſuntne hæc Interdicta actiones in Rem, an in perſonam? Ulpianus in *l. 1. § 3. de Interd.* ita diſerte; *Interdicta omnia, licet in rem videantur*, ait, *concepta, vi tamen ipſa perſonalia ſunt.* Verba, *licet in rem concepta videantur*, bifariam accipi poſſunt; vel ita, licet circa rem verſentur, & non circa præſtationes perſonales: nam poſſeſſio rem ipſam proprie ſpectat. Vel hoc modo, licet fieri poſſit, ut in rem ſcripta ſint, contraque poſſeſſorem quemlibet dentur; Origine tamen fundamentoque, & vi ipſa bene inſpecta, ſunt perſonalia; quia non dantur ea domino ex jure aliquo in Re conſtituto, nec proinde ad effectum ejusmodi juris conſequendum tendunt. Imo vero, dices, interdicta Acquirendæ naſcuntur ex jure, quod eſt vere in Re conſtitutum; Nam interdictum Quorum bonorum, eſt ex jure hereditario, & Salvianum ex jure pignoris, *l. 1. & toto tit. D. Quor. bonor. l. 1. § 1. de Salv. interd.* At ego probo, nec interdictum Quorum bonorum, eſſe ex jure hereditario, neque Salvianum ex jure pignoris. Ratio ſit duplex; Prima, Hereditatis petitio, tam civilis quam poſſeſſoria, naſcitur ex jure hereditario; de Salviano deinceps. At ex juris ratione fieri non poteſt, ut petitorium de hereditate, & poſſeſſorium de eadem re judicium, veniant ex uno eodemque principio atque fundamento proximo; cum toto genere diſcrepantia ſint judicia. Ratio altera petitur ab exitu judicii ſententiaque in Interdicto Quorum bonorum. Notum eſt enim ſententiam in judicio recte legitimeque inſtituto, debere eſſe conformem fundamento actionis primæque petitioni; At eventus judicii non eſt, ut jus hereditarium Actori adjudicetur, ſed tantum detentio rerum corporalium; quæ ad hereditatem pertinent. Ac inde tum ratio tertia ſuggeritur; Actio, quæ ex jure hereditario naſcitur, cuncta quæ ſub jure hereditario continentur, neceſſario comprehendit, tam incorporalia, quam corporalia, ut ſuperius dictum. At Interdictum Quorum bonorum, non niſi de rebus corporalibus proditum eſſe, conſtat *l. ult. D. Quor. bonor.* Sed urgebis, ut ediſeram, unde igitur Quorum bonorum

nascatur interdictum. Et sine hæsitatione dicam; Id esse fundatum in possessione, quam ex Edicto prætoris adeptus est Actor, tametsi forte jus hereditarium penes eum revera non consistat. Constat enim, prætorem in danda bonorum possessione, non exacte & peremptorie examinare merita juris, quod a quoque petitore allegatur; sed exempli gratia, ex testamento dari bonorum possessionem, modo septem testium signis sit signatum; licet in eo vitium aliquod intrinsecus extet, quod impediat, ne jus hereditarium scripto heredi convenire possit. Unde frequenter evenit, ut possessio a prætore decreta, fiat sine re & sine effectu, aliisque denuo bonorum possessio contra tabulas ejusdem testamenti detur, § 12. *Inst. de hered. quæ ab intest. def.* Quod etiam Viglius *in pr. Inst. de liber. exhered.* & Contius 2. *subsic. lect.* 14. recte de casu filiifamilias in testamento præteriti affirmant: cum hoc effectu, ut quamdiu filius quieverit, bonorum possessio valeat, secundum *l.* 17. *D. de injust. rupt. irrit. test.* quæ dein vel bonorum possessione contra tabulas, *l.* 2. *ff. de b. p. s. t.* vel ab intestato *l.* 1. § *ult. de bon. poss. ab intest.* resolvitur atque revocatur. Sic abunde, ni fallor, liquet jus hereditarium, illud inquam jus in Re, non esse fundamentum Interdicti Quorum bonorum, sed aliud minus firmum atque perfectum, actoremque se fundare in eo, quod æquum sit, possessionem, hoc est rerum detentionem, sibi duntaxat præstari. Facili jam negotio intelligitur, circa fundamentum Salviani Interdicti nihilo plus fore difficultatis omnibusque reliquis interdictis, quæ de servitutibus dantur. De servitutibus, inquam, non ex ipso & vero jure servitutum, quod in rebus constitutum est: Rursus eadem ratione, quod fieri non posset, quin, si jus ipsum servitutis esset in petitione, idem veniret in adjudicationem. Unum duntaxat est Interdictum, quod ex ipsa servitute, adeoque ex jure in Re competit, *de itinere actuque privato*, & ex quo nihilominus tam evidenter nostræ veritas assertionis elucet, quum exceptio confirmat regulam in casibus non exceptis. *Hoc autem*, ait Ulpianus in *l.* 3. § 13. *D. de Itin. act. priv.* secundum scil. Interdictum de itinere actuque privato, *a superiore distat, quod illo quidem interdicto omnes uti possint, qui hoc anno usi sunt, hoc autem interdicto eum demum uti posse, qui hoc anno usus est & jus sibi esse reficiendi, edocet. Jus autem esse videtur ei, cui servitus debetur. Itaque qui hoc interdicto utitur, duas res docere debet, & hoc anno se usum, & ei servitutem competere.* Non poterat clarius docere Ictus, quam, regulariter quidem Interdicto non agi ex ipsis servitutibus & ex jure in re constituto, sed ex ejusmodi fundamento, quod quidem servitutis mentionem recipiat, sed in ea tamen ipsa meritum causæ non collocet; tunc enim & ad probandam servitutem actor adstringeretur; quod eum non facere cogi, hoc ipso e versu manifestum est. Duntaxat ejusmodi jus circa rem probare debet, ex quo æquum sit, actorem potius eam rem possidere quam adversarium. Ipsum jus servitutis deinceps in judicium petitorium deduceretur; atque ita in pignore, in jure hereditario, & si quæ sint alia jura, de quibus tam possessoria quam petitoria dantur judicia, usu venire, nemo, qui incorruptis juris principiis initiatus est, ignorare potest, ut pridem in *animadverf. ad jus in Re & ad Rem* probavimus *cap.* 18.

8. (e) Retinendæ possessionis Interdicta sunt, Uti possidetis, & Utrubi. Uti possidetis datur ei, qui contendit, se possidere rem immobilem, petique, ut ea possessio sibi conservetur. Qua in re non leve commodum consistit, siquidem possessor rem servat, donec alter plene suam esse rem probaverit, *l.* 2. *C. de Probat. l. ult. C. de rei vindicat.* Unde JCtus in *l.* 24. *de R. V.* prudenter monet, eum, qui in Rem judicio petitorio vult agere, primo omnium dispicere oportere, an non aliquo Interdicto possessionem adipisci queat, ut ejus medio detentionem rei nactus, ingenti onere dominii probandi allevetur. *Utrubi* Interdictum ejusdem est sententiæ, tantum quod de re mobili sit, § 4. *h. tit.* Habent hæc interdicta duplicem usum; *Primus* est, si unus rem evidenter possidens, ab alio in possessione turbetur, (hoc vulgo *maintenue*,) huic enim aliud quam hoc ipsum non potest applicari interdictum; utique non *unde vi*, cum hoc sit recuperandæ possessionis, quemadmodum inferius intelligetur. Alter usus est, cum duo contendunt se possidere, quod Galli vocant *Redoublement*; tunc enim Judex, uter possideat, hoc judicio statuere debet; ejusmodi adjudicationem Galli hodie vocant *Recreance*. Olim in Uti possidetis vincebat is, qui tempore interdicti sine vitio possidebat. In Utrubi superior is erat, qui majore parte anni possederat; hodie in utroque

(e) *Pos. 15. & seq.*

Judicio secundum eum pronunciatur, qui tempore litis contestatæ, nec vi, nec clam, nec precario possidet ab adversario; nam etsi a tertio rem vitiose adeptus sit, superior ipse tamen evadit, § 4. *in fine h. l. ult. D. de Acquir. possess.* At jure Canonico, quod usu magis servatur, superior est, qui antiquiorem possessionem docere potest, *c. licet. 9. X. de probat.* Cæterum, etsi proprie *Uti possidetis* interdictum de rebus soli detur, utiliter tamen ad servitutes, de quibus interdicta peculiaria non sunt prodita, extendi videtur, per *l. 8. § 5. Si servit. vind. l. ult. de servit.* Hotom. *ad h. § 4.* Vid. Bronchorst. 2. *antiq.* 2. & D. Wissenbach. *ad h. tit. th. 28.* Adde Giphan. *ad l. 3. C. de Interd.* Dissentire illi videntur, at ita, ut de conciliatione non sit desperandum. Cæterum, ex eo, quod hoc interdictum possessorem tueri dicitur, in *l. 1. § 6. & ult. l. 2. l. 1. in pr. & l. ult. D. Uti possid.* sequitur, heredi id non dari; quia possessio non transit in heredem, nisi denuo apprehensa, *l. 23. in pr. de Acquir. possess.* Sed ubi receptum est, ut possessio defuncti per se transeat in heredem, ibi hoc quoque Interdictum heredibus dari, consentaneum est. Est illa Galliæ inprimis consuetudo, ubi proverbium; *Le mort saisit le vif;* de quo Tiraquell. librum scripsit singularem, vid. *part. 6. declar. c. 1. n. 1. & 2.*

9. Porro, qui in possessorio victus est, non habet aliud remedium, quam ut tranſeat ad petitorium, quo si probet, rem esse suam, simul in possessionem restituitur; etenim appellatio in possessoriis non conceditur, *l. unic. C. si nomen. tanea possess.* Cujac. *1. observ. 2.* Sed moribus secundum appellatio, cum effectu devolutivo cognitionis, * non suspensivo executionis, ut loquuntur: hoc est, superior Judex cognoscit, an recte sit judicatum, sed interim sententia executioni mandatur; quod institutum est ex Jure Canonico, *c. ex conjectione, de Restit. Spoliat. c. significaverunt. X. de Testib. c. un. Clem. 1. de sequest. poss.*

10. Postremo, notemus hoc iterum, quod jam monuimus *ad n. 2.* Interdicta retinendæ possessionis non posse in Rem actiones esse, nec ideo illorum intuitu possessionem jus in Re dicendam, *eo quod interdicta retinendæ dentur his, qui se possidere contendunt, sit vero τῶν ἀδυνάτων, ut is, qui possidet, rem sibi restitui contendat, quod est in rem agere.* Imo certum utique est, ajunt dissentientes, possidenti contra possidentem, ea interdicta dari, § 4. *Inst. de Interd.* quibus auctoribus decisa videlicet est quæstio, an duo rem possidere queant, quod Paulus adeo fortiter negat in *l. 3. § 5. de Acquir. poss.* Sed instant, scilicet, *eum, qui habet jus possessionis, de retinenda agere contra eum, qui tantum habet detentionem.* Vellem hujus rei usum & exemplum declararent; Nam quod ad primum attinet usum, quem habent Interdicta Retinendæ, quando is, qui evidenter possidet, ab alio turbatur, res est manifesta, dari hoc Interdictum possidenti contra non possidentem. Atqui interdicta retinendæ, quatenus duplicia sunt, & utriusque possessio allegatur, constat inter eos dari, qui sic se possidere contendunt, ut ab ipsis judicio vindicationis res peti debeat, sive ut Justiniani verbis utar, *in § 7. Inst. de Interd. quando par utriusque litigatoris conditio est,* ita ut uterque sese æque possidere contendat: quæ positiones cum actionis in Rem natura nullo modo conveniunt. Et quid disputamus hac de re? Justinianus hunc prætextum actionis in rem funditus tollit, cum in *fin. § 4. h. t.* sit ait: *ut ille vindicet,* de interdictis Retinendæ agit, *qui possessionem nec vi, nec clam, nec precario ab adversario, litis contestatæ tempore detinet.* Apage igitur cum commento, ei competere hoc Interdictum, qui habet *jus possessionis,* adversus eum, qui tantum habet *detentionem.* Imperator affirmat, eum vincere hoc Interdicto, qui rem detinet; Atqui in rem actio, quoties de re corporali, ut hic, agitur, ei tantum datur, qui non possidet, ait differte idem Imper. *§ 2. Inst. de Action. sub fin.* Jam qui dissentiunt, possessionem *longe diversæ ab reli-*

* Jure nostro interposita in causis possessorii summarii, etiam inhibitivi, Appellatio, quandoque & devolutivum & suspensivum habet effectum, neque enim, pendente appellatione, judex inferior ulterius in causa potest progredi, *conf. Appell. Patent d. an 1670 § Weiln.* Solet tamen plerumque judex superior eam, ut inadmissibilem, non communicatis adversæ partis refutatoriis apostolis, rejicere; vid. *Mant. Oppold.* Joh. Georg. III. *d. Ann. 1691 § 70. j.* Svendend *ad Fabig. p. 1232.* Berger. *in Elect. Proc. Possess. th. 43. seq.* ubi negat, Leuterationi in possessorio summario, in Saxon. *a. d. Mand* locum esse. Cæterum quoties inhibitio confirmata, cassata, vel in vim simplicis citationi resoluta est, appellatio locum habet, & datur haud raro reverentiales, Menck. *ad Ord. Proc. Disp. proœm. 1. th. 52.*

quis

quis esse naturæ, differunt ultro, *cum in detinendo id sit fundatum, magisque fragile sit quam reliqua jura in Re, ut actio inde contra tertium non competat.* Atqui hæc diversitas, quæ in possessione conspicitur, ab reliquis juribus in Re dictis, cum in ipso distinctionis momento, quo juri ad Rem opponitur, consistat, non potest non inferre, quod superius a me scriptum est, nihil esse in possessione, quod juris in Re nomen tueri queat. Id hac inprimis gratia receptum est, ut principium adæquatum esset omnium in Rem actionum. nec alium habet usum hæc appellatio; Proinde ubicunque est jus in Re, ibi necessario est actio in Rem. Igitur, si quis jus aliquod existere dicat, unde non detur actio in Rem, is hoc ipso clare docet, hoc cujusmodicunque sit, non esse jus in Re; Consequenter, qui naturam alicujus juris, quod in Re velit appelleri, in hoc ab reliquis ejusdem nominis juribus vult discrepare, quod actionem in Rem non producat; is hoc ipsum evidenter tollit, quod omnino jus in Re sit, sublato scilicet eo, per & propter quod illud esse debeat. Præterea jus in Re in hoc ab jure ad Rem distinguitur, quod quidem hoc ultimum adversus certam detur personam, illud vero in rem dirigatur & rem afficiat, ubicunque res sit, & actionem adversus quemcunque rei possessorem porrigat. Proinde, qui jus aliquod esse tradit, quod rem non afficiat, ubicunque existat, sed quod pereat, quamprimum res apud alium esse cœperit, hoc is ipso tollit momentum oppositionis, quo jus in Re & jus ad rem a se invicem distinguuntur; ac ita negat manifesto, hoc suum jus habere juris in Re naturam. Denique in eo subsistemus; Possessionem vocari *jus*, quatenus est facultas homini circa rem tributa, ut contra manus aliorum tutus sit, nec situs, in quo res est, alia quam juris via mutetur. Proinde commodum & jus possessionis in eo consistit, uti possessor rei insistat, quamdiu alius non fecit liquidum, sibi jus in ea Re vel ad eam esse comparatum, cujus vi possessio debeat mutari. Hoc jus in Re & ad Rem, judicia facit petitoria, quibus cum possessoria opponantur, palam est, jura quoque, unde ea judicia nascuntur, esse distincta; Porro Jus in Re firmum atque perfectum, est plerumque etiam perpetuum; possessio jus momentarium est, fere ut usufructus *momentarius* dicitur in *l. ult. C. de bon. quæ lib.* Adeo & fur & prædo rem nobis eripientes, continuo nobis adimunt possessionem eamque in se transferunt, quod de jure in Re tam firmo atque perfecto, veluti hoc omnes delirabunt, asserere, ineptissimum ac a civili ratione alienissimum est.

11. (f) Cæterum, non modo his interdictis experimur, si rebus ipsis corporaliter incumbamus, sed & si per alios, veluti per colonos possideamus, item per procuratores, hospites amicos, *l. 3. § 12. l. 9. & seqq. & l. 30. § 6. & seqq. de Acquir. poss.* denique per fructuarios, *l. 6. § 2. de Precar. §5. h. t.* Nam hi, qui alieno nomine sunt in possessione, non agunt ex interdictis, neque adeo possident, *l. 3. § 3. Uti possidet.* excepto fructuario, qui propter jus, quod in Re habet, & quia omne rei emolumentum ad eum pertinet, in Interdictis uti possidetis, & unde vi, pro possessore habetur, *l. ult. Uti poss. l. 3. § 5. & sequ. de vi & vi arm.* Proinde sciendum hoc loco, qua ratione possessio acquiratur, retineatur & amittatur. Nempe acquiritur animo solo, per eos, qui sunt in possessione nostro nomine; amittitur & animo solo, plerumque tamen animo ac corpore simul, *§ 5. h. l. 3. § 1. & l. 8. D. de Acquirend. possession.* juncta *l. 153. D. de Reg. Jur.* Sunt hæc ejusmodi, quæ pleniorem merentur explicationem; At eam rectius pandectis reservabimus. Illud hic addendum, non esse omnino *τῶν ἀδυνάτων*, ut eadem res a duobus possideri queat, scil. ab uno jure & animo, ab altero corpore; ab uno civiliter, ab altero naturaliter. Proin, si te absente alius fundum, quem possides, occupaverit, hic natu aliter, tu civiliter possides, *d. l. 6. § 1. & l. 46. cod.* Quibus adversari putant multi Paulum, in *l. 3. §5. cod.* quod mihi non videtur, quoniam is perspicue docet, possessionem, quæ *corpore* consistit, ejusdem rei penes duos esse non posse, ne quidem juste apud unum, apud alterum injuste, quod verissimum est; nam quocunque jure teneantur res, hoc implicat, ut duo rem eandem in solidum corporaliter teneant; atque hoc Paulum velle, e textu clare liquet, ultimisque verbis; *non magis eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo, tu sedere videaris.* Corporalis comparatio est, adeoque de concursu duarum naturalium, non de civili possessione loquitur. Cæterum, ubi rejecisti, alium, te invito, rem detinere, tunc animum contra agnitam rei veritatem inducere non potes, sed civilem quoque possessionem, amittis *d. l. 6. & l. 46.* Indicat autem hæc observatio, non posse fieri, ut viri docti, contra quos modo de jure possessionis disputavimus, volunt, in hac specie exemplum actionis in Rem

juris

(f) *Post.* 24.

jurisque in Re consistere, quando scilicet unus animo jus possessionis habet, alius rem corpore detinet. Videlicet, quicunque meam rem, me absente, occupavit, is Interdicto tenetur; atque ita hoc datur adversus quemlibet possessorem. Sed ne longius huic quæsito immoremur; etsi facile probatu esset, hoc non sequi, licet maxime concederemus, interdictum Retinendæ tali casu dari, brevior tamen via est; negare, quod is, qui reversus cognovit, rem suam ab alio esse occupatam animo sibi rem tenendi, jam retineat possessionem, ac Interdicto Retinendæ experiri possit, *l. 6. § ult. de Acquir. poss. l. 1. § 24. de vi & vi arm.* Contra detentori licet injusto, datur interdictum Retinendæ, *l. 1. § ult. Uti possid. l. 3. pr. eod. l. ult. de Acquir. poss.* Is vero, cui sublata est facultas rem iterum corpore apprehendi, ab eo tempore possidere desiisse, id, inquam, intelligitur ex *l. 3. § 13. de Acquir. poss.*

12. (g) Sequi debent Interdicta Recuperandæ possessionis, cujusmodi hic unum solummodo & præcipuum memoratur, Unde vi; quod datur ei, qui de possessione fundi vel ædium dejectus est, ad hoc, ut recuperet possessionem cum fructibus, & eo quod interest, § *6. h. tit.* rebusque mobilibus, quas dejectus in loco, unde dejectus est, habuit, *l. 1. pr. § 23. & seq. l. pen. eod.* Datur & ei, qui alterum prius vi dejecerat, ut hic textus ait, scilicet, si novissima dejectio facta sit ex intervallo post alteram; nam si quis ab alio dejectus eundem in continenti rursus dejecerit, tum ultimo dejectus non habet interdictum, *l. 17. D. unde vi.* Quia quod statim fit, habet speciem defensionis, quod autem ex intervallo, tumultus & vindicta videtur. Competit adversus eum, qui vi dejecit vel dejici curavit, etiamsi dominus rei sit, & qui dejectus est, ab eo vitiose possederit, *d. § 6. h.* Competit etiam heredi, *l. 1. § 44.* nam etsi possessio ad heredem non transeat, jus tamen recuperandi possessionem quo minus transeat, nihil obstat, quod tenendum ad ea, quæ D. Wissenb. *ad h. t. ff. th. 27.* profert. Datur etiam fructuario, *l. 3. § pen.* non colono, *l. 1. § 22. ibid.* adversus eum, qui dejecit, etsi non possideat, *l. 1. § 41.* ut, si possessionem non restituat, id quod interest solvat, *l. 15. eod.* etiam in eum, qui jussit, *l. 1. § 12.* & in heredes, quatenus pervenit, *l. 1. § f.* Adversus tertium possessorem, qui vim non fecit, non datur, *l. 7. d. t. De vi.* tantum abest, ut hæc actio in rem sit. Sed Pontifices suum interdictum, unde vi, *ex cap. sæpe. X. de Restit. spol.* adversus tertium quoque possessorem dederunt. Competit & contra eum, qui vacantem possessionem, non tamen a Domino desertam, absque vi, sed & absque judicis auctoritate occupavit, *l. fin. C. Unde vi.* ut tamen justam exculationem ei tribuat error non improbabilis, *l. 5. C. Unde vi. l. 3. & 6. de jur. & fact. ignor.* Cæterum, fructus in hoc Interdicto præstantur a tempore dejectionis, *l. 1. § 40. de vi & vi arm.* cum cæteris Interdictis ratio fructuum, ex quo edita fuerunt, habeatur, *l. 3. de Interdict.* Schneidew. *ad h. § 6.* Distinctio in vim publicam & privatam, quæ *d. § 6.* habetur, pertinet ad *tit. ultim.* ibique tractabitur.

13. Tertia & ultima divisio Interdictorum est, in simplicia & duplicia. Simplicia, in quibus facile discerni potest, uter Actor, & uter sit reus. Duplicia, in quibus uterque Actoris & Rei vices gerit: qualia sunt Uti possidetis, & Utrubi, ut supra dictum: reliqua sunt simplicia. Pari modo sunt etiam petitoria quædam judicia duplicia, ut familiæ ercisc. communi dividundo, & finium regundorum, quia in illis utriusque partis eadem est intentio, sc. ut divisio & declaratio partium fiat. Quia tamen omnino necesse est, alterum tenere locum actoris, alterum vice rei fungi, hinc ita comparatur, ut loco actoris in judiciis duplicibus habeatur is, qui primus ad judicem provocat, alioqui fors actorem decernat, *l. 13. & 14. de Judiciis.* * Alibi hæc Judicia duplicia, pari ictu, mixta vocantur, *l. 37. § 1. de Obligat.* Moribus hodiernis interdictorum vice funguntur Mandata vel Mandamenta Curiarum supremarum, ** Zypæ. *notit. jur. Belg. lib. 2. tit. de caus. possess. & propriet.* & quanquam

* Secus Jure nostro obtinet, ubi, quoties in duplici judicio uterque simul ad judicem provocat, ipsius arbitrio, citra sortem, determinatur, quis pro actore, quis pro reo sit habendus, LR. *l. 1. art. 61.* Carpzov. *Proc. t. 4. art. 1. n. 47. seqq.* Declaratus autem hoc modo actor, adversarii turbationem & suam possessionem probare tenetur, § 4. *I. h. t.*

** Et jam in Curiis Provincialibus Saxoniæ, interdictorum vice funguntur inhibitiones, quæ sunt Mandata pœnalia, quibus Magistratus imploratus possessionis momentaneæ turbatorem sub pœna 50. aureorum Rhen. a turbatione jubet desistere, addita tamen clausula justificatoria, vid. *Ref. Grav. d. ann. 1609. gr. 9.* conf. Carpz. *D. ff. de Inhibitionib* Berger. *Elect. Proc. Pruss. l. 6. p. 78. seq.* Inhibitionis necessaria requisita sunt, judex immediate competens; monitorium, & interdum ex citatorium præcedens; omne

(g) *Pos. 25. & seqq.*

omne judicium poſſeſſorium hodieque momentaneum habetur, quoad ordinem tamen procedendi, vel ſummarium dicitur, vel ordinarium. Illud appellant, in quo non ſervato juris ordine, absque judicii ſtrepitu proceditur, per modum, ut vulgo loquuntur, proviſionis. Ordinarium, in quo ſolenni ſolitoque modo, adhibita plena cauſæ cognitione, proceditur, Gail. 1. *obſerv.* 7. *n.* 5. Voet. *ad h. tit. in fin.* Si concurrant petitorium & poſſeſſorium, hoc prius terminandum eſt, adeo ut petitorio quoque inchoato, regredi liceat ad poſſeſſorium, tam jure civili, *l.* 18. § 1. *de vi.* quam canonico, *d. cap. ſignificaverunt.* 36. Unde manifeſtum, qui conventus eſt poſſeſſorio, eum reconventionem de proprietate nullo modo inſtituere poſſe; nec aliter uſus fert.

SCHOLIUM.

Hoc unde *non intelligo. Et moribus noſtris ſane conventus in poſſeſſorio, alterum de proprietate reconvenire poteſt, quinimo nec ſeparari quidem a volentibus poteſt cauſa poſſeſſorii & petitorii, ſed coram quo Judice illud ventilatum, coram eodem & hoc intentari debet, quod & Juri Civili & Canonico eſt conſentaneum, per ea, quæ habet* Carpzov. lib. 1. reſp. 74.

RESPONSIO.

Illud unde *habet hunc nexum. Poſſeſſorium prius terminandum petitorio. Conventio & Reconventio pari paſſu finiri debent. Ergo poſſeſſorium & petitorium non poſſunt Conventione & Reconventione cumulari. Nec aliud in foro noſtro ſervatur. Videbimus* ad tit. ff. Ex quib. caul. ap. eund. jud.

N. ADDIT.

Hæc jam bene ſe habent. Cum enim iſtud Scholium ſcriberem, cogitabam de reconventione Saxonica, cujus a civili, de qua Autor loquitur, plane diverſa eſt ratio. Conf. Scholium ad tit. ff. quib. ex cauſ. ad eund. jud. eatur. n. 5.

TIT. XVI.

De Pœna temere litigantium.

Continuatio, & quid temerarii Litigatores. De jurejurando calumniæ. De pœna pecuniaria temere litigantium. De Infamia. Quid in jus vocatio, & quomodo olim facta. Qui in jus vocari non poſſunt.

(a) NE quis putet e relatione tot actionum, rixoſam eſſe juris prudentiam, quod ab imperitis aut a malevolis illi objicitur, monet Imperator, magnam curam egiſſe eos, qui jura ſuſtinebant, ne facile homines ad litigandum procederent. Non improbat Prætor ejus factum, licet aliquando *παραδοξότερον*, qui tanti habuit re carere, ne propter eam ſæpius litigaret: hæc enim verecunda cogitatio ejus, qui lites execratur, non eſt vituperanda, eſt *ἐπίκρισις* Ulpiani in *l.* 4. § 1. *de Alienat. jud. mut. c.* Porro, ne quis hanc adſeverationem rei ipſi adverſam calumnietur, in hoc caput congeſſit Imperator modos mediaque coercendi litigantium temeritatem. Sunt autem Temerarii litigatores, qui ſine probabili cauſa litigant, quod fieri poteſt ut uterque faciat, ſi quæſtio ſit anceps, vel obſcura; ſed ut juſtam uterque cauſam, vere & in puncto, ut ita loquar, habeat, hoc fieri non poteſt, uti mox.

2. (b) Pœnæ temere litigantium, ſive potius modi illos coercendi, ſunt tres. Jusjurandum, pœna pecuniaria, & Infamia. Jusjurandum huc pertinens vocatur CALUMNIÆ, quod præſtat Reus, Actor & Advocatus. *Actor jurat*, ſe ad litigandum procedere, quod putet, ſe juſtam habere cauſam, non cum animo vexandi, nec quicquam hoc animo eſſe facturum. Reus jurat, ſe ad contradicendum accedere, non animo tergiverſandi, ſed quod putet, ſe juſta uſurum inſtantia, *δικαίαν ἀντίρρησιν ἔχειν*, *juſtam eſſe contradictionem ſuam*; addit uterque, ſe nihil corrumpendi cauſa dediſſe, vel daturos; denique jurat advocatus, ſe quoque putare, cauſam ſui clientis eſſe bonam, ſin aliter deprehendat, eam ſe deſerturum, § 1. *h. l.* 2. & *authent. ſubject. C.*

cauſa inhibitiva, v. *Reſ. gr. d. l.* clauſula juſtificatoria; & inſinuatio per nuncium juratum facta. Effectus illius inhibito vel paritionem, vel juſtificationem injungit. Paritio plenaria, legitime & in continenti probata, anſam dat ceſſationi inhibitionis. Juſtificatione ſuſcepta, & poſſeſſione inhibiti certa deprehenſa, ceſſatur inhibitio; ſi illa dubia ſit, hæc in vim ſimplicis citationis reſolvitur. Cum vero impetranti poſſeſſio certa ſit, inhibitio confirmatur, bleibet die ausgebrachte Inhibition bey Kräften. Menck. *d. l. th.* 42. *ſq.*

(a) *Pof.* 1. (b) *Pof.* 3. & *ſeqq.*

de Jurejur. propt. cal. Hoc jusjurandum comitabatur litis conteſtationem, *d. l. 2. Nov. 49. c. 3.* cumque ſimpliciter ad judicium illa requiratur, dicendum eſt, ejus omiſſione proceſſum vitiari, per *d. l. 2. in pr. & §ſed quia verenur.* adſtipulante Donello *24. comm. 3.* & Gudelino *de jure noviſſ. c. 8. in fin.* licet aliter fere pragmatici diſſentiant, ex ſententia juris Canonici, *capite 1. de juram. cal. in 6.* Sunt etiam, quibus plane diſplicet; denique ubi in deſvetudinem abiit: * adverſus quos diſputat Sandius noſter in *lib. 1. deciſ. tit. 9. defin. 1.* Hoc ſane utiliſſime receptum aut recipiendum eſt, ut, qui temere eo ſint uſi, pro modo exempli mulctentur aut puniantur, ut idem Sandius tradit *eod. tit. defin. 2.* quanquam alioqui verum eſt, hoc genus jurandi magis eſſe opinionis, quam aſſertionis; ut ex formula modo relata apparet, nec perjurium dici poſſe continuo, ac aliquis non obtinuerit; nec quidem id eſſe verum, quod vulgus putat, alterutrum neceſſario eſſe perjurum, quando factis diſcrepantibus colliduntur. In foro noſtro, non initio litis præſtatur hoc juramentum, ut jure civili cautum, ſed poſt litem conteſtatam, quando partes ab probandum admiſſæ, ſibi invicem interrogationes propomunt, ad quas mutuo reſpondere debent: quæ interrogationes cum alibi, nominatim in Hollandia, ceſſent, ** conſentaneum eſt, ibi quoque jusjurandum hoc non habere locum, ut teſtis etiam eſt D. Voetius ad *hunc §1. n. 3.* Advocati apud nos & in plerisque foris jurant, *** quando nomina eorum matriculis curiarum inſeruntur, ſemel, nec alias unquam, etſi in aliquibus foris Sacramenta quotannis renovantur, in nonnullis etiamnum pro ſingulis cauſis, teſte eodem, *n.* 8. Cæterum, eſt aliud jurandi genus, quod & litigantes & Advocati ſæpe, prout quæque res incidit, in omni

* Ita apud nos Juramentum calumniæ generale dudum in uſu eſſe deſiit, ‡ vid. *O. P. S. T. 33. verb* Obwohl das Juramentum calumniæ generale *in unſern Landen* nicht bräuchlichen. Conf. Carpzov. *P. 1. C. 12 d. 21.* Nicol. *Proc. P. 1. c. 39. n. 5* Philipp. *Conſil. 1. ad d. Tit* Bachov. *ad Treutl. Vol. 1. diſp. 21. th. lit. c* Advocati tamen in judicio Mercatorio Lipſienſi ſecundum *Ord. Jud. Merc. Lipſ. tit. 4.* juramento obſtringuntur, quod juramentum calumniæ fere continet; nec multum ab hoc recedit juramentum malitiæ ſpeciale, quoties ab initio litis injungitur, vid. *Deciſ. Ll. 70. §* befehlen. cujus exemplum habet Rivin. *ſpec. Except. Dilat. c. 33 pag. 194.*

‡ Sed revocatum eſt in uſum quoad actores pauperes, qui, poſtquam Judici de probabili litigandi cauſa fidem fecerunt, præter juramentum paupertatis, jurant, ſe certo certius credere, juſtam ſibi eſſe litigandi cauſam, neque ſe ejus litis nomine quicquam dolo malo feciſſe, neque durante lite quicquam tale facturos eſſe; *O. P. S. E. I. & E. Tit. I. §10.* Hæc Juramenta & paupertatis & malitiæ, præſtant Minores ipſi, ſi decimum octavum ætatis ſuæ annum impleverint, reliquorum minorum, ut & furioſorum menteque captorum & ſimilium Tutores & Curatores, ſed hi paupertatis juramentum eatenus, curandorum ſuorum bona ad ſolvenda ea, quæ & Judicio & Advocato debebuntur, haud ſufficere. Tutores & Curatores cauſas ſuorum negligentes, ut ab horum juramentorum præſtatione maneant immunes, Tutelæ & Curatelæ judicio tenebuntur. *O. P. S. E. I. & E. Tit. I. §11.*

** Ceſſant etiam in Saxonia interrogationes & reſponſiones mutuæ, adeoque & juramentum dandorum & reſpondendorum, Schilt. *ad Inſt. tit. de Offic. Judicis n. 37.* Richter. *P. 1. dec. 119. n. 5.* Carpzov. *Proc. tit. 10. art. 3. n. 1.* Stryck. *Uſ. Mod ff. Lib 11. tit. 1. §40.* ubi §42. oſtendit, extra Saxoniam in Marchia, Würtembergico, Tribunali Wismarienſi, aliisque Germaniæ judiciis, interrogationes ac poſitiones hujusmodi adhuc eſſe uſitatas. conf. Koch. *Prax for. Germ. p. 4. c. 16. §2.* Menck. *ad O. P. S. tit 11. th. 17. ſeq.*

*** Idem apud nos obtinet, ubi, qui ad Praxin accedere cupiunt, impetrato a Facultate Juridica Lipſienſi, aut Vitembergenſi, teſtimonio, juramentum juſtitiæ præſtant, vid. *Mand.* Joh. Georg. III. *Dipſoldisw. de an. 1691 §* Ob wohl zum achten. verb zur Juſtiz nach einer gewiſſen zu ſolchem Ende verfertigten Rotul vereyden laſſen. Non tamen hoc juramentum ab iis exigebatur, qui Licentiæ aut Doctoralem Gradum Juris ſunt adepti, *d. §* verb. auſſer denen graduirten Perſonen. cum ii plerumque jam juſtitiæ juramentum præſtitiſſent. Adde Leipz. Handels-Ger. Ordn. *n. 4. p. 32.* Item, Leipziger Ober-Hof-Ger. Ordn. rubr. Eyd der *Advoc.* Wittenb. Hof-Ger. Ordn. *rubr.* Eyd der *Advoc.* Novam juris jurandi Advocatorum formulam, quam quæ in ordinatione proceſſus continebatur, præſcripſit *noviſſimum* Reg. noſtri pot. *mandatum* wegen der *Advocaten* im Lande *An. 1723. d. 12. Apr.* ab omnibus, qui patrocinium clientum forenſe ſuſcipere cupiunt, recitandam. Nec a neceſſitate hoc ſacramentum præſtandi, amplius eximuntur Doctores ac Licentiati, *d. Mandat. §4.*

parte

parte judicii præſtant; MALITIÆ * a Pragmaticis dictum; quod ſine dubio a jurejurando Calumniæ, quemadmodum id a Juſtiniano præſcribitur, diſcrepat; diſſentiente D. Wiſſenbach. *ad h. th. 2.* tametſi nihil vetat, hoc etiam calumniæ appellari, ut in ſpecie ſimili factum videmus ex *l. 8. § 5. Qui ſatisd. cog.* nec aliud eſt: poteſt juramentum calumniæ, quod ſecundum Jus Canonicum in quavis parte judicii deferri poteſt, *cap. 2. de jurejur. cal. in 6.* Imo noſtra, quæ ad poſitiones factorum inter litigantes celebrantur, revera nihil ſunt aliud, quam malitiæ juramenta. Proinde juramentum malitiæ ſolide quidem differt a jurejurando calumniæ, quod Juſtinianus introduxit, non differt usquequaque a juramento calumniæ, quod & olim in uſu fuit, *d. l. 8. § 5.* & quod hodie omni die ſervatur, niſi quod ita Pragmaticos loqui videmus, ut juramenta, quæ probationes factorum totius cauſæ comitantur, appellent calumniæ; reliqua de incidentibus negotiis, malitiæ.

3. (c) Alter modus coercendi temere litigantes eſt, pœna pecuniaria, quæ primo uſum habet in omnibus Judiciis pœnalibus. Dein ſpecialiter in his, ubi lis inficiando creſcit in duplum, de quibus in § *ult. ſupra de quaſi-contractibus.* Tertio in eo, quod victi damnantur in impenſas, ‡‡‡‡‡ etſi non fuerint petitæ, † modo non adfuerit probabilis cauſa litigandi; quæ pœna ſucceſſit in locum decimæ litis, quæ olim temerariis litigatoribus infligebatur, § *1. in fine, & l. 13. § 6. C. de Judiciis.* Tamen Juſtinianus de-

* Hujus in Saxonia quotidianum fere uſum eſſe, ſatis apparet ex *Ord. Pr. Sax. Tit. 18.* §. Nachdem. *Tit. 33. Dec. 1. 70.* atque hoc a Judice implorato, aut etiam ex officio, juſtis ex cauſis, modo parti, modo advocato, interdum etiam utrique, imponitur, *Reſ. Gruv. d. An 1653. 1657. gr. 24.* in primis, quando teſtes peregrini litis protrahendæ cauſa ‡ produci videntur; *O. P. S. t. 23.* verb. ehe und zuvor ihm die Compaß-Briefe ertheilet, das *Juramentum Malitiæ*, &c. aut leuteratio frivole interpoſita creditur, *O. P. S. t 35.* § 4. aut quoties tertia, vel quarta dilatio probatoria petitur; ‡‡ *O. P. S t. 20.* § Wir laſſen. aut cum quis protelandi animo interveniſſe creditur; *O. P. S. t. 15.* § *un.* aut cum pauperes litigant, ‡‡‡ a quibus non raro exigitur. Et in genere ‡‡‡‡ imponendum eſt, quando litem protrahendi animo pars aliquid petit, *O. P. S. t. 33.* verb. Wenn und ſo oft ſie vermercken, daß etwas von einem oder andern Part, zu vorſetzlichem Verzug der Sachen, vorgebracht oder vorgenommen wird.

‡ Hoc caſu per noviſſimum Jus non pars modo, ſed advocatus quoque, pro re nata, juramento malitiæ obſtringendus eſt. Detrectantis juramentum pœna, partis equidem eſt multa intra decem & viginti uncialium ſummam conſiſtens, advocati autem ſuſpenſio a praxi trimeſtris. Tale juramentum etiam exigere licet ab iis, qui non peregrinos, ſed plures tamen in diverſis noſtrarum regionum locis commorantes, ſuper uno articulo aut circumſtantia produxere. *O. P. S. E. I. & E. t. 23. § 1.*

‡‡ Noviſſimo Jure, quotiens altera, aut a minore aliisve, qui Reſtitutionis in integrum beneficio gaudent, ſi tertia dilatio petatur. *O. P. S. E. I. & E. t. 20. § 3. & 4.*

‡‡‡ Quid circa hos acturos noviter conſtitutum, ſupra monuimus ad not. * p. 458.

‡‡‡‡ Adde ſpeciem, ſi in petitione editionis documentorum ab adverſa parte vel tertio faciendæ, doli quid ineſſe ſuſpicatur judex; quo caſu, vel partem, vel patronum cauſæ hoc jurejurando obſtringere poteſt. *O. P. S. E. I. & E. tit. 26. § 1.* Confer. *Tit. 33. § 1. & 2.* ubi leuterationes contra delatum malitiæ juramentum plane improbantur; ſi appellatum fuerit, judex a quo rem ex officio ad judicem ad quem deferet; ſumtus feret appellans, & pœnam, ſi gravamina fuerint nullius ponderis æſtimata, V. X. aut amplius, talerorum. Super appellatione Judici inferiori juramentum malitiæ deferre non licet, quod in Judicis ſuperioris pro re nata eſt poteſtate.

‡‡‡‡‡ De quarum cum judicialium tum extrajudicialium immodica quantitate, cum homines ubique fere ſint conqueſti, per publicam Legem, durch die beſondere Tax Ordnung modus iisdem eſt impoſitus, omnibus ſimul ſtatutis, pactis conventis, & conſvetudinibus contrariis penitus abrogatis, *O. P. S. E. I & E. Tit 30. § 1.*

† Jure Saxonico Electorali, temere litigantes, quidem ex officio, etiam in expenſas condemnari poſſunt *O P. S. t. 36.* § So wollen wir. verb. Da es auch gleich nicht gebeten würde, doch zu des Richters Ermäßigung, ꝛc. Carpzov. *P. 1. C. 31. d. 20.* tutius tamen eſt, partem expreſſe petere, ut adverſarius in expenſas condemnetur, *ob d. § verb.* auf Gegenparts Bitt und Begehren. cum, prævia hac petitione, judex expenſas non facile compenſare poſſit, ſed victum ad earum reſtitutionem adigere teneatur, Carpzov. *Proc. t. 24. art. 1. n. 32.* Zigler, *ad d. t. verb.* auf des Gegenparts Bitt und Begehren.

(c) *Poſ. 7. & ſeqq.*

cimam litis deinde in usum revocavit, *N. 112. c. 2. in pr.* non abolito interim jurejurando calumniæ; sed hoc addito, ut decimæ cautio fiat satisdato vel jurato, Cujac. *expos. d. N. & N. 69.* Sed hodierna praxi hæc decima litis est sepulta, Zypæ. *notit. jur. Belg. tit. de juram. cal.* * Diximus in impensas condemnari victum, etsi non fuerint petitæ, idque ex *d. l. 13.* satis probari videtur, adstipulante D. A. Matthæo *Disp. 6. de judic. th. 17.* At doctores vulgo aliter sentiunt, eodem teste, aliterque in foro servatur, teste Gail. 1. *observat. 51. n. 21.* unde recepta libelli clausula, *cum expensis;* qua omissa, nostræ quoque Curiæ Διαιτηταὶ nihil de expensis adjudicare, mihi compertum est. Cæterum nemo condemnatur in expensas, nisi qui temerè litigaverit, *l. 79. de Jud.* quod, ut initio diximus, utrimque abesse potest; facile enim fit, ut homines & in jure & in facto aliquid fugiat, *l. 2. & l. 9. de jur. & f. ignor.* alioqui, Justitia positive καὶ ὡς ἐν ἀτέμῳ accepta, non posse cautam utrimque esse bonam, res loquitur, Grot. 2. *de J. B. & P. c. 23. n. 13.* Quis sit, aut quis non sit temerarius litigator, in universum finiri non potest, ideoque judicis arbitrio id relinquendum est, *l. 1. § ult. de jure delib.* Sane quod Alciatus scripsit ad *L. 1. de Reb. cred.* eum, qui celebris alicujus JCti judicio sublevatus fuerit, non esse temerarium litigatorem, id ex iis est, quæ plerumque sane ita sese habent, per se tamen necessitatem Juris judici non præscribunt; utique locum non habet, ubi quis ad impensas & id quod interest se obligavit; proinde nec id ita simpliciter in foro servatur; Zypæ. *notit. jur. Belg. tit. de Legib.* Absolvunt a temeritate, non tantum obscuritas facti, sed etiam juris ambigua interpretatio, ut in utraque tamen reo facilius quam actori ignoscamus, *l. 125. de R. J.* Quod si pro parte justa fuerit causa, pro parte injusta, vel prorsus non, vel saltem non in omnes, damnandum esse victorem, ratio docet. Et jurejurando adversarii condemnatum, semper in impensas damnandum, vulgo quidem placuit, at recte displicuit ** D. A. Matthæo, *Disp. de Judiciis XI. n. 40.* utique non indistincte, & D. Voetio ad *h. t. & § n. 11.* Cessat etiam condemnatio in expensas, cum ex contensu utriusque litigatoris causa judicio disceptatur, *arg. Nov. 112. c. 2.* cum fiscus succubuit, Cujac. *in par. C. de sportul.* cum episcopus, *Nov. 123. cap. 21.* tenuiores, *** *Nov. 17. cap. 2.* nec non illi, qui cum his litigant, *l. ult. D. de fruct. & lit. expens.* ubi Giph. *in comment.*

* Etiam in Saxonia, ubi expensæ decimam litis sæpissime excedunt. Solet autem apud nos, quoties pars victa in expensas totius Processus condemnatur, terminus præfigi ‡ ad procedendum super liquidatione, quæ, una cum citatione, ei transmittenda est, Svendendörfer. *ad Fibig. Proc. p. 925.* quo facto liquidationem sequitur Judicis moderatio, *Id. l. c. p. 927.* Unius autem vel alterius termini expensas judex moderatur, licet pars ad earum liquidationem non responderit, Carpzov. *P. 1. C. 31. def. 5.*

‡ Quod & novissimo Jure licet; addenda tamen citationi comminatio, citato non comparente, aut non respondente, ex officio decretum iri, quo in casu, neque sumtus in leuterationem, aut appellationem post sententiam definitivam facti, nisi in sententiis super illis latis leuterans, aut provocans, in expensas retardati processus simul sit condemnatus, neque ii, quos ille, cui sunt instituendi, sua mora aut contumacia, ut fierent, effecit, sunt computandi. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 36. § 4.*

** Imo sicuti, quoties utraque probabilem litigandi causam habuit, expensæ plerumque compensantur, ‡‡ *a. d. Tit. 36. O. P. S.* ita, inprimis quoties condemnatio ex juramento Actoris suppletorio secuta est, expensæ ei non facile apud nos adjudicabuntur, Carpzov. *P. 1. C. 31. def. 26. seq.* Sed nec Actor, tanquam temerarius litigator eas refundere jubetur, licet reus, præstito jurejurando, super causa principali delato, ab actione absolvatur, siquidem Actor, præstito calumniæ juramento, temeritatis suspicionem a se quodammodo removit, Carpz. *P. 1. def. 46.*

‡‡ Parcius tamen impensæ novissimo jure sunt compensandæ: nec ex ea unice ratione, quod inter propinqua cognatione conjunctos, inter Dominum jurisdictionis & eidem subjectos, inter Parochum & Parochianos lis sit disceptata. Compensandæ omnino sunt ob Juramentum judiciale delatum & præstitum, item præstito Suppletorio aut Purgatorio: ita tamen, si jusjurandum ipsam Causam aut præcipuam Exceptionem concernat. Si super uno alterove puncto aut articulo juratum, si juramentum delatum nec præstitum, aut relatum & a deferente prævio Malitiæ juramento præstitum, in refundendas impensas pronunciandum est. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 36. § 5.*

*** Apud nos paupertas ab expensis non liberat, sed pauper, qui frivole litigavit, si expensas præstare nequeat, carcere coercetur, Svendend. *ad Fibig. p. 79.*

Item

Item, qui cognatione aut adfinitate victori sunt juncti, *per l. pen. de jur. dot. l. 22. de Re Jud.* Denique unus in Jure casus datur, *ἐκ παραδόξου*, quo victor ipse victo in impensas damnatur, si absens ex contumacia causam obtinuerit, *d. l. 13. § 2. verfic. sin autem C. de Judic.* *

4. (d) Sequitur tertius contra temerarium litigatorem modus, INFAMIA, quæ definitur, læsio existimationis, per quam quis honestorum virorum numero ob vitæ turpitudinem eximitur, *l. 8. C. Ex quib. caus. irrog. infam. l. 2. C. de dignitat.* Ab hac ignominiam ita distinguunt, quod omnis infamia sit quidem ignominia, non contra omnis ignominia, infamia, D. Willenb. *ad tit. D. de his, qui not. infam. th. 1.* Atqui passim pro infamia poni ignominiam, cernas in *l. 2. d. tit. &c.* Imo in *l. 20. eod.* læsio pudoris opponitur ignominiæ, adeoque ignominiam pro ipsa juris infamia necesse est illic sumi. Vulgo duplex statuitur infamia, Juris, & Facti; quarum illa vi legis, altera ex opinione gravium & prudentium virorum proficiscatur. Hæc quidem non est usus in Jure nullius, ut apparet ex *l. 2. de obseq. præst. l. 27. C. de Inoff. testam. l. 20. 21. & l. 22. de his, qui not. infam. l. 13. l. 17. & l. 19. C. eod.* sed de priori hic tantum agitur. Quæ vel immediate ex lege, vel sententia interveniente, vel denique pacto oritur; quæ tria genera recensentur in *l. 1. D. de his, qui infam. not.* & explicantur a Donello 18. *comm. c. 6. & seqq.* Exempla, quæ hic in § 2. habentur, furti, rapinæ, injuriarum, de dolo, pertinent ad tertium genus; qui enim damnati vel pacti sunt ex his causis, fiunt infames, idque ideo, quod pacti pro confessis habentur. Atqui in *l. 7. § 14. D. de Pactis.* de furto paciscì lex permittit, est scriptum; sed respondè ex *l. 6. § 3. D. de his, qui infam. not.* paciscì licet precibus sine pretio, sed qui pecuniam dat, ille demum fit infamis. Adde, etiam ante litem contestatam; nam post litem contestatam prohibet SCtum Turpilianum; sc. si criminaliter agatur, *l. ult. de Prævar. l. 1. de bon. eor. qui ant. sent.* Præterea in *§ 2. h. t.* sunt quatuor contractuum actiones, Tutelæ, Mandati, pro Socio, Depositi: in quibus contractibus propter exuberantem bonam fidem, qui de dolo damnantur, fiunt infames, si proprio nomine directisque actionibus sint damnati, *§ 2. h. & d. l. 1. de his, qui infam.* Vetus hæc fuit Romanorum disciplina, ut hæc judicia famosa haberentur; teste Cicerone *pro Cæcin. in narrat. Qui per tutelam*, inquit, *aut societatem, aut rem mandatam, aut fiduciæ*, hoc est depositi, *rationem fraudavit, &c. est turpe judicium.* Ratio, quod in his contractibus fidei maximum vertitur officium, cujus non servatæ conspicua turpitudo est; Sed tria requisita, quæ concurrere debent, ac modo sunt obiter collocata, pressius inculcanda videntur. Primo requiritur, ut de dolo Reus sit condemnatus & de perfidia, *l. 6. § ult. de his, qui infam. not. § 6. Inst. de susp. Tut.* nisi quod lata culpa pro dolo habeatur, ita ut disputavimus ad *d. § 6.* Et de hac lata negligentia velim intellectum Ciceronem in *orat. pro Rosc. Etiam negligentia*, inquit, *in crimen mandati, judiciique infamiam revocatur, &c.* Neque turbant ejusdem verba in *ead. Orat.* paulo ante, ubi, *In minimis rebus*, ait, *qui mandatum neglexerit, turpissimo judicio condemnari necessum est.* Intellige negligentiam latam sine discrimine, res parvæ sint, an magnæ. Alterum est requisitum, ut Reus proprio nomine sit condemnatus, *l. 1. & l. 4. § ult. d. t. de his, qui infam.* quæ est addita conditio, ne procuratores, adversus quos sententia fertur, ut & tutores atque curatores, infamiæ notam incurrant, *l. 6. § 2. eod. tit.* Cujus quidem instituti ratio non est obscura; sed non æque expeditum, quare dominus litis hoc casu non fiat infamis, & cur ille dando procuratorem justissimam infamiæ notam evitet, ut eum facere, ex *dd. ll.* & ex *l. 2. de obseq. parent. & patron.* cognoscitur. Eadem *l. 2.* suggerit responsionem, quando monet, dominum, licet aliter fieri non potuerit, quam ut verbis Edicti non notaretur, opinione tamen hominum & quidem gravium virorum, adeoque re ipsa, non effugere ignominiam. Denique directis actionibus oportet esse condemnatos, qui fiant infames, non contrariis, & ratio in *d. l. 6. § ult.* redditur, quod in contrariis actionibus

* Merito hunc casum *l. 13. § 2. C. de judic.* inter paradoxa Juris refert Dn. Autor, ac vix est, ut in Saxon. hujus legis, hac ex parte, usus obtineat, cum haud facile possit contingere, ut pars contumax victoriam nanciscatur, ob pœnas contumaciæ *O. P. S. t. X.* definitas. Imo, licet pro Leuterato aut Appellato non comparente, judex, qui appellantis aut Leuterantis gravamina videt esse inania, sententiam ferat, ipsum tamen, ob absentiam, in expensas non poterit condemnare. *a. d. T. X. f.*

(d) *Pos. 11.*

non agitur de perfidia, sed tantum de calculo restituendisque impensis. Hactenus de contractibus famosarum condemnationum.

DE ANTIQUO MORE VOCANDI IN JUS.

5. (e) In § *ult.* Res fugitiva, ut more Cujacii loquamur, id est ad Rubricam non pertinens, tractatur, scil. de principio Judicii, quod est In jus vocatio; sumitur enim judicium late, vel stricte. *Late* capit initium ab in jus vocatione, & desinit in executione. Stricte incipit a litis contestatione, & desinit cum sententia, quæ est ultima judicis de lite pronunciatio, continens vel absolutionem Rei, vel condemnationem certam Actoris aut Rei, *l. 1. de rejud.* (hoc obiter; nam alibi locus erit de his rebus ex professo agendi.) In jus vocare, de quo hic agitur, est vocare adversarium ad eum, qui jurisdictioni præest juris experiundi gratia, *l. 1. D. de in jus vocando.* Olim fiebat arbitrio & petitione privati cujusque actoris, qui adversarium suum passim obvium in jus vocare, & invitum rapere poterat obtorto collo, nisi satisdaret, quod certo tempore se judicio stiturus esset, ut latius *ad l'andect. tit. In Jus vocati ut eant, aut satis vel cautum dent.* Hoc operæ pretium est inquirere, sitne verum, quod diximus, olim apud Romanos in jus vocationem fuisse factam a quolibet actore privato, cum vi etiam coactiva, si vocatus sequi nollet. Magni enim nominis auctores dissentiunt; Robert. 3. *sent. 1.* Donell. *ad l. 22. de Reb. cred. n. 3.* & σφέδρα Bachov. *ad § 12. I. de Action.* habentque præjudicium grave contra vulgus sententiæ; scilicet gravitatem sapientiamque Romanorum, a qua tumultuarius ille in jus vocandi modus nimium abhorrere videtur. Sunt tamen apud veteres tam evidentia moris ejus vestigia, ut sine vi manifesta interpretationis, hæc veritas negari nequeat; nihilominus, ut libens concedam, inter honestos & homines gravitatem professos, hoc coactionis institutum non fuisse usitatum, verum illos aut ultro esse secutos, aut civile laxamentum sibi mutuo indulsisse, vel si quis importunius instaret, dedisse fidejussores judicio sistendi causa. In XII. tabulis sic fuisse scriptum, tradit Gellius *lib. 10. c. 1. Manus injectio est, in jus ducito*; & alibi; *Si calvit pedemve struit, manus éndo jacito. fragm. XII. tabb. &, Si in jus vocat, ni eat, manum injicito*, Cujac. 7. *obs. 16.* Ad vivum hæc consvetudo describitur ab Horatio *lib. 1. Satyr. 9. in fine*; Quos versus oportet considerem us. Agit Poëta de homine importuno, qui ipsum in via meditabundum adortus amittere nolebat. *Donec*, ait,

casu venit obvius illi
Adversarius, & quo tu turpissime? magna
Exclamat voce, & licet antestari? Ego vero
Oppono auriculam; rapit in jus, clamor utrinque
Undique concursus; sic me servavit Apollo.

Sic ab illo me expedivi, ait Poëta. Quod testimonia Terentii & Plauti rejicit Bachovius, non est quod multum refragemur, quia Comœdiæ illorum fere sunt Græcæ, moribusque Græcorum accommodatæ; tametsi Bachovius hac ratione, quod sciam, non utatur, sed Comicorum Poëtarumque auctoritatem Justiniano objici non patitur: Quod equidem in comparatione autoritatis Legislatoriæ quis neget? verum de historia seculi illius si agatur, nihil causæ video, cur hominibus eorundem temporum neganda sit fides eorum, quæ viderunt; Enimvero id facile animadverti potest, sit ne Poëtica licentia fingendi, an ex hypothesi moris recepti loquantur: quod de istis Horatii versibus non potest, quin omnino sit dicendum. *Casu venit obvius illi Adversarius*, inquit. Ergo sine ullo Præcone vel antecedente citatione fortuito occursu, modo Prætor sederet, privatus a privato vocari potuit. *Et quo tu turpissime? magna exclamat voce.* Videmus, quomodo fæx populi hunc morem privatæ vocationis exercuerit, indigne sæpius & proterve, non secus ac apud Lucianum, in ἁλιεῖ & alibi; Εἰλήφαμέν σε, ὦ κατάρατε, &c. ἴπτα μικρὲ πρὸς δικαστήριον; &c. Sic alias apud Comicos, cum lenonibus & id genus hominibus agitur; quod alii cives & ordines honoratiores sine dubio procul habuere, si modo semper; Nam ex Suetonii Augusto *cap. 38.* colligi posse videtur, equites Romanos in solenni transvectione equestri coram Censoribus, sæpe detractos fuisse ab iis, qui in jus eos vocarent; si quidem Augustus id prohibuit. Imo diserte, id antea fieri solitum, affirmat Suetonius. *Et licet antestari.* Ex Lege XII. Tabb. Antestatio cum In jus vocatione conjuncta esse debebat, hoc est, Actor, (sic dictus, si credimus Theophilo ad *pr. Inst. de Action.* παρὰ τὸ ἄγειν τὰς ἀγωμένας ἐπὶ τὸ δικαστήριον, ab agendis ad tribunal reis,

(e) *Pos. ult.*

quæ

quæ licet falsa etymologia, tamen & hanc consuetudinem adseverat.) Actor, inquam, reum obvium in jus vocans testes adhibebat, quos vel ea gratia secum sumpserat, vel casu præsentes requirebat: Etenim si intestato fieret vocatio, non poterat Actor reum deinceps in id quod interest convenire, qualis actio prodita est *in tit. D. In jus vocati ut eant;* siquidem Rei procaciam probare non poterat. Antestari autem ab ante & testari dicitur, προδιαμαρτυρήσαι; quia fiebat, antequam Reo manus injicerentur, ut probat Cujacius 7. *observat. c. 16.* licet in XII. T. ita fuerit, *manum injicito, encapito antestari:* sed res loquitur, testes prius fuisse rogandos, antequam tumultus rapiendi oriretur, idque locus Horatii noster indicat, & forte vocabulum *ancapito*, id est, *incipito. Ego vero oppono auriculam.* Moris erat, ut qui testem adhibebat, aurem ejus contrectaret. Lex Bajuvaria; *Testis*, inquit, *per aurem trahi debet*, Cujac. *ibid.* haut dubie, ut hoc signo admoneretur, rem gestam memoriæ committere. Ait igitur Poeta, se fortuito præsentem, adhibitum fuisse testem in jus vocationi, præmissa rogatione actoris, *& licet antestari?* Sequitur; *Rapit in jus;* Est actus ipse, cujus gratia fiebant reliqua. Loquitur vox *rapit*, quam placide ea vocatio sit instituta. Idem cætera, quæ sequuntur, indicant; *clamor utrimque, undique concursus.* Non temere esse videtur, quod Viri Clarissimi dissentientes, in civitate bene morata ejusmodi tumultus quotidianos, admodum deformes nec tolerandos putant. Sed, ut dixi, non est verisimile, frequenter id accidisse. Nec tamen in ipso jure nostro desunt loca, è quibus ille mos probari queat; Nam quorsum alioqui referas, quod est *in l. 18. de in jus vocando; Plerique putaverunt, nullum de domo sua in jus vocari licere, quia domus tutissimum cuique refugium atque receptaculum sit, eumque, qui inde in jus vocaret, vim inferre videri.* Et in *l. 21.* Sed etsi is, qui domi est, interdum vocari in jus potest, *tamen de domo sua nemo extrahi debet.* Textus, qui objiciuntur, sunt inprimis *l. 5. Judic. l. 9. C. de bon. autor. jud. possid. l. 54. C. de Decurion.* ad quos post alios respondet D. Wissenbach. *Disp. ad h. tit. th. 15.* Bachovius adhuc triceps argumentum producit ex *l. 11. de In jus voc.* ubi ponuntur tres limitationes, quibus remittitur pœnale judicium liberto, qui patronum sine venia in jus vocavit. I. Si pœniteat libertum vocationis factæ. Atqui, excipit Bachovius, Atrox illa injuria non dilueretur sola pœnitentia. II. Si Patronus non venerit; At quomodo potest non venisse raptus obtorto collo? inquit ille. III. Excipitur, si patronus non invitus vocatus sit; at quomodo potest violenter rapi volens? Quibus rationibus non deerit utique in arena, quod respondeamus.

6. In jus vocari possunt, qui non prohibentur; quidam vero prohibentur penitus, quidam certo modo. Penitus prohibentur magistratus majores, quia nullum erat tribunal, ad quod vocari poterant; qui funus prosequuntur, qui sacris adsistunt, qui uxorem ducunt, qui in jure stant, *l. 2. 3. 4. de in jus vo. nec eos, qui propter loci religionem inde se movere non possunt*, ait *d. l. 2. de in jus voc.* Spectat hoc, ut videtur, ad superstitionem veterum, qui variis ominibus & præsagiis omni die absterrebantur, ne ex aliquo loco discederent; ut, si intrasset in ædes ater alienus canis, si anguis per impluvium deciderat de tegulis, gallina cecinerat, si interdixerat hariolus, si haruspex vetuisset, ut apud Terentium est *in Phorm. Act. 4. sc. 4.* aut si lacinia consurgenti, alicubi obhæsisset, quod Neroni omen oblatum iter Alexandrinum impediit, apud Sueton. *Ner. c. 19. Qui equo publico in causa publica transvehuntur;* Quod recte Cujacius de solenni transvectione equitum Romanorum accepisse videtur, ut & verba *d. l. 2.* cum notissima consuetudine transvectionis, & locus ille Suetonii modo citatus monstrare videntur; licet displiceat D. Wissenbachio ad *tit. D. de in jus voc. th. 10.* qui cum aliis ea verba, de omnibus iis, qui equis publicis in causis publicis vehuntur, intelligi volunt. *Certo modo* prohibentur parentes & patroni, non aliter quam venia a liberis libertisque impetrata, * partim, quia prætor pati nolebat, ut personæ venerabiles invitæ raperentur, partim quia examinandum putabat, forte an Actio famosa, quod non licet, adversus eas institueretur, *l. 10. § penult. D. de in jus vocando.* Qui veniam neglexerat, hic aureis 50. mulctabatur, ut dict. ad *tit. de Action. § 12.* Cæterum, de litis contestatione, quæ est initium judicii stricte sumpti, (& potest definiri, quod sit in-

* Hæc veniæ petitio nec Saxoniæ nec communi Germanorum Jure necessaria est, cum citationes non amplius privata vi, sed judicis fiant autoritate. Conf. tamen Schilt. *Ex. ad ff. 7. th. 7.* ubi Jure Wirtembergico adhuc veniam in citandis parentibus, impetrandam esse docet.

choa-

choatio litis, per intentionem actoris & contradictionem Rei, apud Judicem, qui causam audire cupit, *l. un. C. de lit. Contest.* Cujac. *parat. C. ibid.*) ad tit. D. de Judiciis agendum. vid. *supr. de Except. apr.*

Tit. XVII.

De Officio Judicis.

Quid Judex & jus dicens differant. Judicis officium in genere. Quale hoc, si aliter ei de facto constet, quam e probatis constet. Quale, in actione noxali & in Rem. In ad Exhibendum. Familiæ Erciſc. & Comm. Divid. Finium Regundorum. Distinctio. Divisio. Finis Officii judicis.

ULtima Judicium constituens persona, est Judex, qui in genere est vir bonus ad lites decidendas publice constitutus. Videtur hæc definitio sic esse comparata, ut quosliber Judices, qui in Jure nostro habentur, comprehendat, tam qui cum Imperio & Jurisdictione, quam qui sine Imperio nuda notione funguntur. Sciendum enim, generali vocis usu etiam magistratus, qui Imperio sunt præditi, judices appellari, *l. 1. de Judic. Rubr. D. de reb. auct. Jud. possid.* Unde *Majores* Judices in *l. 32. § de liberali. de Arbitr.* Sed plerumque Magistratus & Judices separantur, *l. 2. de R. J.* Judicumque nomine intelliguntur hi, qui & Judices dati, & speciales Judices, & Pedanei, & delegati, appellantur, *l. 46. de Jud. l. pen. Jud. sol. l. ult. de off. Prat. l. 4. de Tut. dat. l. 3. Ne quis eum, qui in jus voc. l. 5. de Off. Præs.* adeo, ut Jure Pandectarum nomen Judicis simpliciter positum, de Judice pedaneo intelligatur, qui a prætore dabatur ad causam cognoscendam ferendamque sententiam; sed jure Codicis ipsi Magistratus judicare sunt jussi, *l. 2. C. de Pedan. Jud.* itaque Judex & Jurisdictio fere jam æque late patent, loquente rubrica *Cod. de Jurisdictione omnium Judicum*, & hoc latiori sensu utimur in præsenti *tit.* Sunt tamen, qui in definitione, quam dedimus, Judicis non acquiescunt; & primo, quod genus attinet, negant, Judicem esse Virum bonum semper, quod est verissimum; sed non minus est verum, Judicem esse debere bonum virum, & in definitione considerandum, qualis esse debeat & qualis præsumatur, non qualis in cute vel intus in animo sit. Boni & innocentis viri officio fungi Judicem oportet, ait *l. 4. § 1. Famil. erciſc.* Ac rursus, *ad Judicem, id est, ad virum bonum*, interpretatur *l. 137. § cum ita. de V. O. Arbitratu Judicis quasi viri boni*, ut ille modum verberum imponat, *l. 17. § 5. de Injur.* Non addidimus tamen *Juris peritus*, quia hoc in omni Judice non requiritur; Majores enim Magistratus non necessario oportet esse juris peritos, si quidem errata eorum Adsessoribus imputantur, qui jus illis suggerunt, *l. 2. Quod quisque jur. in al.* juncta *l. 1. & l. pen. de off. Adsessor.* Nec quidem jure novo hæc res aliter se habet, ut apparet ex *N. 82. in pr.* Diximus in definitione, constitutum esse Judicem *publice* ad decidendas lites, ut ab arbitrio distinguatur, qui partium compromisso ad instar judicis eligitur, *l. 1. & l. 3. § 1. de recept. qui arbitr.* Manifestum autem est, iis verbis tam eos, qui immediate a summa potestate, quam & eos, qui a magistratibus judicandi potestatem accipere solebant, esse comprehensos; de quibus utrisque latius ad *tit. D. de Judic.* vid. A. Matthæ. *disp. 3. de Judic. th. 3. & seqq.*

2. (a) Porro judicis officium quod attinet, officii vox generaliter quasi efficium dicitur, *ab efficiendo, quod unicuique personæ congruit*, autore Donato *in Adelp. Terent. act. 1. sc. 1.* & Seneca *l. 2. controv. 5.* Est officium, facere quod debeas. Proinde Judicis officium est, facere quod Judicem qua talem facere & observare Leges præcipiunt; Judici statim atque judex factus est, omnium rerum officium incumbit, quæcumque in judicio versantur, ait *l. 25. § 8. de Ædil. Ed.* Summa ejus proponitur in *pr. h. t.* ita judicare, quemadmodum legibus & moribus proditum est. Nam si contra leges expresse sit judicatum, sententia est ipso jure nulla, * ut nec

* Querela nullitatis, quæ jure civili perpetua est, ac triginta demum annis præscribitur, *a. l. 3. l. 4. C. d. præscr. 30. l. 40 ann.* Carpz. *P. 1. C. 26. d. f. 21. n. 10.* Jure Saxonico, contra sententiam, intra Terminum Saxonicum a tempore publicatæ sententiæ computandum movenda est, *O. P. S. t. 38. pr.* licet sententia

(a) *Pos. 1. 2.*

appel-

appellatione sit opus, *l. 19. de Appellat. l. 4. § 6. de Re Jud. l. 1. § 2. Quæ sentent. sine appellat. rescind. l. 2. C. Quando provoc. nec. non est*, si vero contra jus partium sit pronunciatum, vel indirecte contra leges, appellatione rescindi debet, *tot. tit. D. de Appellation.* Ex. gr. Judicatum est, minorem annis 14. recte fecisse testamentum, sententia est ipso jure nulla. Rursus, visum est judici, testamentum recte esse factum, eo quod ætas testatoris satis ipsi probata videatur, valet judicatum, donec appellatione rescindatur. Giphan. in *l. 5. C. de Legib.*

3. (b) Vetus Quæstio est, quid Judex facere debeat, si aliter ipsi de facto constet propria scientia, quam liqueat ex actis & probatis. Dicendum, tutius esse, ut hoc casu judicando abstineat, quia nec adversus conscientiam judicare religio, nec contra acta atque probata, utilitatis publicæ ratio permittit; nisi sit judex ἀνυπεύθυνος, qui rationem judicati reddere nulli cogatur, qualis nemo est, præter ipsum Principem, Don. *6. comm. 1.* Amel. *5. de Consc. c. 54. qu. 5.* Bronch. *1. anim. 14.* Wesenb. *ad h. t. th. 23.* qui respondet ad *l. 79. § 1. de Jud. & ad l. 6. § 1. de off. Præf.*

4. (c) Ceterum, Judicis officium pro natura cujusque actionis variat, nec ulla difficultas est, cognita alicujus actionis natura, judicis officium circa illam cognoscendi. Sed non est omittendum hoc, sæpe jus actionis & officium judicis inter se opponi. Jure actionis sive obligationis venit hoc, quod palam inest conventioni & quod in actione exprimitur: Et officio Judicis, quod natura negotii implicite fert, & per consequentiam exigit. Hoc evidens inprimis est in bonæ fidei judiciis, de quibus in hanc rem Paulus in *l. 7. de Neg. gest. Tantundem in bonæ f. judiciis*, inquit, *officium judicis valet, quantum in stipulationibus nominatim ejus rei facta interrogatio.* Exemplum in fine *l. præced.* habetur; usuræ promissæ debentur ex jure obligationis & actionis; non promissæ, ex officio Judicis in bonæ fidei negotiis.

5. (d) Atque hoc implicitum adjudicandi munus intelligitur, quando κατ' ἐξοχὴν judicis officium appellamus, eoque potissimum spectant exempla, quæ in *hoc tit.* recensentur; in quibus primo quidem innuitur, quid judex secundum propriam actionis naturam decernere debeat; sed inprimis hoc agit Cæsar, ut doceat, quid eum insuper jubere præstari oporteat. Ita in actione noxali, de qua § 1. directe quidem reus damnandus est, ut damnum sarciat, idque est in obligatione, sed officio judicis continetur, ut reum noxæ deditione liberum esse præcipiat; nam hæc est in præstatione, *l. 6. § 1. de Re judic.* tametsi præstatio illa & officium ipsa lege præscribatur, ut alias sit plurimum.

6. (e) In actionibus in Rem, directe faciendum est judici, ut reum absolvat, vel condemnet ad restituendum, § 2. *h.* sed fructus percepti, qui non sunt pars rei singularis, non veniunt in rei vindicationem, sed officio judicis adjudicantur, *l. 55. § 1. de R. V.* Præterea, quanquam res continuo post sententiam restituenda sit, potest tamen judex aliquid laxamenti indulgere damnato ex causa, modo caveat, & hoc est officii, *d. § 2.* In personalibus, quibus in quantitatem fit condemnatio, olim dabantur justi dies triginta, ut erat in LL. XII. T. quibus condemnati solutionem conficerent; hodie spatium quatuor mensium competit, liberum ab usuris; intra quod, si non solvatur, Usuræ *maximæ*, id est centesimæ, præstantur, *l. ult. C. de usuris Rei judic.* Moribus hodiernis nullum condemnatis laxamentum indulgetur *. In eodem § fit quoque mentio hereditatis petitionis, in qua ferme

lata Juri sit in thesi, ut loquuntur, contraria, Zigler. *ad d. tit pag.* 298. Contra decretum tamen (einen Abschied, Bescheid,) aliumve actum Judicialem, nullitatis querela durat 31. ann. 6. sept. & 3. d. Svendend. *ad Lib. g. Proc. c. 914.* Carpzov. *Pr. t. 19. d. 3. n. 13.*

* Jure Saxon. in actionibus realibus in dingliehen Klagen, item mixtis, & in rem scriptis, ac personalibus quoque, si debita res in specie penes reum in natura extet, e. g. in actione depositi, commodati, quoties reus ad certam rem actori restituendam condemnatus est, eademque existat, injungitur ipsi restitutio, quam si intra 14. dies non fecerit, executio suscipitur, ac res mobilis auferetur & actori traditur, in immobilem ipse immittitur *O. P. S. t. 29.* § nemlich wenn ein Urthel. Carpzov. *P. 1. C. 32. def. 3* Svendend. *ad Lib. g. p. 972.* Injungitur autem ipsi restitutio, postquam sententia condemnatoria in rem judicatam transiit, *d. t. 30. pr.* ac a parte facta fuit eo nomine imploratio, *d. pr.* In actionibus autem personalibus, als um Schuld und anders dergleichen, reo imperatur, ut intra Terminum Saxonicum, a die insinuati præcepti executivi computandum, actori satisfaciat, simulque certas dies præfi-

(b) *Pos. 3.* (c) *Pos. 5. 6. 7. 8.* (d) *Pos. 9.* (e) *Pos. 10. 11.*

eadem ratio est, quæ in rei vindicatione; tam quod ad rem ipsam, quam quod ad fructus attinet; nisi quod in Rei vindicatione speciali judicis officio fructus veniunt, in hereditatis petitione, sub ipsa actionis natura comprehenduntur; quia fructibus augetur hereditas, ideoque petiti censentur, etsi nulla eorum mentio facta sit in libello, *l. 20. § 3. de hered. pet. l. 1. C. eod. l. 35. § 1. de R. V.*

7. Eadem ratio est in Actione ad exhibendum, quæ datur his, quorum interest, ut detur sibi copia rei videndæ & explorandæ; Jus actionis hoc est; Reum vel absolvere, vel condemnare ad exhibendum, si rem teneat, & Actoris probabiliter intersit, cum fructibus & eo quod interest, & omni causa, *§ 3. h.* ubi nota, quo sensu fructus & id quod interest, &c. nomine *causæ* veniant, quatenus *eam causam habere debet actor, quam habiturus esset, si nulla mora facta fuisset.* Denique, tempus ad exhibendum se, petenti negandum vix est, modo caveat exhibiturum, idque est *officii d. § 3.* Cæterum est hæc actio in personam, sed in rem scripta, & datur adversus quemcunque rei possessorem, *l. 3. § 3. D. ad Exhib.*

8. (f) De actione familiæ erciscundæ, & communi dividundo, habuimus ad *tit. de oblig. ex quas. contr.* proprie & præcipue tendunt ad æqualem rerum divisionem, idque secundum præcedentem, si qua sit, conventionem, aut præscriptum Testatoris, qui partes facere potest inæquales, salva legitima, vel Falcidia, *l. 10. C. Famil. ercis.* idque tam in oneribus quam in commodis, *l. 20. § 5. D. eod.* Quod si non omnia, sed pars rerum inæqualiter a Testatore divisa sit, in cæteris æqualitas servanda pro virilibus aut hereditariis partibus, *l. 32. D. & l. 21. C. Famil. ercisc.* quos textus noli putare contrarios esse, ut aliqui volunt; etiam Wissenbach. ad *d. tit. ff.*

SCHOLIUM.

Non puto, Autorem viriles & hereditarias partes hic synonymice usurpare, quod facit Wissenb. ad ff. famil. erciscund. th. 11. *Ab hoc enim dissentit in præsenti positione. Sed hæc videtur ejus mens esse, hereditarias partes tum esse observandas, si pater liberos inæqualiter instituerit; si minus, viriles, quod probo.*

RESPONSIO.

Explicabitur hæc res ad Pandectas h. t.

Quod si res æqualem divisionem non recipiant, tum causa ad *officium* redigitur, ut fiant *adjudicationes*; per quas rerum inæqualitas per pecuniam ad æqualitatem reducatur, *§ 4 & 5. h. l. 52. § 2. & l. 55. Fam. ercis.*

8. (g) Jus actionis & officium judicis, in Actione Finium regundorum, ex definitione illius Actionis colligi potest; Actio autem finium regundorum inter eos datur, qui habent confines agros, ad hoc, ut fines veteres declarentur, aut, si id fieri nequeat, novi per Judicem constituantur. In quibus dirigendis sæpe fit, ut particula ex uniùs agro decerpatur, alterique tribuatur & adjudicetur, pro qua tum hic pecuniam alteri solvit, *§ 6. h. tit.* quod inprimis est *officii.* Et hæc quidem de his actionibus exempli causa hoc titulo exponuntur, quæ latius deducere visum non est; cum hoc tantum obiter inciderint; Singularum sedes rerum in Pandectis explicandæ sunt. Cæterum, illis adjudicationibus dominium immediate transfertur, *§ ult. h.* Ulpian. *tit. 19. § ult.* aut si res aliena sit, usucapiendi conditio, *l. 17. de usucap.* Alioqui per sententias non transfertur dominium, ne quidem in rei vindicatione, sed declaratur tantum in ea, dominium pertinere ad petitorem, per *l. 6. § ult. de Re judic.* Cont. *dis. jur. cap. de mod. adj. dom. 12.*

10. Ex his, quæ dicta sunt, intelleximus, officium Judicis egredi non debere terminos legis, nec aliter eum posse judicare, quam natura cujusque actionis & obligationis ferat; *νόμοις ἐγνωσμένην διδῶναι ψῆφον, legibus cognitam edere potest sententiam, Nov. 26. cap. 1.* Igitur quando officium ejus vertitur circa civium conventiones, ipse de suo nihil addere potest, verum id, quod inter partes actum est, officium judicis sequi debet; nec princeps quidem addere potest aliquid, aut detrahere juris, quod ita partibus

gitur, quo, si solutio intra præfinitum haud facta sit, executio suscipi debeat, *d. Tit. 39. O. P. S.* §. Wenn aber das Urthel auf persönliche vid. Carpzov. *P. 1. C. 32. def. 4.* Atque hic terminus etiam in executione ex instrumento guarentigiato attenditur, *Dec. El. 2. j. Dec. El. 22.* Carpzov. *d. l. def. 4.* Aliud vero spatium executioni sententiæ ob actionem personalem latæ, definitum est jure Sax. communi, ubi in L. R. *l. 2. art. 5. & l. 1. a. 70.* debiti solutio sub pœna executionis intra quindenam, über 14. Tage, imperatur. Schilter. *Prax. Exerc. 46. § 26.*

(f) *Pos. 13. 14. 15.* (g) *Pos. 16. 17.*

quæ

quæsitum, *§ ult. supr. de his, qui sui vel al. jur.* nedum Judex, qui Legum solummodo minister est, invitis quisquam obtrudere possit. Atqui non raro Judicis officium, juri, quod ex obligatione vel natura cujusque actionis oritur, opponi videmus. Sic in *l. 7. Negot. gest. Tantundem in bonæ fidei judiciis officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio.* Simulis oppositio obligationis & officii judicis, est in *l. centum Capuæ 8. D. de eo quod cert. loc.* aliisque fine numero locis, de quibus vid. Brisson. *lib. 13. de V. S. verb. officium.* Videlicet, conditio obligationum æstimatur, vel ex eo, quod aperte inter partes actum & expressum est, sive quod primo intuitu naturæ negotii inesse apparet, vel ex eo, quod tacito partium consensu per æquitatem manifestam obligationi implicitum est: cujus æquitatis ac taciti consensus, Judex interpres & moderator est: minime vero credendum, in iis locis, ubi talis oppositio reperitur, judicem egredi vim atque naturam obligationis. In bonæ fidei judiciis, de quibus *d. l. 7.* loquitur, hæc res indubitata est, nec enim neget quisquam, laxitatem æstimationis, quæ Judici adscribitur in illis judiciis, oriri ex intima obligationum, unde nascuntur illa judicia, natura, ut ex iis, quæ ad *§ 28. supra de action.* proposita sunt, intelligitur. Sæpe etiam extrinsecus ejusmodi singularia occurrunt, quæ judicis officium, extra quam inter partes actum est, inducunt; de quibus tamen non sit dubitandum, quin tacite pertes consentiant, veluti in *l. ult. de Action. empt.* venditus erat servus, qui in hostium potestate erat: venditio valet, & servus est præstandus, ex vi contractus statim, sed officio judicis continetur, ut præstatio sustineatur, donec tradi possit: Quis enim adeo sit iniquus emptor, ut in id non consentiat? Quin hujusmodi extensio obligationis, in stricti quoque juris actionibus aliquando fieri potest: Nam etsi minus ibi judicis interpretationi hac parte indulgeatur, tamen ejusmodi singularia incidere possunt, quæ judicem dubitare non sinant, quin etiam tacite inter partes actum videatur, quod verbis non est expressum, ut ex *d. l. centum Capuæ.* cujus latior interpretatio non est hujus loci, probatur, vid. D. Wissenbach. *ad tit. ff. de eo, quod cert. loc.* Tenendum igitur, vel Judicis officium præcise ad normam Legis, aut expressæ conventionis, esse definitum; vel ex consequenti interpretatione Legis atque conventionis proficisci. Utroque sensu ex lege, vel ex conventione, esse oriundum; licet etiam utroque sensu obligationi opponatur. Etiam hoc, inquam, judicis officium, quod e lege expressa oritur, obligationi potest opponi, ut apparet in actione noxali; in qua præstatio damni sola est in obligatione, judicis tamen officium est, reum quoque ad noxæ deditionem condemnare, non equidem suo arbitratu, sed e claro & speciali legis præscripto, *l. 6. § 1. de Re Judic.* Servier nobis hæc observatio non uni explicandæ difficultati, quæ subinde nobis in Arte Juris occurrent.

11. (h) Nescio, an huc referri possit vulgata officii Judicis divisio, in Nobile & Mercenarium, quæ quidem, si terminos verborum consideres, ignobilis & inepta; si rem, non omnino ab Arte Juris abhorrens videtur. Nobile vocant, quod per se subsistit, & nulli inservit actioni, sive proprio motu, sive etiamnum ad partis petitionem, Judex id fuerit impertitus; quo referunt, condere statuta, punire fontes, restituere in integrum, dare Tutores, & similia. Mercenarium dicunt, quod actioni institutæ servit, ut decernere citationes, recipere exceptiones, interrogare testes, absolvere, condemnare. Consequenter, ad nobile officium pertineret etiam illa potestas adjudicandi ea, quæ ex implicita actionis natura, atque circumstantiis æquitatis, denique tacito partium consensu, in quoque judicio præstanda veniunt; item, quando judex ea, quæ desunt advocatis partium, supplet. Defendit latius hanc divisionem Bachovius *ad h. tit.* Improbant Coras. *7. miscell. 9.* Voet. *ad pr. h. t. n. 3.*

12. Sed quando finitur Judiciis officium? Hic inter Magistratus judicesque datos distinguendum. Ejus officium non potest aliter quam honore finito, idque morte, vel tempore, extingui; Judicis vero ad unam causam dati officium, finitur morte, *l. 60. l. 32. & l. 76. de Jud.* tempore, si hoc adjectum sit, *d. l. 32. & l. 2. § si & judex.* furore, *l. 46. D. eod.* Prohibitione ejus, qui dederat judicem, *l. 12. pr. & l. 58. eod.* Si quid litigatoribus acciderit, quo judicium inter eos amplius consistere nequeat, *l. 11. & l. 44. § 1.* item excusatione, *l. 18. eod. l. 13. & tot. tit. de vacat. & excus.* denique sententia, *l. 55. de Re Jud.* Quid si Magistratus, a quo judex dictus est, successorem acceperit? Non finitur officium Judicis, *l. 49. § de Judic.* quanquam ita expresse Judi-

(h) *Pos. 4.*

cem dare non poteſt Magiſtratus, ut tum demum judicet, quando ipſe privatus eſt futurus. Ita nulla pugna *d. l. 49. §. 1.* cum *l. 13. § 1. de jurisdict.* ſecus ac videtur D. A. Matth. *Diſp. 3. de judic. th. 17.* Cæterum, ad ſingulas cauſas ſi reſpicias, plerisque jam dictis modis finitur etiam Magiſtratus, ac Judicis perpetui officium. Plura de officio Judicis, vide ſis, lector, in *obſerv. Pract.* Viri Cl. A. Matthæi Anteceſſoris Lugdunenſis celeberrimi, *cap. 2.*

TIT. XVIII.

De Publicis Judiciis.

Quid & quotuplex judicium publicum. De crimine læſæ Majeſt. De Adulterio. De Homicidio. De Parricidio. De Falſo. De Vi. De Peculatu. De Plagio. De ambitu & repetund. De reliquis criminibus, & concluſio.

(a) Quæ hucusque de actionibus dicta & diſputata ſunt, ad id genus actionum pertinent, quas hi ſoli; ad quos ea res vel injuria pertinet, inſtituunt; quæ exinde privata judicia appellantur: poſtremo loco ſubjiciuntur publica Judicia, in quibus cuilibet datur accuſandi poteſtas, idque ex lege aliqua publicorum judiciorum, *§. 1. h. l. 1. D. h. t.* Ejusmodi autem Leges inde *naſci videntur*, quod nominatim de *graviori* (hac voce occupatur Scholium ſatis prolixum D. Thomaſii ad *Poſit. 2. h. t.*) crimine latæ ſunt, ut *Lex Julia* de læſa majeſtate, & adulteriis, *L. Cornelia* de ſicariis, de falſis, *Lex Pompeja* de Parricidis &c. Duobus igitur requiſitis differentia publicorum a privatis judiciis conſtat, quod & accuſandi facultas cuilibet e populo datur, & quod e lege aliqua publici judicii, cauſa eſt oriunda. Primum diſcrimen ſolum, non ſufficit ad definitum ſatis limitandum. Nam & populares actiones dantur cuilibet e populo, nec tamen publica ſunt judicia; quia non dantur ex aliqua lege publicorum judiciorum, ut e textibus & exemplis patet, ex *l. 12. de V. S. l. 8. in pr. de Juriſd. l. 5. §. 5. de his, qui effud. vel dejec.* Sufficiunt, inquam, illa diſcrimina in uſum definitionis.

N. ADDIT.

Ut appareat, Scholium illud meum prolixum, quod modo Autor dixerat occupatum eſſe circa vocem gravioris criminis, *nihil minus intendere, quam iſtud, opus erit, ut id apponatur integrum, cum duplex ſit. In primo remiſeram ſaltem lectorem* ad Philoſ. juris, § 140. & ad Strauch. XIX. 4. p. 212. *de mea ſententia, quoad differentiam delictorum publicorum & privatorum Poſtea doctrinam hanc latius expoſui* in diſſert. de abigeatu § 7. ſeq. *quæ eſt diſſert. 13. inter Lipſien-*

(a) *Poſ. 1.*

ſes. Secundum Scholium reſpexit doctrinam Autoris, etiam hic repetitam, de notis criminis publici. Dixeram igitur: *Sed & damnum injuria datum coercetur lege aliqua, ſcilicet Aquilia. Quod ſi urgeas, requiſita criminum publicorum non eſſe ſeparanda, ſed aliam notam, quæ poſitione ſequenti exponitur, addi debere, quod nimirum quilibet de populo ad accuſandum admittatur in delicto publico, quod non ſit in damno legis Aquiliæ; urgebo: nec illam notam eſſe perpetuam, ſed vel ipſo Autore* in Prælect. n. 1. in fine *concedente, in adulterio, & crimine falſi, de ſuppoſito partu, non omnes ad accuſationem admitti,* conf. Wiſſenbach. ad ff. de publ. judic. th. 1. *ut ergo horum duorum differentia a legis Aquiliæ damno expeterem. Video equidem, quod Autor jam effugium quærere velit in voce* graviori *crimine. Sed id minime ſufficiet. Nam primo ſic tria fient capita differentiarum publici Judicii a privatis, & ita falſum eſſet, iſta duo ſufficere. Deinde iſta* gravitas *eſt terminus obſcurus. Cur enim crimen adulterii aut partus ſuppoſiti, gravius eſt, quam damnum legis Aquiliæ? Sane multa hic ulterius ſupponenda eſſent ad declarandum hunc terminum, quæ non poſſent comprehendi ſub iſtis duobus requiſitis hic repetitis.*

Altioris indaginis eſt differentia, quam Juſtinianus obiter indicat, cum ait, horum judiciorum eſſe magnam diverſitatem *& in inſtituendo & in exercendo.* Nam in privatis, cum ventum erat in jus, prætor actione ſecundum formulam edita, cæterisque judicii præambulis perfectis, dabat judicem pedaneum, qui cauſam cognoſceret & ſententiam ferret, quam dein prætor exſequebatur. In publicis, Accuſator nomen Rei deferebat ad Magiſtratus & ſubſcribebat in

crimen

crimen, hoc est, libello, quo summam accusationis complectebatur, subscribebat; se obligare semetad pœnam talionis, si calumniæ convictus foret, *l. 3. de accusat. & inscript.* Petebatur a Prætore dies inquirendorum criminum. Idem Prætor ex decuriis Judices conscribebat, quorum nomina in urnam conjicerentur, ut ex his numerus judicum ad eam causam necessarius, sorte duceretur, qui in leges jurabant: Prætor injuratus judicio præsidebat, cum causa agebatur. Ea peracta, judices mittebat ad dicendis sententias, in quem finem accipiebant tabulas absolutionis, condemnationis, & ampliationis, quarum aliquam singuli in urnam conjiciebant: donec iis Lege Glaucia comperendinandi potestas est data. Vid. Ascon. Ped. *in 2 & 3. Verrin.* Brisson. *l. 2. antiqu. c. 1.* Borcholt. *ad h. t. in pr.* Moribus hodiernis accusationem publicam cuilibet civium competentem non esse amplius in usu, satis constat, Procuratore Generali ad eam ubique terrarum constituto *.

SCHOLIUM.

Quod Autor hic asserit, moribus hodiernis non quemlibet admitti ad accusationem de crimine publico, forte respexit ad ea, quæ habet Wissenb. d. l. th. 3. *Sed apud nos, quamvis processus accusatorius non facile frequentetur, propter introductionem processus inquisitorii, accusationes tamen propterea non sint prohibitæ, sed adhuc obtinent.* Carpzov. pract. Crim. quæst. 103 n. 17. & quæst. 104. 105. 106. *Ergo & quilibet de populo hodieque admittetur.* Carpz. d. qu. de accus. pos. ult.

RESPONSIO.

Verum est, non videri prohibitos privatos. Sed ejusmodi exemplum non memini unquam extitisse, apud nos utique, difficulter admissum iri credo.

N. ADDIT.

Attentior jam Autori, nec apud nos exemplum ostendi posse, ubi quilibet de populo admitteretur. Quod vero ita assertiones theoreticæ pragmaticorum, etiam differant a praxi, causa est incepta mixtura juris Romani & morum patriorum in processu criminali, a qua etiam ipsa constitutio Carolina, quam hodie pro norma sequimur, non est libera. Sed ea de re fusius alibi erit dicendi locus.

Posset tamen divisio in publica & privata crimina sic etiamnum intelligi, ut publica sint, quæ directe vulnerant Rempubl. privata, quæ lædunt privatos in corpore, honore, bonisve. Hoc sensu crimen Majestatis, peculatus, repetundarum, residuorum & ambitus, publica, cætera privata forent; sed hic Justinianum sequimur.

2. Ille distinguit Publica Judicia, in capitalia, & non capitalia. *Capitalia*, quibus pœna mortis naturalis, aut civilis, infligitur. *Non Capitalia*, quibus levior pœna, ut jactura bonorum &c. *l. 2 de Pan. l. 2. de publ. jud. l. 13. de bon. poss. l. 33. § 2. de Procur. in pr. h.* Notandum autem, verbum *capitale* sumi vel stricte, vel latius, vel latissime: Stricte, pœnam sanguinis ultimam, *l. 18. C. de transact.* Latius, ut hic, mortem & civilem & naturalem, *l. 103. de V. S.* Latissime criminalem, imo & famosam quamlibet significat, *d. l. 103.* unde & relegatio pœna capitalis dicitur, *l. 12. § 4. de Accusat.* quoniam infamat, *l. pen. § 2. de var. & extraord. cognit.* Imo adhuc latius apud Ciceronem aliosque veteres, Caput non modo vitam hominis, sed & omnem personæ statum, qui honores quoque & fortunas comprehendit, notat. Hinc causam Quintii, quamquam de re pecuniaria, Cicero capitalem *in orat. pro Quint.* aliquoties vocat; quia, si perdet eam, inquit, futurum est, *ne Quintius in civitate sit, ne locum sium, quem adhuc honestissime defendit, obtineat, ne numeretur inter vivos, decernat de vita & ornamentis suis omnibus;* quæ amisso patrimonio, consequi videntur. Sic & caput pro fama sæpe usurpat idem Cicero, non tamen sine improprietate; *si qua sunt judicia summæ existimationis & pene dicam,* ait, *capitis, tria hæc sunt, fiduciæ, tutelæ, societatis. Orat. pro Rosc. Com.* Denique infamia oritur ex omni judicio publico, sive capitali, sive non capitali, *l. 7. de publ. jud.* Quod autem *supra* diximus, Judicia publica cuilibet e populo dari, id Imperator limitat, addendo particulam taxativam *plerumque in § 1. h. t.*

* Apud nos quidem hujusmodi accusationes sunt infrequentes, competere tamen cuivis ex populo adhuc Jus in publicis Judiciis accusandi, testatur Carpzov. *Pr. Crim. qu. 106. n. 36. sqq. 107. n. 41 seqq.* & apparet ex *Resol. Grav. d. An. 1609. gr. 5. it. Ord. Provincial. d. Ann. 1555. tit.* Von Unkosten der peinlichen Rechtfertigung. § Welches *verb.* da kein Kläger verhanden. Cessat autem apud nos in Accusatore non tantum inscriptio & talionis pœna, Carpz. *d. qu. 106. n. 42.* sed & incarceratio, quam *Ord. Crim. art. 11. 14.* usque dum ab eo cautio præstita sit, admittit. Id. *d. l. n. 48.*

Nam est unum & alterum crimen publicum, cujus accusatio certis tantum personis datur, ut adulterium, de quo in *l. 30. C. ad L. Jul de Adult.* & falsum in supposito partu, *l. 30. § 1. ad L. Cornel. de Falsis.* Sunt etiam personæ, quibus accusare non licet, *l. 8. de Accusat. l. 43. § 10. de rit. nupt.* de quibus heic latius agendi non est locus, quia non est visum Justiniano de his rebus agere in Institutionibus. Pergamus ad singulas judiciorum publicorum species.

3. (b) Primum publici judicii Exemplum est, læsæ MAJESTATIS, quo tenentur hi, qui adversus summam potestatem Reipubl. cui sunt subjecti, deliquerunt. Majestatis vocabulum veteribus amplitudinem personæ & auctoritatem splendoremque respectu gloriæ ob virtutes, res gestas, aliaque significat. Ita Vellejus *lib. 1. cap. 10.* filium Africani majoris *nihil ex paterna majestate, præter speciem nominis vigoremque eloquentiæ, retinuisse narrat.* Juxta hunc sensum Lipsius optime *lib. 1. polit. c. 16. § 2.* Majestatem Principis finit, quod *sit Reverenda quædam amplitudo ob meritum virtutum, aut rerum affinium.* Sic etiam pro amplitudine Magistratuum usurpatur, ut cum Cicero in orat. contra Pisonem; ignorasse illum, ait, quanta sit *Majestas Consulatus;* eoque pertinent Ulpiani verba in *l. 11. de Justit. & Jur. Ubicunque Prætor, salva majestate Imperii sui &c.* At sub Imperatoribus cœpit ea vox paulatim ad τὸ κυριώτατον summæ Potestatis exprimendum adhiberi. Unde jam apud Vellejum hæc formula adversus Tiberium, *Majestatis ejus pace dixerim.* Et perspicuum est, in Lege Julia Majestatis, id vocabulum per excellentiam quoque positum esse, respectu summæ potestatis, quæ sit in Republica; & his diebus nihil est notius, quam omnium scriptorum usu Majestatem ita constanter usurpari. Porro Summa potestas definitur, Facultas moralis regendi civitatem, cujus actus alterius humanæ voluntatis arbitrio non possunt infirmari, ut optimus ejus rei magister dixit Grotius, *lib. 1. de J. C. & P. c. 3. n. 7. & sqq.* Cæterum, qua forma Reipubl. regatur civitas, nihil interesse, docet idem; Quippe procul dubio in Democratia & in Aristocratia, perinde quam in regno, est Majestas. Hinc Lege Julia Majestatis tenentur, qui adversus populum Rom. vel ejus securitatem aliquid committunt, ait Ulpian. in *l. 1. D. ad L. Jul. Majest.* Justinianus in *§ 3. h. t.* Legem Juliam Majestatis in *eos, qui contra Imperatorem vel Rempubl. aliquid moliti sunt, suum vigorem extendere,* scribit. Primo auditu videtur hic locus eorum favere sententiæ, qui duplicem volunt esse Majestatem, personalem, atque realem; illam Reip. hanc populo convenientem. Sed nihil opus est, opinionem alibi refutatam his verbis confirmari. Ulpianus morem veteris Reip. secutus est, ac hypothesin Legis Juliæ, quæ sub Augusto lata fuit. Hic autem inter σοφίσματα politica hoc habuit, ut, cum summa potestas Reipubl. ipsi delata esset, eamque pleniſſime exerceret, in omnibus tamen publicis actibus locutiones antiquas, ac si Respubl. adhuc floreret, observaret, quemadmodum probavimus *lib. 1. c. 25. Digress.* Sed rursus aliquis dicet; an igitur Majestas penes Imperatorem & populum simul fuit, ut hic utriusque mentionem fieri videmus? Id quidem non potest; jus enim Reipubl. totum penes Imperatorem, fuit: Proinde cum ait, *adversus Imperatorem*, intelligit personam Cæsaris; verbis *contra Rempubl.* molimina contra publicam tranquillitatem indicantur, ut tamen hæc etiam a Majestate Cæsaris æstimentur. Nam quod Cæsaribus Romanis summa Reipubl. potestas, vere ab Senatu populoque Rom. delata fuerit, copiose a nobis probatum est *d. lib. 1. Digress. c. 17. & sqq.* Qui vero alioqui habeant summam potestatem, qui non habeant, prolixior dissertatio est, quam ut heic absolvi queat; dix. *in lib. 1. de Jur. Civit. c. 15. & seqq.* Postremo notandum, in definitione criminis majestatis, haud frustra esse posita verba, *cui sunt subjecti.* Nam si quis externus summæ potestati non subjectus, aliquid adversus Rempubl. moliatur, is ut hostis occidi, at hoc judicio accusari non potest; cum relatio Majestatis, nisi inter Imperatores atque subjectos, locum habere nequeat: *c. pastoralis. vers. rursus non est. Clement. lib. 2. tit. de sent. & re jud.* Quomodo autem subjectus aliquis fiat, an, quod quis reperitur in alieno territorio; & si hoc ita, an & Princeps diversi populi in alieno territoria agens, fiat subditus, (quæ est agitata quæstio superiori seculo in *Maria Stuarta*, inexpiabili Magnæ Elisabethæ invidia supplicio affecta) res sunt, quæ hujus instituti modum egrediuntur. Porro crimen Læsæ Majestatis est duplex, Perduellionis, & Majestatis in specie, *l. 3. C. de*

(b) *Pos. 7.*

Abolit. l. ult. ff. ad L. Jul. Maj. Perduellio dicitur, cum quis hostili animo aliquid est machinatus, cujus exempla sunt in *l. 1. § 1. l. 3. & l. 4. D. ad L. Jul. Majest.* si per alicujus operam armati homines in urbe sint, conveniantve adversus Rempubl. locave occupentur, aut homines ad seditionem concitentur, vel contra Rempubl. arma quis ferat, qui hostibus nuntium litéras ve miserit signumve dederit, aut ad eos perfugerit, qui injussu Principis bellum gesserit, quive privatus pro potestate magistratuve quid sciens dolo malo gesserit; aut qui aliquid horum omnium, vel simile quid, facere curaverit. Majestatis in specie crimen committitur, cum quis læsit quidem summæ potestatis jura, at lucri potius alave causa, quam intentione hostili, *l. ult. § plane. eod. tit.* ut est, qui monetam cudit, qui consecratas principis imagines conflavit, *l. 6. cod.* Huc etiam referre queas deditionem arcis aut oppidi, per ignaviam & vecordiam, hostibus factam *l. 3. d. tit. ad L. Jul. Majest.*

4. Pœna perduellii non tantum est mors, sed & memoriæ post mortem damnatio, ad liberos quoque pertinens, qui perpetua infamia & paupertate damnatur, solis filiabus quarta parte bonorum maternorum relicta, *l. quisquis 5. C. ad L. Jul. Majest.* Quæ tamen extensio pœnæ ad liberos, nimis rigida, & rationi exemploque juris divini ac humani, contraria existimatur; cum salva ratione justitiæ, pœna non possit egredi auctorem delicti, *Deuter. 24. v. 16. Ezech. 18. v. 20. 2 Reg. 14. v. 6. 2 Chron. 25. v. 4. l. 26. de pœn.* Habemus quidem exempla in sacris literis eorum, qui cum liberis supplicio affecti sunt, ut Achanis, *Jos. 7. v. 13.* Kores, Dathanis & Abirami, *Num. 16. v. 32.* Nota quoque est interminatio quarti præcepti, Deum peccata parentum in tertiam & quartam generationem puniturum: sed his non deerit responsio. Denique, Majestatis in specie pœna, mors est simpliciter, *d. l. ult. h. t.*

5. (c) Secundum crimen publicum, est ADULTERIUM, quod definitur, corruptio mulieris alii nuptæ; sive nupta cum cælibe, seu cum marito alieno rem habuerit. Quod si vir, etsi conjugatus, rem cum virgine, vel vidua habeat, hoc nihil est quam stuprum; *l. 6. § 1. D. ad L. Juliam de Adult* *. Ratio differentiæ, inter virum cum soluta & mulierem cum cælibe rem habentem, est hæc; quod mulier nupta pariter adulterinos partus supponat, quod in virum non cadit. Non negamus, fidem conjugalem æque a viro quam ab uxore violari, in commixtione cum cælibe; & coram Deo forsitan æquale utriusque delictum videri. Sed aliter in foro criminum rationes expendumtur, scilicet cum de pœnis infligendis agitur; Tunc enim, quod delictum magis lædat societatem communem, examinatur. Id autem fit manifesto gravius a muliere propter suppositionem falsorum partuum, quam a viris, quorum cum innuptis congressiones nihilo plus mali post se relinquunt, quam si utrimque cælibes, coitus illicitos miscerent. Nec aliter Optim. Max. Nomotheta per Mosem legem ferri jussit ad Hebræos *Levit. 20. v. 10. & Deut. 22. v. 22.* non obstantibus *Gen. 1. v. 27. Gen. 2. v. 24. Matth. 19. v. 5. 1. Corinth. 6. v. 15 & 16. 1 Corinth. 7. v. 3 & 4.* Ad quæ loca responsio colligi potest ex eo, quod jam diximus. Jure Canonico adversa sententia probari creditur, *cap. dixit. cap. nemo sibi blandiatur. qu. 4. c. non mœchaberis. 32. q. 6.* Diss. etiam Menoch. *2. de arbitr. cas. 429. n. 106. & cas. 249. n. 3. & seqq.* Beza *tract. de polygam.* Wissenbach. *diss. ad Inst. 53. th. 26.* Idem polygamiam volunt esse adulterium, procul a sensu omnium gentium ipsorumque Hebræorum, apud quos polygamia impunita, minime vero adulterium fuit, & refellitur ex *l. 18. C. ad L. Jul. de Adult. & l. 2. C. de Incest. nupt.* quanquam sane mulier duobus nubens, vere adultera est; *l. 7. & Auth. hodie C. de repud. ex Nov. 117. c. 11.* ratione differentiæ superius allegata. Argumenta dissentientium refellit A. Matth. *d. cap. n. 13.* Committitur & in sponsam alterius adulterium, *l. 13. § 3.* ** etsi sponsus eam jure viri accu-

* Jure Saxonico hoc pro adulterio simplici æque habetur, ac concubitus uxoris cum juvene vel viduo; unde hujusmodi vir capite plectitur, *P. 4. C. Elect. 19. §.* Darüber er aber. *verb.* sondern auch der Ehemann. Churfürstl. Sächs. Kirchen-Ordnung. *tit.* von der Strafe der Unzucht. § da einer. Carpzov. *ad d. C. def. 8.* Virgo autem vel vidua, cum qua maritus commisit adulterium, fustigationis & perpetuæ relegationis pœnam patitur, *d. C. 19. §.* Darüber. *verb.* die ledige Dirne. Carpzov. *ad eand. C. d. 9.* ad l. Berger. *Elect. Jurispr. Criminal. Membr. 4. § 1. p. 130.*

** Et a sponso quoque. Solet autem hoc casu sponso aut sponsæ pœna fustigationis in Saxonia dictari; sed & is, qui cum sponsa aliena concumbit, eadem pœna coercetur, fœmina vero soluta, ob stuprum

(c) *Pos. 13.*

fare

fare nequeat, *l. 11. § 7.* etiam in nuptam alterius, quæ corpus suum prostituit *, *l. 13. § 2.* nisi viro deserto vagetur, *l. 22. C. eod.* quos textus ita conciliare liceat.

6. Pœna Adulterii ex L. Julia fuit relegatio, argumento *l. 5. de Quæstion. l. 11. pr. & l. 29. § 1. D. ad L. Juliam de Adult.* Idemque Tacitus, Plinius, alique veterum testantur. Cujac. *6. obs. 11. & 2 obs. 18 & 19.* Brisson. *lib. sing. de Adult. c. 2.* Sed Constantinus Magnus in *l. 30. C. ad L. Juliam de Adulteriis*, pœnam sanxit capitalem, quod Tribonian. *in § 4. h.* legi Juliæ per abusum emblematicum adscripsit. Eadem pœna παιδεραστῶν, sive iis, qui cum masculis infandam libidinem exercent, infligitur, *h. § 4. l. 31. C. ad L. Jul. de Adult.* Constantinus ejusque filii, sanctiones *dd. ll. 30 & 31.* ad exemplum juris divini composuere, *d. cap. 20. Levit. 20. & Deut. 22.* Lex Julia tanquam Lenones, etiam persecuta est maritos, qui deprehensas in adulterio uxores retinuere, & adulteros dimisere, vel aliquid de adulterio uxorum suarum ceperunt, *l. 2. § Lenocinii. l. 11. in pr. & § ult. & l. 29. in pr. & § plectitur.* cum *seqq. D. h. t.* Denique de STUPRO fuit etiam caput in L. Julia; Est autem nihil hoc aliud, quam corruptio virginis viduæque honestæ, cujus pœnam, si honesti sunt stupratores **, irrogat publicationem partis dimidiæ bonorum; si humiles, corporis coercitionem cum relegatione. Quid est igitur, quod in *l. 1. § 2. de Extraord. crim.* stuprum puero puellæve oblatum, perfecto flagitio capite, imperfecto deportatione puniri dicitur? Videtur, si quis extra ordinem stupri accusetur, & exquisitæ improbitatis sint circumstantiæ, vel artificium conciliandi stupra exercuerit, posse aliquando capitalem infligi pœnam. Jure divino stuprator Virginem corruptam dotare & ducere debet, *Exod. 22. v. 16 & 17. Deut. 22. v. 28. & seqq.* Jure Canonico illa copulatio resoluta est in alternativam, *aut ducat, aut dotet*, quod moribus receptum est. *** Menoch. *2. arbitr. quæst. cas. 288.* Sand. *2. decis. 1. defin. 10.* Pœna autem juris civilis, quæ

cum sponso alieno commissum, relegatur, v. *Ord. Ecclesiast. tit.* Von Strafe der Unzucht. §. Würde aber auch. Carpzov. *Pr. Crim. qu. 56. n. 69 sq.* Atque eadem pœna obtinet, licet sponsus cum sponsa jam anticipaverit concubitum, & sponsa se postea ab alio stuprari passa sit, cum verba *Ordinat. Ecclesiastica* ehe denn der Bräutigam beygelegen. ad consummatum legitime matrimonium pertineant. Berger. *Elect. Juris pr. Crim. p. 133.* Interim ex eadem Ordinatione Ecclesiastica observari meretur, 1) pœnam fustigationis converti in pœnam carceris, quoties sponsus sponsam nihilominus ducere cupit, ubi stuprator tamen fustigatur. *d. §* Würde aber auch. *verb.* es wolte denn der Bräutigam die Braut. 2) sponsum vel sponsam nova sponsalia contrahentem & posteriora concubitu confirmantem, tantum numellis exponi & perpetuo relegari, *d. Ordin. Eccl. tit.* Von Ehe Sachen. *rubr.* Von Ehe-Gelöbnissen. §. Würde sich aber. add. Carpzov. *Pr. Crim. qu. 97. n. 26.* Berger, *l. c. p. 193 sq.*

* *Dec. Ll. 82.* docet, in Saxonia maritum, qui cum alterius uxore adulterium commisit, quæ jam antea fuit adultera, a pœna capitali non liberari; sicuti is quoque, qui cum soluta, vulgo corpus suum prostituente, concubuit, gladio punitur, *Dec. Ll. 83.* Philipp. *ad eand. Obs. 1. n. 20.* Utroque tamen casu locus est intercessioni conjugum, licet ea regulariter in duplicato adulterio cesset, *d. Dec. 82.* ibique Philipp. *Obs 3 n. 8.* Interim solutus, qui cum uxore passim se prostituente adulterium commisit, fustigatione tantum & perpetua relegatione coerceri solet, Carpzov. *Pr. Crim. qu. 57. num. 24. sq.* fœminam autem, in matrimonio meretricio more viventem, ordinario adulterarum supplicio affici, dubio caret, Hartm. Pistor. *Obs. 32. n. 29.* Berlich. *P. 4. C. 17. n. 89.*

** Ordinatio *Elector Saxon. Eccl. rubr. gener.* Von Ehe-Sachen. *Special.* Von Strafe der Unzucht. §. Würde denn eine ledige. stupratorem & stupratam carcere punire jubet, Carpzov. *P. 2 C. 27. def. 9.* quatuordecim plerumque dierum; Berger. *Elect. Juri pr. Crim. p. 140.* Quoties autem graviores concurrunt circumstantiæ, ac conditio personarum, aut rei qualitas, majores pœnas exigit, ad fustigationem etiam perveniri potest, *P. 4. C. El. 27* e. g. si tutor pupillam, aut rusticus nobilem virginem stupraverit, Carpz. *ad d. C. def. 7.* aut si stuprum cum mente capta, *P. 4. C. 25* ibique Carpzov. *def. 1.* id. *Pr. Crim. qu. 75. n. 33. seq.* aut inebriata puella, Berger. *l. c. p. 141.* commissum sit. Contra quando stuprator stupratam ducit, mitius in utrumque e. g. carcere 4. 5. 6. dierum, animadverti solet, Berger. *l. c.* Carpz *d. l. n 49.*

** Hæc alternativa obligatio, apud nos *P. 4. C. El. 27.* confirmata est, licet ea non dissimulet, rectius agere eum, qui stupratam a se in matrimonium recipiat, *verb.* und er, wie doch billig geschicht, dieselbe nicht zur Ehe nehmen will. Tenetur autem ei dotem præstare, pro statu, generis, aut familiæ conditione, *d. C.* ibique Carpz. *def. 5. in præj.* Atque hæc dos stupratæ debetur statim, non demum si nupserit; li-

in

in hoc § 4. passim moribus obsoleta est. Sunt etiam, qui illud, ducat aut dotet, sustulere, modica contenti mulcta pecuniaria, si rectè mihi relatum. Possunt tamen hodieque stupratores, pro meritis circumstantiarum, extra ordinem vel exilio, vel etiam corporaliter puniri, Farinac. *qu. 147. n. 93.* maxime, si propter inopiam dotare nequeat, & ducere nolit, *ibid.* ut etiam, si quis in infamiam honestæ virginis aut viduæ, de stupro perpetrato glorietur. Sand. *lib. 5. tit. 8. defin. 5.* Virginibus autem solis favor alternativæ illius indulgetur; viduæ suo periculo luxuriantur; nec enim dotem exigere possunt, quæ semel virum & dotem habuere. A. Fab. *lib. 9. Cod. sub tit. 7. defin. 5. n. 4.* Sand. *lib. 2. tit. 1. def. 10* *.

7. (d) Sed de INCESTU quid dicemus, deque ejus pœna? ** Distinguendum; si incestus jure Gentium committatur, ut in linea recta, vel cum sororibus, tam mas quam fœmina deportatione adficitur, *l. 5. de Quæst. Nov. 12. c. 1.* quod mirum placuisse Justiniano, qui adulteros, utique mares, non eximit pœnæ capitali, per *l. 30. C. ad L. Jul. de adult.* irrogatæ; maxime cum incestus adulterio sit gravior, & jure divino morte puniatur, *Levit. 18 & 20. Deuteron. 27.* Incestus juris civilis, in linea transversa, per matrimonium contractus, in fœminis excusatur, in maribus pœna L. Juliæ de adulteriis plectitur, relegatione scil cet, *l. 38. ad L. Jul. de Adulter. l. 57. de Rit. nupt.* quæ ratione hujus incestus, non continetur sub augmento Legis Constantini; sed erit hodieque relegatio, vel saltem extraordinaria pœna non capitalis. At si per adulterium, vel stuprum, civilis incestus commissus, pœna gravior, id est deportatio, decernitur, *d. l. 38. & l. 5. de Quæst.* Jure novo, quatenus per adulterium sit, incestus haud dubie capite punietur: † etiam forte, si per stuprum, quia *supra* intelleximus, stuprum capitali quoque pœnæ obnoxium fieri, si graviores adsint circumstantiæ, *l. 1. § 2. de extraord. crim.* Quæ autem potest atrocior esse quam incestus? Mulier Justiniani constitutione, quæ est in *N. 134. c. 10.* ob adulterium cæsa virgis, in Monasterium detruditur, unde eis biennium a viro emollito educi atque reduci potest; eo nolente tondetur: *** Idque

cet legata dote conditio subintelligatur, si nuptiæ fuerint secutæ, *l 41. pr. ff. d. Jur. dot.* Harprecht. *ad §. 4. l. b. num. 94.* Quod si stuprata stupratorem ducere renuat, tunc nec dotem ab eo exigere potest, docente Carpzov. *ad d. C. def. 1.* Ziegler. *ad Lancell. l. 4. t. 8. § 3.* verb. *Si vero pater.* Quam nec deberi puellæ, quæ stupro ansam dedit, juvenemque seduxit, asserit & præjudicio confirmat Stryck. *ad Brun. Jus Eccles. l. 2. c. 18. § 26.*

* Apud nos tamen nullum dubium est, quin & viduam honestam stuprator aut ducere teneatur, aut dotare. *d. C. 27. p. 4. verb.* oder unberüchtigte Wittbe. ibique Carpzov. *def. 4.*

** Jure Saxonico Electorali, Incestus punitur (1) gladio, inter ascendentes & descendentes in consanguinitate, eademque pœna in utroque sexu, & in parentibus æque ac liberis obtinet, *P. 4. C. El. 22.* ibique Carpzov. *def. 1.* id. *Pr. Crim. qu. 72. n. 25.* etiamsi liberi sint naturales, aut ex stupro suscepti, Id. *l. c. def. 2. & Pr. Cr. l. c. n. 34.* (2) fustigatione, quoties incestus inter ascendentes & descendentes in affinitate, e. g. privignum & novercam, *P. 4. Const. El. 24.* fratres & sorores, & reliquas personas, quarum conjunctio *Levitic. c. 18.* prohibita est, committitur, *P. 4. C. 22.* § Aber die andern Personen. Eademque pœna obtinet, quando ob teneram ætatem, aut decrepitam senectutem, similesve circumstantias, liberi aut parentes capitali supplicio subducuntur, *d. C. 22.* § Da aber wegen der Jugend. Carpzov. *Pr. Crim. qu. 72. n. 47. & ad d. C. def. 3.* Denique (3) relegatione aut mitius coercetur incestus, contra jus humanum Constitutionesque Saxonicas commissus, conf. Carpzov. *def. 9. ad d. C. 22.* Berger. *Elect. Jurispr. Crim. p. 143.*

† Adde *P. 4. C. 23.* ibique Carpzov. qui docet, hoc casu pœnam adulterii non mitigari per intercessionem conjugis, si incestus sit commissus cum ascendentibus vel descendentibus, bene tamen si cum persona consanguinea in linea collaterali, *def. 1 & 2.* atque ita *pron. Fac. Jur. Lipsi. Mens. Dec. A. 1690.* Diff. Coler. *dec. 174. n. 19. P. 4. C El. 19.* uxorem æque ac maritum ob adulterium capite puniri jubet, non tantum in adulterio duplicato, sed etiam in simplici, Carpz. *ad d. C. d. 7. 8* fœmina tamen soluta cum marito concumbens, mitius quam masculus, cum uxore adulterium committens, coërcetur, cum in hunc gladii pœna, in illam fustigatio constituta sit, *d. C. 19.* ibique Carpz. *d. 6. sq.* In Saxonia autem Communi uxor adultera tantum fustigatur & relegatur, Id. *d. l. def. 1.*

*** *P. 4. C. El. 19.* uxorem æque ac maritum ob adulterium capite puniri jubet, non tantum in adulterio du-

(d) *Pos. 20.*

in civili incestu sine dubio servandum. Ad eum, qui jure Gentium committitur, sine flagitio id extendi posse, non videtur. Nihil tamen reperio, quod jure Justinianeo supra deportationem, *d. N. 12. c. 1.* incestu sine adulterio commisso infligatur; licet D. A. Matthæus *comm. de crimin. cap. de incestu n. 5.* pœnam capitis ex mente Justiniani adseverat, sine textu tamen; licet ratio valida est, quæ hoc urgeat; denique juris divini exemplum satis monstrat, quid hodie nobis sit observandum.

8. (c) Tertium crimen publicum, est HOMICIDIUM, quod punitur Lege Cornelia de Sicariis, (a Cornelio Sylla, coercendis grassatoribus & homicidis, qui ex licentia bellorum civilium & proscriptionum, quas ipsemet exercuerat, erant frequentissimi, lata, *l. 2, § 32. de O. J.*) per deportationem, *l. 3. § pen. & l. pen. ad L. Corn. de Sicar.* postea capitale supplicium, *§ 5. h. tit.* ibi Tribonianus more suo Legi Corn. tribuit, quod est juris recentioris. Tenentur autem hac lege, non tantum, qui perfecerunt, sed & qui conari sunt homicidium committere, imo qui cum telo hominis occidendi causa ambulaverunt, aut venenum miscuerunt, *l. 1. pr. § 1. & 3. C. ad L. Cornel. de Sicar.* quod tamen moribus hodiernis non perinde observatur *. Gail. *1. de pac. publ. 14. n. 16. & sequ.* Mynsing. *3. obs. 9.* Sand. *5. Decis. 9. defin. 11.* Cornelius etiam ideirco eos, qui cum telo hominis occidendi causa ambulaverunt, ordinariæ pœnæ subjecit; quod tum temporis innumeri sicis armati discurrebant, id unice agentes, ut civibus insidiarentur: tales enim designantur his verbis *d. l. 1. in pr. qui hominis occidendi causa cum telo ambulaverit*; nec absre fuerit, hodie quoque eos, qui in hoc se armant ac in publicum prodeunt, ut homines jugulent, supremo supplicio addicere, quemadmodum & eos, qui ad ipsum facinus progressi sunt, hominemque jam, deliberato occidendi animo, vulneraverunt, non immerito pœnam ordinariam ferent, *d. l. 1. § 3.* dolus enim pro facto accipitur, *l. 7. eod. tit.* Lata vero culpa pro dolo hic non accipitur; *d. l. 7 & l. 23. § excipitur, de Ædil. Ed.* quanquam aliquando lata culpa pœnæ extraordinariæ locum facere potest, *l. 3. § 1. de off. Præf. Vig. l. 11. de incend. ruin. naufr.* Quod si homicidium committatur absque proposito interficiendi? fieri potest, ut non teneatur; ut tamen non præsumatur ejusmodi consilium abesse, cum quis in tali actu versatus, ex quo facile cædes consequi potest; veluti, quando quis instrumento ad occidendum apto, & usurpari solito, facinus patravit; secus, si clavi vel pugno, hominem fortuita iracundia percusserit, qua de re est locus notabilis in *d. l. 1. § 3.* sed hæc aliaque similia latius ad Pandectas sunt prosequenda. Imperator in *fin. § 5. h. t.* de venenariis idem, quod de sicariis statuit: sunt venefici, inquam, qui hominem veneno vel occiderunt, vel hominis necandi causa medicamentum malum fecerunt, habuerunt, vendiderunt, *l. 3. § 1. 2. & sqq. d. t. ad L. Cornel. de Sicar. l. 28. § 9. de Pœn.* Quod autem moribus hodiernis non habetur crudele, parantes propinantesque venena **, licet morte non secuta, capite punire, hoc probat, idem nec de sicariis ab ratione videri posse alienum. Veneficis junguntur, qui susurris magicis homines occiderint, quo referuntur mathematici, haruspices, harioli, augures, sortilegi, qui artes illas ad hominum internecionem exercent, *l. 2. 3. 4. 5. 8. C. de Mathemat. & malef.* Et quidem non gladio tantum, sed etiam igne & peste ferali absumi poterant, *l. 3. 5. 6. eod.* eorumque libri flammis exuruntur. In Germania

plicato, sed etiam in simplici, Carpz. *ad d. C. d. 7. 8.* fœmina tamen soluta cum marito concumbens mitius, quam masculus, cum uxore adulterium committens, coercetur, cum in hunc gladii pœna, in illam fustigatio constituta sit, *d. C. 19.* ibique Carpz. *d. 6. seq.* In Saxonia autem Communi uxor adultera tantum fustigatur & relegatur. Id. *d. l. def. 1.*

* Nec nostro Jure. Hoc enim attentatum homicidium mitius punit, *P. 4. C. El. 7.* Carpz. *Pr. Cr. qu. 2. n. 46.* add. *O. Crim. art. 178.*

** Apud nos, consummato demum scelere, ordinaria pœna locum obtinet, teste Carpz. *P. 4 C. El. 18. d. 6.* & puniuntur, qui veneno aliquem interfecerunt, tota sine sexus discrimine, licet *O. Crim.* fœminas suffocare jubeat, *art. 130.* Carpz. *Pr. Crim. qu. 20. n. 14 seq. & ad d. C. def. 4.* conf *tamen Dissert. Inaug.* Thom. Wagneri *de Veneficii attentati, in casu ubi mors non ipsa secuta, pœna capitali, Erfurd. hab.* ii vero, qui pascua veneno inficiunt, si damnum inde oritur, igne *P. 4. C. El. 18.* qui bruta veneno occidunt, gladio plectuntur, Carpz. *l. c. def. 3.*

(c) *Pos. 21, 22, 23.*

nia

ri magi cum Dæmone pactionis & maleficiorum rei, fere vivi comburuntur, *ex Constit. crimin. Car. V. art. 44. 50.* * D. Voet. *h.* Prorsus non modo cunctarum fere Gentium Leges, etiam vetustæ XII. Tabularum, sed etiam Lex divina, Magos commemorat, eosque ultimo supplicio addicit, *Exod. 22. vers. 18. Levit. 20. vers. ult. Deuteron. 18. v. 10 & 11.* Quæ res non patitur, ut iis, qui omnia de Magis narrari solita, ut fabulosa, spernunt ac irrident, adsentiamur; e si fatemur, ludibriis & impostoris Magorum historias adeo esse refertas, ut quod credas, vix invenire liceat.

9. (f) Sequitur Lex Pompeja de PARRICIDIIS, crimine, ut ait textus, asperrimo, nefas ultimum appellat Seneca *l. de clem. 23.* Parricidium est cædes parentis ejusve, qui in recta linea sanguinis a nobis distat **, excepto patre, qui sfiumfam. occidens tantum homicida esse intelligitur, *l. 1. D. ad L. Pomp. de Parricid. & 2. § 6.* † Est hoc vestigium, ut videtur, patriæ potestatis, quæ olim jus vitæ ac necis in liberos, ut alias dictum, tribuebat. Pœna exquisitior in hoc delicto, quam in alio ullo reperta est. Insuitur enim culeo cum cane, gallo gallinaceo, vipera & simia, postquam virgis sanguineis, id est, sanguinem, ut videtur, excutientibus, est cæsus, *l. pen. D. tit. ad L. Pompej. de Parricid.* ac ita in mare vel flumen proximum demergitur. Apparet, ad terrorem hoc genus singulare supplicii excogitatum esse, ut homines absterrerentur ab ejusmodi scelere, de quo Solon rogatus, cur pœnam ei nullam constituisset, respondit, *διὰ τὸ ἀπροσδόκητον, quod desperaret*, aliquem fore tam immanem; ut Diog. Laert. *in vita ejus.* Antiquitus parricidæ culeo simpliciter insuti mergebantur, ut ex Cicerone *pro Roscio* discimus, idque primo supplicium Malleolo cuidam irrogatum, scribit Livius *lib. 68.* Significare autem hac pœna voluere veteres, parricidam, ut Justinianus *hic* philosophatur, omnium usu elementorum carere jam vivum incipere debere Sub primis Imperatoribus addita videntur animalia duo, vipera & simia; nam, harum vetustiores non meminerunt ante Senecam *l. de clem. c. 15.* & Juvenalem *Sat. 8.* qui de Nerone locutus addit;

Cujus supplicio non debuit una parari
Simia, nec serpens unus, nec culeus unus.

Postea adhuc alia duo adjecta sunt animalia, canis & gallus gallinaceus, quorum mentio prima, quod constet, occurrit *in l. 1. C. de his, qui parent.* Rationem, cur hæc animalia placuerit adjungi parricidis, reddit Theophil. ad *hunc* § his verbis, *τὰ δὲ εἰρημένα θηρία ἐμβάλλεται διὰ τοῦτο, ἐπειδὴ ἐμφύτως αὐτῷ ἐστιν, τὰ μὲν γὰρ ἀναιρεῖ τοὺς γονεῖς, τὰ δὲ τῆς πρὸς αὐτὸ; ἐκ ἀπέχεται μάχης.* Sunt enim similia hominibus, ait, ut simiæ; quædam parentes suos interficiunt, ut viperæ; cætera non abstinent pugna contra se invicem. Mirum autem, cur Justinianus culei pœnam vocet *novam*; cum adeo sit vetus, & more majorum introducta dicatur in *l. 9. ad L. Pompej.* Sic volunt locutum Cæsarem, quod obsolera pœna modo in usum revo-

* *P. 4. C. El 2.* eum, qui cum diabolo pacisci tur, aut aliquid commercii habet, si vel maxime nemini nocuerit, vivum vult comburi. Qui vero citra fœdus expressum cum satana, artibus Magicis aliis damnum dederunt, iis gladii pœnam dictat. § Da aber ausserhalb. quam pœnam iis quoque constituit, qui arte diabolica consulentibus responsa dare conantur, & per cristallum aliove modo, diabolum de rebus præteritis aut futuris consulunt, *d. C.* § Desgleichen.

** Apud nos parricidii proprii, quod in ascendentes, descendentes & conjuges committitur, pœna est culeus, *P. 4. C. El 3.* Loco tamen culei saccus linteus, & pro simia plerumque felis adhiberi, ac serpens pictus, si vivus haberi neque it, solet substitui singulaque animalia separatim sacculis includuntur, *d. C.* Carpz. *Pr. Cr. qu 8. n. 21 sq.* virgarum vero cæsio plane omittitur, ac, si flumen nullum sit proximum, culeus in rotæ supplicium commutatur, *d. C.* Quando autem delictum hoc sæpius perpetratum est, pœna exasperatur, ac reus candenti ferro aduritur, So viel Zangen Risse, als Kinder sie umgebracht. *d. C. 3.* ibique Carpz. *d. 7.*

† Is vero apud nos, æque ac mater, culei supplicium sustinebit, nec prætextu patriæ potestatis, pœnæ Legis Pompejæ erit eximendus, *P. 4 C. El. 3. verb.* Eltern ihre Kinder. Quæ verba tam late patent, ut, ratione pœnæ, nullum inter liberos in potestate constitutos & emancipatos legitimos & naturales, spurios etiam, imo incestuosos ac adulterinos, statuatur discrimen; Berger *in Elect. Jurispr. Crim. p. 109.* Matrem tamen, quæ prolem, ex stupro violento susceptam interfecerat, ordinaria tantum homicidii pœna, gladii, puta, coercitam fuisse, ostendit Carpz. *P. 4. C. 3. def. 18.*

(f) *Pos. 24. 25.*

cata esset, D. Wissenb. *ad h. tit. n. 41.* Tu dic, genus hoc pœnæ dici novum, quia rarum, singulare & inexpectatum est; ut fere etiam Giphan. *ad h. §. 6.* explicat. Est difficultas, quod in *l. 1. ad L. Pompej.* parricidii dicitur eadem pœna esse, quæ Legis Corneliæ de Sicariis, quam modo deportationem fuisse intelleximus. Dicendum, varia Legis Corneliæ fuisse capita, *l. 3. ad L. Cornel. de Sicar.* unumque de parricidio, cui sua veruque pœna fuerit; eamque repetitam fuisse Lege speciali Pompeja. Cæterum, involvit hæc pœna culei solos parricidas ita proprie dictos, qui parentes interfecere. Nam qui alias, cognatione vel affinitate junctas, personas necaverit, ordinariam Legis Cornel. pœnam sustinet, *d. §. 6. in fin.* capitis inquam supplicium, nec ultra, *l. pen. §. 1. d. tit. ad L. Pompej.* *. Scilicet parricidii nomen varios latitudinis gradus habet. Nam I. cuncta graviora crimina significat, Cic. *lib. 2. de LL.* unde Quæstores parricidii, *l. 2. §. 23. de O. J.* II. De quolibet homicidio accipitur, teste Festo in voce *Parricid.* III. De cæde propinquiorum aut venerabilium personarum. *d. l. 1. ad L. Pompej.* quo Ciceronis illud pertinet *in Verrem*; *Facinus est, civem Rom. vincire, scelus verberare, parricidium occidere &c.* IV. Sumitur pro cæde parentis, ut hoc loco. Postremo notandum, quod in *d. §. 6.* Justinianus ait, etiam conscios parricidii ordinaria pœna adfici, haud de iis intelligendum, qui cognitas quoquo modo insidias reticuere, sed quorum conscientia sceleris consilia fuit illigata, *l. 2. d. t. ad L. Pompej,* nec aliter capienda *l. 6. eod. tit.* Perez. *ad tit. C. de his, qui parent. vel lib. occid. n. 7.* Pœnam vide in hoc textu, juncta *l. pen. d. t.* ubi & hoc nota *in fin.* cædem aliorum cognatorum L. Cornelia simpliciter puniri.

10. (g) III. Falsum, est imitatio vel suppressio veri, in fraudem alterius facta; si nec *imitatio* nec suppressio veri fiat, non est falsum, ut si quis in ratione, vel in calculo mentiatur, *l. 23. ad l. Corn. Falsi.* Pœna Falsi aliquando capitalis, sed plerumque deportatio, aut lenior est, *§ 7. in fin. h. l. § 1. ult. d. tit.* capitalis est in servis, *d. § 7.* item ob falsum testimonium in necem Rei capitalis, *l. 1. ad l. Cornel. de Sic. Deut. 19. v. 16.* in subjecto partu, *l. 1. C. de Falsi.* cujus accusatio datur parentibus, aut eis, ad quod res pertinet, solis, *l. 30. §. 1. ff. de Falsi.* adde *l. 27. § ult. D. eod.* ubi de ficta dignitate vel militia, *l. 1. C. de Immun. nem. conced.* ubi de tabulariis civitatum. Qui monetam falsam cudunt, aut probam corrumpunt, olim liberi ad bestias, servi in crucem agebantur, *l. 8. de Falsi.* hodie cusores cum ministris suis comburuntur, *l. 2. C. de falsi. mon.* impuberes soli, *l. 1. eod.* & quos pœnituit ante facinus consummatum, excusantur, *l. 9. ad L. Cornel. falsi.* Lenius deportatione puniuntur, qui falsum recitarunt, exilio temporario, vel ordinis ademptione *l. 13. §. 1.* eodem fere modo, qui judicem corrumpunt, duobusve rem unam in solidum vendunt, *l. 21.* qui pondera mensurasve falsarunt, *l. 32. §. 1. d. t. de Falsi.* ubi & pœna dupli. Reliquæ falsi species ordinaria deportationis pœna plectuntur, nisi quod pœna pro cujusque facti circumstantiis variat, *l. 32. in pr. eod.* Species diversæ toto *tit. D & C.* diffusæ sunt, quas inde petas licet.

11. (h) Vis, tam publica, quam privata, punitur L. Julia. Publica fit maxime armis, sed tamen & aliis modis atrocioribus, de quibus vid. *l. 1. & seqq. ad L. Jul. de vi publ.* Privatam dicimus, quæ fit sine armis, & minus atrociter: Pœna vis publicæ est deportatio, *§ 8. h. l. 10. § fi. ad L. Jul. de vi publ.* Privatæ, publicatio tertiæ partis bonor. *d. § 8. l. 1. & l. ult. ad L. Jul. de vi priv.* Sed specialis est sanctio contra vim, (i) quæ fit per raptum virginis viduæve honestæ, cujus pœna capitalis est, non modo si invita, sed & si consentiens rapta sit; malis scilicet artibus, ut videtur, ad consensum adducta, idque etiam in sponsa propria locum habet; æque adversus adjutores, quam ipsos raptus auctores, *l. unic. C. de*

* Nostro Jure accedit raptatio ad locum supplicii, die Schleiffung zur Feymstat, quoties parricidium improprie sic dictum, sive homicidium in fratres, sorores, patruos, fratris liberos; item in affinitate in vitricum, novercam, ac generaliter in eos, qui lege divina matrimonio jungi prohibentur, commissum est, *d. C. 3. §* Wann aber an Brüdern. *verb.* unter welchen vermöge göttlicher Schrift, wegen der Blut-Freundschafft oder Schwägerschafft keine Ehe kan vollzogen werden. add. Carpz. *ad d. C. def. 8. seqq.* Quoties autem in consanguineos aut affines, jure divino jungi non prohibitos, e. g. in consobrinos, item in sponsum sponsamve, hoc crimen committitur, sine exasperatione supplicii, pœna Legis Corneliæ obtinet; Carpz. *Pr. Crim. qu. 13. n 39. seq.*

(g) *Pos. 30. 31. 32. 33. 34. 35.* (h) *Pos. 39. & seq.* (i) *Pos. 25.*

C. de

C. de raptu virginum. Moribus, ille tantum hac pœna tenetur, qui invitam rapuit, vel ſtupravit, ſecundum jus Canon. *c. pen. & ult. X. de Rapt.* Quod autem mireris, etiam ſponſæ raptor dicta conſtitutione ſummo ſupplicio adficitur, qua de re vid. Perez. *ad tit. C. de rapt. virg.* Denique ſtuprum ſine raptu, licet violentum, in illa conſtitutione non punitur, licet ratio minime deſit, etſi aliter D. A. Matth *tract. de crimin. pag. 499. prim. edit* D. Wiſſenbach. *ad h. tit. th. 53.* Forte nec minor ratio eſt in Stat. Friſio, *lib. 2. tit. 12.* quod non aliter raptum capite vult puniri, quam ſi mulier abducta ſit & corrupta violenter. Jus Canonicum mitius hac parte eſt; Nam qui rapuere tantum, capite non puniuntur, imo & nuptiis rapti amores conglutinari poſſunt, *cap. fin. X. de raptor.* ſed violentum ſtuprum eo jure gravius cenſetur, *c. de raptoribus 36. qu. 1. c. raptus 36. q. 4.*

12. (k) Sequitur peculatus, in § 9 quod eſt furtum rei publicæ, vel ſacræ, *l. 9. § ult. ad L. Jul. pecul.* ſed cum in re ſacra, ſpecialiter ſacrilegium committatur, peculatus de furto publico intelligi ſolet; Ejusque pœna exponitur in *§ 9. h. t.* ut ipſi Magiſtratus eorumque miniſtri, qui publicas pecunias ſubtraxerunt, capitali animadverſione puniantur, *l. un. C. de crim. pecul.* Alii vero, qui in hanc pœnam non incidunt, pœnæ deportationis ſubiciuntur, *d. § 9. in fin.* At ſacrilegium punitur atrociori ſupplicio capitali, cruce, vivicomburio, aut ſimili, *l. 6. pr. D. ad L. Jul pecul.**.

13. (l) Plagium ita dictum, quia fit πλαγίως, id eſt, oblique & fraudulenter; eſt ſuppreſſio hominis liberi, vel ſervi alieni, cujus pœna *in § 10.* aliquando ultimum ſupplicium, aliquando levior, pro meritis circumſtantiarum, *l. ult. ad L. Fab de plagiar.*

14. (m) Sequuntur Crimina ambitus, repetundarum, Annonæ, & Reſiduorum, quæ legibus Juliis puniuntur. Ambitus crimen committitur ab his, qui corruptis ſuffragiis petunt honores. Pœna eſt centum aureorum, cum infamia, *l. un. § 1. de L. Julia ambitus.* In urbe, (pæne dixeram in orbe,) ceſſat hodie, quoniam collatio honorum & munerum publicorum, eſt penes principem, qui non metuit Legem Juliam, ut eſt in *l. 1. ad L. Jul. ambit.*

(n) Repetundarum tenetur, qui in publica functione conſtitutus, præter fas pecuniam accepit, quo magis vel quo minus faceret officium ſuum, *l. 1. 3 & 4. ad L. Juliam Repetund.* Committitur hoc etiam a proceribus, qui honores publicos, quorum ipſis collatio competit, vendunt, etenim ambitus crimen a petentibus perpetratur. In hanc ſpeciem Edicto Ordd. Friſiæ *d. 11. Martii 1647.* conſtituta eſt pœna infamiæ ipſo jure committendæ; an ſalva pœna Juris civilis, quæ eſt extraordinaria pro meritis circumſtantiarum, aliquando etiam capitalis, *l. 7. § 3. ad L. Jul. repet. l. 1. & l. f. C. eod.?* Non videtur. Sanctio enim municipalis alioqui pœnas juris aufert & ſubducit.

15. *Crimen annonæ* committitur ab eo, qui malis artibus effecerit, ut annona fieret carior, eſtque pœna 20. *aureorum, l. 2. in pr. & fine de Leg. Jul. Annon.* item gravior Extraordinaria, *l. 6. D. de Extraord. criminibus.* Hodie graviores & quandoque capitales pœnæ, in Dardanarios & annonæ flagellatores conſtitutæ ſunt; vid. Clarum *§ fin. qu. 82. pr. 33.* Sed & hæc pœna non immerito diſplicet interpretibus & municipalium Legum conditoribus; nec dubium, quin & reliquatores extra ordinem gravius ſint puniendi, Berlich. 5. *concluſ. 57.* A. Matth. *de crimin. l. 48. tit. 10.*

Reſiduorum alioqui tenetur, qui pecuniam publicam in uſum aliquem delegatam retinuit, neque in eum conſumſit, *l. 2. ad L. Jul. peculat.* Pœna eſt, ut tertia parte plus ſolvat, quam debet, *l. 4. § 5. eod. tit.* ** Reliqua in Pandectis

* In Saxonia per uſualem interpretationem CR. *l. 2. art 13.* in ſacrilegos rotæ ſupplicium ſtatuitur, quoties res ſacra ablata eſt ex loco ſacro, Carpzov. *Pr. Crim. qu. 89. n. 18.* niſi concurrant circumſtantiæ, ob quas ſatis gravem hanc pœnam mitigare liceat, id *l. c. n. 61.* e. gr. ſi ſacrilegus, ante inſtitutam inquiſitionem pœnitentia ductus, rem ſacerdoti reſtituat, quo caſu fuſtigationem cum perpetua relegatione dictam, refert Berger. *El. Jurispr. Crim. p. 182. ſeq.* Quando vero res ſacra ex loco profano, vel res profana ex loco ſacro aufertur, ordinaria furti pœna locum habet, teſte Carpz. *l. c. n. 71 ſq.*

** Jure Communi Saxonico hujusmodi adminiſtrator arbitrarie, ſed mitius ſemper quam ſuſpendio, punitur, cum proprie pro fure non habeatur, qui rem alii poſſeſſori non abſtulit, vid. CR. *l. 2. art. 29.* Carpzov.

(k) *Poſ. 28.* (l) *Poſ. 27.* (m) *Poſ. 44.* (n) *Poſ. 36. 37.*

expectanda. Hæc summo digito & quasi per philus ait, ut adolescentum captui congruat. indicem, ὡς δυνατὸν δέξασθαι νέον, sicut Theo-

P. 4. C. El. 41. def. 1. vid *supr. n. 91.* Sed in Electorali Saxonia gravius in reos hujus criminis animadvertitur; siquidem *P. 4. C. El. 41.* Vom vertrauten Gute. officiales, qua appellatione comprehendit, die Schöſſer, Verwalter, Vögte, Geleitsmänner, Baumeiſter, Bauſchreiber, Zöllner, Förſter, similesve administratores, si pecuniam dolose in proprios usus converterint, carcere, & perpetua relegatione, quando residuum 50 florenis Misnensibus minus est, si 50 florenos excedat, fustigatione, imo laqueo si centum florenos contineat aut excedat, vult coerceri. Quam constitutionem explicavit, simulque pœnam Administratorum, pecunias sibi creditas subtrahentium, auxit Potentissimus Rex noster, in der verneuerten und erläuterten und geschärfften *Constitution* vom anvertrauten Gute *d. An. 1705. d. 26. Septembr.* Hæc enim (1) pœnam relegationis, quæ, si residuum excedat 30. florenos, perpetua, si 20. ad 30. annos, si 30 florenis majus sit, ad quinquennium decerni debet, vetat mutare in pœnam pecuniariam, *verb.* ohne unſere ausdrückliche Einwilligung. (2) pœnam laquei jubet locum habere, licet Administrator summam ablatam possit restituere, quo casu pœnam quandoque mitigatam fuisse antea, patet ex *Carpzov. ad d. C. 41. def. 6. & Pr. Cr. qu. 85. n. 53.* (3) licet in delinquentem pœna laquei aut fustigationis statuta sit, damnitamen restitutionem ex ejus bonis fieri imperat, cum alias in Sax. per pœnam corporis afflictivam aut capitalem, conditio quoque furtiva extinguatur, (4) restitutionem dupli in casu, quo residuum 30. flor. minus est, amplius a pœna ordinaria liberare non patitur, ac hac ex parte D. Augusti & Christiani l. constitutionibus derogat, ac denique (5) ad administratores privatos, juratos inprimis, hanc pœnam quodammodo extendit.

Τὸ τέρμ' ἰδὼν χάριν Θεῷ δίδε.

DISSERTATIO THOMASIANA,

De furto ancillæ meretricis & non meretricis,

in qua non solum l. 39. & 82. § 2. de furtis explicantur, sed & aliæ quæstiones affines diligenter resolvuntur.

SUMMARIA.

I. *Ratio differentiæ inter ancillam meretricem & non meretricem subreptam non latet in præsumto consensu ancillæ meretricis.* II. *Nec etiam in destinatione Domini.* III. *Non neptum esse consilium corrigentium textum Paulinum.* IV *Sed non est ad mentem Pauli.* V. *Ulpianum & Paulum dissensisse, ostendit ex pari phrasi legis Ulpianæ, tum de furto ancillæ;* VI. *Tum de effringente fores meretricis;* VII. *Tum de supprimente scortum; an lege Fabia teneatur.* VIII. *Plagii & furti differentiæ.* IX. *Nova difficultas orta ex l. penult. pr. ad L. Fab* X. *Tortuosæ Doctorum in explicando casu, ubi furtum servi non simul sit plagium, & primo Glossæ.* XI. *Deinde Struvii.* XII. *Tum Antonii Matthæi.* XIII. *Conjecturæ nostræ; origo Legis Fabiæ.* XIV. *Examinatæ differentiæ Glossæ inter furtum & plagium servi* XV. *Item Antonii Matthæi.* XVI. *Ex quibus ultima approbatur, scilicet, eum, qui consilium dat ad servum furto auferendum, teneri actione furti, non vero haberi pro Plagiario* XVII. *Perspicua periphrasis L. penult. ad L. Fab.* XVIII. *Explicatur jam responsum Ulpiani de supprimente scortum.* XIX. *Obscuritas verborum ultimorum in illo responso.* XX. *Quam non tollit explicatio Glossæ, Taboris, Tholosani.* XXI. *In expositione Legis Paulinæ, fragmenta sententiarum Pauli præferenda esse lectioni Tribonianæ.* XXII. *Ostenditur, Paulum contradicere Ulpiano.* XXIII. *Hujus contradictionis una explicatio de sensu Pauli universali.* XXIV. *Responsio pro Ulpiani sententia contra hanc doctrinam Pauli.* XXV. *Altera explicatio de sensu Pauli particulari, quæ approbatur* XXVI. *usus imprudentis Tribuniani.* XXVII. *Respondetur Tabori Tribonianum defendenti.* XXVIII. *Illustrantur hactenus dicta aliis textibus.*

I. Dicit

I.

Dicit Ulpianus *l. 39.* de furtis, eum, qui ancillam meretricem libidinis causa rapuit, vel celavit, furti non teneri: Paulus vero *l. 82. § 2. eod.* disertis verbis asserit; eum, qui ancillam non meretricem libidinis causa subripuerit, furti actione teneri. Ut adeo si verba hæc adspicias, & distinctos casus inter ancillam meretricem & non meretricem distinguentes, nullus sit dissensus. Sed manet interim dubium, quænam sit ratio differentiæ inter ancillam meretricem, & non meretricem. Sane utraque est res aliena, utraque rapta est libidinis causa. Si ergo is, qui ancillam meretricem rapit libidinis causa, ideo actione furti non convenitur, quia non lucri faciendi, sed libidinis causa rapuit, *l. 39. de furt.* sane nec iste, qui ancillam non meretricem libidinis causa rapit. Si dicas, eam esse differentiam, quod ancilla meretrix consensisse præsumatur ad sui raptum, quæ præsumptio cessetin ancilla non meretrice, urgebo, voluntatem aut noluntatem rerum ablatarum, in criminibus differentiam non facere. Servus fugitivus sui ipsius furtum commisisse dicitur, etiamsi istud furtum ab instinctu proprio proveniat; Raptor est, qui virginem consentientem rapit.

II.

Sin ita respondeas, ancillas considerari sub qualitate, quam a destinatione domini habent, & obid, qui destinatam quæstui meretricio ancillam aufert, non censeri facere furtum, sed contra facere dici, qui aufert non destinatam huic quæstui: Et licet enim ipse libidinem scopum habeat, tamen quia dominus destinatam alii fini habuit, & ita damnum directo infertur domino, ac perinde habetur, ac si animum lucri faciendi habuisset, inspecta destinatione domini, cui lucrum ablatum & interversum fuit, (quæ est responsio Bachovii ad *Wesenb. h.t. n. 6. lit. f.*) in statu: & illum, qui ancillam meretricem aufert, æque directo damnum inferre domino, qui interea, dum hæc ancilla meretrix a raptore celatur, si etiam rapta non fuisset, forte non contemnendum quæstum facere poterat. Deinde ratio *l. 39.* communiter & vere non ponitur in destinatione ancillæ, sed in eo, quod libidinis causa rapitur. Denique nec determinato rei ad certum usum, ullam momentum in materia furti affert. Quis enim negabit, furtum equi a domino ad equitationem destinati, æque committi ab eo, qui eum equitationis gratia, ac ab eo, qui v. g. utendi in carpento causa aufert? aut quis renuet, æque furem esse, qui aufert pecuniam ad rerum commercia destinatam, Ausgebe-Geld, ac istum, qui aufert pecuniam ad casus necessitatis reservatam, Schatz-Geld?

III.

Forte igitur recurros ad *L. non omnium. ff. de legibus*, & dices, distinctionem hanc inter ancillam meretricem, & non meretricem, sequendam esse, quamvis duram, quia ita leges scriptæ sunt. Sed ingenuo Jurisprudentiæ Cultori omnia prius effugia tentanda sunt, antequam ad istud ignorantiæ asylum confugiat. Quapropter quamvis alias a correctionibus textuum abhorream, placet tamen hoc loco non sine causa, altera Bachovii *d. l.* responsio, transposita negatione in *d. l. 82.* legendum esse: *ancillam meretricem non libidinis causa*, quam etiam sequitur Eckolt. *ad d. tit. de furt. § 2.* & ita nulla erit pugna inter *l. 39. & 82. § 2. h. t.*

IV.

An autem hæc responsio sit ad mentem Pauli, alia est quæstio. Ego non arbitror. Conjecturæ meæ hanc in rem sunt sequentes. Lex *82. de furt.* desumpta est ex *lib. 2. sententiarum Pauli.* Jam si fragmenta sententiarum Pauli evolvamus, deprehendimus *l. 2. tit. 31. § 11.* (*p. m. 53. edit. Cujac. in annexis ad Cod. Theodos.*) hæc verba: *Qui meretricem libidinis causa rapuit & celavit, eum quoque furti actione teneri placuit.* Quamvis autem alii hæc fragmenta corrigant, & secundum ductum *d. l. 82. de furt.* legant: *Qui non meretricem &c.* Quod etiam faciendum monet Gothofred. *in not. ad d. l. 82. § 2.* Mihi tamen contra videtur, ad mentem Pauli *d. l. 82. § 2. de furt.* corrigendam secundum dictum *§ 11. lib. 2. sentent. tit. 31.* ut ita negatione plane abjecta sensus prodeat iste: *Qui ancillam meretricem libidinis causa subripuerit, furti actione tenebitur, & si suppresserit, pœna Legis Fabiæ coercebitur.* Non infrequens enim est, Paulum ab Ulpiano dissentire. Conf. Eberlin. *de orig. Juris cap. 52. p. m. 507.* & dissensionum harum, ni fallor, jam dum exempla non una habuimus.

V.

Clarius hoc evadet, si adspiciamus verba & rationes Ulpiani *in d. l. 39. de furt.* VERUM EST, inquit, SI MERETRICEM ALIENAM ANCILLAM RAPUERIT QUIS, VEL CELAVERIT, FURTUM NON ESSE. Ratio-

nes

nes dubitandi in contrarium sunt, quia abstulit rem alienam invito Domino fraudulenter, inde videtur furtum esse, *arg. l. 1. § 3. de furt.* Et si quis saltem celaverit ancillam alienam meretricem, videtur furtum esse; Nam qui celat servum fugitivum, fur est, *l. 1. pr. de fugitivis.* At Ulpianus, his rationibus dubitandi non obstantibus, rationes decidendi pro negativa sua dat sequentes: NEC ENIM FACTUM QVÆRITUR, SED CAUSA FACIENDI, h. e. an aliquid furtum sit, nec ne, non solum considerandum est, an res invito domino ac dolo malo sit contrectata, sed ante omnia intentio auferentis ponderari debet, an abstulerit lucrifaciendi causa, an non; si prius, furtum est, si posterius, non furtum, *arg. d. l. 1. § 3. h. t.* Inde si quis tabulas testamenti deleverit, ut lucrum inde sentiat, furtum est, si saltem ut damnum det, non furti, sed actione Legis Aquiliæ tenebitur, sententia est ejusdem Ulpiani ex Pomponio, *l. 41. § 1. ad L. Aquil.* adde *l. 27. § ult. de furt.* Ergo in præsenti casu idem esse putat Ulpianus: CAUSA AUTEM, ita pergit, FACIENDI LIBIDO FUIT, NON FURTUM, h. e. is, qui ancillam meretricem rapuit, aut celavit, non fecit id lucrifaciendi animo, (in quo consistit pars formalis furti,) ut per ancillam ejusque æstimationem patrimonium aut bona sua augeret, vel operis ancillæ aliquid acquireret sibi, sed ut libidinem adimpleret suam. Hæc enim circumstantia spectat ad casum a Jureconsulto propositum, & in proposita quæstione subintelligenda est, ut sensus sit: *Si meretricem alienam ancillam rapuerit quis, vel celaverit* libidinis causa, *furtum non esse &c.* Quem sensum non tantum innuit vox *meretrix*, qua Ulpianus utitur in sensu reduplicativo, quod scil. quis ancillam meretricem, qua meretricem, i. e. ad adimplendam libidinem rapuerit, sed & volunt verba textus modo explicata. Nam poterit etiam quis ancillam alienam, quæ est meretrix, in sensu specificativo) rapuisse, non scortationis ergo, sed lucrifaciendi animo, quæ actio omnino ad furtum spectat *arg. legis* nostræ 39.

VI.

Ex præmissa hac decisione, Ulpianus novæ quæstionis solutionem infert. Cum enim & is, qui opem & consilium ad furtum tulit, furti teneatur, *v. g.* qui alicui nummos excussit ea intentione, ut alius eos raperet, *l. 25. § 13. de furt.* modo etiam alius eos revera acceperit, *l. 27. § 21. ad L. Aquil.* & haud dubie is, qui fores alienas effringit, ut fures in ædes intrare, & ibi furtum committere queant, *arg. § 11. Inst. de oblig. quæ ex del. nasc.* etsi enim forte neuter horum de furto aliquid participet, tamen quia illos juvant, qui lucrifaciendi intentionem habent, eandem habere censentur;) inde & quæsitum fuit, quid juris de effringente fores meretricis? Respondet JCtus noster, fluere decisionem quæstionis hujus ex præcedenti: ET IDEO ETIAM EUM, QVI FORES MERETRICIS, etiam si sit libera, EFFREGERIT, modo id fecerit LIBIDINIS CAUSA, non ut coopereretur furibus lucrum captantibus, ET SI FURES NON AB EO INDUCTI, SED ALIAS, præter ipsius scientiam & voluntatem, INGRESSI MERETRICIS RES EGESSERUNT, FURTI NON TENERI. Et de hoc casu forte minus est dubium: cum hic nec contrectet ipse rem alienam, nec contrectantibus cooperetur, sed sit saltem furti subsequuti causa per accidens. Uti & is, qui injuriæ causa januam effregit, quamvis inde per alios res amotæ sint, non tenetur furti, consentiente hac in parte Paulo, *l. 53. pr. de furt.* cum Ulpiano nostro: & is, qui per lasciviam, & non data opera ut furtum admitteretur, nummos alicui excusserit, quamvis illi postea a tertio furto sint ablati, non furti conveniri potest, sed actione in factum, *d. § 11. Inst. de oblig. quæ ex del. nasc.* h. e. Actione L. Aquil. utili, *per tradita a me in Philosoph. Jur. § 148. 149.*

VII.

Sed ut revertamur ad casum initio propositum, quamvis dictum sit, eum, qui celavit alienam ancillam meretricem, non committere furtum; AN non TAMEN LEGE FAVIA de plagiariis TENETUR, QVI SUPPRESSIT SCORTUM LIBIDINIS CAUSA? quærit porro Ulpianus. *Scortum* dicit, non, ut in priore quæstione, *ancillam meretricem:* quia enim jam de plagio ipsi sermo est, plagium vero præter servos etiam in liberis hominibus committitur, inde quæstio præsens tam de meretrice libera, quam de ancilla intelligi potest. Utrobique enim est eadem decidendi ratio. Sed quænam? Respondere non possumus, nisi sciamus, quid sit plagium, & quomodo a furto differat.

VIII.

Rem difficilem facit *lex penult. pr. ad l. Fab. de plagiar.* Equidem communiter describitur plagium, quod sit fraudulenta suppressio liberi homi-

hominis, aut servi alieni. vid. Anton. Matth. *de Crimin. ad lib. 48. tit. 12. cap. 1. n. 2. p. m. 592.* Ex qua descriptione certum quidem est, illam esse differentiam inter furtum & plagium, quod non omne plagium sit furtum, quia liber homo furti objectum haud est, nec omne furtum sit plagium, quia furtum committitur etiam in aliis rebus, quam servis; Ad servorum quod attinet suppressionem, videtur ea & ad furtum referenda, ob *l. 1. pr. de fugitiv.* & ad plagium, non solum ob dictam plagii definitionem, sed maxime ob *l. penult. § 2. ad l. Fab. de plagiar.* adeoque ob hoc factum & civiliter actione furti, & criminaliter ex Lege Fabia agi posse.

IX.

Verum *non statim plagiarium esse, qui furti crimine ob servos alienos interceptos tenetur*, Callistratus inquit *d. l. penult. pr.* Cur hoc? Rationem eam esse ait, quia *Divus Hadrianus in hac verba rescripsit: servos alienos qui sollicitaverit, aut interceperit, crimine plagii, quod illi intenatur, teneatur, nec ne, facti quæstio est,* (vel ut Florentina & Holoandrina, legunt, *facit quæstionem*). Expectas haud dubie genuinam differentiam inter furtum, & plagium servi intercepti, & adeo quæstionis propositæ resolutionem ex Imperiali Rescripto. Sed falleris; Ita enim respondet Hadrianus, qui tamen omnium controversiarum decisiones in scrinio pectoris debebat habere, ut dubium magis reddat animum consulentis, quam ut eundem informet. Sic autem pergit: *Et ideo non me consuli de ea re oportet.* Hoc *ideo* concluderet equidem, si secundum editionem glossæ in verbis antecedentibus legeretur, *Facti quæstio est:* Consuli enim debet Imperator non de quæstionibus facti, sed de controversiis Juris, *l. 79. § 1. de judiciis*, (& propterea glossa *ad d. l.* nostram, bonam hanc esse rationem, asserit). At lectionem illam haud esse probabilem, vel ex eo constat, quod de facto, scilicet de sollicitatione & interceptione servorum, constabat: An autem ista sollicitatio & interceptio sit plagium, an furtum, quæstio juris erat, non facti; Sin autem lectionem Florentinam retinemus; istud *ideo* maxime videtur esse absurdum & ἀπροσδιόνυσον. Quid enim hoc est? Ideo quia quæstio est, an ejusmodi servorum interceptio sit plagium, an furtum, non debet Imperator, qui tamen authenticus est legum & controversiarum graviorum interpres, consuli? Quis ergo alius consuli debet? *Sed*, inquit Imperator, *quod verissimum in re præsenti cognoscitur, si qui Judicem oportet.* Itaque Judex consulendus, & ejus decisio observanda. Unde vero Judex fundamentum decisionis sumet? Etsi enim dicamus, ipsius arbitrio hujus controversiæ finitionem relinqui, arbitrium tamen Judicis nunquam sine norma est, de qua norma quæstio hic proponebatur Imperatori. Et quæ denique sequuntur verba, magis ancipitem reddent Judicem. *Plane sciri debet, posse aliquem furti crimine ob servos alienos interceptos teneri, nec idcirco tamen statim, plagiarium esse, existimari.* Non licet igitur Judici semper interceptorem dolosum servorum ut plagiarium condemnare. Quando itaque licebit? & quando non licebit? Debuisset sane Hadrianus differentiam interceptionis ostendere, & circumstantiam illam, quæ impediat, quo minus non omnis interceptio fraudulenta servi ac furtiva, simul plagii nomine veniat. Sed hoc nequaquam esse factum, ex eo colligo, quod alias haud dubie Callistratus verba ista illustrantia, si quæ superfuissent, addidisset.

X.

Deprehendo autem apud Scriptores, quamvis dissimulent, quam se torqueant in explicanda hac diversitatis ratione. Glossa ad *d. l. lit. d.* ut explicet mentem Imperatoris dicens: *posse aliquem furti teneri*, addit: *Ut si opem ad furtum præstitit, vel qua etiam corrupit, ut fugeret: nec subripuit, ut exportatione dominum celaret.* Verum is, qui opem simpliciter ad furtum præstitit, huc non spectat, quia non quæritur de differentia inter furtum & plagium, sed inter servorum interceptorum furtum & plagium; Sinvero glossæ hæc sit mens, quasi is, qui opem ad furtum servi præstiterit, non sit plagiarius, istud quidem esset contra *d. l. 6. § 2.* verb, *quique in earum qua re socius erit.* Conf. Anton. Matth. *d. l. num. 4.* Deinde quod eum, *qui corrupit servum, ut fugeret.* attinet, & hunc pro plagiario habendum esse, ostendunt *d. § 2.* verba; *quique servo alieno servæve persuaserit.* & notavit jam hunc glossæ errorem Anton. Matth *d. n. 4.* Magis ad rem præsentem videntur facere verba ultima glossæ, de eo, *qui subripuit servum, non tamen eo animo, ut ipsius exportatione*, (dicere voluit *de exportatione*, vel, *exportationem*) *Dominum celaret*, ut scilicet ea inter furtum servi intercepti & plagii sit differentia, quod fur sit is, qui servum intercepit, nec tamen post interceptionem eun-

dem domino celat, plagium autem insuper, qui celat eundem domino. Et huic opinioni praeprimis favere videtur *d. § 2. hujus legis sextæ*, nisi quod ex verbis: *quique servo aliena servæque persuaserit, ut a domino dominave fugiat*, in contrarium possit argumentatio institui. Si enim is plagiarius est, qui saltem servo fugam persuasit, videtur & is esse, qui revera subripuit, etsi post subreptionem non celet eundem. Sed hanc differentiam infra examinabimus.

XI.

Dominus Struv. *in exercit. penult. th. 83.* ut ostenderet statim in definitione plagii ejus a furto differentiam, dicit plagium esse crimen, quod committatur fraudulenta liberi hominis & servi alieni, *alia scilicet quam ejus lucri causa facta* suppressione. Ergo ex hujus mente furtum servi fit lucri faciendi causa, plagium non item. Desidero hic textum Juris civilis. Provocat quidem Vir Magnif. ad Anton. Matthæi *d. l. c. 1.* sed apud eum nihil horum quicquam deprehendo. (Forte cum haec scriberet Dn. Struvius, præ oculis habuit Autorem nostrum, quem vid. *exerc. ult. th. 15.*) Videamus ejus verba, iisque statim immisceamus censuram nostram.

XII.

Quantum ad nominis etymon attinet, inquit *d. l. n. 2. seqq. dictum est plagium juxta Isidorum ἀπὸ τᾶ πλαγίᾳ. vel πλαγίως, quod non solum transverse seu oblique, sed & dolose sonat. Inde plagiarii, qui dolose homines alienos supprimunt: ipsumque plagium nihil aliud, quam fraudulenta suppressio liberi hominis, vel servi alieni. Caterum supprimitur liber homo, cum sine vi, dolo malo; abducitur, proque servo venditur, habetur, servus quoque, cum sine vi abducitur, cum ei fuga persuadetur, aut fugitivus celatur; l. 1. 3. 4. 5 6. § ult. h. t. l. 1. 2. 5. 9. pen. C. eod. quod dicimus* sine vi, *id tum nominis notatio* (modo allata; quod plagium fiat transverse seu oblique. Sed quemadmodum ista etymologia non ab omnibus probatur, vid. omnino *Dn. Patris dissert. de plag. literar. § 30.* & si τὸ πλαγίως per *dolose* explicetur, quod facit Matthæi in verbis modo relatis, plane non stringit, cum & violenta ablatio dolose fiat; ita quamvis de priori derivatione certo constet, notum tamen est, ab etymologia plerumque infirma duci argumenta.) *tum Antonini Constitutio suggerit, qui in l. 2. C. h. t. rescripsit, si per violentiam mancipium ereptum fuerit, accusationem legis Juliæ de vi intendendam esse.* (Quod hanc probationem attinet initio, verbis expressis id *d. l. 1. C. h. t.* non dicitur actionem Legis Juliæ de vi intendendam esse: *Quod si*, inquit Imperator, *per violentiam mancipium ereptum est, accusationem EJUS non prohibetur intendere.* Hic ergo τὸ EJUS poterit commode explicari tam de accusatione Legis Juliæ de vi. Priori casu sensus *d. l. 1.* is erit: *Pater tuus adversus eum, a quo sollicitatam ancillam, plagii quoque facto exportatam queritur, apud suum judicem civiliter in rem actione instituta consistat. Si vero in causa tenuerit, etiam Legis Fabiæ crimen persequi poterit*, quia scilicet actio rei persecutoria non tollit actionem criminalem. Et quamvis in libello tuo supplici nullam mentionem feceris, an ille sollicitator sine vi, an cum vi servum Patris tui exportaverit; aut, quamvis in libello tuo supplici dubium moveas eo quod sollicitator iste servum Patris tui vi exportaverit; tamen *quod si* etiam *per violentiam mancipium abreptum sit*, accusationem ejus, i. e. vel Legis Fabiæ, vel delinquentis ex lege Fabia, non *prohibetur* pater tuus, finita rei vindicatione *intendere*. Et ita si explices *legem 1. C.* sententia Antonii Matthæi ex ea non probabitur, sed refutabitur. Atque huic opinioni videtur favere Treutler. *Vol. 2. disp. 32. th. 9. lit. i.* Altero casu & ex mente Antonii Matthæi, etsi per τὸ EJUS intelligas actionem legis Juliæ, uti quoque glossata editio in marg. testatur in manuscriptis nonnullis loco EJUS, legi VIS, tamen id, quod exinde probari vult Matthæi, nequaquam probabitur, sed iste sensus evadet: *Quod si* vero *per violentiam mancipium abreptum est*, pater tuus finita rei vindicatione *accusationem* etiam *ejus* violentiæ vel Legis Juliæ de vi *non prohibetur intendere*, sed cum duo hic sint delicta & plagii & vis, electionem habebit, ex utro velit accusationem instituere. Et hunc sensum suadent verba: NON PROHIBETUR. Si enim Imperator dixisset: DEBET intendere, haberet forte, quod allegare posset Matthæi. Jam autem quocunque modo explicet textum istum, sententiam suam tamen ille non confirmabit. Pergimus in verbis Matthæi:) *Habet igitur plagium cum hoc* (furto) *commune, ut fiat sine vi, clam & obscure, nec tamen propterea quisquis furti tenetur, is idem plagiarius est, l. pen. ff. h. t.* (Sed jam supra dictum: non confundi debere quæstiones duas distinctas: unam, an inter furtum in genere & plagium sit differentia? Alteram, an inter servi intercepti plagium & furtum sit discrimen? De priori

priori non est dubium, at de posteriori maxime dubia agit *l. pen. ff. h. t.*) *Quippe qui vi rapit servum alienum, etiam furti tenetur, l. 1. ff. vi bon. rapt. at plagiarius, ut modo dictum, non est,* (sed etiam modo ostensum est, hanc differentiam a Matthæi firmiter non probari. Tentabimus tamen, an non ex ipsa *lege penult. ff. h. t.* pro opinione Matthæi possit argumentum adduci. Recentiores editiones ita legunt § 2. *d. l. penult. Lege Flavia cavetur, ut liber, qui hominem ingenuum & libertinum invitum celaverit & INVINCTUM habuerit, quique servo alieno servave persuaserit, ut a domino dominave fugiat, vel eum eamve invito & insciente domino dominave celaverit, INVINCTUM habuerit, emerit, sciens dolo malo, quive in ea re socius erit, ejus pœna teneatur.* Vides hic utrobique & in libero, & in servo per plagium subreptis, requiri, ut plagiarius eos INVINCTOS habeat, ex quo videtur concludi posse, quod absque vi debeat plagium *committi.* Sed & hæc lectio non est constans: Quippe glossata mea non solum pro INVINCTUM utrobique legit: VINCTUM, sed & hanc lectionem sequuntur non pauci Doctorum; Exemplo sit Farinacius *de furt qu. 166. n. 45.* Et suadet quoque hanc lectionem vox: INVITUM *in d. § 2.* ut taceam illud INVINCTUM minus latinum esse, quam VINCTUM. Et si vel maxime de lectione recentiorum editionum constaret, nihil tamen firmum exinde concluderetur, quia possum servum alienum initio per violentiam apprehendisse, quem tamen postea invinctum teneo &c. Manet ergo dubium adhuc circa primam differentiam a Matthæi inter furtum & plagium servi intercepti positam. Audiamus etiam recensentem reliquas:) *Et qui in ipso*, pergit, *servi furto deprehensus est, furti quidem tenetur, sed plagii non tenetur.* (Desidero hic iterum probationem:) *Hoc amplius furtum committit, qui servum suum pignori datum creditori surripit, plagium non committit.* (Hanc differentiam concedo, sed ad *d. l. pen. pr.* quicquam facere nego: cum ibi Imperator esse dicat differentiam inter servorum ALIENORUM furtum & plagium.) *Denique furti tenetur, cujus ope, consilio furtum factum est, plagii non æque. Nec adversatur, quod qui plagiario, in qua re socius est, & ipse plagiarius sit, l. pen. § ult. ff. h. t. Socium enim intelligere debemus, non qui consilium duntaxat dedit, aut scalas forte commodavit, sed qui societatem sceleris contraxit, & in ipsa suppressione socius fuerit. Accursius affert & hanc differentiam, quod qui servo fugam persuasit, fur sit, non tamen plagiarius. Verum id falsum esse ex eadem l. penult. apparet, ubi nominatim Callistratus docet plagiarium esse, qui servo alieno persuasit, ut a domino fugiat. Dices: Atqui persuasio consilium est: sufficit ergo consilium ad accusationem. Respondeo: sufficit si servo persuaseris, non si persuaseris tertio.* (Summa eo redit, quod furtum servi committatur etiam mero consilio absque ope, plagium non committatur solo consilio plagiario dato, si non simul quis opem reipsa tulerit. Sed desiderare & hic quis posset probationem.)

XIII.

Jam in his de furti & plagii in servis commissi differentia sententiarum varietatibus, quam sententiam amplectemur? Si verba legis Fabiæ in titulo Digestorum & Codicis fuissent expressa, aut positivi quippiam circa hanc quæstionem ibi deprehenderetur, essemus in salvo. Jam cum nec Legis Fabiæ verba extent, neque leges ullæ Juris Justinianei nos hac in parte informent (quam enim dubiæ sint illæ omnes, quæ a Doctoribus hunc in finem adducuntur, satis ut puto in antecedentibus ostendi), conjecturis erit opus. Igitur ante omnia inquirendum erit in historia Romana, an Lex Fabia prior fuerit plagiarios puniens, an vero edictum Prætoris, vel alia quædam lex ante dictum fures coercens. Non vero dubito, quia furtum frequentius semper est, quam plagium, quin lex in furtum lata tempore fuerit antiquior in Republ. Romana, quam Lex Fabia. Coercuit autem lex ejusmodi, vel edictum Prætoris, contrectationem fraudulosam RERUM alienarum invito domino lucri faciendi causa factam. Ergo cum & servi Jure Romano rebus magis quam personis æquiparentur, & interceptio servorum jam lege ista fuerit notata, inde non fuit opus ob horum surreptionem novam legem invenire. Sed quemadmodum quotidie crescere soleant delicta, ita & in Republ. Romana fures hominum non contenti ablatione servorum alienorum, cum hæc res quandoque impune ipsis cederet, neque adeo pœna dupli, aut quadrupli tanta esset, ut ipsos a flagitio absterreret, cœperunt etiam liberos homines malis artibus surripere, eosque postea in alium locum exportare & ibi vendere ut servos. Non debebat hic quiescere Legisla-

gislator Romanus, sed crescentibus delictis pœnæ quoque debebant crescere, præprimis cum liberi hominis contrectatio, tanquam inestimabilis, quique non REI, sed personæ appellatione in jure venit, ad legem furtum coercentem referri non poterat. Lata igitur fuit tempore Fabii Labeonis anno urbis conditæ 171. (ita Perez. *ad Cod. h. t. n. 1.* an recte alii judicent. Ego non puto, nam anno 171. urbs adhuc erat sub regibus. Quin potius legendum erit *anno 57.* nam hoc anno in Chronologia Romana Henrici Glareani deprehendo Qu. Fabium Labeonem inter consules) Lex Fabia de plagiariis in eos animadvertens, qui liberos homines, ut & servos alienos fraudulenter & lucri faciendi gratia contrectassent, *arg. l. 1. ff. & C. ad L. Fabiam de plagiar.* Hic maxime probabile est, per Legem Fabiam omnem suppressionem liberorum hominum fuisse notatam, sive fieret ea per dolum & astutiam, sive per meram violentiam. Nam si solam astutiam correxisset Lex Fabia, impunes fuissent, quod esset absurdum, violenti raptores, cum tum temporis nec lex Plautia, nec lex Julia lata fuerit. *Plautiam enim doctissimus Sigonius*, sunt verba Matthæi *lib. 48. tit. 4. c. 1. p. 441. a Catulo consule latam scribit, ima cum P. Plautio Tribuno plebis post Lepidum collegam pulsum atque in Sardinia interfectum* (in indice Glareani anno urbis conditæ 676. deprehendo consules M. Æmilium Lepidum & Q. Luctatium Catulum: Sed nescio an hunc annum intelligat Sigonius, cum anno 688. item 708. etiam inter Consules adhuc ponatur M. Æmilius Lepidus, nisi forte hic posterior sit prioris, quem Sigonius pulsum & interfectum dicit, filius) *Alii vero Cn Pompejo Strabone & L. Porcio Catone Coss.* (hi regnarunt anno urb. cond. 665.) *a M. Plautio Silvano, Trib. Pl. latam existimant, Juliam alii Cæsari, alii Octavio Augusto adscribunt. Sed verius est Augusti esse.* Porro quod serviles homines attinet, & illud certum est Plagium servi esse speciem furti, adeoque ab hoc tanquam latiori differre, ut angustius: Ideoque omne plagium servi alieni erit furtum, cum & hic adsit contrectatio rei alienæ, *l. 3. pr. ff. ad legem Fabiam*, fraudulosa, *d. l. 3. pr.* lucri faciendi gratia, quæ est definitio furti. Quamvis enim quoad lucrifaciendi animum cum aliis supra dissentire dixerim Dn. Struvium, putantem, plagium alio quam lucrifaciendi animo fieri, tamen ad hanc opinionem, ut alia taceam infra cum ad leges nostras *39. & 82. de furt.* reversi fuerimus, dicenda, vel exinde responderi poterit, quod furtum illud Kauffungianum communiter a Dd. & Collegiis Juridicis pro plagio fuerit habitum, quamvis hic omnino Kauffungius nullum habuerit alium, quam lucrifaciendi animum. Vide Carpz. *Crim. qu. 83. n. 90.* Petri Albini *Hist. Misen. P. I. c. 21.* Et si non omne plagium servi esset furtum, haud dubie id notassent vel Hadrianus vel Callistratus, *l. pen ff. h. t.* cujus tamen rei ibi est altissimum silentium. Deinde nec de hac propositione est dubium, quod non omne furtum sit plagium servi, sed furtum tanquam genus prædicetur de furto aliarum rerum, quam sunt servi. Saltem ergo de hac propositione quæstio est, an furtum servi & plagium servi coincidant, seu an quemadmodum omnis plagiarius servi est fur, ita & omnis fur servi sit plagiarius? Negantibus hoc & Callistrato & Hadriano, nec tamen differentiam distincte ponentibus, & hic operam dabimus, ut quoniam non per leges expressas differentiam ostendere possumus, saltem ostendamus eam per conjecturas probabiles, quæque non pugnent cum Legibus.

XIV.

Ex iis, quas Glossa ponit, differentiis, primam, quod ab eo qui opem tulit ad furtum servi, furtum committatur, non vero plagium, ut & secundam, quod corruptor servi ut fugeret, fur sit, non plagiarius, contra *d. l. pen. §. 2.* esse jam supra ostendimus. Restat ut examinemus distinctius tertiam glossæ differentiam; istum scilicet, qui servum alienum subripuerit, alio tamen animo, quam ut ejus exportationem domino celet, esse furem non plagiarium. v. g. Subripuit quis domino servum, sed post subreptionem dum dolo malo persuadet servo, ne iterum ad dominum priorem accedat, non celat eundem domino pristino, sed palam eodem ut servo proprio utitur. Hoc factum in furti crimen incidere forte est sine dubio, præsuppositio nimirum, quod fraudulenter, i. e. dum sciverit, se non esse dominum servi & lucrifaciendi causa id perpetraverit suppressor. Sed non esse plagium ideo dicit glossa, quia non celat servum domino. Unde & *ad l. 1. ff. eod. tit. n.* commentatur: *An idem* (plagium committit) *si quis scient vendat, vel emat servum alienum, vel alias contrectet? Respondeo. Sic, si animum celandi dominus* (legendum: *dominum*) *habuit, ut infra eod. l. pen. § lege.* Sine dubio autem glossator

ſtor ad hanc opinionem fuit commotus, quod in *d. l. fin.* § 2. (cujus verba ſupra *p.* 221. dedimus) aliquoties videret occurrere vocem CELANDI. Verum ut & hac in parte a gloſſa recedam, plures me movent conjecturæ. Nam in *d.* § 2. non ſolum is, qui ſervum alienum inſcio & invito domino celaverit, ſed & qui vinctum (an invinctum? per ſupra dicta) habuerit, aut ſciens emerit, plagii reus eſt, quas duas circumſtantias a celatione ſeparat JCtus. Deinde *L. 5. ff. eod.* ſtatuitur, quod is, qui fugitivum alienum celaſſe doceatur, non obſtante eo, quod proprietatis quæſtionem domino referret, plagii pœnam evitare minime poſſit, ex quo infero, quod & is, qui ſervum alienum ſubripuit, etiamſi poſtea illo palam utatur, vel proprietatem, vel aliud quid cauſatus, non liberatus ſit a crimine plagii. Denique nulla apparet ratio, cur legislator ejusmodi furem ſervorum ſub lege Fabia contineri noluerit. Certe non ſolum is fur eſt, qui rem nobis ſubreptam celat, ſed & ille qui re ſemel ſubrepta eandem palam ad ſe transtulerit, non timens videlicet ut in furto deprehendatur, vel qui re furto ſublata & clanculum ad ſe translata palam utitur. Imo in his poſterioribus quo major eſt impudentia, eo majus quoque eſt peccandi cacoëthes. & propterea eo majore animadverſione, vel ſaltem non leviore in ejusmodi delinquentes eſt opus. Simili ratione videretur contra rectæ rationis dictamen eſſe, ſi Lex Fabia in iſtum ſaltem ſervi furem animadvertere voluiſſet, qui eum poſt ſubreptionem celavit, eum vero impunitum dimittere, qui poſt interceptionem ſervo palam ut proprio, abjecto omni pudore, uſus fuit.

XV.

Pergo ad Antonii Matthæi differentiam primam, quod fur ſit, qui ſervum etiam per vim intercipiat, non autem plagiarius, cum ad plagiarium requiratur, ut ſine vi ſervum ſit furatus. Hic ſuperius oſtendi, & textum & rationem Antonii Matthæi non firmiter concludere. Jam facili negotio etiam oſtendere poſſim, opinionem iſtam minus eſſe probabilem. Fur violentus improbior fur eſt, quam fur clandeſtinus, *pr. Inſt. de vi bon rapt.* Quis ergo Legislator hujusmodi furem impunitum dimitteret, niſi illum tritum ſibi occini vel laudire:

Da veniam corvis, vexat cenſura columbas.

Nec eſt quod dicas; imo non impunitos manſiſſe ejusmodi fures improbos, ſed jam Legibus publicis vim coercentibus fuiſſe notatos. Ergo non opus fuiſſe, ut Lex Fabia illos de novo coerceret. Atqui antea oſtendi, & Legem Plautiam & Legem Juliam vim coercentes fuiſſe recentiores lege Fabia. Et præterea etiamſi demus, jam ante latam legem Fabiam aliquam legem contra vim Romæ in obſervantia fuiſſe; tamen ideo non neceſſariam fuiſſet, ut Fabius in lege ſua exceptionem faceret de fure violento, quemadmodum ſecundum noſtram hypotheſin (lege Fabia puniri etiam plagiarium violentum) non opus fuit, ut in lege Julia de vi diu poſt Legem Fabiam introducta excipieretur fur violentus, tanquam jam lege Fabia notatus, docet quippe Imperator, *l. 1. C. h. t.* & hunc ex lege Julia accuſari poſſe. Altera Matthæi differentia, quod ſervum intercipiens, & in ſervi furto deprehenſus pro plagiario non ſit habendus, uti nullo argumento probatur, ita & nequaquam eſſe probabilem, evincunt ea, quæ modo ad differentiam ultimam gloſſæ diſſeruimus.

XVI.

Reſtat igitur, quod ultimo loco ſupra Antonius Matthæi attulit diſcrimen; furem eſſe, qui conſilium ad furtum ſervi dedit, non vero eſſe plagiarium: quod ſolum aliqua ratione probabili niti mihi videtur. Quamvis enim ſupra dixerim, & hic probationem deſiderari, tamen etſi leges expreſſæ nos deficiant, non deficit tamen ratio, vel conjectura probabilis, legibus haud contraria, qua in præſenti materia nos contentos eſſe debere monui: Jam vero certum eſt, etſi is, qui conſilium dat ad crimen, ſuo modo etiam de delicto participet, per ea, quæ latius tradunt Hugo Grotius *de J. B. lib. 2. c. 21.* & ibi commentatores ejus, certum tamen eſt, etiam conſilium nudum dantem & delictum non exequentem non æquale committere crimen, & conſequenter non æquali pœna delicto ſemper proportionata eſſe dignos. Notandum vero ante omnia, quod vox Conſilii, ut & mandati ſumantur vel late, ut unum de altero promiſcue prædicetur, vel ſtricte, ut ſibi invicem contradiſtinguantur, & tunc mandans eſt, qui alicui delictum aliquod gratis exequendum ſuadet in ſuam mandantis utilitatem, ita ut ſi absque mandante fuiſſet, mandatarius delictum non perpetraſſet; conſulens vero dicitur, qui in utilitatem ejus, cui dat conſilium, certas quasdam circumſtantias illi ad delictum perpetrandum ſuppeditat, ita tamen, ut ipſe conſulens nullam inde uti-

litatem sentiat, & alter delictum, etiam perpetrasset, quamvis absque consulente fuisset, vid. Carpzov. *Crimin. qu. 4. n. 2. 3.* Hic consilium in sensu stricto accipimus. Quamvis igitur in Jure Civili infinitæ leges deprehendantur, quæ & consilium eadem pœna, qua ipsum delictum esse puniendum asserunt, vid. Ant. Matthæi *de Crimin. Proleg. c. 1. num. 7. p. 8. & ad lib. 48 ff. tit. 18. c. 4. n. 18. pag. 799.* Communis tamen schola Dd. distinguit, fueritne reus & absque consilio peccaturus, nec ne: Priori casu existimat, eum, qui consilium dedit, puniendum esse lenius, posteriori casu puniendum esse pœna ordinariæ. Et secundum hanc distinctionem non solum dictos Juris Civilis textus explicari posse statuit Anton. Matthæi *d. p. 799.* sed & secundum eam Carpzovius illum, qui homicidium mandaverit, a pœna ordinaria homicidii, adducto præjudicio, liberandum esse concludit, *Crimin. d. qu. 4. n. 27. 32.* Unde & obiter infero a minori ad majus, quod secundum hanc distinctionem limitanda sint alia loca ejusdem Carpzovii eandem pœnam in mandantem & mandatarium decernentia, in crimine rapinæ, *qu. 91. n. 21. 22. 23. 54.* abacti partus; *qu. 14. num. 10.* diffidationis *qu. 37. n. 43. 47.* incendii, *qu. 38. n. 48. 49. 53.* & veneficii, *qu. 50. num. 32. 35.* Quo notato de illo jam nobis constare debet: An is, qui homini citra ipsius consilium servum intercepturo consilium absque ope suppeditat, & ita quidem, ut ipse consulens nullam spem habeat de lucro participando ex futura servi interceptione, eadem subsecuta, pro fure haberi, & in eum actio furti institui debeat? Nos putamus affirmandum esse *per l. 52. pr. & § 19. ff. de furt.* non obstante *§ 11. Inst. de oblig. quæ ex del. nasc.* utpote qui de consilio simplici loquitur & nudo hortamento, v. g. si quis absque determinatione personarum & modi alicui furtum suaserit. Nobis vero sermo est de consilio prægnante aut qualificato, quod Ulpianus *l. 50. § 3. de furtis* describit: *Consilium dare videtur, qui persuadet & impellit atque instruit consilio ad furtum faciendum.* Cum itaque ejusmodi Consiliarius jam satis videatur punitus esse, quod etsi non contrectasset rem alienam, nec ullum lucrum inde sensisset, tamen actione furti in duplum conveniatur, ideo præsumendum est, *arg. d. l. pen. pr. ad L. Fab. de plagiar.* legem Fabiam in eum nova & extraordinaria pœna advertere noluisse. Hæc est conjectura mea de sensu *d. l. penult. pr.* quæ tamen facile aliis meliora docentibus cedet.

XVII.

Cæterum cum supra *d. princ. l. 6.* cum dubiis, quæ in ejus lectione cuidam occurrere poterant, & rationibus rescriptum Hadriani ut ineptum oppugnantibus recensuerimus, non pigebit idem cum periphrasi illud perficue explicante, & rationes decidendi suppeditante, corollarii loco subjungere. Scilicet narraverat quispiam Hadriano in libello supplici, Titium v. g. servos alienos sollicitasse aut intercepisse; & quæsiverat, an is sollicitator, vel interceptor plagii teneatur nec ne? Respondet ei Hadrianus: *Servos alienos qui sollicitaverit aut interceperit, crimine plagii, quod illi intenditur, teneatur, nec ne, facti quæstio est;* (h. e. factum, quod tu mihi proposuisti, non sufficienter enumeravit circumstantias ad crimen Plagii, ut & ad quodlibet furtum necessarias. Nam non omnis, qui servum alienum sollicitavit & intercepit, pro fure aut plagiario habendus est, sed qui id fecit dolo malo. Is enim, qui justa opinione domini & bona fide servum, etsi revera alienum, sollicitavit aut intercepit, nequaquam fur aut plagiarius est, *l. 3. ff. ad L. Fab. l. 8. C eod.* Ergo quandiu de dolo malo intercipientis nihil proponis, proposita quæstio in facti recensione manca est) *& ideo non me consuli decet. sed quod verissimum in re præsenti* (coram Judice super circumstantia doli mali) *cognoscitur, sequi Judicem oportet. Plane* (etsi forte judex reum ob interceptum servum alienum pro fure declaraverit) *scire debet* (ne tu forte eundem & pro plagiario habeas *posse aliquem furti crimine ob servos alienos interceptos teneri, nec idcirco tamen statim plagiarium esse existimari* (velut si quis nudum consilium plagiario dederit, & ideo si is, de quo quæsiviisti, & ipse ad interceptionem servi consilium saltem suppeditavit, nec is plagiarius erit.)

XVIII.

Obliti pæne fuimus Ulpiani nostri, cujus tamen gratia hanc etsi citra spem satis prolixam disputationem super intellectu *d. l. penult. pr. ad L. Fab.* instituimus. Ergo redeamus in viam, & quid ipse ad propositam quæstionem, de eo, qui scortum libidinis causa suppresserat, an lege Fabia teneatur, respondeat, audiamus. ET NON PUTO, inquit, TENERI, ET ITA ETIAM EX FACTO, CUM INCIDISSET, DIXI. Ratio ex iis, quæ jam disputavimus, in promptu est. Omne plagium servi est furtum. Ergo ubi non est furtum, ibi nec plagium. Jam vero

ro dixerat JCtus, eum, qui ancillam alienam libidinis causa suppressérat, furtum non committere, fluit ergo sua sponte, quod nec plagium committat. Notare hanc JCti decisionem debent illi, inter quos est Autor *ex. tit. th. 15.* qui istam inter furtum & plagium servi notant differentiam, quasi furtum committatur lucrifaciendi animo, plagium non item. Si enim ista opinio procederet, haud dubie respondisset Ulpianus in proposita quæstione, istum suppressorem pro plagiario esse habendum, quia in præcedentibus satis demonstraverat, eum non lucrifaciendi causa ancillam rapuisse. Contra quos & illud denique observari velim, & crimen raptus evincere, quod ad plagium ejusque formale omnino requiratur lucrifaciendi animus. Nam & plagium committitur rapiendo liberum hominem, & raptus. Differentia autem inter plagium & raptum est; quod raptus fiat libidinis causa, Struv. *Exerc. 49. th. 41.* h. e. non lucrifaciendi animo; *arg. l. nostræ 49. de furt.* plagium autem lucrifaciendi animo, *v. g.* si quis virginem rapiat, ut eam vendat &c. cum secundum Autoris determinationem plagii hæc potius inverti deberent, uti is, qui virginem *v. g.* rapit, ut iterum vendat, non plagiarius sit, sed fur simplex, quia raperet lucrifaciendi animo, e contrario is, qui virginem ad libidinem rapit, non raptor sit, sed plagiarius, quia lucrifaciendi animo destituitur. Sed ad Ulpianum nostrum. Hic ut non saltem ad quæstionem propositam responderet, sed & objectionem, quæ contra decisionem suam proponi poterat, removeret, addit sequentia: HIC ENIM TURPIUS FACIT QVAM QVI SURRIPIT: SED QVIA SECVM FACTI IGNOMINIAM COMPENSAT, CERTE FVR NON EST.

XIX.

Verba iterum nimis obscura: ut nescias, contra quam thesin ratio dubitandi sit directa: Ille, qui surripit ancillam libidinis causa, turpius facit, quam qui simpliciter surripit lucrifaciendi animo, verum est, sed quid inde concludi debet? An illud? Ergo qui ita ancillam intercepit, fur est? Ita quidem conjectari licet ex responsione Ulpian. contradicentis, quod fur non sit. At si hoc modo formata fuerit objectio, aperta laboret ineptitudine concludendi, cum nequaquam sequatur; Hic turpius quid committit, quam fur, ergo fur est: Potest enim esse adulter, homicida, blasphemus &c. An illud exinde debemus inferre: Ergo ejusmodi rapiens ancillam alienam non debet impunitus relinqui, cum tamen JCtus eum in lege nostra ab omni pœna absolvere videatur, dum eum nec ut furem, nec ut plagiarium puniri posse asserit? Si is est sensus objectionis, uti videtur esse, non recte se habet responsio JCti, diversum quid ab objectione respondentis. Objiciebatur enim, istum raptorem esse puniendum, & Ulpianus respondet, eum non esse furem. De alio objectio loquitur, de lactuca responsio. Deinde nec ratio magis perspicua ei, quam Ulpianus suppeditat: *quia secum facti ignominiam compensat*, sive exinde concludere velit JCtus, eum non esse furem, quod verba suadent, sive eum non esse puniendum, quod objectio desiderat. Quid enim est hoc loco: eum, qui alienam ancillam rapit libidinis causa, secum facti ignominiam compensare? Ut ingenue fatear ignorantiam meam, quid velit Ulpianus, capere nequeo. Compensatio semper est inter duos & diversorum debitorum mutuorum. Hic autem una persona raptor est ancillæ duplici delicto conspicuus & raptu & libidine. Compensabitur igitur raptus ancillæ cum libidine, unum delictum cum altero delicto ejusdem hominis? Hoc vero est contra communem compensationis conceptum.

XX.

Conatur equidem glossa hæc Ulpiani verba illustrare. *Sic*, inquit, *supra de jurejur. l. nam posteaquam, & l. duobus, & arg. supra de offic. Præs. l. dives in fine.* Sed nec hic intelligo, quid textus allati ad explicationem legis nostræ faciant: Doctissimus Tabor *in racemat. crim. ad l. nostram 39. p. m. 207. in versu: AN TANTUM VEL FABIA &c. ratio decidendi obscura est. Sic autem declaratur a Petro Gregor. lib. 36. Syntagm. cap. ult. num. 10. Impunitum constitui reum ob personæ, quam supprimit, vilitatem, quæ turpitudine vitæ indignam se legum animadversione reddiderit. Quinimo satis puniri supprimentem facti ignominia juxta illud Græcorum dicterium: τὰ ἴσα πλημμελήματα ἀντισυλλογίζονται. Paria delicta mutua pensatione inprimis cum pecuniariter interest, l. 10. § 2. de compens. dissolvuntur, l. viro 39. solut. matrim. l. 7. ver. amotar.* Hic illam responsionem ad objectionem prolatam tolero de vilitate personæ, in quam fuit delictum commissum, nempe meretricis. Nam nec eum, qui meretricem liberam rapuisset libidinis causa, aut raptorem puni-

niendum esse, latius probat Ant. Matthæi *de crimin. l. 48. tit. 4. c. 2. n. 4. pag. 447. sqq.* Sed hæc responsio verba JCti nostri non explicat. Et quamvis altera, quod is, qui scortum rapiat, satis puniatur facti ignominia, magis ad mentem JCti accedat, non tamen convenit verbis ejus ex asse, nisi corrigere textum velis, & loco: *quia secum facti ignominiam compensat*, legere, *quia secum facti ignominia compensat*, aut quod probabilius: *qui scilicet cum facto* (facile enim contingere potuit, ut loco horum verborum, *quia sc. cum facto* legeret scriba: *quia secum facti*) *ignominiam compensat*, quam conjecturam relinquo Criticis. Quod autem Tholosanus istam responsionem, & per eam Ulpiani verba declarare opinatur ex *l. 10. § 2. de compensat. & l. 39. solut. matrim.* non assentior ob modo dicta, quia paria delicta quidem compensantur, si duæ sint personæ delinquentes; At hic unus saltem delinquit & raptor nimirum; alter delinquens deficit.

XXI.

Hæc pro Ulpiano ejusque mente dicta sufficiant. Audiamus & Paulum in *l. 82. § 2. de furtis*, de iisdem quæstionibus differentem. Ubi initio repetendum, desumptam esse *d. l. 82. ex libro secundo receptarum sententiarum Pauli*, ex quibus sunt fragmenta illa, quæ cum doctiss. Jacobi Cujacii interpretationibus adhuc hodie circumferuntur, vid. Eberlin. *de O. J. cap. 52. n. 30. p. 529.* Jam si horum fragmentorum *tit. 31. lib. 2.* qui de furtis agit, evolvamus, deprehendemus nullum vestigium in eo *principii & § 1. d. l. 82.* Paragraphus vero secundus qui est in *d. l. 82.* est *§ 11. in d. tit. 31. fragmentorum* cum variatione tamen initio notata. Imo & *§ ultimus d. l. 82.* reperitur *in d. tit. 31. § penult. fragmentorum.* Sed & ibi verba quædam aliter sonant, quam in *d. l. 82.* scilicet hunc in modum: *Qui tabulas cautionesve surripuit*, (lex 82. *surripuerit*) *in adscriptam summam furti actione tenebitur. Nec interest* (lex 82. *refert*) *cancellatæ nec ne sint, quia ex his debitum dissolutum interest comprobari* (lex 82. *quia ex his debitum magis solutum esse comprobari potest*). Cum igitur non conveniat fragmentis cum textu *legis 82.* maxime, ut supra recensitum, quoad lectionem *§-2. l. 82.* quam lectionem putabimus magis ad mentem Pauli esse? Hic forte ante omnia considerandum foret, unde hæc fragmenta sententiarum Pauli ad nos pervenerint? & qui eveniat, ut *d. l. 82. principium & § 1.* ibidem plane non deprehendamus, *paragraphum 2.* vero & 3. insuper ita dispersos? Sed quemadmodum his meditationibus jam diutius vacare non est otium, ita tamen dubito lectionem fragmentorum præferre lectioni *legis 82.* quia norunt eruditi & in confesso esse arbitror, Tribonianum in consarcinatione centonum ex JCtis antiquis collectorum sæpissime arbitrium sibi sumsisse textus eorum pro lubitu corrigendi (jure an injuria jam non disquiro) ita ut exinde acutissimus Wissenbachius argumentum peculiaris libelli elegerit, sub titulo: *Emblemata Triboniani*: in quo inter alia duplex specimen nobis exhibet ad opinionem nostram perquam faciens, conferendo nimirum *pag. 339. legem 14. ff. de statu hom.* ex *lib. 4. sentent. Pauli* cum *fragmentorum lib. 4. tit. 9. § 2 & 3. p. m. 73. & p. 398.* legem *si quis aliquid 38. § 8. ex lib. 5. sentent. Pauli* excerptam cum *fragmentorum lib. 5. tit. 25. § 7 p. 93.* ac simul ostendendo, quam in dictis textibus & ob quam causam Tribonianus verba Pauli vel castraverit, vel aliquid eisdem addiderit. Idem ergo suspicor factum esse in præsenti loco *lib. 2. fragment. tit. 3. § 11.*

XXII.

QUI MERETRICEM, inquit Paulus, LIBIDINIS CAUSA RAPUIT ET CELAVIT, EUM QUOQUE FURTI ACTIONE TENERI PLACUIT. Vides aperte hic a Paulo contradici sententiæ Ulpiani. Cæterum tamen hæc contradictio duplicem potest habere sensum. Nam & Ulpiani thesis in *l. 39. de furt.* & Pauli antithesis *h. l.* conceptæ sunt indefinite. Indefinitæ vero propositiones, pro diversitate materiæ subjectæ, uti ex Logicis notum est, possunt fieri vel universales, vel particulares. Jam si Ulpiani verba consideremus, videtur is in mente habuisse propositionem universalem negativam, quod NULLUS, qui ancillam meretricem libidinis causa rapuerit, furti teneatur, quia rationem assertionis suæ in τῷ libidinis causa rapere ponit. At quia Paulus rationem suæ contradictionis non apponit, inde nescias; an indefinita ejus æquipolleat propositioni affirmativæ universali an particulari, præprimis cum per utramque recte contradicamus propositioni universali negativæ. Cogi emus ergo quæ secundum utrumque sensum pro Paulo contra Ulpianum disputari queant.

XXIII.

Et *primo* quidem ea sit Pauli opinio, OMNEM

qui

qui libidinis causa meretricem ancillam (nam quamvis ancillam non nominet, sed meretricis saltem faciat mentionem, probabile tamen est, eum non quamvis meretricem innuere, sed servam saltem, quia furti meminit in sequentibus, quod in libero homine non committitur) rapuerit aut celaverit, furti teneri, dubitavit forte, an recte ab Ulpiano in *dict. l. 39.* opponatur animus lucrifaciendi animo libidinis. Notum quippe est in materia delictorum vocem lucri communi loquendi usu supponi multis modis, ita ut non solum 1. strictissime lucrum sentire dicatur delinquens, si a læso bona fortunæ ad se transtulerit, uti in rapina, sed & 2. si bona fortunæ perdiderit saltem, tam æstimabilia, uti in damno Legis Aquil. (hic enim lucratur, quod potestatem sibi sumserit res alienas perdendi) quam 3. inæstimabilia, ut in homicidio, stupro &c. (ubi est eadem ratio. Conf. quæ dixi *in Philosophia Juris § 90. & seq.*) Vel ita dicendum: Delinquentem sentire lucrum aut late, & improprie, quoties læso damnum dat circa bonum aliquod, etsi ex bono isto nullam utilitatem ipse lædens percipiat, sed solam voluptatem; aut stricte & proprie, ut non solum damnum sentiat læsus, sed ex læsione insuper præter jucunditatem, vel etiam absque hac utilitas aliqua in lædentem redundet. Jam quidem certum est: Lucrum in definitione furti pro proprio isto sumi non pro improprio, & in eo potissimum esse differentiam inter damnum Legis Aquil. & furtum, *arg. l. 41. § 1. ad l. Aquil.* sed interim tamen non statim certum est ac indubitatum, in quo præcise lucri, quod furtum facit, consistat essentia, ut non videantur operam perdere, qui deco accuratius cogitaverit, quod mihi jam non licet. Sic v. g. etsi fur non sit, qui me præsente perdit rem meam, aut etiam absente me eandem corrumpit, modo tamen eandem non transferat ad se; ita nullus dubito, quin is fur maneat, qui rem meam clanculum ad se jam translatam, postea sponte corrumpit. An & depositarius, aut creditor fur erit, rem depositam vel opt. ignoratam dolo malo corrumpens? Porro & utilitas, quam ex rebus alienis sentio, varia est, modo enim denotat utilitatem rei donatione iterum compensatam, modo simplicem absque compensatione, modo utilitatem superfluam, modo summe necessariam ad vitæ sustentationem. In materia contractuum notum est, illos contractus demum dici lucrativos, ubi alter nullam rursus a me accipit utilitatem, reliquos vero, etiamsi & ipsi utilitatem aliquam utrinque afferant, nuncupari onerosos. At in furto lucrum est, etsi ei, cui modo centum donaveram, decem clanculum auferam. In quæstione de moralitate ablationis annonæ alienæ, in casu necessitatis, dixi *annot. ad init. th. hujus 5. p. 213.* quosdam Moralistarum istum actum ideo excusare, quod non fiat lucrifaciendi gratia, sed saltem ad vitam sustentandam, quasi in materia furti lucrum sumatur saltem de superfluo, quod falsum est: Nam æque fures sunt, qui rerum ablatarum indigent, quam qui opibus abundant, quamvis in his major sit peccandi pruritus, quam in illis. Denique ad quæstionem nostram omnium maxime videtur facere distinctio, quod utamur bono vel ut mere jucundo, vel ut mere utili, vel ut mixto. Cujus distinctionis usus in materia furti, ut percipiatur eo melius, ita pro Paulo contra Ulpianum dissero: Is, qui meretricem ancillam alienam rapit libidinis causa, ideo quia libidinis causa rapit, fur est; rapit enim, ut ea libidinose utatur: At qui rem aufert, ut ea utatur, habet animum lucrifaciendi; quia animum lucrifaciendi habet, ille, (si reliqua furti requisita adsint, prout hoc lōco præsupponimus,) fur est. Nec est quod dicas; imo vero, impurus iste homo ancilla non utitur, sed abutitur. Imō vero, inquiet Paulus, non abutitur, & si vel maxime abutatur, tamen propterea fur esse non desinit. Non abutitur, quia utitur ea ad eum finem, ad quem destinata erat a domino, præsupposuimus enim casum de ancilla meretrice. Etsi vel maxime ancilla ista fuerit non meretrix, tamen & ille subreptor, qui re abutitur, hoc est ad alium finem, quam vel dominus vel natura eam destinavit, utitur, fur est, (unde obiter vides, sive statuas eum, qui libidinis causa ancillam rapuit, furem esse, sive non esse, inter ancillam meretricem, & non meretricem nullam esse differentiam.)

XXIV.

Verum non obstante hoc argumento ad explicationem mentis Paulinæ prolato, pro Ulpiani sententia responderi potest, falsum esse, quod omnis ille, qui rem alterius rapit, ut ea utatur, furtum committat, cum secundum distinctionem allatam modus utendi omnino sit secernendus. Is enim, qui rem aufert, v. g. pecuniam, eum in finem, ut ista utatur, tanquam bono mere utili ad usus scilicet vitæ, vel ad incre-

mentum bonorum, haud dubie fur est. Deinde nec is, qui rem meam aufert, ut ista utatur, tanquam bono partim jucundo, partim utili, e furum numero venit eximendus. Neque hic refert, an ipsius intentio primaria respiciat utilitatem, an jucunditatem, modo bonum ipsum, quod aufertur, primario ad usum, non ad jucunditatem sit destinatum: cujus rei exemplum propono in illo, qui rem valde mihi caram contumeliæ causa aufert eamque detinet. Etsi enim hujus primaria intentio sit, ut ex contumelia hac jucunditatem sentiat, tamen si bonum, quod abripit, principaliter ad utilitatem sit destinatum, (h. e. si pretium ejus bonum mea augeat, si id detineam,) ideo non magis a furto liberabitur, ac ille, qui saccum pecuniæ plenum abripiens, furti etiam sacci nomine tenetur, etsi primaria ejus intentio non sit sacci abripiendi, *vid. l. 77. ff. de furt. & Autorem hac th.* Notum equidem est mihi, communiter Doctores in explicanda definitione furti ad verbum: *lucrifaciendi causa:* commentari solere, ablationem rei alienæ fraudulosam, si alia intentione fiat, in aliud genus delicti, cadere, & v. g. si contumeliæ causa, injuriam esse, eamque in rem adduci legem ipsius Pauli *53. pr. ff. de furt.* in qua JCtus eum, qui *injuriæ causa* januam effregit, quamvis inde per alios res amotæ sint, a furti crimine absolvit. Vid. ex pluribus Vinn. *in not. ad § 1. Inst. de oblig. quæ ex del. nasc.* Sed quia hic textus per ea, quæ jam supra *p. 116* observavimus, speciali ratione nititur, ideo nollem ex eo regulam generalem extruere, & ejus decisionem ad illum, qui contumeliæ causa rem meam ipse subripit, apparente sat crassa diversitate a casu *d. l. 53.* applicare. Alia ratio est ejus, qui libidinis explendæ causa ancillam alienam meretricem subripit. Hic enim, si non intentionem habeat ancillam in bonis detinendi, sed expleta libidine domino restituendi, ancillam abstulit, ut ea utatur non tanquam bono utili, sed tanquam bono mere jucundo, & propterea nec ejus intentio fuit, ut lucrum exinde faceret, seu bona sua pretio ancillæ augeret, & consequenter furtum in ea non commisit. Eadem iterum est ratio, etiamsi ancilla non sit meretrix. Quamvis enim hic accedat deterioratio aliqua in corpore ancillæ, & fortasse etiam in ejus pretio, tamen quia propterea nullum lucrum accessit bonis raptoris, nec hæc actio ad furtum pertinebit, sed propter deteriorationem raptor Lege Aquilia tenebitur. Hæc de primo intellectu verborum Pauli.

XXV.

Venio ad *alterum* eumque particularem. Poterunt enim eadem & ita intelligi, ut sensus eorum sit iste, quod QVIDAM, qui ancillam meretricem libidinis causa rapuerit, aut celaverit, furti teneatur. Ad hujus sententiæ veritatem, ostendendam poterunt adversus responsionem, explicationi sensus universalis datam, sequentia urgeri. Concedet itaque Paulus Ulpiano, eum, qui ancillam meretricem libidinis causa rapuit, furem non esse, si *scilicet habeat simul intentionem, eandem libidine expleta, domino restituendi:* At vero, inquiet Paulus, non omnis, qui ancillam meretricem libidinis causa rapit, de restitutione simul cogitat. Non ergo debebat Ulpianus verba sua ita generaliter ponere, sed limitationem istam *d. l. 39.* inserere. Quid enim si is, qui ancillam subripuit, intentionem habeat ea ad longum tempus utendi, nec de restitutione cogitet? Hic sane æque videtur furti teneri ob ancillam subreptam, ac ille, qui ob saccum surreptum furti teneri dicitur in *d. l. 77. ff. de furt.* Quemadmodum enim hic posterior secundum explicationem Autoris in thesi, habet intentionem saltem secundariam, sacci lucrandi, ita & illius primaria quidem intentio erat expletio libidinis, sed secundaria tamen simul retentio ancillæ, & per consequentiam tendit ad retentionem ancillæ, & per ejus pretium bona subreptoris augentur; adeoque subripuit ancillam, ut ea utatur, tanquam bono jucundo simul & utili, qualem intentionem diximus modo, ad furti constitutionem sufficere. Eadem ratio erit iterum in ancilla non meretrice, libidinis causa rapta. Imo ne quidem ad sententiam Pauli tuendam videtur opus esse, ut subripiens non habeat animum restituendi ancillam. Quid si enim quis ancillam, seu meretricem seu non meretricem, rapuerit cum duplici intentione primaria, una libidinis explendæ, altera lucrifaciendi, *v. g.* ut æque libidinem suam expleat, quam bona sua augeat, aut certe non diminuat? Finge, Titium ancillæ fruendæ desiderio flagrare, nolle tamen domino ancillæ eandem lenocinanti, mercedem petitam solvere, sed subripere ancillam cum intentione æquali stuprandi ancillam & mercedis lucrandæ causa. Non video, cur hujusmodi raptor a crimine furti sit excusandus, quamvis

in

in hoc casu, si actio furti sit instituenda, non videatur duplicandum aut quadruplicandum pretium ancillæ, sed mercedis interceptæ. Si igitur hæc mens fuerit Pauli *in dict. loc. 5. sentent. tit. 31. § 11.* tantum abest, ut ab ejus sententia recedendum putem, ut potius istas duas limitationes, (scilicet tum demum raptorem libidinosum ancillæ, meretricis seu non meretricis, a furto excusari, si habeat intentionem eandem libidine explera domino restituendi, nec simul intendat interceptionem mercedis a domino lenone desiderate.) sententiæ Ulpiani in *dicta lege 39. de furt.* addendas arbitrer, & mediantibus iis (de quibus forte Ulpianus tum temporis non cogitavit quidem, sed tamen si cogitasset, easdem probabiliter addidisset,) Ulpianum cum Paulo conciliare.

XXVI.

Jam quid Tribonianus fecit? Hic cum *l. 82. ff. de furt. ex libro secundo sentent. Pauli* excerperet, & in prolata verba incideret & nimis recens recordatio esset eorum, quæ quoad istam quæstionem ex Ulpiano collegisset in *l. 32. de furt.* quibus prima fronte sententia Pauli non videbatur congruere, ne frustra in præfatione Pandectarum gloriaretur, nihil dissonum in iisdem reperiri, cogitavit, quomodo interpolatione quadam antinomiæ isti succurrendum esset, & cum in *l. 32.* videret, Ulpianum non solum libidinis mentionem injicere, sed & de ancilla meretrice loqui, de genuina ratione decisionis parum sollicitus, sufficere putavit, si aliqualem saltem differentiam inter textus hos faceret, & ita in textu Pauli ex meretrice fecit NON meretricem, male propterea de ingeniis nostris meritus, nosque revera miseros & bis terque miseros reddens, quod ipsius culpa inter scopulos jactemur, ut de eo in simili causa conqueruntur Francisc. Hottomannus *3. obs. 9.* & Franciscus Balduinus *lib. 2. Justiniani p. 113.* citati a Wissenbachio *in fine emblematum Triboniani.* Neque contentus hac interpolatione, cum in *d. l. 32.* recordaretur, Ulpianum ibidem una fidelia adhuc alium parietem dealbasse, & ex eodem principio ejusmodi raptorem ancillæ meretricis, e crimine plagii absolvisse, ut & ἔυρημα suum de ancilla non meretrice ulterius extenderet, addidit textui Paulino & hujus quæstionis decisionem, de qua tamen Paulus ibidem ne quidem cogitaverat, scilicet suppressorem ancillæ non meretricis pœna legis Fabiæ teneri. Nam si secundum mentem Pauli ad quæstionem istam respondendum fuisset, dixisset equidem, subreptorem & ancillæ meretricis, & non meretricis, lege Fabia teneri, argumento eorum, quæ in antecedentibus diximus. Si enim ex sententia Pauli omnis raptor ancillæ libidinis causa, fur est, sequetur, ut & sit plagiarius, quia supra demonstratum, illum furem servorum saltem a crimine plagii eximi, qui consilium nudum dederit. Sin vero Pauli opinio fuerit, quod quidam raptor libidinosus ancillæ, furtum committat, tunc secundum duplicem hujus explicationis casum, diversimode etiam ad quæstionem de plagio esset respondendum. Is, qui animo non restituendæ ancillæ eandem libidinis causa subripuit domino, quia iterum est fur ancillæ, erit quoque plagiarius. At is, qui ancillam libidinis causa rapit cum intentione eam quidem domino restituendi, sed intercipiendæ tamen simul mercedis postulatæ, is plagiarius non erit, etsi fur sit, quia furtum non committit in ancilla, sed in mercede intercepta, at plagium est furtum hominis.

XXVII.

Nihil restat, quam ut respondeamus doctissimo Tabori, lectionem communem *d. l. 82. § 2.* & ita distinctionem inter ancillam meretricem & non meretricem defendenti. Ita autem inquit *Racemat. 3. ad tit. de furt. § 16. p. 99. Nos veterem distinctionem probamus inter ancillam meretricem, & non meretricem, quam tradit Scholiastes lib. 60. Eclog. cap. 76. p. m. 528. laudat Cujacius ad Paulum 2. sent. 31. § 10. eleganterque declarat ipse Bachovius ad Wesemb. hic, num. 6.* Sed huic declarationi Bachoviauæ jam supra respondimus. Latius hanc opinionem suam vir Consultissimus illustrare allaboravit, *ibid. in Indice Legum tituli ff. de furt. ad d. l. 82. § 2. pag. 282.* Nos ipsius verba recensentes, brevitatis studio immiscebimus statim per modum parentheseos, responsionem aut declarationem nostram. *Quamvis enim*, inquit, *ex fine & intentione, delicta cumprimis æstimentur*: (atque ita etiam raptus ancillæ non meretricis libidinis causa factus, videatur a furti crimine eximendus, *arg. l. 39. pr. de furt.*) *quia tamen finis duplex hic occurrit, initio subducendi eam, quam sine corruptione & damno domini subducere quis non possit, deinde intentio flagitium committendi veneream, æquum certe est, domino utilioris actionis compendium non invide-*

ri. (Per utiliorem actionem hic actionem furti haud dubie intelligit, eamque non ex intentione flagitium venereum committendi derivat, alias enim & raptor ancillæ meretricis fur esset, contra *d. l. 39. pr. h. t.* sed EX INTENTIONE SUBDUCENDI EAM, QUAM SINE CORRUPTIONE ET DAMNO DOMINI SUBDUCERE QUIS NON POSSET. Singula verba hic consideranda. INTENTIO SUBDUCENDI nuda, non potest causa esse furti, quia alias iterum raptorem ancillæ meretricis crimini furti subjiceret. Quod vero subductio hæc non posset fieri SINE CORRUPTIONE ancillæ non meretricis, illud initio non caret dubio. Aut enim loquitur de corruptione corporis, aut de corruptione animi Si prius, nova iterum distinctione opus esset, inter ancillam non meretricem, virginem, & non virginem: In hujus corpore nulla corruptio timenda, secus in illius. Si posterius, certum est iterum, si illa ancilla non meretrix vi stupretur a raptore, non corrumpi ejus animum, cum non assentiatur delicto. Deinde etsi demus, illam subductionem fieri nunquam posse sine corruptione animi & corporis, corruptio tamen servorum alienorum non producit furti actionem, sed vel Legis Aquiliæ, vel servi corrupti. Idem responderi potest ad id, quod dicitur, subductionem non posse fieri absque DAMNO DOMINI. Nam & hoc loco quæstio secundum modo memoratam distinctionem definienda. Si ancilla non meretrix fuit virgo, diximus quidem corrumpi ejus corpus, sed hic inquirendum foret in Romanis antiquitatibus, an ancillæ virginis majus fuerit pretium, quam non virginis? tum tamen dicendum, domino propter ejusmodi depretiationem jam succurri per actionem legis Aquiliæ. In non virgine, cum quoad corpus non corrumpatur, nec quoad corpus damnum sentiet dominus, nec, ex rationis identitate, damnum sentiet dominus quoad animum, si vi stupretur ancilla rapta. Quod si post raptum in stuprum consentiat, damnum quidem ob animi deteriorationem sentit dominus. sed hic tamen ipsi jam per actionem servi corrupti fuit consultum, ut & priore casu, si vi stuprum passa fuerit, *arg. § sed cæsi. 8. Inst. de obligat. quæ ex del. nasc.* Si vero illud damnum intelligat D. Tabor, quod dominus cogatur interim carere operis ancillæ, donec raptor libidinem suam in ea expleverit, & respectu hujus habebit actionem legis Aquil. utilem, aut ad interesse. Ut taceam, hujusmodi damnum etiam adesse in rapta ancilla meretrice; Breviter: damnum læsi absque lucro lædentis, nunquam producit actionem furti). *Sufficit enim hoc verum esse, quod furtum revera commissum sit, d. l. 39. ibi: non factum.* (Sed veritas hujus assertionis per *d. l. 39.* non probatur: etsi enim ibi dicatur, in furto non factum, sed intentionem considerari debere, ostendimus tamen modo, intentionem in raptu ancillæ non meretricis, non magis facere furtum, quam in raptu ancillæ meretricis). *Nec potest animus lucrifaciendæ ancillæ plane excludi ab eo, qui aliter ancillæ non meretricis, illicita consuetudine potiri vix potuerit, facit l. 77. hic.* (Imo potest excludi, si modo habeat animum, ancillam non retinendi in bonis suis, sed expleta libidine restituendi domino. Aut si hunc non habeat raptor, ostendi in antecedentibus, & raptorem ancillæ meretricis pro fure habendum. Quod autem lucrum libidinis non nisi per raptum impletæ concernit, & illud supra probatum fuit, lucrum boni jucundi mere talis, in furto non considerari. Denique *l. 77. de furt.* huc non facit. Nam ibi is, qui propter faecum simul furti tenetur, etsi non habuerit animum principaliter facci furandi, habet tamen pro furto semel commisso animum facci non restituendi; at hic raptor ancillæ non meretricis, habet animum restituendæ ancillæ. Porro ibi de facto principali constabat, quod sit furtum, hic de facto principali movetur quæstio. Ultimo: eo argumento, quo *ex d. l. 77.* aliquis concludere volet, raptum ancillæ non meretricis esse furtum, concludemus etiam, raptum ancillæ meretricis furtum esse, & sic iterum distinctio inter ancillam meretricem & non meretricem corruet.) *Certe usum honestæ mulieris furripiens domino, compendium quotidianum intervertit, Clud. de cond. furt. c. 52. n. 67.* (Atqui hæc ratio non probat animum lucrifaciendi ex parte lædentis, sed saltem damnum ex parte læsi, quod modo rejectum. Et idem damnum respectu domini est, eademque injuria respectu damnum dantis, an intervertatur usus mulieris honestæ, an inhonestæ.) *sibique mercedem victimæ miserabilis, ex usu impiorum hominum & ad Stygis supplicia damnatorum solvendam, l. 4. § 3. de cond. ob turp. caus. fur lucrifacere nitatur.* (Hæc locutio quemadmodum paululum obscura est, ita lucrum, quod hic describitur, figura non caret, quale in furto non quærimus, sed proprie

prie dictum. Si enim ejusmodi lucrum, quale hic describit Dn. Tabor, furtum faceret, sequeretur, & homicidia, & veneficia, & in genere omnia crimina sive a nobis ipsis perpetrata, sive ab aliis instinctu nostro, furtorum nomine venire, quia tum verba Dn. Taboris, quocunque modo ea explicentur, eodem modo, quo ipse ad casum præsentem aptat, iis adaptari possent.) *Secus ac in ancilla meretrice, ubi in ipso etiam fovente ancillas tales, quædam facti ignominia vertitur, d. l. 39. in fine hic.* (Esto, differre dominum ancillæ meretricis & non meretricis, illumque aliquo modo pro infami haberi, quamvis id ex *d. l. 39.* ut statim videbimus, non probetur, tamen hæc differentia nihil ad raptum ancillæ meretricis. Et quamvis exinde concludere velis, dominum ancillæ non meretricis digniorem esse actione aliqua domino ancillæ meretricis, tamen neque istam consequentiam facile concederem, quia de actionibus civilibus, qualis est etiam furti actio, jam sumus soliciti, quæ haud dubie spectant ad justitiam commutativam: Justitia vero commutativa non habet respectum personarum, neque, si vel maxime concederem, consequentia ista quicquam faceret ad quæstionem præsentem, cum jam non quæratur, an dominus ancillæ non meretricis dignior sit præ domino ancillæ meretricis actione aliqua; sed, an rapiens ancillam meretricem diversum delictum committat ab eo, qui rapit non meretricem? adeoque non qualitatem actoris, sed rei consideramus. Neque Ulpianus in *l. 39. h. t.* rationem decisionis ab indignitate domini desumit, sed ex mera rapientis intentione, quod libidinis causa rapuerit. Provocat equidem Vir doctissimus ad verba finalia *dict. l. 39.* SED QUIA SECUM FACTI IGNOMINIAM COMPENSAT, CERTE FUR NON EST, quæ hoc loco ita explicare videtur, ac si eorum sensus sit: raptorem ancillæ meretricis ideo non esse furem, quia propriam facti, scil. raptus, ignominiam compensaret cum ignominia facti dominici, quod scilicet is meretrices foviset. Sed quemadmodum jam supra aliam Dn. Taboris, Petrum Gregorium secuti, explicationem ad *d. l. 39 verba prolata*, eamque meliorem recensuimus, ita hanc explicationem, qua facti ignominia ad dominum ancillæ refertur, non tolerat vocabulum SECUM, quod expungendum, & ejus loco ita legendum foret: Sed quia CUM DOMINO facti ignominiam compensat, quod esset audacter nimis textum *d. l. 39.* corrigere.) *Utcunque enim H. Grotius in not. Judaizantibus ad cap. 2. Jobi vers. 1. scribat: Meretricium vitæ genus eo tempore apud quasdam gentes vile magis, quam flagitiosum habitum fuisse, cum alia longe fuisset Hebræorum etiam ante legem disciplina, Gen. 38. vers. 24. (Quomodo sane apud Corinthios & Babylonios quondam fuerunt fana Veneris ita opulenta, ut plures quam mille habuerint sacrorum famulas meretrices, quas Veneri viri mulieresque dedicassent, ut Herodot. lib. 1. Strabo lib. 8. Suidas in verb. διχγράμμα, aliique post hos prodidere.) Romani tamen meretriciam consuetudinem turpitudinis probro palam notarunt, l. probrum. 41. cum seqq. d. R. N. l. idem. 4. § sed quod. 3. ibi: illam turpiter facere quod sit meretrix. de cond. ob turp. caus. l. ult. C. si mancipium ita venierit, Novell. 14. Harmenop. lib. 2. tit. 4. In honestorum virorum prædiis, (quæ ipsi locaverant ad alium finem,) lupanaria exerceri indigne tulerunt, l. 27. in fin. de hered. pet. ubi Sabart: ipsis ignaris. Nam gnari talium turpitudinum vix possent dici honesti viri, per l. 15. de condit. instit. quippe cum ejusmodi factum infamare soleat, l. 1. ibi: qui lenocinium, l. 4. § 2. de his, qui not. inf. l. 8. & seqq. ad L. Jul. de adult.* (Quæ hic prolixe de infamia lenonum afferuntur, quemadmodum nescio, an etiam recte ad dominos lenones ancillarum suarum applicentur, cum textuum allatorum nullus probet, lenocinia ejusmodi punita fuisse, & si otium permitteret, forte ex Antiquitatibus Romanis facile doceri posset, lenocinia ancillarum propriarum in Republ. Romana tempore Ulpiani & Pauli non solum tolerata, sed & cæteris paribus, permissa fuisse, ita ad quæstionem præsentem per sup. dicta parum conducunt, ut opus non sit in eorum disquisitione accuratiore ut nos detineamus.) *Et hæc forsan illis, quæ Bachovius ad Wesenbecium hic, n. 6. notat, videbantur esse præferenda. Adde Mornac. ad l. probrum. 41. de R. N. ubi de usu hodierno, an is, qui meretricem rapit, pœna l. un. C. de rapt. virg. teneatur, late differit Th. Marcell. ad §. 1. Inst. hic p. 556.* (Atqui Bachovii illam declarationem Noster supra elegantem esse dicebat, jam quod accepramus, ejus impertinentiam tacite confessus. Quæstionem, an raptor meretricis pœna *legis un. C. de rapt. virg.* teneatur? satis accurate etiam tractat Ant. Matth. *l. 48. tit. 4. c. 2. n. 4. p. m. 447. sqq.*)

XXIIX.

Quæ hactenus circa *l. 39. & 82.* de furtis diximus, illis non minimam lucem accedere arbitror *ex l. 6. in fr. ff. ad L. Jul. de adult.* INTER LIBERAS TANTUM PERSONAS, inquit ibi Papinianus, ADULTERIUM STUPRUMVE PASSAS, LEX JULIA LOCUM HABET, QUOD AUTEM AD SERVAS PERTINET, ET LEGIS AQUILIÆ ACTIO FACILE TENEBIT, ET INJURIARUM QUOQUE COMPETIT, NEC ERIT DENEGANDA PRÆTORIA QUOQVE ACTIO DE SERVO CORRUPTO: NEC PROPTER PLURES ACTIONES PARCENDUM ERIT IN HUJUSMODI CRIMINE REO. Item *ex lib. 2. sentent. Pauli tit. 26. § antepen. p. m. 52.* ANCILLARUM SANE STUPRUM, NISI DETERIORES FIANT, AUT PER EAS AD DOMINUM AFFECTET, CITRA NOXAM HABETUR. Ubi quidem vastum iterum se offert differendi pelagus, quid adducto Pauli loco significet AD DOMINUM AFFECTARE, & an forte legendum, AD DOMINIUM? quid item significet hoc loco, CITRA NOXAM HABERI?

ANACEPHALÆOSIS

EORUM, QVÆ SUPERIORIBUS

LIBRIS CONTINENTVR,

QVATENUS

ab usu temporum non abhorrent.

LIB. I.

Haud abs re erit, quæ superioribus Libris fusius exposita sunt, huic uno adspectu, quasi per indicem, ob oculos collocare.

1. Studium juris est vel theoreticum vel practicum. Theoreticum consistit in notitia legum & quæstionum; Practicum in applicatione legum ad certas facti species.

2. Theoria juris petenda est ex libris a Justiniano relictis, præterquam si mores singularum gentium, quæ potius ad theoriam, quam ad praxin referenda sunt.

3. Libri juris Justinianei sunt quatuor, Institutiones, Pandectæ, Codex, & Novellæ.

4. Institutiones exhibent compendium reliquorum, nisi quod in Novellis jus recentius est.

5. Primus tit. Institutionum agit de Justitia, quæ est finis juris.

TIT. I. *De Justitia & Jure.*

6. Definitur hæc: Constans & perpetua voluntas, jus suum cuique tribuendi, *in princ. h. t.*

7. Jus ipsum definitur, ars boni & æqui, *l. 1. in pr. ff. de just. & jur.*

8. Ab eo non differt jurisprudentia, quæ pluribus verbis dicitur, Divinarum atque humanarum rerum notitia, justi ac injusti scientia, *§ 1. h. t.*

9. Præcepta juris tria feruntur: honeste vivere, alterum non lædere, suum cuique tribuere, *§ 3, h. t.*

10. Divisio prima juris est, quod sit publicum vel privatum, *§ ult. h. t.*

11. Publicum est, quod ad statum Rei Romanæ, aut alterius reipublicæ pertinet, *d. § ult.*

12. Idque consistit in juribus Majestatis, & omni administratione pacis ac belli.

13. Jus privatum est, quod ad singulorum utilitatem spectat, *d. § ult.*

14. Hoc consistit in privatis civium controversiis decidendis.

15. Utrumque, sed maxime privatum jus, collectum est, ex triplici fonte juris, naturalis, gentium, & civilis, *d. § ult.*

TIT. II. *De jure naturali, gentium & civili.*

16. Jus naturæ est, improprie, quod natura omnia animalia docuit, *princ. h. t.*

17. Sed proprie est dictamen rectæ rationis, quo scimus, quid turpe, quid honestum, quid faciendum, quid fugiendum sit.

18. Huc pertinet ordinata maris & fœminæ conjunctio, sobolis procreatio, educatio, defensio sui corporis, & omnis discretio turpis ac honesti.

19. Jus gentium est, quod ex naturali ratione, docente usu ac necessitate rerum, inter homines constitutum est.

20. Huc pertinent imperia, dominia, jura belli, teſtamenta & plerique contractus, § *1 & 2. h. t.*

21. Jus civile eſt, quod quilibet populus liber ſibi peculiare conſtituit, *d. § 2. in princ.*

22. Liber populus eſt, qui non agnoſcit ſuperiorem, ſive ab uno, ſive a pluribus regatur.

23. Nam jus, quod faciunt populi habentes ſuperiorem, id non civile, ſed municipale vocatur.

24. Per excellentiam autem ſolum jus Romanum dicitur civile; reliquarum gentium jura, licet vere civilia, tamen ſtatuta plerumque appellantur.

25. Dividitur jus civile in purum & mixtum.

26. Purum quod a certa gente peculiariter eſt repertum, aliisque ignotum, quo pertinent variæ Leges & Scita.

27. Mixtum, quod originę eſt juris gentium, ſed addito aliquo, vel detracto, aut mutato, fit juris civilis, *l. 5. ff. de juſt. & jure h. t.* ut dominia & plerique contractus.

28. Rurſus dividitur jus civile, in ſcriptum, & non ſcriptum.

29. Jus ſcriptum dicitur una voce Lex; Jus non ſcriptum Conſuetudo.

30. Lex eſt generale præceptum ſummæ poteſtatis, honeſtati conveniens, omnesque ſubditos ad parendum obſtringens.

31. Species juris ſcripti, apud Romanos erant ſex; nempe Lex, Plebiſcitum, Senatus conſultum, Principum placita, Magiſtratuum edicta, Reſponſa prudentium, de quibus in § 3. *& ſqq. usque ad § 9. h. tit.*

32. At hæ ſpecies hodiernis temporibus nullum habent uſum, ſed una pro omnibus, lux ſive placitum ſummæ poteſtatis, ſungitur.

33. Conſuetudo eſt jus, quod tacito populi conſenſu, ſine ſcriptura vim obligandi accepit, § *9. h. t.*

34. Vim habet parem cum lege, modo hæc tria requiſita adſint: 1. Si conſuetudo ubique in Republica recepta ſit. 2. Si juſta & honeſta. 3. Si certa ſit.

35. Ad certitudinem requiritur: 1. Diuturnitas temporis, 2. Frequentia actuum; utraque ſic, ut Judici ſufficere poſſint.

36. Objectum juris eſt triplex; perſona, res & actio. § *ult. h. t.*

37. Objectum de perſonis abſolvitur duabus diviſionibus, quarum prima eſt, quod homines ſint vel liberi, vel ſervi, *princ. h. t.* altera, quod ſint ſui vel alieni juris.

TIT. III. *De Jure perſonarum.*

TIT. IV. *De ingenuis.*

TIT. V. *De libertinis.*

TIT. VI. *Qui & ex quibus cauſis manumittere non poſſunt.*

TIT. VII. *De Lege Fufia Caninia tollenda.*

38. Libertas, eſt naturalis facultas ejus, quod cuique facere libet, niſi qui vi vel jure prohibeatur, § *1. h. t.*

39. Servitus, eſt conſtitutio juris gentium, qua quis domino alieno contra naturam ſubjicitur, § *2. h. t.*

40. Sed hæc inter Chriſtianos hodie eſt abolita.

41. Hic etiam evaneſcunt differentiæ hominum, quod ſint ingenui vel libertini: item lex Ælia Sentia, & Fufia Caninia, de quibus agitur in *eat. tit.*

TIT. VIII. *De his, qui ſui vel alieni juris ſunt.*

42. Altera perſonarum diviſio eſt, quod ſint vel ſui vel alieni juris.

43. Sui juris dicuntur, qui non ſunt in aliena poteſtate, *princ. Inſt. h. t.*

44. Poteſtas aliena eſt duplex, dominica & patria.

45. Dominica non eſt in uſu, ut dictum ſupra.

TIT. IX. *De Patria poteſtate.*

46. Patriæ poteſtatis eſt cauſa triplex, nuptiæ, legitimatio & adoptio.

47. Nuptiæ ſive matrimonium, eſt viri & mulieris conjunctio, individuam vitæ conſuetudinem continens, § *1. h. t.*

48. Inter effectus patriæ poteſtatis præcipui ſunt, quod pater poſſit ſubſtituere pupillariter filio ſuo; quod dominium & obligationem per filium acquirat; quod pater & filius eadem perſona exiſtimentur: item quod filius ſine conſenſu patris nuptias contrahere nequeat.

49. Nuptias autem præcedunt ſponſalia, quæ ſunt mentio & repromiſſio futurarum nuptiarum, *l. 1. ff. de ſponſal.*

50. Sed jure Canonico, ſunt vel de futuro, vel de præſenti, ut cum dicunt contrahentes, ducam te, nubam tibi, vel; duco te, nubo tibi. Et hoc moribus omni die ſervamus diſcrimen.

51. Sed quæ de præſenti dicuntur, jure civili & revera perficiunt ipſum matrimonium, *l. 30. ff. de R. J.*

TIT. X. *De nuptiis.*

52. Requiſita nuptiarum jure civili, ſunt quatuor.

53. Primum, ut contrahentes ſint cives Romani, quod tamen hodie non habet uſum, quia nationes in nuptiis non diſcernuntur.

54. Secundum, ut maſculi impleverint annos quatuordecim: fœmellæ duodecim.

55. Tertium, ut accedat Patris conſenſus expreſſus, vel tacitus, *pr. h. t. l. 5. Cod. de nuptiis.*

56. Matris & curatorum conſenſus jure civili non requiritur, niſi honeſtatis cauſa, *l. 19. C. de nupt.* ſecus hodie. Statutum Friſiæ vult conſenſum curatoris, ſed non tam abſolute, quam quidem patris, *lib. 1. art. 10. van Haudijcken.*

57. Quartum, ut contrahentes debito ſanguinis gradu diſtent.

58. In ſanguine ſpectatur linea & gradus.

59. Linea eſt ſeries cognatorum, ab eodem ſtipite deſcendentium.

60. Eaque

60. Eaque duplex, recta & obliqua.

61. Recta, in qua sunt ascendentes & descendentes.

62. Obliqua, continens eos, qui a latere sunt juncti.

63. Gradus, distantia cognatorum a se invicem.

64. Regula de computandis gradibus est hæc; quot sunt personæ generatæ, totidem sunt gradus; dempto stipite communi.

65. Hinc pater a filio gradu primo distat, avus a nepote gradu secundo, & sic porro.

66. Item frater a sorore gradu secundo, fratrum liberi gradu quarto, & sic consequenter.

67. Prohibitæ sunt nuptiæ in linea recta in infinitum, § *1. h. t.*

68. In linea collaterali usque ad tertium gradum semper, ultra quartum nunquam, § *2. & sqq. h. t.*

69. Ipse quartus gradus, quandoque est licitus, aliquando prohibitus.

70. Licitus inter fratrum & sor um liberos, § *4. h. t.*

71. Prohibitus inter thios magnos & fratrum vel sororum nepotes.

72. Jure Canonico distinguitur linea collateralis in æqualem & inæqualem.

73. Æqualis est, in qua æqualiter distant partes a communi stipite, ut fratres & sorores, patrueles, consobrini, & sic porro.

74. Inæqualis est, in qua distant inæqualiter a stipite communi.

75. In æquali habent hanc regulam: Quoto gradu singuli distant a communi stipite, toto inter se distant.

76. In linea inæquali est hæc regula: Quoto gradu distat remotior a stipite, toto inter se distant.

77. Prohibentur nuptiæ jure Canonum usque ad gradum quartum suæ computationis inclusive, ut loquuntur; hoc est, ad nonum Juris civilis exclusive, quem rigorem dispensationibus molliunt Pontifices.

78. Est & affinitas nuptiis impedimento, eaque dicitur necessitudo per nuptias contracta, inter conjugem unum & alterius conjugis cognatos.

79. Prohibitæ autem sunt nuptiæ in iisdem gradibus affinitatis, quibus propter sanguinem prohibentur § *6. & sqq. h. t.*

80. Tutor quoque & curator non possunt ducere adultas, nec filii ipsorum, nisi majores factas viginti novem annis, *l. 66. in pr. ff. de rit. nupt.* juncta *l. ult. Cod. de temp. in integr. rest.*

81. Denique, Matrimonium contra requisita juris contractum, est ipso jure nullum, carens omni effectu, § *12. h. t.*

82. Secunda causa patriæ potestatis, est Legitimatio, quæ definitur, actus, quo liberi ex concubina susceptí fiunt legitimi.

83. Modus legitimandi est triplex: 1. Oblatio Curiæ, quæ nunc obsoleta est, 2. Subsequens matrimonium patris cum concubina, 3. Rescriptum principis, § *ult. h. t. Nov. 89. cap. 9 & 10.*

84. Concubinæ sunt proprie, quæ uxorum loco habentur sine titulo uxoris. Reliqui ex furtivis amplexibus nati, Jure civili sunt spurii, qui proinde non legitimantur; sed hodie omnes ex certo patre nati, dicuntur naturales & legitimantur.

TIT. XI. *De Adoptionibus.*

85. Tertia causa patriæ potestatis, est adoptio, quæ definitur, Legis actio, per quam is, qui natura filius non est, in locum filii adscisitur.

86. Estque duplex, adoptio in specie, quæ fit apud Magistratum, cum adoptantur qui alieni juris sunt: vel arrogatio, qua, qui sui juris sunt, autoritate Principis filii fiunt, § *1. h. t.*

87. Hodie rarus est adoptionis publice factæ usus; qui autem privatim pro filiis adsciscuntur, hi tantum ad alimenta adsumpti intelliguntur, reliqua filiorum jura non exercent.

TIT. XII. *Quibus modis Patria potestas solvitur.*

88. Tollitur patria potestas tribus modis: I. morte tam patris quam filii, eaque vel naturali, quæ est migratio ex hac vita; vel civili, quæ fit per amissionem libertatis, aut civitatis, veluti per deportationem, *princ. & § 1. h. t.*

89. Sed deportatio & libertatis ademptio, hodie non usurpantur; Relegatio autem non tollit patriam potestatem, § *2. h. t.*

90. II. Dignitas non quævis, sex maxima Reipublicæ, tollit patriam potestatem, § *4. h. t.* adde *Nov. 81.*

91. Tertius modus, emancipatio, est actus legitimus, quo liberi ex patria potestate dimittuntur, § *6. h. t.*

92. Frequentius hodie usurpatur tacita emancipatio, quæ per omnem Europam obtinet, qua liberi contracto cum patris consensu matrimonio, ab ejus potestate liberantur.

93. Multis in locis idem fit habitatione separata, quam filius fam. voluntate Patris instituit.

94. Dictum est de his, qui sunt alieni juris; personæ sui juris, sunt omnes, qui nec dominum nec patriam potestatem agnoscunt.

TIT. XIII. *De Tutelis.*

95. Sunt autem hi vel in tutela, vel in cura, vel neutro jure tenentur, *pr h. t.*

96. Tutela definitur, vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum, qui per ætatem se ipse defendere nequit, jure civili data ac permissa, § *1. h. t.*

97. Est autem triplex, testamentaria, legitima & dativa.

98. Testamentaria iterum, est propria vel impropria.

99. Propria, quando pater filio impuberi, quem habet in potestate, dat tutorem testamento, vel codicillis testamento confirmatis, § *3. h. t. l. 3. ff. de test. tut.*

100. Im-

100. Impropria est, cum pater filio emancipato vel mater, aut quilibet extraneus, pupillo hæredi a se instituto dat tutorem, quoad res illas hereditarias, *l. 4. ff. de testam. tut. l. 4. de confir. tut.*

101. Tutores proprie testamentarii, immediate a testatore dantur, nec indigent ulla confirmatione Magistratus, *l. 7 ff. de test. tut.*

102. Sed improprie dati, a Magistratu sunt confirmandi, *l. 1. & 5. ff. de confirm. tut.*

103. Nam jure civili confirmatio a Magistratu non requiritur, nisi cum datio secundum requisita juris facta non est, *d. l. 1.*

TIT. XIV. *Qui testam. tut. dari possunt.*

104. Possunt tutores dari testamento, omnes cives, etiam filii-familias, *princ. hoc tit.*

105. Imo & minores annis viginti quinque, & furiosi, *§ 2. hic.*

106. Sed hi non administrant, verum interim eorum loco datur curator, *l. 10. § 7. de excus. tut.*

TIT. XV. *De legitima agnatorum tutela.*

107. Tutela legitima est, quæ immediate ex lege, deficiente testamentaria, defertur proximis agnatis, *princ. h. t.*

108. Hi quoque tutores non confirmantur a Magistratu, *l. 3. ff. de leg. tut.*

109. Agnati sunt virilis lineæ cognati, *§ 1. h. t.*

110. Sed jure novo gradu proximus, tum fœminæ quam masculæ lineæ, ad tutelam vocatur. *n. 118. c. 5.*

111. Et qui pares sunt gradu, pariter ad tutelam vocantur, sed unus constituitur administrator, *d. cap. 5.*

112. Mulieres tamen ad tutelam non vocantur, nisi mater & avia, quamdiu abstinent a secundis nuptiis, *l. 1 & auth. ff. Cod. quando inul. tut. Nov. 118. cap. 5. in medio.*

113. Hæc sufficiunt de tutela legitima.

114. Reliqua in *tit. XVI.* de capitis diminutione, de qua tu v.d. *l. 2. n. 147. XVII.* de legitima patronorum tutela, *XVIII.* de legitima parentum tutela, *XIX.* de fiduciaria tut. hodie nullum habent usum.

TIT. XX. *De Attiliano tutore.*

115. Tertia species tutelæ, est Dativa, quando deficiente testamentaria & legitima, Magistratus dat tutorem, *pr. h.*

116. Jure civili, varie cautum est, quinam magistratus jus dandi habeant, *pr. § & sq. h. t.*

117. Sed hodie cujusque loci magistratus officium est, non habentibus dare tutores.

TIT. XXI. *De administratione tutorum.*

118. Officium tutorum in duobus consistit, in administratione, & in autoritate.

119. Administratio spectat tam personas; quam res pupillorum.

120. Initium administrandi est, a confectione inventarii, quo non facto, tutor ut suspectus removentur, & si dolo omiserit, sit infamis, *l. 7. ff. de ad. minist. tut.*

121. Auctoritas est approbatio ejus, quod in rebus pupilli geritur.

122. Quæ necessaria est, quotiens periculum est, ne conditio pupilli deterior fiat.

123. Sed ubi nullum tale periculum subest, ibi nec necessaria est, *pr. h. t.*

124. Hinc lucrativæ acquisitiones valent, licet inscio tutore, a pupillo contractæ.

125. Sed obligari non potest pupillus, nisi autore tutore, tametsi is, qui cum pupillo contraxit, a sua parte obligetur, *d. pr.*

TIT. XXII. *Quibus modis tutela finitur.*

126. Modi, quibus tutela finitur, sunt 1. pubertas, 2. mors tutoris aut pupilli, 3. eventus conditionis vel temporis, quousque tutor datus erat, *in princ. § 2. 3. & 5. h. t.*

127. Denique excusatio tutoris, & remotio suspecti, finem tutelæ imponunt.

TIT. XXIII. *De curatoribus.*

Jure civili a tutela multum differt cura. 1. enim tutor datur pupillis, curator impuberibus. 2. tutor datur testamento & lege, curator tantum a magistratu. 3. tutor datur personæ, curator tantum rebus. 4. tutor datur invitis, curator non nisi volentibus *in pr. § 1. & 2. & 3. h. tit 5.* tutorem habenti non datur tutor, sed ei adjungitur curator, *§ 5. h. tit. 6.* tutor ad certam causam non datur, *§ 4. supra tit. 14.*

128. Sed hæ differentiæ in foro vix observantur, tutoris enim & curatoris officia conjunguntur.

129. Dantur & curatores aliis, quam minoribus, veluti furiosis & prodigis, *§ 3. h. t.*

130. Prodigus autem est, cui ob luxuriam bonis interdictum est, *l. 1. ff. de curat. furios. & aliis.*

131. Item mente captis, surdis, mutis, & perpetuo morbo laborantibus, si rebus suis ipsi superesse nequeant; cæcis non datur curator, *§ 4. h. t.*

TIT. XXIV. *De Satisd. tutoris.*

132. Jure civili Magistratus debent exigere satisdationem, hoc est fidejussoriam cautionem, a tutoribus, exceptis testamentariis, & his, qui a majore magistratu, veluti a Curia suprema, dantur, *in princ. & § 1. h. t.*

133. Magistratus minores, qui neglexerunt exigere fidejussores, vel non exegerunt idoneos, hi tenentur actione subsidiaria, si pupillus damnum a tutore fidejussoribusque consequi non possit, *§ 2. h. t.*

134. Sed hæc actio, ut ipsa satisdatio, hodie rarius est in usu, nisi tutor vel curator obæratus aut suspectus sit, quo casu judex ex officio ipsi injungere potest, ut pro administratione idonee caveat, Sand. *l. 2. tit. 9. defin. 9.*

TIT. XXV. *De excusat. tutorum.*

135. Sed excusationes sunt magis usitatæ, quarum causæ hoc titulo recensentur.

136. I. Quinque liberi excusant, sic, ut computentur jam nati, non mortui, nisi in acie cæsi. Romæ olim tres liberi, in Italia quatuor excusabant, sed hoc hodie non est in usu, *princ. h. t.*

137. II. Qui res Fisci administrant, excusantur, ut sunt Quæstores, etiam publicani, § *1. h. t. l. 10. Cod. hoc tit. l. ult. Cod. qui dari tutores.* durante sc. administratione.

138. III. Absentes Reipublicæ causa, excusantur etiam intra annum, postquam reversi sunt, § 2, *h. t.*

139. IV. Potestas, hoc est major Magistratus, imo & municipales, id est singularum urbium Magistratus, § *3. h. t. l. 6.* § *16. ff. eod. tit.* Sand. *lib. 2. t. 9. def. 6.*

140. V. Lis cum pupillo excusat, § *4. h. t.* imo prohibet hodie, *N. 72.*

141. VI. Onus trium tutelarum, si non sint affectatæ, § *5. hic.* aliquando & una valde gravis excusat, *l. 31.* § *ult. ff. h. t.*

142. VII. Paupertas, § *6. hic.*

143. VIII. Adversa valetudo, § *7. h.*

144. IX. Imperitia literarum, § *8. h. t.* Sic tamen, ut Judex cognoscere debeat, num quis ob illas causas plane sit ineptus ad tutelam.

145. X. Inimicitia gravis, quam tutor cum patre pupilli habuit, simpliciter excusat; levis tum demum, cum vexandi causa tutor datus est, § *9 & 11. h. t.*

146. Ætas septuaginta annorum, excusat a tutela vel cura suscipienda, § *13. h. t.* Sand. *lib. 2. tit. 11. def. 5.* & annus septuagesimus completus, non tantum cœptus sit, oportet, *ibid.*

147. XI. Minor ætas excusat, vel potius prohibet, a tutela legitima & dativa, § *3. h. t.* de testamentaria dictum est *supra.*

148. XII. Militia prohibet a tutela, § *14. h. t.*

149. XIII. Matrimonium prohibet, nam maritus non potest esse curator uxoris, § *19. hic.* juncta, *l. 4 Cod. h. t. & l. 14. ff. de curat. furios.* &c.

150. Sed moribus, vir dicitur legitimus curator uxoris suæ; improprie tamen.

151. Nam cura, vel est ob defectum ætatis, aut, ut olim, propter sexum; hæc autem cura hodierna non est propter ætatem, quia competit in vetulas; non est etiam ob imbecillitatem sexus, quia tantum competit in nuptas, non in virgines, nec viduas.

152. Ergo non est hæc cura legitima, sed effectus maritalis potestatis, vid. Stat. Fris. *l. 1. t. 2.* § *1.*

153. XIV. Exercitium quarundam artium, ut Grammaticæ, Rhetoricæ & Medicinæ quoque excusat, § *15. h. t.*

154. Imo & professiones Academicæ omnium facultatum excusare videntur, per *l. 6. C. de professor.*

155. Clerici etiam & olim & hodie excusantur, *auth. presbyt. Cod. de episc. & Cler.* quibus merito accensentur verbi Divini ministri, Sand. *l. 2. t. 9. def. 7.*

156. Ultima causa, est tutela gesta, quæ excusat a cura ejusdem pupilli, § *18. h. t.*

157. Sed & hæc hodie cessare videtur.

TIT. XXVI. *De suspectis Tutoribus.*

158. Si tutor non ex fide gerit tutelam, potest a quolibet, ut suspectus, accusari, ut removeatur, § *2 & 3. h. t.*

159. Impuberibus in suos tutores hæc accusatio denegata est: concessa vero puberibus in suos curatores, sed communicato cum necessariis suis consilio, *l. 6. in fin. Cod. de off. præf. urb.* § *4. hic.*

160. Aliquando etiam curator suspecto adjungitur, ut si fraude careat, vel propinquus pupilli sit, § *5. supra de curator. l. 6 ff. h. t.*

161. Sed totum hoc remedium hodie rarius est, quia nunc rationes quotannis exigi possunt, & sic improbitas tutorum detegi; cum jure civili non liceat rationes exigere, nisi post finitam tutelam, § *ult. supra de Attil. tut. l. 4. in prin. & l. 9.* § *4. ff. de tut. & rat. distrab.*

LIB. II.

TIT. I. *De rerum divisione & adquir. ipsar. dominio.*

Secundum juris objectum, de rebus, habet duas partes, de dominio, & de obligationibus.

2. Præmittuntur tamen divisiones rerum, quarum prima est; Res sunt vel in patrimonio, sive in bonis, vel extra patrimonium, *pr. h. t.*

3. In bonis est, ad quod persequendum habemus actionem, vel ad retinendum exceptionem, *l. 25. ff. de A. R. D.*

4. Secunda divisio est; Res sunt vel communes, id est omnium hominum; vel publicæ, hoc est certi populi liberi; vel universitatis, hoc est corporis alicujus, veluti civitatis aut territorii; vel nullius, ut res sacræ, sanctæ, religiosæ; vel singulorum, quæ in privato cujusque dominio sunt, § *1 & 2. usque ad* § *12. h. t.*

5. Dominium, est libera de re nostra potestas. Estque duplex.

6. Plenum, quod cum emolumento est conjunctum, & nudum, quod ab usufructu est separatum.

7. Vulgo etiam dividitur in utile & directum.

8. Utile, quod habet emphyteuta, & superficiarius, & vasallus.

9. Directum, quod habet dominus prædii Emphyteutici, vel soli, cui domus ab alio imposita est, vel feudi, *dict.* § *11. d. t.*

10. Mo-

10. Modi, quibus dominium acquiritur, sunt vel juris gentium, vel juris civilis.

11. Juris gentium modi sunt sex, occupatio, accessio, specificatio, commixtio sive confusio, fructuum perceptio & traditio.

12. Occupatione acquiruntur res communes, ut sunt volucres, pisces, feræ bestiæ, omniaque animalia in nullius redacta dominium, § *12. h. t.* etiam apes, § *14.* item pavones & columbæ, § *15.* quæ tamen, donec habent consuetudinem eundi, & redeundi, non fiunt capientium, § *15. h. t.*

13. Quod si animalia capta rursus evaserint, cedunt aliis capientibus, § *dict. 12. & § 14. h.* verum gallinæ & anseres non sunt feræ, earumque fit furtum, § *16. h.*

14. Accessio est duplex, naturalis vel artificialis.

15. Per naturalem acquiruntur nobis fœtus animalium, § *19.*

16. Item, quod per alluvionem tacite, & per avulsionem expresse, terris vel agris nostris adjicitur, § *20. & 21. h.*

17. Sed inundatio, quia brevi recessura speratur, non mutat dominium, § *14. hic.*

18. Tertius modus, qui est specificatio, contingit, cum quis ex aliena materia facit novam speciem, veluti ex panno aut ligno alieno vestem vel navem.

19. Hic distinguitur, si species reduci queat ad primam rudemque materiam, tum is est dominus, cujus fuit materia, si non possit reduci, tum is, qui fecit, est dominus.

20. Sic in nave & veste, qui fecit, habet dominium, in poculo ex alterius argento facto, is, cujus argentum est, habet dominium, § *25. h. t.*

21. Confusio sive commixtio transfert dominium, quando duorum pluriumve materiæ, vel data opera miscentur, vel ita fortuito, ut commode a se invicem separari nequeant, § *28 & 29. h. t.*

22. De accessione artificiali agitur in § *26. 30. 31. 32. & 34. h. t.*

23. Exempla sunt, qui purpuram alienam suæ vesti adtexuit, aut aliud quid rei suæ adjunxit, fit dominus accessorii illius, § *26.*

24. Item, qui in suo solo ex aliena materia inædificavit, fit dominus ædificii, salva tamen domino rei, actione ad pretium, § *29.*

25. Contra si quis in alieno ædificaverit, seu fundo sive ædificio, ille fit dominus, cujus est domus aut fundus.

26. Ut tamen ædificator bonæ fidei, repetat impensas necessarias & utiles absolute; voluptuarias tollere potest, quatenus sine læsione rei tolli possunt, § *30. h.*

27. Qui plantavit in solo alieno, qui sementem in alieno fecit, dominum sati & plantæ facit eum, cujus est solum, salvis tamen & ipsi impensis, § *31 & 32.*

28. Idem est in scriptura, § *33.*

29. Secus tamen in pictura, § *35.*

30. Sequitur fructuum perceptio ex fundo alieno, quos bonæ fidei possessor facit suos, percipiendo & consumendo, idque sive naturales sive industriales sint, § *35. h. l. 48. ff. de acquir. rer. dom.*

31. Sed extantes fructus, id est nondum consumpti, salvis impensis restitui debent, *l. 22. Cod. de rei vind.*

32. Ultimus modus, Traditio, est translatio rei corporalis, facta ab eo, qui jus & animum alienandi habet, vid. § *40. h. t.*

33. Estque duplex, propria vel impropria. Propria, cum possessio vere transfertur.

34. Impropria, est vel ficta vel symbolica. Ficta, quæ fit brevi manu, cum res apud eum, qui dominus est faciendus, jam præexistit.

35. Symbolica, quæ fit per signum aliquod, velut traditione clavium, aut cum res incorporales transferuntur.

TIT. II. *De rebus corpor. & incorporalibus.*

36. Superest adhuc una divisio rerum in titulo 2. quod res sint corporales, quæ tangi possunt; vel incorporales, quæ in jure consistunt, ut actio, obligatio, hereditas, quatenus hæc pro jure sumitur, quo res hereditariæ ad nos pertinent.

37. Res corporales sunt vel mobiles, vel immobiles.

TIT. III. *De Servitutibus.*

38. Res incorporalis est etiam Servitus, quæ est jus, quo dominus aliquid in suo pati, vel non facere cogitur, in alterius utilitatem.

39. Estque duplex: prædialis, aut personalis.

40. Prædialis est vel rustica vel urbana.

41. Rustica, quæ debetur prædio rustico; urbana, quæ urbano.

42. Est autem urbanum prædium, omne ædificium habens alias ædes vicinas.

43. Rusticum, omnes agri, § *1. h. t.*

44. Urbanæ servitutes sunt, jus tigni immittendi, oneris ferendi, stillicidii vel fluminis recipiendi, aut non, altius non tollendi, luminibus non officiendi, § *2. h. t.*

45. Rusticæ sunt, iter, actus, via, aquæ ductus, aquæ haustus, pecoris ad aquam appulsus, jus calcis coquendæ, arenæ fodiendæ &c. *in pr. & § 2. h. t.*

46. Constituitur servitus pactionibus aut ultimis voluntatibus, item non interrupto usu decem annorum, *l. 10. ff. Si servitus vindicetur.*

TIT. VI. *De Usufructu.*

47. Personales servitutes sunt tres, Ususfructus, Usus & Habitatio.

48. Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia, *pr. h. t. & l. 1. ff. h.*

49. Dividitur in verum & quasi-usumfructum.

50. Verus consistit in rebus, quæ usu non consumuntur, tam mobilibus, quam immobilibus.

51. Quasi-ususfructus in rebus, quarum usus consistit in abusu; ut est oleum, vinum, frumentum, pecunia numerata, § 2. *h. t.*

52. In vero usufructu cavere debet fructuarius, se boni viri arbitratu usurum fruiturum & quod ex rebus supererit, hoc se restituturum.

53. In quasi usufructu cavetur, tantundem, finito usufructu, restitutum iri, *l. 1. ff. Usufr. quemad. cav. dic. § 1. h. t.*

54. Verus ususfructus finitur morte usufructuarii, tam naturali, quam civili, quæ contingit per ademtionem libertatis aut civitatis, § 3. *h. t.*

55. Et hac duplici morte quasi-ususfructus duntaxat finitur, *d.* § 2.

56. Item finitur ususfructus, non utendo juxta modum præfinitum & per tempus decem vel viginti annorum.

57. Tertio finitur, quoties vel proprietarius usumfructum, vel fructuarius proprietatem acquirit, quæ res dicitur consolidatio.

58. Denique, rei interitu finitur ususfructus, ut & mutatione essentiali, quæ naturam & nomen rei ipsius tollit, *d.* § 3. *h. t.*

TIT. V. *De Usu & Habitatione.*

59. Usus est jus alienis rebus utendi ad necessitatem vitæ duntaxat, salva rerum substantia.

60. Nihil igitur lucri facere potest usuarius, sed quod ad nudam vitæ sustentationem ex re usuaria provenit, hoc habet.

61. Habitatio, est jus alienas ædes inhabitandi, leviter tantum discrepans ab usufructu ædium, vid. § 5. *h.* & *l. 10. ff. h. t.*

62. Moribus hodiernis, habitatio & usus non multum habent usus, ac rarissime constituuntur.

TIT. VI. *De Usucapionibus & longi temporis præscriptionibus.*

63. Sequuntur modi, quibus dominium jure civili acquiritur, & sunt vel particulares, vel universales.

64. Particulares sunt, usucapio, donatio & legatum.

65. Usucapio, est adjectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti, *l. 3. ff. de usucap*

66. Requisita ejus sunt, 1. ut quis rem alienam possideat bona fide, hoc est, existimans se esse veram dominum. 2. ut rem nactus sit titulo habili ad dominium transferendum, ut emptionis, donationis, aut simili. 3. ut res non sit incapax usucapionis, veluti furtivæ, aut vi possessæ; vel commercio exempta, veluti sacræ, publicæ; denique res pupillorum & minorum. 4. ut possessio fuerit continua, non interrupta. 5. ut res possessa fuerit per legitimum tempus, quod in rebus mobilibus triennium, in immobilibus longum tempus, hoc est X. anni inter præsentes, 20. inter absentes, vid. *princip.* & § *sqq. h. t.*

TIT. VII. *De Donationibus.*

67. Donatio est liberalis rei alienatio.

68. Estque duplex, mortis causa, & inter vivos.

69. Illa, quæ fit sub conditione mortis donatoris, & est revocabilis per pœnitentiam, item, si donatarius ante donatorem sit mortuus, quin & per se revocatur, cessante periculo, cujus intuitu facta est, § 1. *h. tit.*

70. Imo & si res tradita sit, tamen potest revocari, *l. 29 & 30. ff. de donat. mort. caus.*

71. Donatio inter vivos, est vel simplex vel relata.

72. Simplex, quæ fit ex mera & absoluta liberalitate, qualis si excedat quingentos solidos, debet actis insinuari, § 2. *h. t.*

73. Relata fit ob aliquem respectum, quo cessante non fieret, ut est remuneratoria, vel propter nuptias, § 3. *h. t. l. 7. ff. de donat.*

74. Inter vivos donatio non revocatur nisi ob ingratitudinem *insignem*, cujus exempla sunt *in l. ult. C. de revocand. donat.*

75. Si injuriam donatori inferat atrocem, si manus inferat donatori, si jacturam bonis ipsius gravem infligat, si insidias vitæ ejus struxerit; & si conditiones, quæ intervenere, non servet.

76. Item ob supervenientiam liberorum, si donatio magna fuerit, *l. 8. C. eod. tit.*

TIT. VIII. *Quibus alienare licet, vel non.*

77. Porro omnis actus, quo dominium transfertur, dicitur alienatio.

78. Proinde, quicunque est dominus, potest rem alienare.

79. Excipitur maritus, qui licet dominus sit fundi dotalis, tamen eum alienare prohibetur, *pr. h. t.*

80. Item pupillus, qui licet dominus rei sit, tamen alienare non potest; neque minor sine tutoris & curatoris auctoritate; nec illis solvi potest, § 1. *h.*

81. Imo res immobiles, sine decreto magistratus non possunt alienari, § *ult. h. t. l. 22. C. de administ. tut.*

82. Aliquando, qui non est dominus, potest alienare, veluti creditor, qui pignus distrahere potest, facta denunciatione debitori, ut solvat, *l. 4. C. de distract. pign. l. ult. C. de jur. dom. impetr.*

TIT. IX. *Per quas person. cuiq. acquir.*

83. Regula juris civilis est, quod nemo per alium, vel dominium, vel obligationem acquirere possit, nisi per eos, quos habet in potestate, sc. servos, & liberos, *pr. h.*

84. Per servos dominus olim indistincte omnia acquirebat.

85. Sed in filiofamilias, distinguitur juxta peculium, quod est quadruplex.

86. Dicitur enim primo profectitium, quod ex re & substantia patris proficiscitur.

87. Secundo adventitium, quod ex successione materna, aut aliunde liberis advenit.

88. Ca-

88. Castrense, quod filius in bello lucratus est.

89. Quasi castrense, quod in militia togata, velut Senator, Magistratus, aut Advocatus, Pastor, vel Professor, lucrantur &c.

90. Quod ex profectitio filius lucratur, hoc totum patris est, § 1. *b.*

91. Ex adventitio, filius habet proprietatem, pater usumfructum, cujus dimidium post emancipationem retinet, § 2. *b.*

TIT. X. *De testam. ordinandis.*

92. Sequitur acquisitio universalis, nempe hereditatis.

93 Est autem hereditas, successio in universum jus, quod defunctus tempore mortis habuit, *l. 24 ff. de V.S.*

94. Defertur duobus modis, testamento, vel lege, sive ab intestato.

95. Testamentum, est voluntatis nostræ justa sententia, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, *l. 1. ff. Qui test. fac. poss.*

96. Estque duplex scriptum, vel nuncupativum.

97. Illud, cujus solennitas scriptura, hoc, quod viva voce perficitur.

98. Requisita generalia sunt, unicus contextus, & numerus septem testium, qui specialiter rogentur, § 3. *b. t.*

99 Unicus contextus duas res significat, 1. continuitatem temporis, ne interruptio fiat, 2. uniformitatem actus, ne quid extranei, vel à testamento alieni immisceatur, veluti contractus, qui in testamento iniri non potest § 3. *b. t. l. 22. Cod. qui test. fac. poss.*

100. Testes non modo specialiter rogandi sunt, sed & tales esse debent, cum quibus sit testamenti factio, § 6. *b.*

101. Quæ duplex est, activa & passiva.

102. Activa consistit in jure & in forma condendi testamenti.

103. Passiva, in jure capiendi ex testamento.

104 In testibus autem passiva sufficit.

105. Sed & aliqui excipiuntur, qui licet capere possint, testes tamen esse nequeunt, ut mulieres, impuberes, servi, furiosi, muti, surdi, prodigi, intestabiles, quique eodem patriæ potestatis vinculo continentur denique heredes prohibentur, § 6. & *sqq. b. t.*

106. Occultum tamen vitium non nocet, § 7. *b.* Legatarii possunt esse testes, § 11. *b.*

107. Speciale scripti testamenti requisitum, quod hodie in usu sit, fere nullum est præter subscriptionem testatoris & testium, § 3. *b. lib. 1. tit. 16.* § 1. *Stat. Inst. de testam.*

108. Reliqua in § 4 & 5. obsoleta sunt; non perinde, quod est in § 13. posse testamentum in duobus exemplis, utroque authentico, fieri; cui hodie accedit, quod in eadem charta duo testari possunt.

109. Testamenti nuncupativi nihil etiam speciale proditum est, quam ut testator clare exprimat omnem suam voluntatem, coram 7. testibus, § 14. *b. t.*

110. Utcunque autem postea in scriptum redigatur, manet tamen nuncupativum, ultimaque scriptura instrumentum probationis est.

TIT. XI. *De militari testam.*

111. Est & alia testamenti differentia, quod sit solenne, vel privilegiatum, quale est militare, in quo nihil aliud requiritur, quam ut voluntas militis clare constet, § 1. *b. t.*

112. Idem est in testamento parentis inter liberos, *l. 21. § 1. Cod. de test.*

113. Item in testamento, quod in actis insinuatur, quod principi offertur, *l. 19. Cod. de test.*

114. Testamentum tempore pestis factum, jure civili unicum habet privilegium, ne testes pariter convenire cogantur, *l. 8. Cod. de testam.*

115. Usu fori valet etiam quovis fere modo, saltem si clare constet voluntas.

TIT. XII. *Quibus non est permissum facere testam*

116. Jus activæ testamenti factionis habeat, qui non prohibentur.

117. Causa prohibitionis est triplex. I. Capitis diminutio, quæ prohibet filiumfamilias, excepto peculio vere vel quasi castrensi, *pr. h. t.*

118. II. Vitium animi vel corporis. Ob hoc prohibentur impuberes & furiosi, § 1. *b.* Prodigi, § 2.

119. Surdi & muti, nisi quatenus voluntatem suam scribendo, aut surdus loquendo perfecte exprimere possunt, § 3. *b.*

120. Denique cæcus hactenus prohibetur, ut nuncupare debeat voluntatem suam coram septem testibus, adhibito tabellione vel octavo teste, qui scribat omnia, & testes subscribant, *l. 8. Cod. h. t.*

121. III. Causa est improbitas, cujus respectu qui capitis sunt damnati, non possunt testari, *l. 8. § ult. ff. h. tit.* quod non est mutatum *Nov. 22. c. 8.*

122. Item, Hæretici improbiores, *Auth. Hæret. C. de Hæret.* & qui incestis nuptiis se funestarunt, *Auth. ex complexu. C. de incest. nupt.*

TIT. XIII. *De Exhered. liberorum.*

123. Porro aliqui necessario institui, vel exheredari debent, ut sunt filiifamilias, qui silentio præteriti, testamentum dicunt ipso jure nullum, *pr. h. t.*

124. Sed posthumus silentio præteritus, rumpit testamentum agnascendo, § 1. *h. t.*

125. Nepos ab avo præteritus, patre suo mortuo, rumpit testamentum; quasi-agnascendo, § 2. *h. t.*

126. Filius emancipatus præteritus, rescindit testamentum per bonorum possessionem contra tabulas, § 3. *b.*

127. Adoptivi habent jus naturalium, quamdiu manent in adoptione, non postea, § 4. *b.*

118. Differentia inter mares & fœminas, quæ olim obtinebat, sublata est, § *5. h. t.*

119. Contra militis testamentum liberi nihil movere possunt, § *6. h. t.*

130. Contra matris, aviæque, vel avi materni præteritionem, quæ æquipollet exheredationi, datur querela inofficiosi testamenti, § *7. h. t.*

TIT. XIV. *De Heredibus instituendis.*

131. Heredis institutio, est surrogatio in universum jus, quod defunctus tempore mortis habuit.

132. Hereditas, termino artis, vocatur As, cujus duodecim sunt unciæ, proinde una pars est uncia; quasi unica, duæ partes sextans, sive sexta pars assis. 3. partes quadrans seu quarta pars Assis 4. Triens, id est tertia pars Assis. Tum a numero unciarum, 5. quincunx; 6. semis, id est semi as, 7. septunx, 8. Bes, contracte, pro bis triens, 9. Dodrans, qu. *de* asse *quadrans*, 10. dextans, qu. *de* asse *sextans*, 11. deunx q. *de* asse *uncia*, § *5. h. t.*

133. Regula autem est, quod nemo, nisi miles, pro parte testatus, pro parte intestatus mori possit, *l. 7. de R. J.* § *1. h. t.*

134. Hinc si unus ex semisse sit institutus, huic reliqua accrescunt, *d.* § *5.*

135. Si inter plures aliquæ partes desint vel exsuperent, hæ perinde singulis accrescunt vel decrescunt, § *6 & 7. hic.*

136. Fit institutio vel pure, vel sub conditione (quæ est casus collatus in futurum) nam tempus pro non adjecto habetur, § *9. h. t.*

137. Conditio quoque impossibilis pro supervacua habetur, § *10. h. t.*

138. Reliquæ sive casuales sint, seu potestativæ, vel mixtæ conditiones, debent impleri, alioqui deficit institutio, *l. 1. tot. tit. ff. de condit.*

TIT. XV. *De vulgar. substitut.*

139. Substitutio, est institutio heredis in secundum vel ulteriorem gradum.

140. Estque duplex, vulgaris, & pupillaris.

141. Vulgaris dicitur, quia vulgo fit, hoc est a quovis testatore, in locum cujusvis heredis.

142. Forma ejus est, ut fiat in casum non aditæ ab herede scripto hereditatis, velut, si ante testatorem moriatur, vel nolit, aut non possit adire hereditatem.

143. Nam adita semel hereditate, substitutio extinguitur, & hereditas ad legitimos defertur, *vid. princ. & § sqq. h. t.*

TIT. XVI. *De pupillari substitut.*

144. Pupillaris substitutio est, quando pater liberis impuberibus, quos habet in potestate, dat heredem, in casum, quo ante pubertatem sunt morituri.

145. Cujus effectus est, ut substitutus non tantum consequatur bona, quæ a patre profecta sunt, sed & adventitia filii impuberis.

146. Forma ejus extat in *pr. h. t.* sed notandum, quando pater vulgariter substituit liberis impuberibus, quod tunc expressa vulgaris contineat tacitam pupillarem: & contra, expressa pupillaris contineat vulgarem tacitam, *l. 4. ff. de vulg. & pupil. substit.*

147. Exemplo pupillaris substit. recepta est alia, qua parentes utriusque sexus liberis mente captis, substituunt in casum, quo extra usum rationis sunt morituri, § *1. h. t. l. 9. C. de impub. & aliorum subst.*

148. Evanescit hæc utraque substitutio, quam primum liberi pubertatem sunt egressi, aut mentem recuperarunt, § *3. h. t.*

149. Nam ultra pubertatem parentes nihil possunt præscribere liberis, nisi per fideicommissariam substitutionem, quemadmodum & mater, aliique, habentes *suos* heredes in sua potestate, pupillariter substituere non possunt, sed tantum per fideicomm. § *ult. h. t.*

TIT. XVII. *Quibus modis testamenta infirmentur.*

150. Testamenta, quæ non habent juris effectum, vel ab initio sunt invalida, vel ex postfacto infirmantur.

151. Quæ ab initio, illa ipso jure nulla dicuntur, ut in quibus filiifamilias sunt præteriti, vel in quibus desunt solennia juris.

152. Ex postfacto infirm. jure civili, vel jure prætorio; ex hoc datur bonorum possessio contra tabulas, liberis emancipatis præteritis, *supra n. 113.*

153. Jure civili testamenta rumpuntur, vel irrita fiunt, aut rescinduntur.

154. Rumpuntur, agnatione sui heredis, vera vel quasi.

155. De vera & de una specie quasi-agnationis, dictum est *supra, n. 111 & 112.*

156. Alia species est in § *1. h. t.* si testator post factum testamentum aliquem adoptaverit, vel filium legitimaverit.

157. 2. Rumpitur testam. posteriori testamento æque perfecto, licet heres ex eo non exstiterit, & licet prius testam. non sit revocatum, imo licet in priori clausula sit derogatoria, qua testator sibi ademerit mutandi facultatem; modo constet, testatorem voluisse serio mutare voluntatem, § *2. h. t. l. 6. § 2. ff. de jure codicill.* vid. Sand. *lib. 4. tit. 1. defin. 10.*

158. Rumpitur quoque testamentum incidendo, delendo, aut cancellando, quod data opera factum sit, *l. 1. & tot. tit. ff. de his, quæ in test. delent.*

159. Si quis tabulas testamenti non habens velit revocare testamentum, debet hoc facere solenniter, aut condere novum; nuda voluntas non valet, nisi coram tribus testibus declarata, & decennium a priore testam. sit elapsum, *l. 27. Cod. de testam* § *7. h. t.*

160. Irritum fit testamentum, capitis diminutione testatoris, (vel quæ maxima est, cum libertas, vel media,

dia, cum civitas, vel minima, cum jus familiæ tollitur) ut per adoptionem, excepto militis testamento, quod minima capitis diminutione non tollitur, § 4. b.

TIT. XVIII. *De Inofficioso testam.*

161. Rescinditur testamentum jure civili, per querelam inofficiosi testamenti.

162. Quæ definitur, petitio hereditatis, facta per rescissionem testam. in officiosi, *l. 19. ff. h. t.*

163. Est autem inoff. testam. in quo exheredati vel præteriti sunt, qui officio pietatis non debebant.

164. Præteritos intellige a matre, vel ab avo materno; nam qui a patre prætereuntur, dicunt testamentum nullum, vel petunt contra tabulas, *ut supra.*

165. Datur querela, 1. liberis, 2. parentibus, 3. fratribus germanis & consanguineis, non aliter tamen, quam, si turpis persona scripta sit hæres, *pr. & § 1. h. l. 27. Cod. h. tit.* ubi uterini excluduntur, quod tamen aliqui putant mutatum, per *Nov. 118. c. 4 & 5.* ubi differentia sexuum tollitur.

166. Cessat querela, 1. Si justa sit causa exheredandi, quales in liberis sunt 14. in parentibus 8. in fratribus 3. quas vid. in *Nov. 118. cap. 3 & 4.* quarum una saltem inseri debet testamento.

167. 2. Si aliud remedium competat, quo exheredatus vel præteritus portionem suam consequi possit, § 2. *h.*

168. 3. Si relicta sit ipsi Legitima, quæ est portio hereditatis, quam lex jubet necessario relinqui his, quibus alias competit querela.

169. Olim erat 4. pars, & quovis titulo relinqui poterat. Hodie est triens, vel semis, portionis ab intestato debitæ.

170. Triens, si liberi sunt quatuor; aut infra; semis, si nati sint quinque vel ultra; tituloque institutionis relinqui debet, *d. N. 118. c. 3. in pr.* junct. *N. 10 c. 1.*

171. Si minus quam legitima relictum sit titulo institutionis, tum competit condictio ex *l. 30. Cod. h. t.* ad supplementum legitimæ.

172. Quæ est perpetua & transit in heredes, cum querela intra quinquennium non mota, extinguatur, *l. 8. § ult. ff. h. t.*

173. Nec etiam heredibus datur, nisi præparata, hoc est mota jam a defuncto, *l. 8 ff. h. t.*

174. Si vero legatum duntaxat, etsi majus legitima, tantum relinquatur, adhuc querela competit per *d. Nov. 118 c. 3. in pr.*

TIT. XIX. *De heredum qualitate & differentia.*

175. Heredes sunt vel necessarii, vel voluntarii.

176. Necessarii, vel tales tantum, ut olim erant servi, vel necessarii & sui simul, ut filiifamilias, § 1 & 2. *h. t.*

177. Filiifam. dicuntur *sui*, quia ipso jure & immediate sunt heredes, ut quasi pro ipsis defunctis habeantur, dominiumque rerum paternarum, magis continuari in illos, quam transferri videatur, *l. 11. ff. de lib. & posth.*

178. Dicuntur necessarii, quia ex rigore juris civilis cogebantur olim esse heredes, sive vellent, sive nollent.

179. Sed jure Prætorio habent beneficium abstinendi, quo hereditati paternæ subducere se possunt, cum eodem effectu, quo extranei heredes repudiare possunt, § 2. *h. t.*

180. Nam ita termini in jure distinguuntur; sui dicuntur se miscere vel abstinere, extranei adire vel repudiare.

181. Voluntarii heredes sunt omnes, qui non sunt sui, hoc est, qui non fuerunt in potestate defuncti, quos etiam extraneos vocamus, licet proximo sanguine junctos, § 3. *h.*

182. Qui autem heredes fiunt, tenentur de cunctis oneribus, etiam ultra vires hereditarias, ideo datur illis duplex beneficium;

183. I. Est jus deliberandi, quo petit hæres a judice novem menses, a Principe annum, ut deliberet, an expediat sibi adire hereditatem, vel non; quo tempore elapso tenetur, § 5. *h. t.*

184. Secundum, est beneficium inventarii; per quod heres, facta descriptione rerum hereditariarum intra tres menses, præsentibus creditoribus & legatariis, consequitur hæc tria commoda;

185. I. Quod non teneatur ultra vires hereditarias, *l. ult. § 4. C. de jure delib.*

186. II. Quod nihilominus deducere possit Falcidiam de legatis, Trebellianicam de fideicom. *d. l. ult. § 4.*

187. III. Quod servare possit id, quod sibi a defuncto debebatur, *d. l. ult. Cod. de jure delib.*

188. Incommoda neglecti inventarii, viciſſim 3. sunt;

189. I. Tenetur heres creditoribus in infinitum.

190. II. Perdit Falcidiam, non tamen legitimam respectu legatariorum, nec quidem Trebellianicam.

191. III. Perdit hoc, quod sibi a defuncto debebatur, *d. l. ult.*

192. Postremo, Hereditas acquiritur ipso jure, vel facto.

193. Ipso jure a suis heredibus.

194. Facto ab extraneis.

195. Idque adeundo, vel pro herede gerendo.

196. Aditio est declaratio, quod quis velit esse heres.

197. Pro herede gestio, est demonstratio re & facto significata, quod quis heres esse velit.

198. Hinc sui heredes, etiam ignorantes transmittunt heredit. ad suos successores, quod hodie in omnibus liberis, quanquam non suis, obtinet, *l. unic. Cod. de his, qui ante apert. tab.*

199. Reliqui extranei heredes, non aliter transmittunt hereditatem ad suos successores, quam ipso facto aditam

aditam & acquisitam, *§ ult. h. t. l. unic. § 5. C. d. de caduc. toll.* nisi ex justissima causa restitutio in integrum concedatur, *l. 85. ff. de acqu. hered.*

TIT. XX. *De legatis.*

200. Legatum est donatio quædam, a defuncto relicta, ab herede præstanda, *§ 1. h. t.*

201. Legari possunt res quælibet, mobiles & immobiles, etiam incorporales, veluti nomina & actiones, *§ 21. h. t.*

202. Et liberatio ab ære alieno, *§ 13. h.*

203. Et optio, qua heres ex plurimis rebus optimum eligere potest, *§ 23. h.*

204. Alioqui, cum res in genere legatur, tum electio est quidem legatarii, sed non potest optimum eligere, *l. 27. ff. de legat. 1. § 22. h. t.*

205. Res quoque aliena recte legatur, modo legatarius probet testatorem sciviſſe quod res aliena esset, *§ 4. h. t.* nisi conjuncta persona sit, ut parens, uxor, frater aut soror; his enim indistincte debetur, *l. 10. C. de fideicomm.*

206. Res quoque oppignorata recte legatur, sed legatarius eam liberare debet, nisi probet, testatorem bene sciviſſe, quod oppignorata esset, *§ 5. h. t.*

207. Si quis rei sibi legatæ, interim dominus est factus ex causa lucrativa, is legatum petere non potest, secus si ex onerosa, *§ 6. h. t.* quia duæ lucrativæ causæ concurrentes se in vicem consumunt, *d. § 6.*

208. Res tamen, quæ nec sunt, nec possunt esse in rerum natura, *§ 7. h.* vel quarum legatarius non habet commercium, non possunt legari, adeo, ut nec æstimatio debeatur, *§ 4. h.*

209. Sed res aliena, si ipsa præstari nequit, æstimanda est, pretiumque legatario præstandum, *d. § 4.*

210. Si res una duobus conjunctim legetur, ac unus deficiat, neque legatum agnoscat, tum pars deficientis accrescit conjuncto, sed post agnitum transmittitur.

211. Verum, si singulis partes distinctæ ejusdem rei legentur, tunc portio deficientis manet penes heredem, *§ 8. h. t. l. unic. C. de caduc toll.*

212. Si res legata perierit culpa aut facto heredis, ipse tenetur, si casu fortuito ante moram, tunc periculum est ipsius legatarii, *§ 16. h. t.*

213. Relinqui possunt legata omnibus, cum quibus est testamenti factio passiva, *§ 24. h. t.*

214. Et si in nomine sit erratum vel in demonstratione ac descriptione rei talis error, modo voluntas constet, nihil nocet, *§ 29 & 30. h. t.*

215. Ne falsa quidem causa, sive ratio impulsiva nocet, nisi heres probare possit, quod testator unice modo legatum reliquisset, nisi putasset, causam illam esse veram, *§ 31. h. l. 72. § 6. ff. de cond. & demonstr.*

216. Potest legatum vel ante, vel post heredis institutionem collocari, sed naturalis situs est, ut institutio, tanquam basis & fundamentum, prius ponatur, legata sequantur, *§ 34. h. t.*

217. Olim pœnæ causa non poterat legari, hoc est, ad coercendum heredem; hodie potest, modo conditio non sit turpis, aut impossibilis, quæ vitiat legatum, *§ ult. h. t.* Scilicet, quia heredi adjicitur; nam si legatario esset adjecta, pro non scripta haberetur, *§ 10. supr. de hered. instit.*

TIT. XXI. *De ademptione legatorum.*

218. Legata adimuntur expresse, vel tacite.

219. Utroque modo verbis, aut re.

220. Verbis expresse, cum testator ait, quod legavi, hoc non do, non lego.

221. Verbis tacite, cum legatum transfertur ab uno in alium; ut, quod Titio legavi, hoc Cajo do, lego.

222. Re expresse, cum testator legatum delet, aut cancellat.

223. Tacite, cum rem legatam absque necessitate alienavit, *§ 12. præced. tit & h. t.*

TIT. XXII. *De Lege Falcidia.*

224. Lege Falcidia cautum est, ut si heres quartam bonorum non habeat salvam, tantum de legatis detrahere possit, ut quartam suæ portionis retineat liberam, *pr. & § 1. h. t.*

225. Judicium hoc, an quarta sit salva, colligendum est ex quantitate bonorum, quæ tempore mortis fuit, incrementum aut decrementum postea superveniens, non attenditur, *§ 2. h. t.*

226. Cessat lex Falcidia respectu testatoris, in testamento militis, *l. 7. C. h. t.* & cum testator expresse quartam detrahi prohibuit, *n. 1. cap. 2.*

227. Respectu heredis, si quibusdam legatariis non ignorans vires hereditatis, solida Legata solverit, & quando heres inventarium facere neglexit, *d. Nov. 1. cap. 2.*

228. Respectu rei Legatæ cessat in legato ad pias causas relicto, *Nov. 13. cap. 12.* in rebus alienari prohibitis, *auth. Sed & cat. Cod. hoc tit.*

229. Hactenus de his, quæ testamento directe relinquuntur, Liberalitates indirecte vocantur Fideicommissi.

TIT. XXIII. *De Fideicommiss. Hereditatibus.*

230. Est autem Fideicommissum omne id, de quo quis supremo defuncti voluntate rogatus est, ut det, vel faciat.

231. Estque universale, vel particulare.

232. Universale, cum quis rogatur totam hereditatem, vel assis partem, alii restituere, *§ 1. h. t.*

233. Qui rogatur restituere, ille dicitur fiduciarius, & cui restitutio fieri debet, is est fideicommissarius.

234. Hac de re est Senatus-Consultum Trebellianum, cujus tria sunt capita, *Primum*, Ut heres rogatus cogi possit ad restitutionem hereditatis, sed

cum

tum absque omni damno, vel lucro, *l. 4. ad SCtum Trebell.*

235. *Secundum*, ut heres, qui restituit hereditatem, quartam habeat salvam.

236. *Tertium*, ut pro rata onus æris alieni dividatur inter fiduciarium & fideicommissarium, *§ 7. h. t.*

237. Sed legata solvi debent a solo fideicommissario, nisi legatarius plus quarta habeat, *l. 1. § ult. ff. eod. l. 1. C. de legat.*

238. Fructus percepti, dum bona erant apud fiduciarium, non restituuntur, sed imputantur Quartæ, *l. 18. § 1. ff. eod.* exceptis liberis primi gradus, qui habent quartam supra fructus, *l. 6. C. h. t.*

239. Quibus legitima debetur, hi non possunt supra legit. deducere quartam Trebellianicam, quia hæc demum competit, cum quarta non est salva: sed qui habet legitimam, ille plus quarta habet; aliter in foro receptum est, Sand. *lib. 4. tit. 7. def. 3.*

240. Potest quoque ab intestato fideicommissum relinqui, cum heres legitimus nullo facto testamento, rogatur aliqui restituere hereditatem, *§ 10. h. t.*

241. Etiam ille, cui ex fideicommisso restituenda hereditas, denuo rogari potest, ut alii restituat hereditatem, quod est fideicommissum graduale, & hic rursus alii, ac ita porro usque in perpetuum.

242. Sed tamen ultra quartum gradum vix extenditur, nisi enixa testatoris voluntas sit in contrarium, *Nov. 159.*

243. Cæterum, quarta non nisi semel deduci potest.

244. Cum testator heredem coram rogavit, ut restituat, tum valet fideicommissum sine ullis solennibus & testibus, denique, si neget heres, jurare debet, *§ ult. h.*

245. *Alioqui* testes quinque requiruntur, in omni ultima voluntate, *l. ult. in fin. Cod. de jure Codicill.*

TIT. XXIV. *De singulis rebus per fideic. relictis.*

246. Particulare fideicommissum est, cum heres vel legatarius rogatur a testatore, ut rem certam alii restituat, veluti fundum, vel pecuniam, *pr. h. t.* Sed hoc jure novo in effectu nihil differt a legato, *§ 3. supra de Legat.*

247. Verbis tantum discrepant, ita, ut quod verbis directis & imperativis relinquitur, legatum dicatur; quod obliquis & precativis, fideicommissum, *§ ult. h. t.*

TIT. XXV. *De Codicillis.*

248. Quia sæpe fit, ut homines non possint tot adhibere solennitates, quot in testam. requiruntur, placuit recipere codicillum.

249. Qui est, testati vel intestati voluntas minus solennis, carens heredis institutione.

250. Fit enim testato vel ab intestato; cum testato fit, tum vires capit ex testamento; cum ab intestato, tum sua vi subsistit, & heres legitimus relicta implere debet, *l. 8. in pr. & § 1. ff. h. t.*

251. Directe quidem in codicillo, nec heredis institutio, neque exheredatio, nec adjectio conditionis, vel substitutio fieri potest, sed per fideicommissum hæc omnia recte codicillis inseruntur, *§ 2. h. t. l. 1. C. h. t.*

252. In codicillo, duo solennia requiruntur, 1. ut quinque testes adsint, 2. ut sine interruptione fiat; reliqua solennia testamentorum hinc abesse possunt: ideoque & mulier potest esse testis in codicillo, & plures codicilli omnes valere possunt, *§ ult. h. t.*

253. Testamentum vitiosum valet jure codicilli, si clausula codicillaris adjecta sit, *l. 41. § 3. ff. de vulg. & pupill. substit.*

254. Effectus hujus clausulæ est, quod heres ab intestato rogatus censeatur, ea, quæ perperam testamento sunt dispositi, per modum fideicommissi supplere, *l. 2. § ult. h. t. l. 13. § ult. h. t. l. 76. ff. ad Sc. Trebell.*

255. Supplet hæc clausula defectum solennitatum; sed vitia, quæ testamentum solenniter factum subverterent, emendare non potest; ut liberorum præteritionem, vel exheredationem, &c. Aliter in foro servant, Sandius *l. 4. tit. 1. def. 12.*

LIB. III.

De ordine succedendi ab intestato.

TRedecim priores libri tertii titulos, quia nihil quam jus obsoletum continent, præteribimus, eorumque loco *Nov. 118.* de success. ab intestato breviter exponemus.

2. Tres sunt ordines succedentium ab intestato: 1. descendentium; 2. adscendentium, 3. collateralium.

3. Descendentes, sunt vel ex justis nuptiis, vel extra eas.

7. Naturales non legitimati, succedunt matri simpliciter, patri in sextantem, cum matre dividendum, si legitima proles desit; qua extante, tantum sunt alendi, *d. N. 189.*

8. Spurii, hoc est patre incerto nati, paternam successionem nullo modo habere possunt; matri succedunt, nisi illustris sit & liberos habeat legitimos, *l. 5. Cod. ad Sctum Orphit.*

9. Liberi adulterini, incestuosi, & contra alia legum præcepta nati, adeo non succedunt, ut ne alimentis quidem digni habeantur. *N. 89. cap. ult.*

10. Liberi ex justis nuptiis, sunt vel ex eodem, vel ex diversis matrimoniis.

11. De his qui e diversis, hæc regula est; communi parenti succedunt communiter, proprio separatim; exceptis iis, quæ parens communis a priori conjuge, vel a liberis prioris matrimonii præmortuis lucratus est.

12. Hæc enim ejusdem matrimonii liberis cedunt solis, *l. 3. C. de secund. Nupt.*

13. Liberi ejusdem matrimonii, sunt vel primi, vel ulterioris gradus.

14. Liberi primi gradus succedunt in capita, ulterioris in stirpes, sive jure repræsentationis; quando plures liberi tantundem accipiunt, quam solus eorum parens habiturus fuisset.

15. Hæc repræsentatio in linea descendenti semper & in infinitum habet locum, *cap. 1. d. Nov. 18.*

16. Deficientibus liberis, vocantur adscendentes, ita ut prior gradu potior sit jure; pares gradu, jure etiam pares.

17. In primo gradu dividunt bona in capita; sed in ulteriori, divisio fit secundum lineas, ita ut adscendentes materni auferant unum, paterni alterum semissem licet numeri disparis, & licet ab uno latere cuncta bona venerint.

18. Cum adscendentibus tamen vocantur fratres & sorores utrinque conjuncti & liberi præmortuorum, hi in stirpes, reliqui in capita, *Cap. 2. dict. Nov. 118.* juncta *Nov. 127. Cap. 1.*

19. Sequuntur Collaterales, quorum primi vocantur fratres & sorores, defuncto utrinque conjuncti, & præmortuorum liberi, sed hi in stirpes.

20. Ab uno latere conjuncti excluduntur, etiam a liberis fratrum germanorum.

21. Si vero nulli sint fratres, sed tantum liberi fratrum, tum hi in capita pariter admittuntur, licet ex uno fratre plures quam ex altero sint nati.

22. Nam repræsentatio in hac linea non habet locum, nisi liberi concurrant cum propriis thiis, vel uno saltem ex illis.

23. Liberi Germanorum præferuntur liberis uterinorum & consanguineorum, quia parentes eorum præcedunt, ergo & ipsos.

24. Sed fratres uterini & consanguinei, æquale jus habent, pariterque succedunt, sine discrimine inter paterna maternaque bona; quod secus in foro receptum videtur, Sand. *l. 4. tit. 7. def. 1.*

25. Secundum hos reliqui agnati, cognati mares, fœminæ, juxta ordinem graduum simpliciter vocantur, potius qui priores sunt; pariter, qui pares sunt.

26. Hinc patruus defuncti & fratris filius simul succedunt; nam quod filius fratris præfertur in *d. cap. 2.* id accipiendum de concursu cum propriis thiis & adscendentibus defuncti, non aliter.

27. Deficiente omni sanguinis linea, postremo conjuges vocantur ex Edicto prætoris, *Unde vir & uxor.*

28. Imo & alias conjux pauper succedit defuncto locupleti in virilem portionem, si plures sint tribus liberis, si pauciores, vel nulli, tunc in quartam, *auth. Præterea. Cod. Unde vir & uxor.*

29. Si nec conjuges extent, bona, ut vacantia, ad fiscum devolvuntur, modo intra quadriennium agnoscantur, *l. 1. C. de bon. vacant.*

TIT. XIV. *De Obligationibus.*

30. Dictum est de acquisitione dominii, sequitur obligatio, quæ est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendæ, secundum nostræ civitatis jura, *pr. h. t.*

31. Dividitur in naturalem, civilem, & mixtam.

32. Naturalis est, quæ nititur solo æquitatis vinculo, ut ex pacto nudo; hæc non parit actionem, sed tantum exceptionem.

33. Civilis est, quæ æquitate destituta, legum subtilitate nititur, ut est obligatio ejus, qui metu coactus aliquid promisit; Talis parit actionem, sed quæ per exceptionem eliditur.

34. Mixta est, quæ & æquitate & vi legum fulcitur.

35. Hæc oritur ex contractu, vel delicto, utroque vero vel quasi § *ult. h. t.*

36. Contractus est duorum vel plurium in idem placitum consensus, sua vi producens obligationem & actionem.

37. Estque duplex, nominatus & innominatus; ille, qui certum & distinctum nomen habet; hic, qui certo nomine caret.

38. Hujus quatuor sunt species, qui sic exprimuntur; do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias.

39. Nominati contractus sunt quadruplices; contrahuntur enim aut re, aut verbis, aut literis, aut consensu. De quasi-contractibus infra agetur.

TIT. XV. *Quibus modis re contrahitur.*

40. Re dicuntur iniri obligationes, quæ non aliter quam traditione perficiuntur.

41. Tales

41. Tales sunt quatuor, mutuum, commodatum, depositum, pignus.

42. Mutuum est contractus, quo res constans pondere, numero & mensura, datur alicui utenda & absumenda, hac lege, ut in eodem genere, non in specie restituatur.

43. Actio, quæ hinc nascitur, condictio certi appellatur, *pr. h. t.*

44. Commodatum est contractus, quo certa corpora dantur utenda ad certum modum ac tempus, hac lege, ut in eadem specie restituantur.

45. In mutuo transfertur dominium, in commodato usus tantum.

46. In mutuo casus fortuitus est periculo accipientis.

47. In commodato, si res fortuito pereat, hoc damnum est commodantis, commodatarius tantum de culpa tenetur.

48. Culpa autem est triplex, lata, levis & levissima.

49. Regula autem de præstatione culpæ, hæc est: in quo contractu vertitur utilitas ejus tantum, qui de culpa queritur, ibi tantum lata culpa præstatur, hoc est, inexcusabilis negligentia mulctatur.

50. Ubi vero ejus tantum vertitur utilitas, qui de culpa accusatur, ibi levissima culpa præstatur, hoc est, si alius ullo modo diligentior esse potuisset.

51. In quibus denique utilitas utriusque consistit, ibi levis culpa mulctatur, hoc est, quod contra officium diligentis patris familias est commissum.

52. Hæ regulæ sunt in *l. 5. § 2. ff. Commodati.*

53. Igitur, si commodatarius culpam admiserit; quia tantum in ipsius gratiam contractus initur, omnem, id est, levissimam præstare debet.

54. Depositum est contractus, quo res mobilis datur alicui custodienda, sub fide eandem restituendi.

55. Actio inde nascitur directa & contraria, ut etiam ex commodato.

56. Directa datur commodanti & deponenti ad rem repetendam.

57. Contraria, depositario & commodatario, ad repetendas impensas in rem factas, cum eo quod interest utrobique.

58. Species depositi est sequestratio, cum res litigiosa apud tertium deponitur.

59. Eaque duplex est, voluntaria & necessaria.

60. Voluntaria fit consensu partium, necessaria per auctoritatem judicis.

61. Sed hæc non est licita, nisi specialis necessitas eam postulet, *l. un. C. de probib. sequest.*

62. Quartus realis contractus, est pignus, *§ ult. h. t.* quando debitor creditori rem dat custodiendam in securitatem crediti.

63. Actio inde nascitur pignoratitia, quæ est directa vel contraria.

64. Directa datur debitori soluta pecunia, ad pignus repetendum.

65. Contraria creditori ad repetendas impensas, & quod interest præterea.

66. Culpa in hoc contractu, quia utriusque vertitur utilitas, levis, hoc est mediocris præstatur, *l. 5. § 2. ff. Commod.*

TIT. XVI. *De verborum obligat.*

67. Obligatio, quæ verbis contrahitur, stipulatio dicitur, quæ olim fiebat per solennem verborum conceptionem, *§ 1. h. t.*

68. Poteratque tantum inter præsentes & sine intervallo fieri, *§ 11. Inst. infra de inutil. stipulat. l. 1. § 1. ff. h. tit.*

69. Vulgaribus verbis facta promissio, pactum nudum dicebatur, poteratque per literas, vel per nuncium fieri, *1. tit. ff. de pactis.*

70. Sed ex eo non dabatur actio, *l. 7. in pr. & § 1. eod. t.*

71. Verum hodie solennitas verborum non modo sublata est, sed & quælibet promissa, licet inter absentes facta, pariunt obligationem, ita ut nunc pacta sint tantum in usu, omniaque vim stipulationis habeant.

72. Fieri potest promissio pure, vel in diem, aut sub conditione, *§ 2. & 4. h. t.*

73. Pure, cum obligatio statim nascitur, & statim peti potest, nisi quod judex justum aliquod laxamentum dare possit, *§ ult. infra de inutil. stipul.*

74. Obligatio in diem, nascitur quidem statim, ita ut solutum repeti non possit, *l. 10. ff. de condict. indeb.* sed peti cum effectu potest die præterlapso, *§ 2. h. t.*

75. Scilicet, cum nata est obligatio sine effectu petendi, dies dicitur cedere; quando cum effectu peti potest, dies venire dicitur.

76. Actio ex promissione dicitur, vel ex stipulatu, vel condictio certi.

77. Hæc, cum id, quod in obligationem deducitur, certum est, hoc est, ubi constat, quid, quale, quantum sit.

78. Ex stipulatu datur, ubi res incerta est, qualis est si quis factum promisit.

79. Nihil autem obstat, quo minus hic ipse cogatur ad faciendum quod promisit, etsi plerumque, si non faciat, in id quod interest agatur, *l. 72. ff. h. t.* Quod cum incertum sit, pœnalis stipulatio ejusmodi promissis subjungi solet, *§ ult. h.*

TIT. XVII. *De duobus reis stipul. & promitt.*

80. Quando duobus eadem res vel pecunia promittitur in solidum, illi sunt duo rei stipulandi.

81. Et cum duo sese in solidum obstringunt, illi sunt duo rei debendi.

82. Hi olim non habebant beneficium divisionis, sed Doctores & usus fori hoc ipsis largitur, per *Nov. 99.* quæ tamen loquitur tantum de fidejussor. qui pro se mutuo spoponderunt.

83. Possunt hi duo rei in quolibet contractu constitui, *l. 9. ff. h. t.*

TIT. XVIII. *De stipul. servorum præteribimus.*

TIT. XIX. *De Divisione stipulat.*

85. Stipulationes sunt quadruplices, Prætoriæ, Judiciales, Communes & Conventionales.

86. Prætoriæ sunt, quæ absque litis contestatione a magistratu injunguntur; quanquam, an præstanda sint, vel non, litigari quidem possit.

87. Tales sunt, stipulatio damni infecti, qua dominus ædium ruinosarum cavere debet vicino; vel stipulatio legatorum, qua heres cavet de legato restituendo; item cautio de evictione; cautio quod res vendita non sit vitiosa; & cautio fructuaria *§ 2. h. t.*

88. Omnes hæ stipulationes Prætoriæ debent per fidejussores confirmari, *l. 7. ff. de prætor. stipul.*

89. Judiciales sunt, quæ in judicio post litem contestatam præstari jubentur, veluti de restituendo rei pretio, si suspicio sit, ne res, de qua lis est, dilapidetur, vel dolum malum abesse, absuturum esse, *§. 1. h. t.*

90. Communes sunt, quæ aliquando a Judice, aliquando a Magistratu, modo extra, modo post litem contestatam, præstari jubentur, ut est cautio de rato; ad quam procurator actoris, cujus mandatum non est liquidum, tenetur, *§ ult. h. t.*

91. Conventionales, sunt reliquæ omnes stipulationes, quibus aliquid promittitur, *§ 3. h. t.*

TIT. XX. *De Inutilibus stipulat.*

92. Inutiles sunt stipulationes, 1. ratione personarum, 2. ratione formæ, 3. ratione materiæ subjectæ.

93. Ratione personarum, si mutus, surdus, furiosus, infans, stipuletur aut promittat, *§ 7. 8. & 9. h. t.*

94. Prodigus & pupillus stipulari quidem possunt, promittere non possunt, *d. § 9. & l. 6. ff. de verb. obligat.*

95. Alius quoque pro alio stipulari nequit, nisi sua interfit, aut in potestate sit ejus, cui stipulatur, *§ 4. & 18. h. t.*

96. Ratione formæ, inutilis est stipulatio, si interrogatio & responsio non conveniant, *§ 5. h.* quatenus tamen discrepantia divisibilis est, ut in summa pecuniæ, valet obligatio, *l. 1. § 4. de verb. oblig.*

97. Dissensus circa res ipsas, vitiat stipulationem, non æque circa materiam & qualitates, *§. 22. h. t. l. 22. de verb. oblig.*

98. Conditio impossibilis, vitiat contractum, *§ 10. h. t.*

99. Absentia vitiat stipulationem, *§ 11. h.* quod tamen hodie secus est, quia solennitas verborum amplius non spectatur.

100. Ratione materiæ non potest promitti res, quæ est extra commercium, *§ 2. h.*

101. Neque res aut factum turpe, *§ 23. h.*

102. Denique, proprias res inutiliter stipulamur, *§ 11. h. t.*

TIT. XXI. *De Fidejussoribus.*

103. Fidejussor est, qui stipulanti creditori promittit, sua fide & periculo fore quod alius debet, manente tamen obligatione principali.

104. Ab eo differt expromissor, qui alienam obligationem novandi animo, in se recipit; ita ut primus debitor plane liberetur, *§ 3. infra quib. mod. toll. oblig.*

105. Dantur fidejussores in omnibus causis, exceptis criminalibus, in quibus agitur ad cruciatum corporis, quamvis & ibi aliquando fidejussor, judicio sistendi causa admittatur, *l. 1.* cum *seqq. ff. de cust. reor. § 1. h. tit.*

106. Si plures sint fidejussores, illi habent beneficium divisionis, ut singuli pro parte sua tantum teneantur, *§ 4. h. t.*

107. Et si solidum solvant, prius petere possunt, ut actiones sibi cedantur, *l. 36. ff. h. t.*

108. Novissime datum quoque est beneficium ordinis sive excussionis, qua nullus fidejussor conveniri potest cum effectu, antequam debitor principalis sit excussus, nisi hic procul absit, & sponsor sit præsens, *Nov. 4. cap. 1.* ubi hoc beneficium extenditur quoque ad tertium possessorem hypothecæ.

109. His tribus beneficiis potest renunciari, per *l. ult. Cod. de pactis*, sed beneficio cedendarum vix solet renunciari, quia non præjudicat creditori.

110. Hæredem fidejussoris manere obligatum, non est dubium, *§ 2. h. t.*

111. Actio fidejussori, quando solvit, datur, mandati adversus debitorem principalem, si rogatus sit; si ultro spoponderit, datur actio negot. gestorum, *§. 6. h.*

TIT.

TIT. XXII. *De literar. obligationibus.*

112. Literis obligatur, qui scripsit in chirographo, se accepisse pecuniam, quam tamen non accepit; hic intra biennium habet tria remedia.

113. I. Potest protestari de numeratione non facta.

114. II. Potest condicere suum chirographum, *l. 7. §. & 9. C. de non num. pecun.*

115. III. Si conveniatur, habet exaept. non num. pecuniæ, quam creditor non aliter potest elidere, quam probando numerationem, *l. 10. & l. 14. eod. t.*

116. Elapso biennio, nullum habet remedium, *d. l. 14.*

TIT. XXIII. *De obligat. ex consensu.*

117. Consensu ineuntur obligationes quidem omnes; sed quæ solo & nudo consensu perficiuntur, hæ per excellentiam dicuntur consensuales.

118. Ut sunt emptio, venditio, locatio, conductio, societas, mandatum.

TIT. XXIV. *De empt. & vend.*

119. Emptio venditio est, conventio, qua id agitur, ut rei dominium certo pretio in aliquem transferatur.

120. Dicimus, *id agitur*, neque enim semper transfertur dominium, ut cum res aliena venditur, quod fieri potest, *l. 8. ff. de contrab. empt.*

121. Tria hujus contractus substantialia dicuntur, consensus, merx, & pretium.

122. Quamprimum perfectus est consensus, valet confestim contractus, nisi convenerit, ut in scriptura fiat, *pr. h. t.*

123. Perfecto contractu, venditor præcise cogitur ad rem tradendam, & emptor ad pretium solvendum, *l. 6. Cod. de rescind. vend.*

124. Pretium debet præcise consistere in pecunia numerata; nam ubi res pro re datur, est permutatio, & vocatur contractus innominatus.

125. Periculum rei venditæ nondum traditæ, ex casu fortuito, pertinet ad emptorem, ut & commodum atque augmentum, *§ 3. h. l. 14. ff. de peric. & comm. rei vend.*

126. Actio inde nascitur Empti & venditi, utrimque directa; Illa datur Emptori, ad rem; hæc Venditori, ad pretium petendum.

TIT. XXV. *De Loc. & cond.*

127. Locatio conductio, est conventio de re fruenda, vel facienda, pro certa mercede.

128. Est igitur aut rerum, aut factorum. Emphyteusis est affinis huic contractui, sed quomodo differat, ex definitione colligitur.

129. Nam Emphyteusis est contractus, quo dominus fundi sui usum & fructum, & jus dominii proximum alicui tradit hac lege, ut quamdiu pensionem solvat, illud jus retineat, *§ 3. h. t.*

130. Finitur Emphyteusis, si Emphyteuta suum jus absque domini consensu alienet, *l. 3. Cod. de jure Emphyt.*

131. Sed locatio conductio finitur præcipue, I. Si tempus præfinitum sit elapsum, II. Si conductor re male utatur, III. Si dominus ipse sua re necessario indigeat, *l. 3. Cod. locat.* denique IV. si conductor intra biennium non solvat mercedem, *l. 50. D. eod. tit.* In emphyteusi est triennium.

132. Culpam præstat conductor levem, quia utriusque utilitas hic vertitur, *l. 5. § 2. ff. commodati.*

TIT. XXVI. *De Societate.*

133. Societas est conventio de rebus, lucroque & damno, communiter habendis.

134. Est vel generalis omnium bonorum, vel specialis certarum rerum.

135. Simpliciter inita, generalis intelligitur, sed tantum quoad lucrum & damnum ex negotiatione seu quæstu, *l. 7. cum sqq. ff. h. t.*

136. Verum expresse de omnibus bonis inita societas, hereditates quoque omniaque lucra & damna complectitur, *l. 3. & l. 73. ff. h. t.*

137. Partes lucri & damni sunt, æquales, juxta proportionem sortis, quam quisque contulit, *§ 1. h.* sed pacto inæqualitas potest constitui; modo ne unus ferat omne damnum, & alter omne lucrum.

138. Finitur societas, I. Renunciatione unius ex sociis, propter odium communionis, licet pactum sit contra, *§ 4. h. l. 14. & 70. ff. h. t.*

139. II. Morte unius ex sociis, inter reliquos omnes solvitur societas, nec pacto quidem ad heredes transire potest, sed pacto inter reliquos superstites potest durare societas, *§ 3. hic. l. 59. & l. 65. § 11. ff. h. t.*

140. III. Finito negotio solvitur societas. IV. Amissis socii bonis tollitur societas, ut confiscatione & cessione bonorum, *§ 7. & 8. hic.*

141. Actio hinc nascitur pro socio, utrimque directa, & culpa præstatur levis, *§ ult. h. t.*

TIT. XXVII. *De Mandato.*

142. Mandatum est contractus, quo quis rogatus negotia alterius gratis suscipit administranda.

143. Est vel generale, de omnibus bonis, vel particulare, de certis rebus.

144. Culpa hic levissima præstatur, *l. 21 C. h. tit.*

145. Finitur mandatum, I. Revocatione, II. Renunciatione, utroque casu re adhuc integra impune;

alioqui renuncians & revocans, tenentur ad id quod interest, nisi justæ causæ aliud suadeant, *§ 9. & 11. b.*

146. III. Finitur morte mandantis, vel mandatarii, *§ 10. b.*

147. Etsi autem gratuitum sit mandatum, potest tamen salarium accedere; At, hoc non petendum actione mandati, sed ex stipulatu, vel extra ordinem, *§ ult. b. t.*

TIT. XXVIII. *De Oblig. quæ quasi ex contractu nascuntur.*

148. Quasi-contractus sunt facta licita, ex quibus sine conventione nascitur obligatio.

149. Tales 5. sunt: *Primus* negotiorum gestio, cum quis sine mandato absentis negotia gerit.

150. Negotiorum gestor, si necessitate urgente, rem susceperit, tantum de lata culpa tenetur, *l. 3. § 9. ff. de negot. gest.*

151. Si sponte sine necessitate, leviſſimam culpam præstat, *§ 1. in fine b. t.*

152. *Secundus* quasi-contractus est, Tutelæ administratio, unde nascitur actio tutelæ directa, & contraria.

153. Illa datur pupillo contra tutorem, finita tutela, ut reddat rationes, & reliqua præstet.

154. Contraria datur tutori, ad repetendas impensas, & omnem indemnitatem, *§ 2. b. l. 4. de tutelæ act.*

155. Inter curatorem & minorem eadem datur, sed utilis actio, quæ, durante etiam cura, potest moveri, *l. 16. § 1 de tutel. act.*

156. *Tertius* quasi-contractus, est rei communio, cum duo vel plures rem eandem habent communem, coheredes aut sine conventione de societate, ut cum duo sunt collegatarii.

157. Hinc duplex nascitur actio, familiæ erciscundæ, quæ datur ad divisionem rerum hereditariarum, & communi dividundo, ad divisionem rerum singularum.

158. *Quartus* quasi-contractus, est aditio hereditatis.

159. Unde nascitur actio personalis ex testamento.

160. Quæ datur legatariis & fideicommissariis adversus heredem, pro solvendis legatis & fideicommissis, *§ 5. b. t.*

161. Sed creditores hereditarii agunt eadem actione, quam contra defunctum habuissent, adeoque non ex quasi-contractu.

162. *Quintus* quasi-contractus, est solutio indebiti, unde nascitur condictio indebiti, quæ datur ei, qui solvit per errorem quod non debebat, saltem naturaliter, *§ 6. b. t.*

TIT. XXIX. *Per quas personas obligatio acquiritur.*

163. In hoc titulo nihil est speciale, quod non fuerit supra in tit. *per quas personas cuique acquiritur.*

164. Nam acquisitio obligationum eandem habet rationem, quam dominii acquisitio per servos & per filiosfam. pro diversitate peculiorum.

TIT. XXX. *Quib. mod. toll. oblig.*

165. Obligatio tollitur vel ipso jure, vel per medium exceptionis.

166. Modi, quibus ipso jure tollitur, sunt IV. Solutio, acceptilatio, novatio & contrarius consensus.

167. *Solutio* est naturalis sive vera præstatio, ejus quod debetur, *in pr. b t.*

168. *Acceptilatio*, est verborum conceptio, qua creditor debitorem suum ita liberat, ac si solvisset, a qua differt apocha, quæ est confessio pecuniæ solutæ, *§ 1. b.*

169. *Tertius* modus est *novatio*, quæ definitur prioris debiti in aliam obligationem, transfusio, atque translatio.

170. Fitque dupliciter, per delegationem, aut citra illam.

171. Delegatio est novi debitoris in locum prioris substitutio. Ille novus debitor vocatur *expromissor.*

172. Sine delegatione fit novatio, cum manentibus eodem debitore & creditore, genus obligationis tantum mutatur, ut si debitor ex empto, se quasi ex mutuo fœneratitio debitorem constituat, *l. 6. C. de reb. cred. § 3. b. t.*

173. *Quartus* modus est, contrarius consensus partium, quo tolluntur contractus consensuales re adhuc integra, nam si res jam tradita sit pretiumque solutum, tunc omnia retro agenda sunt.

174. Præter hos quatuor modos sunt adhuc alii.

175. I. *Compensatio*, quæ est debiti & crediti inter se contributio.

176. Statim enim ac meus creditor mihi vicissim debere cœpit, obligatio mea tollitur ipso jure, vel minuitur ad concurrentem summam.

177. Debent autem quantitates esse, non corpora, quæ compensantur, item liquida, non controversa, *l. ult. C. de comp.*

178. *Sextus* modus est confusio, quæ est debiti & crediti in eandem personam concursus, veluti, cum debitor fit heres creditori, vel creditor succedit debitori, *l. 75. ff. de solut.*

179. *Denique*, rei interitus sine culpa debitoris, liberat ipsum, *l. 23. ff. de verb. oblig.*

180. *Postremo*, depositio & obsignatio pecuniæ, habet effectum solutionis, *l. 9. C. de solut.*

LIB. IV.

TIT. I. *De Obligat. ex delict.*

1. DElicta, quæ ſecundum obligationis fontem conſtituunt, ſunt vel publica, vel privata.

2. Publica; de quibus ob atrocitatem expreſſe leges ſunt latæ, & de quibus olim cuilibet accuſandi jus competebat, de quibus *t. ult.* hujus libri.

3. Privata ſunt, de quibus hi tantum agunt, ad quos res pertinent, ut ſunt furtum, rapina, damnum & injuria.

4. De his agitur, aut criminaliter, aut civiliter, *l. ult. ff. de priv. delict.*

5. Criminaliter, cum ad publicam animadverſionem proceditur.

6. Sed hoc genus agendi hodie procuratoribus publicis rerum criminal. committitur.

7. Civiliter agunt, qui petunt commodum pecuniarium ſibimet applicandum.

8. Et hoc modo tractantur in his titulis.

9. Furtum eſt contrectatio fraudulosa, lucri faciendi gratia, vel rei alienæ ipſius, aut uſus ejus poſſeſſionisve, *§ 1. h. t.*

10. Furtum uſus committitur ab eo, qui re depoſita vel commodata ſuo commodo utitur, aliter quam convenit.

11. Furtum poſſeſſionis facit debitor, rem a ſe oppignoratam creditori furripiens, *§ 6. 7. & 10. h. t.*

12. Furtum eſt duplex, manifeſtum & non manifeſtum; illud, quando fur cum re ablata deprehenſus eſt, antequam deduliſſet eam, quo deſtinaverat; non manifeſtum contra intelligitur.

13. Pœna manifeſti eſt quadruplum, & non manifeſti duplum, *§ 5. h. t.*

14. Pœna capitis, quæ aliquando hodie furibus infligitur, ſupra exemplum juris Divini, & Romani, & omnium gentium antiquarum eſt; nec ſatis congruit proportioni juſtitiæ.

15. Datur actio furti illis, quorum ipterest, etſi non ſint domini, ut conductoribus, creditoribus, & commodatariis, *§ 13. & ſeqq.* Præter actionem furti pœnalem, datur & condictio furtiva, ad repetendam rem ipſam vel ejus æſtimationem, a fure vel ejus herede, *§. ult. hic.*

TIT. II. *De Vi bonorum raptorum.*

16. Rapina eſt violenta rei mobilis ablatio, fraudandi & lucrifaciendi animo facta.

17. Nam ſi talis animus abſit, ut, ſi quis rem ſuam vel ſibi debitam, aut quam putat ſuam eſſe, vel ſibi deberi, per vim poſſeſſori eripiat, is raptor non eſt, ſed tamen delinquit; quia non legitimo tramite rem repoſcit, adeoque perdit rem ſuam, vel ſi res ſua non ſit, duplo punitur, *hic § 1. l. 13. ff. quod metus cauſ.*

18. Idem eſt, ſi res immobilis invaſa fuit; nam furtum vel rapina rei immobilis non fit, *l. 7. Cod. unde vi.*

19. Actio de vi bonor. raptor. eſt in quadruplum, cui ineſt ſimplum, ſive pretium rei, *pr. h. t.* & datur iisdem, quibus actio furti, *in fin. h.*

20. Competit illis, quorum intereſt, ut de furto dictum, *§ ult. h. t.*

TIT. III. *De Lege Aquil.*

21. Damnum injuria datum, punitur lege Aquilia, cujus duo ſunt capita.

22. *Primo* cautum eſt, ut qui ſervum vel pecudem alterius occidit, puniatur quanti res plurimi fuerit, intra annum proximum retro computandum, *§ 9. h. t.*

23. *Capite* 2. cavetur, ut is, qui aliud damnum præter cædem dedit, præſtet quanti res plurimi fuerit intra dies 30. *§. 13. h.*

24. Sed hodie utroque caſu, ſimpliciter in id quod intereſt, agi ſolet.

25. Culpa hic leviſſima punitur, ſed caſus fortuitus aut neceſſitas excuſatur, *§ 6. & ſqq. h. t.*

26. De homine libero cæſo, aut vulnerato agitur utili judicio legis Aquiliæ, in id quod intereſt, *l. 3. ff. ſi quadr. paup.*

TIT. IV. *De injuriis.*

27. Injuria, eſt delictum in contumeliam alterius dolo malo commiſſum.

28. Fitque tribus modis, *re*, veluti verberibus, aliove facto, *verbis*, ut convitio, *literis* ut libello famoſo *§ 1. h. t.*

29. Pœna realis injuriæ ex L. Cornelia, & verbalis ex jure Prætorio, eſt hæc, quod is, qui paſſus eſt injuriam, æſtimet eam, eamque æſtimationem judex moderetur, *§. 7. 8. & 9. h. t.*

30. Tollitur hæc actio, I. per diſſimulationem, ſi quis contumeliam riſu vel contemptu transmittat; is enim poſtea ad animum eam revocare non poteſt.

31. *Secundo* per remiſſionem, ſive expreſſam, vel tacitam, quæ fit per familiarem converſationem, aliaque animi ſigna reconciliati.

32. *Tertio*, Verbalis injuria tollitur anni ſpatio, *l. 4. C. de injur.* ſed realis eſt perpetua.

33. *Denique*, morte finitur injuria, antequam lis conteſtata fuit, *§ ult. h. t.*

TIT. V.

TIT. V. *De Oblig. ex quasi-delicto.*

34. Quasi-delicta sunt facta delictis adfinia, qualia in hoc tit. quatuor recensentur.

35. *Primo*, Si judex litem suam fecit, quod fit imperite judicando, & mulctatur pro arbitrio judicis majoris, *pr. h. t.*

36. *Secundum* facit habitator, ex cujus cœnaculo aliquid dejectum vel effusum est, quod transeuntibus nocuit.

37. Hic tenetur in duplum damni dati, vel si homo liber sit interfectus, in quinquaginta aureos, supra impensas & id quod interest, § *1. h.*

38. *Tertium*, qui aliquid positum vel suspensum habet publico loco, quod transeuntibus possit nocere.

39. Ille tenetur in decem aureos, actione populari, quæ datur cuilibet ex populo.

40. Sed hæc res hodie spectat ad Magistratus urbium, *d.* § *1.*

41. *Quartum* quasi-delictum est, si ministri, nautæ, caupones, vel stabularii, res viatorum & hospitum surripuerint.

42. Illorum Domini tenentur in duplum, at si alius rem abstulerit, in simplum actio de recepto est, § *ult. h. t.*

TIT. VI. *De Actionibus.*

43. Sequitur tertium juris objectum, Actio, quæ est jus persequendi in judicio, quod sibi debetur, *pr. h.*

44. Estque duplex, in rem, vel in personam. Actio in rem est, quæ datur ei, qui habet jus in re, adversus quemvis possessorem, ad jus illud asserendum.

45. Jura in re sunt quinque: *Primo* dominium, unde nascitur *rei vindicatio*. *Secundo* jus dominio proximum, quod vocant utile dominium, unde nascitur *utilis in rem actio*. *Tertio* hereditas, unde *hereditatis petitio*. *Quarto* Servitus. *Quinto* pignus. Sed de tribus prioribus hic non agitur.

46. Actio in personam est, quæ datur adversus eum, qui nobis est obligatus ad dandum vel faciendum, § *1. h. t.*

47. In rem, Ex servitute nascitur *actio confessoria*, veluti cum iter, actum, viam, usumfructum, aliamve servitutem vindicamus, § *2. hic.*

48. Huic opponitur *negatoria*, qua dominus asserit prædii sui libertatem, & negat alii competere servitutem, *d.* § *2.*

49. Sunt etiam in rem Prætoriæ actiones in § *3. hic.*

50. I. Publiciana, quæ datur ei, qui rem a non domino, bona fide, justoque titulo comparatam, amisit ante usucapionem, eamque repetit a tertio possessore, § *4. hic.*

51. II. *Rescissoria*, qua succurritur his, qui per absentiam, rem vel jus suum amiserint, ut, rescissa usucapione adversarii, res ipsis restituantur, § *5. h.*

52. III. *Actio Pauliana*, per quam creditores repetunt ea, quæ a debitoribus in fraudem ipsorum sunt alienata, § *6. h. t.*

53. IV. *Serviana & quasi-Serviana*, quæ & hypothecaria dicitur, per quam creditores persequuntur res sibi oppignoratas, contra quemvis possessorem.

54. Datur hæc actio tam de pignore proprie dicto, cujus possessio transit in creditorem, quam de hypotheca, quæ manet penes debitorem, § *7. h. t.*

55. Sequuntur actiones personales prætoriæ, I. de constituta pecunia, quæ datur adversus eum, qui nudo pacto promisit, se soluturum, quod ipse vel alius debet, § *9. h. t.*

56. II. *Actio* in factum ex jure jurando, quæ datur contra eum, qui deferente adversario, juravit sibi deberi, § *11.*

57. Actiones pœnales Prætoriæ, in § *12.* sunt parvi momenti.

58. Porro dividuntur actiones in rei persecutorias, pœnales, & mixtas, § *16.*

59. *Rei persecutoriæ* sunt, quibus persequimur id, quod nostra interest.

60. Constat id quod interest, duabus partibus, damno illato, & lucro cessante.

61. Sunt autem rei persecutoriæ, omnes in rem actiones, & omnes ex contractu.

62. Pœnales sunt, quibus persequimur pœnam legibus constitutam, ut est actio furti & injuriarum &c. § *18.*

63. Mixtæ sunt, quæ partim pœnam, partim id quod interest persequuntur, ut est actio de vi bonorum raptorum, legis Aquiliæ &c. § *19.*

64. *Tertio* dividuntur actiones, quod vel in simplum sint, vel in duplum, vel in triplum, vel in quadruplum, § *21.*

65. Sed hodie hæc divisio cessat, neque enim ultra simplum agitur, nisi quando aliter statutis comprehensum est.

66. *Quarta divisio* est, quod actiones sint bonæ fidei, stricti juris, & arbitrariæ, § *28.*

67. *Bonæ fidei* dicuntur, in quibus judex habet liberam potestatem æstimandi ex bono & æquo, quantum alter alteri, etiam ultra expressam conventionem, dare præstare debeat.

68. Stri-

68. Stricti juris sunt, in quibus judex non potest excedere terminos expressæ conventionis.

69. Ut apparet exemplo usurarum, quæ, verbi gratia, in emptione venditione debentur post moram, etsi non promissæ; sed in mutuo, quod est stricti juris, non debentur usuræ, nisi diserte promisse.

70. Sunt, inquam, bonæ fidei, quæ nascuntur a contractibus mutuas præstationes habentibus actionesque reciprocas producentibus: Quæ autem actiones sint bonæ fidei, hoc ex § 28. aperte liquet, reliqui omnes sunt stricti juris.

71. Tales sunt, omnes consensuales, omnes qui re contrahuntur, excepto mutuo; omnes quasi-contractus, excepta condictione indebiti. Actio e testamento mixti juris esse videtur; nam præcipuos bonæ fidei effectus possidet, velut in usuris & fructibus, attamen numero strictarum habetur. Præscriptis verbis duæ sunt b. f. Æstimatoria, & de permutatione: Reliquæ stricti juris. Actio de dote, est etiam bonæ fidei.

72. Arbitrariæ actiones dicuntur ita, ab arbitrio sive a jussu judicis, jubentis rem restitui, cui si reus pareat, bene est, sin minus, gravius condemnatur, § 31.

73. Hujus naturæ actiones recensentur in § 31, & summatim, sunt omnes in rem actiones, exceptа hereditatis petitione, quæ est b. fidei.

74. *Quinta divisio* est, actiones aliæ solidum persequuntur, aliæ minus quam solidum.

75. Hujusmodi illæ sunt, in quibus obtinet beneficium competentiæ, hoc est, ne reus teneatur ultra quam facere potest; verum, ut relinquatur ei quantum satis est ad honestam vitæ exhibitionem.

76. Datur hoc Privilegium, 1. parentibus, 2. conjugibus, 3. sociis, 4. donatoribus, cum ex donatione sua conveniuntur, § 37 & 38. *b. t.* item ei, qui bonis cessit, § *ult.*

TIT. VII. *Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicitur.*

77. Ex contractu filiifamilias & servi, contra dominum & patrem, dantur hæ actiones. I. Quod jussu, quæ datur ex contractu servi aut filiifam. adversus Patrem vel Dominum, quorum jussu contractus est initus, in solidum. Non tantum, inquam, si pater jusserit, sed & si non mandaverit, vel approbaverit quod filius gessit, § 1. & 4. *b. l. t. Quod juss.*

78 II. Exercitoria, quæ datur contra exercitorem navis ex contractu magistri, de negotiis, quibus erat præpositus, etiam in solidum, § *1.*

79. III. Institoria, quæ datur ex contractu institorio, adversus eum, qui ipsum præposuit, æque in solidum.

80. Institor autem est, qui negotiationi terrestri est præpositus; Magister, qui maritimæ.

81. Exercitor, ad quem quotidianus navis reditus pertinet, *d.* § 2. *b. t.*

82. *Tributoria* datur contra patrem vel dominum, qui male diviserunt merces peculiares servi, aut filiifamilias, ad corrigendum iniquam illam divisionem, § 2, *b.*

83. Actio de peculio, datur contra patrem vel dominum, ex contractu servi aut filiifamilias, ad petendum id, quod est in peculio ipsorum, § 4. *hic.*

84. Intelligitur autem peculium profectitium, non castrense, verum vel quasi, nec quidem adventitium.

85. Actio de in rem verso, datur contra eosdem, ex contractu eorundem, quatenus ipsorum patrimonium inde auctius est factum, *d.* §. 4.

86. Sed si filiofamilias mutua pecunia sit data, de eo nulla datur actio; quia SCto Macedoniano prohibitum est hoc mutuum, nisi a patre sit approbatum, vel utiliter versum, § *8. b. t.*

87. TIT. VIII. *De noxalibus actionibus,* & TIT. IX. *Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur,* hodie non habent usum, ideoque eos præteribimus.

TIT. X. *De iis, per quos agere possumus.*

88. Olim quisque suam causam in judicio per se, non per alium, agere debebat, *pr. h. t.*

89. Sed hodie, cuilibet liberum est, dare procuratorem, qui litem alienam mandato Domini administrat.

90. Est vel in rem suam, vel in rem alienam.

91. In rem suam, qui mandato quidem & nomine alterius, sed in utilitatem propriam, agit causam, ut est, cui cessa est actio, titulo donationis, venditionis, dationis in solutum, aliove simili.

92. In rem alienam, qui vere pro alio, non in suum commodum agit.

93. Jure civili cuilibet privato liberum est, agere procuratorem causarum, § *1. b. t.*

94. Sed hodie ob notitiam ordinis judiciorum, quæ cuivis non suppetit, est hoc officium publicum.

95. Idem de Advocatis, qui apud veteres Romanos, quilibet ex populo esse poterant.

96. Differunt Advocati a procuratoribus; quod hi mandato constituantur, Advocati precibus adeuntur.

97. Pro-

97. Procuratores omnia faciunt, quæ domini, & poſt litem conteſtatam fiunt domini litium, ut & ſententia in illos feratur, *l. 17. & l. 23 C. de procurat.* quanquam judicati actio in illos non datur, *l. 4. in pr. ff. de re jud.*

98. Sed Advocati voce duntaxat & ſcripto cauſæ patrocinantur.

99. Quibusdam in locis officia Procurator. & Advocat. conjunguntur, ut & procuratores poſtulent, id eſt merita cauſæ proponant, quod alioqui eſt Advocatorum, & Advocati ſimul procuratoria adminiſtrent.

TIT. XI. *De Satisdationibus.*

100. Satisdatio eſt cautio, qua quis adverſarium de his, quæ ad cauſam agendam pertinent, facit ſecurum.

101. Quæ jure civili hac de re traduntur, ea in praxi aliter atque aliter ſe habent, adeoque commodius in foro poſſunt obſervari.

TIT. XII. *De Perpetuis & temporalibus action. & quæ ad & in hæredes tranſeunt.*

102. Actiones perpetuæ ſunt, quæ durant annos 30. quibus elapſis, nulla actio moveri poteſt, præter hypothecariam, quæ contra debitorem durat 40. annos, *l. 3. & 4. C. de præſcript. 30. annorum.*

103. Sunt autem perpetuæ, omnes actiones rei perſecutoriæ, præter eas, quæ excipiuntur.

104. Ut Actiones pœnales, civiles, hoc eſt, quæ ex legibus oriuntur; ſed Prætoriæ ſunt annales, ut eſt vi bonorum raptorum, injuriæ verbales, & ſimiles.

105. Quatenus tamen in factum ad rem perſequendam agimus, omnes iſtæ actiones ex delicto, ſunt perpetuæ.

106. Rei perſecutoriæ temporales, ſunt diverſæ: quædam biennio finiuntur, ut actio de dolo, *l. ult. C. de dolo malo.*

107. Quædam triennio, ut actio in rem mobilem, *princ. Inſt. de uſucap.*

108. Quædam quadriennio, ut reſtit. in integr. *l. ult. Cod. de temp. in integr. reſt.*

109. Quinquennio, ut querela inofficioſi teſtam. *l. 8. § ult. ff. de querela inoffic.*

110. Decennio, ut actio in rem immobilem, *d. pr. Inſt. de uſucap.*

111. Viginti annis, ut eadem actio inter abſentes, hoc eſt, qui in diverſis provinciis habitant, *dict. pr. Inſt.*

112. Altera regula eſt, actiones rei perſecutoriæ tranſeunt in hæredes, exceptis quibusdam ex delicto oriundis, *§ 1. hic.*

113. Actiones pœnales non tranſeunt adverſus hæredes, *d. § 1.*

114. Hæredibus dantur omnes actiones, etiam, quæ ex delicto ſunt, exceptis, quæ tendunt ad vindictam perſonalem, ut eſt actio injuriarum & ſimiles, *d. § 1.*

TIT. XIII. *De exceptionibus.*

115. Exceptio, eſt actionis alioqui jure competentis excluſio.

116. Nam ſi actio ſit ipſo jure extincta, tum ſit quidem allegatio facti, ſed ea non eſt exceptio, veluti quod ſolutum, quod novatum, quod accepto latum ſit.

117. Dividuntur in perpetuas & temporales, ſive peremptorias, & dilatorias.

118. Exempla peremptoriarum ſunt, exceptio quod metus cauſa, de dolo, pacti de non petendo, jurisjurandi, & rei judicatæ, denique non numeratæ pecuniæ, quæ ſemel objecta cauſam perimit & perpetua eſt, licet, antequam objiciatur, ſit biennalis, *§ 1. & ſqq. h. t.*

119. Dilatoriæ, pertinent vel ad cauſam, vel ad judicium, vel ad perſonas judicium conſtituentes.

120. Ad cauſam, ut exceptio pacti de non petendo intra certum tempus.

121. Ad judicium, ut exceptio fori declinatoria.

122. Ad perſonas, ut exceptio ſuſpecti Judicis, & quod quis perſonam ſtandi in judicio non habeat, item procuratoris falſi &c. *§ 10. & ſqq. h.*

TIT. XIV. *De Replicat.*

123. Replicatio, eſt eliſio exceptionis, quam ſequitur triplicatio, & illam quadruplicatio; de quibus in *hoc tit.*

124. In fine additur diviſio exceptionum, in reales & perſonales. Illæ, quæ rem feriunt, hæredibusque & fidejuſſ. proſunt.

125. Hæ, quæ certis proſunt perſonis, ut exceptio, quod quis non teneatur, ultra quam facere poſſit, exceptio pacti de non petendo a Titio vel Cajo nominatim, *§ ult. h.*

TIT. XV. *De Interdictis.*

126. Interdicta olim erant formulæ, quibus Prætor in cauſa veræ vel quaſi poſſeſſionis, aliquid fieri jubebat, vel prohibebat, *pr. h.*

127. Sed

127. Sed hodie sunt actiones extraordinariæ, quibus de possessione vera vel quasi litigatur.

128. Fiunt instar aliorum judiciorum, nisi quod hic summaria sit cognitio, & extra ordinem procedatur.

129. Divisiones sunt variæ: præcipua est, interdicta sunt vel adipiscendæ, vel retinendæ, vel recuperandæ possessionis.

130. Adipiscendæ sunt, quorum bonorum, quod legatorum, de tabulis exhibendis, &c.

131. Quorum bonorum, datur heredi ad consequendam possessionem rerum hereditariarum, quæ ab aliis detinentur.

132. Quod legatorum, datur heredi pro possessione legati, quod legatarius occupavit, ad detrahendam Falcidiam.

133. De tabulis exhibendis, datur ei, cujus interest, ut videat legatque tabulas, § 3. *b. tit. ff. quod legat. & de tab. exhib.*

134. Retinendæ possessionis sunt, uti possidetis & utrubi; illud datur ei, qui contendit se possidere rem immobilem, in qua turbatur ab alio, § 4. *b.*

135. Utrubi, datur ob eandem causam de re mobili, § 4. *b.*

136. Vincit in utroque judicio, qui tempore litis contestatæ, nec vi, nec clam, nec precario possedit ab adversario.

137. Victus in possessorio, transire debet ad petitorium, nam appellari non potest, *l. unic. C. si a moment. possess.*

138. Recuperandæ possessionis interdicta sunt, Unde vi, & de migrando.

139. Unde vi, datur ei, qui dejectus est de possessione fundi, vel ædium, ut restituatur.

140. De migrando, datur inquilino, cui Dominus ædium negat res eo illatas, sine causa evidenti, *l. ff. de Migrando.*

TIT. XVI. *De Pœna temere litig.*

141. Temerarius litigator est, qui sine probabili causa litigat.

142. Ille cohibetur tribus modis.

143. I. Per jusjurandum calumniæ, quod præstat reus, Actor, & advocati; duo priores jurant, quod non animo vexandi aut tergiversandi, moveant litem; Advocatus hodie semel pro officio suo, in singulis causis non jurat.

144. II. Per pœnam pecuniariam, id est condemnationem in expensas.

145. III. Per infamiam, quæ infligitur ex delictis publicis & privatis, excepta actione legis Aquiliæ.

146. Item ex quatuor contractibus propter dolum in illis admissum, scilicet in mandato, deposito, societate, tutela, § 1 *& 2. b. t.*

TIT. XVII. *De Officio judicis.*

147. Judicis Officium est, ita judicare, quemadmodum legibus, moribus, aut constitutionibus est proditum.

148. Nam sententia expresse contra jus lata, est ipso jure nulla, ita ut appellatione non sit opus, *l. 1.* § *2. ff. quæ sent. sine appellat. rescind.*

149. Particulare officium judicis in variis causis, ex natura singularum actionum colligi debet, qua de re agitur in § 1. *& sqq.*

TIT. XVIII. *De publicis Judiciis.*

150. Judicium est legitima causæ disceptatio, quæ fit apud Judicem, ex parte actoris & rei, litis finiendæ gratia.

151. Dividitur in civile, & criminale.

152. Criminale, vel publicum est, vel privatum.

153. Publicum est, vel capitale, vel non capitale.

154. Capitalia sunt, I. crimen læsæ Majestatis, cujus reus sit, qui violat jura summæ potestatis in republica.

155. Ejique vel perduellio, vel majestatis in specie.

156. Perduellio, quæ animo hostili committitur. Majestatis in specie, cum citra hostilem affectum, lucri aliave causa Majestas læditur. De hac agitur in *l. ult. ff. ad Leg. Majest.* de illa *l. 5. C. ad Leg. Jul. Maj.* § 3. *b.*

157. *Secundo* Adulterium, quod est corruptio mulieris alii nuptæ; nam maritus, rem habens cum virgine vel vidua, non committit adulterium, sed stuprum, *l. 6.* § 1. *ff. ad leg. Jul. de adult.* § 4. *b. t.*

158. *Tertio* Homicidium, quod punitur lege Cornelia de Sicariis, § 5. *b. t.*

159. *Quarto* Parricidium, quod punitur ex lege Pompeja, exquisito genere pœnæ, quod habetur in § 6. *b. t.*

160. Est autem parricidium, homicidium ejus, qui recta linea nobis est conjunctus, sive ascendens, sive descendens sit, *d.* § 6. *in princ. & in fin.*

161. *Quinto* est raptus virginis, vel viduæ honestæ, in *l. un. Cod. de raptu virginum.* § 8. *in fin. b. t.*

162. *Sexto* Plagium, est suppressio hominis, pœna capitalis, aliquando tamen & levior pœna est, § 10. *b. t.*

163. *Septi-*

163. *Septimo* Peculatus, quod est furtum publicæ rei, vel sacræ; & capite punitur, sacrilegium semper; peculatus, si magistratus ipsi, eorumque ministri id deliquerint, § *9. h. t.*

164. Non capitalia sunt, veluti I. Falsum, quod est ficta veritatis imitatio, vel suppressio, in fraudem alterius facta. Pœna est deportatio, § *7. h.*

165 II. Vis publica, quæ fit armis, & privata, quæ sine armis, § 8. *hic.*

166. III. Repetundarum, quo tenentur Magistratus, qui pecuniam acceperunt, quo magis vel quo minus officium facerent, adeoque ob quaslibet sordes & corruptiones. Pœna quoque deportatio est, *l. 7. § 3. ad L. Jul. repetund.*

167. IV. Residuorum, quo tenentur, qui pecuniam publicam in certos usus sibi commissam, non totam in eos converterunt, sed partem sibi servarunt. Pœna est, ut tertia parte plus solvat reus, quam acceperit, *l. 3. § 5. ad L. Jul. pecul.*

168. V. Ambitus, quo tenentur, qui corruptis suffragiis honores ambierunt. Pœna est centum aureorum, cum infamia, *l. un. § 1. ff. ad L. Jul. de Ambitu.*

169. VI. Crimen annonæ cujus reus est, qui hoc agit malis artibus, ut annona fiat carior, hæc sunt in § *11. h. t.* Pœna est 20. aureorum, *l. 2. ad L. Jul. ann.* add. *l. 6. de Extraord. crim.*

170. Possunt autem in his circumstantiæ esse tam atroces, ut judex ad capitalem quoque pœnam procedere queat, veluti in stupro sive corruptione mulieris in nuptæ, quod inter non capitalia modo est omissum, vid. *l 1. § ult ff de extraord. criminib.* adde *l. 3. in fine eod. t. l. 6. ff. ad L. Jul. Peculatus, l. 13 ff. de pœnis.*

ULRICI HUBERI
PRÆLECTIONUM
JURIS ROMANI
ET
HODIERNI
PARS II.

DEO OPTIMO MAXIMO.

FONTI OMNIS ÆQVI AC BONI.

ALMÆ PATRIÆ. OPTIMI JURIS

SANCTISSIMÆ ALTRICI.

PROCERIBUS GRAVISSIMIS.

EJUSDEM FAUTORIBUS AMANTISSIMIS.

JUSTITIÆ PRÆSIDIBUS.

THEMIDOS ROMANÆ ADSERTORIBUS

CONSTANTISSIMIS.

JURISCONSULTIS PATRIÆ CAUSARUMQVE PATRONIS.

EJUSDEM DISCIPLINÆ CULTORIBUS ORBE TOTO

DILIGENTISSIMIS.

HOC ANTIQVI ET HODIERNI

SPECIMEN JURIS

SACRUM FACIT

AUCTOR.

LECTORI BENEVOLO

S. D.

Quod primo omnium quæri conſentaneum eſt, numquid in his Prælectionibus novi, quo novum ad Pandectas commentarium exire opus fuerit, contineatur, paucis edifferam. Si dixero, totum eſſe novum, nihil a veteri profeſſione, quæ hoc illicio famæ nunquam increbuit, præ me ferre videri poſſim. Exiit enim e calamo, neque deſcriptus neque congeſtus ex aliis, recens, nec vulgaribus in hærens, neque neceſſaria prætermittens; communia inluſtrare, ſelectiora maxime proſequi conſilium fuit. Quid novi methodus habeat, in exordio primæ partis hujus & iterum præfatione, quæ caput primum facit, expoſitum videbis. Hoc autem novi ex ultima vetuſtate petitum & curæ inprimis habitum, ex omni compoſitione patebit, jus antiquum eo modo tradere, ut in id, quo utimur, identidem deſineret, atque ut jus hodiernum ex fontibus ſuis, hoc eſt, ipſius antiquæ doctrinæ principiis educeretur, & ex humanioribus etiam diſciplinis illuſtraretur. Nec tamen idcirco Theoreticos practicum hoc opus inſcribere viſum fuit, etſi paſſim id operam dederimus, ut ſententias notabiliores hiſtoriis rerum judicatarum, de quibus nobis conſtaret, explicaremus: Recte enim ab illis conſuli arbitramur, qui Juventutem Academicam prima inſtitutione fundamentorum Juris defunctos ad graviorem diſciplinam ita producendos putant, ut quem uſum præcepta Juris in ſocietate communi uſuque civili habeant, duntaxat quaſi per tranſennam perſpicere poſſint. Jampridem enim compertum eſt, ea re juncta ratiocinationi nervoſæ, poſitiones Artis longe melius intelligi memoriaque teneri, quam ſi auctoritatum & textuum numero ſibi multæ lectionis ſpeciem, aliis tædium & confuſionem pariant Scriptores. Nec quisquam recte dixerit, ea docendi ratione praxin in Academia tempore non ſuo perperam occupari. Nam ars *Caſuandi*, quam vocant, a theoretico Juris ſtudio ac inſtitutione Academica, ut apud omnes in confeſſo habetur, ſeparari non poteſt. Quæ autem poteſt eſſe melior ſubducendi caſus ratio, quam hiſtorias rerum acta-

rum positionibus Artis applicare, quibus dum gravissima judicati auctoritas accedit, non intercedo, quominus & ipsa practici studii disciplina institui posse videatur. Exempla rerum judicatarum, quæ a nobis heic commemorantur, omnia, paucis exceptis, post tempora SANDII egregii prodierunt ex eadem, cui ille interfuit, Curia Patriæ nostræ, jurisdictionis amplitudine causarumque varietate & multitudine nulli secunda. Wissenbachius noster Vir Cl. in Epistola dedicatoria ad primam Pandectarum partem, Amplissimos Curiæ Senatores, post laudes Sandio Curiæque dictas, hunc in modum alloquitur; *Quæ vero post excessum D. Sandii Decisiones in Augusto Themidis adhuc inditæ adservantur Sacrario vestro, publico non videntur ultra invidendæ. Si meam in illis vel colligendis, vel digerendis, vel illustrandis, operam non inutilem fore judicatis, imponite huic homini, quicquid eum exequi posse existimatis.* Ignoravit Vir Clarissimus, qua forma res judicatæ publicis actis consignatæ, in Curiis reperiantur. Si ætatem illis colligendis & digerendis impendisset, nihil tamen ad illustrandas decisiones conferre potuisset, nisi ipsas partium scripturas & probationes, qui labor infinitus fuisset, pariter evolvisset. Et ne sic quidem rationes decidendi certo exploratas habere potuisset, sicut mihi exoptata occasione, cum in illud ipsum incumbere cœpissem, re ipsa mox ab ingressu compertum. Fuit Sandio superstes Collega *Gajus Nauta*, vir multæ lectionis & Doctoralis jurisprudentiæ, qui propositum habuisse videtur Sandii institutum continuandi, a quo ipsemet in literis ad Lambertum Goris, (extant in hujus adversariis,) se deterritum scribit, ob causas ..... Nauta collectionem suam inchoavit ab anno hujus seculi trigesimo sexto, quem Sandius non excessit: sed revera nihil sunt, quam centones ex Advocatorum, ut videtur, scripturis congestæ, vitiose descriptæ, multisque locis defectæ, ut sæpe ne exitus quidem Decisionum reperiatur. Ex his ego factorum species & decidendi momenta, cum libri copiam haberem, descripsi, locisque idoneis inserui, in quibus connexio rerum juriumque singulis locis explicitorum, commentarii ad instar fungerentur. Quod idem de reliquis exemplis, quæ meo tempore memoratu digna evenerunt, instituimus; quibus alia ex manuscriptis ad Statuta Frisiæ notis, quæ nomen habent insignium virorum *Johannis Saekma* Senatoris, & *Tiomæ Herbaji* Procuratoris olim Generalis, accesserunt, ut & pauca medii temporis ex eorum, qui decisionibus interfuerunt, relatu: Nam quo alia decisionum testimonia pro exemplis rerum judicatarum haberem, publiceque exponerem, ob incertudinem rationum decidendi, faciendum non putavi. Est aliud novitatis in hoc commentario specimen; Vir Cl. *Christianus Thomasius*, editis pluribus scriptis jam pridem famam notabilem adeptus, cum positiones nostras ad Institutiones & Pandectas in Academia Lipsiensi publicis Exercitationibus repeteret, Scholiis passim adjectis, mea dicta brevia, vel exposuit vel supplevit, suas quoque sententias a meis discrepantes aliquando adjecit. Horum scholiorum præcipuam partem his *Prælectionibus*, in quibus omnes positionum sententiæ continentur, adjiciendas putavi, cum ea ratione, quam in præfatione primæ partis edidi, tum quod horum Scholiorum ope multa scitu utilia explicandi causam suppeditari videbam. Scio, quam sit incommodum ejusmodi librorum censores experiri, & quam nulli sint in mundo Scriptores, in quibus nonnulla, imo non multa, si investiges, reprehendi queant. Ea tamen semper animi sententia fuit, si contumeliæ abessent, dissensiones aliorum, imo & demonstrationes errorum, æquo animo ferendas, nec si refellare, tam indignum, quam si negligeris, esse videri. Et quia *D. Thomasius* libere satis, non tamen acerbe in meis versatus est, eodem temperamento respondendi fum usus; Nec forte alicubi, quod tamen an tet acciderit haud memini, aliquid me fugisse, quod

ipse

ipſe melius viderit, diſſimulavi: quod ſi feciſſem, hominis id eſſe merito ſibi diffidentis, & jejune ambitioſi diceretur. Cur enim quem toties refello, non aliquando laudem, qui à diſcipulis meis ſæpe me doctum eſſe, non gravatus ſum fateri, in *præfatione primæ partis Prælectionum?* ut qui hoc mihi probro imputant, iis ego nihil pejus precer, quam ut aliquando intelligant, ſolam eſſe optimam vivendi rationem diſcendi cupiditatem, ut quam procul ab hoc inſtituto abſint, qui mutare ſententiam dedecus eſſe putant: Si Deus mihi præſtet, ut in ſeptuageſimum octavum ætatis annum, quousque Pomponius noſter illam vivendi rationem ſecutum ſe adfirmat, otium, quo fruor, continuare queam, nunquam pigebit ab aliis diſcere, & emendare quæ ſcripſerim: Nec ſi reprehendar ſine cauſa, modo id dignitate verecundiaque ſalva fiat, rationem meorum dictorum reddere cunctabor.

Incidit diſputatio Juridico-philologica de *Prætorio* Principum Romanorum. Quæſtionem heic habes per modum Digreſſionis tractatam a *pag. 562.* libello deinde ſingulari adſertam, neque pluribus a me proſequendam. Inprimis Lector animum velim huc advertat, ſatin' probatum ſit, quod Cæſares Romani Neronis etiam tempore nullum in Palatio locum habuerint, in quo jus dixerint: nam Antoninos & ſecutos Imperatores habuiſſe ejusmodi εἰκαστικὸν ædificium in parte Palatii, jam inter diſſentientes conſtat: Neronem habuiſſe eandem jurisdictionem in Provinciales, & cives Romanos nominatim qui in provinciis erant, ſive per appellationem ſeu prima inſtantia, quam ſecuti Principes habuerunt, nec eas cauſas in foro populi Rom. actas fuiſſe, pariter conſtat. Proinde quibus eadem cauſa ordinarium jurisdictionis in Palatio locum habendi fuit, his neceſſitas dictat, eundem, qui fuit, locum eſſe tribuendum: etſi rarior ejus & obſcura mentio fiat apud temporis antiquioris Scriptores. Nam etiam qui vitas Antoninorum ſcribunt, Spartianus & Capitolinus, æque de ejusmodi loco tacent, etſi tunc illud fuiſſe, manifeſtum ſit ex juris libris, qui ad tempora priora non pertingunt, ideoque de illis idem prodere non potuerunt, utrique publica, non privati juris adminiſtrationem deſcribunt. Jam ſi locus in Palatio Principum fuerit, in quo Reos, utique ex Provinciis miſſos, Cæſares audiverint, non poteſt dubitari, quin Paulus Apoſtolus ad Cæſarem miſſus Reus, in Palatio fuerit auditus, ibique innocentiam ſuam fecerit manifeſtam, ut Philippenſibus narrat: Cumque id in Prætorio factum eſſe referat, nihilo magis dubium eſſe poteſt, quin Prætorium, quod vocat Apoſtolus, apud Palatium fuerit; Ibi Dion Caſſius ait, Auguſtum habuiſſe στρατήγιον, *lib. 53.* quod aliter nemo quam *Prætorium* vertit. Ille quidem ibi locum, apud quem milites ſtationem habebant, intelligit, ſed apud Prætorium ſemper fuit ſtatio militum prætorianorum & ſedes jurisdictionis, ut diſſentientes fatentur; quare nec fieri poteſt, quin utrumque pariter in Prætorio Palatino fuerit: quo reſpectu præfectus prætorio inter Magiſtratus civiles apud nos refertur. Quamobrem Prætorii nomen de Palatio vel ejus parte, vulgo minus uſurpetur, & quæ huc prætera ſpectant, ſuum ad locum referantur.

Huc magis pertinet, quod diximus eſſe nobis propoſitum, jus Romanum eo modo tradere, ut Inſtitutio ejus Academica ad Fori diſciplinam utilis eſſe poſſit, quam rationem ſervatam fuiſſe veteribus, illorum Scripta loquuntur, eandem ab omnibus, qui recte conſulunt & Jurisconſultos formare cupiunt, etiamnum eſſe imitandam, ratio manifeſto dictat.

In parte Prælectionum prima, quæ eſt ad Inſtitutiones, id ipſum equidem in conſpectu habuimus; ſed quia Pandectarum Auditores judicii maturitate & ſpe propinquiore, tractandis rebus ſtudiisque ſuis ad uſum deducendis admoventur, heic apertius

id agendum arbitratus sum; quo simul & qui in Foro sunt recentes, ad eundem finem adjuvarentur, ut quemadmodum Studiosi cum fundamentis theoreticis usum eorum forensem præsumerent, ita qui jam Foro se commisissent, dum exempla tractatusque rerum, quibus utimur, legunt, ad theoretica principia revocarentur; nec ullam praxin, nisi ex theoria profluentem, dari intelligerent. Inter paucos Scriptores, qui hoc institutum cum successu in publicum promoverunt, mihi quidem visos, optarem diutius uti licuisset scriptis ANTONII MERENDÆ Itali, quorum ad paucos dies usus mihi concessus ita salivam movit, ut quovis pretio illas, si copia fuisset, comparassem. Adeo neminem, qui felicius acumen theoreticum judicio conjunxerit practico, sententiasque forenses ex intima juris ratione potius, quam auctoritate doctorum infinitisque citationibus deduxerit, videri mihi contigit. Simul qui factum sit mirari subiit, ut longe minor operum tanti viri sane, vix tertia pars, in his regionibus, etsi nullius scribendi ratio nostratium eruditorum gustui sit convenientior, unquam visa & cognita fuerit: dignissimus Auctor, qui rediviva luce donetur. Sed ego antequam præfari desinam, non celabo nomina nobilium & præstantissimorum Juvenum, qui præcipuas hujus tomi materias, antequam ad editionem elaboratæ fuerunt, publicis exercitationibus ventilaverunt. Etsi enim lex vocationis meæ, nihil quam ad studiosis aditum apud penates meos præbendum me obliget, excitando tamen disputandi studio publicæ commissiones aptiores existimatæ sunt. Nomina sunt hæc;

JOHANNES AB HEUVEL. *Vena Frisius.*
JACOBUS EPPINGA. *Leov. Frisius.*
SIBRANDUS HARTIUS. *Leov. Frisius*
JOHANNES a BENCKENDORFF. *Regiom. Borussus.*
JACOBUS ADRIANUS VAN BORSELE VAN DER HOOGHE. *Hagâ Batavus.*
JACOBUS DE MUINCK. *Mediob. Zeeland.*
JACOBUS DIRICKZ. *Amstelodamensis.*
GOTFRIDUS MULLER. *Anhaltinus.*
ANDREAS MULLER. *Anhaltinus.*
HABBO WESTENDORPH. *Frisius Orient.*
MARCUS ALEXANDER TILIKING. *Groninganus.*

INDEX QUÆSTIONUM
PARTIS II.

1. Antinomias non esse, quæ referuntur in Pandectis, licet alibi relatis contraria Proœm. 2
2. An singula in Pandectis responsa recte vocentur leges ibid.
3. Methodus Pandectarum an fiat facilior per exemplum Edicti perpetui 3. 4
4. Paratitla recte vocari summarias Pandectarum expositiones, contra *Menagium* disputatur 5
5. Voluntatem in definitione justitiæ non sumi tropice, sed Philosophos in hac voce potius tropo uti l. 1 tit. 1, 1
6. Cur recte justitia constans & perpetua vocetur 3 & 7
7. Ameſii reprehensio definitionis justitiæ refellitur 2
8. An recte justitia dividatur in universalem & particularem 3. juridicam justitiæ definitionem magis ad particularem esse referendam 4. species ejus an recte porportionibus Arithmetica & Geometrica distinguantur 5. an potius una sit justitiæ species 7 & 8
9. Pœnæ an recipiant discrimen personarum 6 & 8
10. An jus a justitia recte sit appellatum 9
11. Quatenus judicis an principis, sit æquitatem adhibere 11
12. Judices supremos non posse locum æquitati facere contra certam legis sententiam 3 & tit. 3, 6
13. Reges, qui habent summam potestatem, non recte magistratus appellari tit. 2, 2
14. Codicem derogare Pandectis, etiam quatenus ex antiquo codice descriptus est 8
15. Rationem non esse principium, sed instrumentum, leges interpretandi tit. 3, 6
16. Lex an turpia permittere possit 9
17. An suadere sit virtus ejus 9. a quo tempore obliget 10. an spectet ad casus quoque præteritos 10
18. Quatenus quod contra leges fit, ipso jure nullum censeatur 11
19. Quid valeant leges locorum particularium 14
20. Praxin vel stylum curiæ non posse leges abrogare 15
21. Peregrinos etiam subditos esse in locis, ubi agunt 17
22. Plures quæstiones ad conflictum legum in diversis imperiis pertinentes ventilantur 17 & 18
23. Reges veros non esse ministros suorum populorum tit. 4, 2 & 3
24. Cæsares Romanos habuisse vere summam potestatem 3
25. Interlocutiones principum an & quatenus habeant vim legis 4 & 5
26. Unum an tria juris objecta dentur tit. 5, 1
27. Marium an feminarum melior sit conditio 3
28. Quo tempore partus nascatur legitimus 4
29. Familiam recte plures personas dici tit. 6, 1
30. Patria potestas an sit juris naturæ 2
31. An uxor in potestate viri esse dici queat 2
32. An cives a principibus, suis rebus spoliari possint 4
33. Asyla an recte usurpentur 3
34. An rigor Antiquus patriæ potestatis recte sit abolitus 7
35. An pater liberos vendere possit, & potuerit olim 6. 8
36. Legitimationem non esse legis actionem, nec actum legitimum 9
37. Legitimatio per subsequens avi matrimonium, prodest quoque nepoti legitimo ex filio notho 10
38. Adoptio est juris Gentium, & tribuit jus nobilitatis tit. 7, 1 & 2
39. Res hereditariæ recte nullius dicuntur tit. 8, 1
40. Publicæ res minime cum communibus confundendæ 2
41. Res incorporales distinctæ sunt a rebus mobilibus & immobilibus, etiam usu hodierno 2
42. Senatum non fuisse participem summæ potestatis in civitate Rom. tit. 9, 2
43. An pro filiis senatorum habeantur, qui a patre non senatore nati sunt 3
44. Prætorium Romæ fuit apud palatium, & distinctum a prætoriis cohortibus tit. 11, 3 sq.
45. Præsides non recte distinguuntur in universarum & singularum provinciarum tit. 18
46. Jurisdictio non recte definitur, de causis cognoscendi, judicandi, judicatique exequendi potestas l. 2. t. 1, 2
47. Judicis dationem esse jurisdictionis 4 & 8
48. An veniæ ætatis impetratio, missio in possessionem, datio & excusatio tutorum, sint jurisd. voluntariæ, an contentiosæ 6
49. Mandata causæ cognitione an executio mandata censeatur 8
50. An is, cui executio mandata est, causam cognoscere possit 8 fin.
51. Non valere prorogationem de loco ad locum, & de tempore ad tempus 10. nec magnum esse usum ejus, quæ de causa ad causam fit 11
52. Jurisdictionem prorogatam non posse in effectum deduci, nisi is, qui se submisit, deprehendatur in territorio jus dicentis 12
53. Uter exequi debeat sententiam, judex prorogatus, an ordinarius 12 fin.
54. Merum imperium accurate loquendo, non potest appellari jurisdictio criminalis 13
55. An ecclesiæ competat jurisdictio 13
56. Municipalibus magistratibus competit mixtum imperium 15
57. Mixtum imperium consistit in his quæ manu & coactione fiunt, non in danda bonorum possessione, nec in restitutione in integrum 16
58. Merum imperium comprehendit etiam causæ cognitionem 17
59. Exceptio absentiæ in mandato meri imperii ad infirmitatem producitur 18
60. Merum imperium ne hodie quidem mandari potest 18
61. Merum imperium æque proprium esse magistratibus ac jurisdictionem 19

62. Ma-

62. Magistratus an semper abdicare & abdicari possint 21
63 An præscriptione tolli possit jurisdictio 22
64. An magistratus municipalis cives contumaces multare possit tit. 3, 4
65. An *citatus* ex certa causa, respondere teneatur ad aliam tit. 4, 5. an petere possit spatium deliberandi ibid.
66. Citatio sive in jus vocatio non dat exceptionem litis pendentis 13
67. Citatio non recte dividitur in verbalem & realem 14
68. An generalis citatio præjudicet ignorantibus 13
69. Legatus possunt arresto detineri 25
70. Idem de cadaveribus quæritum 25 fin.
71. Intimatio judicis in arresto necessaria 29
72. An arrestum intimatione neglecta penitus nullum habeatur 30
73. An arresto judicialiter confirmato, debitor, qui se non opposuit arresto, solutioni se adhuc opponere possit 32
74. An si magistratus, ad quem reus non jure vocatus erat, pergat in eum jus dicere, citatus impune non parere possit tit. 5, 3
75 Actiones rei persecutoriæ vel personales, respectu actoris tantum intelliguntur, non respectu rei, nisi improprie tit. 10, 4
76. Contumax, qui plane non auditus est, an possit damnari tit. 11, 5
77. Magistratus an possit constituere ferias tit. 12, 1
78. An statuto feriæ tolli queant 4
79. An *lex* 41. *de Adult.* sit interpolata 6
80. Renunciatio generalis an valeat tit. 11, 2
81. An editioni libelli possit renunciari tit. 13, 1
82. Conclusio in libello an semper necessaria 7
83. Nomen an in libello sit exprimendum 8
84. Causa petendi an sit in libello necessaria 8
85. An plures actiones uno libello cumulari possint 10
86. An liceat mutare libellum post litem contestatam 11
87. Sitne operæ pretium hodie agere in jure de pactis tit. 14, 2. Schol.
88. An uno ex pluribus chirographis reddito, præsumatur pactum de non petendo 3
89. An detur pactum mixtum in rem & personam 4 Schol
90. Quod pacta non pariunt actionem, hoc etiam de maxime seriis intelligendum esse 8
91. Pacta contractibus stricti juris adjecta, inesse quidem a parte actoris, sed tamen non producere actionem 10
92. Qualis actio detur hodie ex pacto 11
93. An minor pars creditorum sequi cogatur majorem in debitore sublevando 12
94. An pactum debitoris cum creditore, ne petat, etiam prosit fidejussori 12 fin.
95. An transactio pactum, an vero contractus sit innominatus tit. 15, 2
96. An minor transactione rejecta, rursus ad effectum transactionis per in integrum restitutionem venire possit 3 in Schol.
97. Super lite in curia pendente posse transigi sine curiæ consensu 3 in med.
98. An & de instrumentis guarentigiatis & constitutis judicialibus transigi possit ib. in Schol.
99. Quo sensu de quæstionibus testamentariis, non nisi inspectis testamenti verbis, transigi possit 4
100. An de alimentis futuris testamentariis, jurejurando interposito transigi possit 4
101. De matrimonio non posse transigi 4 fin.
102. An de crimine læsæ majestatis transigi possit 5 fin.
103. An de falsi crimine transigere liceat, disceptatur 6
104. An & quatenus transactio necdum in scripturam redacta valeat 6 & lib. 18 tit. 1, 2 lq.
105. Transactio ex falsis instrumentis inita, sitne ipso jure nulla, an vero det locum restitutioni in integrum 9
106. An & quatenus valeat transactio, si nullum fuerit negotium, de quo transigeretur 10
107. An transactio rescindi possit ex beneficio *l. 2. C. de Resc. vend.* 10 & lib. 18 t. 5, 4
108. An clausula transactionis *quod ab omnibus quæstionibus discedatur*, extendatur ad ea, quæ in transactione non sunt enarrata 11
109. Si heres scriptus transegerit cum herede ab intestato, an & quatenus idem heres scriptus sit conveniendus 12
110. An ab eo, qui transactioni non stetit, præter commodum & exceptionem transactionis, pœna promissa peti possit 13
111. Transactione a reo non servata, liberum est actori, veterem actionem instituere 13
112. Processus judicialis scriptione rectius an viva voce peragatur lib. 3 tit. 1, 9
113. An liceat advocatis, uti dolis in causa bona 10
114. An & quatenus advocatus causam ex postfacto deprehendens esse malam, in ejus patrocinio continuare possit 11
115. Ad advocatus in salariis exigendis possit excedere taxationem publicam 12
116. Advocato non esse licitum cessionem causæ, cui patrocinatur, a cliente suo excipere ibid.
117. Applicatio juris ad theoriam an ad praxin pertineat 15
118. An venditores aliique auctores cogantur pro emptoribus intervenire in judicio l. 3. t. 3, n. fin.
119. An procurator admittatur in crimine capitali 3
120 Minorem annis xxv. posse dari procuratorem 2
121. Tacito consensu an possit constitui procurator 4 & Schol.
122. An procurator in causa reconventionis dominum defendere cogatur 5
123. An procuratoris officium solvatur, si dominus desierit esse solvendo 7
124. Infamia facti non caret usu juris l. 3 t. 2, 1
125. An stellionatus judicium sit famosum 3
126. Genus pœnæ, cessio bonorum, carcer non infamant 4
127. An & quatenus pœna infamiæ moribus hodiernis usum habeat 7
128. Utrum ex negotio absentis gesto detur actio mandati, an negotiorum gestorum tit. 5, 1
129. An

129. An calumniator post condictionem adhuc in quadruplum teneatur tit. 6, 1 fq.
130. An restitutionis in integrum judicium recte dividatur in rescindens & rescissorium l. 4. t. 1, 4
131. An minores magistratus in integrum restituere possint, moribus hodiernis 5
132. Restitutionem per alium non posse fieri, nisi interveniente speciali mandato 8
133. An quadriennium restituti nibus præscriptum habeat locum, si detur exceptio 9
134. Vis ac metus an actus reddant invitos, actionesque faciant elusorias t. 2, 1
135. Metus reverentiæ, infamiæ, minarum, an præbeat restitutionem 2
136. An actio ex metu in quadruplum finiatur etiam quadriennio, vel utili anno 5
137. Definitio doli, quod sit calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum, a καυθοσυλη; vitio liberatur t. 3, 1
138. Refellitur divisio doli in verum & præsumptum, item in realem & personalem 3
139 Dolus dans causam b. f. contractibus reddit eos ipso jure nullos 4
140. Nec si traditio facta sit ex hujusmodi contractu, dominium inde transfertur 5
141. Actionem de dolo non dari nisi alia deficiente, fuse probatur 6
142. An & quatenus de dolo pupillus teneatur 7
143. Utrum actioni de dolo præscribatur quadriennio an biennio 9
144. Minores curatoribus subjectos etiam obligari t. 4, 2
145. An in *l.* 101. *de V. O* pro *obligari* legendum sit *obligare* 2
146. Etiam lucri causa posse minorem restitui 3
147. An fidejussoribus minorum prosit eorum restitutio 5
148. Minore restituto an adversarius æque restituatur 6
149. Restitutus contra aditionem hereditatis an iterum possit restitui contra repudiationem 9
150. An per jusjurandum minoris confirmetur etiam contractus ipso jure prohibitus 10 fq.
151. Rebus distractis an adhuc detur restitutio minori 9
152. Emancipationem non esse hodie capitis diminutionem t. 5, 3
153. Actiones rei persecutorias, licet e delicto, non dari in heredem t. 7, 4
154. Arbiter an mulctam dicere possit t. 8, 4
155. An de caus famosis arbiter dari queat 4
156. An Christianis licita sint judicia l. 5 t. 1, 1
157. An & quatenus sibi ipsi jus dicere liceat 2
158. An imperitus juris possit esse judex 4. an furiosus & cæcus 5
159. Quænam ætas in judicibus requiratur 6
160. An pater possit esse judex in causa filii 8
161. An judicis dati officium finiatur finito dantis officio 10
162. An mulier nupta contra virum judicio contendens egeat curatoris ad litem 14
163. An & quatenus filiusfamilias habeat personam standi in judicio 15
164. Actio ex *l. Diffamari*, in juris rationi consentanea sit 16. Idem quæritur de actione ex *l. contendat l.* 28. *de Fidejuss.* 16
165. An judex a principe datus hac lege, *ne recusari queat* nihilominus ob causam possit recusari, quod affirmatur 19
166. Litis contestatio apud prætorem ne an judicem fieri solita sit 21
167. Exceptiones non modo peremptorias, verum etiam dilatorias quas dam facere litis contestationem 22
168. An usucapio per litis contestationem jure ff. interrupta fuerit 23
169. Exceptio non numeratæ pecuniæ utrum tollat provisionalem condemnationem, an vero hæc illam 37
170. An, quod personæ eminentiores a civibus & agricolis apud summam curiam conveniuntur, privilegium sit vel secus 42
171. Studiosi quinam apud veteres, & an professores dicti sint juris studiosi 44
172. An studiosus lapsu temporis fiat subjectus loco domicilii 44
173. An mulier nupta possit habere forum seorsum a viro 45
174. Origo faciatne quem subjectum ratione munerum duntaxat, an ratione fori 47
175. An hereditatis petitio simpliciter in loco domicilii detur, an vero si reus ibi degat 49
176. An locus rei sitæ forum tribuat, si reus illic non reperiatur 50. numquid idem in rebus mobilibus obtineat 50
177. Mixtæ actiones ubi instituendæ 51
178. Possessionis judicia quo loco instituenda 52
179. An locus contractus tribuat forum, etsi reus ibi non reperiatur 54
180. An ex jure Rom. delinquentes puniri possint alibi quam forum habent aut delictum est admissum 57
181. Requisitio an habeat locum in contractibus 54. quatenus in delictis 57
182. Præventio in delictis fiatne per apprehensionem, an citationem 58
183. Viduæ an & virgines quaslibet comprehendant 60
184. An prodigus gaudeat privilegio miserabilium personarum 60
185. An qui lue venerea laborant, miserabiles habendi 61
186. Item, qui sua culpa paupertatem contraxerunt 63
187. An privilegiatus ratione fori contra privilegiatum jure suo possit uti 65
188. An miserabiles privilegio suo fori renunciare queant 66
189. Milites, in communibus delictis communi foro uti 67
190. Auth. *habita. C. ne Fil. pro pat.* concepta sit de omnibus studiosis, an de peregrinantibus; de cunctis an de juris tantum professoribus 68
191. Quo sensu studiosus ob aliena debita damno affici prohibeatur 70
192. Studiosus fori sui privilegio renunciare potest 71
193. Academias ex Auth. *habita.* non habere jurisdictionem criminalem 73

194. An pro ſtudioſis habendi, qui Baccho Venerique magis ſtant quam Muſis 75
195. An qui albo ſtudentium non ſunt inſcripti il id.
196. An clerici privilegio fori ſui recte renunciare prohibeantur 76
197. An valeat libellus querelæ inofficioſi, qua petitur ſola rescissio teſtamenti t. 2, 2
198. Recte ne dicatur: abolita querela per dictam fori gallici, *le mort ſaiſit le vif* 3
199. An in libello, quo filius movet querelam, hodie neceſſarius ſit prætextus infamiæ 4
200. Quatenus querela detur ſpuriis & nothis 6
201. Pater filio impuberi ſubſtituere poteſt extraneo, matre præterita, etiam citra legitimam 7
202. Spurio hærede inſtituto, fratri non videtur dari querela 8
203. Fratrum uterinorum & conſanguineorum jus idem videtur eſſe in querela 8
204. Si pater inofficioſi egerit ac obtinuerit, an eo caſu fratres defuncti pariter ad ſucceſſionem vocentur 9
205. Quando e pluribus, quibus legitima competit, unus juſte præteritus aut exheredatus eſt, an is reliquis ad quantitatem legitimæ determinandam annumeretur 14
206. An legitima adhuc ſit reliquenda titulo inſtitutionis 15
207. An pater jubere poſſit, filium uſufructu eſſe contentum, aut fideicommiſſo univerſali, vel ſi nolit, ut ſolam percipiat legitimam 16
208. Renunciatio querelæ vivo teſtatore vel in ipſo teſtandi actu facta, num valeat 18
209. Condictio ad ſupplementum legitimæ videtur eſſe quinquennalis potius quam perpetua 18
210. Exheredatio ſine favorabilis an odioſa, pro an contra eam ſit judicandum 21
211. An clauſula codicillaris excludat querelam inofficioſi teſtamenti 22
212. An hereditatis petitio ſit mixta in rem & in perſonam t. 3, 2
213. Male negari, hereditatis petitionem dari adverſus eos qui dicunt actorem non eſſe heredem 2
214. Hereditatis petitio an & quatenus detur contra emptores hereditatis 3
215. Si plures poſſederint hereditatem, an & quatenus unius ſolutio reliquos liberet 7
216. Malæ fidei poſſeſſor quando quis eſſe incipiat 13 & 16
217. Pretium, cur magis loco rei ſuccedat in hered. pet. quam in rei vindicatione 14
218. Quod tempus ſpectetur, an b. f. poſſeſſor ſit locupletior nec ne 15
219. Impenſæ quatenus imputentur poſſeſſoribus 17 ſq.
220. Quando coheres in utero eſt, quota pars tum peti poſſit t. 4, 3
221. Quatenus qui poſt litem conteſtatam poſſidere cœpit, vel deſiit, rei vindicatione teneatur lib. 6 tit. 1 n. 4
222. Quomodo qui ſe obtulit liti, teneatur 5
223. An is, cujus pecunia ſunt res comparatæ, poſſit eas vindicare 6
224. An bonæ fidei poſſeſſor lucretur fructus mere naturales 8
225. An de conſumptis teneatur, in quantum eſt locupletior 8 in fin.
226. Impenſæ qui computandæ, ſi ſint ſupra meliorationem, vel infra illam 10
227. An conſumpti fructus & uſucapti cum impenſis quoque ſint compenſandi 10 in fin.
228. An natura actionum arbitrariarum mutata ſit per *l. 68. de R. V.* 13
229. An manus militaris jure ff. cognita fuerit 13
230. An emphyteuſis conſtitui queat in prædiis urbanis t. 3, 2
231. Theſaurus in fundo emphyteutico repertus ad dominum an emphyteutam pertineat 3
232. Diviſio dominii in directum & utile reſollitur 4
233. Melioratio an ſit de eſſentia emphyteuſeos 7
234. An & quatenus jus emphyteuticum præſcriptione poſſit acquiri 8
235. An emphyteuta poſſit impetrare remiſſionem vectigalis ob ſterilitatem & vim hoſtium 10
236. Emphyteuſis ipſo jure finitur non ſoluto canone cis triennium, nec mora poſt hoc tempus oblatione purgari poteſt, etſi dominus penſionem acceperit ſine proteſtatione 11
237. Melioratio quatenus emphyteuſi finita peti poſſit 13
238. Quando fundus uni, uſusfructus alteri legatur, prior in uſufructu concurrit l. 7 t. 1, 3
239. An ſub uſufructu res futuræ contineantur 6
240. Uter ſolvere debeat æs alienum, proprietarius ne an fructuarius 7
241. Poteſtas alienandi & diminuendi data fructuario proprietatem arguit 8. non æque prohibitio alienationis vel ſervitutis imponendæ 8
242. Inter conjunctos verbis locum eſſe juri accreſcendi t. 2, 2
243. An locatio uſusfructus a fructuario facta proprietario, illum finiat t. 4, 3
244. Uſusfructus nominum qualis t. 5, 2
245. An fructuarius actione confeſſoria vindicare poſſit ſervitutem t. 6, 2
246. Quomodo operæ ſervorum diſtinctæ ab uſu & uſufructu, & tamen utrumque ſint t. 7, 2
247. Servientem non teneri ad reficiendum, niſi hoc ſpeciatim receperit l. 8 t. 1, 2 ſq.
248. Voluptatis gratia ſervitutem non poſſe conſtitui & quo ſenſu 7
249. An fructuarius domino conſentiente poſſit imponere ſervitutem fundo 8
250. Uſucapionem ſervitutum nullam eſſe 9
251. Servitutem aut ullum jus in re ſola conventione non poſſe conſtitui 9
252. An moribus hodiernis ſecus obtineat 10. ubi contra Carpzovium.
253. Servitutes prædiales non fieri perſonales, ita ut maneant ſervitutes t. 2 & 3, 2
254. Pro-

254. Proprium aperire parietem, ut per fenestram despiciatur in aream vicini, cuivis patrif licet 5 sq.
255. Qui petit vicino jus aperiendi suum parietem in aream vicini despicientem, quod petere necesse non habet, quatenus sibi præjudicet 9
256. Cessio servitutis a pluribus dominis facta, novissima cessione demum confirmatur t. 4, 3
257. Servitutis prædialis usum uter definire & limitare queat, serviens an dominans 4
258. Servitutes usucapi non posse 5
259. Qui agit negatoria num teneatur ad probandam libertatem prædii, quod negatur t. 5, 4
260. An constitio servitutum desinat, ubi res ad diversa dominia recidit fuerint t. 6, 1
261. Ædibus ob incendium in vicina dejectis, an habitator teneatur, & quid juris l. 9 t. 2, 1 sq.
262. Si alius hominem mortifere vulneraverit, alius eundem confecerit, an uterque de cæde teneatur 4
263. Damnum ab inimicis alteri per odium mei datum, quatenus ego præstare cogar 6
264. Injuriarum actio quatenus cum actione legis Aquiliæ concurrat 10
265. Damnum in ludo licito datum per imperitiam non li 11
266 Tonsoris novacula in gulam vi foris veniente impacta, quis ferat damnum ibid.
267. Medicorum imperitiæ actioni obnoxia 12
268. Dominus membrorum suorum quo sensu homo esse negetur. Noxæ deditio an incumbat b. f. possessori t. 4
269. Finium regundorum actio non est ex jure in re stricti & ad rem l. 10 t. 1, 4
270. Finium reg. actionem esse arbitrariam 8
271. Familiæ erciscundæ actio an sit mixta t. 2, 2
272. Qui experitur hoc judicio an adversarium agnoscat heredem 3
273. Quod filius heres in judicio familiæ erciscundæ accepit, an repeti possit 3
274. Turpiter acquisita cur veniant in hereditatis petitionem, non in familiæ ercisc. judicium 4
275. Petitio hereditatis num cumulari possit cum judicio familiæ erciscundæ 10
276. Divisio rerum communium ad tempus potest fieri tam testamento quam per conventionem t. 3, 6
277. Divisori nullo tempore præscribi potest, imo potest, & quo sensu 7
278. Alter locorum, qui commune chirographum habebat, non potest debiti dimidiam partem accipere sine confessa facti, & partem aliquam socio relinquere accipiendam, ni & alteri de damno caveat 8
279. Divisio rerum communium an ob lætionem ultra duplum rescindi queat 10
280. In actionibus in rem locum etiam habuisse interrogationes in jure l. 11 t. 1, 1
281. Interrogatoriæ actiones an distinctæ sint species 2
282. Circumductio an locum habeat post litem contestatam 7
283. Reconventio an locum habeat in criminalibus t. 2, 3
284. Reconventionem post litem contestatam, ante interlocutoriam probationis recte fieri 6
285. In judicio possessorio non esse admittendam reconventionem petitoriam 6
286. Reus convenrus actorem alibi vicissim convenire nequit, sed in eodem judicio illum reconvenire debet 8
287. Diversitas jurisdictionum diffusa in diversos respublicas non facit plures eidem foro subjectos, secus ac connexio rerum 12
288. An & quatenus viri submissio sive fori prorogatio præjudicet uxori 16
289. Submissio sive prorogatio omnium judiciorum an ad curiam quoque supremam pertineat 19
290. An magistratus inferiores prohibere queant suis incolis, ne prorogent jurisdictionem curiæ supremæ 21
291. Negatio actionis in *l. 1. de Aleat.* sine causa inter nævos juris refertur t. 5, 2
292. Sponsiones de rebus futuris non turpibus valent ad actionem producendam 4
293. Quando civitas mutuum accepit, an tum cives de suo patrimonio solvere cogantur; & an civitates municipales suos cives repræsentent, prolixe disquiritur l. 12 t. 1 sqq.
294. Exceptio non numeratæ pecuniæ haud amittitur hodie per provisionem consignationis, quam facere debent hi, qui in chirographo se debere fassi sunt 15
295. Jusjurandum an licitum t. 2, 1
296. An adseveratio Mennonitica, nobilium & principum pro juramento haberi possit 2
297. Jusjurandum extrajudiciale nullam producere actionem, nec confirmare quæ jure civili nulla sunt 5
298. Jusjurandum voluntarium, necessarium & judiciale quomodo a se invicem distinguantur 6
299. In matrimonio non habet locum jusjurandum a partibus delatum 8
300. Idem nec in delictis, ubi ne quidem a judice posse deferri 8 fin.
301. An jusjurandum a pupillo præstitum sit validum, & quo sensu possit ei deferri 9 fin.
302. An juramentum in animam alterius sit licitum 11
303. An juramentum suppletorium habeat locum in causa matrimoniali 13 schol.
304. An sententia recte feratur sub conditione si juraverit 15
305. An actio ex jurejurando nova sit, an qualitas aliarum adjectitia 16
306. Juramentum litis non recte dividi, quod sit veritatis, vel affectionis t. 3, 1
307. An ob pœnitentiam detur condictio causa data causa non secuta in foro t. 4, 5
308. Condictionem ob turpem causam non dari ex contractu neque delicto t. 5, 1
309. An qui judicem in bona causa corrumpit, datum condicere possit 4
310. Dotis datio ob matrimonium prohibitum, quo jure repetatur t. 7, 2

311. Stipulatio sive sponsio de re non turpi,& incerti eventus,non est ex earum numero, quæ causa carent 6
312. An is, qui scripsit se debere, causa non expressa, & solvit, habeat condictionem sine causa 7
313. Condictio furtiva, quæ jure civ, contra socios datur contrectantes, moribus hodiernis dari debet adversus omnes, qui furti tenentur, & cur ita l. 13 t. 1, 3
314. Æstimatio rerum deperditarum quomodo incunda, exacte traditur t. 3, 2
315. Constitutum pro alio non esse idem hodie cum fidejussione t. 5, 3
316. An constitutum pro alio solvendi ad certum diem gaudeat beneficio ordinis 5
317. An plures commodatarii, conductores, depositarii, in solidum obligentur t. 6, 2
318. An magister, institor, procurator, finitis officiis teneantur l. 14 t. 1, 3
319. An quod institor dominum non obligat ultra merces negotiationis suæ, moribus hodiernis aliter observetur t. 3, 4
320. An diversi creditores, qui in diversas negotiationes crediderunt, confundantur, ad omnes, an singuli in suis mercibus præferantur t. 4, 3
321. Sctum Macedonianum non videri esse vetustius Claudii Cæsaris temporibus t. 6, 1
322. Quatenus patres e contractibus filiorum teneantur l. 15 t. 1, 5
323. An e contractu hominis sui juris, mandans teneatur jure civ. & moribus hodiernis t. 4, 3
324. An mulier correa facta juvetur Scto Vell. l. 16 t. 1, 4
325. Restitutio actionis contra debitorem, pro quo mulier intercessit, an fiat per modum restitutionis in integrum 8
326. An creditor juvetur Scto Vellejano, si sciverit mulierem intercedendi animo percipere pecuniam, quod ipsa dissimulabat 10 sqq.
327. Renunciatio Auth. *Si qua mulier*. an præter formam publicam tresque testes requirat juramentum 18
328. An mulier, quæ renunciavit Scto Vell. adhuc uti possit beneficio Auth. *Si qua mulier* 20
329. An compensatio per testes probari queat in processu summario t. 2, 3 Schol.
330. Debitum illiquidum per judicem liquidum factum, non operatur retro compensationem, quasi antea liquidum fuisset t. 2, 4
331. Debitum, quod tempore judicii per exceptionem perimi potest, an recipiat compensationem, etsi cum primum nasceretur, reciproco jam existente debito, validum fuerit 5
332. In delictis quatenus obtineat compensatio 7
item in fiscalibus 8
333. Procurator in rem suam an æque ante, quam post litem contestatam compensare debeat 9
334. Cessionarius an patiatur compensationem ejus, quod cedens debet ei, contra quem ceditur actio, tam in cessione onerosa quam lucrativa 11-13
335. Si cessionarius ante cessionem & ante debitum, de quo compensando agitur, contractum, habuerit hypothecam generalem in bonis cedentis, an tum patiatur compensationem ejus quod cedens vicissim debeat ei, contra quem fit cessio 14. An diversa sit ratio juris, si hypotheca sit nata, post nomen, de quo compensando agitur, contractum 16
336. An adversus cessionarium agentem ex cessione necessaria, locum habeat compensatio 15
337. Depositum an & rerum immobilium sit t. 3, 1
338. Sequestratio necessaria non est contractus 4
339. Contignationem, quæ fit in concursu creditorum post aggerationem chirographi, & quæ sit solationis causa, speciem esse sequestrationis necessariæ 6 sq.
340. An & quatenus mandatarius per substitutum exequi possit mandatum l. 17 t. 1, 2
341. Si mandatarius substituerit aliquem cum detrimento mandantis, an substitutus inde a primo mandante conveniri possit ibid.
342. An si in instrumento scriptum sit, ut solvatur certa pecunia teneri debes, ea sit actionis cessio 5
343. Ad adsignatio pro cessione habenda sit 5
344. An cessio clientis in advocatum de jure valeat 6
345. An cessio post solutionem facta, quandoque valeat 9
346. Unus a multis sociis an impedire possit, quod omnes reliqui decreverunt t. 2, 2
347. An fuerit aliqua bonorum societas inter conjuges apud Romanos 3
348. Utra præstet societas conjugalis, acquæstuum duntaxat an ipsorum bonorum 3
349. An donationes alterutri conjugum factæ cum altero communicentur 7
350. Ususfructus vel reditus annuus, conjugum alteri competens, pro sorte capitali an pro lucro transitorio habeatur 10
351. An conjux, qui contraxit durante matrimonio, solus ex eo conveniri possit, tam jure Civ. quam Fisico 11
352. An pactum de communione tollenda inter conjuges valeat tam ante quam post initum matrimonium 12
353. An tale pactum, si non publicetur, præjudicet creditoribus 12
354. An mulier contradicendo subjicere se possit æri alieno a marito contrahendo ib.
355. Morte alterutrius conjugis finiri societatem, & acquisita deinceps soli cadere superstiti 13
356. Si prius convenerit inter conjuges de partibus societatis inæqualibus, an durante matrimonio constitui possit æqualitas 13
357. Emptio venditio, quam placuit in scriptis fieri, quo facto ante scripturam absolutam retractari possit l. 18 t. 1, 3
358. An & si aliter consensus tractum temporis habeat, pœnitentiæ sit locus 5
359. Emptio potius est quam permutatio, si partim res alia, partim pecunia detur, nisi res evidenter prævaleat 6
360. Emptor pretium simpliciter pollicitus pro re, quam scivit non totam esse venditoris, totum quod promisit pretium solvere debet, sine deductione respectu partis alienæ 7

361. Fun-

361. Fundo tot jugerum vendito, si plus minusve reperiatur, an & pretium crescat vel decrescat 8
362. Pactum de metiendo agro vendito in diebus proximis, parit actionem cis xxx. annos 9
363. Pacto reservato dominii abjecto venditioni, an periculum e casu fortuito tranieat in emptorem, an maneat penes venditorem 1. Schol.
364. Emptor subaddictione in diem, an plus offerenti praferatur, si tantundem offerat, an vero illum superare debeat t. 2, 5
365. In publicis venditionibus si emptor suborneturquasi plus offerens, proxime tamen inferiori praemium maximæ licitationis deberi 7
366. An venditor ex eo, quod insemet hereditati debuit, teneatur, & an petere possit quod ipsi ab hereditatis emptore deberur t. 4, 2 sq.
367. An emetor hereditatis a venditore petere possit, quod is tanquam heres suis coheredibus conferre debeat 4
368 Emptor an venditor hereditatis habeat jus accrescendi 5
369. Beneficium *l. 2. C. de Rese. vend.* non esse extendendum ultra contractum emptionis, probatur t. 5, 3
idem non habere locum in transactione 4
an & in actionibus publicis 5
370. Pacto de retrovendendo an praescribi possit 10
371 An ex pacto de retrovendendo detur actio in rem contra tertium 9
372 In loci, ubi stirpium duas ponit retractus causas, sanguinem & vicinitatem, communio tamen distinctam & potiorem a vicinia causam retractui praebet 12
373. An jure civili antiquo jus retractus ex consanguinitate detur 14
374. Retractus jure sanguinis an detur, si res in remotiorem ejusdem sanguinis alienetur 15
375. An cognatus & simul vicinus praferatur cognato jure retractus 18. heredes venditorum non posse jure retractus uti 16
376. An in venditione redituum ex certo praedio, dominus fundi retractum habeat 22
377. An emptor & venditor contrario consensu jus retrahentis impedire possint 22
378. Emptor an a retrahente cogi possit ad promulgationes faciendas ante tempus lege praescriptum 27
379. An ad dominium rei venditae transferendum requiratur cessio & addictio judicialis, quae hodie fit, an vero haec dominio superveniat t 6, 1 sq.
380. An, ubi fides de pretio non est habita, periculum sit emptoris post traditionem 7
381. Perceptio fructuum an aliter fiat a fructuario quam a bonae fidei possessore 9
382. Quatenus princeps concedere possit monopolia t. 7, 3
383. Venditis arce, fundo, vino, an debeantur tormenta, pisces, vasa l. 19 t. 1, 7
384. Vendito praedio, pro certa mercede ad aliquot annos locato, si conductor solvendo esse desierit, an venditor hoc nomine teneatur 8
385. Conductor an indistincte rem sublocare possit t. 2, 2
386. Quod conductionem in perpetuum fieri posse, aliqui negant, refellitur 3
387. An primus locator & secundus conductor inter se agere possint 4
388. Si locator praedii finitam esse locationem dicat, conductor neget, uter in possessorio tuendus sit 6
389. An colonus, qui posuit aedificium in agris conductis, earum aestimationem petere queat post amissam possessionem 9
390. An colonus pro taxati me talis aedificii habeat hypothecam in agros subjectos 11
391. An finita locatione dominus invitus ad illam taxationem solvendam teneatur 13
392. An creditores coloni ante finitam locationem, taxationem aedificii a domino petere possint 15
393. An colonus, qui ignaro vel invito domino aedificavit, finita locatione repetere possit impensas vel materiam 16
394. Hypotheca tacita locationibus data quatenus adversus secundos conductores valeat 20
395. Plures conductores an singuli in solidum teneantur 21
396. An colono ante finem secundi anni, qui cessavit solvere mercedem, fieri queat obnunciatio 26
397. An colonus sine consensu domini e pascuo facere possit arvum 29 fin.
398. An rei alienae fit permutatio t. 1, 3
399. E contractu facio ut des an detur actio praescriptis verbis ad *l. 5. § 3. juncta l. 15 de praesc. verb.* quae conciliantur t. 5, 5
400. Quando quis commodat agricolae pecudes & instrumenta rustica aestimata, hac lege, ut in locum pereuntium aliae substituantur, an substitutae res sint in dominio commodantis 8
401. An pater, qui tacite consentit nuptiis filii sui, amittat usumfructum bonorum adventitiorum lib. 1 tit. 7, 5
402. An liberi per nuptias sui juris facti, haud aliter tales censeantur, quam respectu lucri causae ibid.

INDEX
DECISIONUM,

quæ

IN PARTE II. PRÆLECTIONUM

Exemplis rerum in Suprema Frisiorum Curia post Sandii tempora judicatarum illustrantur; Una & altera, quibus steliulæ præfixæ, in Sandio reperiuntur, sed heic illustrantur aut ampliantur, vel in diversum disputatur.

1. Contra certam legis sententiam ob circumstantias æquitatis judices licet supremos, judicare non posse lib. 1 tit. 1, 13
2. Leges novæ quando ad casus præteritos referantur, exemplis rerum judicatarum declaratur t. 3, 10
3. Leges & consuetudines singularium locorum non valere contra jus commune totius Reipubl. 14
4. Praxin sive stylum curiæ, etsi vim habeat consuetudinis, non posse tamen derogare legi expressæ 15
5. Sententiæ certo loco latæ executionem a vicinis aliquando justa ex causa posse denegari, duobus exemplis demonstratur 21
6. In actione instituenda vel neganda, non modo styli & formæ respectu, sed etiam ob præscriptionem aliamve causam, sequitur jus loci in quo judicium vertitur, non ubi contractus fuit initus 22
7. Matrimonium jure loci, in quo celebratum est, recte initum, velut ubique, sub certis tamen cautionibus 23
8. Communio bonorum inter conjuges ex jure loci, in quo matrimonium est, valet etiam jure loci, in quo res sitæ sunt, etsi communio ibi cesset, quod limitatur & explicatur 24
9. Pactum dotale, ne uxor teneatur ex ære alieno, durante matrimonio contrahendo, an valeat & quomodo creditoribus præjudicet 26
10. An is, qui cum domi propter defectum personalem non posset condere testamentum, peregre profectus est, feceritque jure loci illius, cum effectu, testetur 29
11. De rebus immobilibus non valere contractus alibi jure initos, contra jus loci, in quo sitæ sunt 30
12. * Partus quo tempore legitimus censeatur t. 5, 4
13. Dignitas locum tenentis in centuria militari non tollit patriam potestatem t. 7, 4
14. Hereditate in res mobiles ac immobiles divisa, sub mobilibus comprehendi jura & actiones, non æque si res mobiles simpliciter relictæ sit t. 8, 2
15. Cognitiones causarum uni collegio commissarum quatenus prorogando ad alia collegia deferri possint l. 2 t. 1, 11
16. Qui citatus venit in jus, etsi nihil egerit, imo etsi ampliaverit tantum, sive, ut ajunt, continuaverit, si non declinaverit forum, tacite jurisdictionem prorogasse seque submisisse videtur 12 & l. 11 t. 2, 17
17. Civibus ob contumaciam a magistratibus suis inultatis appellandi beneficium ex ratione juris competere t. 3, 5
18. Magistratus municipales vere tales de injuria suis personis, etsi in officio illicea, ipsos judicare non posse ibid.
19. Inauditum, causa licet manifesta, judicioque summario neminem esse damnandum t. 4, 3
20. In casu Leg. diffamari reo recipiente se actionem instituturam apud eundem judicem, non opus esse nova citatione, licet etiam reus se primo opposuerit intentioni ex d. lege diffamari ibid.
21. Vitium citationis emendari, quando reus se sistit 18
22. Injus vocationem non parere exceptionem litis pendentis, si actor reo sumptus refundere velit 19
23. Arrestum absque citatione in diem certam factum esse ipso jure nullum 24
24. Creata summarum potestatum ex conventione publica, non esse subjecta arresto 27 fin.
25. Intimationem debitoris principalis arresto non quidem requirere formam citationis, sed tamen fidem personæ publicæ 29
26. Intimatione neglecta, possessorem, cui arrestum authoritate judicis intimatum est, impune solvere posse debitori, cui non est insinuatum 30
27. Post confirmationem arresti judicialem, debitorem, cujus præjudicio factum hoc est, tempore citationis adhuc se opponere posse 32
28. Possessorem rei, cui arrestum est insinuatum, post confirmationem ejus judicialem sine oppositione factam posse adhuc se opponere solutioni ab arrestante vi arresti petitæ 32
29. Si quis in causa arresti tantum concludat, ut arrestum declaretur validum, neque simul ut illi ex re arrestata satisfiat, ipso jure nihil agit 33
30. Principali instantia, cui arrestum fuit conjunctum, rejecta, etsi causa arresti adhuc justa superesse, tamen arrestum prius factum esse irritum, novoque ex altera causa opus esse arresto ibid.
31. Quid consilii & juris, si magistratus in reum ipsi non subjectum jus dicere pergat t. 5, 1 & 3
32. Cau-

32. Cautio pro litium expensis non statim per modum exceptionis aut oppositionis opponenda t. 8, 8
33. Privilegium fori non modo superveniens post in jus vocationem ante litis contestationem opponi non potest, sed nec amissum restituere in jus vocatum veteri foro t. 4, 19 schol.
34. Per edicti circumductionem non modo instantiam, sed & aliquando causam funditus amitti posse t. 11, 5
35. Irrendit sive processus adversus contumacem concedatur, etiamsi non constet reum foro subjectum esse, quando revocandus juxta ipsam condemnationem 6
36. Debitor ex codice rationum, etsi contumax, non damnatur sine interlocutione probationis causa; sive creditor fuerit mortuus sive superstes 16
37. Circumductio instantiæ fit etiam, quando reus est præsens, sed tempore præscripto non exhibet libellum t. 13, 4
38. Libellus ineptus, sine præjudicio causæ principalis, a judice corrigi potest 7
39. Chirographi exactionem apud debitorem inducere præsumptionem solutionis factæ, quæ tamen aliis circumstantiis sæpe refellitur aut secus, idque variis rebus judicaris relinquitur t. 14, 3. Diversum inde est de pacto de non petendo; quod ex traditione chirographi oritur ibid.
40. Pactum de futura successione, consentiente eo, cujus hereditas expectatur, initum, contrario ejusdem testamento potest abrogari 13
41. Sub pacto de hereditate viventis non comprehendi conventiones de successione bonorum fidei commissariorum post mortem præsentium factorum ibid.
42. Pacta pecuniaria inter eos, qui ambiunt munus publicum, non semper improbari ibid.
43. Pactum desistendi a lite, data valde modica pecuniæ summa in memoriam defuncti, non esse transactionem, sed potius spectatum remissorium, nec adeo rescissioni propter læsionem obnoxium t. 15, 3
44. Quod transactio non valere dicitur, si convenerit, ut in instrumentum recipiatur ex *l. 17. C. de fid. instr.* non habere locum, si probetur, partes libere plenequè consensisse & acquievisse 8 & lib 13 tit. 1, 2
45. Qui per juris errorem transegit cum eo, qui nullum jus petendi habebat, non potest rescindere transactionem prætextu læsionis ultra duplum lib. 2 tit. 15, 10
46. Quando in transactione species controversiarum sunt enarratæ, & clausula subjecta est, quod partes ab omnibus litigiis desistant, potest tamen moveri lis de rebus in transactione non commemoratis 11
47. Jus istis nostris non licere privatis ad postulandum non admissis pro se verba facere, ne quidem in criminibus l. 3 t. 1, 8
48. Juramentum, quod advocati in suprema Frisiæ curia præstant, permittit iis in causa, quam ex postfacto malam esse reperiunt, continuare, modo nil dicant in cavel ferunt, nisi quod expresse demandatum 11
49. Advocatus, cui foro interdictum est, etsi partibus extra judicium invire queat, nihil tamen sua manu scriptum judicibus porrigere potest 18
50. Tempore interdictionis elapso non est opus nova venia ad postulandum ibid.
51. Condemnatum injuriæ licet atrocissimæ, non fieri infamem, nisi id fuerit in sententia expressum tit. 2, 7
52. Qui negat, se procuratori dedisse mandatum, si & nullum extet, ad salarium solvendum tamen damnatur, modo cum illo procuratore steterit in judicio tit. 3, 10
53. Procurator domino mortuo, readsumens causam, ex ratione juris eget mandati, esse tamen aliter judicatum & quare 11. fin. *ubi deest*, in causa Gosvini Spitholt cum soc. contra heredes Iik Abes 20. Decemb. 1679.
54. Procurator habens mandatum vocandi quempiam ad certum judicem, vocatus a reo ex causa mutuæ petitionis apud alium judicem, non cogitur ibi dominum defendere 15
55. Adjunctus reo non suscepta ejus defensione, nihil pro se petere vel excipere potest 16
56. Restitutio in integrum per alium nonnisi ex speciali mandato peti potest, etiamsi clausula, *faceret Procurator etiam talia, quæ speciale mandatum requirunt*, sit addita l. 4 t 1, 6. ubi quæsitum fuit de rescindenda divisione hereditatis.
57. Restitutio in integrum, pendente judicio, per modum citationis fieri nequit, verum qui sic petit, cum expensis repellitur 9
58. Pretio rei venditæ ipso temporis deminuto vel aucto, non dari minoribus in integrum restitutionem tit. 4, 4
59. Minorem annis 25. non restitui contra præscriptionem 30. annorum 7 & 8
60. Pupillis non obesse 30. annorum præscriptionem, ut nec restitutione opus sit 8
61. Restitutio ob justam ignorantiæ causam non datur contra præscriptionem 30 annorum ibid. & t. 6, 4
62. Liberos etiam, moribus hodiernis, contra parentes restitui posse t. 4, 12 fin.
63. Imo & actio de dolo contra parentem dari potest ibid.
64. Restitutio ex justa causa nullo modo fieri debet ob causas, quæ in aliis edictis rejectæ sunt t. 6, 5
65. Unus eorum, qui in arbitrum compromiserunt, potest invito altero rem non decisam ad judicem ordinarium referre, nec datur alteri exceptio litis pendentis, sed petitio pœnæ ex compromisso lib. 4 tit. 8, 10
66. Mulier nupta cum viro suo contendens judicio, non indiget curatoris ad litem l. 5 t. 1, 14
67. Non potest recusari judex in causa, de cujus merito in thesi sive in genere sententiam suam scripto exposuit 19
68. Judex, qui est frater aut parens advocati in causa, non potest ideo recusari ibid.
69. In causis publicis non posse judices recusari cognatos eorum, qui in ea causa sunt læsi ibid.

70. In

70. In locum suspectorum judicum, qui sunt recusati, non surrogari alios judices, etsi longe maxima pars collegii judicium recusata fuerit 19 in fin.
71. Etsi partes utrimque tanquam facti causam per interlocutionem probationibus delegari petant, posse tamen judicem pro natura causæ ad definitivam sine interlocutione progredi 25
72. Interlocutio probationis causa potest unam litem diversis instantiis separare, ut altera statim decidatur, imo unam causam simplicis instantiæ posse divelli, si duo sint rei, ut unus statim absolvatur vel condemnetur, alter probationibus delegetur 26
73. Judicis officium est, instantias, quæ ex natura causæ magno numero cumulari possent, minuere & limitare 27
74. Dilationes ordinarias parte altera inaudita, non temere concedendas 35
75. Quando mulier cum viro subscribit chirographo, sufficit ad provisionalem condemnationem, manum a viro esse agnitam 39
76. Citationes factas ad domum, quæ non habet larem fixum, nullius esse momenti 43
77. Uxor dissidens & secessum habitans a viro, tamen eidem, quod vir habet, toro subjecta est 45
78. Praventio in delictis non excitatione, sed apprehensione committitur 58
79. Adsessores judiciorum inferiorum in Frisia prima instantia curiæ supremæ subjecti 42
80. Ordines Frisiæ in causis etiam ad regimen publicum spectantibus, si pecuniariæ & e contractu sint, se curiæ submiserunt ibid.
81. * Virgines etiam locupletes habent privilegium fori 60. ubi tamen & contra judicatum memoratur.
82. Prodigos habere privilegium miserabilium 60. ubi tamen contra disputatur.
83. Liberos patrimos respectu bonorum maternorum non habere privilegium pupillorum, sub exceptione tamen 60 fin.
84. Pauperes habent privilegium fori miserabilium sine discrimine, merito an immerito sint adhuc 62 sq.
85. Persona miserabilis habens cessionem a non miserabili, gaudet tamen privilegio fori 64
86. Vidua non potest exercere privilegium fori contra minorum 65
87. Eadem tamen contra militem potest, etsi privilegium dispar sit ibid.
88. Professores academiæ Franequeranæ prima instantia subjectos haberi curiæ supremæ 73
89. Studiosus major 25. annis ob furtum secreto virgis cæsus. Pastores & Doctores ob idem crimen *publice* eodem supplicio affecti ibid.
90. Quæstio de distribuendis bonis inter creditores professorum, bis apud judicium Acad. posterius apud supremam curiam decisa & administrata 74
91. Pro academicis habendos potius quam pro incolis oppidi eos, qui studiorum causa missi sunt in locum academiæ, etsi albo studiosorum non inscriptos 75
92. Pastores Ecclesiarum in causis civilibus uti quidem foro communi, sed tamen respectu bonorum pastoralium gaudere privilegio pupillorum 76

93. Quando e pluribus, quibus legitima competit, unus judex præteritus aut exheredatus est, an is reliquis ad quantitatem legitimæ determinandam adnumeretur. Affirmat. judicatum t. 2, 14
94. Parentes, etsi bona dissipantes, non possunt a liberis compelli ad legitimam ipsis repræsentandam 11
95. Prohibitio facta testamento, ne pater habeat usumfructum bonorum filio relictorum, non pertinet ad legitimam filio relictam 12
96. Hereditatis petitio dari nequit adversus eum, qui se dicit heredem, nec tamen ullas res hereditarias possidet t. 3, 5
97. Qui res hereditarias dolo malo dissipavit, ita ut eas in priorem statum restitui sit impossibile, tamen conveniri potest, ut eas in priorem statum restituat, ac ita condemnatur 6
98. Possessores rerum alienarum, etsi titulo oneroso, cogantur eas restituere domino, pretio non recepto l. 6 t. 1, 2
99. Mensularii quoque, sive *Lombardi* quos vocant, ad idem tenentur, non obstante pacto cum civitatibus & harum Scito ejus juris derogatorio ibid.
100. Prius actum est judicio possessorio frustra, deinceps actor obtinuit in petitorio: Quæritur, an fructus præstandi sint a prima interpellatione possessoria, an ab ultima petitoria. Posterius judicatum 9 fin.
101. Emphyteusis dari potest absque nomine proprio & sine expressa lege meliorandi t. 3, 7
102. Qui fundum immemoriali tempore possedit æquabili pensione sine certo titulo, emphyteusin acquisivit, secus si titulus locationis conductionis adjuerit 8
103. Emphyteuta tenetur ad solvendum vectigal, etsi nihil fructuum ob vim hostilem percipere nec fundum colere potuerit 10
104. Qui per 30. annos non solvit vectigal emphyteuta, manet tamen in futurum obnoxius, & de 29. annis præteritis tenetur 13
105. Quando usus fructus est relictus rei, quæ sine augmentis aliunde venientibus salva manere nequit, usufructuarius an proprietarius illa præstare debeat l. 7 t. 1, 11
106. Impensas litis super proprietate rerum uter ferre debeat, usufructuarius an proprietarius 12
107. Aliter in patre ac in aliis usufructuariis ibid.
108. Qui habet usumfructum vestimentorum & quorumvis mobilium, potest illis uti ad extremum usque, nec cogitur ad æstimationem finito usufructu restituendam, etsi ad mutuum commodum fere ita convenire solent t. 5, 3
109. Usufructuarius rerum mobilium, qui per contractum recipit æstimationem finito usufructu restituturum iri, non fecit novationem, nec ideo amittit jus accrescendi, aut reliquum jus testamenti 7
110. Heres, qui promisit, se omnibus testamenti articulis exacte paiturum, non prohibetur tamen exigere cautionem fructuariam in eodem testamento prohibitam t. 9, 1

111. Cum ususfructus est relictus cum potestate alienandi, remissa cautione non potest negare descriptionem rerum t. 9, 1
113. Jus, quod in faciendo consistit, non esse servitutem, nec ideo, licet prædio impositum, potest opponi tertio possessori l. 8. t. 1, 5
113. Agenti ex jure ante 70. annos constitutos, licet nunquam ex eo sit actum, si tamen possessio non sit interrupta, præscriptio opponi nequit ibid.
114. Precarium, quo quis a vicino petit jus ponendi fenestram in suo pariete, despicientem in vicini aream, quod ipso jure licet ei, non cogitur fenestram illam de suo pariete tollere t. 2 & 3, 7
115. Qui habet fenestram in suo pariete, despicientem in alienam aream, licet a tempore immemoriali, non potest prohibere vicinum, quo minus is contra istam fenestram ædificet; nisi vicinus illam fenestram, suo consensu approbaverit, quo tamen casu idem prospectui illius fenestræ officere non prohibetur 8
116. Damno a quadrupede dato, si dominus ejus deditione se non liberet, an etiam ad impensas teneatur, varie judicatum l. 9 t. 1, 6
117. Doloris & deformitatis in libero corpore non præstari æstimationem t. 3
118. In judicio familiæ erciscundæ famuli quoque juramentum non infitiandi præstare coguntur l. 10 t. 2, 7
119. Professio æris alieni ab his, qui sub juramento declarant res hæreditarias & in inventarium relata, non habet vim plenæ probationis ibid.
120. Descriptio rerum hereditariarum sine publica auctoritate fieri potest a majoribus annis XXV. etiam cum exactione jurisjurandi ibid.
121. Quæ ab uno coheredum vel sociorum donata sunt, rei communi non possunt imputari t. 3, 4
122. Parietem communem alter sociorum pro sua parte tollere potest, altero quoque invito 5
123. Actio ad exhibendum sua natura præparatoria, potest aliquando causa cognita pendente lite, institui 6
124. Nemo cogitur ante litem contestatam citatus, ad ullas interrogationes, vel ut testis, vel ut adversarius respondere l. 11 t. 1, 4
125. Qui post litem contestatam, interrogatus de factis, quorum ante litem contestatam nulla mentio erat facta, etsi per statuta respondere non teneatur, eaque pro non positis habeantur, si tamen fuerit confessus, habetur ratio confessionis 5
126. Qui interrogatus post litem contestatam noluit jurato respondere, pro confesso habetur 6 sq.
127. Quando positiones per contumaciam adversarii pro confessis habitæ sunt, ex causa tamen probatio ab actore potest exigi 8
128. Etsi interrogationes omni parte judicii possunt fieri, non facile tamen post conclusionem in causa sunt concedendæ ibid.
129. Confessio ad interrogationes adversarii ob probabilem ignorantiæ causam habetur interdum 9
130. Reconventionem fieri posse post litem contestatam, sed tum non procedere pari passu cum causa conventionis, neque hanc per illam retardari t. 2, 5
131. In judicio possessorio non admittendam esse reconventionem petitoriam 6
132. In judiciis summariis admitti reconventionem nonnisi æque summariam 7
133. In causa conventionis & reconventionis, si una facti sit, altera juris, hæc prior & sola decidituv, altera continuatur 9
134. Quando plures ejusdem causæ consortes habitant in diversis provinciis, diversitas jurisdictionum non tribuit idem forum, nec facit eos, qui sunt in hac provincia, subjectos curiæ supremæ prima instantia, aliud est, si causæ sunt inseparabiles 10
135. Jus, quo plures ob causæ connexionem ad eundem judicem venire debent, non tantum ad supremam curiam, verum etiam ad judices inferiores, si causa fuerit illic incepta, pertinet 13
136. Qui sedilibus alienis pro eo quod interest sua, adjungunt, ut iis adsistant, suo nomine nihil petere aut excipere possunt 14
137. Submissio sive prorogatio fori, facta in instrumento, cui inserta est hypotheca, non præjudicat tertio possessori hypothecæ 15
138. Submissio sive prorogatio fori, facta a duobus correis cum tertio contrahentibus, non pertinet ad correos inter sese 17
139. Clausula prorogationis, instrumento inserta his verbis, *met submissie soo na Recht*, nihil operatur 18
140 Magistratus & Rectores municipiorum accipiendo mutuas pecunias non possunt cives suos obligare, quo de suis patrimoniis conferendo solvant l. 12 t. 1, 8 & 9
141. *Universitates e speciali mandato accipiendi pecunias mutuo, tenentur iis, quibus hoc mandatum fuit exhibitum, licet mandatarii suos mandantes deceperint 9
142. Ex gravi causa creditor, etsi debitor exceptioni non numeratæ pecuniæ renunciaverit, probare debet, pecuniam vere esse adnumeratam 15 fin.
143. Adseveratio Mennonitica, licet conjuncta cum submissione pœnæ perjurii, non debet tamen habere vim jurisjurandi t. 2, 2
144. Qui de matrimonio litigant, non possunt sibi mutuo deferre jusjurandum litis decisorium 8
145. Juramentum suppletorium ad unius testimonium actori difficulter, nec nisi in causis levioribus deferetur 13
146. Sententiam non recte ferri sub conditione, si juraverit 15
147. Adversus eum, qui negat depositum, vel cujus lata culpa res deposita vel demandata periit, juramentum in litem hodieque locum habere t. 3, 4 sq.
148. Qui dedit aliquid, ut alter vicissim daret aut faceret, quamdiu alter vicissim non fecit aut dedit, potest repetere, nec cogitur agere ad implementum facti aut dationis reciprocæ t. 4, 5
149. E chirographo continente debiti confessionem sine mentione causæ debiti non dari actionem t. 5, 7
150. Quod solutum est chirographo non habente causam debiti, licet peti non potuerit, repeti tamen etiam non potest t. 6, 5

151. Qui solvit usuras indebitas sortis debitæ, non potest eas repetere 6
152. Condictio indebiti, licet stricti juris, si tamen fuerit quasi e contractu b. f. recipit usuras ex mora 6 fin.
153. Æstimatio rerum deperditarum non extantium, per testes facienda, valde lubricæ determinationis l. 3 t. 3,10
154. Constitutum pro alio ad certum diem solvendi, non esse fidejussionem, nec esse novationem, sed cum proprio effectu esse Constitutum, sicut appellatur t. 5,3 sqq.
155. Qui semet in officio obligavit cum clausula hypothecæ suorum bonorum, nomine tamen proprio non teneretur, si admodum diserta & prægnans formula sit adhibita l. 14 t. 1,7
156. Ad renunciationem *Auth. Si qua mulier. C. ad Sct. Vel.* magis esse, ut supra formam publicam & tres testes, requiratur jusjurandum l. 16 t. 1,18
157. Quando mulier intercessit pro viro, & renunciavit Sćto Vellejano, ea forma, quæ requiritur ad renunciationem *Auth. Si qua mulier.* licet ejus mentio facta non sit, beneficio tamen hujus Auth. non potest uti 20
158. Debitum illiquidum per judicem liquidum factum, non operatur retro compensationem, quasi antea liquidum fuisset t. 2,4
159. Debitum, quod tempore judicii per exceptionem perimi potest, non recipit compensationem, etsi cum primum nasceretur, reciproco jam existente debito, validum fuerit 5 sq.
160. Qui alium suscipit defendendum & pro illo intervenit in judicio, non potest compensare quod actor sibi debet 9
161 Cessionarius patitur compensationem ejus, quod cedens debet ei, contra quem ceditur actio, cum in cessione onerosa tum lucrativa 11
162. Idem juris est, si debitum cedentis natum sit post cessionem factam, ante intimationem ei, contra quem fit cessio, factam 12
163. Qui in jus vocatus accipit aliunde cessionem adversus actorem, potest quidem vi cessionis illius compensare, sed tenetur actori ad impensas refundendas 13
164. * Debitor, qui convenitur utili hypothecaria actione a creditoribus, potest compensare, quod suus creditor ipsi vicissim debet, licet hypothecaria actorum, qua hi nunc utiliter agunt, sit antiquior suo credito reciproco 14
165. Consignatio pecuniæ aliis debitæ, non nisi auditis iis quorum interest, fieri potest, & qui alter consignat imperio magistratus aut judicis, a quo appellari potest, perinde conveniri potest, ac si pecuniam adhuc haberet t. 3, 7
166. Qui pecuniam jure crediti accepit, quam alius jure meliori ad se pertinere contendit, non tenetur ad consignandum, nisi cum alter jus suum potius liquido comprobavit 9
167. Consignatio, quæ fit solutionis causa, non aliter quam citato & audito creditore jure fit; qui aliter consignavit, etsi judicialiter, perinde convenitur ac si adhuc possideret 14
168. Si mandatarius aliam sibi substituerit, cum detrimento mandantium, substitutus autem in partibus sibi commissis non deliquerit, mandantes primi in id quod interest, contra substitutum agere non possunt, paulo secus tamen judicatum l. 17 t. 1,3
169. Cessio fidejussori facta post solutionem, ab ipso pro debitore factam, non præjudicat creditoribus, etsi forte contra confidejussores valeat 9
170. Procurator in rem suam, non agit ex falsa qualitate, si præ se ferat simplex mandatum, nulla juris in se translati mentione facta 11
171. Instrumentum actionis cessæ cum titulo juris translati, sine clausula mandati in rem suam, nullo modo esse vitiosum, actionem tamen directam inde non posse moveri ibid.
172. Statutum communicans supellectilem inter conjuges licet ipso jure, non prænotat creditoribus hypothecariis antiquioribus t 2,3
173. Quando munus publicum communi pecunia conjugum est emptum, heredibus uxoris pars dimidia pretii, quo emptum est, non quo iterum vendi potest, debetur 6
174. Officio communi pecunia empto, licet approbatio post mortem uxoris facta sit, pars tamen pretii heredibus communi dividundo judicio debetur ibid.
175. Donationes alteri conjugum factas cum altero communicari, id esse judicatum; videri tamen esse distinguendum 7
176. Si maritus acceperit mutuum, ut debitum ante nuptias contractum solveret, mulierem ex illo mutuo teneri; non æque si instrumentum obligationis ante nuptias contractæ tantum mutetur ac innovetur 8
177. Quando contractus a marito est initus suo & uxoris nomine, vel cum uxore, tum creditor ipsum in solidum convenire nec durante, nec soluto matrimonio potest, ut est judicatum. Alias tamen secus esse visum, qua de re disceptatur 11
178. Mulier, quæ sine justa causa a viro secessit, partem redituum ne quidem e causis necessariis petere potest 3
179. Obligationes, durante matrimonio scriptas, censeri communes, etsi præsumptio sit, quod de pecuniis unius sint comparatæ, nisi hoc probetur ibid.
180. Debita, quæ alter conjux habet ante matrimonium & quæ finito matrimonio reperta sunt cancellata, creduntur & ante matrimonium soluta, nisi probatione vel præsumptione fortiori contraria ibid.
181. Nomina codicis mercatorii ante matrimonium contracta, si finito matrimonio deleta reperiantur, ab eo solo percepta creduntur, cujus fuit liberationum, nec communia censentur ibid.
182. Renunciatio lucrorum acquisitorum constante matrimonio facta, non valet; de lucris acquirendis in futurum, approbata est ibid.
183. Verum tamen, si alter e tali contractu fiat locupletior, alter pauperior, non subsistere pactionem, judicatum est 12

184. Qui in publica venditione, scripto certam pretium complexus est, & mox rogatus quid scripserit, minus a se scriptum affirmat, non videtur ultra quam ex continenti viva voce dixit, teneri, aliter tamen in hypothesi judicatum l. 181. 1, 5

185. Emptio potius quam permutatio videtur, si pro re aliqua partim res alia, partim pecunia detur, nisi res evidenter prævaleat 6

186. Emptor pretium simpliciter pollicitus pro re, quam scivit, non totam esse venditoris, totum, quod promisit, pretium solvere debet, sine deductione respectu partis alienæ 7

187. Fundo tot jugerum vendito, si plus minusve reperiatur, pretium regulariter crescit vel decrescit, nisi ad speciem sive corpus vendatur, quin etsi ad speciem vendatur, addito, ut fit, *soo groot ofte kleen* &c. ex justa tamen causa dari diminutionem pretii pro rata, ob notabilem discrepantiam 8

188. In metiendo agro vendito si numerus jugerum conveniat, etiam computari vias vicinales & arundineta juncosque palustres, quatenus falces pertigunt 9

189. Aliquis vendidit sub clausula *constituti*, fide tamen de pretio habita, ultimis pensionibus non solutis, si rem iterum publice emerit, dicens, se rem suam recipere, nec professus est apud officium vectigalis, quod Reipubl. debetur, quotiens res alienatur, incidit in pœnam commissi 12

190. Mercator, qui hominibus a se emere consuetis merces aliquas mittit domum, pretiumque in rationes refert, videtur habuisse fidem de pretio, nec ideo præfertur aliis creditoribus ibid.

191. Qui res vendidit ei, cujus institutum noverat esse rem alias iterum distrahere, videtur habuisse fidem de pretio, nec præfertur creditoribus ibid.

192. Frater, qui vendidit hereditatem coheredi fratri, non tenetur ad conferendum ipsi, quod a communibus parentibus *ipse* prius accepit; etsi frater emptor id ignoraverit t. 4, 4

193 In locis, ubi Statutum duas ponit retractus causas, sanguinem & vicinitatem, communio non excluditur, sed distinctam & potiorem vicinia causam retractui præbet t. 5, 12

194. Jus retractus ratione sanguinis cessat, quando res alienatur in remotiorem ejusdem familiæ cognatum 15 sq.

195. Quando duo conjuges, quorum alter est cognatus venditorum, emerunt, cognati ementis, qui retrahere nequeunt, pro parte tamen alterius possunt, ut nec cogantur totum accipere vel toto abstinere 17

196. Quando emptor est vicinus, ei tamen præfertur socius sive qui rem habet communem 19

197. Dominus inferioris ædium partis vendit eam vicino, partis superioris dominus in retractu præferri videtur emptori vicino 20

198. Translata res onerosa est more venditionis in eum, qui non solvere maximum, sed accipere minimum vellet pretium juxta rem; non est locus juri retractus 22

199. Speciale mandatum, quod in retractu pro alio faciendo requiritur, a marito pro uxore retrahente non requiritur 25

200. Retrahens, qui minus offert emptori, quam in instrumento venditionis scriptum est, præsumptione fraudis, si hanc probare nequeat, deinceps quod pretio deest, supplere non potest, sed excidit retractu 26

201. Qui habet jus retrahendi, non videtur emptorem cogere posse, ut promulgationes faciat ante tempus lege præscriptum; aliter tamen esse judicatum 27

202. Qui consensum in emendis rebus soli neglexerunt, in commissum incidunt, sed ut facile ad compositionem admittantur t. 6, 1

293. Quod periculum rei venditæ necdum traditæ ad emptorem pertinet, in foris etiam hodiernis ipsoque Frisico adhuc observari 4

204. Colonus emit domum cum horreo impositam fundo, agrosque ei subjectos conduxit ad longum tempus cum pacto solvendi donativum, quoties in alium jus transferretur, sublocavit domum agrosque alii ad aliquot annos; dominus petit donativum; Quær. an debeatur? Varie judicatum l. 19 t. 2, 3

205. Conductor longissimi temporis, qui certas impensas se recipit esse facturum, finita locatione non potest eas repetere, licet ad perpetuam rei causam pertineant 7

206. Impensæ, quæ ex natura contractus fieri debuerunt, etsi per illas fundus sit melior factus, finita locatione a colono repeti non possunt ibid.

207. Dominus prædii finita locatione tenetur ad æstimationem domus fundo impositæ se volente, licet colonus in possessione non sit 9

208. Colonus pro impensis ædium agro impositarum repetendis, habet tacitam hypothecam in agris ad domum istam pertinentibus, utique in Frisia 10

209. Illa tamen hypotheca non extenditur ultra corpus agrorum, non ad fructus, neque mercedes corundem ibid.

210. Colonus post dimissam possessionem, licet ædium taxatione necdum soluta, non potest agros subjectos denuo occupare 11

211. Sed idem in possessione constitutus non modo ædes jure superficiei suas, sed & agros iis subjectos retinere potest 12

212. Dominus fundi, locatione finita, tenetur ad æstimationem ædium, se volente agris impositarum, etsi non ipse, sed colonus renunciet locationi conductioni 13 sq.

213. Creditores coloni ante finitam locationem jure hypothecæ privilegiatæ non posse petere taxationem ædium a domino fundi 15

214. Colonus, qui invito & prohibente domino ædificavit, neque taxationem nec ipsum ædificium repetere potest (sine exemplo tamen decisionis) 16

215. Si vero ignorante vel non consentiente domino ædificaverit, taxationem quidem impensarum petere non potest, materiam tamen domus petere posse videtur ibid.

216. Aliud est, si loco ædificii combusti vel collapsi novas

ædes extruxerit, harum enim taxationem petere potest 17
217. Socius fundum communem solus inhabitans, impensas in ædificando factas pro parte alterius statim repetere potest 18
218. Hypotheca tacita locatori data in res invectas & illatas, valet etiam adversus conductorem secundum ejusque bona, sed non ultra quam ipse secundus conductor debeat 20
219. Colonos ob casus fortuitos raro petere mercedis remissionem, nisi ob vim hostilem, & quamobrem 23 sq. Obnunciatio locationis rerum soli non facile omittitur per tacitam renunciationem, magis est, ut debeat esse expressa. 26
220. Conductor etsi tempore locationis finito, & re locata vendita, si tamen obnunciatio facta non sit, ab emptore non potest expelli 27
221. Qui ad plures annos locavit fundum colono, quem postea comperit invecta & illata habere ab aliis commodata, huic tamen ante biennium cessationis jure obnunciare non potest, sed ut videtur, ita potest, si cautionem non præstiterit 28
222. Propter cessationem biennalem primi conductoris, non posse secundum conductorem expelli, fuisse judicatum, ratione peculiari, ut videtur, regularitet magis esse, ut contrarium sit verum 29
223. Colonus sine consensu domini e pascuo facere non potest agrum cerealem, quin teneatur in id quod interest 29 fin.
224. Quando quis agricolæ commodat pecudes & instrumenta rustica æstimata, sub lege substituendi res alias loco pereuntium, & cum pacto, ut substitutæ jure commodati habeantur, substitutæ tamen species non videntur esse in dominio primi commodantis; etsi a quando secus visum fuerit t. 5, 8
225. Post emancipationem tacitam, quæ fit per nuptias, pater non habet dimidiam usus fructus partem in bonis adventitiis L. 1 t. 7, 5

PRÆLE-

PRAELECTIONUM JURIS
PARS ALTERA,
Quæ est ad
PANDECTAS,
QVATENUS AB INSTITUTIONIBUS DISCREPANT.

I. Ratio instituti in hoc opere. II. Pandectarum sive Digestorum appellatio. Mos allegandi. III. Divisio & ordo. IV. Ratio, cur in parte priori dicta heic non repetantur. V. Summas Artis non male Paratitla *vocari, secus ac Menagius.*

Consilium nobis est, jus Pandectarum breviter & perspicue, ut in primæ partis initio præfati sumus, ita complecti, ut ea capita, de quibus nihil aut parum in Institutionibus reperitur, ordine justo tractemus; ex cæteris, de quibus ibi ex professo fuit actum, non tam nihil dicamus, quam præcipua & tyronibus ignota excerpamus. Enimvero institutum Juris Conditorum fuisse, ut in Institutionibus præcipua scituque maxime necessaria proponerent, eademque in Pandectis pleniore manu exequerentur, additis, quæ in prima Institutione prætermissa fuerant, satis est manifestum. Si hoc nobis sequendum esset, Commentarius ad Pandectas ingens evadebit opus, nec forte par huic vitæ brevi spatio nobis superfuturo. Sed utcunque vetustatis exempla valde ad animum nostrum pertineant, non minus tamen ita instituimus, ut temporum, quibus utimur, rationem inprimis habendam esse credamus. Idcirco nobis visum est, eaque sententia magis magisque usu docendi apud nos invaluerit, Pandectas ita esse tractandas, ut quæ apud Institutiones dicta sunt, eadem scribendo aut explicando non repetantur, nisi quatenus rerum connexio flagitare videatur. Hoc instituto, positiones utriusque Partis, Institutionum & Pandectarum, una editione conjunximus, ut ex illis pariter æquabile corpus fundamentorum Juris exiret. Quæ ad Institutiones sunt, has pridem latiore Prælectionum opere conati sumus illustrare, quod earum brevitas & notitiarum Juris multiplex usus enixe postulabat. Id ipsum juxta Pandectas; si Deus vires largietur, in his paginis satagemus, eo modo, ut vetus dictum, quod semper apprime nobis placuit, ubique sit in conspectu; Τὰ κοινὰ καινῶς. Neque desperamus, idem nobis eventurum, quod gymnasiorum Magistris Hippocrates in libro περὶ τέχνης, pollicetur: Οἱ τῶν γυμνασίων ἐπιμελόμενοι, ἀνεύρισκουσι καὶ τὴν αὐτὴν ὁδὸν ζητέοντες. *Qui gymnasticæ dant operam, dum eadem via quærunt, semper aliquid adinveniunt.* Denique, & ad amœnitatem simul, & clariorem dicendorum explicationem facere posse videtur, si quandoque, ubi res tulerit, observationes Juris, exemplis & historiis rerum nostra memoria judicatarum firmatas, illustremus. Sed missa præfatione rem ipsam aggrediemur.

2. (a) Institutiones sequuntur in Corpore Juris Pandectæ, ita dictæ ὡς πάντων δεκτικὴ τῶν νόμων, quod totum jus contineant, idque in eo digestum sit, unde DIGESTA latine; Hebraice, ut hoc etiam addere liceat, *Colbo*, Liber *in quo omnia* sunt, cujusmodi inter Judaicas Commentationes celebris extat Codex. Compositæ sunt Pandectæ e duobus librorum milibus, triginta septem autoribus, quorum nomina singulis excerptis sunt præscripta, ut auctoribus sua laus maneret, non ut conditores operis habeantur; nam id totum Imperator suum fecit, & sua solius omnia vult censeri, *Const. tanta. §. 1. & 10.* quod eo pertinet, ut quando Jurisconsulti in Pandectis contraria scribunt, ea tamen pro antinomiis non habeantur, si dein Cæsar consentanea prioribus referat. Exemplum est in *l. 6. § ult.* cum *l. sequ. ff. de Rer. divis.* juncta *l. 6. § ult. ff. de Relig.* quas antinomias esse, vult vehe-

(a) *Pos. 1. & sqq.*

menter D. A. Matthæus *disput. fund. VII.* qua de re dix. *part. 2. Digress. lib. 1. cap. 7.* Articuli isti excerpti vocantur *Leges*, etsi minus aliquando commode, cum sæpe verbo uno altero-ve sine sensu constent; alii malunt dicere *capita*, nescio an commodius; nos usum sequimur, quem nec Budæus elegantiæ alioqui pervicax adspernatur, *comm. ad L. 1. de Just. & J. c. 2.* Incitandis legibus, Pandectas designamus digammate ff. quod est corruptum e græco π. Id enim ubi celerius scribitur, lineam transversam fere habet per medias rectas. Accursiani & Bartolistæ cum viderent π. ita negligentius pictum, ignari Græcarum literarum, putarunt esse ff. Nos cum legem citamus, nec addimus notam libri, Digesta intelligimus, Codicis textus adjecta C. litera distinguimus; ut fit; versus Institutionum, per literam I. aut nullo addito signo.

3. (b) Dividuntur Pandectæ in partes VII. libros L. titulos 434. Doctores antiqui dividunt in tres partes, in Digestum Vetus, infortiatum, & novum. Vetus pertinet usque ad *tit. 3. lib. 24.* Alterum usque ad *tit. 1. lib. 39.* Inde pater novum. Sed hæc partitio exiguum habet usum, nec operæ pretium est indagare τὸ *infortiati* originem, quod alii satagunt. vid. Wissenb. *proœm. ff. n. 7.* *Pacii* non est injucunda comparatio septem partium Pandectarum, cum septem sphæris planetarum, supra quam sphæra summa, duodecim zodiaci signis præfulgens, cui non male respondeat Codex in duodecim libros descriptus; etsi veteres Codicem τῷ δωδεκαδέλτῳ pristino, hoc est XII. tabulis, comparent. Ordo capitum in Pandectis is est, quem boni consulere possis, arbitrarius, non tamen nullus, ut ostendit Cujac. *in paratitl.* & Jac. Gothofred. *in fer. Pandect.* ille quidem solidius & civilius ad meum gustum, quam Gothofredus: Nam hic dedit quidem operam, ut doceret, methodum esse ex Edicto perpetuo; verum ita, ut non minus scire cupias, cur ita in Edicto fuerit. Nos ordinis rationem non quidem penitus negligemus, nec tamen sollicite ubique indagabimus; sed auditores potius admonitos volumus, ut ordinem, quem Justinianus in Institutionibus servavit, perpetuo in conspectu memoriæ retineant, eoque sicut debet ac potest fieri, omnia referant, idque dent operam.

4. (c) Diximus, esse nobis consilium fundamenta duntaxat earum rerum tradere, de quibus in Parte prima Elementorum non fuit actum, vel delibare tantum, quæ in parte prima indicta, silentio tamen non prætereunda videntur. Nam quia mos pridem viget in scholis, Institutiones non semestri lectione transmittere, sicut olim Cæsar voluit, sed plena manu tractare, censeo & expertus sum, grave esse, eadem in Pandectis ordine licet diverso, inculcari; gratius & aptius visum, ea capita Pandectarum exponere, quæ in Institutionibus non occurrunt, atque in locis parallelis remittere lectores ad *partem primam.* In hac ratione crebris collegiorum experimentis, ad Treutlerum, Wesenbecium, Zœsium, Struvium, Pacium, Schoranum, Corvinum, acquievimus: diu etiam sine ullo auctore paratitla tradidimus auditoribus, exemplo A. Matthæi & Wissenbachii, virorum Clarissimorum, qui sic nobis præcipiebant; pro captu tamen juventutis omnino satius est, auctorem ut habeant, quem exponi audiant ac ita edisscant. In singulis scriptoribus illis est, quod ad rationem collegiorum, ut nunc habentur, desideres: eaque causa nostris præceptoribus fuit, ut nullum sequerentur. Mea sic ratio est: Integram Artem juris, primo secundum Institutiones, per definitiones atque divisiones ediscendam proponere; Idem per Pandectas esse continuandum, duntaxat in iis capitibus, de quibus in Institutionibus nihil fuit traditum. Proinde, qui Pandectas ingreditur, huic commodum erit, reperire loca in itinere vasto, ubi respirare liceat, & jucunda repetitione eorum, quæ pridem tenebat, discutere tædium, quod iter quinquaginta librorum inexpertis parit. Idcirco in collegio ff. titulis parallelis auditores remittimus ad *partem primam*, aut examinando ea recolimus. Subinde & spicilegium addimus, sicubi omissa fuerint, quæ non debebant. Non ignoramus esse, quibus hæc ratio summaria docendi, in Pandectis displicet, quique tyrones Institutionibus defunctos statim ad ipsos Jurisconsultos tractandos impellunt. Sed de hac ratione prolixe disputavimus in Auspiciis *orat. 2. 4. 5. & in Dialogo de ratione Juris docendi atque discendi*, quo lectorem remittimus.

5. Genus hoc scribendi, *paratitlare* vocari solet, quod tamen latius patet, ut olim Spigelius, & ex eo Calvinus, in Lexicis probarunt, comprehendens etiam adnotationes ad quemque titulum, eorum quæ aliis in Titulis & locis ad

(b) *Pos. 6.* (c) *Pos. 9. & sqq.*

istum

istum titulum pertinentia reperiuntur, ut multa auctoritate probat Menagius *amæn. jur. cap. 15.* sed idem non videtur habere tantundem rationis, quando negat, summarias Titulorum notitias recte *Paratitla* vocari, ut adhuc existimatum est. Nam mihi plane videtur Justinianus loqui de talibus summis in *Constit. de concept. Dig. § 12.* in his verbis; *sufficiat per indices tantummodo & titulorum subtilitatem, quæ παρέντιτλα nuncupantur, quædam admonitoria ejus facere.* Quid enim aliud sunt nostræ titulorum *summæ*, quibus utimur, quam indices, & admonitoria, & titulorum subtilitates, hoc est, notitiæ breves titulorum? Videntur igitur paratitla esse, quicquid ad oram titulorum *παρὰ τίτλα*, notitiæ gratia adjicitur: adeoque Cæsaris verba, summariis evidentius, quam juribus fugitivis, hoc est non suo loco sitis, convenire videntur. Verba *per indicem* explicat Theoph. ad *§ ult. I. de Publ. jud. διὰ συντόμε παραδόσεως.*

TIT. I.

De Justitia & Jure.

I. Cur hic de Justitia plenius. Definitio ejus exponitur philosophice & primo Genus. II. Differentia. III. Divisio. IV. Et heic definiri particularem Justitiam, quæ dicitur. V. Distributiva & commutativa Justitia confertur cum Expletrice & Attributrice. VI. De proportione Justitiæ in Contractibus & delictis. VII. De sententia illarum, qui unam modo speciem Justitiæ agnoscunt. VIII. Præstantia divisionis Grotianæ præ Scholastica. IX. Quo sensu Jus a Justitia sit dictum. X. Quotuplex sit Jus. XI. Bonum & æquum an diff. ubi de Æquitate. XII. Ejus divisio in Legislatoris & Judicis, in naturalem & civilem. XIII. Usus ejus duplex. XIV. Exemplo rei judicatæ declaratus.

Diximus, id non agi, (a) ut titulos cum Institutionibus parallelos, ordine justo apud Pandectas repetamus: verum singularia & in parte priori indicta, subinde adspersum iri: quare *Tit. 1. de Just. & Jure* præterire poteramus. Sed, quia in parte prima minus copiose, quam res postulat, de Justitia disseruimus, placet heic paulo plenius agere. Definitionem habuimus, etiam quo sensu voluntas dicatur, scil. pro consilio & proposito. Alii tradunt, justitiam dici voluntatem per metonymiam subjecti pro adjuncto. Nam proprie *Voluntas* est facultas mentis, qua aliquid appetimus aut fugimus, quæ juxta intellectum totam ipsamque mentem hominis repræsentat; virtutes autem, ipsaque Justitia, sunt habitus voluntatis. Sed revera *voluntas* significat animi consilium. Philosophi facultates in mente statuentes, hoc vocabulum ex medio usu populari ad suum stylum transtulerunt. Ideoque illis, non Jurisperitis, opus est tropi excusatione. D. Amesio *5. conse. 2. n. 2.* non placet hoc genus *Voluntas*, quia non est proximum; at sic rarissime definitio apud nos subsisteret, ne quidem ipsa Jurisprudentiæ. Sufficit nostris, definitum distinguere ab aliis rebus. Dialecticam *ἀκρίβειαν* non æque curant, ne opus est adeo. Sequitur in definitione, *Constans & Perpetua.* Vulgo hæc synonyma putant, non Theophilus, qui distincte *σταθερὰ καὶ διενεκὴς* vertit, eodem discrimine, quo Aristotel. *2. Nicom. 4.* conjungit, & tamen discernit *τὸ βεβαίως* agere, & *ἀμεταπτώτως*, *firmiter, ac immutabiliter. Constans* igitur voluntas, est propositum grave, deliberato & stabili judicio subnixum, & habitu confirmatum, cujus notam ponit philosophus, si quis agat *οὐκ ἀχθόμενος*, sed *αὐτῷ τούτῳ χαίρων*, si quis cum lætitia & voluptate animi agat. *Perpetua* voluntas est *διενεκὴς*, vel ut Aristoteles explicat, *ἀμεταπτώτος*, quæ nunquam mutetur, quod in vera virtute requiritur. Sic Tullius *1. de LL.* virtutem, ut nos Justitiam, appellat constantem & perpetuam rationem vitæ, *ibidemque* vitium vocat inconstantiam. Sed quorsum hæc, cum talis constantia non cadat in hominem? Qui enim Stoicis & Cynicis credat, *ἀναμαρτήτους τοὺς σοφοὺς*, *sapientem peccato vacuum?* Laert. *in Zen. & Mened.* Nos scimus, justum cadere septies, quem illi *ἀπταίστους* affirmabant, *qui labi non posset.* Quosdam hic scrupulus eo compulit, ut cum Accursio justitiam divinam hic definiri, inepte putent. Plerique respondent, finiri hic justitiam, non ut est in concreto & in individuo, sed ut est in idea & abstracto, velut

(a) *Pos. 1. 2. 3.*

Plato Remp., Stoici ſapientem, Tullius oratorem, alii res alias deſcribunt. Neſcio, an Philoſophia hunc ſenſum recipiat. Juſtitia crebris actibus acquiritur, cum voluptate & conſtantia exercetur, 2. *Nicom.* 3. & 4. ἕξις ἀφ, ἧς δικαιοπραγοῦσι καὶ βούλονται τὰ δίκαια, Habitus eſt, per quem volumus & agimus juſte, ut Ariſtot. 5. *ad Nicom. c.* 1. docet. Hæc & alia clare oſtendunt, Philoſophos juſtitiam, ut ineſt homini, definire, nec ſecus de aliis virtutibus agunt. Actio ex habitu non poteſt, niſi ad certum ſubjectum referri; & cum noſtri Philoſophorum verbis utantur, quidni & ſenſus ſequantur? Illa idea & abſtracti explicatio, potius ei quod juſtum eſt convenit, quam virtuti juſtitiæ. Mallem dicere, hominem juſtum actu primo conſtanter & perpetuo eſſe talem, non ſecundo, ſive actu exercito; Affectu, non effectu. Ergo etſi aberret quotidie, non tamen deſinit eſſe juſtus, modo voluntas & propoſitum maneat. Paucis actibus non acquiritur habitus, paucis non amittitur. Juſtus aberrans ἀδικεῖ μέν, ἄδικος δ' οὐκ ἐστί. Injuſte quidem agit, non tamen injuſtus eſt; Rationem reddit Philoſophus 5. *Nicom. c.* 6. quia tunc agit οὐ διὰ προαιρέσεως ἀρχήν, ἀλλὰ διὰ πάθος, *non ex deliberata electione, ſed affectu abreptus.*

2. (b) Sequitur differentia in definitione, *Jus ſuum cuique tribuendi.* Ita Plato ex Simonide 1. *de Rep.* τὸ τὰ ὀφειλόμενα ἑκάστῳ ἀποδιδόναι, δίκαιόν ἐστι. Juſtitia eſt, cuique quod debetur tribuere; Nam ἀποδιδόναι latius Plato quam *reſtituere* accipit, ut ex ſequentibus liquet; Paulo ante addiderat τ' ὠφελεῖσθαι λέγειν, vera dicere, quo non veracitas, ſed fides, quæ eſt vinculum commercii & vitæ, ſignificatur. Juſtinianus ait *ſuum* tribuere, Plato quod *debetur*, quæ voces ſolent alias opponi in Jure; hic ſunt unum idemque. Cicero juſtitiam ait eſſe, quæ cuique jus ſuum & dignitatem tribuit, 2. *de Invent.* & 3. *ad Herenn. a princ.* Per jus intelligit quod plene & perfecte ad nos pertinet, ut quod in dominio, vel in credito eſt. Per dignitatem, quæ probabili nobis ratione, non tamen neceſſario debentur, neque exigi poſſunt, ut bene meritis præmia, egentibus ſubſidium; hæc etiam Ariſtoteles ad ἀξίαν ſive *dignitatem* refert. 5. *ad Nicom.* 1. & 2. Noſtri per Jus intelligunt facultatem moralem, quæ competit ad juſte aliquid habendum vel agendum, ſub qua & dignitas comprehenditur, ut docet Grot. 1. *de Jure B. & P. cap.* 1. & mox videbimus. Dicitur *tribuendi*, non tribuens, ut Theophilus, vel potius *Viglius*, vertit, νέμοντα, quia ſic efficacius officium hominis juſti & uſus juſtitiæ exprimitur; unde Ariſtot. ἕξις ἀφ, ἧς δικαιοπραγοῦσι, ex quo juſte homines agunt. At ſuum cuique aliter privatus, aliter Magiſtratus tribuit. Ille, ſi nec plus ſibi, nec alii minus quam oportet, tribuat; Hic etiam cogendo cives ad æqualitatem. Obiter notandum, rationem fugiſſe D. Ameſium in carpendis JCtis *d. l.* 5. *c.* 1. *in princ.* & § 19. dum jus ſuum cuique tribuere in definitione Juſtitiæ, nihil aliud eſſe tradit, quam facere quod jus & juſtum eſt; nimirum jus hic pro æquo & bono accipit; inepte, cum ad perſonas referatur, & qualitatem habendi aliquid agendive ſignificet, ut dictum *modo*, & dicetur *inferius.*

3. (c) Dividitur Juſtitia in univerſalem & particularem. Univerſalem Ariſtoteles finit 5. *Eth. c.* 1. ἀρετὴν τελείαν πρὸς ἕτερον. *Obſervantiam omnium virtutum erga alios.* Verbum τελείαν non tam de perfecta, quam univerſa virtute intelligimus. Mox enim ait, ὅλην τὴν ἀρετὴν, *totam virtutem*, omnesque in ea virtutes contineri; nec differre a virtute in genere, niſi quod hæc ad ſubjectum, cui ineſt, Juſtitia ad alios referatur & ad uſum in ſocietate civili. Unde eleganter eam τελείας ἀρετῆς χρῆσιν, univerſæ virtutis exercitium vocat. Scholaſtici univerſalem Juſtitiam non eam dicunt, quæ tam late quam virtus ἁπλῶς *in genere* ſumpta pateat, ſed quæ reliquarum virtutum actus ad ſuum finem & commune bonum referat. Thom. 2. *qu.* 58. *art.* 2. At ſic ipſa particularis Juſtitia fiet univerſalis, idemque de charitate prædicari poſſet, ad quam omnes virtutes ordinantur, ut absque ea laudem nulla mereatur. Quod autem Ariſtotelem volunt hoc ſenſu Juſtitiam vocare *totam* virtutem, id falſum eſſe, ex iis, quæ dicta ſunt, liquet, & ex verſiculo quem citat, ἐν δὲ δικαιοσύνῃ συλλήβδην πᾶσ' ἀρετή ἐστι. Juſtitia particularis ἡ κατὰ μέρος eſt, cui τὸ ἄνισον καὶ ἡ πλεονεξία opponitur, inæqualitas diſtribuendi bona externa. Hinc definitur, quod doceat, *ne quis e bonis externis ſibi plus brevi, aut alii plus onerio tribuat, quam oportet.* Eſtque duplex, ἓν μὲν εἶδος τὸ ἐν τοῖς διανομαῖς, una ſpecies *diſtributiva*, ad ἀξίαν ad dignitatem refertur, inque præmiis & honori-

(b) *Poſ.* 4. 5. (c) *Poſ.* 6.

bus

bus versatur, ἓν δὲ τὸ ἐν τοῖς συναλλάγμασι διορθωτικὸν, altera, quæ in contractibus, est correctiva, vel, ut vulgo, *commutativa*.

4. Cæterum, nostra definito procul dubio ad particularem tantum Justitiam pertinet, licet multi dissentiant. Prorsus enim est eadem, quam Plato & Cicero habent, ut dictum *th. 2.* At Plato de fide servanda & eo quod debetur loquitur, Cicero divisionem quoque particularis Justitiæ Aristotelicam, sua definitione expresit; uterque definitum τῇ πλεονεξίᾳ, sive cupidini plus suo habendi, opponit, quod particulari tantum convenit: & res ipsa loquitur, suum cuique non tribui cunctis virtutibus, ut fortitudine, temperantia, modestia &c. Sed excipiunt Viri Docti, suum cuique tribuere ita hic accipi, ut latum Justitiæ officium exprimat, quod est suum cuique tribuendo omnium virtutum actus ad suum finem & commune bonum perducere. Soto *3. de Just. & J. qu. 2. art. 5. & 7.* Verum ita Philosophus, sed abusive Scholastici loquuntur, ut *supra* vidimus. Justinianus quidem in *princ. N. 69.* prædicat de Justitia, quæ jura omnibus distribuit, quod reliquæ virtutes ejus bona subsequantur; sed prædicat hoc, ut de præcipua virtute, non quæ omnes comprehendat, de particulari inquam, sine qua cæteras nihil prodesse affirmat, quod idem de charitate Apostolus tradit *1 Corinth. 13.* Sed movet viros doctos, quod Legislator omnes virtutes sibi proponat civibus inculcandas, *d. l. 5. ad Nicom. c. 1.* unde & universalis Justitia vocatur νόμιμος legalis, *d. cap. 1.* quæ proinde legali scientiæ optime conveniat. Sic est, Legislator non certam, sed omnes civibus virtutes commendat; non sancit tamen alias, quam quæ neglectæ societatem communem lædunt. Nostri sane Auctores de externis modo rebus præmiisque & pœnis præcipiunt, de cæteris, quæ ad Rempubl. animique beatitudinem spectant, nihil aut parcissime agunt. Ideoque eam Imperator justitiam definivit, de qua imprimis & prope sola acturus erat, non quæ tori virtutum choro, Ethicisque & Politicis artibus æquaretur.

5. Speciebus Justitiæ, Distributivæ & Commutativæ, duplicem Philosophus differentiam adscribit. Unam a subjecto, alteram a modo tribuendi suum cuique. A subjecto, distributivam in collatione τῆ τιμῆς ἢ χρημάτων, honorum, & pecuniariis præmiis; commutativam ἐν τοῖς συναλλάγμασιν, in contractibus versari docet. A tribuendi modo; in distributiva servari Geometricam sive comparatam proportionem, quæ dignitatis & personarum discrimen spectat; in commutativa simplicem & Arithmeticam, quæ jus æquum summis & infimis partiatur. Utraque differentia laborat; Nam quorsum jus repetendi quod suum est, referet? non ad honores aut præmia, neque ad contractus. Quin & fieri potest, ut comparatæ proportioni sit locus in contractibus. simplici in honoribus, quod Grotius probat *1. de J. B. & P. c. 1. n. 8.* Quapropter idem ὁ μέγας, species Justitiæ a subjecto solo distinguit, ut una versetur circa jus stricte sumptum, quod est plenum & perfectum, altera circa dignitatem, quam explicavimus *th. 2.* Jus perfectum, facultatem; quod ad dignitatem spectat, aptitudinem appellat. Justitiam, quæ cuique suum ex facultate tribuit, *expletricem*, quæ ex dignitate, *attributricem* vocat. Nos Aristotelis terminis utemur, ut tamen discrimen ratione subjecti præcipue spectemus. Distributiva sit, quæ in præmiis & honoribus: Commutativa, in contractibus aliisque juribus plenis versetur. Proportio quidem Arithmetica dominatur in Commutativa, Geometrica in distributiva, ut tamen utraque species utramvis aliquando recipiat; unde Harmonicam proportionem Bodinus excogitavit, minus necessario, ut Præceptor olim Noster D. Matthæus judicat ad *lib. ff. 48. tit. 18. cap. 4. n. 7.*

6. (d) Aristoteles συναλλάγματα, *Contractus*, dividit in ἑκούσια & ἀκούσια, *voluntarios & invitos*. Voluntarii sunt, quos proprie Contractus JCti appellant, per invitos delicta intelligit, quod & nostri aliquando imitari videntur, in *l. 1. de LL. l. 20. de Jud.* Hinc in pœnis irrogandis Arithmeticæ proportioni locum Aristoteles dare videtur, *d. l. 5. cap. 4.* In puniendo Lex, ait, personis æqualibus utitur, χρῆται ὡς ἴσοις, nec probat contrarium D. Matthæus ex *cap. 6.* nam ibi contra Pythagoricam talionem disputat, & inæqualitatem urget, non ex personis, sed ex damno, ut distinxerat *c. 4.* Legem in puniendo non personas distinguere, verum τὴν τῆ βλάβης διαφοράν, *damni differentiam* Quod ad rem attinet, maleficia proprie non conveniunt justitiæ commutativæ; hæc enim ejus est naturæ, ut debitor rem ejusdem valoris solvat creditori, quæ paritas æstimationis non est inter pœnam & delictum, etsi pœna *æstimatio* dicatur in *l. 41. D. de pœn.* Igitur frustra

(d) *Pol. 7. & c.*

ſtra urgeas proportionem Arithmeticam, quaſi in contractu. Recte D. Matthæus *d. loc.* ita: Cum civiliter agitur ad multam, ſimplex proportio ſervetur; ſed cum criminaliter ad publicam vindictam, perſonarum diſcrimen excludi nequit. Ita Jus noſtrum pro conditione & dignitate perſonarum pœnas varie infligit, *l. 2. de term. mot. l. 3. §. 2. Stell. l. 28. ult. de Pœn.* Nec ratio deeſt. Præmiis & pœnis, ut Plato dicebat, Respublica continetur. Proinde ſi ob idem meritum remuneratio pro dignitate perſonarum major vel minor ſit, quidni in pœnis idem admittatur? Eadem eſt ratio abſterrendi a vitiis, quæ eſt alliciendi ad virtutem. Et cum pœnarum aliæ plus aliis tormenti & turpitudinis habeant, iniquum fuerit, omnem meritorum, natalium, ſexus, ætatis differentiam tolli. Ne quis tamen putet, hac ratione potentes & nobiles ad ſcelera provocari, ſciendum, id perpetuo ſervari, gravia delicta in omnibus perſonis graviter, levia leviter coercenda, nec dignitati plus tribuendum, quam ratio recta & ſalus populi patiatur. Ideoque dubito, an totum genus pœnæ ex perſonali reſpectu mutari debeat, ut capitalis adverſus viliores fiat, non capitalis in honeſtioribus, quod Jus noſtrum aliquando permittit, *l. 3. § pen. ff. ad L. Corn de Sicar.*

7. Hactenus ſecundum receptam in Scholis doctrinam. Contra quam alii, nuperque D. Vinnius ad *pr. tit. Inſt. d. J. & J.* ex Bach. ad *τὰ πρῶτα de Juſtit. n. 2.* tentat unam modo Juſtitiæ ſpeciem dare, cujus oppoſitum ſit *τὸ ἄνισον inæqualitas*, ſeu *πλεονεξία*, quam volunt omnibus certo modo virtutibus opponi; ut etiam adulter & qui ex acie fugit, ſit *πλεονέκτης*, non qua libidinem explet, vel timet, ſed qua thorum alienum violat, aut patriam prodit; quod eſt contra Ariſtotelem, qui *d. l. 5. c. 2. πλεονεξίαν* negat aliis virtutibus applicari poſſe, ſed generalem injuſtitiam, quam *παρανομίαν* vocat, uni ſemper reliquarum virtutum adverſari. quo argumento particularem *τὴν ἐν μέρει δικαιοσύνην*, eſſe diſtinctam virtutem evincit. Nos pro defenſione Juſtitiæ particularis, copioſe diſputavimus in *lib. 1. Digreſſ. c. 8. & 9.* Nec eſt aliter quin vere particularis *ἡ ἐν μέρει δικαιοσύνη*, diſtincta detur ab aliis virtutibus, ſi *πλεονεξίαν*, cupiditatem habendi plus ſuo, *τὴν ἀπὸ τοῦ κέρδους*, eam, quæ eſt lucri cauſa, intelligamus cum Ariſtot. *5. Ethic. c. 1.* Cum enim nihil hoc vitio frequentius ſit nec alia virtus, quæ id coerceat, extet, nihil ſupererat, quam ut ſpecialis virtus huic vitio reſpondens cum Philoſopho ſtatueretur, ut multis etiam Hereboordius *diſputat. Lib. de Juſt.* probat. Tamen fatendum eſt, quando Juſtitiam cum Grotio dividimus in Atributricem, & Expletricem, quemadmodum fecimus *l. 1. Inſt. tit. 1. n. 2.* fieri poſſe, ut oppoſitione juſtitiæ particularis ad univerſalem careamus; modo tum *πλεονεξία* latius accipiatur pro quavis cupiditate habendi fruendique eo, quod ad alium pertinet, non modo ſi in pecunia, verum & ſi in honore, pudicitia, cæterisque affectionibus conſiſtat, ut ferediſſerit D. Vinnius *d. loco.*

8. Præſtantia diviſionis Grotianæ, (quæ tamen a veteribus eſt petita, ut probavimus *d. lib. 1. digreſſ. cap. 8.*) inter alia colligi poteſt ex eo, quod de pœnis delictorum quæri ſolet, ad utram juſtitiæ ſpeciem pertineant; eſt enim perplexa quæſtio, ſi de juſtitia commutativa & diſtributiva, proportionibusque Arithmetica & Geometrica quæratur: Res expedita erit, quando expletricem & attributricem uſurpamus Juſtitiam. Nam ad expletricem haud dubie referendæ ſunt pœnæ, quia nemo punire poteſt, niſi qui jus plenum & perfectum habet puniendi, nec puniendus quisquam, niſi qui plene id meritus, idque ſua quaſi voluntate, gnarus crimina ſubjacere pœnæ. Unde Ariſtoteles delicta contractus involuntarios vocat *5. ad Nic. 2.* proinde ut in contractu æqualitas circa mutuas præſtationes ſervatur; ita pœnalis juſtitiæ fundamentum eſt æqualitas inter pœnam & culpam. *Grot. l. 2. c. 20. § 2.* Ergo ubi culpa eſt æqualis, pœnam quoque æqualem eſſe oportet, quod tamen non impedit, quo minus genera pœnæ pro diverſitate perſonarum temperari poſſint; cum enim pœnarum aliæ plus aliis tormenti & turpitudinis habeant, iniquum foret, omnem meritorum, natalium, ſexus, ætatis differentiam tolli, quo reſpectu pœnæ in theſi diſpares, in hypotheſi diverſis applicatæ perſonis, pares cenſeri poſſunt, quæ eſt juris ratio in *l. 2. de term. mot. l. 3. § 2. Stellion. l. 21. § ult. de Pœn.* ſed in hac moderatione ſumma opus eſt prudentia, ne plus perſonis tribuatur, quam ratio recta & ſalus populi permittat: ideoque jure dubites, an totum genus pœnæ ex perſonali reſpectu mutari debeat, ut capitalis adverſus viliores fiat, non capitalis adverſus

versus honestiores, quod jus nostrum aliquando permittit, *l. 3. § pen. ad L. Corn. de Sic.*

9. Jus (hæc pars altera tituli) a justitia appellatum est, ait *l. 1. in pr. h. t.* eodem sensu, quo Cic. *3. de LL.* & Aug. *2. de Civ Dei c. 21.* jus esse dicunt, quod de justitiæ fonte manavit; utique non de Grammatica, sed Logica derivatione loquiICtum, textus loquitur: jus a justitia appellatum est, ait, nam jus est ars æqui & boni; Etymologiæ rationem ex definitione utique reali petit. Quin etiam dicere licet, nomen ipsum Juris ab Justitia esse petitum; cum enim primum Ars legum componebatur, auctores ejus aliunde nomen petere non potuerunt, quam quod Justitia illis monstrabat; quæ & ipsis hanc scientiam inspiraverat, & quam pro scopo disciplinæ suæ perpetuo sibi proponebant. Ergo ejusdem conjugationis vocabulum huic arti indiderunt: Nam Justitia & Jus sunt ejusdem originis. Porro, quot modis Juris vox sumatur, diximus in *Part. 1. tit. 1. num. 6.* Nec est, quod hcic addamus. Sed apponam, quod Vir Clar. *Christianus Thomasius*, Scholii loco, de significatione *Juris* pro *facultate habendi aut agendi*, per omnes juris legalis species exactum, huic loco adjiciendum putavit.

10. *Qui felicem in Jurisprudentia progressum optat, ei necesse est, ut duos Juris significatus a Grotio distincte propositos*, Lib. 1. cap. 1. *sed non ubique in tractatione ipsa distinctos, & plerumque a JCtis antiquioribus etiam confusos, probe inter se secernat. Placet ergo rem sequentibus positionibus includere.*

1. *Jus sumitur vel pro attributo personæ, vel pro Lege.*
2. *Illud est qualitas moralis activa, personæ competens ad aliquid juste habendum, vel agendum.*
3. *Estque vel perfectum, vel imperfectum.*
4. *Perfectum* (*Facultas Grotio* d. l.) *est, cujus vi alterum juri huic meo sponte non satisfacientem, cogere possum in civitate per actiones, extra eam per bellum, e. g. jus patriæ potestatis, jus dominii, jus ex empto.*
5. *Imperfectum* (*Aptitudo Grotio*) *est, cujus vi alterum cogere nequeo, sed saltem pudori eorum, qui mihi vi hujus juris aliquid debent, ad implementum ejus relinquitur, ut jus ad habendas eleemosynas, jus ad antidora, jus fratris ipsis ad hereditatem fratris divitis.*
6. *Jus perfectum, seu facultas, terminatur vel in personis & earum actionibus; vel in rebus nostris.*
7. *Illud Imperium est, stylo juris Romani* Jus Personarum, arg. rubr. Instit. de Jur. Person *vel* dominium *in significatu* latissimo *& abusivo* l. 195. § 2. de V. S. l. 126. eod. Struv. Ex. XI. th. 3.
8. *Estque vel publicum Magistratuum in subditos, vel privatum seu domesticum parentum in liberos, & huic analogum, tutorum in pupillos, mariti in uxorem, domini in servos.*
9. *Jus in res nostras, in genere consideratum, dicitur Philosophis* Dominium late *acceptum, quatenus imperio opponitur. Nec hic significatus juri Romano est incognitus.* Vide l. 22. 23. C. de Procur. l. 2. C. per quas pers. nobis acqu. Struv. d. l.
10. *Sunt vero res nostræ, in quibus terminatur facultas, vel corporales, vel incorporales seu jura.*
11. *Jus in res corporales nostras, vocatur* Dominium strictissime, *vid. Autor.* Part. I. ad tit. de R. D.
12. *Jus nostrum, in quo terminatur facultas, iterum terminatur in rebus alienis, vel certe non consideratis ut nostris, aut immediate & actu secundo, ita ut personarum consideratio sit secundaria, aut mediante personarum facto & actu primo, ita ut personarum consideratio sit primaria.*
13. Illius *exemplum esto jus servitutis & pignoris. Et hoc jus una cum Jure in res corporales nostras communi nomine venit* juris in re, *seu* dominii stricte *accepti.* vid. Struv. d. l. Autor *d. l.*
14. Hoc *nihil aliud est, quam dominium obligationis stricte acceptæ, stylo communi JCtorum* Jus ad rem.
15. *Ulterius, facultas distinguitur in vulgarem, cujus subjectum est privatus, & eminentem, quæ scil. est penes eum, qui τὸ κύριον gerit in Republica; Ad utrumque potest applicari divisio præcedens. Nam imperium est, vel vulgare, vel eminens*, Auct. P. 1. p. 21. *Eadem ratio est Domini stricte accepti & Juris ad rem.* Conf. Grot. *d. l.*
16. *Denique, ratione causæ efficientis, Jus pro facultate sumptum est vel* Naturale, *cujus autor est Deus, vel* Gentium, *quod dependet a moribus & pactis gentium, aut plerarumque, aut notiorum; vel* Civile, *quod descendit ex voluntate*

tate Principis. Illius exemplum esto potestas maritalis, parentum &c. Istius, Dominium, & jus ex contractibus plerisque ortum, item jus bellorum, servitutum &c. Hujus, potestas patria & dominica, quatenus in res se extendit, dominium Quiritarium, jus ex stipulatione ortum &c.

17. *Cave autem, ne divisionem præcedentem Juris, in Naturale, Gentium & Civile, confundas cum ea, qua Lex ita dicitur. Et eo magis cave, quo magis hæc confusio etiam a Viris eruditis vix evitari solet.*

18. *Venio ergo ad Jus pro Lege acceptum. Lex est jussus superioris obligans inferiores, ut secundum ejus præscriptum actiones suas instituant.*

19. *Estque vel divina, vel humana.*

20. *Subdivisionem utriusque jam dedimus* ad Instit. h. t. n. 21. lit. a. p. 4.

N. ADDIT.

Jam vero pauca quædam monenda habeo ad Scholium præcedens pertinentia. Initio mallem jam abstinere a distinctione Juris Grotiana in perfectum & imperfectum; cum Grotius videatur eam excogitasse ad ostendendam differentiam inter justitiam commutativam & distributivam. Uti vero hæc ejus explicatio doctrinæ Aristotelicæ displicuit ejus Commentatoribus; ita alibi jam notavimus, totam distinctionem justitiæ Aristotelicam, ejusque doctrinam difficilem ac intricatam, parum prodesse Studioso Sapientiæ & Jurisprudentiæ. vid. Inst. Jurispr. div. l. 1. c. 1. § 186. *Porro autem jus imperfectum juris nomen non mereri, & in ejus explicatione, virtutis aut decori præcepta misceri cum præceptis justitiæ, jam docuimus* in Fundam. jur. nat. & gent. lib. 1. c. 5. præprimis § 23. sqq. *Deinde usus positionis 17. in Scholio præcedente potissimum consistit in eo, cum quæritur de mutabilitate & immutabilitate juris Naturæ & Gentium. Nam Jus Naturæ & Gentium pro lege acceptum, est immutabile. At omne Jus, quod facultatem denotat, mutabile est, etiamsi sit Jus Naturæ vel Gentium, e. g. jus venandi, &c.*

11. Cæterum, in definitione Juris, bonum & æquum procul dubio id quod justum est significat; nam finis juris est justitia, & subjectum fini adæquatum esse oportet. Justum est; quod violat societatem humanam, ut Grotius *lib. 1. de J. B. & P. c. 1. n.* 3. Bonum igitur & æquum sit, *quod ratio dictat convenire cum natura humanæ societatis.* Duo hæc verba ἐκ παραλλήλου posita, magis se mutuo illustrare, quam diversum quid significare videntur, nisi cum Wesenbecio in *parat. de J. & J. § 14.* æquum dicere malis, quod natura tale est: bonum, quod est utile in societate civili, quanquam a simplicitate naturali nonnihil deflectat; quæ distinctio minime inepta est. Hoc æquum est anima legis, ratio summa & æterna Ciceroni *1. de LL.* Cum qua si lex vere pugnet, solus Princeps eam corrigit, *l. 1. C. de LL.* si verba pugnare videantur, Judex artem æquitatis adhibet, *l. 8. C. de Judic.* quæ ita non adversantur *d. l. 1.* Quid est ars æquitatis illa? Benigna & humana juris scripti interpretatio, pro diversitate singularium, non ex verbis, sed mente Legislatoris facta. Opponitur juri stricto *d. l. 8.* quo pro rigida verborum captatione accipitur, plane ut Aristoteles ἐπιείκειαν opponit τῷ ἀκριβοδικαίῳ, quod Cicero pro Cecin. vertens *jus subtilium vocat*, item *callidum & versutum jus*, quod *verbis & literis nitatur.* Scriptum jus sequi calumniatoris est, ait; boni Judicis, voluntatem Scriptoris. Variis id exemplis illustrat. Edictum Prætoris est pro *vi dejectis*; verba ei tantum, qui *præceps de superiore loco sit actus*, conveniunt, mens Edicti omnem vim notat. Item *actio est*, ait; *in præsentem actorem his verbis, Quando quidem te in jure conspicio. Hac actione Appius ille Cæcus uti non posset, si verba &c.* Aristoteles æquitatem ἐπανόρθωμα τοῦ νομίμου vocat *5. Nic. c. 10.* correctionem Legis; intellige, verborum: Nam si ipsa mens Legis sit iniqua, solus eam, qui jus condendæ Legis habet, emendat, *ut modo dictum.* Judicis tunc nulla sunt partes. Exemplum pete ex *l. 12. § 1. D. qui & a quib. manum.* ubi πολυθρύλλητον illud, *Totum id quidem durum, sed tamen lex ita scripta est.* Plura super Æquitate disputavimus in *lib. 1. Digress. cap. 6.*

12. Secundum hæc, Æquitas duplex statui posse videtur; una Judicis, altera Legislatoris. Illam habuimus. Hæc iterum est duplex; Naturalis vel Civilis. Naturalis considerat res in simplicitate primæva & generali. Civilis cum ea respectum publicæ utilitatis alicujus civitatis conjungit. Demus exemplum; Ut mulier obligans se pro alio fidem servet, æquum est in universum: sed imbecillitas in refutandis precibus hominum, qui in angustiis rerum suarum constituti opem petunt, dum nihil in præsenti sit expendendum, dedit experientiam, publice damnosas videri

videri mulierum interceſſiones; maxime cum & verecundiam ſexus, viros quaſi ſub tutela ſua complecti, excedere videretur: quamobrem lata lex eſt, prohibens mulierum interceſſiones, ſub titulo SCti Vellejani.

13. Sciendum eſt porro, Æquitatem, qua leges nituntur, in univerſum, non reſpectu ſingulorum caſuum, eſſe conſiderandum: nec enim eſt inſolens, ut lex in univerſum æqua & bona, reſpectu certarum perſonarum, utilis & iniqua videatur. Sunt qui putant: ſupremas Curias moderari poſſe dictata legum, juxta ſingularum merita circumſtantiarum, & prout illis afficiuntur (quemadmodum Suetonius refert de *Claudio*,) ſed quod Judices inferiores verbis legum ſint alligati, qua de re Wiſſenbachius *diſp. de Æquit. quæ eſt 11. ad Inſt. th. 17.* Verum ratio ſic eſt; nullos judices ſupremos aut inferiores, a ſententia legis univerſa propter rationem æquitatis, in hoc illove caſu, recedere poſſe, quia cuncti Judices etiam ἀνυπεύθυνοι, i. e. *qui ſine provocatione judicant*, nihil quam miniſtri Legum ſunt, quarum nullus tenor aut certitudo foret, ſi Judices in cunctis factorum ſpeciebus, utrum ſequendæ eſſent vel non, judicandi arbitrium haberent. Lubet exemplum addere circa uſum SCti Vellejani modo memorati, quod apud Supremam Friſ. Curiam judicatum eſt, *anno 1680.* ante *magnas ferias.* Matrona quædam cognatos ſuos liberaverat aliquot millium obligatione, hoc modo, ut ipſa ſe obligaret creditoribus novo chirographo, in tot millia; ſed addita debiti cauſa, quod eandem pecuniam debuiſſent ejus cognati, a quibus alio chirographo rurſus cautum erat matronæ; Erat hæc vera expromiſſio, quæ eſt ſpecies interceſſionis prohibita. Sed Creditores erant ſimplices agricolæ, non ſuſpicantes id ullis in mundo legibus adverſari. Obligationem ſuam veterem Matronæ tradiderant, novam ipſi receperant, ex qua jus ſuum Prælationis contra priorum debitorum bona jam perſequi non poterant. Pluribus annis poſtea, quibus uſuræ continuo ſolutæ fuerant, matrona cognatisque ejus mortuis, creditores, matronæ heredes conveniunt; qui bona cognatorum ſcientes non eſſe ſolvendo, nec fidei datæ ſibi conſcii, & Juris peritorum conſilio obſecuti, exceptionem SCti objecerunt; cum appareret, hanc in ſuo genere interceſſionem eſſe, nihil tamen iniquius in hac hypotheſi, quam repellere Creditores, eſſe videbatur. Ideo non pauci e Dominis ad æquitatem inclinabant; Quæ certe heic locum habuiſſet, ſi Judicibus ob merita ſingularium circumſtantiarum, illam Juri ſcripto præferre licuiſſet: Neque tamen aliter quam paribus ſuffragiis heredes matronæ abſolvi potuerunt. Tam valida ſæpe eſt hujus æquitatis reputatio, præſcripti juris auctoritate rigidiori!

Tit. II.

De Origine Juris, & omnium Magiſtratuum, & ſucceſſione Prudentium.

I. Partitio tituli. II. Reges an ſint Magiſtratus. III. Verba Taciti de ſummo regimine urbis Rom. & Commentariolus ad ea verba, cum Principatus Rom. intervallis. IV. Series magiſtratuum inferiorum. V. Hiſtoria Juris, ubi de XII. Tabb. de Legis actionibus, Sctis, Edictis Prætt. &c. VI. Hiſtoria Compoſitionis Juſtinianeæ. VII. Quid Pandectæ. VIII. Cur iis per Leges vetuſtiores aliquando derogetur; quod exemplis declaratur. IX. Hiſtoria Juris poſt Juſtinianum. X. De Succeſſione Jurisconſultorum & ſectis eorum.

Hujus tituli tres ſunt partes, quas indicat Rubrica. Prima de origine juris. Hæc eſt vel Philoſophica, quæ agit de Juſtitia jurisque fontibus, de quibus *tit. præc.* vel Hiſtorica, quæ hoc capite expontur. Nos I. agemus de origine Magiſtratuum. II. De origine Juris. III. De Succeſſione Prudentium.

2. Pomponius in *l. 2. h. t.* de Magiſtratibus agit ſecundo loco a § 13. quod nobis, melioris ordinis hiſtorici cauſa, fas ſit antevertere. Ita de illis incipit Pomponius: *Quod ad Magiſtratus attinet, initio civitatis hujus conſtat, Reges omnem poteſtatem habuiſſe.* Non ait, Reges fuiſſe magiſtratus, quod aliqui inde probatum volunt; id nihilo magis fuere, quam deinde Cæſares; ſed acturus de Magiſtratibus, ait omnem ab initio poteſtatem ſub Regali fuiſſe comprehenſam, quemadmodum poſtea Cæſares munia Magiſtratuum ad ſe denuo traxerunt, ut Tacitus ait *Lib. 1. Annal. a pr.* Magiſtratus eſt *miniſter Legis*, ut ait Cicero *pro Cluent.* qui ſubeſt Legibus, ait idem *3. de LL.* quod de primis Regibus Romanis dici

dici non potuit; siquidem Romulus ut libitum, teste Tacito, Romanis imperitavit. *l. 3. Annal. c. 26.* nec reliqui superiorem accepisse leguntur, etsi quædam jura majora sine populi & senatus consensu exercere non potuerint, ut ex Dionysio *lib. 2.* intelligimus. Servius Tullius leges meditatus est, *quibus & Reges parerent*, in quo conatu a genero oppressus est, ut *Livius* narrat. Non puto, Latinos umquam eos, qui τὸ κύριον in civitate habent, Regesque ἀνυπευθύνους, appellare magistratus; sed bene reges, nomine tales, qui subjectum legibus & populo imperium tenent; quales qui omnes putant Reges esse, possunt eos appellare magistratus, suo arbitratu, non more Latino, neque juridico. Romani Reges in nullius potestate, *quam Deorum immortalium*, fuerunt, ut Julius Cæsar testatur apud *Sueton.* De aliis, qui nomina Regum, potestatem Regalem non habuere, diceret Bartolus noster; *nomina nihil ad rhombum.* Talis fuit *Suffetes*, summus Carthaginensium Magistratus Livio dictus *l. 28. c. 37.* appellatus Rex a Cornelio Nepote in *Hann. c. 7.* Denique, si qui alii magistratus supremi, aut Præsides Senatus, aut belli duces, auctoritate suadendi magis, quam jubendi potestate, fuerunt, quemadmodum de Regibus Germanorum Tacitus *lib. de mor. Germ.* loquitur, hi forte Magistratus, etsi raro fiat, appellari possunt, nec aliud judicandum de *Theonda*, quem summum apud Samothracas vocat Magistratum Livius, *quem ipsi regem*, ait, *appellant, lib. 45. c. 5.* satis indicans perspicue, nomen Regum illis improprie fuisse adscriptum.

3. Satis est apud Pomponium *in l. 2. h. t.* de regimine urbis Romæ, quod explicetur, ut necesse non sit, aliunde quod explicemus, arcessere. Sed nobis compendio consulendum; alioqui commentarius in hanc *l. 2.* liber evaderet. Ideo verba Taciti, mirifica brevitate statum omnem urbis antiquæ perstringentia, commentariolo prosequemur. Verba ejus in *pr. libri Annalium primi* hæc sunt: *Urbem Romani principio Reges habuere, Libertatem & Consulatum L. Brutus instituit. Dictaturæ ad tempus sumebantur; neque Decemviralis potestas ultra biennium, neque Tribunorum militum consulare jus diu valuit. Non Cinnæ, non Sullæ longa dominatio, & Pompeji Crassique potentia cito in Cesarem, Lepidi atque Antonii arma in Augustum cessere, qui cuncta discordiis civilibus fessa, nomine Principis sub Imperium accepit, l. 1. Annal. in pr.*

Urbem Romam a principio. In incidit in annum primum Olympiadis VII, a. d. XI. Kal. Maji mensis, die Palilibus dicta, teste Plutarcho *in Romulo*; qui incidit in annum ante χρ. natum *septingentesimum quinquagesimum tertium.* Urbs ab initio quadrata fuit mille focos continens, angusto territorio, aut nullo; quod Romulus, non est passus distingui, ut moris erat, lapidibus, quo semper occasio litium cum finitimis, & propagandi territorium copia daretur, ut *Plutarchus* observat. De quadrata forma his verbis idem scribit: Ῥώμυλος μὲν ἐν τὴν καλουμένην Ῥώμην Κυαδράτην, ὅπερ ἐξὶ τετράγωνον, ἔκτισε, *Romulus*, inquit, *Romam quadratam, quæ dicitur, condidit.* Quare quod idem postea scribit, Εἶτα ὥσπερ κύκλον κέντρῳ περιέγραψαν τὴν πόλιν, hunc habeat sensum: *Deinde urbem circum circa ferro vel stipite acta circumscripserunt.*

Reges habuere. Regimen urbis tribus intervallis distinguitur, Regno, Libertate, Imperio. Regnum duravit annos 244. Regibus VII. quorum historiam vide apud Livium *lib. 1.*

Libertatem & Consulatum, hoc est, populare Imperium, optimatium auctoritate temperatum. Consules erant duo, a quibus erat provocatio, *l. 6. § 6. h. t.*

Lu. Brutus instituit. Historiam habes apud Livium *lib. 1. sub fin.* omni parte memorabilem.

Dictaturæ. Primus dictator fuit T. Larcius, anno post regifugium nono, vel, ut Dionys. XII. Sigon. *ad an. V. C. 253. & 256.*

Ad tempus sumebantur; quod nunquam fuit, ante Camillum, ut Plutarchus in *hujus vita* scribit, ultra VI. menses, ob periculum tyrannidis; erat enim summa potestas, expers provocationis, domi militiæque, *h. l. 1. § 18.*

Neque decemviralis potestas ultra biennium: Pertæsa Consulum plebs, anno *V. C. 302.* Decemviros creavit, a quibus æquum jus conderetur, at hi tyrannidem in sequentem annum continuarunt, & dejecti sunt, *h. l. 2. § 24.* ubi habes historiam.

Neque tribunorum militum consulare jus diu valuit; cum plebs alterum consulem ex se vellet, Patres utrumque de suo corpore medium placuit consilium, ut Tribuni militum essent, cum potestate consulum, numero variante, sæpius sex. Primi tales fuerunt anno *V. C. 309.* postremi anno 386. nec tamen ordine continuo, sæpe interim & Consules erant.

Non Cinnæ. Incidit dominatio Cinnæ, cui Marius consors, in annum 666. & eis triennium ejus

ejus morte finita est. Factio ejus a Sylla fracta sequenti anno.

Non Sullæ longa dominatio. Sulla dictator perpetuo creatus est anno *V. C. 671.* abdicavit dictaturam anno 674. Uterque tyrannidem exercuit, initio Sylla bono, Cinna malo.

Pompeji Crassique potentia. Pompejus Magnus post Sullam plurimum potuit in Republica, & secundum eum Crassus Dives; quin hi duo cum Cæsare triumviratum Reipublicæ, civili tamen conspiratione magis quam vi tyrannica, occuparunt, anno 693.

Cito in Cæsarem. Crasso a Parthis occiso, amicitia Cæsaris & Pompeji in bellum erupit, anno *V. C.* 704. quo superior fuit Cæsar.

Lepidi atque Antonii arma in Augustum cesserε. Cæsare a conjuratis interfecto, anno 709. Octavius, qui postea Augustus, illius e sororis filia nepos, cum M. Lepido & M. Antonio conspiravit & Triumviratum constituit, qua Remp. oppressérunt; at Lepidus ab Augusto copiis exutus est in Sicilia, anno *V. C. 717.* Antonius ad Actium victus anno 722.

Ita per partes evenit, ut necesse esset Reipubl. per unum consuli, est in *l. 2. § 11. h. t.* perinde ac Tacitus: *Cuncta discordiis civilibus fessa, nomine principis sub Imperium accepit.* Unde per *partes*, non est alienum intelligere *discordias*: nisi malis interpretari *paulatim*, diversis quasi gradibus.

Principatus sive imperii tria intervalla sunt: I. ab Augusto usque ad Constantinum M. a quo sedes Imperii Byzantium sive Constantinopolin translata fuit, anno Christi 330. II. Intervallum est à Constantino usque ad Carolum M. qui Imperium occidentis cœpit anno Christi 800. atque exinde, si placet, IIIium putabis intervallum.

Hæc de summo Reipubl. Imperio, nisi Dictatores & Decem-viros Magistratuum numero habere placeat.

4. Anno a Regibus ejectis 16. plebs senatui extorsit, ut Tribuni Plebis crearentur. Primo quidem, ut *intercederent* plebemque tuerentur adversus Senatum & Magistratus patricios; deinde, ut etiam *rogarent*, hoc est, leges seu plebiscita ferrent, quam partem cum deinde Sylla ab illis alienasset, Tribuni recuperarunt, juvante eos enixissime Julio Cæsare adhuc privato; Sueton. *in Cæsar. c. 3.* Cic. *Orat pro Corn. l. 2. § 20. b.*

Censores populo censendo, ordinandis Tribubus, classibus & Senatui primum creari ann. 310. *l. 2. § 17.* Sig. *ib.* Fiebant Censores, maximæ viri auctoritatis, ita ut Censura quasi fastigium & complementum esset omnium dignitatum, ideoque haud temere, nisi decursis reliquis honoribus, tribuebatur: Quo respectu Plutarchus eam vocat ἀρχὴν μεγίστην καὶ τρόπον τινὰ τῆς πολιτείας ἐπιτελείωσιν, Magistratum maximum, & quodammodo Reipubl. gerendæ consummationem, *in vit. Quint.*

Anno 387. creati ædiles curules, distincti ab ædilibus plebejis, de quibus *§ 21. & 26.* nos de potestate Ædilium egimus in *lib. 3. Digress. c. 22. n. 2.* item Prætores *§ 27. & 28.* de quorum officio sequitur tit. peculiaris, Sigon. *ibid.*

Propagato in provincias imperio, creati sunt magistratus, qui etiam his præessent, & qui fungerentur pro Consulibus, pro Prætoribus. *§ 22.*

Denique in civitate, ait Pomp. decem *Trib.* duo *Coss. XVIII. Prætores*, seu *ædiles jura reddebant, § 34. l. 2. h. t.* de quibus omnibus multa dici poterant, quæ sunt historici instituti.

5. Sequitur pars altera tituli, quæ est *de origine Juris.* Ejus Historia distinguitur iisdem spatiis, quibus Imperium.

Sub Regibus nullum fuit jus certum, quod quidem civitati æqualiter regendæ sufficeret, *d. l. 2. § 1.* nam aliquas fuisse leges, constat e *d. l. 2. § 2. arg. l. 2. de Mort. infer.* Dionys. Halic. *l. 10. in pr.* dixi in *lib. 1. Digress. cap. 1.*

Omnia *manu* a Regibus gubernabantur, *d. § 1. in fin. l. 2. h. t.* hoc est, arbitraria potestate, ut omnium gentium nationumque initia fuere. Justin. *in pr. l. 1. d. l. 1. Digress. c. 1. n. 2.*

Anno *V. C. 302.* XII. Tabulæ sunt conditæ, fons omnis publici privatique juris, ait Liv. *l. 3. c. 34.* Easdem Tacitus appellat finem æqui juris, *l. 3. annal. c. 27.* fuere fons & finis juris diverso respectu, ut exposuimus *l. 1. Digress. c. 1. sub fin.*

Quia breves & strictæ erant XII. Tabulæ, non multo post interpretatio Prudentium accessit *d. l. 2. § 5.* quorum responsa sic placuere populo, ut usu fori recepta κατ' ἐξοχὴν Jus civile dicerentur, *§ 8. in princ. d. l. 2.* opposite ad jus Prætorium.

Eodem tempore legis actiones sunt repertæ, per quas cives in foro legum remediis uterentur, eæque certis verborum formis a JCtis comprehensæ sunt, *§ 6. & 7.*

Dein legis actiones proprio sensu vocati sunt actus voluntariæ Jurisdictionis, ut manumissio, emancipatio, adoptio, *l. 2. & 3. de Off. Procons. & leg.* a quibus diversi sunt actus Legitimi, ut Tutoris datio, hæreditatis aditio, acceptilatio in *l. 77.*

de Reg. Jur. cujus rei argumentum est, quod actus legitimos, ut tutoris dationem, potest obire legatus Proconsulis, *l. pen. de off. Proc. & Leg.* non potest legis actiones, *d. l. 3.* add. *l. 2. Digress. c. 12.*

Dein post XII. tabulas multæ aliæ leges sunt conditæ de rebus specialibus, in comitiis centuriatis, ad quæ omnes cives conveniebant, *§. 4. I. de jur. nat.* quarum aliquas in jure nostro habemus, ut Cornelias, Pompejas, Julias & plures.

Postea plebis contra Patres studium novas constituriones invexit, quæ Plebiscita sunt dictæ, & fiebant Comitiis Tributis, a quibus aberant Patricii, qua de re plena manu egimus *in lib. 5. Digress. c. 10.* iisque legum vis, quam per se non habebant, tributa, primo Rogatione Valeria, dein Publilia, postremo Hortensia, anno *V. C. 467. d. l. 2. §. 8.* Sigon. *in fast.*

Senatus-Consulta in libera Republ. vim legum non habuere, quia senatus summa potestate carens, auctoritatem svadendi & approbandi duntaxat, non jubendi potestatem habebat, Liv. *l. 1. c. 17.* Val. Max. *l. 2. c. 2. §. 7.* Sed occupata per Cæsares Republ, vim legum acceperunt, arbitrio tamen Principum, *l. 9. de LL.* idque cœptum sub Augusto, perfectum sub Tiberio, Tac. 1. *Annal. cap. 15. in fin.* Sueton. *in Claud. c. 15.* dix. *L. 1. Digress. c. 3.*

Sed Prætorum Edicta jus XII. Tabb. in multis capitibus, jam olim aut suppleverunt aut mitigaverunt, *§ 10. d. l. 2.* olim quidem erant leges annuæ, quia singuli Prætores etiam erant annui, & nova Edicta condebant, donec lege Cornelia ex Edictis perpetuis jus dicere jussi sunt, teste Asconio *ad orat. pro Cornel.* denique Salvius Julianus jussu Hadriani omnia Edicta in compendium redegit, quod *Perpetuum Edictum* vocatur, *l. 2. § 18. C. d. vet. jur. enucl.*

Tempore libertatis igitur ortæ sunt hæc species juris: Lex, Plebiscitum, SCtum, Responsa Prudentium, Edicta Magistratuum; sic tamen, ut SCta sub Principibus demum robur suum acceperint, *ut dictum.*

Jam tum multitudine legum Jurisprudentia laborabat; ideoque Cæsar Julius, teste Suetonio *in vit. ejus cap.* 44. de compendio & uno corpore Juris cogitavit. Augusto id cordi non fuit, qui JCtis potestatem dedit, ut Judices eorum sententias sequi cogerentur, *§ 8. I. de Jur. nat.*

Exinde ivit in immensum disciplina legum; siquidem illa duo librorum millia, unde Pandectæ sunt collectæ, sub Cæsaribus vulgata sunt, ut ex inscriptionibus & JCtorum ætatibus constat. Solus Hadrianus duntaxat jus prætorium contraxit, uti jam diximus. Fuerunt autem hoc intervallo ingenia florentissima.

Altero Imperii intervallo, Constitutiones Principum, quæ jam quoque innumeræ factæ erant, in tres codices redactæ sunt, Gregorianum, Hermogenianum, Theodosianum, quorum ultimus hodieque extat & habet nomen a Theodosio Cæsare Juniore.

6. Justinianus dein, Justini Cæsaris ex fratre nepos, serio animum ad corpus Juris digerendum adjicit, usus opera Triboniani, Theophili & Dorothei, virorum amplissimorum. *§ 3. proœm. Institut.*

Primo, e tribus illis codicibus unum componi jussit, altero imperii sui anno, qui fuit χριστοῦ 528. & sequenti anno emisit.

Exinde operam dedit quinquaginta decisionibus novisque Constitutionibus; quas inter tempus primi Codicis & pandectarum editionem publicatas esse, patet. ex *l. 1. C. de comm. serv. man.* quæ est edita Kal. April. 530. Digesta vero sunt injuncta componi sub finem ejusdem anni DXXVIII. Kal. Jan. iisdem Coss. ut apparet ex tit. de Concept. Dig. VII. Id. April. *Const. de nov. Cod. fac.*

Quarto Imperii sui anno componi jussit Pandectas, ediditque biennio post; eodem anno compositæ sunt Institutiones, atque promulgatæ aliquot diebus ante Pandectas, ut liquet e subscript. *proœm Inst.* & subscr. *l. 2. C. de V. J. E.*

Anno 534. Codicem suum emendatum, & auctum variis constitutionibus, & decisionibus illis, unde *Repetitæ prælectionis* dicitur, publicavit, *tit. C. de emend. Cod. Just. & secund. edit.* eoque nunc utimur, postquam vetus ille periit.

7. Pandectæ constant excerptis e commentariis, ut dixi JCtorum, maxime eorum, qui sub Antoninis floruerunt ad usque Constantinum M. Codex e Constitutionibus Principum, qui ab Hadriano ad Justinianum vixere, conflatus est.

Jus Pandectarum verus & antiquum dicitur in *§ 2. & 5. proœm. Inst.* quia Constitutiones Principum, licet tempore non omnes, genere tamen doctrinæ, sententiis JConsultorum sunt recentiores, *d. § 2. & 4.*

Nec tamen consilium fuit, in Pandectis referre jus obsoletum; potius quasi theoria in illis traditur, in Codice magis pragmatica; cum pleraque

ræque leges ibi certis factis accommodatæ sint, ut e *textibus* passim liquet, non pauca tamen Codicis mutant jura Pandectarum.

8. Nempe, Codex partim descriptus est e Codice antiquo, partim a Justiniano auctus. Priora non possunt derogare Pandectis, cum hæ sint posterioris editionis; nova derogare possunt. Imo tamen & de prioribus reperiuntur, quæ jus Pandectarum mutant. Exemplo sint *tituli Cod. de bonis maternis. de bonis, quæ liberis. alinque,* confer *l. 12. C. de sentent.* cum *l. 58. de re judic.* item *l. 1. §. 11 & 19. de collat.* cum *l. ult. C. eod.* In his & similibus obreptum est Justiniano in compilandis Pandectis, quod dicere fas sit. Dicam clarius aliquot exemplis.

Jure Pandectarum bona materna, quæque liberis aliunde advenerant, pleno jure ipsis acquirebantur, *l. 79. de Acquir. Hered.* Jure tamen Codicis antiqui sic erat constitutum, ut proprietas ad liberos, ususfructus ad Parentes pertineret; imo jam tempore Constantini & Licinii, duobus ante Justinianum seculis, ita obtinuit, ut ex *l. 1. C. de bon. mat.* liquet. Pandectæ tamen a Justiniano compositæ, jus antiquissimum adhuc præferunt: manifesta negligentia compilatorum, qui jus illud vetustissimum etsi commemorare poterant, simpliciter & πραγματικῶς tamen legibus inferre non debebant.

Aliud exemplum: Arcadii & Honorii temporibus constitutum erat, ut sententias tam Græce quam Latine ferre liceret, in *l. 12. C. de Sentent. & Interl.* In Pandectis tamen centum & amplius annis postea, relatum est præceptum, ut decreta a Prætoribus Latine interponerentur, *l. 48. de Re Judic.*

Ejusmodi plura sunt, quæ persequi locus heic non est, nisi hoc addere placeat. Justinianus idibus Augusti, Decio consule, statuerat, adventitia bona non venire in collationem, quod fuit anno Chr. 529. postquam Idibus April. ejusdem anni primum Codicem ediderat. Non fuit igitur illa Constitutio in Veteri Codice, fuit tamen quadriennio antiquior Pandectis, in quibus tot annis postea compositis & publicatis, tamen adhuc legimus, adventitia bona conferri, *l. 1. §. 19. de Collation.*

Postremo edidit Imperator volumen Novellarum numero 168. quarum dies non est expressus, nec ab illo, quod liqueat, uno volumine comprehensæ, qua de re Thomasius in *Scholiis ad Instit. h. loci.*

SCHOLIUM.

Promulgatæ sunt Novellæ post cæteros libros Justiniani, neque simul, neque semel, sed diversis annis & temporibus, ut ex earum subscriptionibus patet satis, tametsi aliquæ nullas habeant, sicuti neque inscriptiones in omnibus adsunt, culpa, ut videtur, librariorum, omissæ. Vide Rittershusium ad Novellas Proœm. c. 2. n. 19.

9. Post Justinianum Leo Cæsar Philosophus, edidit Novellas μάλα φιλοσοφικῶς scriptas, sed quibus non utimur adversus Justinianum, Cujac. *17. obs. 31.*

Idem libros βασιλικῶν composuit, quibus selecta juris latini in Græcum sermonem transfunduntur, usumque interpretando frequentem habent, qua de re vid. *præfat. noviss. edit. Βασιλ.*

In Occidentalibus provinciis, juris Romani studium penitus extinctum est cum imperio, quod desitum est in Occidente anno Christi 476. quando Heruli, & deinceps Gothi, rerum in Italia potiti sunt, suasque simul leges invexerunt, quibus dein accessere leges Saxonicæ, Salicæ, Ripaticæ, Longobardicæ &c.

Latinum jus ab eo tempore suppressum fuit, usque ad annum 1134. quo exemplum Pandectarum a Pisanis in expugnatione urbis Amalphitanæ repertum, Pisas, ac inde Florentiam delatum est, quæ sunt Pandectæ Florentinæ. Vigl. *in Præfat. ad Theoph.*

Ab eo tempore jus Romanum quasi postliminio reductum est in Occidentem, inque scholis atque judiciis frequentari cœpit.

Ægre tulerunt hoc Pontifices Romani, cumque adhuc omnis doctrinæ laus & notitia penes Clericos fuisset solos, hac via notabilem eruditæ sapientiæ partem ad seculares, quos vocant, transmitti, reverentiamque Cæsareæ potestatis hac ratione propagari videbant. Ideo cum rem aliter impedire non possent, æmulatione Imperatorum, de scriptis Ecclesiasticis & glossematis juris civ. compilarunt suum jus Canon. seculo XI. & XII. quod constat potissimum libris Decreti & Decretalium: illud quasi Pandectis, hæc Codici respondent. Ejus juris hodie viget aut obsolevit auctoritas, prout alibi spernitur, alibi adoratur Pontifex Romanus. vid. Pac. *præfat. Isag. in decretal.* Nec eo minus sub pœna excommunicationis jus civile doceri vetuerunt, uti factum ab Honorio III. anno 1219. rursus a Gregorio IX. ambitionis prava, ut observat Mezerayus Galliæ

historiographus Catholicus, in Compend. *post regnum Philipp. Pulchri cap. de reb. Ecclesiast.*

10. Tertia pars Tit. de successione Prudentium, his summariis absolvitur. Primus Professor juris fuit Tib. Coruncanius, *l. 2. § 35. h. t.*

Fundamenta juris civilis scripto primum tradiderunt P. Mucius, Brutus & Manilius, *§ 39. l. 2.* ubi hunc sensum habere videntur verba, *fundarunt jus civile.*

Primus in generale artis systema jus civ. redegit Q. Mucius, *§ 41. l. 2.* hoc enim velle videntur verba, *jus civile primus constituit.*

Sectas primi condiderunt Antistius Labeo & Atejus Capito, (ille Trebatii, hic Ophilii auditor) quos duo pacis decora Tac. *3. ann. 75.* vocat; instituta eorum vid. *l. 2. § 47. h. t.* Capito veterem disciplinam illustrare contentus erat: Labeo fuit *αἱρετικὸς* & plurima innovare instituit, *ingenii qualitate & fiducia doctrinæ*, ait Pomponius *d. § 49.* quæ sunt duo *κριτήρια τῶν αἱρετικῶν* futurorum; qualitas ingenii luxuriantis, ambitiosi, novaturientis, & fiducia doctrinæ, qua plerumque *plus de se sperant, quam in iis est*, ut alibi Justinianus. Sunt sane *αἱρετικοὶ*, *electivi*, tam boni quam mali, λογικὰ καὶ ἰσθλά. Prioris generis Labeo fuit. Sed unde hoc, quod in Jurisprudentia quæ tantum sectæ suis nominibus unquam sunt cognitæ, quæ in aliis studiorum professionibus fere numerum excedunt? Capitoni successit Massurius Sabinus, unde hæc secta Sabiniani, ut & Cassiani a Cassio Longino, quem alter excepit Sabinus; Hunc Javolenus Priscus, Valens & Julianus.

Labeonem secutus est Nerva Pater & filius, item Proculus, unde hi Proculejani, ut & Pegasiani a Pegaso; quem Celsus Pater & filius, denique Neratius Priscus exceperunt.

Cum Constantino M. juris scientia transiit in Græciam, quæ exinde egregios dedit interpretes, quorum aliqua scripta hodieque supersunt, Harmenopulum, Theodoretum, Theophilum, alios que, ut & Scholiastas *βασιλικῶν*, de quibus vid. Suarez. *in notit. βασιλ.*

In Occidente primus instauratæ Jurisprudentiæ Professor fuit Irnerius, a quo sunt excerpta authentica in Codice; mortuus est Bononiæ circa annum 1190.

Ejus discipuli, Azo ibidem, Placentinus in Gallia, summas scripserunt, quæ nihil erant aliud, quam Positiones Artis, brevem ejus Institutionem exhibentes. Accursius Princeps Glossatorum, floruit circa annum 1227. Glossator est interpres; nam glossa græce est lingva, interpretans *κατὰ πόδας*, quasi de verbo ad verbum. Alii præcepta Juris Artisque notitiam ad usum forensem transtulerunt, quorum Princeps Durandus, qui Pater practicæ laudatur & edidit speculum suum anno 1281.

Paulatim fœcundiora ingenia ad docendum & ad disputandum se contulerunt; inter quæ anno 1321. summa cum laude docere cœpit Bartolus de Saxo ferrato, cujus famam excepit Baldus de Ubaldis, mortuus Ticini anno 1420. Hos plures secuti sunt, usque ad Jasonem, qui anno 1518. & Decium, qui anno 1535. decessit.

Primus cum juris scientia literas humaniores junxit Alciatus, Papiæ mortuus anno 1548. quem in Gallia imitatus est Corasius, qui duobus millibus auditorum Tholosæ operam dabat. Idem institutum, in Germania Zasius, dein egregius Cujacius, Duarenus, Hotomannus, Donellus alique profferunt. Vide Portter. *histor. Jur. pub fn.*

Plura nos hcie de historia Juris, post tot hominum doctissimorum commentarios non collocabimus, præsertim postquam id actum diligentissime & copiosissime, a Viro Cl. CORNELIO van ECK, juris in hac Academia dignissimo Antecessore, qui brevissime & nitidissime, *ad h. t.* exhibuit, quæ aliunde multo labore quærenda fuissent.

TIT. III.

De Legibus, SCtis, & longa consvetudine.

I. Partitio Rubricæ, & de solis Legibus hoc agendum. Definitio Legis. II. Quo sensu dicatur sponsio civitatis *& usus ejus rei. III. Cur* commune præceptum, *an ut variora excludantur. IV. Etiam ut excludantur privilegia. V. Summa potestas quid legi conferat. VI. Quomodo se habeat Ratio ad Legem. VII. Conscientia an & quatenus obligetur ex lege. VIII. Usus* regulæ, *quæ dictat,* Cessante ratione Legis cessat ipse Lex. *IX. Potestas Legis & virtutes ejus, ubi permissionis & tolerantiæ discrimen. Suasorias non esse Leges. X. De tempore*

tempore ex quo Leges valeant, ubi de futuris & præteritis; quod exemplis declaratur & applicatur. XI. Divisio Legum in species haud necessaria; sed distributio in partes, quæ sunt Rogatio & Sanctio, & quando nullum sit, quod contra Legem fit. XII. De interpretatione Legis ex Æquitate. XIII. Quo pacto Lex tollatur. XIV. De requisito Legis & Consuetudinis, ut sint generales. Ubi de jure municipali legi communi contrario; & quid juris, ubi lex vel consuetudo nulla. XV. De stylo Curiæ, quid valeat ad juris auctoritatem.

(a) Hæc etiam Rubrica partitionem præfert in tria membra, quorum duo posteriora, quod satis videatur, in parte priore demonstrata sunt; de Legibus supereſt locus haud defunctorie transmittendus. Diximus alias, Legem significare vel omne jus scriptum, vel id, quod populus Romanus per senatorios Magistratus in Comitiis centuriatis constituebat; heic generalem valere sensum, arguit definitio, quæ est in *l. 1. h. t.* Lex est *Commune præceptum, virorum prudentium consultum, delictorum, quæ sponte vel ignorantia contrahuntur, coercitio, communis Reipubl. sponsio.* Quam definitionem ex Demosthene petitam esse, docet locus ejus in *l. sequ.* productus. Nos eam explicare non aggredimur, quando nec est definitio, sed accumulatio prædicatorum, legi non male convenientium, at quæ naturam ejus nullo modo expleant. Definiamus ita: Est *sponsio civitatis*, seu, *Commune Præceptum summæ potestatis, omnes ei subjectos ipsorum bono, ad parendum obstringens*: quod ultimum neque Demosthenes omisit; κατ' ἣν ἅπασι χρὴ ζῆν τοῖς ἐν τῇ πόλει, *secundum quam omnes, qui in civitate sunt, vivere oportet*, inquit.

3. Primo dicitur in *d. l. 1. §. in h. t.* communis Reipubl. *Sponsio*, sive, ut Demosthenes citatus, συνθήκη κοινὴ πόλεως, ἐμπλοκὴ κοινὴ πόλεως, commune fœdus & conventio civitatis. Ex quo intelligitur, quicquid legibus in civitate sanctum est, in id omnes & singulos cives consensisse videri; cum, quia sciunt aliter Rempubl. haberi non posse, nisi leges æqualiter custodiantur, tum, quod ipsi quoque sanctioni consensum habuisse judicandi sunt. Hæc res & in doctrina civitatis, & in Jure privato, multum habet usum. Evidentissimus quidem hujus veritatis usus est in popularibus imperiis, ubi totus populus sancit Leges, sicut Athenis & Romæ in theatro vel in campo fieri solebat. Verum tamen idem in Aristocratia & in Monarchia facultatem habere, Decem Virorum & Solonis exemplo demonstrari potest: quorum illi a populo Romano, hic ab Athenienſibus semel potestatem condendi juris, quod omnes obligaret, acceperunt. Utrobique sane populare fuit Imperium & populus dedit jus, in altero exemplo uni, in altero paucis optimatibus. Solonis exemplo, in voluntariis Imperiis comparatur subjectio Regi facta; Decemvirorum similitudo exhibet similem optimatibus submissionem a populo factam. Secuti consensus vivum exemplum est in Lycurgo, qui primo Leges suas invita Civitate tulit; dein cives ad earum observationem jurejurando volentes adegit. Modus, quo hoc jus in illos translatum fuit, erat omnium conventio Civium inter se, quo promisere, se leges, quas Electi conderent, esse servaturos. Nec alia in omni Republica, quæ a voluntate quidem populi, non a vi cepit initium, esse potest ratio, per quam Primores aut Singuli vim ferendi leges habere intelliguntur. Accedit, quod postea quam populus in certas leges est compositus, cives, qui deinceps adfluunt, ita facile in animos, inquam, inducant, rem communem non posse salvam esse, nisi leges receptæ æqualiter observentur; Ideoque & hos in idem consentire, procul dubio statuendum est. Quando igitur lex aliqua in universum stabilita, contra singulos in eventu durior invenitur, hi de injuria conqueri non possunt, quia sic pridem statuerunt, duritiem, quæ singulos affligere posset, utilitati publicæ esse remittendam: Atque ita durities isthæc non est malum turpe, sed triste; cui se quemvis sponte subjicere posse non dubitatur. Atque eo modo, quod Usucapionibus, Quæstionibus, aliisque juris capitibus, ex genere iniqui opponitur, sine offensione regulæ Apostolicæ, *non esse facienda mala, ut eveniant bona*, defendi posse videtur. Quæ res suis locis pressius applicanda, sæpius usu veniet.

3. Atque ita quamobrem duplex genus in definitione sit positum a nobis, intelligi potest, *Sponsio civitatis.* Alterum, (b) *commune Præceptum*, non caret etiam locuplete sensu. Primo enim cur sit *Commune Præceptum*, verba definitionis indicant, *omnes imperio subjectos ad parendum obstringens.* Rursus in his verbis; *ipsorum bono;*

(a) *Pos. 1. 2. 3. 4.* (b) *Pos. 5.*

bono; quia lex sine dubio ad communem omnium utilitatem pertinet. Tertius horum verborum sensus arguit, de plerumque non de raro contingentibus leges esse ferendas, *l. 3. & seqq. h. t.* quod tamen noli accipere de negotiis integris raro accidentibus; de talibus enim passim agunt leges; sed ita puta: Quælibet lex de re aliqua sanciens, non debet ordinari secundum id, quod raro, sed quod ut plurimum evenit, ut in summa sit utilis, etsi contra singulos in casibus certis facere possit. Pulchre in hanc rem M. Portius Cato, in oratione, quam pro lege Oppia, apud Livium *l. 34. c. 3.* habuit; *Nulla lex satis commoda omnibus est*, inquit, *id modo quæritur, si majori parti & in summam prodest*: Est ipsum nostræ observationis argumentum. Addit rationem Cato; *Si quod cuiquam privatim officiet jus, id destruet ac demolietur, quid attinet, universos rogare leges, quas mox abrogare, in quos latæ sunt, possint?* Est idem, quod modo diximus, Singulos non posse conqueri de iniquitate Legum, quas universi, quin etiam singuli antea tulerunt. Accedit Taciti celebre dictum: *Omne magnum exemplum habet aliquid ex iniquo, quod utilitate publica contra singulos rependitur*; de lege loquitur *l. 14. Ann. c. 44.* verum Cato non rem modo, sed & rationem valide complexus est. Cæterum, facta raro contingentia Legibus non præteriri, studiosus, qui per transennam Juris libros inspexit & casus ubique satis raros offendit, ignorare non potest. Solonis hoc fuit, cum rogatus, quare pœnam in parricidas non statuisset, διὰ τὸ ἀπελπίσαι, inquit, *propter incredulitatem*, fore, ut tam immanis homo quisquam reperiretur, apud *Diog Laert.* Noster Legislator raro crimini raram quoque pœnam imposuit, *Solone sapientius majores nostri*, inquit Cicero, *qui cum intelligerent, nihil esse tam sanctum, quod non violaret aliquando audacia, supplicium in parricidas singulare excogitarunt. Orat. pro Rosc. Amer.*

4. Postremo (c) *Commune Præceptum* vocatur Lex, quia non singulis, sed universis convenire debet. Hinc etiam per XII. Tabb. vetita fuerunt privilegia, id est, leges de *privatis*, seu singulis hominibus latæ, nisi per maximum populi comitium ferrentur, Cic. *3. de LL.* In popularibus Imperiis æqualitatis amore privilegia maxime invidiosa habentur, in regnis major hac parte solet esse licentia. Sic privilegium est, cum delinquenti Princeps pœnam remittit, quod potest quidem semper ex jure vitæ necisque, sed rarissime debet, nisi in mere civilibus, ubi locus esse potest facilitati, *l. ad bestias 31. D. de pœn.* ubi de damnatis, qui talis roboris & artificii sunt, ut digne populo exhiberi possint, Princeps consulitur.

(c) *Post. 6. 7. 8. 9.*

SCHOLIUM.

Id est, Princeps potest quidem quoad jus externum, vid. part. 1. de his, qui sui vel al. jur. n. ult. *semper delinquenti pœnam remittere, sed non semper potest salva conscientia id facere. Imo & in naturalibus quandoque per ea, quæ differui in* not. ad Strauch. XXIX. 30. p. 457. & seqq.

RESPONSIO.

Posse id aliquando usu venire, nos quoque probavimus parte 2. Digress. lib. 1. c. 2. § 3.

N. ADDIT.

Distinctius ista repetenda, cum Autor subinde scholia diversa conjungendo sensum reddat obscuriorem. Duæ sunt Autoris propositiones: (1) *Princeps semper potest quidem, sed non semper debet delinquentibus pœnam remittere. Hanc in prioribus scholii verbis explicare volui per distinctionem inter jus internum & externum. Nunc* per dicta ad tit. de Just. & Jure, *mallem distinguere inter regulas justi & decori, aut inter præcepta virtutis & justitiæ.* (2) *Principem rarissime debere pœnam remittere, nisi in mere civilibus. Ad quæ ego in verbis ultimis scholii*; imo & in naturalibus quandoque. *Ad ista respondet Autor, se quoque probasse, quod id aliquando usu venire possit. Sed quæ Autor ibi probavit* p. m. 453. *ad sententiam meam non pertinent. Ponit ibi Autor regulam: Ea, quæ per se turpia & lege prohibenda erant, ex necessitate Reipublicæ non modo pœnæ eximi, sed diserte permitti, & legitima posse fieri; & inter exempla regulæ etiam sequens affert: Reis crimina remitti crimen est, at si Respublica ob pœnam periclitatura sit, nihil justius erit. Ego vero in scholio ad ista non respexi. Dixerat Strauchius allegato loco: Impunitatem in delictis jure naturali prohibitis, ex causa meræ gratiæ non habere locum, habere tamen & in his locum ex causa necessaria alia vel honesta. At mitigationem & mutationem in aliud genus levius, locum habere in quovis delicto, etiam illo, cui species certa pœnæ, lege Mosaica dicta sit, & ob causam etiam meræ gratiæ. Mihi tum generalitas sententiæ Strauchianæ displicebat, adeoque in notis communiorem sententiam secutus, circa*

delicta

delicta jure naturali probibita ista adnotaveram: *Hoc ita indistincte non dixerim. Dictat equidem jus naturæ, delinquentem obligatum esse ad pœnam, dictat etiam, delinquentes esse puniendos; sed ut ex hoc posteriori Princeps obligetur, distinguendum esse arbitror inter delicta, quæ immediate adversus Deum committuntur, & quæ immediate adversus homines. Illorum pœnam Princeps, tanquam Dei in his terris Vicarius, in totum remittere non debet. Ratione horum vero iterum distinguendum erit. Vel enim horum pœnam lege positiva universali jam determinavit Deus, ut v. g. homicidii,* Gen. 9. *vel non determinavit. In istis Princeps pœnam non potest remittere, imo ne quidem mitigare, cum hæc lex positiva ipso Principe sit superior, & ergo ne quidem ex causa honesta tam horum, quam delictorum in Deum immediate tendentium, pœnam remittere valebit, secus ac Autor noster. At in his cum pœnæ determinatio Principi pro utilitate reipublicæ facienda relicta sit, poterit utique Princeps pœnam remittere ex causa honesta, imo & ex mera gratia, i. e. etiamsi subditi causam, quæ principem moveat, non videant, poterit tamen Princeps, cui determinatio utilitatis publicæ soli relicta est, salva conscientia delinquenti pœnam condonare, modo per hanc condonationem tranquillitas publica non directo turbetur. Quod si enim turbetur, nec causæ, quas Autor dicit honestas, Principem a vitio liberabunt.* Hactenus prima nota ad Strauchium. *Porro quæ Strauchius de mutatione pœnæ legis Mosaicæ docuerat,* sequente adnotatione *limitaveram: Si per legem Mosaicam Autor intelligit in specie legem forensem Judæorum, concedo assertionem, cum lex ista certo saltem populo lata sit, adeoque Principes non stringat. Poterunt ergo Principes nostri pœnam delicto alicui ibi dictatam non solum mitigare, sed etiam, si utilitas reipublicæ suadeat, exasperare. Conf.* Grot. de J.B. & P. l. 1. c. 1. § ult. (*unde patet, quid iis respondendum sit, qui ad ostendendam injustitiam suspendii furum, ad legem Mosaicam provocant*). *Sed videtur Autor voce legis Mosaicæ in lata significatione uti, quatenus sub se comprehendit leges Decalogi & legem positivam universalem, quas conjunctim sumtas, & in oppositione ad legem forensem, Theologi legis moralis nomine insignire solent. Quod itaque delicta hac lege morali probibita spectat, verum quidem est, quod Autor dicit, jus naturale nullum delicti pœnam determinare, adeoque dicendum videtur, Principem pro lubitu in omnibus delictis pœnam mitigare posse, quoniam determinatio omnis est ex lege positiva, Princeps autem legibus positivis solutus est, & solo juri naturali subjacet. Sed ad hæc facilis est responsio: Principem solutum esse legibus positivis humanis, non vero divinis omnibus; excipiendum enim hic esse legem positivam universalem toti generi humano in primordio ejus promulgatam, qualem dari forte nemo Theologorum negaverit. Quapropter cum huic divinæ legi subjacet Princeps, non poterit sine labe peccati, etiam ex causis h. l. ab Autore recensitis, pœnam delictis nonnullis aperte dictatam mitigare. Ejusmodi delictum est homicidium,* Gen. 9. *unde mores nostri consuetudinem istam pro irrationabili habent, qua permissum est, homicidam a pœna capitali liberari, si fœmina quædam soluta ei nubere desideret. Sed an & adulterium ad hæc delicta spectat? Ita puto, præprimis quod adulterium cum alterius uxore attinet, ob textum* Lev. 18. v. 20. *junct.* v. 24. & 29. *pro delicto tamen, cujus pœna sola lege forensi Mosaica sit determinata, videtur habere Serenissimus* dec. nov. 84. *Dependet vero ex hujus quæstionis præjudicialis decisione definitio aliarum. Utrum nimirum recte pœna adulterii (tam duplicati, quam simplicis, quatenus hoc inter solutum & conjugem alienam admittitur), mitigetur ob intercessionem Conjugis?* Conf. Autorem supra th. 5. in fine. *Utrum etiam recte in adulterio permittatur consuetudo, ut adulter solutus a fœmina ejus matrimonium desiderante liberetur? & quæ sunt quæstiones similes. Sed ista quidem tum temporis ita docebam, quæ nihil, ut apparet, communē habent cum responsione Autoris. Nunc autem, postquam legem positivam universalem iterum explosimus,* Tom. 6. obs. Hallens. 27. *& vicariatus divinus Principum in his terris, non institutus est a Deo ad injurias numini illatas vindicandas, utpote quas Deus ipse sibi reservavit puniendas, malo jam sententiam Strauchii defendere, cujus rationes sunt perspicuæ: quia dicit, etsi pœna in genere suo habet causam naturalem, determinari tamen non potest, nisi per actum liberum voluntatis. Punibile enim esse, naturaliter quidem sequitur ex ipsa peccati & peccatoris ad superiorem relatione. Sed punibile esse tali pœna, naturaliter necessarium non est. Unde nihil obstat, quo minus hæc pœna sit relaxabilis. Quare & ob artificium,* L. ad bestias. 31. de pœnis. *vel matrimonium, vel pœnitentiam mutari potest. Hactenus Strauchius.* Adde Fundam. Jur. Nat. & Gent. lib. 3. cap. 7. n. 6.

Sunt etiam privilegia, de quibus XII. Tabb. non

non ſenſerunt, quæ certis hominum ordinibus perſonali aut etiam reali intuitu conceduntur, ut mulieribus, ſtudioſis, militibus, & iis, qui non ultra quam facere poſſint, condemnantur, *l. 16. & ſeq. de re jud.*

N. ADDIT.

Hæc verba, aut etiam reali intuitu, *jam ab Autore adjecta ſunt propter ſcholium noſtrum hic omiſſum. Nam in* Poſit. 8. *mentionem fecerat ſaltem intuitus perſonalis.* Ad iſta notaveram: *Imo & hæc privilegia legibus XII. Tabb. non notata ſunt vel realia, vel perſonalia.* Vide accurate Franzk. ad tit. de Conſt. Princ. n. 37. ſeq.

Hæc nunquam, ne heredibus quidem proſunt, *l. 68. & l. 196. de R. J.* ſed quæ rem & cauſam ſpectant, ut in credito funebri, *l. pen. de relig.* inducüs judicati, *l. ult. C. de uſur. re. jud.* ſimilibusque, talia ad heredes tranſeunt, *dd. ll. 68. & 169.* neque vero illa omnia, cum publica ſint, omnibusque pateant, privilegia eſſe videntur. Eſt tamen aliquid a D. Thomaſio adjectum, non de nihilo.

SCHOLIUM.

Sed præter hæc exempla, quæ Autor ad privilegia rei vel cauſæ refert, poſſunt etiam alia dari, ut v. g. ſi Princeps concedat ædibus meis immunitatem, aut ſimile quoddam Jus in perpetuum: Nam & hoc jus tranſit ad heredes & ſucceſſores quosvis. Unde diſtinguunt alii inter jus ſingulare & Privilegium.

N. ADDIT.

Non etiam omittendum erat Scholium aliud, reſpiciens ad verba Autoris, quibus aſſeruerat, quod ea, quæ rem vel cauſam ſpectant, non videantur eſſe privilegia, cum publica ſint, omnibusque pateant. Dixeram enim. *Procedet quidem hæc ratio de exemplis autoris, non tamen de privilegio ædium, quod dixi, cum hoc vix commode publicum dici queat, & habebis adeo exemplum privilegii realis a jure ſingulari differentis. Cæterum Strauchius cum aliis Dd. aliter uſurpat vocem privilegii, eam tam a Conſtitutione perſonali, quam a jure ſingulari ſecernens,* Ex 1. th. 5. *Unde in doctrina de privilegiis ante omnia videndum, quo ſenſu vox iſta ſupponatur.*

5. (d) Sequitur in definitione Legis, *ſummæ poteſtatis:* quæ eſt facultas moralis regendi civitatem, cujus actûs alterius humanæ voluntatis arbitrio non poſſunt infirmari. Nam hic vere lapis eſt lydius, ad quem, ubi ſumma poteſtas ſit, unice docet explorandum eſſe Grot. *l. 1. de J. B. & P. c. 3. n. 7. & ſeq.* quâ de re nos agimus in *lib. 1. de jur. Civit. c. 15.* neque juvat actum agere, quod Civitates, quæ tali facultate carent, municipalia jura ſive ſtatuta habere dicuntur, de quibus quod ſatis videatur, egimus in *p. 1. lib. 1. tit. 2. n. 5.*

N. ADDIT.

In Poſit. 11. addiderat Autor: Hic nota interpretationem legum civilium & ſtatutorum differre parum aut nihil, ut explicat Treutlerus Vol. 1. Diſp. I. th. 10. lit. E. *Ad illa verba* iſtud Scholion *adjunxeram. Notat recte eorum errorem, qui pro fundamento ponunt regulam, ſtatuta eſſe interpretationis reſtrictivæ. Oſtendi iſtum errorem latius* diſſert. de jure circa frument. c. 2. n. 68. ſeq. *ubi cape exemplum. Statutum prohibuit exportationem frumenti. Recte id extenditur ad exportationem farinæ.* Adde Dn. Schilter. Exerc. ad Pand. 2. th. 12. ſeq. *qui aliud exemplum ſuppeditabit.*

6. Porro, (e) Lex etiam cum Ratione *convenire debet*, id eſt, nihil detrahere virtuti & bonis moribus, quod ut definitioni non inſertum, per ſe intelligitur; ſed manifeſtam oportet eſſe turpitudinem, per quam fit, ut lex vim ſuam perdat, *arg. l. 15. de cond. Inſt.* cujus autem legis obſcura & ignota eſt ratio, eam nihilo minus obligare tenendum eſt, *l. 20. & 21. h. t.* Quin & iniqua lex perdit quidem vim ſuam, quatenus conſcientiam ejus præſcriptum ſequentis non poteſt reddere ſecuram, (in quam lex omnino nullam vim habet directam, Ameſ. *lib. 5. de conſc. c. 25. n. 4.* ita tamen valet, ut ſubditi illam pati cogantur; nec alius quam ipſe Princeps eam ex æquitate corrigere poſſit, *l. 1. C. de LL.* Scilicet cauſa legis obligatoria, eſt placitum ſummæ Poteſtatis in Republ. habens pro fine ſuo publicam civium utilitatem non adverſantem legibus divinis & naturæ, quibus ſingulorum populorum Rectores derogare non poſſunt. Ideo ſi quid ejusmodi ſancitum fuerit, Cives quidem eas Leges ferre debent, verum ſumma poteſtas conſcientiam Deo ſubjectam non poteſt reddere ſecuram eorum, qui actiones potius ſecundum Leges civiles, quam ſecundum præcepta Dei, in verbo ſuo vel in cordibus ſcripta, inſtituunt; modo rite diſtinguatur inter jura Dei poſitiva, quæ cunctis gentibus, & quæ ſolis Judæis conveniunt. Leges iniquæ obligant ad patientiam, non ad obſervantiam. Suppoſita hac convenientia cum jure divino & naturali, dicendum eſt, non pendere a judicio ſingulorum examen

(d) *Poſ. 10. & 11.* (e) *Poſ. 12. 13.*

Rationis,

Rationis, qua lex nitatur; non quod in rationes nullo modo inquirere liceat, verum quod obsequium legibus præstandum inde nullo modo pendere debeat, eaque sententia *d. l. 20. & l. 21.* ubi, quod rationes inquirendas esse negatur, de curiositate derogativa accipiendum est, fere ut Poeta de filiis, quibus studium est, *ante diem Patrios inquirere in annos.* Quin magno *fastidio superbiæ tumidus esse dicitur, qui regalem sensum contemnat, l. 12. C. de LL.* Adeoque verissimum est, quod in *l. 21.* habetur; si a Ratione penderet legis valor, *multa, quæ nunc certa sunt, subverterentur;* quatenus nunquam deessent homines, qui leges interpretari quam exequi mallent. Ideo seu melior, seu deterior sit Legis ratio, tamen est & manet lex, obligatque cives ad observantiam.

Quid sibi vult igitur, dices, quod Ratio sit anima Legis? Æstimatione Juris Naturalis & Gentium valeat regula; valeat sensu quoque civili: sed tum ratio intelligatur, quæ Legis Auctori placuit, non quam Ratiocinator excogitet; illa plerumque recta, licet haud semper omnium optima, sane est anima legis, & verba sunt corpus, quæ a ratione animantur & effectus suos exerent, juxta placitum summæ potestatis. Proinde si Lex alicui negotio, etsi æquissimo, adversetur, hoc judicibus minime sequendum est, Harmenop. *l. 1. t. 1. n. 29.* Ὅτε νόμος ἀντίκειταί τινι πράγματι, κἂν πάνυ δικαιότατόν ἐστι τὸ γενόμενον, ἀπρόσδεκτόν ἐστι τοῖς δικαστηρίοις: *Quando Lex negotio alicui adversatur, etsi quod factum est, justissimum sit, in judiciis tamen nullo modo admittendum est:* Sed exspectandum est, dum Legislator id mutet, quod subinde fieri videmus, & exemplo Juris Romani est evidentissimum: Hoc enim ab eo, quod olim fuit, cum Justinianeo tempore comparatum, mirifice discrepat, in quem statum paulatim adsiduis mutationibus pervenit, qua de re Apulejus *in Apolog.* more suo crudo: *Nonne & vos quotidie,* inquit, *experimentis illuminantibus tenebras antiquitatis, totam illam veterem & squalentem sylvam legum, novis principalium rescriptorum & edictorum securibus truncatis & cæditis?*

7. De Conscientia quod asperimus, ita se habet: Cum per hanc judicium de semet ipso coram Deo, cui soli sensuum animi rationem debemus, intelligatur, fieri non potest, ut ullus homo, aut superior potestas humana, conscientiam teneat obligatam. Sed habemus præceptum Dei, imperiis summarum Potestatum esse parendum, οὐ μόνον διὰ τὴν ὀργὴν, non modo propter metum pœnæ, sed etiam διὰ τὴν συνείδησιν, *conscientiæ causa, Rom. 13, 5.* Atque hæc est consequentia, per quam conscientia, quæ directe non ligatur a Lege, devincta habetur. Sed de obligatione conscientiæ ex Lege, habemus in animo Tractatum peculiarem, cujus se latius diffundit ambitus, quam ut heic delineari possit.

8. Porro (f) tritum est dictum, *cessante ratione legis, cessat ipsa lex;* intellige, si ratio cesset in universum, non si in casibus certis. Postquam Lex semel aliquid ob certam rationem statuit, hoc jus æquabiliter custodiendum est, etiam in casibus, si qui dentur, quibus illa ratio non obtinebat. Nam si lex identidem ac Ratio minus conveniret, vim suam amitteret, omne jus foret incertum & momentaneum: interea scilicet, semper adesse debere terminos casuum eosdem, quos Lex requirit, pro certo præsumendum est. Exemplo res fiet clarior: Lex est, Impubes ne faciat testamentum, quia nullum est ejus animi judicium, *§ 1. I. Quib. non est permiss. fac. test.* Datur impubes, cui est prudentia ante pilos, quæritur, an possit testari? non potest. Aliud: Lex est, ne bona minorum alienentur absque necessitate, *l. 22. C. de admin. tut.* idque commodo illorum ita constitutum est, ne rebus suis temere spolientur. Datur casus, quo sit utile rem alienare citra necessitatem, quæritur, an id liceat judici? non licet.

N. ADDIT.

Hic iterum omissum fuit sequens Scholium. *Facit huc* lex 5. § 14. & l. penult. in princ. de reb. eorum, qui sub tutel. vel cur. l. 12. de præd. min. *Dissent. Struv. XXXI, 34. verbis:* vel inutilia sunt. *Adde Autorem* infr. d. t. de reb. eorum, n. 5.

Sand. *lib. 2. tit. 19. def. 15.* Hujusmodi exemplis plena sunt omnia juris loca.

9. Postrema verba definitionis (g) sunt de potestate *Legis,* quæ continetur quatuor virtutibus enumeratis *in l. 7. h. t.* imperare facienda, vetare contraria, permittere licita, (*quod distat a tolerando, nam & illicita tolerantur,*) punire non parentes, quod ultimum legis officium *Sanctio* vocatur; *§ 10. I. de R. D.* Basilici exempla addunt: Ἄριστη νόμε καὶ δύναμις τὸ κελεύειν τρέφεσθαι τὰς παῖδας καὶ τὰς πατέρας παρὰ τῶν παιδῶν.

(f) *Pos. 14. 15.* (g) *Pos. 16. 17.*

Τὸ κωλύειν γήεσθαι φόνες, ἁρπαγὰς, ἢ ἕτερόν τι πλημμέλημα. Τὸ ἐπιτρέπειν τισὶ διατίθεσθαι καὶ συναλλάττειν. Τὸ τιμωρεῖσθαι τὰς ἡμαρτηκότας. *Virtus & potestas Legis est*, jubere *liberos ali & parentes a liberis.* Prohibere *cades, rapinas, aut aliud delictum.* Permittere *quibusdam testari & contrahere.* Punire *delinquentes.* Quod addere visum, ut genus versionis Basilicæ observetur. In imperando vetandoque nulla difficultas aut obscuritas; sed *permittendi* officium plus habet ἀνακρισεώς. Harmenopulus *lib. 1. cap. 1.* Τὸ Ἐπιτρέπειν, ait esse, Τὸ μήτε κωλύειν, μήτε προτρέπειν. Permittere id esse, *nec prohibere, nec adhortari:* sed hoc magis tolerantiæ esse videtur, & in negatione consistit. Virtus Legis est positiva. Permittere significat igitur, potestatem facere alicujus rei. Sic Viro *permittitur uxoris* suæ adulterum occidere, in *l. 24. ad L. Jul. de adult.* Administratio peculii *permissa* servo, *l. 84. de solut.* Missio in possessionem *permissa*, id est, imperio prætoris facta, *l. 1. Ne vis fiat ei, qui in pos.* jus arbitriumque omnium rerum Cæsari *permissum.* Sueton. *in Cal. cap. 14.* Talis permissio non tantum fit de rebus *licitis*, ut modo posuimus, sed etiam de rebus in suo genere *illicitis*, ut de homicidio, *d. l. 24.* de concubinatu, *tot. tit. de Concubin.* Talis fuit *permissio* Legis Mosaicæ circa divortium, *Deuter. 24.* quod Christus ait decretum esse, διὰ τὴν σκληροκαρδίαν propter *duritiem cordis* Judæorum, *Matth. 19, 8. Marc. 10, 7.* jungitur in hanc rem ἐνετείλατο, *præcepit*, ἐπέτρεψεν, *permisit:* nam permissioni inest vis præcipiendi, ne quis impediat; item ut modus servetur, quo majus malum pervertatur, sicut Mosi in divortio fuit propositum. Quanquam autem Harmenopulus istis verbis μήτε κωλύειν, μήτε προτρέπειν, *nec prohibere nec adhortari*, vim permissionis totam non exprimit, verissimum tamen est, eum, qui permittit, nec prohibere, neque probare, aut adhortari; quemadmodum Moses non probavit divortia permittendo; neque Juris Auctores ad concubinatum hortantur cives, neque eum probant, etsi permittant. Quod igitur modo posuimus, *permittere, de licitis* accipiendum, plerumque verum est; aliquando etiam illicita permitti demonstravimus. Tolerantia de turpibus ac illicitis tantum, quæ lex suarum partium nullo modo facit, verum impunita saltem relinquit, usurpatur, ut est ebrietas, ingratitudo, & alia, quæ tantum odio damnamus, & ad vindices Deos mittimus, ut Seneca 3. *de clem. 7.* qua de re nos latius in *p. 2. lib. 1. Digress. c. 2. n. 4.*

Non sunt etiam Leges, textus suasorii & consulentes, ut est *l. 34. b.* ubi ei, qui se fundat in consuetudine, suadetur, *ut primo illud exploret, an etiam contradicto aliquando judicio confirmata fuerit.* Item in *l. 24. de Rei Vindic.* datur consilium vindicaturo aliquam rem, ut *prius animum vertat, an aliquo interdicto possit adipisci possessionem*, addita ratione, *quia longe commodius est, ipsum possidere & adversarium ad onera petitoris compellere, quam alio possidente, petere.* Aliud est in *Nov. 22. c. ult. in pr.* ubi Parentibus datur consilium, non lex imponitur, *æqualitatem inter liberos suos observandi.* Denique in *§ 3. Inst. de Pupil. subst.* notum est consilium, quid facto opus, si Pater metuat, ne substitutus filii sui vitæ insidietur. Res ipsa loquitur; id genus suasiones Legibus obiter inseri, non esse tamen capita Legum propria & obligantia cives.

10. Quod (h) ad tempus attinet, ex quo Lex valere incipiat, non est dubium, quin simul ac innotuit, cives obstringat; nisi forte Lex ipsa tempus aliquod, ex quo valitura sit, adjecerit, ut sæpe fieri videmus. Sed Justinianus ad prætextus ignorantiæ civibus eripiendos, bimestre tempus novissime constituit, * quo a promulgatione Legis elapso, nemini fas sit, ignorantiam Legis

* Idem tempus duorum mensium, a publicatione computandum, constituit olim D. Joh. Georg. I. *in Ordinatione Processus Judiciarii d. an. 1622. v. Proœm. verb.* ernstlich befehlende, binnen zwey Monat nach geschehener Publication anzurechnen. Simile exemplum *v. in Resol. Gravam. d. 1661. in fin.* § Damit nun. Cæterum hoc duorum mensium tempus, omnibus a Justiniano propositis legibus præfinitum fuisse, ex eo merito ambigitur, quod *Novella 66 c. 1.* ad leges singulares & novas circa testamenta ab isto Cæsare latas restringenda sit. Hinc in aliis legibus Saxonicis idem terminus haud fuit observatus, & constitutiones provinciales regulariter statim, ex quo publicatæ sunt, vim juris habent. *Exempl. adest in Mandat de Duell. A. 1712 d. 2. Jul. § 61. verb.* Immassen dessen Verbindung nach der Publication seinen Anfang nimmt, und die von selbiger Zeit an begangene Crimina hernach zu decidiren. conf. Ziegl. *de jur. Maj. L. 1. c. 5. th 11.* Philipp. *Ul. Pr. Inst. L. 1. Lect. 11. n. 9.* Graneweg. *d. LL. abrog. ad Nov. 66. n. 3.*

(h) *Post 18. 19.*

obtendere

obtendere transgressioni, in *Nov. 66. cap. 1.* quam alii sic intelligunt, ut ab eo tempore Leges demum valere Justinianus voluerit. Usu temporum satis constat, hoc bimestre spatium non observari, sed Leges statim ac publicatæ sunt, valere & obligare, nisi admodum singulares innocentis ignorantiæ rationes concurrant, de quibus ad *Tit. ff. de jur. & fact. ignor.* Quando Leges dicuntur habere vim cives obligandi, id aliter quam futuri temporis respectu intelligi non potest. *Cedo mihi*, verba sunt Ciceronis, *Leges Atinias, Furias, ipsam, ut dixi, Voconiam, omnes præterea de Jure Civili, hoc reperies, in omnibus statui jus, quo post eam Legem populus utatur, Orat. 1. in Verrem.* Cui hoc objicit Cicero, cum ita edixisset, *fecit, fecerit?* Nescio tamen, an locus generis, unde refellit Verrem, bonus sit ad hoc argumentum: nec enim in jure desunt exempla Legum, *quæ tam præterita quam præsentia repellant*, ut loquitur *l. ult. C. de Pact. pign.* cujusmodi novissima Lex Ordinum Frisiæ lata XXI. *Februar. 1685.* de beneficio Inventarii restringendo, quæ diserte ad beneficia prius impetrata producitur, *ut in suo loco videbimus.* Verres quidem improbe in exemplo Ciceroniano constituit; verum ideo nullas Leges ad præteritos casus extendi posse, negandum non erat.

Quin nec indistincte verum est, casus præteritos ad Legem novam non pertinere *. Nam si Lex antiqua jus sine aliquo facto aut ministerio hominis tribuat, tum quidem casus ante Legem novam commissus ad hanc non pertinet, sed veteri Legi subest; verum si casus antea existens adhuc egeat facti alicujus aut ministerii, tum magis est, ut ille casus præteritus ad novam legem referendus sit, quemadmodum ex Bartoli doctrina Sandius tradit *2. 5. 5. in fin.*

Opus erit exemplis? Lex erat Vetus Frisica, *Supellectilem ruri inter Conjuges esse communem.* Supervenit Lex nova, restringens communionem *ad pretium mille florenorum.* Ante hujus Legis promulgationem Cajus & Caja matrimonium contraxerunt, quod post legem novam adhuc durabat. Quærebatur, finito matrimonio, an communio secundum *veterem, an novam* Legem esset accipienda. Judicatum est, *secundum veterem*; quia Lex illa statim sine ullo facto ministerioque hominis interveniente, communionem inde ab initio matrimonii constituerat, & jus conjugum, quod secuta lege tolli non potuit, stabiliverat, apud Sandium *dicto loco.* Exemplo contrario videtur esse, quod modo habuimus: Jus vetus fuit, ut heres ex beneficio Inventarii suo arbitratu res ageret, nec a creditoribus, si quid ab illo peccatum erat, conveniri posset; omne tamen jus ejus in perpetuis factis & administratione consistebat. Supervenit Lex, quæ modum hunc imposuit, *ut intra sex menses rationes reddere cogatur heres*, petentibusque creditoribus *Curatorem bonis* dari patiatur. Heredes, qui Beneficium pridem petierant, & quibus nihil ex bonis acquiri poterat, nisi administratione perfuncti aliquid habuissent reliquum, huic Legi quoque subjecti sunt atque fuissent, etsi Legis verbis id non exprimeretur; quod dubitationis tollendæ gratia ab Ordinibus, ex consilio Curiæ supremæ, consultum est, ut exprimeretur.

Distinguendum etiam diligenter est in hujus quæstionis usu, sintne Leges *dispositivæ* novi, an *declaratoriæ* Juris antiqui. Quæ prioris sunt generis, ita ut dictum est, ad futuros, non ad præteritos casus pertinent; quæ posterioris, ad præteritas æque referuntur, ac ad venturas factorum species. Exemplum: Vetus Lex fuit inter Conjuges, lucra & damna durante matrimonio communicari; dubitatum fuit, utrum id ipso jure, an mediante cessione fieret, Lex deinde lata est, quæ id *ipso jure* fieri determinavit. Hujus legis sententia matrimoniis antea pridem contractis indistincte fuit applicata, referente Sandio *d. lib. 2. tit. 5. def. 6.*

II. Hæc de Legis definitione. Divisione an utendum sit nobis, haud dixerim: Sunt qui Legem faciunt generalem & specialem; ad hanc aliqui Statuta Municipiorum, alii privilegia referunt. Sed nostra definitio *Statuta* excludit, verbis *summæ potestatis*, quæ non est in municipiis; Privilegia excluduntur verbis, *Commune Præceptum*, etsi nec Leges suo sensu vocari non possint. Divisiones aliæ in divinas & humanas, in naturales & positivas, similesque ab hoc loco alienæ sunt; quia satis constat, nos agere de lege civili. Magis est, ut distributio Legis in duas partes observanda sit; prima Rogatio sive Lex

* Ita placuit legislatori Saxoniæ, ut decisio 67. non tantum ad futuras, sed & præteritas & jam celebratas conventiones pertineret, nisi res judicata, aut transactio intercesserit, *d. Dec.* § Und wollen wir diese Satzung. conf. *Constitut. reg. d. A. 1705.* vom anvertrauten Gut. Regulariter tamen leges novæ ad casus præteritos haud sunt referendæ, Philipp. *d. l. Ecl. 10. n. 18, 19.*

κατ' ἐξοχὴν, altera Sanctio dicitur, quæ pœnam statuit in transgressores, ut Justinianus docet in *§ Sanctæ quoque I. de R. D.* præferuntque distributionem hanc monumenta vetusta Legum, quæ supersunt. Quin lex, quæ sanctione, id est, clausula pœnali caret, imperfecta dicebatur, ut testis in ea re est Ulpianus *in fragm. tit. de Legib.* eaque non rescindebat id, quod prohibebat, *n. 1. d. tit.* quanquam hodie quicquid est contra Legem, sanctione licet carentem, factum, ipso Jure nullum habetur, *l. 5. C. de LL.* sed dantur Leges, quæ prohibent & pœnam statuunt, neque rescindunt quod contra factum erit, cujusmodi Leges minus quam perfectas vocat Ulpianus *in d. tit. n. 2.* De his recepta est distinctio talis: Aut annullatio actus potest cum pœna expressa in Lege concurrere, & tum actus est nullus pœnaque simul habet locum, ut in *l. 4. C. de incest. Nupt. ubi: Qui ducit uxorem contra leges, privatur eo, quod relictum ei fuerit, inter vivos aut mortis causa;* & tamen nuptiæ sunt nullæ; excipe, nisi in præjudicium alterius, qui non peccavit, tendat nullitas, quo casu merito cessat, *l. 14. in fin. π. ad L. Cornel. Falsi.* ubi legatum est nullum, quod legatarius sibi adscripsit, & tamen fidei commissario debetur. Quod si nullitas simul cum pœna consistere nequeat, tum actu salvo, pœna sola exercetur: ut si mulieri temere a viro divertenti multa statuatur, ni redeat, res ipsa loquitur, hac pœna non rescindi matrimonium. Vulgo petunt exemplum ex *l. ult. de divort.* in qua terminos habiles non invenio. Vid. Sand. *lib. 2. tit. 1. def. 6.* qui istis parum consentanea tradit *in def. 1. d. tit.* ubi; *Quod si vero Lex*, inquit, *irritum non decernat, quod contra factum est, sed tantum simpliciter prohibet, vel contra facientibus pœnam statuit, his casibus ipso jure nullum non est, quod contra legem factum est.* Atqui superius dixerat, quod contra legem factum est sub pœna, id esse nullum, etsi lege tacente de nullitate; si modo pœna simul locum habere queat: & est juris certissimi hodie, quicquid contra Leges est factum, id ipso jure nullum esse, lege licet simpliciter loquente, *d. l. 5. C. de LL.* Sed interest forsitan, utrum Lex aliquem actum prohibeat, an vero juxta actum illum aliquid requisiti præscribat. Priore casu nullitas ex simplici prohibitione colligitur; posteriore non aliter, quam si lex nullitatem aut rescissionem sanciat. Exemplum: Lex est Frisica, quæ jubet matrimonium ter promulgatum in Ecclesia celebrari, sub pœna pecuniaria, *l. 1. t. 1. Stat. § 11.* Hæc mulcta cum nullitate simul quidem consistere posset, attamen non intelligitur secus initum matrimonium esse nullum in Frisia, Sand. *d. def. 1.* quod in Hollandia pro nullo habetur, quia nullitas ibi Lege sancitur, Coren. *Consil. 26.*

12. Postremum (i) quod de lege nobis observandum videtur, id est de ejus interpretatione. quæ secundum Æquitatem fieri debet; eam, quæ judicibus adscribitur, & de qua diximus *ad tit. de Just. & Jur.* Sed alterum æquitatis arbitrium, quod illic principis esse dicitur, ab interpretandi officio alienum est, utpote quod mentem Legislatoris egreditur, estque non interpretari legem, sed facere Jus novum, *l. 1. l. 9. & l. ult. C. de LL.* Ex æquitate, quam diximus, humaniorem esse juris scripti interpretationem, secundum probabilem legislatoris mentem, variæ fluunt regulæ, qualis Marci Philosophi: *In re dubia benigniorem sequi sententiam oportere, l. 3. de his, qui in testam. del.* Capienda esse verba ex usu communi *l. 7. § ult. de supell. leg.* Utilia & favorabilia producantur, *l. 3. de Const. Pr. l. 54. de condit. & demonstr.* Odiosa restringantur, *l. 19. de lib. & post.* Ubi Ratio est eadem, idem quoque jus statuatur, *l. 32. ad L. Aquil.* Derogationes Juris præcise capiantur, *l. 14. & 15. h. t.* proinde jus novum ultra quam dicta ferunt, nullo modo extendendum; idemque in jure municipali, quatenus a communi recedit, observandum. Adeoque monitum illud non huic juri proprium, sed omni omnino juri novo tribuendum; Vid. Gail. *1. obs. 33. n. 5. & seqq.*

13. Quod regula juris dictat, unumquodque eo modo tolli, quo est constitutum, id in Legibus etiam obtinet. Voluntas summæ potestatis legem facit, eadem tollendæ Legi sufficit, & sola requiritur; indeque est, quod Modestinus in *l. ult. de Const. Princ.* ait, Αἱ μεταγενέστεραι διατάξεις ἰσχυρότεραι τῶν πρὸ αὐτῶν εἰσιν *Constitutiones posteriores prioribus sunt validiores;* sive priores Leges per omnia tollant, quod est *abrogare*, sive ex parte, quod est *derogare*, sive aliquid primæ legi adjiciatur, quod *subrogare* dicitur, sive aliquid ex priore lege mutetur, quod est *obrogare*, teste Ulpiano *tit. 1. fragment.* Nec tamen lex posterior, sed etiam Consuetudo, quæ vim legis habet, idem aliquando efficit, ut jus posterius tol-

(i) *Pos. 11.*

lat,

lat, quemadmodum in parte prima *tit. de Jur. Nat.* expositum est.

14. (k) Quanquam autem de Consuetudinibus in parte priore, quod ad paratitlarem doctrinam sufficiat, actum est, superest tamen, quod ad legem & consuetudinem pariter spectat, monitu necessarium. Lex & consuetudo inter alia requisita debet esse *generalis*; ut dictum *Part. I. tit. 2. n. 35.* Quid igitur, leges & consuetudines locorum particularium nullam ne potestatem habent? (intelligimus autem per loca particularia, civitates & regiones ejusmodi, quæ sunt membra subjecta majoris imperii, nec habent regalia, neque jus condendi legem). De his ita jus & ratio fert, ut si lex totius Reip. de aliqua re lata sit, tum mos regionis, in qua negotium fuit gestum, attendatur, quoniam in id consensisse verisimile est contrahentes; per *l. 24. de R. I. l. 3. de usur. l. 6. de evict.* Hæc res etiam exemplis uno alterove illustrari meretur. Sæpe fit, ut colono, qui sementem fecit, migrante, sequens metat fruges. Interest monstrare, quantum is, qui sementem fecit, habiturus sit, quod jure communi nec Cæsaris, neque Statutis est definitum. In Frisia, tractu Orientis habet sator dimidium; In Occidente tertium; quæ consuetudines valent, quia non repugnant juri communi. E contra; jure communi & Frisica, *Arresta* personalia in Frisiæ indigenas non valent, nisi fugæ suspectos; Est civitas, quæ usurpat Arresta promiscue in personas aliarum jurisdictionum; Consuetudo non valet, neque in condicto judicio probari poterit. Idem in legibus; Jus commune est, Res furtivas a quolibet possessore sine pretio repetere licet, etsi bonæ fidei sit possessor. Civitas dat privilegium mensulariis suis, ne cogantur res furtivas reddere sine pretio, nisi a dominis, antequam ab ipsis pignori acciperentur, fuerint præmoniti. Judicavit *Curia Suprema Frisiæ*, non valere privilegium, a Civitate sine *Ordinum* consensu datum in fraudem juris communis. Adeoque sæpe damnavit mensularios, quod sciam, ad restituendum sine pretio, quantumvis non præmonitos. Quod si nulla sit lex vel consuetudo certa, recurri solet ad mores vicinorum, *cap. 16. x. de consuetud.* D. Schotan. *in exam. ad tit. C. quæ sit longa consuet. quæst. quid si discrep. & quæst. quis est effectus?* Exemplo sit, quod in Frisia nihil constitutum reperitur de *Assecurationibus* in mercatura tam frequentibus. Mentio quidem fit Edicti super illis promulgati in Rubrica *tit. 24. Libri I. statut. Fris.* Verum in nigro prorsus nihil de assecurationibus reperitur: Proinde, cum res commercii nostri, inseparabili vinculo cum Batavicis sint conjunctæ, non videtur esse dubium, quin & contrahentes apud nos, si quid ejus generis convenerit, jus, quod in Hollandia servatur, hac in parte velint observatum, nec est absurdum statuere, secundum instituta Batavorum hac in parte judicandum esse in Frisia: non quod leges Hollandiæ nos ulla parte teneant; sed quia contrahentes id egisse videntur, ut quod receptissimi moris est apud mercatores, inter quos omni die versantur, id etiam hactenus in suis negotiis obtineret.

15. Postremo sciendum, in foro vim Consuetudinum habere stylum Curiæ, sive judicii, qui dicitur, & *praxis*, ut auctoritate juris Canonici probatur a Gailio *lib. 1. observ. 1. in pr.* ut tamen statuta jusque certum & liquidum per stylum Curiæ non putem abrogari, saltem quod ad jus partium attinet: quin semper Leges in contradictorio urgeri posse videantur. Diligenter etiam distinguendum, sitne stylus Judicii ex Advocatorum mutua indulgentia, aut errore jurisque ignorantia receptus, an certa judicum voluntate introducatur, quarum rerum multiplex in foro usus occurrit. Exemplum: Lex est Frisica, Exceptiones numquam solæ, præter fori declinatoriam, litis pendentis & rei judicatæ, sunt opponendæ, verum semper cum responsione principali conjungendæ sunt, *l. 3. Stat. tit. 13. n. 3.* Stylus judicii pridem contrarius est, adeo ut vix unquam Advocati exceptionem cum defensione principali conjungant, nisi quando exceptioni diffidunt, ejusque parvam rationem ipsi habent, aut habitum iri credunt. Putarem tamen si quis serio sese opponeret atque ad legem provocaret, fore, ut ea non posset negligi vel dissimulari. Aliud exemplum habet Sandius *in lib. 3. tit. 6. def. 8.* nos aliud in *Jurisprud. Hod. lib. 1. c. 2. n. 57.* ubi & Sandianum retulimus; tametsi non ignoremus quam difficulter ea, quæ contra rationem juris primo recepta, dein consuetudine obtenta sunt, ad simplicitatem juris præsertim aliunde demonstrata, reducantur. Hæc res admodum late patet, nec ulla abundantior causa Juris Romani per Europam usu labefactati, exitit.

(k) *Pos. 20, 21.*

De

De Conflictu Legum DIVERSARVM IN DIVERSIS IMPERIIS.

I. Origo & usus hujus Quæsiti, forensis quidem, at juris Gentium magis quam civilis. II. Regulæ fundamentales hujus doctrinæ. III. Acta inter vivos & mortis causa valent ubique secundum jus loci, quo celebrantur. IV. Quod exemplo declaratur, testamenti. V. Contractus. VI. Rei Judicatæ. VII. Actionis instituendæ. VIII. Matrimonii. IX. Extendi hoc etiam ad effectus earum rerum, etiam quod ad immobilia. X. Limitatio regulæ de loco. XI. Alia limitatio ejusque ampliatio. XII. Regula de qualitatibus personalibus certo loco impressis, ubique vim habentibus. XIII. Scilicet, qualem ejusmodi personæ jure cujusque loci habent: ut exemplis declaratur. XIV. In jure immobilium spectari jus loci, quo sita sunt. XV. Declaratur exemplis Testamenti, Contractuum & Successionis ab intestato.

(a) SÆpe fit, ut negotia in uno loco contracta usum effectumque in diversi locis imperii habeant, aut alibi dijudicanda sint. Notum est porro, leges & statuta singulorum populorum multis partibus discrepare, postquam dissipatis imperii Romani provinciis, divisus est orbis Christianus in populos ferme innumeros, sibi mutuo non subjectos, nec ejusdem ordinis imperandi parendique consortes. In jure Romano non est mirum nihil hac de re extare, cum populi Rom. per omnes orbis partes dissusum & æquabili jure gubernatum Imperium, conflictui diversarum Legum non æque potuerit esse subjectum. Regulæ tamen fundamentales, secundum quas hujus rei judicium regi debet, ex ipso jure Rom. videntur esse petendæ: quanquam ipsa quæstio magis ad jus Gentium quam ad jus Civile pertineat, quatenus, quid diversi populi inter se servare debeant, ad juris Gentium rationes pertinere manifestum est. Nos ad detegendam hujus intricatissimæ quæstionis subtilitatem, tria collocabimus axiomata, quæ concessa, sicut omnino concedenda videntur, viam nobis ad reliqua planam redditura videntur.

2. Sunt autem hæc: *I. Leges cujusque imperii vim habent intra terminos ejusdem Reipublicæ, omnesque ei subjectos obligant, nec ultra, per l. ult. ff. de Jurisdict. II. Pro subjectis imperio habendi sunt omnes, qui intra terminos ejusdem reperiuntur, sive in perpetuum, sive ad tempus ibi commorentur, per l. 7. § 10. in fin. de Interd. & Releg. III. Rectores imperiorum id comiter agunt, ut jura cujusque populi intra terminos ejus exercita, teneant ubique suam vim, quatenus nihil potestati aut juri alterius imperantis ejusque civium præjudicetur.* Ex quo liquet, hanc rem non ex simplici jure Civili, sed ex commodis & tacito populorum consensu esse petendam: quia sicut leges alterius populi apud alium directe valere non possunt, ita commerciis & usu gentium promiscuo nihil foret magis incommodum, quam si res jure certi loci validæ, mox alibi diversitate Juris infirmarentur, quæ est ratio tertii axiomatis: quod, uti nec prius, nullum videtur habere dubium. De secundo videntur aliqui secus arbitrari, quando peregrinos legibus loci, in quibus agunt, teneri negant. Quod in quibusdam casibus esse verum, fatemur, & videbimus *infra:* sed hanc positionem, *pro subjectis imperio habendos omnes, qui intra fines ejusdem agunt*, certissimam esse, cum natura Reipubl. & mos subigendi imperio cunctos in civitate repertos, tum id, quod de Arresto personali apud omnes fere gentes receptum est, arguit, Grot. *l. c. II. n. 5.* Qui in loco aliquo contrahit, tanquam subditus temporarius legibus loci subjicitur. Nec enim ulla ratione freti sunt, qui peregrinos, sine alia causa, quam quod ibi reperiuntur, *Arresto* medio, illic juri sistere se cogunt, quam quod imperium in omnes, qui intra fines suos reperiuntur, sibi competere intelligunt.

3. Inde fluit hæc Positio: *Cuncta negotia & acta, tam in judicio quam extra judicium, seu mortis causa sive inter vivos, secundum jus certi loci rite celebrata, valent, etiam ubi diversa juris observatio viget, ac ubi sic inita, quemadmodum facta sunt, non valerent.* E contra, negotia & acta certo loco contra leges ejus loci celebrata, cum sint ab initio invalida, nusquam valere possunt; idque non modo respectu hominum, qui in loco contractus habent domicilium, sed & illorum, *qui ad tempus ibidem commorantur.* Sub hac tamen exceptione; si rectores alterius populi

(a) *Pos. 22 & seqq.*

puli exinde notabili incommodo afficerentur, ut hi talibus actis atque negotiis usum effectumque dare non teneantur; secundum tertii axiomatis limitationem. Digna res est, quæ exemplis declaretur.

4. In *Hollandia* testamentum fieri potest coram Notario & duobus testibus, in *Frisia* non valet, nisi septem testibus confirmatum. Batavus fecit testamentum more loci in Hollandia, ex quo bona, quæ sita sunt in Frisia, illic petuntur. Quæritur, an judices Frisii secundum illud testamentum vindicias dare debeant. Leges Hollandiæ non possunt obligare Frisios, ideoque per axioma *primum* testamentum illud in Frisia non valeret, sed per axioma *tertium* valor ejus sustinetur & secundum illud jus dicitur. Sed Frisius proficiscitur in Hollandiam, ibique facit testamentum more loci contra jus Frisicum, redit in Frisiam, ibique diem obit, valetne testamentum? valebit, per axioma *secundum*, quia dum fuit in Hollandia, licet ad tempus, jure loci tenebatur, actusque ab initio validus ubique valere debet, per axioma *tertium*, idque sine discrimine mobilium & immobilium bonorum, ut juris est ac observatur. Frisius e contra facit in patria testamentum coram Notario cum duobus testibus, profertur in Hollandia, ibique bona sita petuntur; non fiet adjudicatio, quia testamentum inde ab initio fuit nullum, utpote factum contra jus loci. Quin idem juris erit, si Batavus heic in Frisia tale testamentum condat, etsi in Hollandia factum valeret; verum enim est, quod heic ita factum ab initio fuerit nullum, per ea quæ *modo* dicta fuerunt.

5. Quod de testamentis habuimus, locum etiam habet in *actibus inter vivos*; proinde contractus celebrati secundum jus loci, in quo contrahuntur, ubique tam in jure quam extra judicium, etiam ubi hoc modo celebrati non valerent, sustinentur: * idque non tantum de forma, sed etiam de materia contractus affirmandum est. *Ex. gr.* in certo loco merces quædam prohibitæ sunt; si vendantur ibi, contractus est nullus: verum si merx eadem alibi sit vendita, ubi non erat interdicta, & ex contractu agatur in locis, ubi interdictum viget, Emptor condemnabitur; quia contractus inde ab initio validus fuit. Verum si merces venditæ, in altero loco, ubi prohibitæ sunt, essent tradendæ, jam non fieret condemnatio; quia repugnaret hoc juri & commodo Reip. quæ merces prohibuit, secundum limitationem axiomatis tertii. Ex adverso, si clam fuerint venditæ merces, in loco ubi prohibitæ sunt, emptio venditio non valet ab initio, nec parit actionem, quocunque loco instituatur, utique ad traditionem urgendam: nam si traditione facta, pretium solvere nollet emptor, non tam e contractu quam re obligaretur, quatenus cum alterius damno locupletior fieri vellet.

6. Similem usum habet hæc observatio in *rebus judicatis*. Sententia in aliquo loco pronuntiata, vel delicti venia ab eo, qui jurisdictionem illam habet, data, ubique habet effectum, ** nec fas est alterius Reipubl. magistratibus, Reum alibi absolutum veniave donatum, licet absque justa causa, persequi, aut iterum permittere accusandum; Rursus sub hac exceptione: nisi ad aliam Rempubl. evidens inde periculum aut incommodum resultare queat; ut hoc exemplo constare potest nostræ memoriæ. Titius in Frisiæ finibus homine percusso in capite, qui sequenti nocte, sanguine multo e naribus emisso, at bene potus atque cœnatus, erat extinctus, Titius, inquam, evasit in Transisulaniam. Ibi captus, ut videtur, volens, mox judicatus & absolutus est, tanquam homine non ex vulnere extincto. Hæc sententia mittitur in Frisiam, & petitur impunitas rei absoluti. Quanquam ratio absolutionis non erat a fide veri aliena, tamen Curia Frisiæ vim sententiæ veniamque Reo polliceri, Transisulanis licet postulantibus, gravata est. Quia tali in viciniam effugio & processu adfectato, ju-

*Hinc fœminæ, quæ extra Saxoniam domicilium habent, in Saxonia contrahentes, curatorem contractibus adhibere tenentur, Berlich. *P. 2 concl. 17. num. 55.* Philipp. *ad Dec. El. 24. Obs. 2.* Mulier autem Saxonica extra Saxoniam etiam sine Curatore, si Loci statuta id permittant, valide obligatur, Carpzov. *P. 2. C. 15. d. 6.* Diff Berlich. *d. l. n. 54.* Moller. *ad Const. 15. P. 2. n. 16.* conf. Stryck. *d. Caut. Cont. S. 1. c. 2. §30.* Wibel. *d. Contract. mulier. c. 2. n. 28.*

** Mandatum Saxonicum von der Selbst-Rache, *d. a. 1712.* etiam eum, qui extraneus est, & commisso in Electoratu crimine aufugit, ac a domino territorii, in quod se recepit, haud coercetur, non impunitum relinquit, *§ 29. verb.* vor infam erkläret, und sein Nahme an den Galgen geschlagen werden. Eodem *mandato §30.* cautum est, eum, qui extra Territorium duello congreditur & in Saxoniam se recipit, non in Saxonia esse puniendum, licet sit subditus ac civis, sed Domino territorii aut Judici, ubi deliquit, extradendum, nisi lis in Saxonia initium cœperit.

risdictioni Frisiorum eludendæ via nimis parata futura videbatur, quæ est tertii axiomatis exceptionis ratio. Idem obtinet in sententiis rerum Civilium, quo pertinet sequens exemplum memoriæ quoque nostræ. Civis *Harlinganus* contractum iniverat cum *Groningano*, seque submiserat judicibus Groninganis. Vi submissionis hujus Groningam citatus, ut cum non sisteret se, condemnatus fuerat, quasi per contumaciam. Petita executione, dubitatum est, an concedenda foret, in Curia Frisica. Dubitandi ratio, quod vi submissionis, si reus in territorio judicis, cui se submisit, non reperiatur, nemo contumaciæ peragi possit, ut *alibi* videbimus: neque *sine detrimento jurisdictionis nostræ, & præjudicio civium nostratium, talibus sententiis effectus dari queat.* Concessa tamen est eo tempore: quibusdam Dominis ita censentibus: quod Frisiis non liceret arbitrari, quo jure sententia Groningæ lata esset, modo secundum jus loci valeret. Alii hac ratione; quod Magistratus Harlinganus in urbe sua requisitus, citationem permiserat, quod facere potius non debuisset. Alioqui Amstelodamenses negavisse excutionem sententiæ latæ in absentem, per Edictum vi submissionis citatum ad Curiam Frisicam, & nemine contradicente damnatum, memini factum, & recte, meo judicio; propter limitationem axiomatis *tertii* commemoratam.

7. Præterea dubitatum est, si ex contractu alibi celebrato, apud nos actio instituatur, atque in ista actione danda vel neganda, aliud juris apud nos, aliud esset ubi contractus erat initus, utrius loci jus servandum foret? Exemplum: Frisius in Hollandia debitor factus ex causa mercium particulatim venditarum, convenitur in Frisia post biennium. Opponit præscriptionem apud nos in ejusmodi debitis receptam. Creditor replicat, in Hollandia, ubi contractus initus erat, ejusmodi præscriptionem non esse receptam; proinde sibi non obstare in hac causa. Sed aliter judicatum est, semel in causa *Justi Blenkenfieldt* contra G. Y. iterum inter *Johannem Joneliin*, Sartorem Principis Arausionensis, contra N. B. *utraque ante magnas ferias 1650.* Eadem ratione, si quis debitorem in Frisia conveniat ex instrumento coram Scabinis in Hollandia celebrato, quod ibi, non jure communi, habet paratam executionem, id heic eam vim non habebit, sed opus erit causæ cognitione & sententia. Ratio hæc est, quod præscriptio & executio non pertinent ad valorem contractus, sed ad tempus & modum actionis instituendæ, quæ per se quasi contractum separatumque negotium constituit, adeoque receptum est optima ratione, ut in ordinandis judiciis, loci consuetudo, ubi agitur, etsi de negotio alibi celebrato, spectetur, ut docet Sandius *lib. 1. tit. 12. def. 5.* ubi tradit, etiam in executione sententiæ alibi latæ, servari jus loci, in quo sit executio, non ubi res judicata est.

8. *Matrimonium* pertinet etiam ad has regulas. Si licitum est eo loco, ubi contractum & celebratum est, ubique validum erit effectumque habebit, sub eadem exceptione, præjudicii aliis non creandi; cui licet addere, si exempli nimis sit abominandi: ut si incestum juris gentium in secundo gradu contingeret alicubi esse permissum; quod vix est ut usu venire possit. In Frisia matrimonium est, quando mas & fœmina in nuptias consenserunt & se mutuo pro conjugibus habent, etsi in Ecclesia nunquam sint conjuncti: Id in Hollandia pro matrimonio non habetur. Frisici tamen Conjuges sine dubio apud Hollandos jure Conjugum, in lucris dotium, donationibus propter nuptias, successionibus liberorum, aliisque fruentur. Similiter, Brabantus uxore ducta dispensatione Pontificis, in gradu prohibito, si huc migret, tolerabitur; at tamen si Frisius cum fratris filia se conferat in Brabantiam ibique nuptias celebret, huc reversus non videtur tolerandus; quia sic jus nostrum pessimis exemplis eluderetur, eoque pertinet hæc observatio; Sæpe fit, ut adolescentes sub Curatoribus agentes, furtivos amores nuptiis conglutinare cupientes, abeant in Frisiam Orientalem, aliave loca, in quibus Curatorum consensus ad matrimonium non requiritur, juxta leges Romanas, quæ apud nos hac parte cessant. Celebrant ibi matrimonium, & mox redeunt in Patriam. Ego ita existimo, hanc rem manifesto pertinere ad everssionem juris nostri; ac ideo non esse Magistratus heic obligatos, e jure Gentium, ejusmodi nuptias agnoscere & ratas habere: Multoque magis statuendum est, eos contra Jus Gentium facere videri, qui civibus alieni imperii sua facilitate, jus patriis Legibus contrarium, scientes volentes impertiuntur.

9. Porro, non tantum ipsi contractus ipsæque nuptiæ, certis locis rite celebratæ, ubique pro justis & validis habentur, sed etiam jura & *effecta contractuum nuptiarumque* in iis locis recepta, ubique vim suam obtinebunt. In Hollandia conjuges

juges habent omnium bonorum communionem, quatenus aliter pactis dotalibus non convenit: hoc etiam locum habebit in bonis sitis in Frisia, licet ibi tantum sit communio quæstus & damni, non ipsorum bonorum. Ergo & Frisii conjuges manent singuli rerum suarum, etiam in Hollandia sitarum, domini: cum primum vero conjuges migrant ex una provincia in aliam, bona, quæ deinceps alteri adveniunt, cessant esse communia, manentque distinctis proprietatibus; sicut res antea communes factæ, manent in eo statu juris, quem induerunt, ut docet Saudius *lib. 2. decis. tit. 5. def. 10.* ubi in fine testatur, inter consuetudinarios Doctores esse controversium, an *immobilia* bona etiam alibi sita, in tali specie communicentur, quod nos adfirmandum putamus. Ratio dubitandi, quod Leges alterius Reip. non possint alieni territorii partes integrantes afficere; sed responsio est duplex: Prima non fieri hoc vi Legis alienæ immediata, sed accedente consensu Potestatis summæ in altera Civitate, quæ legibus alienis in loco suo exercitis præbet effectum; sine suo suorumque præjudicio, mutuæ populorum utilitatis respectu, quod est fundamentum omnis hujus doctrinæ. Altera responsio est, non tantum hanc esse vim Legis, sed etiam consensum partium bona sua invicem communicantium, cujus vi mutatio dominii non minus per matrimonium quam per alios contractus fieri potest.

10. Verum tamen non ita præcise respiciendus est locus, in quo Contractus est initus, ut si partes alium in contrahendo locum respexerint, ille non potius sit considerandus. *Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo ut solveret, se obligavit, l. 21. de O. & A.* Proinde & locus matrimonii contracti non tam is est, ubi contractus nuptialis initus est, quam in quo contrahentes matrimonium exercere voluerunt; ut omni die fit, homines in Frisia indigenas aut incolas, ducere uxores in Hollandia, quas inde statim in Frisiam deducunt; idque si in ipso contractu ineundo propositum habeant, non oritur communio bonorum, etsi pacta dotalia fileant, secundum jus Hollandiæ, sed jus Frisiæ in hoc casu est loco contractus.

11. Datur & alia limitationis sæpe dictæ applicatio in hoc articulo; Effecta contractuum certo loco initorum, pro jure loci illius alibi quoque observantur, *si nullum inde civibus alienis eveniat præjudicium, in jure sibi quæsito;* ad quod Potestas alterius loci non tenetur, neque potest extendere jus diversi territorii. Exemplum: Hypotheca conventionalis antiquior in re mobili, dat πρωτοπραξίαν, *jus Prælationis*, etiam contra tertium possessorem, Jure Cæsaris & in Frisia, non apud Batavos. Proinde si quis ex ejusmodi hypotheca in Hollandia agat adversus tertium, non audietur; quia jus illi tertio in ista re mobili quæsitum, per jus alieni territorii non potest auferri. Ampliamus hanc regulam tali extensione: Si jus loci in alio Imperio pugnet cum jure nostræ civitatis, in qua contractus etiam initus est, conligens cum eo contractu, qui alibi celebratus fuit: magis est, ut jus nostrum, quam jus alienum servemus. Exemplum: In Hollandia contractum est matrimonium cum pacto, *ne uxor teneatur ex ære alieno a viro solo contracto;* Hoc etsi privatim contractum valere dicitur in Hollandia, cum præjudicio creditorum, quibus vir postea obligatus est: in Frisia id genus pacta non valent, nisi publicata, nec obstant ignorantiam allegantibus justam, idque recte secundum jus Cæsarum & æquitatem. Vir in Frisia contrahit æs alienum, uxor hic pro parte dimidia convenitur. Opponit pactum dotale suum; Creditores replicant, Jure Frisiæ non esse locum huic pacto, quia non est publicatum, & hoc prævalet apud nos in contractibus heic celebratis, ut nuperrime consultus respondi. Sed qui in Batavia contraxerunt, etsi agentes in Frisia, tamen repellentur; quia tum simplex unumque jus loci contractus, non duplex, venit in considerationem.

12. Ex Regulis initio collocatis etiam hoc axioma colligitur. *Qualitates personales certo loco alicui jure impressas, ubique circumferri & personam comitari, cum hoc effectu, ut ubivis locorum eo jure, quo tales personæ alibi gaudent vel subjecti sunt, fruantur & subjiciantur.* Hinc qui apud nos in Tutela, Curave sunt, ut adolescentes, filiifam. prodigi, mulieres nuptæ, ubique pro personis Curæ subjectis habentur, & jure, quod Cura singulis in locis tribuit, utuntur fruuntur. Hinc qui in Frisia veniam ætatis impetravit, in Hollandia contrahens ibi non restituitur in integrum. Qui prodigus heic est declaratus, alibi contrahens valide non obligatur, neque convenitur. Rursus in quibusdam Provinciis qui viginti annos excessere, pro *majoribus* habentur, & possunt alienare bona immobilia, aliaque jura minorum exercere in illis etiam locis,

ubi ante viginti quinque annos nemo cenſetur eſſe major: quia Legibus rebusque judicatis aliarum Civitatum in ſuos ſubjectos, quælibet aliæ poteſtates comiter effectum tribuunt; quatenus ſuo ſuorumque juri quæſito non præjudicatur.

13. Sunt, qui hunc effectum qualitatis perſonalis ita interpretantur, ut qui certo loco, major aut minor, pubes aut impubes, filius aut paterfam. ſub curatore vel extra Curam eſt, ubique tali jure fruatur, eique ſubjiciatur, quo fruitur & cui ſubjicitur in eo loco, ubi primum talis factus eſt, aut talis habetur: proinde, quod in patria poteſt aut non poteſt facere, id eum nusquam non poſſe vel prohiberi facere. Quæ res mihi non videtur habere rationem, quia nimia inde σύγχυσις jurium, & onus pro vicinis, ex aliorum legibus oriretur. Exemplis momentum rei patebit. Filiusfam. in *Friſia* non poteſt facere teſtamentum. Proficiſcitur in *Hollandiam* ibique facit teſtamentum: quæritur, an valeat? Puto valere utique in *Hollandia, per Regulam primam & ſecundam*, quod Leges afficiant omnes eos, qui ſunt in aliquo territorio: nec civile ſit, ut Batavi de negotio apud ſe geſto, ſuis legibus neglectis, ſecundum alienas judicent. Attamen verum eſt, id heic in *Friſia* non habiturum eſſe effectum, per *regulam tertiam*, quod eo modo nihil facilius foret, quam Leges noſtras a Civibus eludi, ſicut eluderentur omni die. Sed alibi tale teſtamentum valebit, etiam ubi filiisfam. non licet facere teſtamentum, quia ceſſat ibi illa ratio eludendi juris patrii per ſuos cives; quod in tali ſpecie non foret commiſſum.

14. Hoc exemplum ſpectabat actum ob perſonalem qualitatem domi prohibitum. Dabimus aliud de actu domi licito, ſed illic, ubi celebratus eſt, prohibito, in ſuprema Curia quandoque judicatum. *Rudolphus Monſema* natus annos XVII. *Groninga* diebus quatuordecim, poſtquam illuc migraverat, ut pharmaceuticam diſceret, Teſtamentum condiderat, quod ei in Friſia liberum erat facere, ſed *Groningæ*, ait D. *Nauta*, Relator hujus judicati, non licet idem puberibus *infra XX. annos, nec tempore morbi fatalis, neque de bonis hereditariis ultra partem dimidiam.* Deceſſerat ex eo morbo adoleſcens, herede Patruo, materteris legato dimiſſis, quæ teſtamentum dicebant nullum, utpote factum contra jus loci. Heres urgere, perſonalem qualitatem ubique circumferri, & jus ei in Patria competens alibi quoque valere: ſed judicatum eſt contra teſtamentum, convenienter ei quod diximus, præſertim, cum heic eludendi juris patrii affectatio nulla fuiſſet, etſi minime consentientibus ſuffragiis, *Nauta* quoque diſſentiente. *Deciſ. M. S. 134. Anno 1643. d. 27. Octobris.*

15. Fundamentum univerſæ hujus doctrinæ diximus eſſe, & tenemus, ſubjectionem hominum infra Leges cujusque territorii, quamdiu illic agunt, quæ facit, ut actus ab initio validus aut nullus, alibi quoque valere aut non valere non nequeat. Sed hæc ratio non convenit rebus immobilibus, quando illæ ſpectantur, non ut dependentes a libera diſpoſitione cujusque patrisfamilias, verum quatenus certæ notæ lege cujusque Reip. ubi ſita ſunt, iſtis impreſſæ reperiuntur; hæ notæ manent indelebiles in iſta Republ. quicquid aliarum Civitatum Leges aut privatorum diſpoſitiones, ſecus aut contra ſtatuant; nec enim ſine magna confuſione præjudicioque Reip. ubi ſitæ ſunt res ſoli, Leges de illis latæ, diſpoſitionibus iſtis mutari poſſent. Hinc Friſius habens agros & domos in provincia Groningenſi, non poteſt de illis teſtari, quia Lege prohibitum eſt ibi de bonis immobilibus teſtari, non valente Jure Friſico adficere bona, quæ partes alieni territorii integrantes conſtituunt. Sed an hoc non obſtat ei, quod antea diximus, ſi factum ſit Teſtamentum jure loci validum, id effectum habere etiam in bonis alibi ſitis, ubi de illis teſtari licet? Non obſtat; quia Legum diverſitas in illa ſpecie non afficit res ſoli, neque de illis loquitur, ſed ordinat actum teſtandi; quo recte celebrato, Lex Reipubl. non vetat illum actum valere in immobilibus, quatenus nullus character illis ipſis a Lege loci impreſſus læditur aut imminuitur. Hæc obſervatio locum etiam in Contractibus habet: quibus in *Hollandia* venditæ res ſoli Friſici, modo in *Friſia* prohibito, licet, ubi geſtus eſt, valido, recte venditæ intelliguntur; idemque in rebus non quidem immobilibus, at ſolo cohærentibus; uti ſi frumentum ſoli Friſici in *Hollandia* ſecundum *laſtas*, ita dictas, ſit venditum, non valet venditio, nec quidem in *Hollandia* ſecundum eam jus dicetur, etſi tale frumentum ibi non ſit vendi prohibitum; quia in Friſia interdictum eſt; & ſolo cohæret ejusque pars eſt. Nec aliud juris erit in ſucceſſionibus ab inteſtato; Si defunctus ſit Paterfamilias, cujus bona in diverſi locis imperii ſita ſunt, quantum attinet ad immobilia, ſervatur jus loci, in quo ſitus eorum eſt; quoad mobilia, ſervatur jus, quod illic loci eſt, ubi teſtator habuit domi-

domicilium, qua de re vide Sandium *lib. 4. decis. tit. VIII. def. 7.* Sunt hæ definitiones ejusmodi, ut a latiori explicatione non abhorreat, quando Statutarii Scriptores non desunt, qui de nonnullis aliter existimaverint, quos vide laudatos apud Sandium in Decisionibus prædictis, quibus adde, quæ novissime tradit Rodenburgius *tract. de jur. quod orit. e Stat. diverf.* inserto *libro de jure Conjugum.*

TIT. IV.

De Constitutionibus Principum.

I. Continuatio & divisio Juris a causis, consensu, necessitate, consvetudine. Partitio tituli. II. De Jure summæ potestatis, unde vis Constitutionum, disseritur, & de lege Regia, remissive. III. Cæsarum potestatem fuisse absolutam, demonstratur e veteribus IV. Rescripta Principum, de quibus rebus & qualia esse debeant. V. De Decreti & interlocutionis differentia de potestate. VI. Pugna, quæ sit hac in parte inter l. 1. & l. 2. 3. C. h. t. *cum* l. 12. *eod. exponitur & finitur.*

DE tribus speciebus Juris, quæ Rubricam præcedentem constituunt, sic ait Modestinus in *l. pen. d. tit.* Ergo *omne jus aut consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmavit consuetudo.* Per consensum intelligit legem, quæ est sponsio populi. Necessitas ad Senatus consulta videtur esse referenda, per argumentum ejus, quod Pomponius ait, in *l. 2. § 9. d. O. J.* ubi *Necessitas ipsa curam Reipubl. ad Senatum deduxit.* Sed hæc duo juxta Consuetudinem, non exhauriunt *omne jus*, cum adhuc reliquæ sint quatuor species. Dicendum, plebiscita sub lege comprehendi; Prætorum Edicta & responsa Prudentium, non fecisse jus αὐτενθικῶς, sed aliunde publici juris potestatem accepisse; vel dic, si placet, *omne jus*, de quo in illo titulo agitur, intelligi. Constitutiones Principum merito locum proprium requirebant, ut factum videmus. De his consideratur, 1. unde principes hanc potestatem acceperint. 2. Quæ sint constitutionum Principalium species, earumque ratio & effectus.

2. Quod ad primum Caput attinet, hoc in quæstionem de Lege Regia, quæ de Principum potestate lata esse dicitur in *l. 1. h. t.* incidere palam est, de qua copiose egimus in *lib. 1. Digress. c. 12. & seqq.* omnisque disputationis compendium retulimus *in c. 34.* In *c. seq.* quæstionem, an & quatenus Princeps sit legibus solutus, executi sumus; quæ heic loci repetere non sustinemus: nec etiam de contractibus Principum agere, de quo D. Wissenbach ad *l. 3. C. de L. L.* Nos eum tractatum ad *Libros de Jure Civitatis* retulimus, atque ibi illum plenius aliquando exequemur. Hoc plane collocandum est, vix aliud æque dari posse idoneum exemplum Summæ Potestatis simpliciter constitutæ, quam fuit in hac lege imperii Cæsarum Romanorum; qua populus Romanus omne suum Imperium & potestatem transtulit in Principem, *l. 1. h. tit. § 6. Inst. de J. N. G. & C. l. 2. § 7. C. de V. J. E.* Hac translatione facta, Principem necesse fuit omnia facere potuisse, quæ populus antea facere potuerat. Scimus quam hæc invidiosa positio apud multos respectu singulorum potestatis habeatur: Nos etiam in *libro 1. de Jure Civit. cap. 14.* non dissimulavimus, perperam consulere sibi videri populos, qui sua voluntate ejusmodi Imperium Regale stabiliunt, quam Samuel imprudentiam populo Israelis exprobrare non cessavit. Existimamus tamen ita; quando populus ejusmodi simplicem Imperii constitutionem stabilivit, ut tunc Judæi, nostraque memoria *Dani* faciendum putarunt, ita juris esse, quemadmodum Samuel dictabat, talem populum, ad ferendas Regum injurias teneri, ut patientiam accommodent. Sed nos in disputatione juris, (nam facti quæstio, quid quisque populus statuerit, hinc est aliena,) quod habeant imperantes adversum subjectos, & hi vicissim, perpetuo utimur Aristocratiæ exemplo, qualis hodie est Venetæ, Batavicæ, Frisiæve Civitatis: atque demonstrare solemus, non esse absurdum, Optimates, sive Ordines illarum gentium, idem habere jus, quod habet major pars populi in Civitate mere populari. Quo scilicet obtento, Regnum simpliciter constitutum prorsus idem valere manifesto consequitur: sed hac de re locus agendi fuit ac est apud *dd. libros de Jure Civitatis.* Heic addendum; Credibile equidem esse, populum Rom. si tam sui juris & potestatis fuisset tempore Cæsarum, quam fuit tempore Regum primorum,

morum, tanta tamque libera poteſtate ſuos Principes ſupra caput ſuum non fuiſſe elaturos, quam factum eſſe liquet. Nam Reges etſi jus ſummæ poteſtatis habuerunt, omnia tamen jura ſoli non exercuere; ſi fides Halicarnaſſenſi in *libro* 2. qui teſtatur, jus condendi leges, creandi magiſtratus, & faciendi bellum ac pacem, fuiſſe penes Regem, cum Senatu populoque pariter exercitum.

3. Hujusmodi limitationibus Cæſarum poteſtas circumſcripta non fuit, ut non modo ex noſtris de Lege Regia agentibus, ſed & aliis e Scriptoribus paſſim liquet. Dion. *lib.* 53. de Imperatoribus agens, Πᾶσαν τὴν τῆς βασιλείας ἰσχὺν περιβέβληνται, *omni regia poteſtate præditi ſunt*: & de populo, καὶ ἔξιν ὅπως ἃ βασιλεύονται, *fieri non poteſt, quin Romani in regno ſint.* Adde princ. libri 52. Οἱ Ῥωμαῖοι, inquit, μοναρχεῖσθαι αὖθις ἀκριβῶς ἤρξαντο, *Romani iterum exacti regno ſubjecti eſſe cœperunt*; licet Principes detrectent τὸ κατὰ τύραννα Φορτικὸν, *Regii nominis invidiam.* Hinc αὐταρχίαν eorum Imperium vocat. Idem *lib.* 60. αὐτοκράτορα ἀρχὴν, & quidem αὐτῷ ἐψηφίσαντο. *Decreverunt* Claudio *ſummam poteſtatem*, quam a cavillis vindicat explicatio ejusdem, *lib.* 3. αὐτοκράτορα ἑαυτὸν καὶ τῶν νόμων, Senatus declaravit Auguſtum habere *liberum jus & ſui ipſius & legum*, quod quid aliud eſt quam nulli ſubditum & *abſolutum?* Expreſſius eodem SCto jus datum Auguſto ſcribit, ut ὅσα βούλοιτο ποιεῖν, *faceret quæcunque vellet*, καὶ πανθ' ὅσα ἂν μὴ βούλοιτο, μὴ πρᾶττειν, *nec quod nollet, ad hoc teneretur.* Quid hoc eſt, quam acta ejus nullo modo potuiſſe infirmari? quod eſt naturale κριτήριον ſummi & abſoluti imperii. Grotius *l.* 1. *cap.* 3. *n.* 7. iterum de Principibus affirmat, quod fuerint ἐλεύθεροι ἀπὸ πάσης ἀναγκαίας νομίσεως, *liberi ab omni neceſſaria lege.* Demus, non de neceſſitate juris Naturæ vel Gentium hic agi, ut illuſtris Salmaſius volebat; demus, civiles tantum leges intelligi, imo vim tantum coactivam illarum, ut vult anguſtiſſima interpretatio: tamen qui nulla civili ſanctione tenetur, is eſt ἀνυπεύθυνος, *abſolutus*; Et qui nunquam cogi poteſt, is nec ſuperiorem nec parem habet, idemque Rex abſolutus eſt: immota principia. Nec aliter Tacitus, quando cuncta ſub Imperium accepiſſe Auguſtum, *l. ann.* 1. *& omnem poteſtatem ad unum collatam, l. hiſt.* 1. verbotenus ut Ulp. noſter in *d. l.* 1. tradit. Et Sueton. de Cajo *c.* 14. in vita: *Jus arbitriumque omnium rerum ei permiſſum eſt.* Pariter Strabo *lib. ult. in fin.* Ἡ πατρὶς ἐπέτρεψεν αὐτῷ τὴν προστασίαν τῆς ἡγεμονίας, *Patria permiſit ei regimen Imperii.* Ἐπέτρεψεν idem eſt, quod Suetonii *permiſſum*, quod de ſimplici tolerantia & patientia nemo accipiet, qui in textu videt conſenſum Senatus, & irrumpentis in Curiam populi, & irritam Tiberii voluntatem factam. Et Strabo ipſe ſcrupulum eximit, mox addens, καὶ πολέμων καὶ εἰρήνης κατέχει κύριος διὰ βίου, *Belli & Pacis Dominus, quamdiu viveret, eſt conſtitutus*, a quo niſi a Patria, παρὰ τῆς γερουσίας τῆσδε δήμου, *a Senatu Populoque*; ut modo ex Dione.

4. (a) Fuit pars I. tituli: De ſpeciebus Conſtitutionum Principalium egimus in *parte I. l.* 1. *t.* 2. *n.* 9. Prima ſpecies eſt epiſtola ſive Reſcriptum.

SCHOLIUM.

Imo potius reſcriptum eſt Genus epiſtolæ, quod ſub ſe tres ſpecies continet, ſubſcriptionem ſeu annotationem, Epiſtolam, & pragmaticam ſanctionem. vid. Strauch. l. 7.

RESPONSIO.

Secutus ſum JCtum in l. 1. h. t. *& Imperatorem* in § 6. Inſt. de Jur. Nat. Gent. & Civ. *qui epiſtolam ponunt, ut ſpeciem e tribus unam ſummam. Poſſe alioqui Reſcriptum ita ſumi, ut vult Scholiaſtes, non recuſo.*

N. ADDIT.

Mutat Autor ſtatum controverſiæ. Non enim quæritur, an epiſtola ſit ſpecies una ex tribus, quod ipſi concedimus in ſcholio, ſed an reſcriptum ſit Synonymum Epiſtolæ, quod nos negavimus, neque contrarium in allegatis ab Autore textibus deprehenditur. Sententia noſtra fundatur in l. ult. Cod. de diverſ. reſcript. l. 1. C. de precib. Imp. offerendis, *junctis textibus Autoris.*

Sub ea continentur etiam Pragmaticæ Sanctiones, quæ ſunt Reſcripta *non ad ſingulorum preces ſuper negotiis privatorum, ſed ſi quando corpus aut ſchola, vel officium, vel Curia, vel civitas, vel Provincia, vel quædam univerſitas hominum, ob cauſam publicam fuderit preces, emanantia. l. ult. C. de diverſ. Reſcr.* Igitur quæ ſimpliciter Reſcripta vocantur, ad ſingulorum preces, aut etiam poſt magiſtratuum relationem, ad judices emittuntur, *d. l. ult. in pr.* preces autem licet offerre Principi de quibusli-

(a) *Poſ. t.* 2. 3. 4.

bet

bet rebus, quæ prosint supplicantibus, aut veniam criminis indulgeant, *l. 7. C. de Precib. Imp. off.* Non valent, quatenus lædunt alium, aut jus alienum tollunt, *d. l. 7.* Nam dilationes a debitoribus peti possunt, neque tamen rescripta de illis valent, nisi fidejussio idonea super debiti solutione præbeatur, *l. 4. d. tit.* quod si hodie in *quinquennalibus*, ita dictis, servaretur induciis, exigua de illis causa querendi foret. Porro, non valent Rescripta Fisco damnosa, vel juri contraria, *l. 3. d. tit.* Quin ipsi Impp. talia rescripta ab omnibus refutari permittunt, *l. 6. d. tit.* Non licet etiam supplicare Principi, post provocationem, aut definitivam sententiam, vel ubi tempus appellationis effluxit, nec quidem lite pendente, *tot. tit. C. ut lit. pend. vel post provoc.* Ratio non est obscura, quod Princeps cursum justitiæ suis Rescriptis turbari nolit, sub pœna litis amittendæ, *l. 2. d. tit.* quæ utique locum non habebit, si judex ipse cursum justitiæ obstruat eamque litigantibus impertiri noluerit. Ideo Mandatis (b) Principum non creditur, nisi per literas publice prolatas, quibus adjecta sit conditio, *si preces veritate nitantur, l. 1. C. de Mand. Princ. l. f. C. de diverf. Reſcr.** ideoque non dantur executioni, nisi causa cognita, *l. 3. & ult. C. si contr. jus vel util. publ.* quod de judicialibus mandatis, non de politicis imperiis, quæ Magistratus & cives exequi, non interpretari debent, accipienda esse, ratio & textus allegati docent. Cæterum beneficia Rescriptis concessa plenissime interpretanda esse, tradit *l. 3. h. t.* quod ita capiendum esse de liberalitatibus ac indulgentiis, ne tamen exemptiones a jure communi nimium extendantur, docet ratio. Cujac. *l. Feud. 12.* vide Mornac. *in l. 3. h. t.*

5. Sequitur (c) altera pars Constitutionum Principalium, *Decreta*, quæ sunt sententiæ cum plena causæ cognitione a Principe latæ, cujusmodi vivum & elegans habes in *l. 3. de his, quæ in testam. del.* Quæ tali modo *κατ' ἐξαίρεσιν* probata sunt, omnia vim effectumque juris habent, *l. 1. h. t.* nempe, *Si imperialis Majestas causam cognitionaliter examinaverit, & partibus coram constitutis, sententiam dixerit; omnes omnino judices, qui sub nostro imperio sunt, sciant, hanc esse legem non solum illi causæ, pro qua* producta est, *sed & omnibus similibus;* verba sunt Justiniani in *l. 12. C. de Legib.* Decretis opponuntur *Interlocutiones*, quæ bifariam appellantur. Proprie dicuntur ita, quæ causam non perimunt, sed ad progressum & regimen litis finiendæ pertinent, *l. 9. in fin. C. de sent. & interl.* Vocantur etiam ita pronuntiationes, quæ non cognita causa pro tribunali, sed obiter & de plano fiunt, *l. 1. §. 1. h. t.* quæ & legis ibi vim habere dicuntur: quam Justinianus tamen solis tribuit sententiis *causa cognitionaliter examinata.* Sed quid faciamus Theodosio & Valentiniano, qui sic in *l. 2. h. t. Quæ ex relationibus judicum in Palatii nostri auditorio introducto negotio, statuimus, nec generalia jura sint, sed leges faciant his duntaxat negotiis, pro quibus fuerint promulgata,* rescribunt. Ergo sententiæ a Principibus in quoque negotio singulari dictæ, non habent vim legum generalium, contra quam σφόδρα diserteque statuit Justinianus in *d. l. 12. sive ult. h. t.* D. Wissenbach. in comment. *ad d. LL.* refutatis aliorum responsionibus, ita distinguit, ut Theodosius in *d. l. 2.* loquatur *de sententiis, quæ in Consistorio Principis, ad relationem aut consultationem judicum, a Principe feruntur: Lex ultima agat de sententiis, quas ipse Princeps de causa cognoscens pronunciat, quarum alia non immerito atque diversa putanda sit ratio.* Sed præter, quod ea, quæ Princeps in Consistorio statuit, nunquam minoris habeantur, quam quæ solus decernit, illa conciliatio refellitur ex *l. seq. 3.* ubi Theodosius idem cum collega suo sanxerunt, leges ut generales ab omnibus æquabiliter observandas esse, tantum eas, *quæ programmatibus publicantur, vel expresse continent, quod Principes censuerint, ea, quæ in certis negotiis statuta sunt, similium quoque causarum fata componere.* Mox addunt; *Interlocutionibus, quas in uno negotio judicantes protulimus, vel postea proferemus, non in commune præjudicantibus:* ubi ipsas quoque sententias appellari Interlocutiones, quando Principes *inter* partes *loquuntur* & jus dicunt, aperte liquet. Estque mens Cæsarum, e verbis eorum claris, neque Rescripta neque sententias habere vim legum, nisi id promulgatum aut specialiter expressum fuerit, adeoque sola *Edicta*, quæ tertiam Constitutionum speciem exhibent, vim legis obtinere; sive illud Edictum

* Conditionem hanc: si preces veritate nitantur, non amplius hodie nominatim exprimi debere, sed in unoquoque rescripto subintelligi, ex jure Canonico receptum est, *c. 10. X. de rescript.* Mev. *P. 2. dec. 157.* Gail. *L. 1 Obs. 14. num. 1.*

(b) *Pos. 5. 6. 7.* (c) *Pos. 8. & seqq.*

sponta-

ſpontaneus Principi motus ingeſſerit, ἐξ ἰδικῆς φάσεως diceret Theophilus, *ſive precatio* privatorum, *ſive* Relatio Magiſtratuum, (unde *Reſcripta*,) *ſive lis mota*, (hinc Decreta,) *Legis occaſionem poſtulaverit*. Si Juſtiniano deinde ſecus vilum eſſet, an adeo ſtupidos fuiſſe credamus miniſtros ejus compilatores, ut contrariam ſanctionem ſub eadem Rubrica collocaturi fuerint? Malo conſtitutionem *l. ult.* ſic accipere; ut intellectum voluerit Cæſar, etſi non dictum, ita demum judicata Principum habitura vim Legum univerſalem, *ſi Principes conſuerint, ea, quæ in certis negotiis ſtatuta ſunt, ſimilium quoque cauſarum fata componere*, ut eſt *in d.l. 3.* Atque illa res etiam rationi & utilitati publicæ, moribus hodiernis approbatæ, eſt conſentanea; ſolis Edictis, ſive *Placatis* quæ dicuntur, vim legis ἀυτενθικῶς eſſe tribuendam, ne jus a mutabilibus judicantium Principum motibus, qui ſæpe diverſis modis afficiuntur, pendeat. Quod eo plus, hodiernis moribus, habet evidentiæ, quo magis conſtat, his diebus Principes, quique ſummam in Civitatibus liberis exercent poteſtatem, rebus judicandis ſe dedere non ſolere, vel ſi his rebus ſe miſceant, fere id eo comparatum eſſe, ut extra ordinem ignoſcant, aut animadvertant; quod ad legis non valere conſequentiam, ipſa juris Civilis regula dictat.

TIT. V.

De Statu hominum.

I. Doctrina de objectis juris Tribus & Unico, juxta rationem methodi in ff. exponitur. II. Differentia hominum in mares & fœminas, ubi de hermaphroditis. III. Prærogativa Juris inter mares & fœminas. IV. De natis & naſcituris, ubi de tempore partus juſto. V. De illegitimis, quos non dici reſpectu matris. VI. Diviſiones aliæ perſonarum recenſentur. VII. De Monſtris quid, & an occidi poſſint.

FUere (a) Præcognita Juris. Sequitur ipſe tractatus Artis, cujus materiam JCti una partitionis ſumma complectuntur. *Omne jus, quo utimur*, ait Gajus, *vel ad Perſonas pertinet, vel ad Res, vel ad Actiones, l. 1. h.* Vetus eſt mos loquendi in Scholis juridicis, non a Veteribus tamen, quod tria ſint juris objecta, Perſona, Res & Actio. Quid autem hujus doctrinæ ſit, accurate loquendo, in *libro IV. Digreſſ. cap. 1.* ediſſeruimus, atque etiam ex Logica obiter demonſtravimus; in omnibus practicis diſciplinis objectum eſſe duplex, Uſus, & Tractationis. *Uſus objectum* eſſe, quod ars informat & perficit, ut in Ethicis mens humana. *Doctrinæ objectum*, eſſe idem cum ſubjecto ſive artis materia, ut in Ethicis vitia ac virtutes. In Jurisprudentia objectum Uſus eſt perſona, ſive homo, quatenus ei jus tribuendum, utpote cujus gratia jus omne conſtitutum eſt, *l. 2. h. t.* vel, ſi mavis, actiones humanæ, quas hæc ars regit & ordinat ad ſcopum juſtitiæ, objectum illud conſtituunt. Doctrinæ objectum eſt id, quod per definitiones & diviſiones in omni corpore juris tractatur, idque non eſt aliud quam *ſuum cujusque*, ſive facultas homini competens ad aliquid juſte habendum vel agendum. Jam omne jus, quod ad aliquem pertinet, conſideratur vel ratione ſtatus perſonalis, vel reſpectu rerum, quæ nos faciunt locupletiores, vel modi ſive remedii, quo jus perſonale rerumque adſerimus, qui modus eſt *Actio*.

(a) *Poſ. 1.*

SCHOLIUM.

Spectat ergo huc principaliter jus perfectum, quod actiones parit, ſecundario tamen etiam jus imperfectum, quale v. g. oritur ex pactis nudis. conf. ſupra not. ad tit. 1. n. 1. poſit. 4. ſeq. *Tolerare hæc poſſumus, ut Imperatorem ſalvemus. Nam accurate loquendo modus non variat rem.*

RESPONSIO.

Nimis hoc argutum: *In methodo artis profecto variat ejus tractatum adeo notabilis Remedii; ut eſt* Actio, *qua omne jus adſeritur, conſideratio.*

N. ADDIT.

Miſcuit hic iterum Autor duo Scholia diverſa, & ſic illa pariter ac reſponſionem ſuam reddidit obſcuram. Primum Scholium reſpicit, quod ſuum cujusque *Autor per* facultatem *&c. expreſſit, ad quod adeo Autor nihil excipit. Ego vero jam iſtud Scholium plane expungere mallem, poſtquam jam ſupra ad titulum de juſtitia & jure jus imperfectum rejeci. Et quod pacta nuda attinet, eorum tractatio ad jus pertinet, quatenus producunt exceptionem, ſeu quatenus Prætor iis aſſiſtit. Se-*

cundum

cundum Scholium, quod incipit in verſic. Tolerare hæc poſſumus *&c. reſpicit ad verba Autoris præcedentia,* vel modi ſeu remedii, *& ad illud Autor in reſponſione excipit. Sed exceptio iſta aperte terminos mutat. Nos dicimus: modus non variat rem, i.e.* jus, *quod ad aliquem pertinet, ſive facultatem, (ita enim Juris vocem ſupposuerat Autor in præcedentibus;) Autor contra: Modus* perſequendi jus *variat methodum artis ſeu* jus *ſyſtematice acceptum. Hæc ergo aſſertio noſtræ non contradicit.*

Huc igitur ſumma redit; *Unum eſſe Juris objectum, quod eſt Facultas ſive jus cuique competens. Quid?* an *jus* eſt Juris objectum? ſcilicet diverſo ſenſu, quem *ſuperius* pridem recognovimus. Tria vero feruntur particularia, quæ ſunt illa celebria, Perſona, Res, & Actio, inquam. (b) Inſtitutiones ſecundum tria, quæ dicuntur *objecta* Juris, in ſcholis exacto ordine tradantur. In Pandectis ita quoque inchoatur: nam hic tit. de *ſtatu hominum* eſt idem, cum *Rubr. de jure perſonarum in Inſt.* eodemque pertinent *tit. 6. & 7.* In tit. VIII. agitur de Rebus; ſed paucis poſitionibus, cum alioqui hæc pars juris latiſſime pateat. Inde fit tranſitus ad judicia, ſive ad Actiones, quæ cum oriantur ex omni genere Juris, earum occaſione tradantur omnia capita, quæ ad res vel ad perſonas referuntur. Nos ductum Imperatoris in his libris, ut ipſe præivit, ſequemur.

Dicimus, (c) eundem eſſe titulum *de ſtatu hominum*, qui eſt *in Pandectis*, cum eo, quem in *Inſtitutionibus*, ſub inſcriptione *de jure Perſonarum*, habemus, non tam quod vocabula prorſus idem ſignificent, quam quod æque late pateant *jura perſonarum & ſtatus hominum*, quatenus in hac Arte conſideratur. Idem fere quod D. Thomaſius.

SCHOLIUM.

Scilicet, quoad contentu & tractationem, quamvis differat ratione conceptuum. Nam ſtatus, eſt cauſa, propter quam homines diverſo jure utuntur. Sed has argutias JCtus, veram ſcilicet non ſimulatam Philoſophiam profeſſus, amorum delectationi reliquit. Conf. Aut. Auſp. domeſt. orat. 10. p. 216.

Idem mox:

Status vox ſumitur vel late vel ſtricte. Late pro quavis differentia, ſecundum quam jus variat. Hujus diviſiones vide omnium optime apud Pufendorff. de J. N. & G. lib. 1. c. 1. § 6. ſeqq. *ſtricte pro his tribus, Libertatis, Civitatis & Familiæ. Principaliter hoc ſpectat ſignificatus ſtrictior;* arg. tit. ff. hic; tit. Inſtit. de jure perſon. cum ſeqq. tit. Inſtit. & ff. de capit. minut. l. 20. ff. h. t. *Latam tamen acceptionem ſine dubio etiam in mente habuit Tribonianus, in* h. tit. l. 7. 9. 10. &c.

2. Quæ in priori parte commemorata ſunt de hominum differentiis in *liberos & ſervos, ingenuosque & libertinos*, heic non repetemus. Sed eſt alia prior diſtinctio a ſexu, in mares & in fœminas: Nam in dichotomia ſubſiſtere licet, etſi quæritur, *Hermaphroditum cui comparemus.* apud Ulpianum *in l. 10. h. t.* hoc eſt, androgynum,

– – Cui forma duplex, nec fœmina dici,
Nec puer ut poſſit, neutrumque & utrumque videtur,

Nec duo ſunt: ut Ovidius 3. *Metamorph. 7.*

At quia rara ſunt hæc portenta, non viſum fuit operæ pretium, inde tertiam conſtituere ſpeciem, *τὸ γὰρ ἅπαξ ἢ δὶς παρελθόντων οἱ νομοθέται, quod ſemel aut iterum contingit, hoc legum Auctores præterierunt, l. 6. d. LL.* Proinde magis puto, addit Ulpianus *in d. l. 10.* hermaphroditum *ejus ſexus æſtimandum, qui in eo prævalet*, ut ex habitu & effectis colligendum ſit, pro ſemiviro, an ſeminuliere ſit habendus.

3. Sed ad Jurisprudentiam magis pertinet Quæſtio, ſitne juris aliquod in ſexu diſcrimen; ac utrius in civitate melior ſit conditio. In univerſum ex jure Juſtinianeo dicendum videtur, omnes pari eſſe conditione. *Qui enim tales differentias inducunt*, verba Juſtiniani, *quaſi naturæ accuſatores exiſtunt, quod non totos maſculos generavit, unde generentur, non fiant, l. 4. C. de lib. præt.* Attamen, eſt *ἐπίκρισις* Ulpiani, *in multis juris noſtri articulis deterior eſt conditio ſexus minarum, quam maſculorum, d. l. 9. h.* Multos ejus generis articulos olim extitiſſe, & Ulpiani ævo plures quam Juſtiniani, a quo aliquot notabiles in *d. l. 4.* abrogantur, fuiſſe notum eſt; neque tamen adhuc regulæ *d. l. 9.* ſuus uſus & obſervantia deeſt. In ſumma ſic eſt dicendum; *Dignitatis* Privilegio viri, *Imbecillitatis* fœminæ præcellunt. Viri ad omnia publica munera dignitatesque & honores admittuntur; *Fœminæ ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotæ ſunt, & ideo nec judices eſſe poſſunt, nec Magiſtratus gerere, nec poſtulare, nec pro alio intervenire, nec procuratores exiſtere, l. 2. de R. J.* Præterea vir eſt *Princeps familiæ, l. 19. in pr. de V. S.* qui in domo *dominium*

habet

(b) *Poſ. 7. 8. 9.* (c) *Poſ. 10. 11. 12.*

habet, sub cujus imperio & materfamilias continetur, *l. 195. § 2. de V. S.* Ad articulos, in quibus melior conditio fœminarum, imbecillitatis ratione habetur, pertinet beneficium SCti Vellejani, quo succurritur mulieribus pro aliis intercedentibus, *l. 1. π. ad Sc. Vellej.* Juris ignorantia mulieribus ignoscitur *propter sexus infirmitatem*, ait Paulus, in quibusdam negotiis, *non gravioribus delictis, l. 9. in pr. de Jur. & fact. ignor.* imo etiam in his, si ex Juris Civilis ignorantia delinquantur, *l. 38. § 2. ad L. Jul. de adult.* quemadmodum & alias in pœnis criminum fœminæ sæpe mitius habentur, *l. 6. in pr. ad L. Jul. pecul.* quod nollem Justinianus ad pœnam adulterii capitalem illis remittendam, Viris sub Constantini sanctione retentis, produxisset *in Nov. 134. cap. 10.* Scilicet, ita bonus Imperator, in alia tamen causa: *Quis mulierum non misereatur, propter obsequia, quæ maritis præstant, propter partus periculum & ipsam liberorum procreationem, quarum corpore, substantia & omni vita fungantur mariti, l. ult. C. qui pot. in pign.* Valeant hæc & similia ad infirmitatis excusationem, non ad flagitiorum impunitatem promerendam. Certe talibus non prosint, qualis sexum gravata suum Medea, cujus apud Euripidem hoc dictum *in Med.*

Γυναῖκές ἐσμεν ἀθλιώτατον φυτόν;
Quid fœminæ sumus? miserrimæ creaturæ.

4. Secunda differentia: (d) Homines sunt vel nati, vel nascituri. Nati rursus, Legitimi aut illegitimi. Legitimi tales ab initio, vel Legitimati. Ab initio tales, qui ex justo matrimonio, tempore suo, nati sunt. Quæ sint justæ nuptiæ, dictum est, aliasque dicetur. Tempus justum habetur, non minus quam sex mensium cum parte diei sequentis, sive dierum CLXXXII. cum parte majore diei sequentis, ut septimus mensis sit inchoatus, * quod ita *propter auctoritatem doctissimi Viri Hippocratis* est receptum, ut auctor est Paulus in *l. 12. h. t.* locum Hippocratis eduximus in *Part. 1. l. 1. tit. 12. n. 6.* est in *pr. libri de part. septim.* Cujus uxor post hoc tempus peperit, eum Vir agnoscere cogitur, quia Pater est, quem nuptiæ demonstrant, *l. 3. & 4. de his, qui sui vel al. jur.* si paulo ante, secus; ac ita me respondere memini ante aliquot annos Viro honesto, civi Franekerano, cujus uxor paucis diebus cis illud tempus prolem pepererat validam, cum ante nuptias non nisi prima linea amassent, ut fatebantur. Idem de sexto mense judicatum esse a Senatu Gratianopolitano, testatur Autumn. *Conference du droit b. tit.*

SCHOLIUM.

Si tamen fœmina sit honesta & partus circa finem sexti mensis natus sit, & indicia adsint, eum nondum perfectam membrorum constitutionem in utero materno consecutum fuisse, pro legitimo pronunciari solet. vide D. Paul. Ammann. *Medic. Crit. resp. 4.* Conf. Finckelth. *Append. obs. 2. n. 14.*

Si de hominibus nascituris aliquid memorandum, hoc teneatur; Ventres & posthumos distincte memorari. Ventres metonymice vocantur fœtus, qui sunt in utero, *qua tales.* Posthumi, quatenus ut jam nati considerentur. Sic posthumo datur Tutor, ut ad *tit. Inst. de Tutel. sub fin.* habuimus, qui post nativitatem ejus, initium muneris sui facturus est; sed ventri datur Curator, qui bonis eum expectantibus tantisper præponitur, ut videbimus in *Tit. de Ventr. in poss. & Cur. ej.* Leges etiam definivere tempus, quo fœtus in utero longissimum esse queat, decem mensium completorum, ut est scriptum in *l. 3. § pen. de suis & legit. hered. l. pen. C. de posth. hered. inst.* neque in hac re ad auctoritatem medicorum provocant, re, ut videntur opinati, satis indubitata. Quamvis autem medici id aliquando aliter se habere, nonnulli scribunt, ideo non est, quod litem cum illis de fide talium narrationum reciprocemus. Etsi enim casus ejusmodi eveniant exquisiti, Juris tamen regulas eo nequaquam referri expedit, siquidem quod semel aut bis accidit, prætereunt Legislatores, ut diximus ex *l. 3. & seqq. de LL.* Justinianus tamen *postea intra mensem undecimum nasci partum legitimum, probavit* in *Nov. 39. c. 2.* ait noster Cl. Wissenbachius & quos ille secutus est; at hoc recte Sandius cum Alberico Gentili improbavit, *lib. 4. decis. tit. 8. defin. 10.* Neque enim ibi hoc agit Imperator,

* Hic terminus apud nos efficit, ut parentes, si partus scilicet initio septimi mensis post celebratas nuptias sit editus, Juramento purgatorio onerari nequeant, ac si anticipassent concubitum, Carpzov. *Jur. Consist. 1. def. 227.* Richter. *Dec. 89. n. 3.* cum alias pœna anticipati concubitus locum habeat. e. g. si primo Mense post nuptias susceperint conjuges, *Ord. Eccles. rubr. General.* Von Ehe-Sachen. *spec.* von Straffe der Unzucht. *pr. Corp. Jur. Sax. p. 270.* liberorum tamen legitimis natalibus id haud nocet, cum etiam post sponsalia publica ante nuptias nati pro legitimis habeantur, *Dec. Ll. 49.*

(d) *Vos. 13.*

et

ut novum terminum posthumis agnascendis statuat; sed quasi factum commemorans, mulierem ait extitisse, quæ post obitum mariti undecimo mense perfecto peperit, seque non ex viro defuncto peperisse satis impudenter est fassa, quam ideo Cæsar antenuptiali donatione mulctat. Quæ pœna ut locum habeat, ponit ejusmodi terminum partus, qui *indubitatum* reddat, *sobolem non ex priori consistere matrimonio*, qualem in illa specie facti Cæsar manifestum ponit. Non sequitur; ut pœna impudicitiæ locum habeat, tempus aliquanto largius accipitur: Ergo Justinianus extensionem illam & in aliis causis vult esse perpetuam. Tempus legitimi partus ea constitutione non est mutatum, si quidem mulier ibi ultro se non ex viro peperisse præ se tulit. Ideoque non est recedendum a sententia Ulpiani in *d. l. 3. § pen.* Exempla rara, quibus longiores gestationes uteri prædicantur, pleraque sunt dubiæ fidei: & si qua vera, minime ejus momenti habenda, ut legem infringere vel mutare queant universalem. Durum tametsi videatur, mulierem integræ existimationis serius parientem, repellere & simul quasi impudicitiæ damnare; multo tamen gravius Reipubl. est, usque in duodecimum mensem a morte viri producere legitimum nascendi tempus: Quid est, si hoc non est fenestram partubus aperire supponendis, quo nihil intolerabilius; & hæreditatibus per occulta stupra captandis? Nulla lex est, unde non exquisitis casibus aliquid iniqui consequatur, quod utilitate publica abunde rependitur; considerandum hoc est; in summa quid utile sit, ait Cato supra citatus, apud Livium *lib. 34. cap. 3.*

SCHOLIUM.

Communiter putant in d. Novella 39. pro partu legitimo haberi eum, qui initio undecimi mensis natus est, vid. Finkelth. d. l. n. 59. seqq. *adeoque Jus vetus per eam esse extensum. Sed recte id negat Autor, cui junge rationes Sandii* d. l. *Observatur tamen aliud in praxi tanquam æquius:* Vide Præjudicia ibid. adducta n. 65. seqq. *Ulterior vero extensio non admittenda, quamvis & hæc æquitatem præ se ferat; est quippe æquitas ista cerebrina*, vid. Finkelth. n. 91. seqq. & Sande d. l. ubi pro *partu duodecimestri pronunciatum fuisse refert.* Adde D. Ammann. d. l. cas. 29. & 44.

Verum tamen esse docet usus, ut quando in hypothesi versantur judices, difficulter eos fœminis honestatis reputatione notis præjudicare, quod exemplo firmat Sandius *lib. 4. tit. 4. decis. 10.* ubi plura in hanc rem vide. Obiter, quod vulgo traditur, Principem fuisse *Condæum* tredecim mensium natum puerum, etsi novissime a Baissonio vitæ *Turennii* auctore firmatum sit, scire cuperem, quis certus auctor; Nam *Mezerajus* præseutis quidem proavum, de quo est editio, sex mensibus a morte Patris in lucem editum esse testatur.

5. Hactenus de liberis legitimis. Illegitimos summa partitione complexi sumus in *parte 1. lib. 3. tit. 1. ad pos. 14. & seqq.* quæ repetere nihil attinet; nisi hoc addere velis, matrem non facere nothos & spurios, sed hujus respectu omnes videri justos & jure legitimorum gaudere, *§ 3. Inst. de Sc. Orphit.* quoniam incertitudo, quæ ratione paterni respectus obstat, in matre non potest habere locum. Quæ res facit, ut quanquam masculini sexus ratio per se potior esse debeat, *vulgo tamen quæstus matrem sequatur*, in *l. 19. h. t.* quia *Patrem suum nemo novit*; quemadmodum Telemachus Minervæ rogitanti, an esset Ulyssis filius, respondit, *Odyss. 1.*

Μήτηρ μέν τ' ἐμὸς φησὶ τὸ ἔμμεναι, αὐτὰρ ἔγωγε.
Οὐκ οἶδ', ἐπεὶ γάρ πώ τις ἐὸν γόνον αὐτὸς ἀνέγνω.
Mater casta quidem me gnatum dicit Ulyssis.
Ast ego qui scirem! quis Patrem noverit unquam?

Minerva tamen eum Paternæ nobilitatis honore solatur,

Ἐπεὶ σέ γε τοῖον ἐγείνατο Πηνελόπεια.
Quoniam talem genuit te Penelopea.

Scilicet uxor Ulyssis. Nam matrimonium Jure Gentium pro nota certi Patris habetur; physicam certitudinem si quis exigeret, ille sororum liberos, ut quibusdam gentibus in usu esse accepimus, successores eligere deberet.

6. Præterea III. (e) Homines dividuntur in majores atque minores, & hi in puberes, vel impuberes. Pubertas est prima, vel plena. Prima 14. plena 17. annorum exactorum, sive octavi decimi inchoati in maribus, *l. 40. § 1. de Adoption.* in fœminis prima pubertas 12. plena quatuordecim annorum est, *l. 14. § 1. de Alimen. legat.* Cur plena triennio distat in maribus & fœminis, cum prima biennii discrimen habeat? Quia puellæ tanto celerius adhiberi possunt operis & servitiis, ut usus docet.

N. ADDIT.

Omisit hic Autor tria scholia nostra jam inserenda. Primum *ad verba:* Octavi decimi inchoati

(a) *Pos. 18. & seqq.*

choati, *ad quæ ista notavimus : Atqui hoc per* d. l. 40. § 1. *non probatur. Vide quæ dixi ad Inst.* de adopt. posit. 6. *Ergo potius dicerem, in masculis 18. annum completum regulariter pro plena pubertate haberi, quod & in Electoribus Imperii vidimus.* Secundum *ad verba:* Quatuordecim annorum, *ad quæ addidimus : Sine dulio exactorum.* conf. Const. crim. art. 164. *Si vero quatuordecim anni in fœminis exacti esse debent, etiam in masculis octodecim anni completi esse debent, non inchoati,* arg. d. l. 14. § 1. Tertium *ad verba post. 19.* Cur plena quadriennio differt &c. (*Id enim tum scripserat Autor, quod postea correxit, & loco quadriennii hic posuit triennium*) *unde mihi* sequens scholium *nascebatur : At si in masculis inchoatio decimi octavi anni sufficit, non distarent quadriennio, sed triennio. Quod vero Autor jam pridem ista Scholia omiserit, vel ideo factum, quod errorem de quadriennio, ita ab ultimo scholio monitus, jam correxerit, vel, quod forte putaverit prioribus duobus scholiis jam a se satisfactum esse* ad Instit. tit. de adopt. *Cum tamen ad istam responsionem Autoris ibidem multa de novo monuerim, putavi, non ingratum fore lectori, si & ista scholia hic repetenda curarem.*

Sed in impuberibus gradus ætatis distinguendi, qui omnino tres sunt; Infantes, infantiæ proximi, & pubertati proximi. *§ 9. Inst. de inutil. stipul.* Infantes sunt, qui nullum habent intellectum, *d. § 9.* quales, qui sunt infra septimum ætatis annum, *l. 1. § 2. de administr. tut. l. 4. de Sponsal.* Reliqui duo gradus expresse non dispescuntur, sed res monstrat, primam partem sequentis temporis infantiæ proximam; posteriorem in pubertati esse proximam, ut Latini Dd. tradunt.

N. ADDIT.

Debetur & hæc emendatio scholio meo hic omisso. Dixerat enim antea in position. 20. Infantiæ majores esse rursus vel infantiæ vel pubertati proximos, prout longius a septennio vel 14. annis absunt. *Notaveram ad ista verba : Dicerem,* prout longius a septennio & 12. vel 14. annis absunt. *Nam infantiæ proximus dicitur, qui si masculus sit, a septennio consistat intra annum decimum & dimidium, aut pupilla intra annum nonum & dimidium. Pubertati proximi igitur sunt impubes illi, qui annos illos jam excesserunt.* Vide Vinnium ad § 9. Inst. de inutil. stipul.

Græci, ut Theoph. *d. § 9.* verbo nimis inhærent, cum infantes volunt esse τὰς ἔτι θηλάζοντας, *adhuc lactantes,* νῦν μὲ δυναμένους φθέγγεσθαι, *qui loqui nequeant.* Nam etsi infans dicatur, quia fari non potest, nominis tamen usus aliquando latius patet. Infans, inquam, est, qui nihil intelligit, civiliter. Infantiæ proximus, qui hactenus intellectu & sermone utitur, ut sibi acquirere possit, *d. § 9. l. 9. de acquir. her. l.* Pubertati proximus, etiam doli & delinquendi capax habetur, *l. un. d. R. J.* Alibi brevius, duo gradus traduntur, Infantium & non infantium, *l. 24. de man. vind.* alibi est infantium & impuberum oppositio, *l. 5. § 2. ad L. Aquil.* Et hac duorum graduum oppositione crebro utimur, ut *in d. l. 1. § 2. & d. l. 9.* quæ docent, pro infante tutorem agere & acquirere, cum in hoc nullum sit agendi principium: majorem infantia ipsum agere, tutore auctore.

IV. (f) Dividuntur homines, quod sunt vel fanorientis, vel dementes, & hi vel furiosi, vel mente capti; Rursus hi vel penitus, vel ex parte desipientes; ut latius *dix. l. 3. Digress. c. 15.* Rursus homines V. (g) sunt vel cives, vel extranei;

SCHOLIUM.

Olim hæc distinctio multam utilitatem afferebat, etiam in jure Prætorio. Hodie quoad hoc jus, fere nullam. Nam & peregrini imperias contrahunt, & patriam potestatem habent, & testamenta faciunt, & testes sunt, succedunt &c. utique nisi specialibus statutis aliud sit introductum.

Cives apud Romanos olim erant trium generum, Quirites, Latini, Italici. Quirites, qui tribum, juraque connubii, testamenti, tutelæ, mancipii habebant. Latini, qui istis juribus carebant, attamen suffragia in centuriis ferebant, & magistratus capiebant. Italici, qui suis legibus & propriis Magistratibus regebantur. Reliqui Provinciales, magistratibus Roma missis gubernabantur, Sigon. *l. 1. de jur. Civ. Rom. c. 21.* Postea omnibus indistincte jus civitatis Romanæ datum est, ita ut cives nunc sint, quicunque liberi colunt orbem Romanum, sive qui in Republica sedem fortunarum suarum collocarunt, *l. 17. h. t.* Appellantur etiam cives quandoque καὶ ἐξοχὴν oppositi ad incolas, quo sensu agitur de illis *in tit. ad Municip.* Extranei sunt, qui ad tempus in civitate versantur, cum animo eis breve abeundi. Præterea sunt vel nobiles vel ignobiles, politici aut Ecclesiastici; cujusmodi differentias hoc latius exequi non fert institutum, cum magis sint juris publici. Proinde vide sis, quæ diximus in *libro 2. de jure Civit.*

7. Adde

7. Addatur aliquid de monstris. Dicitur Monstrum, quod contra formam humani generis converso more procreatum est, *l. 14. h. t.* non *humanæ figuræ, sed alterius magis quam hominis partus, l. 135. de V. S.* A tali monstro differt *ostentum* hominis, *tribus manibus forte aut pedibus, l. 38. d. V. S.* Monstra hodie magistratuum consensu occidi solere, tradit Grœnewegius ad *h. t.* Tu adde sis cautionem, *nisi rationis in eo appareant indicia*, A. Matth. *de Crim. tit. de Sicar. c. 1. n. 6. in fin.*

* In Frisia status hominum, quatuor olim ordinibus distinguebatur, Nobilium, ingenuorum, Litorum, Servorum, ut probat D. Christianus Schotanus *Descript. Fris. c. 2. in fin.* Nobiles & ingenui scilicet etiamnum supersunt; qui fuerint Liti, parum expeditum est; ego non dubito, quin fuerint adscriptitii, quales hodieque passim in Europa supersunt, homines propriis fundis colendis addicti. Et appellati videntur Liti, non tam a Frisico *Lyrse*, quod significat humilem sive parvum, ut Siccama vult ad *LL. antiqu. Fris. tit. 1.* Verum potius a Frisico *Litten*, Belgico *Laten*; cujus etymologiæ probatio inde petitur, quod Flandri hodieque rusticos adscriptitios vocant *Laten*, quia relinquuntur & collocantur in agris, ut ipse *ibidem* Siccama testatur. Sed amor libertatis, Litorum & servorum vestigia penitus extinxit.

Nobilitas nihil est aliud, quam *Excellentia generis a dignitate majorum ad posteros propagata.* Novi homines, qui meritis virtutum aut favore Principum ad majorem dignitatem evehuntur, jure quidem nobilitatis gaudere possunt, non sunt tamen proprie Nobiles, quos dicimus; posteros eorum maxime Nobiles salutamus. Originalis causa Nobilitatis, est potestas & voluntas summæ potestatis, quæ in Monarchiis diplomatibus Principum exercetur. In liberis civitatibus ex genere honorum, quos Romani Curules vocabant, a majoribus gestorum colligitur, vel ex ordine hominum, ut Patricii Venetiis, aut denique ex appellatione diuturna populi, quasi per modum præscriptionis, ut apud nos in pluribus familiis. Existimamus, hoc genus nobilitate nihilo deterius esse, quam quod Principum largitionibus conceditur; quatenus liberi populi non est minor quam Principum, si jure suo velint uti, potestas, & quoniam Præscriptione quælibet jura acquiruntur, nulla ratio esse videtur, quamobrem nobilitas hoc quoque modo acquiri non possit. Sunt igitur Nobiles apud nos, qui vel Largitione Principum, vel immemoriali nuncupatione populi, jus & decus Nobilitatis adepti sunt.

Ignobiles in Frisia, vel Proprietarii, quos diximus, vel populares sunt. Proprietarii vocantur possessores prædiorum rusticorum, quibus ab antiquo jus suffragii connexum est. Populares sunt, vel agricolæ, vel qui in urbibus ut membra Civitatis adsciti sunt; etsi aliter Cives sint omnes, qui in Repub. sedem fortunarum suarum collocarunt, animumque perpetuo commorandi habent, tam oppidani quam agricolæ, quibus opponuntur advenæ, qui ad tempus in Republ. commorantur. Sed hac de re in *tit. ff. ad Municipal.* agendum erit.

Olim etiam erant Clerici vel Laici. Sed Reformatores Ecclesiæ sic rationes suas inierunt, ut Ecclesiastici vix ullo jure præcipuo, quod ad juris rationem attinet, gaudeant in Republica. Sed diversitas Religionum non modicam facit differentiam, quæ & in pluribus elucet effectis. Hoc respectu homines sunt vel Orthodoxi vel Heterodoxi. Priores, qui publicum Dei cultum in Republ. stabilitum sequuntur. Posteriores, qui alium de divinis sensum & cultum præferunt. Tales sunt in triplici differentia: vel enim prohibentur, vel permittuntur, vel tolerantur. Qui prohibentur, sunt Pontificii & Sociniani. Permittuntur, lege lata, Confessionales sive Lutherani. Tolerantur, Mennonitæ, Remonstrantes. Etsi Mennonitæ pro permissis habendi videntur, tam ob vetustatem temporis, quam ob Ordinum Decretum *d. 28. Febr. 1673.* quo ipsis *præter liberum Religionis exercitium* alia quædam beneficia conceduntur. Sunt etiam Separatistæ, qui non tam Religionis quam puritatis & morum causa se a publicis conventibus segregant, quales ex Labadiæ disciplina apud nos confederunt & benigne tolerantur.

TIT. VI.

De His, qui sui vel al. juris.

I. Differentiam hujus Rubr. pertinere ad ordinem familiæ, de cujus natura agitur. II. De imperio viri in uxorem familiamque. III. De Asylis servorum. IV. De versione loci 1. Sam. VIII. 11. *V. Grotiana definitio servi notata. VI. Doctrina Aristot. de Patria potestate cum*

Jure Rom. confertur. VII. An recte jus antiquum Patriæ pot. sit abolitum. VIII. De Jure vendendi liberos recens natos. IX. Legitimationem non esse Legis actionem. X. Nepotem legitime natum, ex filio notho, per avi matrimonium legitimari.

DIfferentias ſtatus hominum, quas ſuperiori capite executi ſumus, ejusmodi eſſe apparet, ut ad ſtatum generis humani in univerſum pertineant. (a) Secundum illas ad ordinem Familiarum tranſeunt Conditores, ex quibus proxime componitur Civitas, quæ eſt *multitudo Familiarum, juris fruendi & communis utilitatis cauſa, ſub eadem ſumma poteſtate, ſociata.* Pertinere autem hanc diviſionem ad familiæ ordinem, vel inde liquet; quod, qui ſui juris, Patresfamiliarum & Matresfamiliarum vocantur, ſeu puberes ſive impuberes ſint, *l. 4. D. h. t.* Res monet, ut paucis de familia dicamus. Multis modis ea vox uſurpatur, uti dix. *lib. 1. de jur. Civ. c. 1. n. 6.* Hoc loco eſt ſocietas domeſtica, quæ Ulpiano definitur in *l. 95. § 2. de V. S. Plures perſonæ, quæ ſunt ſub unius poteſtate, natura aut Jure ſociatæ.* Politicis diſplicet, quod JCtus familiam ad corpus perſonarum referat: volunt eam gubernationem eſſe, ut Arniſæus *l. 1. cap. 2. polit.* moderationem, ut Bodinus *1. de rep. 4.* perinde ut Reſp. eſt ordo civitatis, τάξις πόλεως, ut Ariſtoteles, qui πόλιν & πολιτείαν civitatem & Rempubl. diſtinguit, at non idem in familia ſervat; quam per οἶκον & κοινωνίαν, *domum & cœtum* definit, *1. polit. c. 1.* & eſt inanis ea ſubtilitas: Civitatem a Republ. differre, diverſitas nominum indicat; ſimilis diſcrepantia de familia non uſurpatur. Falſo quoque Ulpiani definitionem collegiis Arniſæus convenire putat: nam de illorum eſſentia non eſt, ut ſub unius poteſtate ſint, nec in iis perſonæ utriusque ſortis, tam natura quam jure ſociatæ, ut in familia liberi & ſervi, reperiuntur. Ineptum vero, quod idem utrumque vitium adjecta voce *Patrisfamilias* corrigi putet: nam qui neſcit, quid ſit familia, eum vox *Patrisfamilias* certiorem non faciet. Si quis Ulpiano ſcopum familiæ ex Ariſtotele *d. cap. 2.* adjiciendum putet, εἰς πᾶσαν ἡμέραν, uſus quotidiani cauſa; is omnem ſcrupulum auferet, & rei naturam efficaciter exprimet. Conſtituitur familia ex triplici Patrisfamilias conjunctione, cum uxore, cum liberis, cum ſervis: adeo ut perfecta familia paucioribus quatuor † perſonis conſtare nequeat, unaque deficiente, fiat imperfecta, Keckerm. *c. 5. acon.*

(a) *Poſt. 2. & ſeqq.*

† N. ADDIT.

Adnotaveram in Scholio ab Autore omiſſo, ex mente Ariſtotelis tres ſufficere, patrem familias, matrem familias, ſervum. Sed eum magis ad eſſentiam familiæ, quam ad perfectionem reſpexiſſe. Bodini vero errorem quinque minimum requirentis, nullos deprehendiſſe aſſeclas, & jamdum explosum eſſe a Patre in diſp. de minimo numero perſon. fam. & civ.

Mireris, eundem Arniſæum negare, liberos eſſe familiæ membra, quia finis ejus ſint; præterquam enim, quod partem & finem eſſe, diverſo reſpectu, haud plane ſit abſurdum, videtur proles matrimonii potius quam familiæ ſcopus eſſe, cujus finem Ariſtoteles ſuggerit quotidianam vitæ commoditatem, ut modo diximus.

2. Imperium familiæ penes virum eſſe, legibus divinis & humanis omnium gentium, ſumma ratione placuit, ut tamen juris poſitivi magis, quam naturalis id eſſe videatur, quod probavimus *lib. 2. Digreſſ. c. 3.* ubi contra Hobbeſium, qui jure naturæ primo, ſoli matri poteſtatem in liberos adſcribit. Sed quemadmodum a Natura κοινὸν ἀμφοτέρεις τὸ γινόμενον, ut Plutarchus ait *libro de prolis amore*, utrique Parenti *commune, quod generatur, eſt*, ita ſecundum hoc jus, matri non minus ac Patri imperium in liberos debetur: ſed ratione utilitatis & quod ἡ ἰσοτιμία μάχην ποιεῖ, *æqualitas pugnam faceret*, neceſſe fuit, uni imperium deferri; nusquam verius illud Homeri:

Οὐκ ἀγαθὸν πολυκοιρανίη, εἷς κοίρανος ἔστω.
Res mala multorum regimen, Rex unicus eſto.

Idcirco receptum, ut juris eſſet Gentium, quod Homerus idem alicubi,

Θεμιστεύει δὲ ἕκαστος,
Παίδων ἠδ' ἀλόχων.
Quilibet imperio uxorem natosque gubernat.

Viri in uxorem imperium Ariſtoteles dixit πολιτικὸν, *civile*, in liberos βασιλικὸν, *regium*, in ſervos δεσποτικὸν, *herile*; quod cum Romani juris ingenio eximie convenit, quo mulier quidem eſt ſubjecta *in ordine* familiæ, fere ita, ut cives magiſtratui in imperio populari aut optimatium: hoc enim vox principis, quæ viro tribui-

tur

tur in *l. 195. § 2. & pr. l. seq. de V. S.* indicat, significans *primum* in ordine, ut fert Latini sermonis usus notissimus. Mulier tamen æque sui juris est ac vir, ut ad *pr. tit. Instit. de his, qui sui vel al. jur. sunt*, demonstrativus, collegiumque potius quam subjectionem arguunt hæc verba novis nuptis olim in ritu festivo celebrata, *Ubi tu Cajus, ego Caja.* quæ refert Plutarch. *Quæst. Rom.* 30. & quæ ipse hoc modo interpretatur: *Ὅπου σὺ κύριος καὶ οἰκοδεσπότης, ἐκεῖ ἐγὼ κυρία καὶ οἰκοδέσποινα. Ubi tu dominus & paterfamilias, ibi ego domina & materfamilias.* Quin nec Viri civiliores cessabant uxores appellare dominas: *Peto a te, Domina uxor*, ait maritus *in l. 41. pr. de Legat. 1.* Alius ad uxorem, *Domina sanctissima. l. 19. § 1. de Ann. legat.* Rursum alius, *Sempronia dominæ meæ, l. ult. § 1. de aur. & arg. leg.* Quod autem mireris, uxores viros suos sæpe tralatitie satis appellant. Sempronia illa vel alia, de marito suo; *Vir meus*, inquit, *d. l. ult. § sequ.* & alia rursus satis magistraliter, *Gajum Sejum, Virum meum, commendo tibi, o filia, l. 34. § 7. de Legat. 2.* Adeone degeneratum a jure priseo, quo Vir habebat jus vitæ & necis in uxorem; quod Bodinus *l. 1. de Republ. 4. capite*, reductum vellet in usum? Sed ut hoc nihil opus, neque conducit, ita nec voces adulantium maritorum, aut novarum licentia nuptarum, juri Principatus, quod diximus, recte sumpto & intellecto derogare potest. Omnem, quæ juris Divini & Gentium est, potestatem relinquunt Leges maritis; sed propria subjectio civilis mulierum, infra viros, a Romanis nulla constituta reperitur; Moribus hodiernis satis constat, viros etiam civili potestate præditos esse in uxores, quæ si Cura non est, tamen ita appellatur, & a nobis apud locum de Tutela atque Cura explicabitur.

3. Sed in divisione personarum, quæ sui vel alieni juris sunt, uxores pro personis sui juris habentur; alienæ potestatis solummodo servi sunt & filiifam. De utrisque dictum est abunde *ad Institutiones.* Servis contra majorem dominorum asperitatem patet asylum apud statuam Principis. Tale jus asyli antiquitus in templis & aris supplicibus dari solitum, *passim* videmus, quod Christiani Principes ad sua templa transtulerunt, *tit. C. de his, qui ad Eccl. confug.* Sed tam hi quam Gentiles non sceleratis, sed infelicibus id tribuerunt, *ἀ τοῖς ἀδικοῦσιν, ἀλλὰ τοῖς ἀδικουμένοις, non facientibus, sed passis injuriam. Nov. 17. c. 7.* cui Demosth. *in Aphor. 1.* consentit, *ἀ τὰς ἀδίκους τῶν ἀνθρώπων, ἀλλὰ τὰς παρὰ λόγον δυστυχοῦντας, iis, qui præter rationem afflinguntur.* Statius de ara Misericordiæ Athenienti 12. *Theb.*

Et miseris fecere sacram.

Eundem usum asyla in populo Dei habuerunt, *Exod. 21. v. 13. & seqq.* Sed Pontifices hoc jus extenderunt ad facinorosos, *c. inter alia. & c. fin. de imm. Eccl.* quod in mores propagatum est, pessimo publico, ut asyla penitus aboleri præstaret.

In parte I. *d. tit. n. ult.* diximus, Principem non posse cogere cives, ut res suas vendant, multo minus eos spoliare; objicitur locus ex *lib. 1. Samuel. c. 8. v. 11. & seqq.* Hoc *erit jus Regis, filios & agros vestros accipiet & dabit servis suis &c.* Si vulgata versio transtulit, *jus Regis*, secundum Græcos LXX. qui habent *τὸ δικαίωμα*, Lutherus *das Recht.* Sed alii vocis Hebrææ *mischphat*, hoc loco alium docent sensum esse, ut *mos* sive institutum Regis, non *jus* significetur. Hinc Tremellius, *Hæc erit ratio Regis*; Scaliger vult *1. epist. 15. modus Regis*; Diodatus Italice vertit, *la maniera*, ut & Anglus *the manner*, Genevenses *le traittement*, Piscator, *des Konings weise*; ut & Belgæ recentiores, *des Koninks wijse.* Sed *de Valera* Hispanus, *el juyzio*, & in notis, *el derecho*, id est, jus & judicium; quæ sine dubio frequentior est significatio & hic fortean aptior; quatenus utique non de vero jure & honesto, sed de impunitate, accipiendus est hic locus, vel de jure, quod obliget ad patiendum, quomodo & Prætor jus dicit, cum inique decernit, *l. 11. de Just. & jur.* idque cum effectu civili, *l. 25. de stat. hom.* Privatis enim Regi sævienti resistere non licet. Sic pater habet jus verberandi filium nihil mali meritum, quatenus filio reverberare non licet. Nec sequitur, quod vir summus *Sixtinus Amamæ* ad istum locum notat, in *collat. Bibl.* si res, quæ in *d. vers. 1. & seqq.* memorantur, ad jus regni pertinerent, *Achabus*, inquit, *non peccasset in causa Nabothi.* Aliud enim est jus regni externum, quod civili vinculo obedientiæ colligatur, aliud jus internum, quod apud Deum solum valet.

5. Ex jure vendendi & occidendi servos, de quo ad *d. tit. Inst.* liquet, de jure Gentium non esse perfectam servitutis definitionem, *quæ perpetuas operas pro alimentis debet*, ut Grotius tradit *l. 2. c. 5. n. 27.* imitatus, opinor, Chrysippum, qui apud Senecam *7. benef. 4.* Servum ait, *perpetuum* esse *mercenarium.* Nam huic operarum obliga-

obligationi non est consequens jus vitæ necisque, neque vendendi quidem. Efficacius igitur Nostri servitutem dicunt, *qua quis domino alieno subjicitur*. Nam Dominus alienare & perdere potest, Quod si id tantum quærimus, quid simpliciter æquitati conveniat, non male forsan Chrysippus, ut Philosophus, quam JCtus, *dix. lib. 2. Digress. cap. 2.*

6. Aristoteles, Patrisfamilias imperium in Uxorem vocat πολιτικὸν, *ut dict.* & cum Aristocratico comparat, 3. *Eth.* 22. Jus in servos non modo δεσποτικὸν, *herile*, sed etiam τυραννικὴ ἡ δεσπότου ἀρχὴ πρὸς δοῦλον, inquit, *Tyrannica est Domini potestas in servos*, l. 8. *Nicom. c.* 16. non quod vitiosa & illicita, sed quia paria Dominus in servos potest decernere, quæ Tyrannus, si jure suo abuti velit. Seneca: *Quid interest, quali quis teneatur imperio, si summo tenetur?* & mox, *quoniam sub dispari titulo paria licent*, 3. *benef. c.* 18. Sed potestatem in liberos βασιλικὴν, regiam dicit Philosophus. Regii autem & Dominici imperii, quod βασιλικὸν Aristoteli est, discrimen consistit in eo, quod in herili monarchia, tam libertas quam bonorum proprietas domianti sit obnoxia, cum in regno privatis utraque sit salva. Secundum hanc ἀναλογίαν *Patria potestas* ita constituenda erat, ut liberis non modo libertas, sed & rerum suarum dominium esset integrum. Imo in terminis naturalibus sufficiebat, Parentibus dari jus in actiones liberorum, ubi infantiam exierint, quæ ad statum familiæ pertinent, unde libertas & dominium minime dependent; sed jus Gentium & præcipue Romanum, ulterius progreditur. Nam ratio Philosophi, liberos liberalius quam Servos habendi, veteribus Romanis adeo neglecta est, ut nec rerum dominium nec libertas corporum, filiisfamiliarum constiterit. Nihil enim ipsis proprium, sed omnia Patrum erant, ut habuimus ad *pr. Inst. per quas person. cuique acquir.* Præterea jus vitæ necisque, imo & vendendi filios, habuisse Patres, testis locuples est Dionys. Halicarnass. *l.* 2. Gell. *l.* 5. *c.* 19. Paulus in *l. ult. de lib. & posth.* Quin & durius quam servi in eo sunt habiti, quod post primam & secundam venditionem, renovato Patris jure, tertium vendi & sic demum securi libertatis fieri possent, diserte Hal. *d. l.* 2. Ulpian. *in fragm. tit.* 10. Cujus triplicis venditionis remansit vestigium in emancipatione, Ulp. *d. tit. l. ult. C. de emancip.* Dionysius præfert hanc Romuli legem Pitaci, Charondæ aliisque Græcorum institutis; qui cum jus modicum Patribus dederint, hinc *apud Græcos multa in Parentes turpia liberi committunt*, ait.

7. Hæc ratio Bodinum *l. de Rep. 4. & 6.* movit, ut perperam hoc rigidum jus Patrum censeat abrogatum, in *l. 3. C. de patr. pot. l. un. C. de emend. propinq.* Sed cogitandum, Patrium potestatem esse *pietatem*, *l. ult. D. Qui a Par. manum.* nec in atrocitate consistere, *l. 5. ff. ad L. Pompej.* nec opus Patri majore potestate, quam ad regimen familiæ requiratur, in quem finem modica coercitio sufficit, quæ tam Patri quam Senioribus propinquis conceditur, *d. l. un.* Gravior animadversio rectius magistratui committitur, *l. 1. § 2. de obseq. Parent.* exemplo Juris divini, *Deuter. 21. v. 18. & seq.* Enimvero vendendi jus enormius fuit olim quam vitæ necisque; hoc enim ad familiæ imperium pertinebat, non venditio, quæ proinde celerius quam alterum illud displicuisse videtur; de qua recentiori observantia accipiendus forte Constantinus in *l. ult. C. de patr. pot.* ubi negat, potuisse Patres olim vendere filios, occidere cum possent: alioquin elenchus historiæ Latinæ esset in imperatore peregrino, vid. *2. Digress. cap.* 4.

8. Etsi autem promiscuum vendendi jus sublatum sit, tamen ejus vestigium hodieque superest, in *l. 2. C. de Patrib. qui fil. suos distrax.* * ut dix. *ad tit. Instit. de Patr. pot. n.* 2. *sub fin.* eo quod pater extrema egestate subactus filium vendere potest *sanguinolentum*, id est, recenter natum duntaxat, quod tamen aliis ineptum videtur; Qua de re locus notabilis est in *lib. 2. Digress. cap. 5.* quem heic exhibere non licet.

9. Causæ (b) patriæ potestatis sunt tres, Nuptiæ, Legitimatio & Adoptio. De nuptiis alius locus est. De adoptione agitur *tit. seq.* & de legitimatione *ad tit. Inst. de Nupt. § ult.* absolvimus. Unum alterumve supersest; Genus Legitimationis consulto a nobis *part. 1.* omissum, a multis traditur *Legis actio.* Vultej. 1. *Jurisprud. cap. 23.* Treutler. *1. disp. 2. thes. 6. a.* consentiente Bacho-

* Si Autor de Jure Civili novissimo hæc intelligi vult, res satis bene se habet, alias saltem apud nos hodie Patri haud licet partum sanguinolentum vendere, cum onus alendi prolem in subsidium ad Magistratus pertineat. Struv. *S. J. C. Ex. 23. th. 27.* add. Perez. *ad. Cod. L. IV. t. 43. n. 4.*

(b) *Pos. 7. & seqq.*

vio.

vio. Si quidem legis actio nihil sit, quam quæ secundum Leges fit, nihil est scrupuli: Sed plus requiritur. Nam si actus Legitimi non sint iidem cum Legis actionibus, ut Hotomannus haud temere disputat, *observ. ill. 32.* certum est, omnes Legis actiones apud Magistratus populi Rom. solitas agi, formulisque solennibus, a quibus recedere non liceret, constitisse, *l. 2. § 6. de O. J.* Brisson. *4. antiq. 20.* At nulla species legitimationis coram Magistratu Romano fit, sed vel in Curia municipali, vel privato consensu, vel apud Principem, apud quem lege quidem agi potest; sed non per Rescriptum, quia in hoc nihil solenne est. Et formulæ, quo tempore legitimationes sunt repertæ, sub Byzantinis Impp. erant abolitæ, *xit. Cod. de form. & impetr. subl.* Eadem requisita locum in actibus voluntariæ jurisdictionis habent, quæ strictiori sensu legis actiones vocantur, *l. 1. de off. Jurid. Alex. l. 2. § ult. & l. seq. de off. Proc.* Est quidem res voluntaria, Legitimatio, sed non proprie jurisdictionis, cum in jure & pro tribunali non fiat. Proinde, nullo sensu Legitimatio legis actio dicenda est, nisi abusive; sed nec actus legitimus, sive hic opponatur legis actioni, sive idem sit. Haud dubie enim omnes actus Legitimi certa solennitate constant, Jac. Gothofr *ad l. 77. de R. J. n. 2.* qualis in nulla Legitimationis specie, quod sciam, est prodita. At ipsa vox ait Treutl. hoc arguit; scil. legitimatio nomen habet non a forma, quod sit actus legitimus, sed ab effectu, quia liberos facit legitimos; sic cum tutoris datio sit actus legitimus, hoc tamen non ad Legitimam tutelam, ut ex voce videbatur, sed honorariam pertinet, *d. l. 77.* Plane actus legitimi sunt vetustioris instituti apud Rom. quam ut hoc nomen rebus Byzantii demum repertis convenire possit. Differentiam actionum Legis actuumque legitimorum, explicavimus *lib. 2. Digress. cap. 7. & supra de O. J.*

10. Matrimonium subsequens avi cum sua concubina, nepotem quoque legitimum reddere, Treutl. *vol. 1 disp. 2. th. 7.* cum aliis tradit, quod refutat *ibid.* Bach. & ex eo Vinnius *ad § f. l. de Nupt.* Secernendæ sunt species quæstionis. Filio superstite & hunc & nepotem avo concubinam ducenti legitimos fieri, dubium non est. Eo mortuo, si & nepos ex concubina sit, hunc sui tantum Patris conjugium legitimare potuit, non avi; quia tunc vere medium deficit, per quod aviti vis conjugii ad illum pertingat. Ipse enim, quia naturalis est, non adnascitur avo immediate in locum filii. Sed nepoti & justis præmortui naturalis filii nuptiis, prodesse avi matrimonium, non videtur absurdum. Repræsentat enim Patrem suum ejusque jure in omnibus utitur. Per subsequens matrimonium *liberi* legitimantur, *h. § & pass.* quid causæ est, cur non hic, ut in toto jure, sub liberorum appellatione nepotes contineantur? *l. 220. de V. S.* Cum ducitur concubina, tunc omnes ex ea nati legitimantur, & verum est, nepotes ejus progeniem esse, *d. l. 220.* quæ & clarius in hanc rem urget; Quotiens Lex simpliciter liberorum nomine utitur, omnes descendentium gradus intelligit, at hic simpliciter *liberos* habent. LL. Patria potestas competit æque in nepotem ac filium; & legitimatio est causa patriæ potestatis. Ergo operatur æque in nepotem. Hæ rationes sunt directæ & claræ. Captiosum videtur, quod Vinnius movet ad *d. § ult. Nepotem ex justo filio esse legitimam personam*, de quo legitimando frustra quæratur: cavillus, inquam. Est legitimus patris filius, non justi avi nepos, quia nec Pater cum moreretur, erat legitimus, nec si viveret, erat futurus, priusquam avus duxisset concubinam. Fachinæus *3. contr. 56.* utitur & hac ratione pro nobis; subsequens matrimonium retro operari inde a nativitate liberorum e concubina. Ergo & filius mortuus fingitur legitimus fuisse & consequenter nepos; est hoc paulo subtilius, non tamen falsum, ut vult Vinnius; *si verum hoc esset*, tunc legitimatos ait, justis liberis ante nuptias concubinæ, alia uxore natis jure primogenituræ prælatum iri. Nam quid est necesse, operationem, quæ retrorsum fit, jus antea legitimis liberis quæsitum auferre? valeat hactenus, ut concubinæ liberis cæteris æquentur, in quibus concurrere possunt, non ut præferantur. Scilicet ponere debes † nepotem, qui sit filius legitimus sui patris jam mortui, nempe ut hic natus e concubina, ab suo patre non fuerit legitimatus. Ita non obstant, quæ Vinnius habet ad *d. § ult. &c.*

SCHOLIUM.

† *Hoc vult dicere Autor: si nepos ipse etiam sit natus ex concubina, tunc per nuptias avi cum concubina, quæ patrem genuit, non legitimatur. Sin ex legitima uxore patris, tum legitimatur: quam sententiam defendi etiam ad* Strauch. IV. 8. p. 34.

TIT. VII.

De Adoptionibus, & Emancip. & aliis mod. quib. Patria potestas solvitur.

I. Cujus Juris adoptio, & mores quidam Germanici illis similes. II. An adoptio tribuat jus Nobilitatis, hic & remissive. *III. De Unione prolium & de Moribus hac parte. IV. De modis toll. patr. pot.*

Adoptio reperta est in solatium orbitatis, εἰς τὸ τῆς Φύσεως ἐλάττωμα ἢ δυσύχημα ἐπικαφῆσαι, *ad molliendum naturæ defectum vel infortunium*, ait Theoph. *pr. I. h. t.* Quæ ratio juri Gentium magis quam Civili convenit, nec fuisse Hebræis, Ægyptiis, Græcis incognitam adoptionem, historia testatur, obscure tamen; ut parum constet, an jus plenum Patriæ potestatis per hoc commentum alibi gentium transferri sit solitum, an educationis tantum susceptæ obligatio fuerit, qualis forte *Mosis* adoptio erat a filia Pharaonis, *Exod. 2.* Sane quæ apud veteres Germanos fieri solebat *per arma*, (cum Juvenes e manu Illustris alicujus Principis *equos, enses, clypeos, & reliqua instrumenta bellorum* acciperent, ut est in epist. Theodorici Gothi, quam refert Olaus Magnus *lib. 8. a princ.* quomodo & Justinianum ab Athalarico Gotho adoptatum Cassiodor. memorat, *l. 1. var.*) item quæ ab iisdem per capillum fiebat, (ritus erat, ut Principes Juvenum cæsariem inciderent, quod *sumere capillum* vocabant, Paulus Diacon. *l. 6. de gest. Longob.*) nihil quam appellationem Patrum & filiorum habuisse videntur, & solennem illustris juventutis initiationem belli. Adoptio igitur, etsi non solis Romanis cognita, ut hic tractatur, ad jus civile purum videtur referri posse, quatenus est modus acquirendæ potestatis; velut legatum facto & usu juris gentium est, & tamen inter modos acquirendi dominii mere civiles numerantur.

2. Cæterum, ὁ νόμος, ait Theoph. *ad § 9. Inst. h. t.* κατὰ πόδας βαδίζων τῆς Φύσεως, *lex pedetemus naturam sequens*, adoptionem fere per omnia ad similitudinem ejus redegit: Unde quæritur; an ut filius naturalis in nobilitatem paternam succedit, ita plebejus a nobili adoptatus nobilitatis particeps fiat. Dicuntur nobiles quasi notabiles & noti, ut oppidum nobiles, Cic. 2. *Verr.* nec minus in malam ac bonam partem, ut gladiator nobilis & meretrix nobilis, Donat. *ad Hecyr. Ter. act. 5. sc. 2. in f.* Apud Romanos Nobilitatem nihil constat fuisse, quam claritudinem generis seu gentis, ex curulibus majorum honoribus; cujus symbolum erat jus imaginum; quo enim plures & vetustiores poterant imagines in cujusque familia ostendi, tanto major erat nobilitas. Unde Tacit. 2. *ann. c. 43.* nobilitatem Germanici vocat *claritudinem generis*, Drusi, *imagines* Claudiorum; & *l. 4. in fin. Viginti clarissimarum familiarum imagines antelatæ sunt, Manlii, Quintii, aliaque ejusdem nobilitatis nomina.* Atque jus imaginum habuisse adoptivos, dubium non est, quia consequebantur jura cognationis, *l. 8. § 4. D. unde cogn.* consanguinitatis, *l. 43 h. t.* omniaque familiæ, *l. 11. § 2. de bon. poss. sec. tab.* inter quæ jus imaginum fuisse, vel ex Tac. liquet, *d. l. 4. in f.* Ergo & adoptivi participes imaginum fuere, quod firmatur ex Plinio *l. 35. c. 1.* ubi Messalam scribit indigne tulisse, quod Scipionum imagines adoptione indigna dedecorari videret; inanis cura, si adoptio nobilitatem non adderet. Adde Vopisc. in *Aureliano*, ubi hunc *heredem sacrorum, nominis, bonorum, totiusque juris*, adoptione factum ait. Clara apud Romanos res est, adoptione conferri jus nobilitatis. Plura dix. *ad tit. I. de adopt. & lib. 2. Digress. c. ult.*

SCHOLIUM.

Aliud moribus nostris, quibus jus nobilitandi spectat ad reservata Imperatoris, qui semper in concessione nobilitatis restringit eam ad liberos per sanguinem descendentes. Conf. not. ad Strauch. IV. 18. p. 38. & Wissenb. h. t. th. 35.

3. Quid nostris moribus de adoptionibus obtineat, diximus ad *tit. Inst. de Adopt. in fin.* Enimvero supereſt hodieque similitudo quædam adoptionis alia; quando, qui secundas nuptias contrahunt, privignos liberorum loco, aequaliter ad successionem vocant; UNIO PROLIUM appellatur, & fit coram magistratu, causa cognita, consentientibus iis, quorum interest, & ad solam successionem, non reliqua Patriæ potestatis jura pertinet.

pertinet.* Scopus est idem, qui in adoptione; ut qui natura parentes, fratres & sorores non sunt, hoc unionis commento, abolita æmulatione esse videantur: quod sæpe aliter evenire usus docet, ob inæqualitatem bonorum, numerique liberorum, qui postea suscipiuntur, & novercalis invidiæ pervicaciam. Treutl. *vol. 1. disp. 6. th. 11.* Gail. *2. observ. 125.*

4. Partem alteram Rubricæ executi sumus ad *tit. Inst. Quib. mod. patr. pot. solv.* Moribus non obtinere modos solvendi Patriam potestatem, tradit Grœnew. ad *h. tit. Inst. & Pandect.* scil. illis in locis, ubi Patria potestas ipsa peculiares illas virtutes, quas habet jure civili, amisit. ** Ubi vero illæ supersunt, hi quoque modi valent, præter maximam & mediam capitis diminutionem, quæ vix hodie amplius exercentur, sublata servitute tam captivitatis quam pœnæ, qua de re Grœneweg. *ad d. tit. Inst. § 5.* nisi quod hostis patriæ declaratus, quive ita proscriptus est, ut a quolibet occidi possit, pro civiliter mortuo sit habendus. Exules nostri potius relegati, quam deportati intelliguntur, de quorum differentia diximus *ad h. t. Inst. n. 2.* Damnatos ad remos aut ad opus publicum pepetuum, multi deportatis accensendos putant; haud temere, ut videtur; vide citatos apud Grœneweg. *d. tit. § 3.* De effectu dignitatis hac parte egimus *ad d. tit. n. 4.* quibus adde, dignitatem locum tenentis in centuria militari, non tollere patriam potestatem, judicatum esse a Curia suprema Frisiæ, in causa *Livii a Scheltinga* contra *Elisabetham Verspeek 17. Octobris 1648.*

5. Per matrimonium fieri tacitam emancipationem, dictum est in *parte I. h. Tit.* *** Sed non habet Pater idem jus in hac emancipatione tacita, quod habet in expressa, dimidium scil. usumfructum bonorum adventitiorum, *§ 2. I. per quas person. cuique acquir.* sed tenetur ad omnia bona liberis subministranda, ut jam olim a Curia judicatum in causa *Aeltie Dirks Jaersma*, contra *Gelliam Baerdt d. 19. Dec. 1612.* & est notæ observationis. Sandius hanc sententiam duabus limitationibus restringit in *lib. 2. tit. 7. def. 5. vers. & quidem. & vers. porro consuet.* Una, Pater ita demum amittit jus suum, si expresse consenserit **** adeo ut si tantum conniverit, ususfructus Patris maneat. Altera, per matrimonium Patria potestas solvitur, *quatenus id liberis expediat*, non iniquum præjudicio. † Quod ad primam attinet, ea nec in legibus reperitur, nec a Curia, nec usu hominum approbata videtur, nec quidem ab Auctoribus a Sando citatis ita adfirmatur. Verius est, quemadmodum tacitus Parentum consensus ad nuptiarum valorem sufficit, ita nuptias jure contractas sequi ordinarios effectus; quos inter est amissio ususfructus; in quam Pater juxta nuptias tacite consensisse creditur. Altera nec in legibus tradita, frequentius tamen ab Interpretibus adfirmatur, etsi usus ejus in hypothesi

* Neque unientis dignitatem & privilegia in liberos unitos transfert unio prolium, neque inter eosdem liberos testamenti factionem, salva ipsis legitima, tollit. vid. *l. 32. C. d. inof. test.* Lynck. *Ref. 432.* Franzk. *l. 2. Ref. 28. n. 13.* Schilter. *ad ff. Ex. 3. th. 17.*

** Apud nos patria potestas adhuc fere iisdem modis finitur, quibus Jure Romano tollitur, ac sicuti adoptionem adhuc in usu esse, alibi fuit monitum, ita nec formalis emancipatio ab usu recessit. Requirunt autem plerique Dd. Saxonici judicem pro tribunali sedentem, & extrajudicialiter minus recte apud nos emancipationem fieri tradunt. *a* L R. *l. 1. art. 13. art. 19. & 30.* Coler. *Dec. 222. n. 6.* Phil. *ad Dec. El. 21. Obs. 5. n. 5 seqq.* j. Reinh. *p. 6. diss. 31. vid. supr. p. 1.* conf. Schuberth. *dissert. d. redintegratione patriæ potestatis, Lips. 1723. hab.*

*** Conf. *dicta ad Instit. Huber. p. 38.*

**** Sunt etiam, qui apud nos per œconomiam peculiarem patriam potestatem tolli, ac jus ususfructus, quod patri competit, non aliter extingui sentiant, quam si patris accesserit consensus, Stryck. *Us. Mod. ff. h. t. § 20.* Manz. *§ 6. & f. quib. mod. Patr. Pot. solv. n. 21.* Sed uti Sandii sententiam Autor hoc loco vocat in dubium, ita Patrem regulariter dissentire non posse, nec suo dissensu impedire, quo minus, œconomia a filio Majorenne instituta, ususfructus Patri competens finiatur, ostendit Carpz. *p. 2. C. 10. def. 1. n. 4.* Moller. *d. C. n. 9.*

† Ita Berlich. quoque *P. 2. Concl. 11. n. 25.* œconomiam peculiarem patriam potestatem, tantum quoad effectus onerosos, non quoad commoda, e. g. Jus suitatis, tollere existimat, idemque de nuptiis filiæ. *a. Nov. 81. c. 2. l. 3. § 5. ff. de bon. poss. contr. tabb.* affirmat Lyncker *Cent. 1. dec. 97.* add. Bald. *ad L. 8. C. d. suis & legitim. hered. num. 6.* Id certum satis est, Jus agnationis per emancipationem virtualem in Saxonia non amitti, *a.* L R. *l. 1. art. 23.* unde agnatis etiam, qui œconomiam instituerunt propriam, Jus ad tutelam, Hergewettam, & successionem feudalem salvum est, Stryck. *de Succ. ab Int. Diss. 1. c. 2. th. 42.*

parum liquidus videntur. Nec quæ Sandius adfert exempla veram inductionem continent. Primò, inquit, liberi emancipati hereditatem Patris non transmittunt; filios tamen uxoratos eam suo commodo transmittere statuit. Atqui jure novo cunctos liberos hereditatem non aditam transmittere, probavimus ad *tit. Inst. de hered. qual. & dif. n. 10.* Quod igitur uxorati jus illud habent, non ex illa regula, sed ex jure communi proficiscitur. Alterum Sandii exemplum: Filius emancipatus præteritus, non dicit testamentum Patris nullum: Filius conjugatus contra; quia hoc ei expedit: Ac ideo nepotem ex Filio conjugato ante Patrem defuncto, præteritum rupisse testamentum, Curia nostra definivit, ait: Quod equidem credo. Sed quia præteritio liberorum emancipatorum, quin & exheredatio sine causa, testamentum ipso jure nullum facit, ex sententia Dd. quam Curia sequitur, apud Sandium *d. lib. 2. tit. 2. def. 2. vers. Illud expeditum est.* nihil opus est ea regula ad Decisionem illam stabiliendam. Verendum adeo, ne sicut regula est apocrypha, sic etiam exemplis usum distinctum habentibus destituatur.

TIT. VIII.

De Rerum Divisione.

I. Continuatio, & Divisiones rerum per διχοτομίαν. II. Publicæ res quot modis dicantur. III. Divisionem in corporales & incorporales usu non carere.

Tractatu de Personis defunctorie transmisso, de Rebus adhuc paucioribus verbis absolvitur. Neque nos actum agemus, quando in parte priore tam de Rerum divisionibus, quam de cæteris illuc pertinentibus copiose satis locuti sumus. Cæterum, qualitas rerum ex divisione naturaque specierum intelligitur. Divisiones in Instit. traditæ sunt, quas si quis conjungere & per διχοτομίαν succinctius ordinare velit, ita dicat: Res sunt corporales, vel incorporales. Illæ mobiles, aut immobiles: * utræque sunt in patrimonio, vel extra patrimonium. Quæ sunt extra patrimonium, vel nunquam in eo fuerunt, vel desierunt esse; nunquam fuerunt res communes. Quæ desierunt, hæ in perpetuum, vel ad tempus exemptæ sunt dominio; in perpetuum res divini juris, ad tempus res hereditariæ & derelictæ.

SCHOLIUM.

Refert has res ad nullius Glossa ad l. 1. ff. h. t. & ad § 11. Instit. eod. *Sed nescio quo Jure. Neque enim textus adducitur. Neque ratio id admittit, tum quia non cedunt occupanti, tum quia hereditas ante aditionem repræsentat defunctum.* pr. Inst. de inutil. stipul. *Eodem jure expungendus e numero rerum nullius est Thesaurus, a Glossa etiam eo relatus, quæ quidem etiam videtur mens fuisse* Pauli in l. 31. § 1. de A. R. D. *Sed alio Jure utimur,* § 39. Inst. h. t. conf. not. ad Strauch. VI. 32. p. 72.

RESPONSIO.

De facto res hereditatis jacentis esse Nullius, cum antiquus dominus sit mortuus, novus necdum existat, palam est. Effectus tamen eosdem, qui sunt in rebus Nullius, hic cessare, non est mirum; propter spem dominii mox futuri.

N. ADDIT.

Notus est versiculus Glossæ de quinque speciebus rerum nullius: Natura, (*ut feræ bestiæ*), Facto, (*res derelictæ*); Censura, (*res divini juris*), Tempore, (*res hereditatis jacentis*), Casu, (*Thesaurus.*) *Duas ultimas Species rejicimus in Scholio. Tres priores quod attinet, uti illæ diserte in jure res nullius appellantur, ita commode possunt duobus generibus comprehendi. Aut enim res nullius tales sunt, ut per occupationem possint acquiri a privatis, ut feræ bestiæ, & res derelictæ, aut ut non possint.*

* Hæc divisio in primis in Saxonia usum præstat ubertimum ob successionem mobiliarem, quam merito in bonis uxoris competere, *ad Inst. p.* 300. fuit monitum. Unde, quid ad res mobiles pertineat, probe meretur observari. Referuntur autem huc etiam fructus, cultura jam peracta, quia pro perceptis habentur, L. R. *l. 2. art. 58. j. P. 3. C. El. 37.* Carpzov. *P. 2. C. 28. def. 124.* Hart. Pistor. *P. 2. q. 24. n. 81.* annui reditus, quorum dies venit, betagte Zinsen, *P. 3. C. El. 24. § f.* Pecunia ex venditione immobilium, statis terminis solvenda, *v. P. 3. C. El. 4. § f.* Pecunia etiam præsidii causa reposita. vid. Müller. ad Struv. *S. J. C. Ex. 3. th. 82. lit. γ.* de pecunia credita uxoris, ut & de pecunia hæreditaria, vom Erbe-Gelde, actum est *ad Inst. p. 118.* Addatur de molendinis pnevmaticis, *Dec. 53.* Philipp. *ad h. Decis. Obs. 2. num. 20.* Menck. *Gymnas. Polem. Jur. Civ. Disp. 2. th. 9.*

possint, ut res divini juris. Ad priores, ex mente Pauli etiam referendus erat Thesaurus ex mente vero Justiniani regulariter est ejus, cujus est fundus, in quo est absconditus. Nec hic litem movet Autor. Quod autem de hereditate jacente ait, eam de facto esse nullius, nos non ferit: quia quærimus de jure rerum nullius, aut de earum consideratione intuitu juris.

Quæ sunt in patrimonio, sunt publicæ vel privatæ, (nam publicas in patrimonio esse, probat *l. 1. de interd. & l. 14. de A. R. D.*) Publicæ iterum vel sunt tales in specie, vel Universitatum, quæ & publicæ dicuntur *l. 17. de V. S.*

2. Nusquam verius est, quam in Jure, quod circa infinita contingentia versatur, pauciora dari verba quam res; Ideo nulli non Artium conditores, iisdem verbis res diversas exprimunt. Publicæ res tribus modis dicuntur. Primo, res communes vocantur publicæ, ut de littoribus servat Justinianus in *§ 5. Inst. de R. D.* Secundo, res populi Romani aut alterius liberæ gentis, proprie vocantur Publicæ, ut portus & flumina, pecuniæque populi, *§ 2. Inst. l. d. tit.* Tertio, Res universitatis, ut municipiorum, vocantur publicæ in *l. 17. de V. S.* Ex his media significatio propria est, quam a duabus extremis separat Imperator in divisione, quam habet in *pr. d. tit.* quando res ita dividit, ut sint communes, publicæ, universitatis, nullius, & singulorum. Eaque tam recta quam simplex & evidentissima doctrina est, pro qua disputavimus *in lib. 6. Digression. c. 1.* refellimusque sententiam, quæ vult, res publicas non esse diversas a communibus, nec usu & consequentia juris. Quippe nunquam in eo sumus, ut qua libertate utuntur alii in rebus innovandis, ea nos in veteribus stabiliendis utendum ne putemus, pari tamen etiam moderatione, quæ decet ingenuas artes. Porro, Privatæ res singulorum, habentur vel jure in re, vel ad rem, ut vulgo loquimur; de quibus omnibus dictum est *tit. I. de A. R. D.* Res, quæ constant pondere, numero atque mensura, duplicem habent naturam; corporalem, quatenus tangi & cerni possunt, certoque loco sunt circumscriptæ, *l. 30. § 6. de Legat. 1.* & incorporalem, prout in quantitate consistunt, *l. 94. § 1. de solution.* Divisionem rerum in corporales & incorporales, hodieque in foris usum habere suum, diximus ad *tit. I. de reb. corp. & incorp. n. 5.* attamen sæpe fit, ut Statura, quin & Testatores, atque contrahentes, universum patrimonium in res mobiles & immobiles partiantur; eo casu jura & actiones sub mobilibus continentur, nisi reditus sint ex rebus soli, qui sequuntur jus earum. Imo quoties agitur de proprietatibus rerum mobilium & immobilium, sic usus & ratio fert, ut incorporalia sequantur naturam mobilium rerum. Christin. ad Ll. Mechlin. *tit. 11. art. 25. n. 8. 9. tit. 9. art. 8. n. 16. 20.* Sand. *l. 4. tit. 8. def. 7. vers. aliud judic.*

SCHOLIUM.

At hoc non dicit Sande d. def. 7. *sed tantum, quod nomina sive actiones personales veniant nomine mobilium, quia ossibus personæ hærent. Ergo de actionibus realibus, quæ tamen & ipsæ sunt jura incorporalia, aliud dicendum erit. Et in his omnino videtur locum habere distinctio Carpzovii* P. 3. const. 13. def. 8. *utrum petantur res mobiles per easdem, an immobiles; quamvis per hanc distinctionem, simpliciter & absque prævia actionum realium & personalium separatione, quæstionem præsentem dirimat Carpzovius, alios plures* ibid. *citatos secutus.*

RESPONSIO.

Cum dixi, incorporalia sequi naturam mobilium, non intellexi jura immobilium rerum, ut sunt reditus ex fundis aut ædibus, nedum petitiones rerum soli; quæ non sequi res illas, quarum accessiones sunt, sed jura ab illis esse separata, facile credidi intellectum iri: si fuit exprimendum, id nunc additum volo. Cætera velim repetas ex tit. Inst. de reb. incorp. n. ult. - *Sed collocemus hanc rem paulo pressius: Fit aliquando, ut in statutis, in Testamentis, & in contractibus, mentio fiat rerum mobilium, & immobilium, nulla incorporalium, & tamen manifestum sit, consilium fuisse, ut omnia bona comprehenderentur; Tunc ita servatur, ut actiones & jura, quibus res immobiles affectæ sunt, ad hasce referantur; cetera pro mobilibus habeantur,* dd. Auct. *Prima causa, de qua sententiam in Senatu Curiæ rogatus sum, hujusmodi fuit; Testatrix bona sua mobilia marito reliquerat pleno jure,* tot vrije wille; *immobilia quoad usumfructum,* te lijfstonde; *de juribus & obligationibus nihil. Marito mortuo, heredes testatricis juxta res soli petebant obligationes, quas illa reliquerat. Heredes mariti illas pleno jure relictas justinebant, atque ita judicatum est ante* ferias Paschales 1679. *Quod si Testatrix mobilium duntaxat meminisset, eaque pleno jure reliquisset; jam res incorporales, jura actionesque, petere non potuisset maritus, quia*

verum non eſt, res incorporeas eſſe mobiles; ſecundum ea, quæ ad d. tit. Inſt. *demonſtrata ſunt.*

N. ADDIT.

Cauſa obſcuritatis, quæ Scholio meo occaſionem dedit, non mihi, credo, ſed Autori imputanda eſt. Etſi enim hic in reſponſione dicat ſe credidiſſe, facile intellectum iri, quod non intellexerit jura acceſſoria rerum immobilium, ut reditus ex fundo &c. ſed jura ab his ſeparata, repugnat tamen ipſe textus. Nam qui dicit, ut Autor dixit, jura & actiones ſub mobilibus contineri, niſi reditus ſint ex rebus ſoli, & poſtea addit: imo *quoties agitur de proprietatibus rerum mobilium, ſic uſum ferre, ut incorporalia ſequantur naturam rerum mobilium, is non poteſt non ſeducere lectorem per illam particulam* imo, *ut hic arbitretur, verba hæc ſubſequentia eſſe priorum correctoria. Quod vero addit in fine Reſponſionis Autor, maritum non poſſe petere jura & actiones ad res mobiles, ſi teſtatrix duntaxat mobilium feciſſet mentionem, conſentio, ſi res ex principiis ſolius Juris Romani fuiſſet dijudicanda. At quoad jus Germanicum diſtinguerem, an uſa fuerit teſtatrix voce* beweglicher Güter, *an* der Mobilien. *Priori caſu putarem maritum etiam lucrari jura & actiones pecuniarias, præprimis cum moribus Germaniæ, ubi maritus eſt heres mobiliaris, actiones pecuniariæ etiam mobilibus accenſentur: Poſteriori caſu maritus non poſſet prætendere actiones pecuniarias. Solet enim vox* der Mobilien *magis accipi apud nos pro ſupellectili, in ſignificatu Gallico, ubi* les meubles *denotant ſupellectilem.*

TIT. IX.
De Senatoribus.

I. Continuatio. Quid Senatores, & eorum differentia. II. Poteſtas eorum diverſis Reip. Rom. temporibus. III. Quinam pro Senatoribus habeantur, & aliud eorum diſcrimen.

Satisfecit Imperator, dicis gratia, methodo Artis, ſecundum tria, quæ Juris objecta dicuntur; de Perſonis & Rebus dixit; atqui de Rebus conſideratio totum Juris Corpus pæne conſtituit, ut perſonas quaſi brachiis, Actiones pedibus haud abſurde comparare queas: ſed Imperator hoc agit in *Pandectis*, ut omnia referat ad *Judicia*, quorum fons e Rebus profluit. Ideo nunc incipit a Perſonis judicium conſtituentibus, quas inter Cæſarum tempora fuere Senatores, tametſi magiſtratus non fuerint, nec judicum nomine cognoſcantur, *l. 7. § pen. de interd. & releg.* Olim Regibus lecti fuere, conſilii publici cauſa, primum a Romulo, dein a Tarquinio Priſco; illi majorum, hi minorum gentium dicti: & poſtea ſæpius ſupplementi cauſa dicebantur uno nomine *Conſcripti Patres*, ut ex orationibus in Senatu habitis *paſſim* liquet; quanquam Feſtus in voce *allecti*, Patres Conſcriptos, & Allectos, certo modo diſtinguit; quod uſum non puto habuiſſe popularem. Aliud diſcrimen Gellius commemorat *pedariorum* a cæteris, quales qui nominatim a conſulibus non compellabantur. ut ſententiam dicerent, hoc modo, *dic, Marce Tulli*, referente Cicerone; verum qui pedibus in aliorum, qui dixerant, ſententias ibat; quod in aliis, anguſtia temporis urgente, aliquando inſtitutum fuiſſe legimus, vid. Gell. *in l. 3. c. 18.*

2. Cæterum, non modica jam Regum tempore Senatus auctoritas fuit, major tamen aut minor, prout Reges æquiores aut iniquiores extitere; pulſis Regibus id egere Senatores, ut ſummam poteſtatem ipſi tenerent. Sed adverſante populo, *auctoritate* contenti eſſe debuerunt, cujus hæc vis erat, ut nihil ad populum, niſi approbante Senatu, ferre liceret, qua de re Livius agit in *lib. 1. cap. 17.* adde Cælium ad Ciceronem *l. 8. ad famil. ep. 7.* ſecundum quod Minucius Conſul apud Dionyſium *lib. 7.* tribunis conſentientibus affirmat, fas non eſſe Leges a plebe ferri, niſi præceſſerit Senatus-Conſultum. Fuit præterea penes Senatum quotidiana Reipubl. adminiſtratio & executio rerum a populo decretarum, quo pertinebat *exornandi Provincias* arbitrium, audiendi Legatos iisque reſpondendi uſus, aliaque ſimilia, ex quibus Reges populique externi, Rempubl. Romanam judicabant eſſe Ariſtocratiam, ut videmus apud Polybium *lib. 6. cap. 5.* ſicut hodieque in noſtra Republ. ob eandem rationem exteri fere ita judicant, poteſtatem ſummam Belgicarum *Provinciarum*, ut ſi loqui fas ſit, penes Ordines eſſe Generales, in quo non minus errant, quam qui Romano Senatui poteſtatem ſummam adſcribebant. Cujus tamen erroris, neſcio, an omni modo Juſtinianus excuſari poſſit, dum ita ſcribit: Cum *auctus eſſet populus Romanus in eum modum,*

modum, ut difficile esset, eum in unum convocari Legis faciendæ causa, æquum visum est Senatum vice populi consuli, § 5. I. de J. N. G. & C. Quod Theophilus explicans, narrat inter Senatum populumque initam esse conventionem τὸ τὰς ἀλλήλων δέξασθαι νομοθεσίας, *ut pars utraque sanctionibus alterius invicem se subjicerent.* Satis constat, nihil unquam ejusmodi inter ordines Civitatis Rom. convenisse, nisi quod de auctoritate Senatus & potestate populi circa Comitia, dictum est antea. Parum tamen abest, quin Pomponius in eundem lapidem impegisse videatur; si non eum secuti sint Justinianus & Theophilus auctorem, in *l. 2. de O. J. § 9.* Imperatores deinde Senatus potestatem, quam olim habuerat, in quotidiana Reipubl. administratione sibi suoque consistorio vindicavere; senatu vero ut instrumento Dominationis usi, Jus Comitiorum in speciem ipsi dederunt, referente Tacito *l. ann. 15.* Consultisque Senatus vim juris, quam olim non habuere, dederunt, *l. 9. de LL.* cum scilicet a nutu Principem, ad quorum orationes epistolasve condebantur, omnino penderent, ut etiam Senatusconsulta Principum orationes appellentur, *l. pen. ad SC. Tertull.* dix. in *lib. 1. Digress. cap. 3.* Quod de Republica Senatui decesserat, id Imperatores judicandi de publicis criminibus potestate suppleverunt, sed tam misera & obnoxia, ut nulla pars senatorii officii indignior magisque deformis fuerit, quemadmodum historiæ Augustæ legenti scriptores apparet.

3. Cæterum, appellantur hic Senatores, quicunque jus sententiæ in senatu dicendæ habent, *l. ult. in fin. h. t.* quales erant *Patricii* suo jure ita dicti, omnesque Magistratus & magistratibus functi; a consulibus usque ad omnes *Viros illustres* descendentes, *d. l. ult. § 1.* Atqui non modo *Illustres*, sed etiam *Spectabiles* & *Clarissimi* fuere Senatores, ut Illustres sint primi, dein Spectabiles, Clarissimi tertio gradu, ut scribit Isidor. *9. etymol. c. 4. § primi ordines.* pro diversitate dignitatum, quibus functi sunt; imo Illustres soli dicuntur habere jus sententiæ in senatu dicendæ, *d. l. ult. in fin.* Proinde Clarissimos & Spectabiles postea distinctos fuisse oportet, aut Illustres etiam generaliter accipiuntur; sicut etiam Clarissimos tam late sumi, ut non modo spectabiles, sed etiam illustres comprehendant, & Pacius *anal. h. t.* adfirmat ex *Nov. 71.* & Gothofredus ad Rubr. *C. de Tutor. & Curat. Illustr. vel Clariss.* idemque Calvinus *in Lexico*; sed neuter locus id habet: contrarium est in *d. N. 71.* & textibus, quos viderim. Porro Senatoris filii non tantum naturales, sed & adoptivi habentur, etiam qui ante acquisitam dignitatem Senatoriam nati sunt, *l. 5. h. t.* quanquam in *l. 11. C. de Dignitatibus*, secus videatur scriptum, nisi hoc de immunitate functionis glebalis sit accipiendum, ut putat Cujac. in *d. l. 11.* a qua Senatores erant immunes. *l. 2. C. de Prætor. lib. 12.* Quid si nulla contrarietas, ut nec opus sit illo medio? In *l. 5. h. t.* dicitur, Senatoris filium esse, qui natus est, antequam Pater Senator esset; in *l. 11.* Senatoris filios esse privatos: hæc mihi contraria non videntur; Jura tamen *clarissimum* titulo gaudere eos, qui a Senatoribus suscepti sunt. Cæterum, in Municipiis, quæ erant urbes Romæ subjectæ, erat ordo decurionum, qui fere illic idem erat, quod Romæ Senatus, *l. 239. § 5. de V. S.* juncta *l. omnes. C. de Decurion.*

Tit. X.

De Officio Consulis.

I. De magistratibus in genere. II. De Consulum officio, numero, potestate.

Sequuntur officia singulorum Magistratuum præcipuorum, qui fuerunt in Imperio Romano. Magistratus *est minister summæ potestatis ad exercendas imperii partes, quas ille obire nequit, parentium bono constitutus.* Plures ejusmodi in Jure, pro magnitudine Imperii Romani, traduntur, suntque vel majores, vel minores. Illi, quibus imperium & potestas competit, *l. 32. de injur.* junctæ *l. 2 de in jus voc. & l. 215. de V. S.* Minores, qui imperium non habent, sed aliam Reip. procurationem. *dd. ll.* Utrique, tam majores quam minores, erant vel Urbani, vel Provinciales: de quo genere utroque his titulis agitur. Sunt etiam Magistratus municipales, qui regunt singulas in quaque provincia civitates, quales erant duumviri & defensores civitatum, *l. 3. C. de defensor. civit.* sed de hoc genere in *lib. 50.* latius agendum.

2. Magistratuum Urbanorum primi, sunt Consules, qui duo sunt creati, ut alter, si malus esset

ab

ab altero cohiberetur, quod usque adeo bene successit, ut Cicero *contra Pison.* tueatur, nunquam ante Pisonem & Gabinium, ambos fuisse malos Consules, præter Marium & Cinnam: Nec fortasse Piso, tam malus fuit, ac Cicero nimis iratus eum depingit; sane postea de illo æquius sensit, ut ex *Philippicis* apparet. Olim summa, sed annua, potestas erat Consulum per omnes reip. partes; at lege deinde lata cautum est, ut ab eis provocatio esset, neve possent in caput civis Romani animadvertere injussu populi, solumque relictum illis est, ut coercere possent, & in vincula publica duci juberent. Etiam tribuni plebis ideo creati, ut plebi adversus consules opem ferrent, Liv. *lib. 2.* Sub Cæsaribus per alios Magistratus vis consulum exinanita est, ut tantum Præsides Senatus manerent, & postremo nudum nomen & ostentationem dignitatis, (in h. t. nihil illis quam voluntaria jurisdictio tribuitur,) sub Justiniano habuerunt. *N. 105. pr.* Cujacius tamen in *parat. h.* officium consulis ait esse, non tantum vocare senatum, consulere Reipubl. & manumissiones præbere; sed etiam consilium præbere, tutores, judices, vel arbitros dare, pignora capere, in possessionem mittere, restituere in integrum, cognoscere de præjudiciis, de fideicommissis, de alimentis, de pollicitationibus, delicta coercere, non tamen relegare, *l. 14. in fin. de interd. & releg.* hactenus Cujacius *parat. h. t.* Sane pleraque illa, si non hoc tit. tamen alias nobis occurrent. Justinianus anno XV. imperii Basilium creavit ultimum Consulem.

TIT. XI.

De Officio Præfecti Prætorio.

I. Officium Præfecti Prætorio. II. Quid, & ubi fuerit Prætorium; fuisse partem Palatii. III. Auditorium Cæsaris & Præfecti ejus fuisse Prætorium, vel in Prætorio, probatur ex Paulo ad Philip. I, 13. IV. De usu Prætorii in Provinciis. V. Contrariæ sententiæ expositio. VI. Cur Prætorii appellatio in hoc sensu tam rara sit apud Scriptores Latinos.

Ratio hujus nominis est, quia veteres, ut refert Justinianus in *N. 24. & seqq.* prætorem dixerunt omnem magistratum, cui pareret exercitus, quasi Præitorem: *& prætorium, tabernaculum ejus;* Deinde *in aula Principis, prætorium fuit*, & præfecti prætorio, qui aulæ præerant. Officium præf. Prat. fuit, judicare vice sacra, id est Principis, *C. Theod. de appell. l. 16.* adeo ut ab ejus sententia appellari non potuerit, sed intra biennium supplicatio admittatur, *l. un. § 1. h. t.* Eorum formæ, τύποι, aliter ἐπαρχικὰ, Cujac. *h.* vim legis habent, *l. 2. de offic. præfect. prætor. Orient. & Illyr.* Præsides provinciarum eorum censuræ subditi sunt, *l. ne quis 8. C. eod.* Item, adversus eorum sententiam alii magistratus restituere non possunt, *d. l. un. in fin. h. t.* adeoque summa rerum ipsis commissa fuit, *l. 40. C. de Decur.* unde non dubitandum, quin habuerint merum imperium, *l. un. pr. § 1. & 2. h. t.* Cujac. *parat. h.* Post Constantinum M. sede imperii in Græciam translata, quatuor Præfecti Prætorio fuerunt, Orientis, Græciæ, Illyrici, Africæ; ut passim ex inscriptionibus LL. in Codice apparet.

2. Hactenus olim a nobis scriptum, idque satis pro instituto præsenti. Verum quia non modo juris Romani usum, quem habet in seculo, sed notitiam ex fundamentis profitemur, oportet expendere vim sententiæ, nuper ortæ cum apparatu. Hæc Præfecto quidem Prætorii res satis salvas, sed Prætorium ei nullum relinquit, præter cohortes Prætorias, quæ juxta Prætorium semper habuere stationem: Disputatur ita, inquam, Prætorium sub Imperatoribus Romæ fuisse nullum; sed cohortes Prætorias vocari Prætorium. Detur venia Digressionis *hoc loco*, ut Prætorium super suum Præfectum ruens, si pote, fulcianius,

3. Nostra, id est communis, sententia duabus constat positionibus. Prima est hæc: Prætorium tempore libertatis fuit *Tabernaculum Imperatoris, in quo ipse agens, auditorium, & juxta quod milites Prætoriani stationem habebant*, qui nunquam illis temporibus dicti sunt *Prætorium*, aut eadem res cum Prætorio sunt habiti. In hac positione, quam in dubium vocari non videmus, nec commorabimur. Asconius in *de Præt. Verr. Veteres enim*, ait, *omnem magistratum, cui pareret exercitus, Prætorem appellaverunt. Unde & Prætorium Tabernaculum ejus dicitur, & in Castris porta Prætoria, & hodie quoque Præfectus Prætorio.* Dicit, tabernaculum Imperatoris dictum fuisse Prætorium, ac inde hodieque *Præfectum Prætorio* appellari, quod præsit Imperatoris

ratoris tabernaculo ; de cohortibus ἀδεὶς λόγος hactenus. Est igitur altera positio hæc nostra: Tempore Cæsarum, *Prætorium* fuit *Pars palatii, in qua fuit auditorium Imperatoris & ejus Præfecti, cum statione militum Prætorianorum.* Augustus bellis civilibus defunctus, cum omnia nomine Principis sub imperium accepisset, cohortes Prætorias, quas plures habebat, in urbe collocavit, & in Palatio Prætorium, juxta quod cohortes Prætoriæ stationem habere consveverant, fixit perpetuum. Auctor Dion Cassius in *lib. 53.* Καλεῖται δὲ τὰ Βασιλεια παλάτιον, ὅτι ἔντε τῷ παλατίῳ ὁ Καῖσαρ ὤικει καὶ ἐκεῖ τὸ στρατήγιον εἶχε. *Imperatoris ædes vocantur Palatium, quoniam & Cæsar in palatio habitabat atque ibi habebat Prætorium;* ut unice verti debet ac potest, quemadmodum Leunclavius, Sylburgius, uterque Stephanus, aliique omnes acceperunt. Nam στρατηγὸς est *Prætor* & στρατήγιον *Prætorium*, κατὰ πόδας. Sunt autem tria in his verbis notanda: Primum, quod Prætorium fuerit in Palatio. Secundum, quod domus Cæsaris etiam nomen suum acceperit inde, quod ibi erat prætorium. Tertium, quod tamen nomen domus Cæsareæ non fuit *Prætorium*, sed Palatium. Hinc præter rem ipsam tres oriuntur collectiones: 1. Prætorium fuisse domum vel ejus partem, quia Palatium Cæsaris *Domus* fuit, non tantum ob habitationem, sed etiam quia Prætorium illic erat. 2. Habitationem Cæsaris fuisse distinctam a prætorio, licet utrumque fuerit in palatio. 3. Vulgo & πανδήμει domum Cæsaris non fuisse dictam *Prætorium*, sed Palatium. Unde responsio ad objectionem, quæ una sententiæ inexpectatissimæ dedit ansam, quod Prætorii vox in usu promiscuo & descriptionibus Urbis, tanquam domus, non occurrit; cujus rei dabimus infra adhuc aliam rationem. Præterea, Prætorium fuisse partem domus Imperatoriæ, sicut olim in Prætorio castrensi Imperator & degebat & auditorium habuit, indicant Græci rerum Romanarum Scriptores, Plutarchus, Herodianus, Zosimus, qui *Præfectum Prætorio* vernacule reddentes, ἔπαρχον αὐλῆς, *Præfectum aulæ*, aut etiam ὕπαρχον αὐλῆς, *quasi Subpræfectum aulæ*, vocant, quia vices Imperatoris gerebat. Aula non est alia, opinor, quam *aulica domus*, ut Spartianus in *Hadriano;* quam Græci sub nomine *Prætorii* comprehendunt, partem pro toto, & quia sic in Provincia conviverant, domum Præfecti vicem Cæsaris gerentis, vocavere *Prætorium* & *Aulam*. Marcus, ἐσω τῆς αὐλῆς, ὅ ἐστι Πραιτώριον, *intra aulam, id est Pratorium, cap. XV, 16.* quod imitatione Urbis factum, ubi Imperator, sicut in Provinciis Præsides, habitabat, in eadem domo, quæ *Prætorium* habebat, licet alia parte domus scilicet. Hoc vero ad urbem minime transtulissent Græci rei Rom. Scriptores, si non eodem modo se res illic habuisset, & Prætorium, quod aulam vocant, duntaxat aulicæ domus pars non fuisset. Præfectus igitur Prætorii est ἔπαρχος αὐλῆς, *Præfectus aulæ:* neque Prætorium ab aula separatum, nisi quis duo distincta officia, Præfecturam aulæ & Præfecturam Prætorii, quæ in eodem Præfecto concurrerint, tempore primorum Cæsarum nobis excogitet: quanquam ne sic quidem Græci Præfectum *Prætorii* simpliciter τῆς αὐλῆς dixissent, si aula & Prætorium res separatæ, nec aulæ Præfectura, fuisset ipsa Præfectura Prætorii.

4. Sic probatum est genus in definitione Prætorii, quod fuerit *pars Palatii*, idque universæ disputationi conficiendæ sufficit. Pergemus tamen: Sequitur in definitione, *ubi fuit Auditorium Cæsaris ejusque Præfecti.* Quod Cæsar ejusque Præfectus habuerint *auditorium*, etsi hoc quoque rarissime commemoretur, dubitare non patitur cum ipsa res & necessitas jurisdictionis, quam habuit Cæsar & ejus vice judicans Præfectus, tum nec Paulus Juris Consultus in *l. lecta, 40. π. de Reb. Cred.* ubi: *in auditorio Æmilii Papiniani Præfecti Prætorio Jurisconsulti.* a quo distinctum fuit Auditorium Principis, *l. 8. § 1. & 2. ff. de Minor.* Hoc utrumque auditorium alibi fuisse quam apud Aulam Cæsaris, cui Præfectus erat Papinianus, non contendent; saltem, qui nusquam fuisse Prætorium domum in urbe, persvasi sunt: Verum in qua fuit Auditorium, hanc domum vocatam fuisse *Prætorium*, docet tam clare *Paulus Divus in epistolis suis*, ut ingenti inopia veri opus sit, ad diversam e verbis ejus interpretationem exprimendam. Provocaverat e Provincia ad Cæsarem Paulus, ut ex *Actis* notum est, ideoque judicandus erat in ejus auditorio. Auditus est καὶ παρέσχε τῷ Καίσαρι Νέρωνι, *& stetit in jure coram Cæsare Nerone*, ut habet subscriptio secundæ ad Timotheum, habuitque orationem Paulus apologeticam sine ullis advocatis, hoc est amicis consiliariis, quales erant antiquitus *advocati*, ut ipse narrat Timotheo in *eadem epistola cap. ult. v. 16.* ubi οὐδείς μοι συμπαρεγένετο,

nemo mihi adfiſtebat, adeoque etiam ſine Patrono, cujus ab advocati officio diſtinctum munus erat. Ipſe cauſam egit ſuam. Erant tunc initia Neronis, Burrho & Seneca, quos adfuiſſe huic audientiæ, pro certo habemus, cum officii ratione abeſſe non potuerint, juventam ejus in publico ſapientiſſime moderantibus, neque adhuc Chriſtiana profeſſio in odium generis humani penetraverat. Ideoque auditus eſt ſine præjudicio cum attentione, ac, ut videtur, cum admiratione fructuoſa totius auditorii, quemadmodum ipſe de hac ſua πρώτῃ, ſine dubio, ἀπολογίᾳ, loquitur ad Philippenſes, *de prima defenſione ſua*, inquam, per eam factum eſſe, ut res ejus in melius & in gloriam Chriſti Domini cederent. Τὰ κατ' ἐμὲ, inquit, μᾶλλον εἰς προκοπὴν τοῦ εὐαγγελίου ἐληλυθεν, *Res meæ ceſſerunt in melius ad profectum Evangelii.* ὥστε τοὺς δεσμούς μου φανερούς γενέσθαι ἐν ὅλῳ τῷ πραιτωρίῳ καὶ τοῖς λοιποῖς πᾶσι. *Ut cauſa vinculorum meorum manifeſta facta fuerit in toto Prætorio, & apud reliquos omnes.*

5. Hîc fuit Apologiæ apud Cæſarem in ejus Prætorio habitæ, fructus glorioſus, ut cauſa Dei in meliorem partem innoteſceret, cum in ipſo Prætorio apud Cæſarem, ejus Præfectum, Adiſſores Judicii, Comitesque, & reliquos ἐκ τῆς Καίσαρος οἰκίας, *e domo Cæſaris*, quos laudat ad eosdem Philippenſes, & quos ei maxime ab iſta actione conciliatos fuiſſe, non poteſt dubitari, ut ipſum inter eos Senecam fuiſſe, veteres libenter crediderint; tum apud *omnes alios*, qui adfluxerant, auditores, vel qui ex illis acceperant, quando non minus divina Pauli facundia perculſi fuerint, quam alias *οἱ περὶ* Agrippam & Berenicen, ut multi non pæne, ſed bene Chriſtiani fierent. Hinc etiam accidit, ut cum ſiſtentem ſe judicio Paulum nemo comitari auſus eſſet, territi Majeſtate Cæſaris & eventu dubio ſuſpenſi, poſtquam viderunt, Dominum fuiſſe Paulo παράκλητον, *advocatum*, ὃς αὐτῷ παρέστη, qui *adſtiterat* ipſi, καὶ ἐνεδυνάμωσεν αὐτὸν, & *vires ipſi addiderat*, ut ipſe Timotheo ſcribit, adeo ut cum reputatione publica honoris & gloriæ, cum divinæ tum ſuæ, exüſſet: factum eſt, inquam, ut πλείονες τῶν ἀδελφῶν ἐν κυρίῳ πεποιθότες τοῖς δεσμοῖς μου, τοῖς ἐν πραιτωρίῳ φανεροῖς γενομένοις, περισσοτέρως τολμηρότερον ἀφόβως τὸν λόγον λαλεῖν, *ut plures e fratribus in Domino, confiſi exitu vinculorum ejus, quorum cauſa in Prætorio illuſtris erat facta, multo majori libertate verbum Dei jam ſine timore prædicarent*, ut Philippenſibus ſibi cauſæque Dei gratulatus ſignificat; etſi nec diſſimulat, fuiſſe tum homines Chriſtum quoque profeſſos, non valde diſſimiles iis, quos modo fert ſeculum, ut ne quidem invidia tam glorioſæ actionis, quemadmodum ipſe Paulus indicat, abfuerit, cum incredibili quodam genere inſidiarum, ſuperante vel ipſam hujus extremi temporis malitiam, qua dederint operam aliqui Chriſtum prædicantes, ut frequenti publicæque effuſæ Evangelii reſonantia, moverent atque exacerbarent ἀνακρούσεσιν Aulæ, ſectamque metuendæ ſequelæ eſſe demonſtrarent: quo Paulus arctius haberetur, aut e militari cuſtodia in carcerem contruſus, nec rediret ad ipſorum gloriam minuendam Eccleſiæque diſciplinam inſtaurandam. Quid enim aliud eſt hoc, quia ait verſu 16. οἰόμενοι θλῖψιν ἐγείρειν τοῖς δεσμοῖς μου, *exiſtimantes ſe adflictionem vinculis meis allaturos*, καταγγέλλοντος τὸν Χριστὸν ἐξ ἐριθείας, *Chriſtum contentionis cauſa prædicantes*, διὰ φθόνον, *ex invidia*, & κενοδοξίαν, *ob inanem gloriam.*

6. Ex his facile apparet, nihil eſſe cauſæ reprehendendi Belgas interpretes, quod πραιτώριον Pauli verterunt *het Rechthuis*, vel in notis, *het Palais*, cujus pars erat prætorium. Sic etiam Chryſoſtomus in *argum. epiſt. ad Coloſſ.* quæ Paulus ad Timotheum de apologia ſua ſcripſit, eodem modo cum his, quæ Philippenſibus de Prætorio narrat, conjungit, ita ſicut a nobis ſuperius factum eſt, arguitque, apologiam in Prætorio fuiſſe habitam, cum Neroni appareret apud domum ejus; Quid porro Chryſoſtomus? Ὅτε δὲ ἔγραφε πρὸς αὐτοὺς, *cum ſcriberet PAULUS ad Philippenſes*, ait, συνέβη αὐτὸν δεδέσθαι, *accidit ut vinctus eſſet.* διὰ τοῦτό φησιν ὥστε τοὺς δεσμούς μου φανεροὺς ἐν Χριστῷ γενέσθαι ἐν ὅλῳ τῷ πραιτωρίῳ. *Propterea dicit*, ait, *Paulus, ut vincula mea in Chriſto manifeſta fierent in toto Prætorio.* Pergit Chryſoſtomus: Πραιτώριον τὰ βασίλεια τοῦ Νέρωνος καλῶν, id eſt, *Prætorium appellans Regiam* ſive *Palatium Neronis.* Deinde in commentario ad *verſic. 13. cap. 1.* ad verba Pauli, ἐν ὅλῳ τῷ πραιτωρίῳ, *in toto Prætorio*; addit Chryſoſtomus: Τέως γὰρ ἅπαντες ἐκάλουν τὰ βασίλεια, *Tunc enim ita nominabant Regiam, ſive palatium.*

7. In Provinciis eodem modo res ſe habuit. Præſides, etiam Procuratores cum jure Præſidum, qualis fuit Pontius Pilatus, habebant in aula ſua Præto-

Prætorium; Ideo tota Aula *Prætorium* dicta est, sicut Hierosolymis usu veniisse, D. Marcus ait. Qui distinctas & diversi generis ædes fuisse narrant Hierosolymis aliisque in Provinciis, Prætorium & Palatium, adhuc operam dare debent, ut rem novam probent; fuisse alicubi diversa, non est quod negemus, sed plerumque eadem & promiscuæ appellationis fuerunt *Palatia seu Prætoria, l. ult. C. de off. Rect. provinc.* Continebant & habitationem Præsidum & auditorium judicii. Verum sicubi contingeret, ut habitatio & auditorium, sive Palatium & Prætorium diversæ forent ædes, eam rem præter exemplum & morem fuisse, patet inde; quod Imperatores jubent Præsides, ad usum habitandi & officii sui, contentos esse Palatio, prætorium vero, si quidem ab eo distincta domus sit, volunt in horrea converti, *d. l. ult.* Quod certo, inquam, argumento est, non fuisse id instituti Romani, ut *Prætorium* hoc est Auditorium Præfecti, a *Palatio*, id est ab ejus habitatione, seorsum haberetur. Nihil his addam, nisi, quod non modo in Provinciis, sed vel maxime in Italia, quælibet insignes domus, præsertim in agris, *Prætoria* vocatæ sint; exemplo & imitatione Prætorii, quod Impp. habebant. In omni translatione tropica, civilitas inesse debet; quæ autem species aut occasio tropi seu translationis, domus insignes appellandi Prætoria, si Prætorium non fuerit domus, aut *instar*, sed numerus hominum, castra sparsa, vel cohortes in aliquot hominum millia diffusæ? Enimvero domus & Prætorium opponuntur a Neratio in *l. 2. pr. de serv. P. R.* sed ut vulgaris, & insignis, aut voluptuaria domus, sicut in *l. 198. de V. S. Prætoria voluptati tantum deservientia.* Plura qui volet, adeat Brissonium de *Verb. signif.* verb. *Prætorium*, non modo juris loca, sed ex variis auctoribus plura notantem, quæ a nobis describi, cum in re certa versemur & trita, nihil attinet. His omnibus addi velim, Præfectum Prætorio referri inter magistratus, jurisdictionem civilem habentes. Si Prætorium nihil fuerit, quam cohortes Prætoriæ, nihil ea res ad judicia pertinebat, sed ad *tit. de Re militari* referenda fuisset.

8. Una ratio *superius* obiter occupata militat in contrarium, negativa; Quod apud Romanos auctores & descriptores urbis, non reperitur *Domus* Prætorium dicta, & quod aliquando miles *e Prætorio*, tribunus *e Prætorio*, adiicisci *in Prætorium* dicitur. Unde cohortes voce Prætorii putant demonstrari, idque etiam velle Dionis στρατήγιον. Locum vero Pauli quomodo torqueant, vel potius quomodo is torqueat ipsos, audiamus. *Paulum*, ajunt, *cum esset Romæ captivus, quod militem ex Prætorianis unum domi custodem haberet, tantum habuisse negotii & consuetudinis cum* Prætorio, *id est* Prætorianis militibus, *ut ejus innocentia maxime ab illis cognita fuerit; ideoque Prætoriani milites his verbis, ἐν ὅλῳ πραιτωρίῳ, nominatim a Paulo designati fuerint: eoque pertinere verba singularis ἐμφάσεως*, EN ΟΛΩ, in omni illa multitudine militum Prætorianorum. *Quæ sit τῆς πιθανῆς consequentia in hac conjectura, etiam cum illis circumstantiis accepta, pro demonstratione præcedenti, non est difficile cognitu:* Ne jam illa castra, quæ semper vacua non modo pietatis, sed etiam civilis modestiæ fuere, cum τοῖς ἐκ Καίσαρος οἰκίας fidelibus comparamus. Sed, quid, unquamne Latinus aut Græcus scriptor ullus dixit; *fum in Prætorio*, id est, inter cohortes Prætorias, aut in castris Prætorianis? Atqui sic Paulus, *in Prætorio*; proprie quidem nunquam cohortes Prætoriæ, nec castra quidem, demonstrata sunt voce *Prætorii*; Nemo unquam dixit; Claudius, Otho, in *Prætorium* rapti, in *Prætorio* Imperatores creati sunt, quod de Castris memoratur. At certe, milites Prætoriani ad *Prætorium* pertinebant, ibi per vices stationem habebant, illic eorum numeri, inde nomen habebant; *miles e Prætorio* scilicet *Palatino*, unde nomen, decus & stipendium habebat. Ita Tribuni, centuriones *e Prætorio:* alii *in Prætorium* accepti aliquando leguntur: ne quidem tropum esse dicam *Accepti in Prætorium*, ut est in *dimisso Prætorio:* cum ibi in numeros referrentur, ibi excubarent vereque in illud acciperentur. Quis ferat narrantem, *Augustus Prætorium habuit per urbem distributum*, quod de cohortibus Prætoriis est verum: vel, Tiberius *Prætorium* transtulit ex urbe extra pomœrium? Si quis putasset, postquam cohortes Prætoriæ sub Tiberio, auctore Sejano, in unum extra urbem contractæ sunt, & in Castris egerunt, Prætorium quoque in castra fuisse translatum, haberet quo se tueretur; quod semper in castris, ubi milites erant Prætoriani, etiam fuerit Prætorium: sed tamen nullum fuisse Prætorium in castris illis, aut tabernaculum Imperatoris, verum est. Non Claudius, non Otho, non Galba cum Pisone, qui in castris & apud principia egerunt, nunquam ingressi Prætorium

aut tabernaculum Imperiale leguntur. Heliogabalus cum Alexandro Severo, in castris Prætorianis pernoctarunt, sed in templo, quod illic erat, egerunt: nulla Prætorii aut tabernaculi Imperialis mentio. Herodianus, ἀνοίξαντες τὰς πύλας τῶ στρατοπέδω ἤγαγον, *Apertis castrorum portis receperunt eos in templum Castrorum*, & mox διανυκτερεύσας ἐν τῷ ἱερῷ τῶ στρατοπέδω, *cum pernoctasset in templo Castrorum*, ait *in fin. libri V.* sed Prætorium, id est Auditorium Cæsaris, ejusque Præfecti, ut & statio militum Prætorianorum, mansit apud Palatium, quod nomen, ut antea dictum, de Cæsarea domo popullariter notum, partis ejus, id est *Prætorii*, appellationem absorpsit.

9. Quæ est ratio, quod vulgo nomen Prætorii, de Cæsaris aula rarius & fortean vix unquam, apud Latinos scriptores & in descriptionibus urbis, inveniatur. Sed nec Auditorium Præfecti Prætorio, crebro fertur, & causa rarioris usus omni exceptione major adsignata est. Cui nescio an addere non liceat, fuisse aliquid heic mixtum σοφίσματος πολιτικῦ ab Augusto primisque Imperatoribus, ut soliti sunt, quicquid auribus intolens erat, etsi rem tenerent, dissimulare verbis. Prætorium erat Castrense vocabulum, nec minus in urbe nefas erat habere Prætorium, quam Castra; quin nec cum Imperio militari cuiquam in Urbe versari licebat; unde triumphaturi, ad quod Imperio præditi esse debebant, tantisper extra pomœrium commorabantur; quod ingressi spem & jus triumphi amittebant, ut factum a Cæsare consulatus petendi causa, apud Sueton. *cap. 18.* Proinde nec mirum, Augustum maluisse domum suam verbo antiquo & loci indice, *Palatium*, quam vulgo *Prætorium*, militari ac odioso in urbe nomine, vocari. Quæ ratio in Provincialibus & Græcis locum non habebat, qui Prætoria, scilicet exemplo ejus quod in urbe erat, apud se non modo habebant, sed etiam vulgo appellabant, ideoque Romæ, cum res eadem esset, frequentius eodem quoque nomine sunt usi. Sed ad Paulum ut revertamur, scire velim, inquam, qui verba ejus ἐν ὅλῳ τῷ πραιτωρίῳ, *in toto Prætorio*, sic intelligunt, in castris Prætorianis, vel, *apud omnes cohortes Prætorias*, ubi Paulum putent παρεσηκέναι τῷ Καίσαρι Νέρωνι, *judicio se Neronis stitisse.* An in foro causæ Provincialium provocationum actæ sunt? ubi id unquam lectum? Tu dic, in Auditorio Principis, in Auditorio Imperatoris, ubi causas ipse audiebat, ut testis in ea re est Ulpianus in *l. 18. § 1. & 2. π. de Minor.* in quo Provincialium causas provocationum actas fuisse, testatur Symmachus *lib. 8. epist. 17.* ubi: *Provinciali actione decursa, quæ ad sacri Auditorii Cognitorem necessaria provocatione pervenit.* Nam glisccnte adulatione quod olim Principis, & Imperatoris auditorium, deinde *sacrum auditorium* fuisse dictum, docet *l. 2. de Pact. & transact. l. 13. 40. 44. 48. de Appellat. in C. Theod.* De illo Paulinus *in vit. Ambros. In Auditorio Præfecti Prætorio ita splendide perorabat.* Et Ambrosius ipse *orat. funebr. in obit. fratris sui:* Quam *incredibili admiratione in Auditorio Præfecturæ sublimis emicuit!* Hoc tamen ipsum in *Cod. Theodos.* vocatur *Auditorium sacrum Amplitudinis Præfectorianæ, l. 67. de Appellat.* quia Præfectus, ut modo diximus, *vice sacra* judicabat.

TIT. XII.
De Officio Præf. Urb.

OFficium Præfecti Urbis fuit animadvertere in crimina, quæ intra Urbem vel centesimum milliare extra eam committerentur, *l. 1. pr. & § 4. h. t.* de pecuniariis etiam causis inter argentarios jus dicit, *l. pen. h.* denique forum armentorum, carnium & disciplinam spectaculorum curat, *l. 1. § 11. & 12.* in aliis causis civilibus nullam habet jurisdictionem, *ead. l. pen.* Primus institutus est ab Augusto cum jurisdictione criminali, ut haberet jus fustigandi, relegandi, deportandi, in metallum dandi, adeoque jus gladii, *l. 1. pr. § 3. 4. & 10. h. t.* Quamvis autem Præfectus Urbi merum imperium habuerit, idque sit primum & fere unicum officii caput, jus tamen deportandi ante Severum non habuit, ut Ulpianus testatur in *l. 1. § 4. de Legat. 3.* Ex quo rursus liquet, non cuilibet magistratui mero imperio prædito, omnes imperii meri partes esse concessas.

De hujus Præfecturæ ortu, sic Tacitus 6. *Ann.* 11, 4. Augustus rerum potitus ob magnitudinem populi ac tarda Legum auxilia, sumpsit e Consularibus, qui coërceret servitia & *quod civium audacia turbidum, ni vim metuat:* primusque Messalla Corvinus eam potestatem & paucos intra dies

dies finem accepit, quasi NESCIUS EXERCENDI. Quid? Illumne Corvinum ad summa, meritis belli ac pacis artibus provectum, ut idem Tacitus refert XI. *Ann. 6. & sequ.* fuisse nescium exercendi præfecturam urbicam. Longe aliam causam reddit Eusebius *in Chron. Messalla Corvinus*, inquit, *primus Præfectus urbis factus, sexto die magistratu se abdicavit, incivilem esse potestatem contestans.* Fuit enim Regii instar ministerii, cives manu præsentibusque coercere suppliciis, adeoque in civitate libertatis memore insolens officium. Idemque Tacitus indicare videtur, quasi *nescius exercendi*; quod homo generosus nondum adeo ab antiqua civilitate degeneraverat, ut regiæ præfecturæ se accommodare posset: eoque, nisi fallor, spectat, quod mox subjicit Tacitus, de Statilio, quod is, quamquam provectus ætate munus idem egregie *toleravit*: id est obduravit animum prudentia, quod Messalla securior offensæ minus curæ habuit. Dio Præfecturæ hujus initia recensens *l. 54.* Corvini non meminit; quod sex dierum scilicet, officium vix merebatur.

TIT. XIII.

De Officio Quæstoris.

QUæstura, quasi primordium & ingressus honorum fuit gerendorum, erantque vel urbani Quæstores, qui curam sanctioris ærarii in urbe habebant, vel provinciales, qui præsidibus aderant, ut reditus Reip. colligerent. Sub Principibus etiam quæstores erant, qui *Candidati Principum* vocabantur. Hi in senatu Cæsarum literis, orationibus, & rescriptis legendis vacabant; *l. un. § 2. & seqq. h. t.* Origo quæstoribus creandis antiquissima fuit & pæne ante omnes magistratus, ut loquitur Ulp. *l. 1. pr. h.* quoniam Romulus & Numa binos quæstores, (non suo tantum lubitu sed & populi suffragio electos), habuerunt; *ead. l. 1.* Tac. XI. *ann. 22. in med.* Adde Cujac. *in paratit. h.*

TIT. XIV.

De Officio Prætorum.

PRætoris definitio est apud Ciceronem *1. de LL.* Lit juris, ait, disceptator, qui privata judicari jubet & juris civilis custos est. Officium Prætoris fuit, jus dicere de rebus civilibus, nam de criminalibus nusquam judicasse legitur, imo non potuisse, probatur *ex l. un. § ult. h. t. & § 2. Inst. de susp. tut.* quod est intelligendum de Prætore urbano & peregrino, de quibus proprie hic agitur, probante Cujacio *parat. h.* eosque etiam significat *l. 17. C. de appellat.* Fuere alioqui Prætores, quibus causarum criminalium quæstiones commissæ fuere, de quibus in *l. 2. § 32. de Orig. Jur.* Dic igitur, Prætores non habuisse merum imperium, nisi qui ad certarum legum quæstiones erant dati.

Porro ad Prætores fiebat in jus vocatio, apud illos actiones edebantur, *l. 1. de in jus voc. l. 1. de edend.* omniaque agebantur, quæ in *jure* facienda erant, de quibus in *tit. de Judic.* sed cum ad ipsam causæ cognitionem erat ventum, delegabant judices pedaneos, qui cognitione exacte habita, ferrent sententiam, quam Prætor exequebatur, *l. 15. de re jud.* Excipiebantur certæ causæ, de quibus ipsi Prætores cognoscere debebant, ut erant liberales, sive status causæ, *l. 32. § 7. de recept. arb.* ut & actio popularis, *ibidem.* Sed jure *Cod.* Diocletianus & Maximianus *per l. 2. C. de ped. jud.* ipsos magistratus causam cognoscere & judicare voluerunt, *nisi propter occupationes publicas, vel propter causarum multitudinem, omnia negotia non potuerint cognoscere, d. l. 2.* Denique & in causis vilioribus & facilis expeditionis, facit potestatem judices pedaneos dandi, Julianus in *l. 5. eod. tit. Cod.*

2. Famosa Lex *Barbarius Philippus*, non videtur habere tantum difficultatis, quantum quidem a Dd. motum alias fuit. Servus erat fugitivus ille *Barbarius*, notus *Antonio Triumviro*, cujus fuisse compotorem memorat Suidas, & in illa confusione Triumvirali Prætor factus est. Ei vero servitutem nihil obstitisse, *quasi Prætor non fuerit*, putabat Pomponius, hoc est, servitus non obstabat, quo minus esset Prætor. Atqui verum est, ait Ulpianus, *Prætura eum functum*; fueritne vere Prætor, suo loco relinquit, nec tam refutat, quam non probat; ait tamen, eum in functione Prætura fuisse; at hoc posito, functum esse prætura, nec vere fuisse Prætorem, quærit, acta ejus an valeant. Et respondetur, valere, propter utilitatem & præsumptam populi Romani

mani voluntatem. Non est igitur, quod error heic jus faciat; ut vulgo hinc colligunt. Sed reputatio utilitatis & præsumptio voluntatis hac parte juris effectum habent. Quæ præterea ex hac Lege colligi solent, alio pertinent: vid. Jac. Gothofred. *differt. ad hanc L.* & Hahnium ad *Wesenb. h. t.* Wissenb. *ad h. t.*

Tit. XV.
De Officio Præf. Vigil.

Officium Præf. Vig. erat, curare, ne incendia in Urbe orirentur, *l. 3. h. t.* eaque de causa fustibus aut flagris fures nocturnos cædi jubere poterat, *l. 4. h. t.* ac etiam servos ultimo afficere supplicio, *l. pen. de cond. causa dat.* Officium Præf. Vig. prius fuit vilissimum & nullius loci, adeoque nec magistratus erant, *l. 2. § nam præf. de O. J.* nunquam mentio ejus Tacito vel Suetonio inter illustres dignitates, ut hic in *Digestis*, imo adeo viles erant, ut cum munere & robore supra urbanos præcellerent, & plures cohortes ab Augusto institutæ essent, inter legitimos milites ejus ævi non conferentur. Itaque in omnibus bellis civilibus Galbæ, Othonis, Vitellii, rara eorum mentio, nullus usus. E libertinis erant lecti, vile genus, & Vulcani potius ministri quam Martis. Postea tamen Præfecti auctoritas, ut & ipsorum militum, crevit, ut *ex h. t.* & aliis scriptoribus clarum est. vid. Lips. *ad Tac. 4. ann. verb. 3. urbanæ 9. prætoriæ cohortes.*

Tit. XVI.
De Officio Procoss. & Legati.

Provinciæ ex institutione Augusti, sunt vel S. P. Q. R. vel Cæsaris. Qui in illas mittuntur, Proconsules vocantur, quorum officium est, omnia loco Principum gubernare, *l. 8. h. t.* etiam de criminibus cognoscere & animadvertere jubere, *l. 6. pr. h. t.* Potestatem non exercebant, nisi cum in provinciam venissent, præter voluntariam jurisdictionem, quam statim ac urbe egressi sunt, habent *l. 2. h.* munera illis accipere vetitum, munuscula, quæ hic Xenia dicuntur, non æque. De quibus vide elegantem locum in *l. 6. § ult. h. t.*

2. Procoss. adjunguntur Legati, quorum officium est, fungi vice Procoss. ubi ipsis adesse non licet, idque mandato Procoss. quibus liberum est, etiam non mandare, & mandatam adimere jurisdictionem, Principe tamen consulto, *l. 6. § 1.* Ipsi tamen legati aliquid habent proprium, velut tutores dare, quod competit illis ex oratione D. Marci, *l. 1. § 1. de tut. dat.* hoc tamen ipsum non est iis proprium, nisi postquam Procoss. jurisdictionem iis mandaverit; sic, ut causa efficiens tutores dandi sit oratio Marci, causa *sine qua non*, mandatum Procoss. siquidem tutoris datio ipsa mandari nequit, *l. 1. de off. ej. cui mand.* junct. *l. 6. § 2. de tut.* Specialis exceptio est, quod manumissio apud legatum Procoss. fieri nequeat, quia non habet jurisdictionem talem, *l. 2. § 1. de off. Procoss.* cum qua vix potest conciliari, *l. 17. § 1. de man. vind.* nisi addamus *non*, cum Cujac. *1. obs. 1. & 15. obs. 19.* quod tamen durum, nisi deleas insuper part. *&*, ut ita in summa nihil addatur, sed duæ voculæ permutentur duntaxat. Distinctionem Provinciarum, & quæ populares sint, habuimus modo. Denique, Cæsareæ provinciæ dicebantur, quæ erant magni momenti, & in quas mittebantur Præsides, cum ingenti militum præsidio ab ipso Cæsare, vide Strab. *part. 2. lib. 17. fol. 669. & 70.* Dion. Cas. *l. 53.* In *l. 4. § 2.* verba *Cotta & Messala* Coss. emendat Cujac. *6. obs. 30.* ubi legit, Cotta Messalino consulente: quæ correctio non placet Liptio ad *loc. Tac. Ann. lib. 4. fol. 146. ad verb. Messalinus Cotta censuit cav. & c.* quem vid.

Tit. XVII.
De Off. Præf. August.

Præfectus Augustalis est, qui nomine Cæsaris præest Ægypto, quam ob momentum provinciæ ingens, Augustus sepositit & peculiari imperio complexus est, ut Suet. & Tac. tradunt. Ejus officium est simile Procoss. *h. l. ut.* Sumebantur hi præfecti ex equitibus Romanis, non est Senatoribus, ne potentia & nobilitas animos adderet ad res novas moliendas, quibus illa Provincia multis modis apta constituta erat, ut *idem* Tacitus.

Tit.

Tit. XVIII.

De Officio Præsidis.

I. Quid Præses, eumque fuisse Magistratum. II. Partes. Officium ejus. III. Distinctio inter Præsides universalium & particularium Provinciarum improbata remiss.

PRæses dicitur, qui totam regit Provinciam *l. 1. h.* tametsi, cum a Procoss. distinguitur, is intelligitur, qui Cæsaris vice gubernat. *l. pen.* Generaliter igitur Præses est, omnis Præfectus supremus Provinciæ; specialiter qui Cæsareæ provinciæ præest. Dicuntur etiam Legati Cæsaris *l. 22. pr. de Accusator.* ubi Præses opponitur Magistratui populi Romani, quemadmodum & in *l. 3. § 1. Quod met. caus.* quod respicit ad divisionem provinciarum in Cæsareas & quæ populi sunt, cujus in *tit. de off. Procons.* meminimus, & meminit Strabo in *lib. ult. sub fin.* Alioqui Præsides esse Magistratus, non est dubitandum, per *l. 16. § ult.* junct. *l. 42. de minor.* cum majus habeat imperium omnibus post Principem, *l. 4. h. t.* Imperandi autem jus maxime ad officium Magistratus pertinet, ut docet Arist. *4. Polit. c. 15.* ubi Magistratus, ait, ἀρχὰς εἶναι, ὅσαις ἀποδέδοται βεβουλεύσασθαι περί τινῶν καὶ κρῖναι καὶ ἐπιτάξαι, καὶ μάλιστα τοῦτο. τὸ γὰρ ἐπιτάττειν ἀρχικώτατον τῶν ἔργων. *Quibus datum est, de certis rebus deliberare atque judicare, & hoc quidem maxime; Nam imperare vel maxime convenit magistratui.* Dissent. Hotoman. *obs. 22.* Officium ejus est cognoscere de omnibus, cum maximo post Principem imperio, *l. 4. & l. 10. h. t. & seq.* habet jus gladii, dandique in metallum, quod est gravius deportatione, *l. 6. § 8. h.* Attamen Præsidem deportare non posse, nulla dubitatio est, *l. 2. § 1. de pœn.* quod mirum & contrarium videtur. Sed tu dic, deportationem fuisse genus supplicii, quod personis notabilibus irrogabatur, & quod ideo Princeps reservaverit sibi, aut quibus id specialiter demandasset, *l. 1. § 4. de leg. 3. add. l. 6. § 1. l. 15. § 1. de interd. & releg.* Merillius *lib. 1. variant. ex* Cujacio *cap. 2.* distinguit inter Præsides universarum & singularum sive particularium Provinciarum; illos habuisse jus deportandi, hos non æque; quod ut indubitatum conciliandi medium tradit D. Wissenbachius *2. Pand. disp. 5. th. 13.* Sed nos hanc distinctionem nulla ratione fundatam esse, probavimus *l. 3. Digress. c. 7.* Tu dices, quid sibi vult igitur, cum in *d. l. 6. § 8. de off. Præs.* jus gladii & in metallum dandi habere dicuntur, *qui universas provincias regunt.* Nonne illis verbis oppositio *particularium* provinciarum indicatur? Minime, sed *partium.* Provinciæ *universæ*, sunt totæ. Nam universum non semper notat complexionem plurium rerum, sed integritatem unius rei. Scævola in *l. 41. in pr. de Leg. 3. Peto a te, Domina uxor, ne ex fundo Titiano partem tibi vindices, eum scias, me universam emptionem ejus fundi fecisse:* manifesta oppositio inter rem universam, ejusdemque partem; paulo post, *universus fundus.* Vult igitur Ulpianus, merum imperium esse penes eos, qui totas regunt provincias, sive parvas sive magnas, a Principe sibi *commissas, non eorum*, quibus præfectura partis alicujus in eadem provincia demandata est, ut erant Legati, de quibus idem Ulpianus docet, eos non habere animadvertendi, coercendi vel atrociter verberandi jus: verum si quid esset, quod majorem animadversionem exigeret, id eos ad Proconsulem, qui totam regit provinciam, rejicere debere *l. 11. de offic. Procons.* Sed heic subsistamus: vide locum demonstratum.

Tit. XIX.

De Officio Procur. Cæs. vel Ration.

OFficium Procuratoris Cæsaris vel simpliciter est rationale, ut præsit rei pecuniariæ Principis, de quo in *l. 1. & 2. h.* aut vice Præsidis fungitur, & tunc potest omnia, quæ Præses, *l. 4. C. ad L. Fab. de Plag. l. 2. C. de pœn.* Talis fuit Pontius Pilatus, Judææ Procurator, quem Matthæus Evangelista *cap. 27. v. 2.* & Josephus *lib. 18. Antiquit. c. 5.* vocant ἡγεμῶνα, Præsidem Judææ. Eumque Jurisdictionem ac Imperium, etiam merum exercuisse, tota passionis Dominicæ historia loquitur: atqui Tacitus *lib. 15. Annal.* Procuratorem Pontium Pilatum appellat. Prior per servum suum potuit Cæsaris hereditatem adire, quod privatis per procuratorem non licet, *l. 1. § ult. h. t.* juncta *l. 99. de acquir. hered. l. 77.* cum *l. 123. d. R. J.*

Tit.

TIT. XX.

De Officio Juridici.

NOn fuit satis Augusto, sepositse Ægyptum,& magnatibus Romanis præclusisse, nisi ipsum quoque Præfectum, quasi æmulo & custode apposito,coerceret, qui fuit Juridicus Alexandriæ Metropoleως Ægypti, cujus officium fuit, jus dicere in illa civitate, etiam tutores dare & adoptiones permittere. *l. 1. & 2. h. t.*

TIT. XXI.

De Offic. ejus, cui mand. est Jurisd.

HActenus de jurisdictione singulorum Magistratuum: sed quia sæpe contingit, ut illi suas vices aliis mandare cogantur, ideo *hoc tit.* agitur de *officio ejus, cui mandata est jurisdictio.* Mandatum scimus esse, cum quis rogatus ab alio, cujus proprium est negotium, id nomine ipsius, gratia administrat. Ex quo intelligimus, quod sit officium ejus, cui mandata est jurisdictio, facere scil. nomine & rogatu magistratus ea, quæ ipse facere debet; cujus ratio ex natura cujusque negotii pendet. Longe aliud indicat *rubr. C. de Offic. ejus, qui vic. alic. jud.* nam ibi de illis agitur, qui non rogatu magistratuum,sed voluntate principis, loco magistratuum provinciis præponuntur, eodem sensu,quo olim Proconsules, Proprætores &c. Dixi in mandato requiri, ut hoc, quod geritur, sit *proprium* mandantis negotium; cum ne tutor quidem,licet domini loco sit, *l. 27. de administrat. tut.* mandatarium in rebus pupilli constituere possit, ut *dix. ad § ult. Inst. de Curator.* Hinc mandatarius mandatam sibi jurisdictionem rursus alii mandare non potest. *l. ult. pr. h. t.* Deinde, quod mandatur, magistratui *qua tali* competere debet, id est jure magistratus ordinario; nam quæ ex speciali lege vel constitutione certis magistratibus commissa sunt, ea mandari non possunt, *l. 1. h. t.* qualia sunt animadversio criminum, datio tutoris,consilii exercitio, permissio alienandi res minorum,*d. l. 1. & 2.* quibus de rebus mox opportunius, ubi de Jurisdictione sermo erit, agetur. Moribus, quia Jurisdictio non solet esse penes singulas personas, ut Romæ, sed penes Collegia judicum, mandata jurisdictio exiguum habet usum, nisi in Commissariis Collegiorum juridicorum; qui notionem aliquando Collegis suis,raro aut nunquam aliis mandant. Quanquam statuta Friliæ Prætoribus in Agris permittant aliquem sibi extra Collegium substituere,quod nunquam, opinor, usurpant; Adsessores quos habent, eum in finem adhibere solent.

TIT. XXII.

De Officio Adsessorum.

ADsessores sunt Jurisperiti, (modeste Studiosi vocantur, ut sapientiæ professores philosophi, *l. 1. h. t.*) qui magistratibus consilii causa in judicando adjuncti erant. Horum obsequium est in cognitionibus, postulationibus, libellis, edictis, decretis, epistolis, quid jus & ordo judiciorum exigat, suggerere magistratibus; ita tamen, ut si quid erratum esset,hoc Adsessoribus non magistratibus imputaretur, *l. 2. D. quod quisque jur.* quia Magistratus sæpe legum erant imperitiores, *Nov. 82. pr.* Pro hoc officio salarium accipiebant, olim a magistratibus, *l. 4. h. t.* postea ex publico, *arg. l. 32. verb. ad ærarium. D. ex quib. caus. maj. l. 41. de excus. tut.* & quidem totius anni; licet magistratus intra annum mortuus esset. Advocati olim in eodem foro, ubi adsessores erant, esse non poterant, alibi licebat, *l. pen. h. t.* Sed hodie penitus Advocati esse prohibentur, *l. ult. C. eod.* * In foro nostro jus vetus servatur.

SCHOLIUM.

Moribus tamen nostris, Adsessores, præprimis inferiorum judicum, quandoque & in eo judicio, ubi Adsessores sunt, Advocati personam sustinent, sed secedunt tamen, ubi sententia fertur.

RESPONSIO.

Longe & dignitati & sinceritati judiciorum magis expedit mos Romanus & noster.

* Apud nos tamen secund. *l. pen. ff. h.* hæc prohibitio ad judicium, in quo quis assessoris munere fungitur, restricta videtur. Conf. Leipz. Ober-Hof-Ger. Ordn. *rubr.* Eyd des Hof-Richters und Beysitzer. *verb.* Wann die vor das Hof-Gerichte kommen seyn. add. Menck. *Disp. ad Proc. IV. tit. 2. § 2.*

N. AD-

N. ADDIT.

Hoc facile largior, nec erat in quæstione. Unde & apud nos rariora sunt exempla, ubi Adsessoribus licet Advocatorum munere fungi, quam ubi id non licet.

Scil. Adsessorum vicem apud nos gerunt, qui a judicibus inferioribus adhibentur in sententiis ferendis, vulgo *Pensionarii*, quibus adeo commissi errores imputandi; verum si judices tantum petant consilium ab hoc aut illo Jurisperito, quid in judicando sequi debeant, suo periculo jus dicunt.

SCHOLIUM.

Cum Adsessoribus Romanis comparari quadantenus possunt Adsessores nostri, tam in judiciis superioribus quam inferioribus: Dico quadantenus, *quia sunt & differentiæ non unæ.* Vide Schilter. Ex. 5. ad Pand. th. ult. *Imo & inter Adsessores superiorum & inferiorum judiciorum differentiæ sunt, quos inter præcipua, quod illi sententias ferre soleant & decreta, hi decreta saltem, non sententias, utpote quæ præscribuntur a Collegiis JCtorum, qui & ipsi adeo certo respectu Adsessoribus sunt simules.* Schilter. d. l.

RESPONSIO.

Adsessores videtur appellare Scholiastes, qui sunt membra ipsorum Collegiorum habentium jurisdictionem. Quod minime cum sensu h. tit. *convenit; etsi apud nos etiam tales sunt, qui Adsessores* Byzitters *appellantur. Hic agitur de his, qui non sunt in collegio Magistratuum vel judicum, sed qui in consilium adhibentur, quales JCti, quos indicat Scholium; seu singuli habeantur, sive Collegium constituant.*

N. ADDIT.

Adeoque nec hic dissensus inter nos est. Mallem tamen, ut Autor non dixisset: Magistratuum vel judicum. *Nam Judices apud Romanos illis temporibus JCti erant, qui non facile alios JCtos extraneos in consilium adhibebant.*

LIB. II.

TIT. I.

De Jurisdictione.

I. Continuatio & differentia Jurisdictionis ac Imperii. Item de voce Jurisd. II. Definitio Jurisdictionis & de genere ejus, quod est Notio. III. Differentia Notionis nudæ a Jurisdictione. IV. An duret hæc aff. & de his, quæ Magistratibus, non qua talibus competunt. V. Hodiernæ Jurisdictionis hereditariæ differentia ab Romana. VI. Divisio I. Jurisdictionis, in voluntariam & contentiosam, posita, non simpliciter approbata. VII. Divisio II. in propriam & alienam. VIII. Subdivisio alienæ in mandatam & prorogatam. IX. Prorogata Jurisdictio quid, & ejus requisita duo. Resellitur jurisdictio prorogata, de loco ad locum & de tempore ad tempus. X. De prorogatione causæ ad causam, ejusque usu coarctato. XI. De persona ad personam. XII. Quædam aliæ divisiones Jurisdictionis, cum transitu ad imperium.

POst (a) officia singulorum Magistratuum, sequitur potestas omnium, quæ duabus omnino partibus constat, *Jurisdictione* & *Imperio:* quæ voces apud veteres ita differunt, ut Jurisdictio sit *potestas* Magistratuum *civilis* in jure dicundo consistens; Imperium potestas armata: atque ita passim Jurisdictiones & Imperia distinguuntur. Jurisdictio competebat Magistratibus hoc ipso, quod a populo centuriatis comitiis erant creati; sed imperium, hoc est armorum præfectura, speciali lege curiata illis tribuebatur, nec ab aliis poterat exerceri, quam quibus nominatim erat concessa. Sic enim Festus: *cum Imperio esse dicitur, cui nominatim est a populo mandatum Imperium*, ut pluribus docet Sigonius *lib. 1. de jure civ. Rom. c. 21.* Istud quidem Imperium erat in exercitus. Sed translatum fuit hoc ipsum ad quotidianum officii, quod Magistratus habebat, exercitium; ut in eo distinguatur juris dicundi, id est cognoscendi judicandique facultas, quæ Jurisdictio est, a potestate cogendi & exequendi, quod fit manu & armis, in qua re consistit *Imperium*, quemadmodum hoc capite videbimus, exordium a definitione Jurisdictionis facturi.

(a) *Pos. 1. 2. 3. 4.*

SCHOLIUM.

Quam intricata sit Jurisdictionis doctrina Jure Romano, dixi ad Strauch. XX. I. p. 267. *Autor satis perspi-*

perſpicue docet, eique conjungi meretur hac parte Strauch. XX. I. ſqq. *qui cum eo in plerisque convenit; non ita Wiſſenbachius, a quo noſter, ut notabimus, ſæpiſſime diſſentit. Moribus noſtris, non minus Jurisdictionis materia in pelago verſatur, ac potiſſimum ex cujusque loci conſuetudine & ordinationibus dijudicari debet.* Carpz. pr. Crim. qu. 109. n. 14. Eck. ad h. t. §. 3.

RESPONSIO.

Quod de crebro a Wiſſenbachio meo diſſenſu notat Scholiaſtes, videat Lector, quid in præfat. primæ partis *dixerim. Doctrinam, quæ in expoſitione Conſuetudinum & ordinationibus locorum verſatur, hoc non profitemur, niſi quod obiter quandoque de generalibus Europæ inſtitutis adſpergitur.*

N. ADDIT.

Quod autor in doctrina de Jurisdictione ſæpius a Wiſſenbachio diſſentiat, uti nec approbo nec carpo, ita non opus erat excuſandi diſſenſus cauſa provocare ad Præfationem primæ partis, quamvis vercar, ut, quæ ibi de facilitate Wiſſenbachii in ſtatuendis Antinomiis & in carpendis Juſtiniani Miniſtris notat, ad diſſenſum præſentem in materia jurisdictionis applicari queant. Sed neque mea intentio eſt, profiteri expoſitionem conſuetudinum particularium in Germania. Interim optandum eſſet, ut magna & Autori ſimilia ingenia, vires ſuas impendiſſent magis in explicanda doctrina Jurisdictionis Germanicæ, quam in explicanda doctrina Juris Romani, præprimis cum ipſi etiam admiratores Juris Juſtinianei fateantur, æque abſurdum eſſe, ſi quis in Germania controverſias de Jurisdictione ex Jure Romano componere velit, ac ſi quis lanam ab aſino vellet quærere, cum utrobique oleum & operam quis ſit perditurus. Vid. quos citat Dn. Stryke in uſu modern. pandect. ad hunc tit. th. 1. *Nam generalia Europæ inſtituta & mores circa doctrinam juris civilis, vel fruſtra inquiruntur, cum pauciſſima ea ſint & fere incognita, ſingulis Europæ regnis peculiari jure fere utentibus, vel fruſtra docentur, ſi juventus Germanica ignoret inſtituta & mores patrios peculiares. Quare tentavi anno hujus Seculi 3. menſe Nov. in peculiari diſſertatione* de jurisdictionis & Magiſtratuum differentia ſecundum mores Germanorum, *glaciem in hac materia difficillima frangere, & oſtendere, quibus erroribus evitatis, & quibus fundamentis jactis, hæc doctrina in ordinem redigi queat.*

Sed & de voce hoc ſcire juvat; aliquando jurisdictionem ſubjective dici regionem certam, quatenus per eam jus dicitur, ut ſit hodie frequentiſſime; etiam Plinius ita *lib. 5. nat. Hiſtor. cap. 28. Ab ea Doris, ait, incipit, ſed prius terga & mediterraneas* jurisdictiones *indicaſſe conveniat:* verum hæc popularis potius quam Juridica ſignificatio eſt, etſi Ulpianus ita fere; *Si quis ex aliena jurisdictione ad Prætorem vocetur, l. 5. de Jud.* quemadmodum & altera, jurisdictio de ſumma Principis poteſtate uſurpatur, ut apud Senecam 1. *de clem. qua ruant urbes, qua oriantur, mea* JURISDICTIO EST. JCti ex arte ita non loquuntur, etſi habent aliquos hujus vocis uſus, modice a genuino ſenſu, quod poteſtatem Magiſtratuum indicat, deflectentes, ſed quod facile diſcernas, ubi occurrent, ut cum ſententiæ pronunciatio vocatur *jurisdictio, l. 11. de in jus voc.* Labeo ait, *moderandam jurisdictionem: ut, ſi pæniteat libertum, licet edicti verba non patiantur:* quod eſt ſimul notabile ſpecimen *æquitatis*, a judice adhibendæ præter verba legis, quod refer ſis ad ea, quæ diximus *tit. de Juſt. & jur.* n. XI. Adde *l. 36. de Adminiſtr. Tut.* ubi: *diviſio Tutelæ, quæ non juris ſed jurisdictionis eſt.*

2. Cujacius (b) definiendi ſummus artifex, *in parat. h. t.* Jurisdictio, inquit, eſt *notio jure Magiſtratus competens;* quæ, utcunque brevis & primo auditu obſcura definitio, multis tamen prolixioribus a nobis præfertur. Citat aliam ex illo D. Wiſſenb. *ad hunc tit. th. 31.* quod ſit de cauſis cognoſcendi, judicandi, judicatique exequendi poteſtas, *eparat. C. ſi a non comp. jud.* ſed ea inde non reperitur. D. Ant. Matthæus *tract. de jud. diſp. 2. th. 6.* eandem probat & laudat ex Donello 17. *comment. 6.* Nos cur eam ita ὡς κεῖται ampledi nequeamus, mox rationem reddemus. Genus apud Cujacium eſt *Notio*, quæ eſt de cauſis cognoſcendi, judicandique poteſtas; eaque rurſus duplex; eſt enim vel Notio in ſpecie ita dicta, vel jurisdictio; Quæ in ſpecie ſic dicitur, eſt ea, quæ competit Judicibus pedaneis & arbitris; Jurisdictio propria fuit Magiſtratuum, *l. 5. pr. l. 15. & l. 57. de re jud. l. 99. de V. S.* etiam municipalium, ut videmus in *l. 29. ad municip. l. 12. h. l. 3. & l. 19. §. 1. de Tutor. & Curat. dat.* Inter eas ſpecies hæc differentia collocatur, quod Notio ſpecialiter dicta, ſine executione ſit, & quod Jurisdictio ſit etiam exequendi poteſtas, ut D. Matth. *d. diſp. 2. th. 4. & 6.* Ego ita exiſtimo, cum jurisdictione junctam quidem eſſe poteſtatem exequendi, ſed omnes exequendi modos, adeoque & ipſam executionem, eſſe imperii,

(b) *Poſ. 5. & ſeqq.*

quod

quod dicitur, mixti, ut inferius patebit; quod cum iisdem D. Wissenbach. *d. disp. ad hunc tit. th. 25.* A. Matth. *d. disput. th. 22.* æque statuant, contra Cujacium *21. Obs. 30.* scilicet, diversum ab Jurisdictione mixtum imperium esse, quin imo religioni sibi esse dicant, illa duo confundere, nullus animadverto, qui in mentem iisdem venerit, ut definitionem Jurisdictionis tradiderint, quam modo audivimus, eam Cujacii sententiam clare exprimentem; Quamquam tamen illam modica mutatione in rectum sensum emendare posses, si diceres; Jurisdictio est, *de causis cognoscendi judicandique potestas, cui adjuncta est exequendi facultas:* etsi nos Cujacii priorem definitionem, quæ differentiam petit e verbis, *jure Magistratus competens*, præferendam putamus. Recte equidem illi Imperium mixtum a Jurisdictione discernunt, cum leges ea duo passim distincte commemorent, *l. 1. in fin. l. ult. § 1. de off. ej. cui mand. l. 3. h. t. l. 6. § 2. de Tutel.* Quin & res loquitur, esse res separatas: siquidem coërcitione, in qua mixtum imperium maxime consistit, non semper est opus, utique non in jurisdictione voluntaria, quæ redditur in volentes; non etiam in contentiosa, si judicis sententiæ sponte pareatur; ideoque realiter oportet differre, quorum unum sine altero tam facili negotio exitere potest.

3. (c) Differentiam igitur Notionis & jurisdictionis aliunde quæramus oportet; suggerit quidem aliquod discrimen definitio nostra in verbis, *jure Magistratus competens*, sed inde nihil, qui discere cupit, instructior discedet; nisi quid illud sit, quod jure Magistratus competit, audiat. Hoc non aliter, quam ex oppositione Magistratuum & Judicum intelligi potest. Sane aliquando Magistratus ipsi, judices appellantur, *in l. 1. de jud. Rubr. de rebus auct. jud. possid.* sed ut plurimum Magistratus & judices opponuntur, *l. 2. de R. J. & passim.* Prima differentia est a causa constituente, quæ est in Magistratu *publica*, & quidem excellenter, quia Magistratus a Summa potestate Reip. quæ olim Romæ penes populum, dein penes Imperatores fuit, constituuntur; Judices autem pedanei, quorum est notio, a Magistratibus, qui tribunali præsunt, ad singulas causas specialiter dantur & delegantur, *l. 3. h. t. l. 46. de judic. l. ult. de off. Præt. l. 15. de re jud.* & Arbitri, quibus similiter notio adscribitur, litigantium compromissio constituuntur, ut ad *tit. de Recept. qui arbitr.* videbimus. Quod si qui judices a Principe dentur ad certas causas, hi jurisdictionem potius, quam notionem habere videntur, & ipsi a se dictas sententias exequi possunt, *l. ult. C. de jud. l. pen. C. de fruct. & lit. exp.* quin etiam alios dare possunt judices, *l. un. C. Qui pro sua jurisd. jud. dar. l. 5. C. de judic.* Dein, Magistratus habebant tribunal, *l. 7. de Restitut. in integr.* nec in urbe tantum, sed etiam in Provinciis Præsides, *l. 9. D. de pœn.* & Jurisdictioni præesse dicuntur, *l. 10. de Jurisd. l. 81. de judic. l. 1. § 1. de Postul.* Judices pedanei sic appellantur *in l. 3. § 2. Ne quis eum, qui in jus vocat. l. 4. de tutor. dat.* quod non in tribunali, edito loco, sed infra tribunal, quasi ad pedes Prætoris jus dicebant, χαμαιδικασταὶ a Theophilo dicti *pr. Inst. de Interd.* veluti *humi judicantes* infimoque subsellio. Præterea, Magistratus vim ac necessitatem parendi judiciis addebant, atque ad eos fiebat in jus vocatio, qua inviti ad prætorem ire cogebantur, *l. 2. de in jus voc.* apud eos fiebat actionis editio, absentium citatio, aliaque plura, quæ olim in jure fieri dicebantur, de quibus *vid. disp.* D. A. Matth. *de his, quæ in jure fiunt, tract. de judic.* Sed judex pedaneus, ubi ad causæ disceptationem erat perventum, accipiebat formulam a Prætore, secundum quam cognosceret & judicaret, quam egredi nec poterat. *vid.* Brisson. *in voc. Formula.* Apparet igitur, officium jus dicentis latissimum esse, initio sumpto a prima in jus vocatione; & complecti omnia, quæ vel per modum litis, vel absque lite, a civibus omni die apud tribunal petuntur atque tractantur, *l. 1. h. t.* a quo & ipsum pedanei judicis officium pendet, qui Magistratus jussu, solam litis disceptationem observabat. His dein accedebat, quod judex suam sententiam non posset exequi, verum ab eo, qui dederat illum, executio proficisci debebat, *l. 18. de re jud.* atque hæc facultas exequendi, pariter jure Magistratus competebat; nulla est enim sine cogendi & coërcendi potestate jurisdictio, *l. ult. § 1. de off. ejus, cui mand. est jurisd.* neque tamen Jurisdictionis, aut notionis in genere sumptæ, fuit executio, sed imperii, quod mixtum dici jam monuimus, & probabimus *infra.* Porro ad Notionem quoque pertinet Episcopalis *audientia;* quæ partim instar Arbitrii in consentientes exercetur, partim executionem a Magistratibus obtinere debet, *l. 7. & l. 9. C. de Episcop. aud.* ejusdemque generis est Consistorialis in nostris Ecclesiis potestas Presbyteriorum, Classium & Synodorum, *Notio* potius quam Jurisdictio. Collegia quoque Artificum jus aliquod de suis rebus judicandi & mulctas dicendi

(c) *Pos. 9. &c.*

cendi habent, executionem vero a Magistratibus petere debent ac solent.

4. (d) Ita jam liquet differentia, quam verba, *jure Magistratus competens*, Jurisdictioni præ notione nuda tribuunt. Sed an hæc differentia durat hodieque, postquam mos judices pedaneos dandi abolitus est, ipsique magistratus judicare sunt jussi, *l. 2. & 5. C. de judic. pedan.* unde jurisdictio nunc omnium judicum esse dicitur, loquente *Rubrica Cod. de jurisd. omn. jud.?* Respondeo, Non esse hanc amplius differentiam inter officium Magistratuum & Judicum, res loquitur. Sed tamen hæc verba vim suam non perdunt in definitione Jurisdictionis. Quicquid enim ea verba, *jure Magistratus competens*, inferre diximus in jurisdictionem officio Judicis oppositam, id hodie cunctis judicibus eorumque potestati congruere intelligendum est, servata duntaxat supremi & subordinati judicii differentia. Porro ipsis Magistratibus nonnulla tribuuntur, quæ non jure Magistratus, sed ex speciali lege vel constitutione Principum illis competunt, & quæ perinde *jurisdictionis* esse negantur. Hujus generis est Tutoris datio, *l. 6. § 2. de Tut.* Ratihabitio transactionis super alimentis testamento relictis *l. 8. in pr. de transact.* consilii exercitio, & permissio alienandi bona pupillorum atque minorum, *l. 2. pr. & § 1. de off. ejus cui mand. est jurisdict.* merum imperium, *l. 1. pr. eod. tit.* Legis actiones in specie ita dictæ, videlicet adoptio, manumissio per vindictam, liberorum emancipatio, *l. 2. & 3. de Off. Proconf. l. 4. de Adopt. l. 1. C. eod.* denique cognitio super manumissione a minore viginti annis facienda, § 4. *Inst. Qui & a quib. manum.* Judicis dandi potestas magis est, ut sit jurisdictionis, *l. 3. h. t.* siquidem *more & propter vim imperii* conceditur, quæ est genuina descriptio jurisdictionis simpliciter dictæ, *l. 12. § 1. de jud.* tametsi quibusdam Magistratibus, maxime provincialibus, quibus olim forte non erat licitum dare judicem, id lege vel constitutione, vel Senatusconsulto concessum fuisse videatur, *ex d. l. 12. § 1.* Vinn. *de jurisdiction. c. 6. n. 4.* Suth. *tr. de jurisdiction. th. 164. & seqq.* Struv. *exerc. 4. th. 67.*

SCHOLIUM.

Moribus Germaniæ, secundum quos Jurisdictionis laxior natura est, omnia fere illa, quæ olim speciali lege concedebantur, Magistratui jure magistratus competunt, tanquam necessarium connexum. Hinc hodie tutoris datio, & decreti interpositio, omni illi competit, qui ordinariam Jurisdictionem habet, quod in specie quoad tutoris dationem, approbatum per Ordi. Polit. de Anno 1548. tit. 31. § 1.

RESPONSIO.

Non aliter hac parte se rem apud nos habere putem, etsi Jurisdictionem, ut reliqua Juris Civilis capita, nusquam exactius quam in Frisia, servari constet. Cujus rei hæc ratio est; Quod cum primum Saxoniæ Duces, Albertus & item Henricus, Frisia potiti sunt, diuturna per bellum omnium contra omnes viguerat ἀναρχία, per quam accidit, ut nihil expeditius fuerit, quam ejus sanctione forum Juris Romani stabilire. Quæ tamen ad propriam Reip. forique Romani formam spectabant, ea non potuisse locum hoc invenire palam est. Sed quæ Magistratibus competebant, seu more seu jure speciali, hæc ad Jurisdictionem simpliciter relata sunt a Nostris; excepto mero Imperio paucisque rebus nominatim cuique Collegio delegatis, quæ cur hodieque Legitima dici nequeant, nihil profertur.

N. ADDIT.

Neque ego proferre vel volebam vel debebam, talia hæc hodie non dici posse legitima. Id enim non erat in quæstione, sed secundum dictum positionis 18 & 19. an talia apud nos sint Jurisdictionis, quæ apud Romanos talia non erant. Atque hæc non diffitetur ipse Autor. Cæterum ratio hujus diversitatis illa est, quod jam a temporibus Caroli M. Jurisdictio Germanica majorum magistratuum pariter & minorum, constiterit in coercitione pariter criminum & causis civilibus dijudicandi, (etsi graduum diversitas fuerit,) quod plane diversum est a moribus Romanis. vid. d. Dilert. § 52. seq.

5. (e) Postremo, ex his verbis, *jure Magistratus*, intelligitur; aliam esse longe jurisdictionem, quam moribus hodiernis habent Comites, Barones, Nobiles, quibus hereditaria juris dicundi potestas in suas ditiones competit: Etenim illi non habent eam jure Magistratus, quod nonnisi ab arbitrio Principis, ejusve qui habet summam potestatem, pendet: sed jure quodam patrimonii, quod est in commercio, potest vendi & alienari, transitque ad heredes, recipit etiam divisionem una cum fundis & pagis; denique & acquiri ac amitti potest iisdem modis, quibus aliæ res, quæ sunt in patrimonio, nominatim præscri-

(d) *Pos. 16. & seqq.* (e) *Pos. 21.*

ptione

ptione temporis; quæ sunt omnia ab instituto Romanæ jurisdictionis, quæ nihil quam publica functio personalis est, alienissima. Reperiuntur hereditariæ jurisdictiones hodie per omnem Europam, qua Germani aliquando colonias deduxere; * cui nationi quemadmodum Feuda, quibus jurisdictiones istæ fere adhærent, accepta feruntur, ita hujus quoque hereditariæ potestatis ‡ originem sine dubio debemus. Duntaxat in Frisia, quæ est inter Flevum & Lavicam, Patria nobis dulcissima, quemadmodum fere nulla feuda reperiuntur, quorum servitia *Frisii*, antiquissimæ libertatis memores, semper abhorruere, sic etiam nulla est hereditaria jurisdictio, cui nescio, an usquam in Europa simile extet exemplum, præterquam in Anglia, quod novissime scripsit Vir Illustris Eques Tempelius *in observation. ad Remp. Fœder. Belgicæ cap. de Frisiis.* qui hoc inter alia argumento probat, Anglos a Frisiis esse oriundos, quod sane ex summa Frisici idiomatis antiqui, ut hodieque supersit, cum Anglico sermone convenientia, nostrisque historiis, est indubitatum; ut pluribus ille Vir Illustris probatum dedit.

6. (f) Hæc ad exegesin definitionis; sequuntur divisiones, quarum primam ponere solent in *voluntariam* ** *& contentiosam.* Illa inter partes consentientes, hæc inter contradicentes & adversus invitos exercetur; ad illam pertinent manumissio, adoptio & emancipatio, quæ hodie legis actiones specialiter appellantur, *l. 2. de Off. Proconf.* cum olim omnes, quæ pro tribunali secundum formulas solennes instituebantur, Legis actiones fuerint appellatæ, *l. 2. § 6. de O. J.* hodie Legis actiones sunt, inquam, voluntariæ actus jurisdictionis, qui sunt etiam actus legitimi; at non omnes actus legitimi sunt etiam legis actiones. Tutoris dationem esse actum legitimum, docet *l. 77. de R. J.* quæ tamen non est Legis actio; nam apud Legatum Proconf. nulla omnino fit Legis actio, *l. 3. de Off. Proconf.* qui tamen jus dandi tutores habet, *l. pen. eod. tit.* Præterea in *d. l. 77.* acceptilatio, servi optio, hereditatis aditio, actus legitimi esse dicuntur, quæ tamen legis actiones nusquam, opinor, appellantur: sc. actus Legitimi fiunt quidem omnes secundum formulam a Lege præscriptam, ut non omnes in jure, & auctoritate Magistratus, ut Legis actiones. Referendum est etiam ad actus voluntariæ Jurisdictionis, quando Reus contradictioni suæ renunciat, ac consentit in sui condemnationem, hoc est, quando partes adeunt judicem, ut certam ferat sententiam, *l. 26. de R. Judic.* Porro Contentiosa Jurisdictio consistit in litibus controversiisque de meo atque de tuo, quibus forum omni die fervet. Dantur etiam actus, in quibus non semper fiunt contradictiones, fiunt tamen aliquando, ut est datio tutorum atque curatorum,

* Inprimis apud nos Patrimonialis jurisdictio plerisque Vasallis jure feudi concessa est, quorum alii bassam duntaxat, altam alii, alii utramque jurisdictionem, beneficio Principis, exercent. Atque hanc Jurisdictionem etiam fœminis competere, usus quotidianus docet, v. Menck. *ad Tit 1. O. P. S. disp. 3. § 3.* nec in exercitio jurisdictionis sic investiti Vasalli turbari debent, unde subditi eorum ad Curias Provinciales, vel Judicium Aulicum regulariter, omissa prima instantia, vocari nequeunt. Appellations-Ordnung tit. Wer vor unser Appellation Gericht. § Alle. Ober-Hof-Gerichts-Ordn. tit. Wer vor das Ober Hof-Gericht. § Es wollen. § so auch. Menck. *d. l. § 8 & 12.*

‡ Quam tamen nostri homines fere per Justitiarios suos & Actuarios exercent, qua in re utantur Viris bonis & probis, qui legitime ad praxin admissi per aliquod tempus in ea versati sunt, & negotia judicialia secundum legum ordinem expedire possunt. *O. P. S. E. I. & E. Tit. II. § 1.* Ejusmodi Justitiarii, sive primum ejusmodi muneri admoveantur, sive jam in simili officio sint constituti, præsentibus subditis juramento promissorio obstringantur, quo facto omnia sunt in ejusmodi Justitiarii manu, si ab iis discesseris, quæ dominus Jurisdictionis, audientibus subditis sibi expressis verbis reservavit. Vide *O. P. S. E. I. & E. Tit. II. § 3 & 4.* Ubi de diebus Judicialibus solennibus quovis anno indicendis, item quid in loco Judicii peragi debeat, quid extra eum fieri possit, uberius declaratur.

** Actus voluntariæ Jurisdictionis etiam coram Judice incompetente expediri possunt, secundum Jus Civile, *a. l. 27. C. de donat.* & Saxonicum. Imo in Saxonia Dominus Jurisdictionis in suo judicio sibi hypothecam valide constituit, ac sua immobilia hereditaria firmiter Creditori suo oppignorat absque consensu superioris Magistratus, *d. Dec. 38.* §. So setzen wir ausser Zweiffel, ibique Philipp. *Obs. 1.* Carpzov. *l. 4. Resp. 31.* Berlich. *Dec. 187. in fin.* Sed & Judicem coram actis sui judicii recte testari, docet Carpz. *P. 3. C. El. 3. def. 14.*

(f) *Pos. 24.*

excusatio a muneribus publicis, constitutio alimentorum, veniæ ætatis impetratio, missio in possessionem, & similia; quæ a forma strepituque litium ordinario evidenter differunt, feriatisque diebus peragi possunt, *l. 2. & l. 3. de feriis.* Nihil tamen hærendum, quin hæc omnia sint contentiosæ jurisdictionis, quo pertinent *argum. § 9. I. de Leg. Aquil.* ubi Legis Aquiliæ actio traditur esse ex genere pœnalium, quia potest fieri, ut sit pœnalis, etsi frequenter, in hypothesi, non excedat verum rei corruptæ pretium. Sic etiam de illis rebus potest esse contentio, si Tutores recusent onus aut se excusent, causæque sint examinandæ; multo frequentius alimenta recusantibus injunguntur, veniamque ætatis petentibus opponunt se cognati vel Tutores, denique missiones in possessionem crebris oppositionibus non carent, ut de singulis in loco apparebit. De legitimatione quod quæritur, ad utram speciem pertineat, voluntariam an contentiosam jurisdictionem, supervacuum quæsitu videtur, quia nulla specierum, per quas fit Legitimatio, apud tribunal peragitur, ut recte differunt Sutholt. *de jurisdict. th. 223. & 335.* Vinn. *tract. de jurisd. c. 6. n. 6.* Cæterum, hanc divisionem ita, ut vulgo traditur, heic exposuimus; sed ex eo tamen, quod *supra* demonstravimus, omnes actus voluntariæ Jurisdictionis ex lege speciali venire, quæ autem talia sunt, ea negari esse jurisdictionis; intelligimus hanc divisionem non convenire definitioni, qua Jurisdictio dicitur esse *Notio jure Magistratus competens:* sed potius ei Jurisdictionis significationi, quæ tam late patet, quam jus dicentis officium, *l. 1. h.* quod est observandum.

7. (g) Secundum hæc jurisdictio dividitur in *propriam & in alienam.* Propria, quam quis suo jure, non alterius personæ, cujus non est summa potestas, beneficio habet, *l. 5. h. t.* cujus Legis verbis hic addidimus, *cujus non est summa potestas.* Nullus enim dubitat, quin Magistratus Jurisdictionem suam Principi, vel qui alius summam Reip. potestatem habet, acceptam ferant; si quidem a summa potestate omnis in Republ. potestas dependet, atque exinde tanquam e fonte derivatur. Proinde hæc est propria Jurisdictio, quam quis immediate habet a Republ. & aliena, quæ vel mandata est a Magistratu, vel prorogata a litigantibus.

8. (h) Igitur aliena Jurisdictio rursus est duplex, mandata, inquam, vel prorogata. Quid mandata sit, intelleximus *ad tit. de off. ejus, cui mand. est jurisdict.* inter alia, quod tantum ad ea, quæ jure Magistratus qua talis, non ad ea, quæ ex Lege vel constitutione speciali competunt, pertineat; qualia recensuimus *n. 4. sub fin.* ubi secus de judicis datione; quam proinde, qui mandata jurisdictione fungitur, exercere posse consequitur, *l. 12. § 1. de judic.* gerit enim vices Magistratus, qualem oportet esse, qui det judicem: ne hinc *Oppono & Respondeo*, formemus, *ἀυλοῖς αὐλοῖς*, quod tamen vide sis apud D. Wissenbach. *ad hunc Tit. th. 34.* Hinc etiam satis liquet, quomodo mandatarius judex a dato, delegato, sive pedaneo discrepet, quod vide sis eundem explicantem *th. 35.* Ex his intelligitur, eum, qui mandatam habet jurisdictionem, nihil habere proprium, sed ejus, qui mandavit, jurisdictione duntaxat uti, *l. 1. § 1. & l. 3. de Off. ejus, cui mand. l. 16. h. t.* excepto, ut videtur, Legato Proconsulis, qui nihil quidem habet proprium, antequam ei mandata sit jurisdictio, *l. 13. de Off. Procons. & Leg.* sed postquam jurisdictionis mandatum accepit, non sunt nulla, quæ exercere potest a mandato aliena, ut est Tutoris datio, *l. 1. de Tutor. dat.* juncta *l. 6. § 2. de Tutel.* Cujac. 7. *Obs. 21.* etsi forte non sit proprie mandata jurisdictio, quam habet Legatus, sed magis publicum munus, quod per modum mandati defertur, in quam rem considera sis *l. 1. § 4. & l. 2. ff. Quis & a quo appell.* ubi a mandatario non appellatur mandans, sed mandante superior; at a Legato Proconsulis ipse Proconsul appellatur. Hæc refer & confer cum his, quæ dicta sunt ad *fin. tit. de Off. Procons. & Leg.* Cæterum, transire mandata jurisdictione mixtum imperium, adeoque exequendi facultatem, diximus ad *prædict. tit.* Verum causæ cognitione mandata, magis est, non contineri executionem, forte nec definitionem causæ, ut Accursio, Bartolo, Zasio, Menochio, Mynsingero *4. obs. 93.* placuisse, testatur A. Matthæus *disp. 2. de ju. i. th. 37.* sibi cum Angelo, Jasone, Gentili, Fachinæo *12. controv. 45.* displicere, per *l. 47. de Judic. l. 5. de R. J. l. 99. de V. S. l. 1. C. Si contra jus vel util. publ.* Tu vero, secundum hos textus & negotii naturam, distinguas censeo, utrum in scriptis procedatur, an secus. Si prius: dic, Judicem, qui causæ cognitionem aliis mandat, id agere, ut molestia cognitionis, audiendi partes, examinandi testes, & scribendi informationes, allevetur, non ut omnibus officii partibus

(g) *Pos. 27.* (h) *Pos. 28.*

exuere

exuere se voluerit: Si vero solis audientiis disceptatio peragatur, res loquitur, alium quam qui cognovit causam, non posse eam definire. Prius in nostro & Germaniæ foris usitatum, ubi sæpe Collegæ sibi invicem partes cognitionis demandant; vel quod ordinarium est, totum Collegium mandat omni die cognitionem singulis e numero suo, nec incidit ambigere, sitne hoc ad decisionis finem extendendum. Quo autem exequendi potestas eo casu translata credatur, nihil in argumentis Legum istarum reperitur, nisi quatenus Princeps alicui cognitionem defert, ut est *in d. ll.* quod a Jurisdictione mandata alienissimum esse, non opus est moneamus. Res ipsa quoque suggerit responsionem ad aliud Quæsitum, si cui executio mandata sit, an is de causa quoque cognoscere possit? Executio cognitionem minime comprehendit; sed quia sine cognitione causæ ad sententiam & ejus executionem pervenire non licet, si causa, cujus executio demandatur, nondum sit cognita; res loquitur, eum, qui mandatum executionis habet, causam prius, etiam vi sententiaque mandati illius, cognoscere debere: Si vero jam cognita sit, non esse locum dubitationi, res eadem ipsa indicat; quam distinctionem non tam Bartoli auctoritate, quam inevitabili necessitate negotii sequimur: vide sis D. Matthæum *d. Disp. 4. th. 38.* qui in hanc rem citat *l. 75. de Jud. l. 6. & l. 8. C. de Execut. rei jud. l. 4. C. si contr. jus vel util. publ.* Præter hæc nihil admodum amplius de mandata jurisdictione supereſt post *d. tit. de Off. ej. cui mand.*

9. Sequitur Prorogata Jurisdictio, quæ extra terminos suos *privatorum consensu* producitur.* Interpp. eam vocare *prorogatam*, contra morem veterum, observat D. Wissenbach, qui dixerint *prorogare tempus, non res alias, l. 24. D. Locat. l. 1. C. de his, qui in exil. dat.* Plin. *l. 13. c. 3.* & passim alibi. Quid proprie sit *prorogare*, signatissime docet Pomponius *in l. 5. D. de Precar. Sed si manente adhuc precario, tu in ulterius tempus rogasti, prorogatur precarium*, appositissime inquam; *prorogare* est rogando continuare, proferre: sed translata vox est, ut fit, ad alia, ut pro quavis productione, nec modo dicamus, prorogare diem, sed etiam, *prorogare* pecuniam, id est solvere pro alio, *l. 4. § 4. de Manumiss.* prorogare sumptus, *l. 55. de Pact.* expensas, *l. 20. C. de Decur. lib. 10.* Pari analogia non puto perperam dictum, *prorogare Jurisdictionem*, imo proxime ad proprietatem originis id accedere. Quid enim aliud est, *prorogare Jurisdictionem*, quam *rogando* alium judicem, *proferre* jus dicentis officium? Hoc enim plane res ipsa est, prorogata *Jurisdictio*, inquam: eaque a mandata differt, quod mandari jurisdictio universa, vel certa species potest ac solet, *l. 16. h. t.* sed prorogare pro certis duntaxat casibus fieri potest. Ratio differentiæ satis est manifesta, quod mandatum ab ipso Magistratu proficiscitur, qui totum, quod habet, jure suo transferre potest; at prorogatio consensu fit litigantium, qui tantum id, quod habent ipsi, hoc est jus de lite sua cognoscendi, transferre queunt, *l. 1. de judic.* Unde primo ad ejusmodi prorogationem requiri intelligitur, ut litigatores de rebus suis disponendi habeant potestatem, non pupilli, prodigi, servi, non minores sine Curatoribus suis, similesque, sed omnino tales, qui legitimam standi in judicio personam habeant, de quibus in *tit. C. de his, qui legit. pers. standi in jud. non hab.* Dein, a parte ejus, in quem Jurisdictio prorogatur, necessum est eum jurisdictione præditum esse; Nam privatum hominem partes quidem eligere possunt, ut arbitrium recipiat, at jurisdictionem effectumque rei judicatæ, nemo quam qui summam habet potestatem, tribuere potest, *l. 3. C. de Judic.* Denique eo modo facienda prorogatio, ut nulla inde jurisdictionum ordinisve publice stabiliti confusio oriatur, quod minime omnium privatis esse permittendum, res & juris publici privatique ratio, sponte loquuntur & docent.

10. (i) Hinc judicari potest, an omnes, quæ vulgo traduntur, prorogationum species juris habeant effectum? Feruntur quatuor, de *loco ad locum*, de *tempore ad tempus*, de *causa ad causam*, de *persona ad personam.* Quod ad priorem attinet speciem, hanc esse volunt, cum judex v. gr. Athenienſis a civibus Megarenſibus accipit potestatem judicandi Megaræ, aut Harlinganus Franekeræ. Atqui extra territorium quisque Magistratus jus dicens nihil quam privatus est, *l. ult. h. t.* cui proinde jurisdictio a privatis nullo modo dari potest; præterquam quod ea res confusionem non tolerandam pareret, si lictores & fasces

*Prorogari Jurisdictionem quoque apud nos posse, & expresse & tacite, patet ex Carpz. *dec. 213. n. 10.* Berlich. *P. 1. Concl. 5. n. 31. seq.* Menck. *Disp. Proœm. 1. ad Proceſſ. § 12.*

(i) *Pos. 32. 33.*

externi

externi Magistratus in alio loco cum imperio cernerentur, utique si hæc sit mens eorum, qui hanc prorogationis speciem statuunt, quod nimis enorme foret. Prorogatio *de tempore ad tempus* fundamentum habere creditur *in l. 2. § 2. de Jud.* sed agitur ibi de judice dato, qui causam intra certum tempus dicere jussus est, huic tempus consensu partium prorogari potest; longe autem est alia Magistratus, cui annua v. gr. jurisdictio data est, ratio; Nam ut huic ultra tempus publice constitutum sua potestas continuetur, cum post id tempus nihil quam privatus sit, privati arbitrii longe terminos egreditur, faceretque præjudicium successori: cum judex pedaneus ad certam causam datus, nec cuiquam creet præjudicium, nec habeat successorem, nec omnino Jurisdictionem, aut potestatem immediate publicam: denique, tempus in gratiam litigantium, quo celerius expediantur, adjectum intelligitur, quibus proin liberum esse, favori suo renuntiare, non est a ratione juris alienum. *Vid.* D. Vinn. *tract. de jurisd. cap. 10. § ult.*

11. Tertia prorogationis species *de causa ad causam* fertur; quando Magistratus, cui certarum rerum data est jurisdictio, voluntate partium, de aliis quoque negotiis jus dicit. Et tamen hanc ipsam interpretes valde in arctum redigunt; oportet enim causas ejusdem esse naturæ; nam criminalis jurisdictio ad causas civiles, aut vice versa, prorogari non potest, *l. 61. § 1. de Jud. l. 1. C. ubi causæ Fiscal.* nec qui de mobilibus rebus tantum habet jurisdictionem, ex voluntate partium de immobilibus recte jus dicet; neque Prætor fidei commissarius de causa tutelari, aut matrimoniali, ut tradunt Sichardus *ad l. 1. C. h. t. n. 8.* & Vinnius *d. tract. cap. XI. n. 2.* nihil ut supersit, quam ut Magistratus, cujus jurisdictio certa pecuniæ summa circumscripta est, de majori quoque summa judicare, aut judicare juberi possit, *l. 74. § 1. de Jud.* quam non de judice Pedaneo, qui ad certas duntaxat causas dabatur, sed de eo, qui perpetuam habet Jurisdictionem, accipiendam esse, vult admodum Vinnius *d. tract. cap. XI. n. 3.* Idem apud Magistratus municipales fieri posse, indicat *l. 28. π. ad Municip.* Atqui nec temere dixeris, si qua civitas jurisdictiones habeat distinctas per collegia judicum, quorum alia de causis civilibus, alia de criminalibus, de matrimonialibus, de bonis eorum qui solvendo non sunt, de pupillaribus, item de magnis & de parvis pecuniarum summis, uti fit in nonnullis, judicent, collegiorum istorum partes & officia prorogationibus non esse confundenda, non magis eorum, quæ magnitudine, quam quæ genere rerum differunt; Nam hic rerum parvitas & magnitudo, diversa genera atque functiones efficit: Plane, quod antea diximus, nunquam patiendum est, uti prorogatione quicquam publicæ confusionis oriatur. Quo pertinet, quod diximus, in judicem civilium causarum non posse prorogari criminum cognitionem; nec facere licet privatis, ut causas ad regimen publicum spectantes prorogent in Curiam privatorum judiciorum; vel de rebus maritimis deferant lites ad Rectores terrestrium rerum, ubi hæc quidem negotia definitis Collegiis separata sunt, ut in Belgicis, Zeelandia excepta, Provinciis. Sunt tamen causæ dubiæ, privati an publici juris sint, de quibus inter Suprema Reipubl. Collegia sæpe lites asperæ ventilantur; has prorogationibus consensu partium alterutri Collegio submitti, non esset insolens; etsi fatendum est, singulis Collegiis privatorum pactionibus non posse præjudicari. Verum existimem, Jurisdictionem Collegiis non ob suum commodum, sed in utilitatem civium esse concessum, quibus hac parte aliquid juris concedi, non esset inutile; salva semper exceptione, ne qua *inde Confusio Reipublicæ* oriatur; quæ metui non potest in determinatione talium causarum dubiarum; nec a vero alienum sit, confusionem, quæ ex ejusmodi Magistratuum collisionibus oritur, prævia partium conventione salubriter posse præcidi, meminique ejusmodi prorogationes *a Curia* fuisse admissas, ut nullum inde jurgium, quod ad alterius querelam duntaxat oritur, nascereture. Idem dicere licet de rebus alicui nominatim Collegio delatis, sed quæ commodissime ad alterum possunt referri, ut sunt quæstiones de jure venandi olores, de naufragiis, similesque; nihil enim confusionis inde metui posset, si cum hæ causæ per Statuta Deputatis Ordinum tribuantur, *ut apud nos est*, prorogationibus ad Curiam transferantur; unde similium facile pateat judicium.

12. (k) Restat, ut præcipuus prorogationis usus sit de persona ad personam; quando quis se jurisdictioni ejus Magistratus, cui non erat subjectus, voluntario submittit, *l. 1. & l. 2. pr. de jurisd. l. 1. & l. 3. C. h. t.* Fitque vel extra judicium mutuo consensu, vel in judicio per litis contestatio-

(k) *Pos.* 34. 35. 36.

nem;

nem; primam vulgo expressam, posteriorem tacitam appellant. Quamdiu prima stat intra nudos conventionis terminos, non habet majorem vim, quam conventio jure communi habet. Proinde pactum nudum, de certo judice adeundo, nec actionem, quam nunquam parit, nec, ut videtur, exceptionem producit, nisi privilegio fori sit renunciatum; nam si contra pacti fidem eo deinceps uti velit, replicatione pacti refutabitur, *l. pen. C. de pact.* Si vero per stipulationem facta sit prorogatio, dabitur actio in id, quod interest, ut ex qualibet promissione non turpi. Idque moribus hodiernis, indistincte obtinebit, distinctione videlicet pacti & stipulationis sublata; sed jurisdictionis mutandæ vim, sola conventio non habet, quin, antequam Judex adeatur, pœnitere liceat, *l. 1. §. h. t.* Sed quando secundum conventionem partes adierunt Prætorem, cui se submiserant, jam est ejus fundata jurisdictio, quæ proinde necessitatem infert parendi, nec pœnitentiæ locum relinquit, *d. l. 1. §. h.* Hinc judicari potest, quod de effectu prorogationis hujus quæritur, possitne alter alterum in alio territorio habitantem, vi submissionis hujus, ad judicem prorogatum immediate in jus vocare; Et respondetur, id fieri non posse, nisi vocandus tempore citationis in territorio judicis prorogati inveniatur, eique citatio sit insinuata; idque non tantum, si in diversa Republ. sub alia summa potestate, verum etiam, si sub eodem imperio, in diversis habitent jurisdictionibus: Etenim citationis necessitas a jurisdictione proficisci debet, cujus nulli actus in alieno territorio exercere possunt, *l. ult. h.* Qui prorogationem fecerunt, hi tantum ejusmodi effectum ei tribuere possunt, quantum ex renuntiatione juris eorum consequi potest. Igitur deprehendi illic, ubi judex, cui se submisit, habet potestatem, nihil quod opponant, habent, verum ut alius Judex in alio territorio citationem directe fieri curet, hoc privatus sua conventione nullo modo facere potest. Unde liquet, præcipuum hujusce prorogationis de persona ad personam usum, consistere in hujusmodi submissione, qua quis se judici, cui mediate subjectus est, prima instantia facit obnoxium. Sand. *lib. 1. tit. 1. defin. 3.* Vinn. *d. tract. cap. XI. n. 5.* Tu dices, Prorogatio, quæ solo consensu fit, ne hoc quidem efficere potest, ut quisquam ad judicem non suum venire cogatur, quia pœnitere licet, antequam venerit, *l. 18. h. t.* Sed responsio est, sola vi pacti non infertur illa necessitas, verum judex versantem in territorio citare potest, & pactum submissionis ipsi jus oppositionis aut exceptionis subduxit. Ex his etiam colligi potest, si Judex loci, in quo degit is, qui se submisit alieno Judici, ad hujus requisitionem, illum in jus vocari curaverit; tunc eum venire cogi, vel si non veniat, tanquam adversus contumacem posse procedi. Etenim qui se submisit, quod ad se attineat, non habet tergiversandi causam; modo jurisdictionis actus in eum exerceri possit. Sed Magistratus eorum, qui prorogarunt alienam jurisdictionem, non tenentur ejusmodi permittere evocationes, neque recte consulunt, si promiscue eas permittant, in quo articulo nostrates nimis sunt faciles. Quare ad *tit. de in jus voc.*

Quæri videmus, uter exequi possit & debeat sententiam, judex prorogatus, an ordinarius prorogantis? Variantes sententias recensет D. Matthæus *disp. 2. de Jud. th. 41.* & concludit, eum, cui se litigantes subjecere, judicatam a se rem exequi posse, repudiata distinctione Bartoli, qui interesse putabat, habeatne condemnatus bona in eodem loco, an secus. Quæ distinctio mihi verissima videtur; modo præmittatur alia: sitne prorogatio facta in judicem, cui reus mediate subjectus est, an in extraneum. In priore, non est dubium, quin prorogatus judex sententiam a se dictam exequatur, ut si Franekeranus civis se prima instantia Curiæ submiserit, certum est, executionem ab ipsa Curia fieri: verum si judex prorogatus plane sit extraneus, vel diversi territorii in eadem Republ. tum si bona Rei quædam ibi sita sint, in hæc fieri potest executio; si nec persona, nec bona Rei in potestate Judicis, qui dixit sententiam, sint, τῶν ἀδυνάτων est, ex iis quæ fieri non possunt, ut aliter executio procedat, quam per requisitionem Judicis, qui habet in potestate condemnatum. Denique, per litis contestationem fit prorogatio, quando quis vocatus ad judicem, cui non subest, in jus vocantem sequitur, ejusque petitioni respondet; tunc enim ad fori declinatoriam reverti nequit, *l. 52. de Judic. l. 18. h. t.* Verum, si quis actionem duntaxat edi postulaverit, is hoc ipso non videtur in judicem consensisse, *l. 33. de judic.* quia tunc genus actionis necdum cognovit, ut scire nequeat, cedere, an contendere, vel judicem recusare debeat: verum si post citationem editamque actionem, reus in judicio se stiterit, initiumque processus aut rerum eo spectantium fecerit, magis est, ut in judicem consensisse videatur, *l. 18. de*

Jurisd. quod Curiæ noſtræ viſum aliquoties, ut memini, cum nihil quam ampliatum eſſet a partibus, ſive *continuatum*, ut loquuntur, in diem judicii proximum, nulla re dicta vel ſcripta.

13. (l) Feruntur & aliæ Jurisdictionis differentiæ, veluti quod alia ſit, quæ de Plano expediri poteſt, alia quæ pro Tribunali tantum exercetur, *l. 9. § ult. & § de plano. 3. de off. Proconſ.* Item, quod Jurisdictio ſit vel Urbana, vel Provincialis vel Municipalis; quas habet Pacius *Iſag. h. t. n. 3.* Tertio, eſt vel ordinaria, quæ Magiſtratui qua tali, more ſolito competit, vel extraordinaria, quæ ex lege ſpeciali defertur. Sed ex his, quæ ſuperius dicta ſunt, colligi poteſt, extraordinariam, quæ dicitur, Jurisdictionem non eſſe talem, vel ſpeciem *ejus*, ſed jurisdictioni ſolere opponi, *l. 6. § 2. de Tutel.* Denique potiſſima Jurisdictionis diviſio eſt, in Civilem & Criminalem*. Civilis, ajunt, eſt poteſtas de cauſis civilibus, & Criminalis de criminibus cognoſcendi, cum facultate exequendi conjuncta. Sed hi termini jurisdictionis *criminalis*, cum oppoſita *civili*, nusquam in Jure Romano extant, neque cum inſtituto loquendi antiquis uſitato conveniunt; quippe criminalis illa poteſtas alio nomine, meri ſcil. imperii, frequentatur, etſi officium juris dicendi, criminalibus quoque cauſis convenire, non unus indicat textus, *l. 7. § ult. l. 8. & l. 9. de off. Proconſ. l. 1. de off. ejus, cui mand. eſt jurisd. l. 2. § 23. de O. J. l. 31. ad L. Cornel. de Falſ.* ubi *jurisdictio* eſt judicis in civili cauſa, ut *ex fine* apparet; nec tamen inde ſequitur, diviſionem modo memoratam, ſtabilitis eo modo terminis, eſſe juris Romani: non eſt quidem inde vehementer aliena, tamen eſt incognita; Criminalis, quam vocant, Jurisdictio conſtanter *merum imperium*, ſecus nunquam appellatur. Si quis diviſiones alias moris hodierni cognoſcere velit, earum aliquas D. Thomaſius adjecit.

SCHOLIUM.

Communiter tamen dividi ſolet (1) *in* Eccleſiaſticam & Secularem. *Illa in cauſis eccleſiaſticis per conſiſtoria potiſſimum exercetur.* Hæc *eſt vel* ſuperior *ſeu criminalis, vulgo Alta, vel* inferior *ſeu civilis ac Baſſa.* Inferior eſt *vel* allodialis, *vel* Feudalis, *vel* Foreſtalis. (2) *In* perſonalem, *& realem ſeu* patrimonialem, vide Schütz. ad h. t. p. 21. Carpz. d. l. n. 14. ſq. Schilter. Ex. 6. th. 7. 8. 9. 12. 13. 14. 15. (3) *in* univerſalem, *quæ in omnibus locis territorii competit, ubi obtinet regula, cujus eſt territorium, illius eſt jurisdictio*, Mev. P. 2. d. 314. n. 9. & particularem, *quæ ad ſingularem locum reſtricta eſt.* vid. Köppen. deciſ. 48. P. 2. D. Stryck. de Jurisd. circumſepta c. l. c. 21. ſqq.

RESPONSIO.

De Eccleſiaſtica diximus, eam potius eſſe Notionem, quam jurisdictionem, quia nec forum, nec apparitionem, neque executionem habet, l. 8. C. de Epiſc. aud. Nov. Valent. de Epiſc. Aud. *Jure Canonico longe aliam eſſe rationem novimus; de cujus rei merito* alibi *agendum, & ex parte jam actum* in lib. 1. de jure Civit. cap. 24. & ſqq. *ubi demonſtravimus, Eccleſiæ nullum competere jus externe coactivum, niſi ab Imperio civitatis dependens. Jurisdictionem Patrimonialem a jure Rom. quod hic agitur, alienam eſſe, jam demonſtravimus. Tertia diviſio coincidit cum Jurisdictione Præſidum & Municipali, quas inter hoc diſtat, quod hæc alteri ſubordinata ſit. Inferius adhuc aliquid ea de re collocabitur.*

N. ADDIT.

Ego vero neſcio, quorſum hæc reſponſio tendat. Ipſe ſane Autor faſſus eſt, diviſiones iſtas in Scholio propoſitas, eſſe diviſiones moris hodierni, i. e. Jurisdictionis Germanicæ a Jurisdictione Romana toto cælo diverſæ. Quomodo igitur reſponſionis locum ad iſtud Scholium obtinere poteſt obſervatio, iſtas jurisdictionis diviſiones eſſe juri Romano incognitas, ut de prioribus duabus hic monet Autor, cum ea de re nullum usquam fuerit dubium? Cæterum quod diviſionem jurisdictionis in eccleſiaſticam & ſecularem attinet, (*de qua vide* dict. diſſert. noſtr. § 50. ſeq.) *poterat Autor, ſi*

* Jure noſtro Jurisdictio dividitur in Baſſam ſive inferiorem, die Erb- oder Nieder-Gerichte, & Altam ſive ſuperiorem, die Ober-Gerichte. Hæc continet Jus cognoſcendi & animadvertendi in cauſis Criminalibus, pœnam capitalem, corporis afflictivam, relegationem, carcerem, item graviorem mulctam merentibus; illa vero complectitur Jus cognoſcendi cauſas civiles & modice coercendi delicta leviora. vid. *Ordin. Provincial. d. An. 1555. tit.* Was zu Ober- Nieder- oder Erb-Gerichten gehöret. Carpz. *Prax. Crim. qu. 109. n. 20. ſqq & n. 33.* qui & *n. 63.* obſervat, ad inferiorem jurisdictionem ſaltim Jus incarcerandi per octiduum & mulctam 4. ſexagenarum novarum, 4. neuer Schock, ſive 10. thalerorum, pertinere.

(l) *Poſ. 38. 39.*

generа-

generalia inſtituta & mores Europæ circa jurisdictionem ipſi animus fuiſſet annotare, id paucis obſervare, eam diſtinctionem, etſi haud dubie originem debeat Papatui, tamen & obſervatam fuiſſe ante reformationem in tota Europa, & poſt reformationem etiam in territoriis Proteſtantium ſere ubique adhuc obſervari, tanquam reliquias Papatus. De patrimoniali porro Jurisdictione, quidem antea § 5. quædam monuit Autor, quorſum hic ſe refert, ſed vereor, ut recte perceperit vim vocis Autor. Jurisdictio patrimonialis nil aliud eſt, quam antiqua poteſtas Germanorum dominica in ſervos, ſchemate Jurisdictionis palliata, aut certe jurisdictio in ſervos manumiſſos, quorum jam ab antiquis Taciti temporibus conditio parum differebat a conditione ſervili. Unde & hodie Jurisdictio patrimonialis ſaltem in ruſticos eſt, non in homines urbicos aut nobiles. At Autor in § 5. *omnem jurisdictionem Comitum, Baronum & Nobilium hereditariam, pro patrimoniali videtur habuiſſe. De tertia diviſione vereor, ut plus ad intelligendam eam faciat comparatio cum Jurisdictione Præſidum & municipali, quam ſi quis comparationem inſtituat cum jurisdictione analogi quidam Magiſtratuum Turcicorum. Magis ad fontem hujus diviſionis cognoſcendum facium ea, quæ diximus* in alleg. Diſſert. § 64 ſeq.

Melior eſt diviſio in Civilem & Militarem. Illa inter paganos, vel ſaltem adverſus paganum reum: hæc contra militem reum exercetur, *l. 6. C. de jurisd. omn. jud. l. 2. C. ubi quis de Curial. vel cohort. l. un. C. Quand. mil. fori præſcr. uti non poteſt.* D. Matth. *tract. de Judic. diſp. 2. th. 46.* Videbimus adhuc in *tit. de Judic.* Poſtremo ſunt, qui dividunt Jurisdictionem in Separatam & Conjunctam; ut Separata ſit, quam Magiſtratus aliquis ſolus habet, ut Prætores, Præſides & Præfecti Romani. Conjunctam faciunt Concurrentem, vel Simultaneam. Concurrens, quam diverſi Magiſtratus in eodem territorio, easdemque in perſonas exercent; in qua locus eſt præventioni. Simultanea, quam plures in eadem cauſa pariter exercent, per modum Collegii, ut hodie fere ſe res habet in Curiis Judicum. Vid. *l. 36. & ſeqq. ff. de Re Judic.* ubi de judicibus pedaneis; nam Magiſtratuum ejusmodi collegia non fuerunt apud veteres, quod meminerim. Et ſunt pleræque differentiæ ſeculi potius quam Juris Romani; nec tamen ideo contemnendæ obſervationis.

Habuimus definitionem diviſionemque Jurisdictionis, earumque occaſione præcipuas obſervationes ad univerſæ materiæ intellectum pertinentes. Dictum etiam ſatis eſt, ſummam poteſtatem, quæ penes Populum, dein penes Principem fuit, eſſe fontem, unde profluit Jurisdictio, idemque de Imperio venit obſervandum: quemadmodum & modos finiendæ jurisdictionis juxta imperii fines commode tractabimus. Ergo transeamus ad caput alterum hujus tituli.

DE IMPERIO.

I. Imperium quid, quotuplex, quid mixtum. II. Id etiam convenire Magiſtratibus municipalibus. III. In quibus rebus conſiſtat mixtum Imperium. IV. Merum Imperium quid? etiam complecti cognitionem. V. Non poſſe mandari. VI. Merum Imp. æque Magiſtratuum eſſe, jure proprietatis, quam Jurisdictionem. VII. Gradus ſeu partes meri Imperii. VIII. De cauſa & modis finiendi Imperii & Jurisdictionis. IX. An & quatenus Imperio ac Jurisdictioni præſcribatur.

Eſt (a) autem, ut *in princ.* diximus, Imperium *poteſtas armorum*, quæ non competebat Magiſtratui qua tali; ſed Lege ſpeciali Curiata tribuebatur; Unde Sueton. *in Jul. cap. 75.* Magiſtratus & Imperia ſibi invicem opponit: quanquam in Jure noſtro Imperium frequentiſſime de quovis Majore Magiſtratu, veluti Conſule, Præfecto urbi, Prætore, Proconſule, & cæteris, qui & coercere aliquem poſſunt & jubere in carcerem duci, uſurpatur, *l. 2. de injus voc. l. 215. de V. S.* ſicut e contra Magiſtratus minores & Municipales ſine Imperio eſſe dicuntur, *l. 32. de Injur.* Ratio interim ex *d. l. 2.* Cur Imperium ita de quovis Magiſtratu majore prædicetur, hæc eſſe videtur, quod illi omnes poteſtate armata ſint prædiți: Unde *μετωνυμικῶς* univerſum eorum officium hoc vocabulo deſignari cœpit. At in priore proprioque ſenſu Imperium eſt duplex, *Mixtum* quod dicitur, & *Merum*, *l. 3. h. t. l ult. § 1. de off. ejus, cui mand. eſt jurisd.* Mixtum definiemus, quod ſit, *Poteſtas adjuncta jurisdictioni, ad eam tuendam & explicandam, addita vi executionis & coercitione contumacium, d. l. 3. & l. ult. § 1.* Unde, quia pari paſſu ambulat cum jurisdictione, ſemperque penes eosdem eſt, quibus competit jurisdictio, adeoque cum ea *mixtum* videtur, nomen illud Imperii *mixti* natum eſſe apparet.

(a) *Poſ. 40 ſeq.*

I 2 2. Etiam

2. Etiam hoc inde sequitur, non tantum Imperium illud esse mixtum cum Iurisdictione excellenter ita dicta, qu e est Magistratuum populi Romani, sed etiam cum jurisdictione, quam municipales Magistratus habere *supra* demonstravimus; Nam sine coercitione Jurisdictio nulla est, *d. l. ult. § 1. de off. ejus, cui mand.* Potestas municipal um inutilis & elumbis foret, si nulla vis coercendi exequendique ei conjungeretur. Quin proditum de illis est, quod pignus capere possunt, *l. 29. § 7. D. ad L. Aquil.* dicere muletam, *l. ult de decret. ab ord. fac.* modice castigare, *l. 12. h. t.* quæ sine omni dubio mixti sunt Imperii. Denegantur quidem iisdem Magistratibus restitutio in integrum, missio in possessionem, & si qua alia ἀρχικώτερα, id est, magis Imperii quam Jurisdictionis sunt, quæ ipsis non aliter quam jussu Præsidum licent, *l. 26. D. ad Municip.* cujus forte naturæ est etiam missio in possessionem damni infecti nomine, *l. 4. § 3. de damno inf.* Sed inde, quod eximiæ quædam partes Imperii mixti negantur municipiorum Magistratibus, dicendum non est, eos, qui pleraque habent, in quibus idem Imperium consistit, hoc non habere. Quin potius fateamur quod res est. negare, municipales Magistratus habere jurisdict onem sine mixto Imperio, perinde esse, ac si jurisdictionem illis tributam, esse diceres elusoriam & elumbem: Prorsus municipium sine hoc Imperio regere non potuissent. Dissentit tamen, inter alios, Wissenbachius noster, per verba *d. l. 26. ff. ad Municip. quæ magis imperii sunt quam jurisdictionis, ea Magistratus Municipalis facere non potest.* Quali illic de *mixto* imperio, non de majori potestate κατ' ἐξοχήν accepto ageretur. Ad ea vero, quæ a Magistratibus municipiorum fieri posse probavimus, respondet, *eos illa facere non jure proprio sui Magistratus, sed ex delegatione præsidis*, d. l. 4. § 3. *de damn. inf.* *quasi fungitur*, inquit, *vice Præsidis non sua, nititur Imperio Præsidis, non suo, l. 5. h. t. l. 1. § 1. de Off. ejus, cui mand.* At hi Textus agunt de mandata jurisdictione. Sed nec ego hic queri censeo, an dependenter a Præside Municipales sui muneris partes exercuerint, sed an mixtum imperium ab illorum jurisdictione separatum sit. Similiter, an *ex lege* muletam dicant, pignus capiant coerceantque, ut ille vult, an ordinario jure Magistratus municipalis, in illis non distinguitur. quo l sciam; satis enim constat, illos omnem Imperii sui modem a Romanis, quorum in potestate erant. accipere debuisse.

3. Cæterum, (b) etsi in universum jurisdictioni cohæreat Imperium mixtum, vix tamen hoc ita capiendum, ut semper hoc Imperium judicati exequendi causa sit adhibitum: sæpe enim per & propter se exercetur, ut fit in quotidianis imperii exercendi occasionibus, & tunc etiam non est sine aliqua cognitione, *arg. l. 1. § ult. de Aleator.* neque tamen est species jurisdictionis, ut vult Wesenbec. *parat. h. t. n. 5.* Igitur Imperium mixtum consistit in omnibus, quæ manum & aliquam vim justam requirunt, veluti in muletæ dictione, pignoris capione, carcere, manu militari, missione in possessionem. judicati exequendi causa & omni modica coercitione, qualis etiam est advocatione vel foro interdicere, *l. 9. § 1. & seqq. de Pœn.* Bach. ad *tit. πρῶτα tit. de jurisd. cap. de mixto imp. n. 107.* Sutholt. *de jurisd. th. 322. & seqq.* Vinn. *de jurisd. cap. 7.* Struv. *exerc. 4. th. 64.* Sed difficultas insignis vertitur in hoc articulo, quid de danda bonorum possessione, jubendo caveri prætoria stipulatione, restitutione in integrum, missione in possessionem rei servandæ gratia, ventris nomine, damnique infecti, sit statuendum: Nam quæ fit sententiæ exequendæ gratia, procul dubio ad Imperium hoc nostrum referri debet. De cæteris videtur omnino concinnior eorum esse doctrina, qui mixtum Imperium iis rebus finiunt, quæ jurisdictionem explicant, vigoremque ei addunt, & cogendi facultatem continent; ita ut Jurisdictio & Imperium ita differant, quemadmodum in vernacula Jurisprudentia expressissimus *Rechtsmacht*, *Rechtszwang*, cujusmodi cogendi vis nulla in modo enumeratis actibus apparet. Nam dare bonorum possessionem nihil est aliud, quam adjudicare successionem prætoriam, & causa cognita pro tribunali decernere, *l. 2. § 1. Quis ordo in bon. poss.* ne dicam, quod altera species, Edictales bonorum possessiones, hodie non petuntur apud tribunal, sed apud quemcunque judicem agnoscuntur, etiam apud Magistratus municipales, *l ult. C. Qui admitt. ad bon. poss. l. ult. § Sin autem ex alia. C. de Curat. fur.* Jubere etiam caveri prætoria stipulatione, res est, si quicquam aliud. quæ ad jusdicendi partes simpliciter pertinet: Restituere autem in integrum, quid est aliud, quam causa cognita decernere actum aliquem prius celebratum esse rescindendum, & mittere in possessionem, quid est quam jubere in possessionem iri? sunique

(b) *Pos. 41. seq.*

res

res omnes ex edicto proficiscentes, *l. 2. in pr. Quib. ex caus. in poss. eat. l. 7. in pr. de damn. infect.* Plane, si bonorum possessionem danti, aut caveri jubenti, vel in integrum restituenti, denique in possessionem mittenti prætori, partes non pareant, tum coactioni mixtoque imperio locus est, quemadmodum illa omnium rerum, in quibus jus dicentis officium vertitur, ratio & consecutio est. Atque ita sentiunt, quos modo laudavimus, Bachovius, Sutholt, Vinnius, Hahnius & alii; Præceptorum quoque alter nostrorum D. A. Matth. *Disp. 2. de Jud. th. 24.* secutus Duarenum & Gentilem illic laudatos. Ad *l. 4. h. t. & l. 26. ad Municip.* quæ jubere caveri per stipulationem, restituere in integrum, mittere in possessionem, *Imperio* adscribunt, non improbabilis responsio est, eas haud loqui de imperio mixto, sed de eo, quod potestatem Magistratus excellentiorem significat, ut in *l. 8. de off. Proconf. l. 3. de off. ejus, cui mand. l. 12. § 1. de jud. l. 7. § 4. de Pact. l. 14. de re judic.*

Sed importunius obstat, quod ad dandam bonorum possessionem attinet, *l. 3. h. t.* ubi sic Ulpianus; *Mixtum est Imperium, cui etiam Jurisdictio inest.* Qui mixtum Imperium, ita ut nos exposuimus, declarant, non nihil negotii in his verbis explicandis habere se intelligunt: neque dubitant potiores, quin textus sit vitiosus. Inter emendationes, quæ feruntur, optima conjectio videtur Ant. Fabri, qui *l. 4. conject. 4.* suggessit, pro *quod* legendum esse; *QVÆ in danda bonorum possessione consistit*, emendatione facili & quam contextus verborum haud ægre recipiat. Aliter Lyclama noster *membr. libr. 5. cap. 1.* Struv. *exerc. 5. th. 65.* Franck. *D. de jurisd. n. 52.* qui responsionem quærunt ex verbis *d. l. 3. Mixtum est Imperium, cui etiam jurisdictio inest*, quasi hic agatur de Imperio diverso, quod non sit adnexum Jurisdictioni; verum cui jurisdictio tanquam principali cohæreat; & sic aliud huic loco Imperium convenire. Sed Jurisc. in *d. l. 3.* Imperium dividit in merum & mixtum; utramque speciem definit, tertium Imperii genus aut sensum, inferre abs re alienius videtur. Sed hoc velim gnarus Legum perpendat Lector: Imperium mixtum & jurisdictio, pari, ut audivimus, passu ambulant, semper iisdem insunt personis, arctissimo nexu res sunt conjunctæ. Hinc aliquando fit, ut altera sub alterius appellatione contineatur; eo sensu executio, quæ est mixti Imperii, dicitur esse *extrema in jurisdictione, l. un. § 1. Si quis jus dic. non obtemp.* Ulpianus hic sub Imperio jus dicentis Officium complecti voluit; hoc aut esse merum, id est non mixtum jurisdictioni, aut Mixtum, *cui jurisdictio inest*, quod & jurisdictionem comprehendit: sub quo tum ita late sumpto, *dare bonorum possessionem* comprehendi, mirum non est: forte modo laudati Auctores ab hac explicatione non fuerint alieni.

4. (c) Altera species Imperii dicitur Merum, quia non est *Mixtum* jurisdictioni, sed ab ea separatum, nec jure vel more Magistratus, sed ex Lege vel Constitutione speciali proficiscitur, *l. 1. de off. ejus, cui mand.* Nam hanc esse proprietatem vocis *meri*, ut non mixtum significet, unde vinum merum dicatur, notius est, quam ut probatione sit opus; vide sis Wissenbachium *ad h. t. th. 5.* Rationes alias hujus nuncupationis attingit D. Matthæus *disp. 2. th. 10.* Definitur *l. 3. h. t.* gladii potestas ad animadvertendum in facinorosos homines. In gladio triplex tropus est. primo, quatenus sumitur pro quovis instrumento ultimi supplicii irrogandi; quod ut plurimum gladio fiebat, *l. 8. § 1. de Pœn.* unde Caracallæ reprehensio, quod non gladio usus esset percussor *Papiniani.* Rursus, ultimum supplicium, pro quavis animadversione graviori; denique animadversio, pro toto judicio de animadversione; cui accedit quinta tropi interpretatio, quod Magistratus hoc Imperio præditi, a principe gladio accingi solebant: unde laudata Trajani vox ad Præfectum, ut hoc *pro se*, bene si imperaret; si male, *contra se uteretur.* Huc Paulus spectat Apostolus de Magistratu loquens: *ὁ γὰρ εἰκῇ τὴν μάχαιραν φορεῖ, haud frustra gladium gestat. Rom. 13, 4.* Eodem Statius alludit 5. *Sylv. 2. sub fin.*

-- En ingens referat tibi Limen honorum
Cæsar, & Ausonii committit munia FERRI.

Et mox: *Cuique sacer primum tradit Germanicus ENSEM.*

Cæterum, id satis exploratum est, merum Imperium consistere etiam in antecedente criminis cognitione, *l. 2. § 23. de O. J. l. 6. de off. Proconf. l. 1. § 4. de off. Præf. urb. l. 1. de off. ejus, cui mand.* Sunt sane, qui merum Imperium nihil esse volunt quam executionem jurisdictionis criminalis, eodem modo, quo mixtum Imperium est executio civilis jurisdictionis, quam opinionem sequitur D. Schotanus in *exam. ad tit. de jurisdict.* Enimvero concinna satis erat hæc sententia, si juris auctoritate

(c) *Pes 44.*

doritate niteretur, ſed nusquam illa inventio probatur. Merum Imperium nihil commune habet cum Jurisdictione, quæ hac appellatione in Jure cognita eſt; quare etiam *merum* dicitur: at ex illa hypotheſi non minus eſſet mixtum, quam quod ita nominatur. Ratiunculas quasdam e contrario, removet D. Wiſſenbach ad *h. t. th. 6.*

5. Ex eo autem, quod merum Imperium ex ſpeciali conceſſione Legis proficiſcitur, jam ante obſervavimus, non poſſe merum Imperium mandari, *d. l. 1. de off. ejus, cui mand.* niſi in caſu abſentiæ, quod cum Lege Julia de vi nominatim caveri narret Ulpianus in *d. l. 1.* Quæſtio non eſt maximi omnium momenti, an hoc ad caſum infirmitatis extendi poſſit? Wiſſenbachius noſter ad *h. t. th. 12.* ſecutus & Gentilem 3. *de jurisd. c. 25.* & Perezium *ad h. t. C. n. 20.* negat; idemque D. A. Matth. *diſp. 20. de Jurisd. th. 19.* Iisque conſtat hæc ratio, quod conſequentia a pari, quin etiam a majori, ceſſet in his, quæ a ſpeciali Legis ſanctione dependent. Sed ego non poſſum, quin magis eorum ſententiam probem, qui hic etiam *æquitati*, id eſt *interpretationi* ex præſumpta Legislatoris voluntate, locum faciunt; quæ non poteſt non videri hic habere locum, ut cum abſentem patitur mandare jurisdictionem, idem ægrotanti permiſſum velle videatur. Quin nec verba legis abhorrere videntur ab hac extenſione, in his verbis, *d. l. 1. non aliter itaque mandare poterit, quam ſi abeſſe cœperit.* Num vero etiam qui ægrotat, non abeſt a tribunali; Facilius negari poterat conſequentia ab eo, quod de Lege Julia *nominatim* traditum eſt, ad alia quælibet Judicia, quam miror concedere D. Matthæum *d. diſp. th. 18.* qui negat extenſionem ab abſentia ad morbum. Me tamen non refragante fiet, ut quod a Juſtiniano in corpus Juris relatum eſt, cum ad alia perinde ſpectet, ad quævis judicia transferatur. Porro quod jure civili cautum eſt, Merum Imperium non poſſe mandari, quibusdam, moribus hodiernis aliter receptum videtur, ut & jure Pontificio. Sed deceptos eſſe veriſimilitudine, bene tradi videtur a Scip. Gentili *lib. 3. de Jurisd. c. 26.* Bachovio *not. ad Treutl. vol. 1. diſp. 23. th. 1. lit. C.* & Wiſſenbachio ad *h. t. th. 15.* Videmus ſane, non tantum Reges, ut ſcilicet Rex in *cap. Si archiepiſcopat. X. de Raptor.* Principes, Comitesque, ſed etiam Nobiles privatos, quibus eſt jurisdictio patrimonialis, ad merum Imp. conſtituere Jurisperitos exercendum: ſed hoc non tam eſſe mandatum, quam primævam commiſſionem, qualis eſt Magiſtratuum, qui merum Imperium a Principe accipiunt, ſaltem analogice, recte a prædictis Auctoribus demonſtratum eſt. Denique ex eo, quod Imperium Merum ab Jurisdictione penitus ſeparatum eſt, recte ſtatuitur, conceſſa a Principe Jurisdictione, merum Imp. non intelligi eſſe permiſſum, quod ipſum ex modo citata ratione firmatur, quia merum Imperium non niſi per ſpecialem ſanctionem defertur: idemque valet, ſi Princeps alicui territorium vel urbem regendam commiſerit; utique niſi ex genere Præfecturæ & inſtituto ejus antiquo Merum Imperium ei ſemper adjunctum fuiſſe conſtet, quo caſu generalis & negligentior expreſſio, contra naturam negotii captanda non videretur, Bach. & D. Wiſſenb. *dd. Locis* & Menoch. *1. arb. quæſt. 54. n. 45.*

6. (d) Nota eſt quæſtio, ſitne merum Imp. proprietate Magiſtratuum, an uſu tantum & exercitio, ut ita proprietas competat Principi: Nota quoque ſponſio ſuper hoc quæſito Azonis & Lotharii, arbitro Henr. V. Cæſare, quam Azo refert ipſe *ad h. t. C. n. 17.* ſubducente quæſtionem D. Wiſſenbachio *th. 11.* qui tamen minus recte, cum vulgo, ut videtur, quæſtionem ſic format; *an magiſtratus merum Imperium habeat jure proprietatis atque dominii?* Etenim neque merum Imperium, nec ulla poteſtas, quæ Magiſtratibus competit, jure dominii vero vel quaſi ad illos pertinere poteſt; hoc tantum de hereditariis hodierni ſeculi jurisdictionibus adfirmetur, Jure Romano nihil ejusmodi auditum eſt. Qualis igitur proprietas intelligetur? eadem ſine dubio, quæ in *l. 5. h. t.* de Jurisdictione prædicatur, ubi opponuntur Jurisdictio, quam quis habet ſuo jure, & alieno beneficio; ſcilicet alterius, quam Principis, cujus beneficio cunctæ poteſtates deferuntur, ſine exceptione aut oppoſitione ulla. Quæ igitur poteſtas non competit *alieno beneficio*, ſive per mandatum Magiſtratus, ſive privatorum ſubmiſſionem, ſed quæ immediate a Principe venit, ea *proprio jure* competere dicitur; Atqui hoc evidentius de mero Imperio, quod ſpecialem ſummæ poteſtatis voluntatem requirit, quam de jurisdictione poteſt affirmari. Omnis, inquam, poteſtas in Republ. derivatur a Principe, a quo ſi immediate deſcendat, juris ratio vult, ut propriam dicamus eam poteſtatem his, quibus data eſt,

(d) *Poſ. 59. & ſeqq.*

quem-

quemadmodum de jurisdictione omnes fatentur: accedit tum illa jam dicta ratio; qui potestatem non habet alterius Magistratus aut privatorum beneficio, is eam suo jure habet, *l. 5. h. t.* Sed qui habet merum Imperium, non habet hoc alterius Magistratus aut privatorum beneficio: Ergo. Enimvero a Principe concedi merum Imp. idque semper ab eo dependere fatemur. Ideoque si quis hanc ob causam jus Principis appellare velit proprietatem, & quod Magistratus habet, exercitium, potest quidem; sed tunc idem de Jurisdictione omnique potestate dicendum, non de mero Imperio duntaxat, ut volunt dissentientes. Ex his satis liquere potest responsio ad *l. 1. de off. ejus, cui mand. est jurisd. in verb. publici judicii exercitionem.* Item ad id, quod Vinnius *tract. de jurisdict.* opponit; Magistratus, qui proprium jus habet, officii sui partes alii mandare potest, *l. 5. h. t.* Quod tamen de Imperio negatur. Atqui ratio, cur merum Imperium mandari nequeat, inde non est, quia non sit proprium, sed ob generalem jamque memoratam rationem, quod ea, quæ ex Lege speciali veniunt, mandari nequeunt, quia Legis hæc est intentio expressa, ut ab ipsis, quibus committitur, Magistratibus exerceatur. Denique opin. Vinn. cum, cujus proprium est imperium, jus quoque vitæ ac necis habere, quod Magistratibus adscribi nequeat; Resp. jus vitæ necisque Principis est, diversumque ab Imperio mero. Illud inter jura Majestatis ab omnibus refertur, hoc est ministerium infra summam potestatem. Videtur hoc esse πρῶτον ψεῦδος in hac causa, quo & Henricus Cæsar forte deceptus est, quod jus vitæ & necis atque merum Imperium eadem esse creduntur, cum hoc sit potestas gladii præscripto Legum exacte alligata, quo jus vitæ & necis haud perinde adstringitur, cum Princeps sit legibus solutus, *l. 31. de LL.* juncta *l. 31. de Pœnis.* Fuit hic etiam error Bartoli, cum inter gradus meri Imperii Legislationem quoque referret, quasi summa potestas & imperium merum rem eandem significarent, quem errorem non soli Bartolistæ errant. Nec tantum Xylander, sed & Stephanus uterque, Leunclavius, Sylburgius & alii, quando Scriptores *αὐτοκρατορίαν, αὐτοκράτωρα ἀρχήν*, summam Imperatorum potestatem appellant, illi vertunt *Merum Imperium.*

7. (e) Bartolus etiam errat, quando sex hujus Imperii gradus statuebat, ut monet D. Matthæus *d. disp. th. 13.* D. Wissenbach. *d. disp. th. 10.* Rectiusque tres gradus animadversionum distinguuntur; ita ut primus omnes comprehendat pœnas, quibus mors naturalis, sive ultimum supplicium irrogatur. Secundus eas continet, quæ morti naturali sunt proximæ, quales membri amputatio, damnatio in metallum, aut in opus publicum, ad triremes, denique deportatio. In tertio gradu sunt pœnæ leviores, ut relegatio, fustigatio, virgarum flagellorumque verberatio, stigmatis inustio, bonorum confiscatio, infamiæ irrogatio, dignitatis ademtio: quin etiam admonitiones, quæ apud nos Magistratibus municipiorum datæ sunt, a mero Imperio decerptæ videntur, quales sunt, expositio publica ad columnam, lapidis aut vasis ignominiosi portatio, damnatioque ad panem & aquam, ut loquuntur; modo hæc in causis criminalibus instituantur, *l. 8. & 9. de Pœn.* Suth. *de jurisd. th. 397. & sqq.* Vinn. *de jurisd. c. 1. n. 5. cap. 7. n. 3.* Struv. *exerc. 4. th. 76.* Hahn. *ad Wesenb. d. t. n. 6.* A. Matth. *de judic. disp. 1. th. 14.* qui tamen membri abscissionem refert ad tertium gradum.

8. (f) Hæc de natura Jurisdictionis Imperiique meri atque mixti sufficiant. Si quis harum potestatum quærat causam, ea sine dubio est summa potestas Reipubl. ut aliquoties dictum; Hæc enim Magistratibus ut ministris ad expedienda ea, quibus ipsa superesse non potest, utitur. Vnde ipse Princeps Magistratus non est, sed ei quidem opponitur, § *1. Inst. de Adopt.* quanquam juris dicendi munus initio Rerumpubl. Principibus fuerit proprium, eoque Principes optimi frequenter etiam functi sunt, quomodo Augustum diligentissime jus dixisse, refert Suetonius *in ejus vita:* adeo ut penes Principem eadem omnino potestas, quam habent Magistratus, quatenus ea vult uti: Quanquam jurisdictio non appellatur, quia sufficit ad hæc summa potestas, quæ omnia, quæ in Reip. administratione verruntur, comprehendit. Hinc intelligitur, quo pacto finiatur Jurisdictio & Imperium. Nam præter mortem Magistratus, quæ necessario personalem functionem extinguit, (mors Principis nihil huc pertinet, cum is Jurisdictionem dederit ut caput Reipubl. quod nunquam moritur,) adhuc finis imponitur Jurisdictioni, elapso tempore, quo erat concessa; quomodo Prætoris jurisdictio terminatur anno. *pr. Inst. de perpet. & temporal. action,* in Provinciis vero continuatur juris dicundi offi-

(e) *Pos. 54. & sqq.* (f) *Pos. 67. & sqq.*

cium

cium, donec advenerit successor, *l. 10. de off. Proconf. l. 17. de off. Præf.* abdicare vero potestatem ante tempus non potest Magistratus, nisi cum Principis consensu, *l. pen. de off. Præf. l. 2. §. 24. de O. J.* quia munus publicum est, quod etiam invitis imponitur, *l. 1. de muner. & honor.* sed revocatione Principis, si hic velit uti jure potestatis suæ, procul dubio finitur, quatenus inferiores potestates perpetuo ab summæ potestatis arbitrio dependet, quomodo L. Silanus a Claudio adactus est ejurare Magistratum & reliquus Prætoræ dies in Epirum Marcellum collatus est, referente Tacito *lib. 12 Annal.* Quod hodie secus obtinere, nulla ratio dictat; etsi ita Joh. Verstegen *tract. de Imperio n 55.* nisi distinguendum sit, ut quibusdam videtur, inter officiales Principis & Reip. ut illi possint a Regnantibus abdicari. Quæ distinctio verissima est in ejusmodi Imperiis, in quibus Lege vel institutione Reipubl. fundamentali cautum atque receptum est, ne Imperantes aliter quam causa cognita Magistratus ad summam Reipubl. administrationem constitutos, nec aliter quam maleficii convictos, destituant: quod tum tamen ad ministros ipsorum, qui Principis dicuntur officiales, spectare non videtur; quando & Magistratus etiam inferiores suos officiales destituere & abdicare possunt, modo id faciant simpliciter, non ex causa infamante, quia tum requiritur causæ cognitio atque probatio, ut docet Sandus *noster decis. ultima.* Quatenus autem boni Principes jus suum metiuntur ex eo, quod facere debent, non ex eo, quod possunt, ita non male statuitur, sine justa causa eos non posse revocare jurisdictionem: quemadmodum id sane de hodiernis jurisdictionibus hereditariis simpliciter affirmandum est, eas non magis Principibus adimi posse, quam reliqua omnia, quæ sunt in patrimonio singulorum. Scip. Gent. *tract. de jurisd. lib. 1. cap 28.*

SCHOLIUM.

Atqui hæc possunt adimi cum jure supereminentis dominii, tum jure puniendi. Ergo & Jurisdictio, quod sit potissimum propter nimiam crudelitatem dominorum. Strauch. XX. 12.

RESPONSIO.

Jure dominii eminentis quælibet res patrimoniales suis dominis auferri possunt: ut etiam propter delicta, nimiamque ob sævitiam, dominos quoque ad servum alienandum compelli potuisse, priudem intelleximus ad tit. Inst. de bis, qui sui vel al. jur. *Facilius tamen, ut est rei natura, jurisdictionem, quæ in Patrimonio est, quam prædia, propter excessum in ejus exercitio, committi posse non est quod omnino negemus.*

N. ADDIT.

Ergo uti Scholium meum sententiam Autoris non tam impugnaverat, quam limitaverat, ita limitationem agnoscit Autor, adeoque dissensus hac parte inter nos non est. Cæterum cum DD. ea limitatione utentes, utantur argumento l. 1. C. de emend. serv. l. ult. C. quemadm. civil. mun. jud. lib. 10. *& tamen servorum Germanorum semper fuerit diversa ratio a Romanis, videndum alio tempore, annon hæc limitatio referenda sit ad mudas speculationes pragmaticorum, & an frequentia adsint exempla limitationis istius. Nam unum saltem vel alterum non magis faciet limitationem, quam quod Imperatores intuitu Julii Sabini & Umbriciæ matronæ, extra ordinem & per modum juris singularis fieri jusserant, quod non facile trahendum est ad consequentias.*

9. De hac ipsa patrimoniali Jurisdictione accipiendum, quod vulgo traditur, eam præscriptione finiri & acquiri, quod ita se non habere, jam superius dictum est. Nam ea, quæ pendent ab arbitrio summæ potestatis, præscriptioni neutiquam subjecta sunt, *l. 6. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* & Privatus, qui pro potestate Magistratuve aliquid dolo malo gesserit, in crimen læsæ Majestatis incidit, *l. 3. D. ad L. Jul. Majest.* Sed hoc merito quæras; an saltem ratione officii Magistratus præscribere possint, ut id latius extendatur, sive quod ad partes subjectivas, hoc est territorium; sive quod ad partes attinet potentiales, id est exercitium muneris sui. Dicendum, respectu civium aliorumque Magistratuum, nihil obstare, quo minus illa præscriptio valeat: Respectu Principis, ne sic quidem præscriptionem habere juris effectum, ob eandem ex *d. l. 6.* rationem, & quod in omni præscriptione requiritur animus proprio nomine agendi, atque possidendi, *l. 2. C. de Præscript. 30. vel 40. annor.* Magistratus autem non aliter, quam ut Ministri summæ potestatis, suum munus exercent, ejusque rationem reddere debent, in quo proinde nihilo magis præscriptione valent, quam coloni aut inquilini, vel qui precario possident contra suos dominos, vid. Bachov. *ad h. tit. cap. de causa effic.* & ad Treutl. *vol. 1. disp. 3. th. 7. lit. C.* Sutholt. *de jurisd. n. 1409. 410.* A. Matth. *disp. de judic. 1. th. ult.* Vinn. *de jurisd. cap. 12. n. 8.* Hahn *ad Wesenb. h. t. n. 9.* In universum igitur Jurisdictio

ctio finitur, tempore præfinito, morte Magistratus, ejusdem abdicatione legitime facta, & Revocatione Superioris, ubi illa jure speciali non impeditur, ut demonstratum est.

TIT. II.

Quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur.

Edictum I. de Albo corrupto, remissive &c. II. Sententia Edicti hujus Rubricæ. III. Majores Magistratus eo non teneri. IV. Pœna pressius exposita. V. Quo sensu in heredes detur. VI. Quid juris inter debitorem & fidejussorem hac parte. VII. Casus, quo pœna cessat. VIII. An & Procurator teneatur.

Sequuntur Edicta quædam ad tuendam jurisdictionem comparata, quorum primum est de Albo corrupto, quod summatim exposuimus *ad h. t. Instit. de Action. n. 16. in pr.* quibus adde, dari actionem cuilibet ex populo, *l. 7. in fin. pr.* multa 50. vel potius 500. aureorum actori applicanda, per *l. 12. fin. pr. de V. S.* plures rei in solidum singuli tenentur, ut unius solutio reliquos non liberet. *l. 7. in fin. l. 8. de juris.t.*

Usus hujus actionis transferri posse videtur ad violationes Edictorum publicorum: An etiam ad corruptiones programmatum, quæ actionum & venditionum causa publice affiguntur? Ita censet Mornac. *ad d. l. 7.* Dari actionem in id quod interest, non est alienum; pœnalem popularem dari, non exigit ratio; idque ita censuit Senatus Parisiensis apud Mornacium *d. l.* ratione non spernenda; cum enim programmata illa vix unquam non corrumpantur, finis actionum & certitudo venditionum vix ulla inde foret. Quid est autem, quod est *in d. l. 7. perpetuæ Jurisdictionis causa*? Atqui Prætorum edicta, quæ in Albis erant, annua tantum fuere. Sed perpetua dicuntur, respectu singularium, *prout quæque res incidisset*, ut habet textus. Perpetuum, quod Prætor omni tempore jurisdictionis suæ servaturus erat; adeoque perpetuum est, quod totum annum durat. Etsi verum est, pleraque Edicta Prætorum veteribus ut plurimum fuisse consentanea, quæ de uno edicto in aliud transferuntur; unde *tralatitia* jura, Ciceroni, Tranquillo &. aliis.

3. Alterum edictum *hujus tit.* est adversus eos, qui jus novum, id est iniquum, in alterius fraudem statuerunt vel impetrarunt. Ex jure statuto tenentur Magistratus, ex impetrato litigantes. Magistratus, si decretum habuerit effectum; privatus, si duntaxat impetratum sit, *l. 1. §. 1.* in verbis; cessare Edictum *putamus; quid enim obfuit conatus, cum injuria nullum effectum habuerit?* Aliter in *d. l. 3. in fin. pr.* Sed etsi *impetravit, sive usus est jure aliquo, sive impetravit ut uteretur, licet usus non sit, hoc Edicto punitur.* Ratio differentiæ videtur, quia cum Magistratus tantum statuit novum jus, neque exerçet, ea in actu primo subsistit iniquitas: Sed in privato per impetrationem actus secundus est commissus, quia primus fuit petitio; atqui primus actus nihil quam nudus erat conatus, qui est extra Legis pœnam, *l. 18. de Pœn.*

3. Magistratus Majores, quibus Adsessores adjuncti sunt, ipsi, præterquam ex dolo non tenentur, sed imprudentiæ errores, nec minus doli proprii, Adsessoribus imputantur, *l. 2. pr. h. t.* quia plerumque Magistratus illi erant homines nobiles atque potentes, Martis potius quam Artis alumni, Vid. *Nov. 82.* qui proinde novi juris astutias non affectabant. Jus autem novum est jus excogitatum, nec publice receptum, sed in odium vel favorem alicujus commentum: adeoque jus non jus, id est injustum & iniquum.

4. Pœna utriusque est eadem; quod is, qui in hoc edictum incidit, eodem jure, quod statuit aut impetravit, uti debeat, quicunque adversarius id quocunque tempore postulaverit, *l. 3. §. 2. h.* non modo respectu juris, quod pridem habuit, sed & quod postea consequetur, *d. l. 3. §. 6.*

5. Quin & heredi ipsius, actio denegabitur aut exceptio nocebit, *d. l. 3. §. 5.* cum pœnales constitutiones adversus heredes alioqui non extendantur, *l. 33. de O. & A.* Rationem reddit Wesenbec. *ad h. t. n. 2.* quod ut impetrationes actionum transeunt in heredem, idem & in denegationibus fiat; quo pertinet, quod Bachovius *comment. ad τὰ πρῶτα π. l. 3. §. 5. h. t.* addit, actiones ista denegationis qualitate affici ad ita affectas ad heredem transmitti. Eaque vera est ratio, si tantum heredi negentur actiones, quæ defuncto jam erant acquisitæ: quod si pœna adversus heredem eodem modo datur, quo contra defunctum, qui actiones quocunque tempore acquisitas admittit, *§. 6. d. l. 3.* ita ut heredi quoque interverterentur actiones post mortem defuncti natæ,

tum ea ratio non sufficeret: Sed verius est, haud aliis heredem actionibus mulctari, quam quæ jam vivo competebant ei, qui incidit in Edictum. Valeat igitur dicta ratio, heredem magis per consequentiam juris contra defunctum commissi quam per modum pœnæ directæ teneri; confer *l. 14. de Publican.*

6. Si debitor in hoc edictum inciderit, nocet hoc fidejussori, non vicissim debitori nocet factum fidejussoris, *l. 3. § 3. h.* quia cum debitor principalis conveniri potest, amissis exceptionibus, tenetur & fidejussor: non contra, exceptio quum fidejussor perdidit, debitori negabitur. Quia accessio sequitur quidem naturam & conditionem principalis, non hæc vicissim illius; fidejussor pro debitore, non vicissim pro fidejussore debitor est obligatus.

7. Hoc vero per se fere patet, eum, qui jure iniquo utitur adversus alium, qui ante ipse jure novo fuerat usus, non pati pœnam hujus edicti, ne detur progressus in infinitum, *l ult. h. t.*

8. Procurator in rem suam, tenetur hoc Edicto, non in rem alienam, sed tutores & Curatores ipsi tenentur, *d. l. 3. § 1.* Etiam filiusfam. hoc Edictum committit, ut tamen Patri inscio nulla parte noceat, ne quidem nomine filii agenti, *d. l. 3. § 4.* adeo verum est delicti pœnæque rationem esse mere personalem, nec egredi personam malefacientis, prout *alibi latius.* Accedit hujus Edicti æquitas summa, naturali dictamine & Servatoris Christi ὁμοψηφῳ laudari; ne quis sibi putet injuriam fieri, in eo, quo alterum prius affecit. Unde hodieque suum usum habet. Ex gr. Arrestis † contra personas non utimur in Frisia; utimur tamen adversus eos populorum extraneos, qui contra nos utuntur. Sand. *l. 1. t. 17. def. 3.* *.

SCHOLIUM.

† *Hoc exemplum ex hoc titulo quidem deduci nequit, sed est exemplum retorsionis, quæ & ipsa vi hujus edicti non competit, sed tamen ratio hujus edicti moribus & autoritate publica eo extensa est, ut valeat etiam tum, cum integra civitas vel provincia peculiari jure utitur, quæ retorsio potissimum in materia successionis usum habet.* vid. Carpz. P. 3. C. 38. def. 1. sqq. Dn. Stryck. de succes. ab intest. cap. 2. art. 3. § 24. sqq. Schilter. ex. 6. th. 27. *ubi & eos refutat, qui exemplum hujus edicti afferunt, si debitor creditori suo, qui adversus suos creditores rescriptum moratorium impetraverat, exceptionem induciarum opponat.*

RESPONSIO.

Hoc quidem ultimum nihil ad rem: Utriusque enim partis eadem ratio esse debet, quæ hic non est; quando unus habet beneficium Principis moratorium, alter non habet. In nostro exemplo par erat ratio: Quod tu facis in alios, in te pati debes. *Etsi Edictum supponat cives unius Imperii, imo subjectos eidem jurisdictioni, id nihil impedit, quo minus argumento Rubricæ longius utamur.*

N. ADDIT.

Bene se res habet, quod Autor fateatur, edictum ipsum non posse extendi ad casum retorsionis. Idque non saltem ex eo patet, quod Edictum supponat cives unius Imperii & subjectos ejusdem jurisdictionis, sed quod Edictum coerceat injuriam, l. 1. in f. *& dolum,* l. 2. *& jus iniquum,* l. 3. pr. *& quidem in pœnam,* l. 3. § 2. & 5. *quæ omnia non supponuntur in casu retorsionis. Quod vero DD. extendant rubricam tituli ad casum retorsionis, & quidem longius, ut Autor loquitur in responsione, ideo factum est, ut cum auditores persuadere velint, usum magnum Juris Justinianei esse in foris Germaniæ intuitu hujus tituli saltem aliquid haberent, quod dicerent, etsi sit parum pertinens. Ex illo enim rubricæ argumento, longius petito possis etiam deducere, usum hujus tituli esse apud antipodes, & quosvis populos jus Romanum plane ignorantes.*

* De retorsione Jurium diversorum singularium, vid. præter Autores a Thomasio *in Sebol. h. l.* allegatos Schœpfferi *Synopf. Jur. priv. b. t. n. 4. sqq.* Struv. *S. J. C. Ex. 4. th. 84.* Ita Creditor non potest petere, ut debitor carceri includatur, si in loco, in quo creditor habet domicilium, debitores carceri non tradantur, *O. P. S. Tit. 52.* § Und dieses alles soll, Berlich. *p. 3. Concl. 51. n 26.* & Gerada aur Heergewetta non debetur extraneis cognatis agnatisve, apud quos ea successio non obtinet, *P. 3. C. El. 38* ibique Carpzov. *def. 1.* Pariter in Marchia Creditori Sax usuræ ex concursu non præstantur, nisi omnibus sortibus solutis, ob *Ord. Pr. Sax. tit. 50.* § Es ist der Brunn. *Cent. 3. dec. 86.* Stryck. *Us. Mod ff. h. l* § 4. add. Carpzov. *l. 3. Resp 95. l. 6. Resp. 37.* Cæterum contra eum, qui per quinquennium literas moratorias impetravit, retorsio locum non habet; *a. Dec. El. 30* cum ad privilegia legitime impetrata Edictum prætoris: Quod quisque juris in alterum &c. non pertineat. Lyncker. *Dec. 424.* Schilt *Ex. 6. th. 27* Dissent. Carpz. *P. 3. C. El. 38. def. 1. n. 17.* Berlich. *P. 3 Concl. 51. n. 10.* De Albinagii jure adversus subditos Regis Galliæ a Principibus nostris usurpando, vid. Stryck. *Us. Mod.* § 2. *p. 9.*

TIT. III.

Tit. III.

Si quis jus dicenti non obtemperaverit.

I. Quomodo teneatur, qui jus dicenti non obtemperavit. II. Quis dicatur non obtemperasse. III. Cui detur actio ex hac causa. IV. An & quare hoc Edictum ad magistratus municipales non pertineat. V. Quid hac de re moribus obtineat hodiernis.

Qui jus dicenti non obtemperavit, id est, qui non fecit quod *ultimum in Jurisdictione est*: is tenetur in id, quanti ea res est; quod hoc loco significat, pœnam arbitrariam, *l. un. § ult. h. t.* [4] cum alioquin hæc Phrasis, idem cum eo, quod interest, significet, *l. 7. § 2. Quod falsi tut. aut.*

SCHOLIUM.

Dissent. Wissenb. th. 5. qui ita exponit, quanti res est, quæ abduci debebat: *sed non est, cur ab Autore recedamus.*

2. Quis autem non fecit id, quod extremum est in Jurisdictione? Non constitit hoc extremum in vocando in jus, aut actionem dando, jubendo caveri, mittendo in possessionem, nec quod rem a se vindicari non est passus, aut cuilibet decreto non obtemperavit; Sed qui rem adjudicatam alii sive actor sive reus, duci vel ferri passus non est; qui *se executioni opposuit*, is demum non obtemperasse jus dicenti videtur. Verba textus in *l. 1. § 1.* hoc modo exaudienda videntur; *veluti, si quis rem mobilem vindicari a se passus non est, sed auci eam, vel ferri passus est*; hactenus bene, non incidit in hoc Edictum adhuc quidem; *cæterum si & sequentia recusarit, tunc non obtemperasse videtur:* quando non passus est rem duci vel ferri, tum incidit in hanc actionem. Apparet autem, vocabulum Jurisdictionis heic latius accipi, pro jus dicentis officio, ut etiam mixtum imperium comprehendat, ad quod media executionis sine dubio pertinent; quæ tamen hic per *extremum Jurisdictionis* significantur; eaque res ad caput de jurisdictione pertinet, ubi & locum observationis invenit.

3. Porro vox Jurisdictionis per excellentiam, arguit, solis Magistratibus Rom. non municipalibus, multo minus pedaneis, licere hujusmodi exercere judicium, *pr. h.* unde tamen non sequitur, Magistratum hic esse actorem, aut ex officio pœnam exigere; sed adversario in adversarium competere hanc actionem, ut ex *§ ult.* perspicue colligitur; neque enim alias quæri potuisset, utrum *id quod interest*, an *mera pœna* hic versetur, derurne & in heredes actio, quod utrumque deciditur in *d. § ult. h.* Scip. Gentil. *1. de Jurisd. 8. conf. l. pen. § 1. Ne quis eum, qui in jus &c. l. 12. de in jus voc.* Dissent. D. Schot. *in exam. h.* Populare quoque judicium esse non videtur, cum quia non exprimitur, ut in *l. 7. de jurisd.* & alias semper, tum quod res inter privatos agitur. Dissentientes refellit D. Wissenbach. quos inter tamen non est Cujacius *in loco ibi notato.*

4. Cæterum, quin Magistratus ex officio quoque ejusmodi in contumaciam animadvertere possit, non est dubitandum, remediis ad eam rem ordinatis, pignorum capione, mulcta, missione in possessionem, manu militari, carcere, modica coercitione; quibus Prætoriam jurisdictionem armatam esse, *superius* intellectum est. Jam olim ita cautum fuit Romæ, teste Dionysio *lib. X.* cujus verba sunt hæc: Οἱ ὕπατοι, ἐπὶ τῆς λοχίτιδος Ἐκκλησίας νόμον ἐκύρωσαν, ἵνα ταῖς ἀρχαῖς πάσαις ἐξῇ τὸς ἀπειθοῦντας ἢ παρακοῦοντας εἰς τὴν ἑαυτῶν ἐξουσίαν, ζημιᾶν. Consules, *ait*, centuriatis comitiis pertulerunt Legem, ut omnibus Magistratibus, insolentes & immorigeros adversus suam potestatem, mulctare liceret. Quid autem hoc est, quod habetur in *pr. l. un. h. t. Omnibus Magistratibus, non tamen Duumviris, secundum jus potestatis suæ, concessum est, jurisdictionem suam defendere pœnali judicio?* An igitur municipales Magistratus, qui sunt Duumviri, non possunt refractarios jurisdictionis suæ, & opponentes sese executioni, coercere atque mulctare? quomodo igitur munus suum tueri potuerint? Sunt qui pro *tamen* legunt *tantum*. Sed rectius Florentiæ legitur *tamen*: Nam vox tantum supponeret, duumvitis id authentice, reliquis Magistratibus, qui *potestatem* habent,

[4] Jure Saxon Electorali cum adversus debitorem omnes actus executivi, ut executio, immissio, & taxatio facti sunt, is contumaciæ suæ quasi pœnam solvit, das Hülfgeld; ita ut præstet ex singulis 100 thaleris, vel florenis summæ executionis, quatenus ea ex pretio prædii subhastati, quod licitator obtulit, redigitur, quinque regulariter quidem judici, cujus autoritate executio fit Mandat. *El d. a. 1633. d. 1. Ang* Carpzov. *D c 2p0. n 1.* conf. de mulctæ hujus, des Hülfgeldes, & honorarii s. sportularum, derer Hülfsgebühren, differentia, Menck. *ad O. P. S. t. 39. §. 54.*

per consequentiam esse concessum, quod absurdum. Præter quod *Potestas*, de qua textus, de majoribus solummodo Magistratibus usurpatur. Mornacius hoc jus ideo Magistratibus municipiorum negat esse concessum, *quia non habuerunt Imperium, nec adeo multæ jus dicendæ*, ex sententia Ant. Augustini *l. 3. emend. c. 6. in fin.* At vero multam dicere posse Magistratus municipiorum, eosque mixtum habere Imperium, diximus *ad tit. præced.* Dic potius; hanc coercitionem excedere mixti imperii terminos; hoc dare jus ad modos executionis ordinarios. Sed cum huic resistitur, hunc majorem esse modum, cujus animadversio ad Præsidem pertineat, ad quem deferri potuit querela; nec enim in municipiis impune fuit, executioni resistere.

5. Sed cum hæc res ad Reipubl. constitutionem, cujus alia nunc est ratio, ut multis in locis *Magistratus municipales habeant merum imperium*, pertineat, non est mirum, hodie Magistratus quoque municipales Jurisdictionem suam pœnali efficacia tueri posse; præcipue quidem ex officio, deinde etiam victori in id quod interest potius, quam in pœnam; quæ magis ad officium pertineat. Et hactenus habent rationem Autumnus & Grœnewegius *ad h. t.* non æque in eo, quod dicunt, *hanc actionem cessare, quod eorum, qui jus dicenti non obtemperant, contumacia litis damno coërceri soleat, per l. 53. ff. de Re judic.* hæc enim contumaciæ pœna eadem est hodie, quæ fuit olim, atque diversi generis; nam ista contumacia pertinet ad initium & progressum jurisdictionis, quando reus Legitimus edictis citatus non sistit se judicio; hic agitur de eo, qui non fecit, *quod extremum est in jurisdictione*; quando qui fuit in judicio, condemnatus est, resistit executioni. Etsi autem hodiernis Magistratibus non est neganda potestas cogendi, atqui mulctandi cives suos jurisdictioni suæ resistere eamve contemnere ausos, id tamen cum triplici accipiendum est limitatione: I. Salvum esse civibus appellationis remedium ad Curiam Supremam: etsi enim vulgo putent, non debere civibus Imperio reluctantibus esse provocandi copiam, ratio tamen id minime patitur, meminique exceptionem Magistratuum Sneeanorum meo tempore fuisse rejectam, qui civem suum quendam in tali causa mulctaverant. II. Non posse tamen Magistratus municipales tanquam injuria affectos, ex officio condemnare civem, qui illos in exercenda jurisdictione, vel exequenda sententia, injuriose habuerit, sed tum causæ cognitione opus esse; cumque ipsi non possint esse judices in tali causa, rem ad superiorem esse deferendam. Sic etiam memini, cum Magistratus Franeckerani condemnassent mulierem civem suam, quod dixerat, eos perperam administrasse jurisdictionem, ut singulis Magistratibus in capita certam solveret mulctam: in Curia mulierem fuisse admissam ad Querelam, post tempus appellationis interponendæ elapsum, tanquam e causa Nullitatis. III. Si majore motu sit opus, ob civium potentiam aut multitudinem, non est dubium, quin ejus administratio municipiorum quoque Magistratibus non permittenda, sed ad superiores sit referenda.

Tit. IV.

De in Jus vocando.

I. Continuatio, & remissio ad partem I. Quando mutatus sit mos rapiendi in jus invitos. II. Qui vocari nequeant in totum, qui certo modo. III. An semper in jus vocatio necessaria. IV. De citationis differentia ab in jus vocatione. V. VI. VII. VIII. IX. Divisio citationis in ordinariam & extraordinariam, variæque earum species expositæ. X. De citatione Requisitoria. XI. Effectus requisitæ Citationis. XII. Divisio in Generalem & Specialem. XIII. Quædam aliæ divisiones obiter. XIV. De personis citationem petentibus, accipientibus, & XV. Jubentibus. XVI. De tempore citationis. XVII. De effectu in Jus vocationis.

(a) Post Jurisdictionem, & Edicta pro ejus vigore exposita, sequitur exercitium ejus ad usum judiciorum. In quem finem primus est actus in Jus Vocatio, de qua fuse dictum *in Prælect. ad tit. Inst. de pœnis temere litig.* ubi quid sit in jus vocare, tum veteri more in jus rapiendi invitos; quinam vocari prohibeantur cum absolute, tum certo modo: satis copiose dictum est. Placet hic addi, quando mos, quo privatus vocabat privatum, sit mutatus. Et quidem ante Constantinopolitanos Principes nusquam occurrit mentio vocationis per executorem faciendæ, de qua cum alibi, tum agitur *in l. 3. & 7. pr. C. de præscript. 30. vel 40. ann. l. 3. C. de ann. except. Nov. 53. c. 3. N. 97. c. 3. N. 69. c. 1. N. 112. c. 2.* Unde nihil superest, quam ut dicamus, mutatione sedis

(a) *Pos. 2. seq.*

Imperia-

Imperialis hunc quoque morem esse mutatum. Hotom. *5. antiqu. Rom. c. 5.* A. Matth. *disp. 6. de Jud. th. 5.* Qui jam tempore Pauli & Ulpiani mutationem hanc factam fuisse volunt, adducunt *l. 2. Si quis in jus vocat. non ierit. & l. 5. de Jud.* ex quibus tamen nihil colligi potest, quam videri tum auctoritate Prætoris in jus vocationem esse factam, quia prætor in contemptum suum interpretatur, si quis vocatus non veniat; unde sequatur, ejus nomine jussuque in jus vocationem factam videri. Sed ego existimo, in jus vocationem a Privatis factam, & ex L. XII. exercitam, habuisse publicam auctoritatem, & eum, qui vocantem ad tribunal sequi nollet, cum Prætor ea gratia sederet, hujus potestatem contempsisse videri. Dissent. Don. *23. com. 2.* Addemus & hoc; In jus vocationem divimus esse principium Judicii late accepti; nam stricte sumpti initium esse in Jus vocationem, alii negant. At probando sufficiunt verba priora *d. § ult. Omnium actionum instituendarum principium est ab in jus vocando*; ubi actiones instituuntur, ibi sane est judicium, *pr. de Action.* Proprie alioqui Jus est, quilibet locus, in quo Prætor, vel alii, qui jurisdictioni præsunt, salva majestate Imperii sui, salvoque more majorum, jus reddunt, ut habetur in *l. pen. de Just. & jur. l. 2. Si quis in jus voc. non ier.* Huic opponitur *judicium*, quod a lite contestata apud Judicem Pedaneum exercebatur, *l. 15. π. Rem rat. hab.* Unde in jus vocatus cavebat judicio sisti, *l. 2. Si quis caut. in jus sist. caus. f. non obtemp.*

2. Inter eos, (b) qui penitus vocari nequeunt, enumerati sunt illic, Magistratus majores, qui funus prosequuntur, qui uxorem ducunt, qui in Jure stant, qui propter loci religionem inde se movere non possunt; qui equo publico in causa publica transvehuntur, de quibus singulis *ibi* dictum, quod satis sit. Omissi sunt, Judex, dum cognoscit; privatus, dum in jure vel certo loco sistere se debet, *l. 2. in fin. & l. 4. in pr. h.* Infantes & furiosi, *d. l. 4. pr.* pro quibus Tutores & Curatores citantur: at si his careant, citandi, quorum officium est, petere Curatores, ut aliquem petant, aut judex Curatores ad litem constituet, *l. 1. & l. 2. § 3. Qui pet. tut.* Puberes, cum suis curatoribus citantur, quibus si careant, additur citationi, ut legitime compareant, hoc est, ut sibi petant Curatores; si petere nolint, dabitur etiam invitis Curator, *§ 2. Inst. de Curat.* Denique, nemo de domo sua regulariter in jus vocari potest, *l. 18. & l. 21. h. t.* Prima de Magistratibus, & ultima de domo prohibitio forum hodie non tenent, quia in utrisque cessat ratio juris Romani; Magistratus majores olim non habebant tribunal superius, ad quod citari possent; hodie secus est, quia non singulæ personæ, sed universa collegia habent jurisdictionem, & singula membra Collegio subjecta sunt. *Ita fit omni die.* Zypæ. *not. jur. Belg. h. t. vers. Magistratus.* Mornacius *ad l. 2. 3. 4. h. t.* Græneweg. *ad l. 2. h. t.*

SCHOLIUM.

Alii hanc rationem reddunt, quod olim Magistratus fuerint Temporarii, hodie plerumque perpetui. Sed tamen quin hodie etiam Magistratus temporarii in jus vocari queant, nullum est dubium. Schilter. Ex. 7. th. 8. Conf. Wissenb. hic th. 8.

Citationes ad domum ubique gentium receptæ sunt; nec puto recentiori jure civili illicitas fuisse, cum mos ille trahendi invitos ad tribunal, sublatus esset; nam eo spectat ratio, quæ redditur in *d. l. 18.* quia domus tutissimum cuique refugium sit, & in *fin. d. l. 21. de domo sua nemo extrahi debet.* Quo minus reliquæ prohibitiones hodieque teneant, nulla causa videtur, nisi placeat temperamentum sequens.

SCHOLIUM.

De reliquis vero tenendum, quod quidem ejusmodi personæ citari hodie impune possint, sed non comparentes, legitimo impedimento tuti sint, &c. Schilter. d. th. 8. Conf. Wissenbach. hic th. 8.

3. (c) Est equidem in jus vocatio prima atque necessaria pars judicii, quamlibet levissimi & summarii, aut politici, in quo alioqui ordo judicialis non servetur. In Senatu Academiæ cujusdam in Belgis Generali, suspensus erat Collega non citatus, quasi notoria causa; Kal. Maj. anno 1677. judicatum a Superioribus, id esse factum contra jus, ordinem publicum, atque Statuta. Nam etsi causa certa & nota, ubi tamen de præjudicio alicujus agitur, citari illum oportet, ut audiatur; quod non male quidem exemplo Dei citantis Adamum & Evam in Paradiso, demonstratur, ut tamen non eadem ubique solemnitas in forma citandi requiratur. Nec tamen adeo præcise necessaria est Citatio, quin aut expressa aut tacita conventione possit remitti, veluti, si quis adversarium in jure inventum, apud eum qui tribu-

(b) *Pos. 4. 5. 6. 7. 8.* (c) *Pos. 1.*

nali præest, convenerit, & conventus ultro responderit litemque contestatus sit; A. Matth. *Disp. 6. de Jud. pag. 34.* Si respondere nolit, judicium minime procedet; verum quo minus in continenti citatio insinuari possit, nihil vetat, si Lege præscriptum non sit tempus, quo in jus vocatio judicium præcedere debeat, ut jure novo civili est spatium XX. dierum, *ex Auth. offerat. C. de lit. cont.* atque ex nostris Statutis octiduum, *lib. 3. tit. 9. art. 4.* Scilicet in causis, quæ in publico Curiæ Auditorio ventilantur; *Rotulam* vocant; non quæ apud Commissarios Curiæ, vel in Dicasteriis inferioribus instituuntur, qua de re mox agetur. Potest etiam fieri, ut in jus vocatione opus non sit, quando partes jam sunt in judicio propter causam, unde & alia Actio resultat, ut exemplum est in usu legis *diffamari.* Dixit Cajus, sibi jus competere in prædium Titii. Hic vocat illum, ex *L. diffamari*, ut actionem suam instituat, vel perpetuum sileat. Cajus profitetur, se acturum, & offert libellum. Titius eum admittere cogitur, & fit reus absque nova citatione: Idem est, si Cajus recipiat, intra proximum *terminum* se actionem moturum. Imo etsi opposuerit se primum intentioni ex *L. diffamari*, tamen si, antequam pergat, offerat libellum actionis, Cajus eum accipere cogitur, quando hac causa citatio ex *L. diffamari.* videtur impetrata, ut memini judicatum in Curia nostra *d. XXVI. Martii 1680. inter Epum Wielinga & A. D.* Per Reconventionem fieri quoque Reum, & constitui actionem absque citatione, satis manifestum est.

4. (d) Diversa ab in jus vocatione erat *Citatio* absentium, quæ fiebat post litem contestatam, vel etiam ante, postquam litigantes in jus venerant, actione jam edita, satisdationibus aliisque judicii præambulis jam peractis, quæ tradit D. A. Matth. *d. tractat. disputat. 7.* usque *ad th. 43.*

SCHOLIUM.

Differt præterea ratione objecti. In jus vocatur reus, Citantur actor, testes &c. Schulter. d. th. 6.

Hæc citatio fiebat voce præconis, *l. 7. de in integr. restitut.* vel potius Legitimis Edictis, *l. 63. & seqq. de jud. Nov. 112. cap. 3.* Ordo eorum est, ut si ad primum Edictum non veniat reus, post denos dies alterum, & post totidem tertium proponatur; si nec tum adsit, peremptorium impetratur, quod adversarium non patitur diutius tergiversari, & quo minatur judex, se absente reo, in causa processurum, *dd. ll.* Potest etiam Prætor vel Judex, post duo vel unum Edictum dilatorium concedere peremptorium, quod vocatur unum pro omnibus, prout causæ, temporis, aut personarum ratio exigat, *l. 72. de judic. l. 1. & 2. de Iter.* Quo usque autem procedatur adversus eum, qui citatus non stitit sese, *infra* videbimus.

5. (e) Jure novo differentiæ illæ Vocationis in jus & Citationis sublatæ sunt; verum quia discrimen Judicis, & ejus qui Jurisdictioni præest, cessat, quia modus in jus vocandi nunc idem est, qui citandi, neque vox, quæ exprimit evocationem ex *loco*, abludit; non est a ratione juris alienum, quod ab Interpretibus communiter, & usu fori, ipsa in jus Vocatio appellatur Citatio, tametsi quæ primo fit, proprie maneat & dicatur, adhuc in jus Vocatio. Primam illam Citationem dividunt in Ordinariam & Extraordinariam. Ordinaria est vel simplex, vel libellata. Simplex, quæ fit sine editione causæ; Et hæc rursus aliter fit in judiciis inferioribus, aliter in superioribus. In illis, solo jussu judicis per nuntium publicum, ad requisitionem Autoris, sine libello, quem apud nos Judices inferiores exigere prohibentur, *3. Stat. tit. 2. act. 25.* eumque citandi morem in dicasteriis inferioribus, usitatum esse in Hollandia, testatur Grœneweg. *ad l. 6. h. t.* & de Germania pluribus Bokelm. *ad h. t. th. 7. in pr.* In superioribus Curiis etiam Citationes simplices, quando partes inde ab initio apud *Commissarios*, ut vocant, Curiæ actionem instituerunt. Hi citationem quidem per Edictum emittunt, sed absque narratione causæ. *Libellatam* vocant citationem, quæ continet narrationem causæ, de qua Reus citatur; *

* In Saxonia tenor libelli, aut Copia ejus, Citationi regulariter inseri debet, *fac. Ordin. Proc. Sax. Tit. 4. verb.* und damit der Citatus iedesmahl, worzu er eigentlich vorgeladen ꝛc. *j. R. l. d. An. 1654. § 34.* ne actori objiciatur exceptio non communicati libelli, & sic mora liti injiciatur, *c. 2. X. d. dilat.* Coler. *Decis. Germ. 110. num. 4.* Carpzov. *P. 1. C. El. 2. d. f. 31.* ex justa tamen causa omittere quandoque licet in citatione commemorationem causæ, e. g. cum metuendum sit, ne reus ad negandum se præparet, aut fugam arripiat comperto negotio; Ceu in cambiali causa resp. *Fac. Jur. Lips. M. Jul 704.* Menck. *ad O. P. S. t. 4. §. 7.* conf. Carpz. *Proc. tit. 7. art. 2. n. 24. seqq.* Richter, *Vol. 2. Conf. 197. n. 4. seq.*

(d) *Post. 9. 10. 11.* (e) *Post. 12. & seqq.*

eaque *narratio* ex libello supplice, quo petit Actor citationem, a scribis excerpitur, ut habeat Reus, quo deliberet. Ex hac differentia pendet decisio quæstionis, de qua non conveniunt Dd. quos vide apud Zutfanium *tit. de Citatione act. 2.* an citatus ex certa causa, respondere teneatur ad aliam. In simplici citatione, per quam causa non specialiter exposita fuit, videtur teneri; in libellata non tenetur, quoniam in illa narratio certæ causæ comprehensa fuit, ut reus haberet deliberandi arbitrium: quod non habuit in causa cruda. Hinc etiam patet responsio ad hanc Quæstionem: An in jus vocatus statim teneatur ad litem contestandum; vel excipiendum; an petere possit dilationem & amplius deliberandi spatium? In simplici potest petere, in libellata non potest, *ratione manifesta*, nec aliter usus fert.

6. (f) Ordo igitur & quasi historia citationis ordinariæ in foro, breviter sic est: Actor libellum supplicem offert Judici, in quo causam exponit & petit citationem in Curiis majoribus; in dicasteriis inferioribus sine libello supplice. Nuncii ad instantiam actoris citant partes, etiam inconsulto Judice, vel consensu ejus obiter impetrato. Ex libello actoris judici oblato, scribæ conficiunt citationem *, ut causa petendi quoque inseratur, idque hodie est vice libelli, quem juxta citationem jure civili actor reo offerre debet, *Auth. offeratur. C. de lit. contest.* servit inquam ea res loco antiquæ Editionis ex Edicto Prætoris. Formula Citationis fere hæc est: Nomen Judicis præmittitur, qui verba dirigit ad Reum citatum, cujus nomen & cognomen addit; Tum nomen ejus, qui citationem petit; deinde causam; locum judicii; postremo diem, sive terminum, quo sistere se debeat **, quod hodie pro ratione locorum arbitrarium est. Videndum autem, ut tollatur ambiguitas circa diem termini, an computetur in termino; ne simpliciter numerus dierum, aut hebdomadum, vel mensium ponatur, sed dies certus, quatenus fieri potest, quo se reus judicio sistat, præfigatur, *ut fit.* Quod si judex sit delegatus, is commissionis suæ, quam vocant, tenorem, inseret citationi; &, si, ut plerumque fit, mandatum sit ei, primo id agere, ut partes in concordiam adducat, non addit causam citationis, utpote quæ apud ipsum coram, antequam ad litigandum veniant, proponetur.

* Secundum *Resol. Grav. de Ann. 1653. 57. tit.* von Justitien-Sachen. *Grav. 17. & Mand.* Jo. Georg. III. *Dippoldisw. d. An. 1691. §. 1.* actuarii non debebant citationes ante emittere, ‡ quam ab actore præstita Guaranda & cautione pro Reconventione atque expensis, nec non exhibita legitimatione, quod hodie quandoque negligitur, reservata reo potestate, exceptione dilatoria cautionum præstandarum neglectum &c. urgendi.

‡ Quid novissimi Juris Judiciarii sit, collige ex his quæ ex *O. P. S. E. I. & E.* supra *p. 435. & 436.* attulimus.

** Jure Saxonico Electorali, ‡‡ quoties reus citatur ad sententiam præclusivam ferendam, v. g. ut documenta habeantur pro editis recognitis; rei pro confessis & convictis; lites pro affirmative contestatis, aut, cum exceptiones, probationes, demonstrationes, vel documenta præcludi intenditur; item ad ferendam sententiam comminatoriam perpetui silentii, citatio debet continere terminum Saxonicum, id est sex septimanas & tres dies. *Ord Pr. Sax. Tit. 4. pr. verb.* auch darneben einen rechten *legalen Termi-num. it. Tit. 10. §* Im Fall aber, *j. Resol. Grav. d. An. 1601. tit.* von Justitien-Sachen. *Grav. 12. Appellations-Patent de Ann. 1670. §* Anlangende. Carpzov. *P. 1. C. 2. def. 22. & in Pr. tit. 7. art. 2. n. 39. sqq.* non computato die insinuationis & Termini; Id. *l. c. n. 50 sq. & add C. def. 23.* Menck. *ad Ord Proc. tit. 4. § 8.* Quando autem non facta est comminatoria, declaratoria, aut condemnatoria in expensas, spatium 3. septimanarum sufficit, *d. Appell. Pat. §* Anlangende. Imo ad ferendas sententias præparationem haud deliderantes, e. g. in termino publicationis sententiæ aut decreti inrotulationis actorum, &c. aut ubi processus accelerandus est, e. g. in causa cambiali, &c. ne quidem tres hebdom. exiguntur. Menck, *d. l. § 9.*

‡‡ Et quidem novissimo cautum est, ut prima statim citatio sub præjudicio, & prout causa & circumstantiæ admittent, sub pœna confessi & victi, recogniti, præclusi &c. fiat, spatium habitura Saxonicum dierum XLV. deductis insinuationis & termini non computatis, quale spatium durante etiam lite in omnibus citationibus sive comminationem contineant, sive fatale habeant pedissequum, est indulgendum. Primo termino officio Judicis, aut ad partis alterutrius petitionem circumducto, in iterata citatione termino Saxonico opus non est, uti etiam spatium termini primi in causis ad Politiam opificiaque spectantibus, aliisque minoris momenti, & **quæ moram non ferunt, coarctare pro arbitrio, Judici est permissum.** *O. P. S. E. I. & E. Tit. V. § 1.*

(f) *Pos. 27. & sqq.*

7. Con-

7. Concepta citatio, per viatorem sive nuncium publicum Reo ipsi, vel si haberi nequeat, ejus domesticis insinuatur, aut foribus affigitur, *arg. l. 4. § 5. de Damn. infect. c. causam. X. de dol. & contum.* * deque sua expeditione viator relationem scribit quæ actis adjungitur plenamque fidem meretur, *l. 9. § 13. de reb. eor. qui l. 5. C. de exact. tribut.* ut tamen probatio contraria non excludatur, *arg. § 11. Institut. de Inutil. stipul.*

8. Hæc de Ordinaria citatione. Sequitur Extraordinaria, quæ variis modis intelligitur, 1. Ratione insinuationum. 2. Ratione sistendi. 3. Ratione expediendi. 1. Ratione modi, Ordinaria fit, ut dictum, voce viatoris, ipsi reo, vel ad domum ejus insinuata, aut aliter per edictum, quod viator reo ipsi prælegit & tradit, aut ad domum ejus deponit; vel nemine reperto, valvis affigit, nec enim rei ipsius præsentia vel scientia requiritur ad valorem citationis; quoniam hoc requisitum judicia nimis remoraretur. Christinæ. *ad LL. Mechlin. tit. 13. act. 7. n. 3.* Extraordinaria fit per Edictum solenniter publicatum affixione **, tympanis, tubis, machinisve campanis,

* Apud nos citatio fieri debet † per nuncium juratum, *Ordin. Proc. Sax. tit. IV. Verb.* Durch gewissen dem Gerichte verpflichtete Boten, aut in subsidium, absente vel ægrotante nuncio, per Notarium, Carpzov. *Proc. tit. 7. art. 1. n. 77.* aut etiam per privatum, qui factum insinuationis sacramento confirmet, Carpzov. *d. l* ipū regulariter principali ad domum habitationis, *Mand. Elector. Dippoldisw. d. Ann. 1691. § 6.* Iique plures sint litis consortes, singuli sunt citandi; alias non comparentes pro contumacibus haberi nequeunt, *d. Tit 4. Ord. Pr. Sax. § 1.* ubi § Wegebe. continetur exceptio in casu, quo reus in pluribus territoriis possessionatus est, ac, ipso post litem motam defuncto, divisis inter heredes feudis, unus tantum feudum in territorio, ubi lis pendet, possidet, tunc enim singuli in genere citantur, & citatio possessori feudi insinuatur, qui eam reliquis cohæredibus transmittere tenetur. Mencke *d. l. § 10.*

† Secundum novissimum Jus per nuncios juratos, & ruri, per personas judiciales, ipsi citando, vel domi ejus, aut in taberna, conjugi, parentibus, liberis adultis, aut famulis, qui a citando victum & mercedem accipiunt, quorum omnium nomina, in nuncii relatione de insinuatione facta apud acta sunt annotanda. Non sunt insinuandæ citationes Colonis & Inquilinis, aut aliis extraneis ignotisque hominibus, potius si antea memoratarum personarum nulla est copia, aut eædem citationem accipere detrectant, hæc foribus ædium cœnaculorumve est clavis affigenda. Si quis certo domicilio non utitur aut peregre abest, citandus est in prædio, quod familiarium quis ejus nomine possidet & administrat. Si plures heredes sunt, hereditario fundo nondum diviso; in hoc sive feudali, sive allodiali, citatio insinuanda ex heredibus illi, qui in fundo versatur, qui sub 5. thalerorum mulcta tenetur coheredes suos quantocyus de citatione edocere, & qui hoc a se factum sit, apud acta ostendere. Pupilli, minores, mente capti, furiosi, prodigi, absentes, & similes personæ si citandi sunt, insinuatio facienda Parentibus, tutoribus, curatoribus, & quidem si plures in solidum constituti, omnibus atque singulis. Si Senatus citandus est, in Curia, aut Consuli Regenti, aut Syndico Grammateove; si Civium Ordo, Tribunis, den Viertheilsmeistern oder Ausschuß-Personen; si Tribus & Collegium opificum, Senioribus, den Ober- oder Vormeistern; si Rusticorum Universitas, Judicibus, dem Richter oder Heimbürgen, literæ tradendæ sunt, non horum omnium atque singulorum familiaribus & domesticis; Rustici jure Universitatis non gaudentes, Hüfner, Cassaten, Handfröhner, per tenorem, durch einen Umlauff, comparere jubentur. *O. P. S. E. I. & E. Tit. IV. § 2.* Hæc de prima citatione; in sequentibus Terminis, plurium litis consortium, ut & absentium citatio Procuratori, quem citationum accipiendarum causa constituent, &, ut constituant, in prima citatione jubebuntur, aut si hoc factum non erit, Advocato, Procuratori, Actori, quo in primo termino usi sunt, & eorum, quorum in § 2. facta est mentio, domesticis rite insinuari poterit. *d. Tit. § 3.* Judex citationem rite insinuari curet, & qui hoc factum sit, diligenter in actis annotet; si in hac re, aut in spatio primi termini assignando aliquid peccabitur, judex jactura sportularum, & restitutione expensarum extrajudicialium mulctabitur; sumtus quoque in sententiam interlocutoriam & nuncios factos suos faciet, nisi errorem termino denuo constituto aut prorogato tempestive emendaverit. *d. Tit. IV. § 4.*

** Hujusmodi citationem Jus Saxonicum requirit in concursu creditorum, ob copiam citandorum, *Ref. Grav. d. An. 1661. tit.* Justitz-Sachen, *gr. 10.* item in processu desertionis contra conjugem instituto, si privata citatio locum habere nequeat, quo casu desertor vel desertrix, citatur in tribus diversis territoriis, dreyer Herren Landen. vid. Berger. *Elect. Proc. Matrimon. § 50.* Item cum is qui citatur, est vagabundus, conf. Blum. *Proc. Cam. t. 28. n. 24.*

quas

quas vocant, idque fit, quando Reus, in quem jurisdictio fundata est, non habet domicilium, aut non reperitur in territorio jus dicentis, & causa atrocior est, maxime criminalis, ut, inquam, apparatus ejusmodi instrumentalis adhibeatur: Nam in civilibus simplici promulgatione in finibus territorii, & secuta adfixione, res peragitur. Habet autem locum hæc citatio extraordinaria, cum Reus in diversa Republ., non, si in diversa ejusdem Reip. jurisdictione versetur, quo casu sufficit requisitio, de qua *infertus*.

9. II. Ratione sistendi sit extraordinaria Citatio, quando quis ita vocatur, ut ipse in *propria persona* veniat seque sistat, quod plerumque fit in causis criminalibus, quoties delictum non est tam grave, neque tam liquidum, ut Judex Reum putet comprehendendum, tunc ipse venire debet, nec procuratore mittendo defungi potest; quod in ordinariis promiscue fieri potest, & solet ubique gentium, & bene convenit *cum Tit. D. & C. de Procurat. & defensor.* Etiam id licere, quando Judex aliquem in civili causa, *in persona* ut veniat, citari jussit, tradunt ex Jasone *in l. pecuniariis. n. 5. C. de Procurat.* Quod minime probandum de his, quæ extra ordinem in id concipiuntur, ut vocatus ipse compareat, seu literis obsignatis, sive apertis, ut frequenter usu venit; si ordinariæ citationes ita concipiantur, vera est Jasonis sententia.

10. III. Extra ordinem fit Citatio, ratione *expeditionis*, quando ab eo, ad quem vocatus est reus, citatio non potest fieri; propterea, quod ejus jurisdictioni non sit subjectus: tum Magistratus loci, in quo Reus agit, *requiritur*, ut ipse Reum citare velit, quo se Judici, ad quem vocatur, & cui alioqui non est subjectus, sistat: quæ vocatur *Requisitoria* Citatio. * Ut intelligatur, quando hæc requisitoria locum habeat, præsumi hic oporteret causas, in quibus aliquis Forum alibi, quam in loco domicilii, sortitur, de quibus ad *tit. de Judiciis* agetur. Hic tamen breviter sunt collocandi casus præcipui, quibus Judex requiri potest, ut civem suum ad aliud tribunal citet, & quibus rogatus non habet causam negandi. I. Casus est, si quis in rem actione conveniatur illic, ubi res sita est, cum alibi degat; idemque juris est in Arresto reali, de quo *infertus* agetur. II. Casus, quando quis convenitur in loco contractus alibi quam degit, si bona illic sita, & alibi domicilium habeat. III. Quando quis est particeps causæ inchoatæ ac in Judicatum deductæ, quæ nequeat separari, ut est judicium familiæ erciscundæ vel communi dividundo. IV. Quando quis certo in loco citatus & litem contestatus deinceps abesse cœpit; hic si ob incidentes causas denuo citandus sit, requisitione opus est. Sunt quibus valde sedet, ex ratione Juris, *submissionem*, id est prorogationem jurisdictionis, de persona ad personam, qua quis promittit, se jurisdictioni alterius judicis pariturum, esse causam requisitoriæ citationis justam: Sed hoc præcedenti titulo *de Jurisd. n. 10.* secus demonstratum est; aliterque citationem vi submissionis non posse fieri, quam si Reus, qui prorogavit, in territorio judicis, cui se submisit, reperiatur. Dicunt, ad hoc, ut in jus vocem eum, qui in jurisdictione nostra deprehensus est, nihil opus esse submissione, quæ facta fuerit, cum hoc per Arrestum obtineri possit; quod concedimus, illic, ubi Arresta in usu sunt; sed juri Romano & praxi locorum, qui hac parte jure scripto utuntur, hæc objectio non quadrat. Locus contractus etiam non sufficit ad hanc citationem promerendam; sed expectanda similiter deprehendendi rei occasio, ut infra *ad tit. de Judic.* intelligemus.

11. Effectus requisitionis ad citandum alius est inter diversa ejusdem Reipubl. Tribunalia, & alius inter diversas Respublicas sibi mutuo non subjectas. In eadem Republ. tenentur omnes & singuli Magistratus requisiti, citandos curare tales

* Item mediata, vel subsidiaria, de qua vid. *Mand. Dippoldisw. § 6.* nec non *Ref. Grav. d. Ann. 1661.* von Consistorial-Sachen. *grav. 11.* quæ scil. fit alterius judicis subsidio, ita quidem, ut simul citato injungatur, quo procuratorem in loco judicii mandato speciali instructum constituat. Atque hæ citationes mediatæ plerumque apertæ, non obsignatæ transmitti solent, ut videat requisitus judex, requirentis jurisdictionem esse fundatam. Subsidiaria hac in jus vocatione utuntur apud nos, etiam Consistoria, sine mentione tamen verborum: *in subsidium*, quoties citandi subsunt jurisdictioni Nobilis vel Civitatis, *d. gr. 11.* Carpzov. *Jur. Conf. l. 3. def. 19.* nam qui sub præfectorum jurisdictione constituti sunt, immediate citantur a Consistoriis, vid. *Reser. Reg. & Elect. d. An. 1703. d. 9. Febr.* apud Berger. *Elect. Proc. Matrim. § 17* conf. Brunnem. *Jur. Eccl. l. 3. c 2. § 11.* qui, extra Electoratum Saxoniæ, Consistoriis regulariter jus immediatæ citationis sine discrimine vindicat, cum vice Principis jurisdictionem exerceant, in quam sententiam resp. *Fac. Jur. Lipf. Mens. Januar. An. 1703.* Menck. *d. l. § 2.*

fuæ Reip. incolas aut cives, qui ex cauſis in jure communi cognitis, ad alienam juriſdictionem, certarum cauſarum reſpectu, pertinent: Aut ſi id negligant, vel recuſent, poteſt Superior rogari, ut is inferiorem magiſtratum compellat, quo citationem requiſitam permittat in ſuum ſubjectum fieri: Vel forte poſſet reus, immediate ad Supremam Curiam vocari, tanquam ex cauſa negatæ juſtitiæ, de qua ad *tit. de jud. & foro compet.* ſimiliter agetur. Sed ut defectu hac parte, ita non minus exceſſu nimiaque facilitate, peccatur a magiſtratibus, qui juris imperiti citationes requiſitas, cauſa minime cognita, promiſcue concedunt, ut in more poſitum eſt inutili noſtratibus Urbium & Agrorum magiſtratibus. Longe rectius conſulunt in Hollandia, ubi Magiſtratus requiſitas citationes non permittunt, niſi Reis auditis, & ſi de cauſa fori mutandi ſibi non liqueat, negant requiſitionem: Nam cum e diverſa Republica fit requiſitio ad judices alieni Imperii, jam deficit effectus compellendi judices requiſitos. Ideoque ad evitandas precariæ citationis moleſtias, ſatius eſt EDICTO uti; ſæpe enim plures literæ commutantur, antequam citatio impetretur; ut expertus memini, quando a Commiſſario Curiæ, citationes Requiſitoriæ ad Magiſtratus Hollandicarum urbium implorarentur; quos tamen non reprehendo; nec enim decet eſſe faciles magiſtratus in permittendis ſuorum civium evocationibus. Sed diverſæ Provinciæ Actores, non coguntur eam viam requirendi citationes inſiſtere, verum poſſunt Reos, adverſus quos citationis cauſa, rationibus, quas *ſupra* expoſuimus, fundata eſt, curare citandos *per Edictum;* Quod proinde non poteſt ex cauſa ſubmiſſionis, aut celebrati contractus inſtitui; verum ex iis tantum, propter quas *requiſitoriam* recte peti, & concedendam eſſe, docuimus. Si fiat ex cauſis non juſtis, atque Actor adverſus reum veluti contumacem procedat, ſententiamque, ut *hodie* poteſt, obtineat; executio a magiſtratu requiſito jure negabitur, ut negatam eſſe temere petitam, habeo compertum. Cauſa bene comparata, moris eſt, ut apparitor Curiæ apud fines Provinciæ citationem peragat, eamque idoneo loco adfigat: ſimul per literas certiorem faciat Reum citationis in diem certam factæ. Cujus rei cum relationem Apparitor depoſuit, nihil ad effectum citationis Edictalis amplius deſideratur: neque tum cauſa datur Judici requiſito negandi executionem. Sed quia tamen hæc res ab arbitrio Judicis diverſæ provinciæ pendet, plerumque non male conſulitur, ubi cauſa citationis requiſitoriæ, aut Edictalis, extat & exercetur, ut Judex Edictum edens habeat in ſua poteſtate bona, in quibus & ex quibus materiam executionis conſequi poteſt.

12. (g) Ordinaria citatio, rurſus dividitur in Dilatoriam & Peremptoriam; duæ priores ſunt dilatoriæ, tertia peremptoria; fere ſicut eſt in *l. 63. & ſeqq. de Judic.* in qua lege quod de citationibus poſt litem conteſtatam traditur, id mores hodierni ad primam citationem, hoc eſt ipſam in jus vocationem, transtulerunt, niſi quod ut plurimum duæ ſint dilatoriæ, cum *d. l. 63.* tres dilatoriæ plerumque peremptoriam præcedant, quamquam & ſeio, ubi tres dilatoriæ præmittuntur. Peremptoriæ in iis locis, ubi priores citationes viva voce ſiunt, fere in *ſcriptis* emittuntur, ut noſtris Statutis expreſſum *l. 3. tit. 2. art. 29.* Jure civili in reum contumacem, qui ſe nunquam ſtitit, non fertur ſententia, ſed tantum, ſi poſt litem conteſtatam fuerit contumax, *Nov. 69. c. 3.* de quo caſu agitur *in d. l. 63. & ſeqq.* ubi & Edictum, ſive, ut nunc loquimur, inſtantia circumducitur, ſi actor poſt litem conteſtatam abfuerit. Hoc hodie in noſtris foris ſtatim quoque a prima citatione fit; ut ſi actor ipſe non ſiſtat ſe, tum reus petat, inſtantiam circumduci, actorque omnia redordiri debeat, impenſis reo ſolutis. Gudel. *l. 4. de jur. novit. c. 6. in fin.* Reo non veniente ad primam citationem, quid jure civili & moribus obtineat, videbimus ad *tit. ſequentem.*

13. Dividitur etiam a pragmaticis citatio in generalem & ſpecialem. Generalis aut judicii, aut rerum, aut perſonarum ratione dici poteſt. Reſpectu *Judicii*, quando una citatione Reus ad omnes judicii partes & actus vocatur, quæ in magnis Imperiis uſum habet frequentiorem, ut de Camera Spirenſi teſtatur D. Bökel. *ad h. t. n. 10.* apud nos inuſitata eſt. Ex cauſa *Rerum*, ſi quis ex cauſa adminiſtrationis multarum rerum, Mandati, aut Societatis omnium bonorum, ſimiliumque vocetur, utique ſi res cohæreant: Nam ſi quis alium vocet in jus ob diverſas v. c. injurias, non ſpecialiter expreſſas, vel ob diverſa debita nullis ſpeciebus nominatis, ſine dubio nulla erit Citatio; quia reo non præſtat deliberandi facultatem, quæ debetur *ex Auth. Offerat. C. de lit. conteſt.* quanquam hodie, ſi quis ad Commiſſarium Curiæ vocetur, ejuſmodi citationes generales admittun-

(g) *Poſ. 21. & ſeqq.*

mittuntur, quia, ut *supra* dictum, illic, post audientiam primam, civile spatium deliberandi non potest negari. Ratione *Personarum* dicuntur Citationes generales, quando vocantur omnes alicujus causæ consortes, vel omnes, quorum interest & qui sua interesse putant, ut quando citantur heredes alicujus defuncti, vel membra Collegii, aut incolæ alicujus loci, non expressis singulorum nominibus, (si quidem ut corpus unum vocentur, magis est ut non sit generalis vocatio.) Quando autem ejusmodi generales citationes ita expediuntur, ut singulis innotescant, non videtur esse causa illas improbandi effectuque destituendi: quando singulis, inquam, heredibus, aut consortibus, omnibusve pariter insinuantur, voce, vel si major & diffusa multitudo sit, publico signodato; quemadmodum nuper Creditores urbis Doccumanæ, cum civitas de bonis universitatis solvendo non esset, omnes ac singulos cives, ut de suis patrimoniis solverent, in jus vocaturi, per sonitum æris publici, Campanam dicimus, omnes municipes in templum citaverunt, ibique citationem prælegerunt. Quando autem per generalem citationem non omnes, ad quos ea res pertinet, certiores fiunt, non videtur hæc ignorantibus præjudicare. Velut, si quis heres ex beneficio Inventarii impetret citationem per Edictum, adversus omnes Creditores, non poterit obesse causam ignorantiæ habentibus; sed horum respectu heres pro puro herede habebitur; utique si creditores certi sint, aut scire queant; Incertos per Edictum vocandos esse, res loquitur, Sand. *l. 4. tit. 12. def. 5.* Gail. *l. obs. 57. n. 6. & seqq.* sed an cum hoc effectu, ut non venientibus, etiam ignorantibus, perpetuum silentium imponatur? ita fieri posse tradit Gail. *d. loco.* Sed hoc ut jus Romanum, ita nostram quoque praxin, ignorare puto: Sunt præscriptiones Legitimæ, quibus Actiones excluduntur, quas eo modo adversus ignorantes præcipitari, non habet rationem. Huc pertinent citationes generales per Edictum, quibus venditores immobilium rerum utuntur adversus omnes, qui jus in ea re sibi arrogent, ut intra certum tempus actionem instituant, vel perpetuum sileant, quas multis locis receptas esse, legimus apud Scacham *de judic. lib. 1. c. 34. n. 23.* non tamen præjudicare possessoribus, nec iis, qui facile cognosci poterant, probat in decisionibus Brabantinis Petrus Stockmans *decis. 115. & seqq.* Sed has quoque citationes jure civili nostroque Foro, non æque apud vicinos, ignotas opinor esse: Ratione jam dicta, quia non nisi Legis auctoritate cuiquam, sine delicto, jus suum interverti potest.

14. Feruntur & aliæ divisiones, in scriptam & non scriptam, de quibus ex his, quæ superius dicta sunt, repeti potest, quod ad intellectum sufficiat. Lege potest fieri, ut omnes citationes sint peremptoriæ, quemadmodum Statutis nostris, de Citationibus Supremæ Curiæ constitutum est, *l. 3. Statut. tit. 11. art. 4.* Divisio in Verbalem & Realem citationem, Doctoribus usitata, (h) non est accurata, quatenus per Realem intelligunt prehensionem & Arrestum personale. In Jus vocationem realem non esse, manifestum est: quia in criminalibus occupat eam & absorbet prehensio, in Civilibus Arrestum personale, quod vocant, semper cum in jus vocatione conjunctum esse debet, ideoque ipsa in jus vocatio esse non potest, ut *inferius* demonstrabitur. Hæ autem omnes divitiones, de prima citatione, id est de in jus vocatione, sunt accipiendæ: a quibus diversæ sunt, ut imitentur tamen illas, quæ postea fiunt ad incidentes litis partes, Citationes, ut cum partes se mutuo vocant ad interrogationes probatorias, examina testium, audiendam sententiam, readsumptionem quam vocant & similia, de quibus alibi, quod dicendum erit, occurret.

15. (i) Fuere partitiones, quibus pleraque hujus tituli notabilia complexi sumus. De personis citationem petentibus, accipientibus, & jubentibus, multa dicere necesse non est. Petere potest citationem, (nam ad petitionem partium conceditur, *l. 63. & seqq. de Jud.* nisi extra ordinem magistratus ex officio aliquem vocet, ut sit *l. 13. in pr. de off. Præf.*) quicunque habet personam standi in judicio, *l. 1. & 2. C. Qui legit. person.* de quibus *ad tit. de Judiciis* agendum. Citari possunt, qui non prohibentur, & qui prohibeantur, id dictum superius; quibus addendi omnes, qui non habent legitimam personam standi in judicio, de quibus *infra.* Quisque ita citandus, ut in judicio stare potest ac solet; si Reus est minor, * ut cum suo Curatore vocetur; si dubitet actor, an sit, alternative, *ut, si minor sit, legitime compareat*, ac ita fit omni die. Si pupillus

* Hoc casu citatio ejus patri, tutori, vel curatori insinuanda est, Jure Civili, *l. 1. § 2. ff. de admin. & peric. tut.* & Saxon. *d. Mand. Elect. d. An. 1691.* § Dieweil auch *6.*

(h) *Pos. 39.* (i) *Pos. 32. 35.*

infans, ipse Tutor vocandus est in *sua qualitate;* major septennio pupillus vocatur cum Tutore, qui vel ipse potest judicium suscipere, vel pupillum exhibere, ut ei præstet auctoritatem, quod sæpe fit, ut Tutor vel Curator hoc malit fieri, quam suum solius nomen præferri, *l. 1. § 2. de Administr. Tut.* Igitur ex juris ratione Reos minores, & pupillos infantia majores, ipsos citari oportet, ut cum Tutoribus, vel hi soli veniant; Debetur enim ipsis electio; ipsi per se vocari non possunt; etsi aliter fit vulgo in foro nostro, ut in ipsos pro sua qualitate citatio dirigatur. Idem juris & moris est in maritis respectu uxorum, & qui præterea Curam aliorum habent.

16. Cum citatio sit primus actus Jurisdictionis, concedi potest ab omnibus, qui habent jurisdictionem, sive judex ordinarius, sive mandatarius, vel delegatus sit, & hic non pro suo, sed pro ejus, imperio agit, cujus mandatu jus dicit, *l. 3. de off. ej. cui mand. C. Sane quia nos. XI. X. de off. deleg.* Id omni die usum habet in Commissariis, qui a collegio Judicum delegantur, inde ab initio, vel post litem contestatam, ut causam cognoscant & in statum judicandi deducant, aliquando & sententiam ferant, ut sit in judiciis quibusdam summariis. Delegatus tenorem mandati sui, literis citationis inferere debet, *arg. d. l. 3. & cap. 11.* nam si de mandato non constet, parere nemo cogitur, *c. cum in jure X. d. t. de off. deleg.* ubi id extat, etiam partes multa dicta aliisve mediis prætoriis cogi possunt, etsi mandato id non sit expressum; *cap. præterea 5. eod. tit.*

17. De modo faciendi citationes, intelligi potest ex iis, quæ in partitionibus dicta sunt; Tempore etiam fieri non debent prohibito, quale feriatum est divini instituti, *l. 3. ult. C. de Fer.* De humanis feriis nulla prohibitio est, & fiunt omni die. Sed in tempus feriatum facta citatio, seu divinæ sive humanæ sint feriæ, nullius momenti est, *l. 1. in pr. & § 1. ff. de Fer.* Quod alii volunt, in diem feriatum factam citationem, tenere in proximam judicialem diem, juris auctoritate caret; nam textus, qui profertur ex *l. 2. § pen. C. de Tempor. appell.* non agit de citatione, vel de termino a judice præfixo, sed de generali cessione fatalium appellandi, quæ nihil cum in jus vocatione habent commune. Id equidem concedere licet, si exiguum sit discrimen, ut errorem calculi vel scriptoris esse appareat, recte facturum, qui citatus est, ut se die sequenti judiciali sistat. Quo tempore diei, non est præscriptum; nisi interdiu potius quam noctu, ut tamen post solis occasum factam citationem esse nullam, vix affirmare liceat, si tempestas adhuc rebus agendis idonea fuerit.

18. Hoc inter omnes constat, si quid in modo citationis peccatum ejusmodi fuerit, quod inferat nullitatem, id tamen auferri & emendari, si Reus sponte venerit, ut probatur *ex l. 1. § 1. de Fer.* Ex quo loco tamen non probatur, quod Doctores allegati a Zutfenio *prax. Belg. tit. de Citat.* tradunt, etsi Reus venerit allegaturus exceptionem vitiosæ citationis, eum nihilominus ad litigandum teneri. Nam in *d. l. 1. § 1.* est, valere sententiam, *si sponte litigaverint.* Non abhorret tamen illa sententia a vero, si tempore comparitionis illud impedimentum non duret ortare processui litis. Velut, citatus est aliquis die feriato divino, quæ nulla erat; venit die judiciali; non potest excipere de vitiosa citatione. Meminit in Curia suprema rejectam esse exceptionem mulieris nuptæ, quæ citata erat absque marito, & tamen in jus venerat cum viro, *ante ferias natalitias anno 1682.* Ratio liquet ex eo, quod citatio instituitur, ut Reus præsens sit in Judicio; quod ubi factum, si tunc nihil habeat, quo se judicio subducat, obnoxius est jurisdictioni: Quod si duret impedimentum, exceptio datur non a citatione, sed e vitio processus.

19. (k) Reliquum est, ut effectus in jus vocationis exponamus. Ex his præcipui sunt, I. quod rem faciat litigiosam, *Auth. litigiosa. C. de Litig.* de cujus rei usu locus est *alibi;* facit enim initium controversiæ, & judicii late sumpti, ut dictum *supra ex § ult. I. de pœnis tem. litig. & l. 7. de Quer. inoff.* II. Exceptionem tamen litis pendentis inde nasci, Curia non censuit nostra, idque defendit Sandius *l. 1. 7. 1.* quod & a nobis collocatum ita in *posit. 37.* ad quod ita D. Thomasius.

SCHOLIUM.

Si nimirum reo impensas priores litis restituat actor, aut restituere paratus sit, Sand. d. l. *Ergo si impensas non restituat, omnino litis pendentiam opponet reus, & ita intelligo* Strauch. XXIV, 4. Conf. notata ibid. p. 341.

Responsionis loco erunt sequentia. Si quid valet lex *ult. C. de in jus voc.* dicendum esset fortiter, litem intelligi pendentem statim ab in jus vocatione, nec posse Reum post eam, aut libelli oblationem, ad aliud tribunal citari, licet actor

(k) *Posit. 37.*

expensa

expensa refundere velit. Sic enim in *d. l. ult. in fine* scriptum est: *Qui semel in jus vocavit, si post admonitionem eum ad alium judicem ob easdem causas vocaverit, & eum indemnem præstet, causa cadat, etsi justam habuit actionem.* Sed est Græca Constitutio ex Basilicis desumpta, quæ non erat in Codice, cum primum Justiniani disciplina in orbe Christiano recepta est: ideoque non habet Legis vim in Judiciis. Proinde si textus aut ratio juris id aliunde non inferat, vix est ut *d. l. ult.* sufficiat in contrarium. Profertur *l. 30. de Judiciis: Ubi acceptum est semel judicium, ibi & finem accipere debet.* Sed his verbis, *acceptum judicium*, intelligi statum litis contestatæ, non est dubium, *l. 7. in pr. de aqua & aqua pluv. Is, cum quo agitur, cogitur accipere judicium.* Idem *l. 27. ff. ad Sc. Trebell.* ubi: *Familiæ erciscundæ judicium inter eum, qui restituit hereditatem, & qui receperit, accipietur.* Ita *suscipere judicium in l. 2. § pen. de Tut. & rat. distrahend.* Per litem contestatam fit novatio, fit quasi-contractus, & obligantur inter se partes; antea nihil quam ab actoris parte institutum est. Ideoque si reus indemnis præstetur, nullum videtur esse vinculum, quo Actorem habeat obstrictum, ut vocatus ad alium judicem, de lite alibi pendente excipere possit, eoque pertinent, quæ Gailius habet *in lib. 1. obs. cap. 7.* & exemplum Sandii judicatum *loco laudato.* Idque sæpe memini factum, ut, qui ex submissione duplicive foro, Curiæ supremæ simulque Judici inferiori subjectus erat, primo ad hunc vocatus, antequam respondisset ac ita litem contestatus esset, ad Curiam citaretur, oblatis expensis; quo facto nunquam dubitatum est, de exceptione litis pendentis rejicienda.

N. ADDIT.

Ergo, cum in hac paululum prolixiore responsione tandem Autor conveniat in eo, quod in Scholio erat positum, iterum non intelligo, quomodo Discursus hic responsionis loco esse possit ad Scholium nostrum, nisi forte responsionis voce tam late uti voluerit Autor, ut etiam declarationem Scholiorum & illustrationem sub ea comprehendat. Cæterum cum quæstio sit de usu practico assertionis, ad processum & ordinem judiciarium pertinentis, hic non tam erit respiciendum ad sensum juris Justinianei circa quæstionem præsentem, quam ad Jus canonicum. In hoc vero disertis verbis asseritur, quod terminus litis pendentiæ debeat incipere a citationis insinuatione. Clem. ult. ut lite pend.

Tamen inter effecta in jus vocationis bene refertur. III. Quod dat prærentionem judici, ‡ ad quem aliquis primo vocatus est: unde tamen non datur exceptio Reo, nam hæc a litis pendentia non discreparet: sed inter judices valet, quando reus diversis jurisdictionibus est subjectus, inter quos sæpe conflictus oriuntur, & in re communi melior est occupantis conditio, *cap. proposuisti. X. de for. comp.* Gail. *1. obs. c. 29. n. 5.*

IV. Effectus est, quod in jus vocatio perpetuat jurisdictionem, hoc sensu, ut si quis post in jus vocationem, ob privilegium, matrimonium, domicilii mutationem, aliamve causam, cœperit alii foro subjectus esse, non possit hoc privilegio vel sua præscriptione se tueri, *l. 7. de Jud. l. pen. de juris. l.* Et est hoc etiam genus quoddam prærentionis, ut ait *d. l. 7.* Nec opus est, ut de tali privilegio fori accipiamus *l. 12. Si quis caution. jud. sist.* qua de re Wissenb. *ad h. tit. th. 7.* Hæc autem observatio non modo ad privilegium superveniens, sed etiam amissum, pertinere potest. Exemplum: Scabinus quidam Snecanus ad Curiam vocatus erat, cui prima instantia, dignitate Scabinatus erat subjectus, ad III. Kal. Octobris 1681. Causa in judicium deducta est die XVII. Januarii sequentis anni, Kalendis deposuerat Scabinatum, & redactus erat ad jus ordinarii fori. Opponebat igitur declinatoriam, sed frustra, quia prærentus erat per in jus vocationem, *in causa D. S. contra C. R. H. 16. Febr. 1682.*

V. Effectus est, quod impediat ac interrumpat præscriptiones, ‡‡ *l. 3. C. de Præscr. 50. ann.* ubi: *subsecuta per executorem conventio. In l. 7. eod. in pr. per solam conventionem &c.* Idem de præscriptione longi temporis, in *l. 1. & 2. C. de præscript. long. temp.* Usucapiones enim & præscriptiones, nituntur derelictione vel negligentia domini præsumpta, quæ per in jus vocationem directe refutatur.

Denique VI. effectus est, quod in jus vocati mox ire, aut satis vel cautum dare cogantur, qua de re in titulis sequentibus agetur; ubi primo nonnihil de Arresto, quod nusquam melius, quam hoc loco referri potest, collocaverimus.

‡ Citatio ad libellum, qui inde ut obscurus & ineptus rejicitur, emissi, interrumpendæ præscriptionis habet effectum, non prærentionis & litis pendentiæ, quod ad citationem a Judice in competente factam est extendendum. *O. P. S. E. I. & E. Tit. V. § 4.*

‡‡ Vide, quæ nota proxime ante diximus.

De Arreſtis, & primo de Perſonali.

I. Significatio & etymologia Arreſti. II. Quid Jure civili de Arreſto Perſonali colligi poſſit. III. An & aliquid de Reali. IV. Quid Moribus de utroque receptum, excepta Friſia, cujus obſervatio refertur. V. Quid ſit Arreſtum, quotuplex & quo jure nitatur. VI. Qui & quos arreſtare poſſint, ubi de Legatis, Studioſis, mortuis. VII. De cauſis Arreſti perſonalis.

QUanquam *Arreſti* vox & inſtitutum, ut hodie uſurpatur, jure Romano ſit incognitum, non licet tamen nobis rem tota Europa uſitatiſſimam omittere in *hoc loco*, ſi quidem adeo res hæc in jus vocationi affinis eſt, ut ſub ejus diviſione verbalis & Realis citationis a multis comprehendatur. De verbo, quod Celticum eſt, tenendum primo, cum vario ſenſu accipiatur, eminere duas ſignificationes, quarum prima *Arreſtum* ſignificat judicatum, a quo non datur provocatio; quomodo ſupremæ Curiæ dicuntur judicare per *Arreſtum*. Altera, cum notat impedimentum juris, auctoritate publica injectum *de non movenda* perſona vel re ex eo loco, in quo conſiſtit, qui ſenſus heic uſu venit. Etymologiam nonnulli (vide Calvinum in *Lexico*) petunt e Græco ἀῤῥητον, *quod reſcindi nequit*; alii ab Ἄρεστον, *placitum*, quod Budæus dixit, eoque referunt clauſulam Galliæ Regibus in Edictis uſitatam; *Car tel eſt noſtre plaiſir; Hoc enim eſt placitum noſtrum*: quod veteres Galli non pro arbitrio, juſſu lubituque, ut vox Celtica, *plaiſir*, indicare videtur, ſed pro legitimo deliberatoque decreto acceperunt, ut ἄρεστον Græcis, rem pleno conſilio decretam ſignificat. Τὸ ἀῤῥητον ad rem, Τὸ ἄρεστον ad verbum melius ſonat; quatenus de priore ſenſu vocis, qui non eſt hujus loci, quæritur. Sed mihi verius videtur, *Arreſtum* eſſe Gallicæ originis vocem, e Latino corruptam. *Reſter* ſignificat Gallis *remanere*, a Latino *reſiſtere*; hinc veteres Galli fecerunt *adreſter, profacere ut remaneat; Arreſter quelquun, aliquem ſiſtere*; & Arreſtum *jus ſiſtendi*, ut & vulgo appellatur. Tu vide ſis, an hinc etiam altera ſignificatio non ſit orta, ut *Arreſtum* notet decretum *immotum*, quod ubi conſiſtit, ita manebit. Sententia Curiæ Supremæ, cauſam *adreſtat*, id eſt, in *ſtatum* ponit quo *manere* debet, ita ut amplius *moveri non* poſſit. Si hæc minus ab re videntur, quam Gallicæ vocis originem arceſſere e Græcia, tranſeamus ad rem ipſam.

2. Primo, quid ejus in Jure noſtro extet, diſpiciamus. Id ſatis conſtat, debitorem fugientem poſſe detineri, imo & nummos ei poſſe auferri, fortean etiam ſine judicis autoritate ſi res non ferat moram ejus opem implorandi, *l. 10. § 16. de his, quæ in fraud. Cred.* Quod ſi non ſatis habeat nummorum, unde ſatisfiat Creditori, juſtiſſima cauſa eſt, cum detinendi aut cogendi, ut in locum idoneum veniat ibique cuſtodiatur, publica tamen cuſtodia, privatis carceribus omnino prohibitis, niſi quatenus præcipiti occaſione Magiſtratus copia haberi non poteſt, *ut ad pr. de Judiciis* videbimus. Poteſt autem, ſi debitum ſit liquidum, detineri tantiſper, dum ſolvat, aut ex juſta cauſa ſatisfaciat, pignore vel ſponſore dato. Nam quod Pragmatici volunt, eum non eſſe relaxandum, niſi ſolverit quod debet, abrupte, ut refert & probat Sandius noſter *in lib. 1. tit. 17. def. 2.* non videtur admittendum indiſtincte. Nam etſi quis condemnatus ſit ad ſolvendum, hunc tamen ex magna cauſa, ſponſore dato, dimittendum eſſe, traditur in *l. 4. § 3. de Re Jud.* Verum eſt, debitorem non poſſe pignus liberare, niſi per ſolutionem, *l. 10. de Pignor. & l. 6. § 1. Quib. mod. pign. vel hypoth. ſolv.* Sed hoc ipſum argumento eſt, ſolutionem, ſi pignus detur, haud ſemper eſſe urgendam; maxime per detentionem & cuſtodiam, quæ in cauſis civilibus ultra neceſſitatem minime producenda videtur, præſertim cum fidejuſſor ſtatim conveniri & ad ſolvendum cogi poſſit. Cæterum, quando debitum non eſt liquidum, cavere debet reus fugiens aut fugæ ſuſpectus, & judicio ſiſti, & judicatum ſolvi. Si nulla fugæ ſuſpicio, nec vagabundus ſit, ſola cautione judicio ſiſti defungi poterit, ut tradit e Peckio & aliis, Sandius *d. deciſ.* Quod in Hollandia ac alibi viciniæ non ſervant, ut omnes peregrini utramque ſatisdationem præſtare cogantur. Denique, ſumptus & alimenta debitoris arreſtati, Creditor quidem erogare, verum ſi de fuga ſit retractus, vel juſta ac evidens ſit cauſa metuendi fugam, debitor ad illos ſumptus reddendos tenetur, ut tradit in *loco prælicto* Sandius.

3. Hæc ita ex ratione juris Civilis non incommode deducuntur, quod attinet ad Arreſtum *Perſonale* dictum. Si debitor ipſe fuga evaſerit, & Creditor res ejus deprehenderit; non poteſt eſſe dubium, quin idem in res, quod in perſonas li-

ceat,

ceat, permittendum sit, ut detineantur & publice custodiantur; forte nec hoc dubium est, Creditorem impetrare posse jussionem Magistratus adversus eos, qui res fugitivi detinent, ne ipsi restituant; cujusmodi aliquid Fisco etiam conceditur adversus debitorem debitoris sui, quem, si aliter suum servare nequeat, convenire potest, *l. 3. § 8. de jur. Fisc. l. 4. C. Quand. Fisc. vel priv. debit.* eidemque in tempore denuntiare, ne debitori suo solvat, antequam sibi satisfactum sit, *l. ult. ff. de Lege Commiss.* Privatus idem jus habet respectu debitoris condemnati, si nihil aliud e bonis ejus supersit, ut tum ad debitores condemnati transire possit, *l. 2. d. tit. Cod.* proinde tunc etiam testato denuntiari posse debitoribus istis, ne condemnato solvant, recte statuitur, *arg. d. l. ult.* Adde *l. 2. pr. D. de L. Rhod.*

4. Sed moribus hodiernis Arresti usus longe ab illo diversus; & quem merito Romanis incognitum fuisse dicas, invaluit. Receptum enim est, ut Creditores possint sistere & detinere suos debitores peregrinos vel advenas, in patria sua inventos, quamvis nulla subsit necessitas nullumque fugæ periculum, ob solam commoditatem illos in foro suo conveniendi & ad solutionem, sine molestia sequendi lites in debitoris foro, compellendi. Quod adversus personas, hoc etiam in res & jura debitorum usurpatur a Creditoribus ubique fere gentium; ut si resciscant, debitores suos alibi degentes habere aliquas res aut jura, vel pecunias debitas in alieno territorio, possint judicis imperio res, aut jura, vel pecunias illas arrestare cum hoc effectu, ne restituantur, aut solvantur debitori, priusquam sibi satisfactum sit; & debitor ad Judicem, cujus imperio factum est Arrestum, e sua sede venire cogetur. Hæc romanis legibus incognita exorbitatio est, ideoque in Frisia nostra, juris Civilis tenacissima, non habet juris auctoritatem, nisi quod studium protegendi suos cives Curiam nostram subegit, ut adversus exteros, quorum Magistratus ejusmodi arresta contra Frisios exercent, per modum *Retorsionis* eadem permitterent, ut Sandius *d. loco* narrat, & a nobis in *fin. tit. Quod quisque jur. in alter.* est significatum; quare factum, ut cum exteri fere omnes illis utantur, apud nos etiam paulo minus quam generaliter usu recepta sint; adversus exteros, inquam, non inter diversæ jurisdictionis homines in ipsa Patria, quibus id nullo modo permittam intelligitur; etsi Leovardienses id in suorum civium utilitatem, facto magis quam jure, soliti sint exercere. Qui instituto & supra dictis consentaneum est, reliquas civitates & Tribunalia, contra Leovardienses eodem jure, contra illorum cives apud se deprehensos uti posse, si velint.

5. Quid autem sit Arrestum, tempus est ut siniamus. Dicamus ita, quod *sit detentio personæ, aut rerum debitoris, facta per Creditorem, autoritate Magistratus, cum in jus vocatione conjuncta.* Est autem aliud Arrestum, ut jam indicavimus, Personarum, aliud Rerum. Personale vel fit per prehensionem, vel denuntiationem. Prius cum debitor aliquo loco deprehensus custodiæ committitur; posterius fit per denuntiationem publica autoritate factam, ne discedat. Utraque fit cum in jus vocatione; nec prehensio, ut in delictis fit, habetur hic loco Citationis, sed ob fugæ periculum adhibetur custodia. Unde liquet, Arrestum proprie loquendo, distinctum esse a Citatione Reali, quæ dicitur. Si quis roget, quo jure cives alieni fortuito apud nos reperti, sine causa Fori prævia, per vim ad forum apud nos eligendum cogantur, quod antiquis populis ignotum fuerit, nihil proferri posse videtur, quam Philosophiæ Hobbesianæ principium, quod in statu naturali, quo liberi populi censentur, quisque tantum juris habeat, quantum vult ac potest, & quod unusquisque jus secundum utilitatem suam, cujus & ipse Judex sit, metiatur: nam si ad æquitatis universæ comparationem, populi respicere vellent, nihil prævertendum erat huic Regulæ justissimæ; *Actor sequitur Forum Rei.* Cæterum, prehensione custodiaque fit Arrestum, quando Reus non habet in loco prehensionis bona, reique momentum ferre potest sumptus custodiæ. Si bona sint in potestate Judicis *commendantis*, (hac voce utuntur) sola denuntiatio cum Citatione sufficit. Imo si res non ferat sumptus majores, sola commendatio insinuatur; & si Reus ea spreta discedat, judicium procedit, ac absens condemnatur, nec gravantur Judices proprii debitorum, qui ex Arresto se propripuerunt, requisiti sententias exequi, postquam mutua indulgentia Jus Arresti in mores gentium pridem cessit.

6. Qui; & quos *arrestare* queant, e doctrina citationis, quam exposuimus, intelligi potest. Servit enim *Arrestum* huic fini, ut per Citationem forum stabiliatur & res judicetur; non ideo, ut homines aut res detineantur. Ideoque si quis Arrestum adversus aliquem instituerit absque citatione,

tione, id ipso jure nullum est in continenti, ac etsi causa justissima, statim rejiciendum est, ut facto a Curia nostra rescriptum esse memini ad libellum *N. Blanckhardi ab Hulst, die XIV. Decembr. 1680.* sive petitio tendat ad prehensionem, sive ad jussionem non discedendi, sine *qualificatione* debita, ut loquuntur. Hinc omnes, qui citationem facere possunt, etiam *arrestandi* jus habent, etiam Procuratores absque speciali mandato; cum hoc sit medium tendens ad illum finem: utique si per solam fiat jussionem magistratus; Nam ad prehensionem, quæ est actus toto genere diversus, fieri potest, ut speciali opus sit mandato, maxime si majore sumtu sit opus, & si persona sit talis, quam verisimile non est, mandante fuisse prehensurum; quales qui sine venia non possunt in jus vocari, de quibus actum est *supra*; locum heic rursus habente juris antiqui ratione, de non prehendendis personis, quibus reverentia debetur, *l. 12. & 13. De in jus voc.* DE LEGATIS sæpe dubitatum est, an Arresto subjecti sint. Et quidem jure Civili definitum est, legatos habere jus revocandi domum, nec posse alibi deprehensos in jus vocari, proinde nec *arrestari*, ob negotia pridem & ante legationem contracta, secus ob res antea gestas, *l. 2. §. 3. & 4. de Judic.* Sed hoc de Legatis Municipiorum, qui Romam, ad caput Imperii mittebantur, nostris Legibus adfirmatur. De Legatis Summarum Potestatum, varie est nostro tempore disceptatum & observatum. Prævaluit tandem sententia Grotii, quam is habet in *lib. 2. de J. B. & P. c. 18. n. 9.* Legatos Principum & Populorum, pignoris causa, vel ad solutionem debiti, nullo modo capi posse, *ne quidem in loco contractus*; nec per judiciorum ordinem, nec, ut quidam volunt, *manu Regia*, id est jussu ejus, qui summam in quaque Republ. potestatem habet. In quam sententiam Edictum ab Ordinibus Belgarum Generalibus promulgatum est, paulo ante novissimum orbis Christiani conventum, qui celebratus est *Neomagi.* STUDIOSIS datum est Privilegium, ne quis propter debitum *alterius Provinciæ, damnum aut injuriam illis inferat, Auth. Habita. C. Ne fil. pro Patre.* De causis igitur & debitis in loco studiorum contractis, ut citare, sic etiam fugæ suspectos arrestare licet. Recte tamen privilegiati in hoc *capite* dicuntur, quatenus Fori mutationem per Arrestum nullo modo subire coguntur. Denique vivos homines, non MORTUOS, *arrestare* fas est, ne cadavera maneant insepulta, quod merito summæ religioni habetur, *Nov. 60. c. 1. & Nov. 116. c. 5.* Hactenus autem religio tenet, ne sepultura impediatur. Quo minus autem, si cognati alio cadavera transferre, monumentisque avitis inferre velint, id Arresto impediatur, nihil obstare videtur, neque non fit aliquando. Pertinet ad hunc articulum, quod nec heredes quidem, aut alii, in quorum custodia cadaver est, *ex persona defuncti* ulla molestia, ne quidem *cautionis* ergo affici possunt, intra novem dies ab obitu numerandos, quibus justa parentur & mœsti penates componantur; *Auth. Sed neque. Cod. de Sepulchr. viol.* Quod tamen non impedit, quo minus res defuncti interea *custodiantur*, ut fit hodie, sigillis publicis per domum cistis, capsis, aut conclavibus impositis, aliquando etiam custodibus appositis: Nam quod in *d. Auth. de cautione inutili* habetur, non ad cautionem custodiæ, sed obligationis instrumenta, similiaque Acta, quæ *Cautiones* vocantur, referendum est.

7. De causis, propter quas Arresta fieri possunt, vix aliquid opus erit addere dictis, quibus super universis debitis, & de omnibus, propter quæ *Citatio* potest fieri, *Arrestum* exerceri posse, demonstravimus. Ergo etiam testimonii dicendi, copiam instrumenta dandi, relationem faciendi ratione officii, similiumque rerum causa, decerni possunt: intersitque etiam hoc, quod ex causa debitorum, si quis fidejussorem invenire nequeat, jurejurando defungi possit, utique judicio sistendi causa, ut infra ad *tit. Qui satisd. cog.* videbimus; verum qui arrestatur ob ejusmodi actus, quos habet in mera facultate sua, non dimittitur, nisi quod ab eo jure postulatur, actu præstiterit, aut se non teneri contendat, quo casu reum in judicium venire necesse foret.

DE ARRESTO REALI.

I. Arrestum reale, de quibuslibet rebus mobilibus, nonnullis exceptis, dari. II. Modus hujus arresti per denuntiationem, cum Citatione, Intimatione & Confirmatione judiciali. III. Ratio & modus Intimationis. IV. Sine intimatione hoc Arrestum esse nullum, etiam respectu personæ denuntiatæ. V. Confirmatio & effectus Arresti. VI. Oppositione neglecta non præcidi defensionem principalem. VII. Vitia quædam Arresti, & casus cessantes.

Se-

SEquitur Arrestum Reale, distans a personali in eo, quod absenti Reo, cujus res est, debeat *intimari*, id est, Reus certior fieri debet Arresti, quo res ejus sunt præclusæ; quod in personali supervacuum esse, res loquitur: Sed & pluribus differunt, quæ ordine videbimus; quando hæc species multo frequentioris & civilioris usus est, quam prior.

Arrestum igitur, quod *Reale* dicitur, sicut ab omni Europa,* sic in ipsa quoque *Frisia* receptum est, etsi quod Jure Civili hac de re nonnulli caurum existumant, parum ad id, quod moribus obtinet, attinere *superius* demonstratum est. Locum habet in omnibus, quæ loco moveri possunt, bonis, seu propriis, sive alienis. Propriæ res Arresto præcluduntur, quando ab alio possidentur, seu bona seu mala fide, si metus sit, ne cum præjudicio nostro transferantur. Sed plerumque res alienas arrestamus, sive pecuniam sive alia quævis mobilia; videlicet quæ debitoribus nostris debentur, aut etiam pignus, quod debitor meus alii obligavit, hoc effectu, ut si creditori solvam vel caveam, is debitori rem pignoratam restituere ne possit, ut tradit Sandius *l. 17. n.* Sunt tamen res exceptæ, quarum major est necessitas, quam ut Arrestis impediri debeant: Tales sunt pecuniæ in alimenta vel ad usum sepulturæ destinatæ, & ipsa cadavera, quæ detineri non posse, quo minus terræ mandentur, jam diximus & videbimus ad *tit. ff. de Relig. & Sumpt. fun.* Placet etiam ex ratione Juris Civilis, instrumenta agriculturæ non posse agricolis auferri, *l. 7. & 8.* junct. Auth. Agricult. *C. Qu. res pign.* add. *l. 32. D. de Pign.* Quod summa ratione placuit, ne agrorum cultura, quæ maxime ad Remp. pertinet, deseratur, quam rem ut his temporibus servari non videmus, ita fructus quoque acerbitatis in exequendis rebus creditis exercitæ, per quam tot familiæ hominum tenuiorum dissipantur, in solitudine agrorum ubique relucet. Libri studiosorum gaudent etiam hoc privilegio, quod ob debita in aliis locis contracta, non magis, quam *antea* de personis eorum diximus, arrestari possunt. Stipendia quoque Ministrorum publicorum, domi militiæque, moribus populorum, Arresto exempta sunt, hactenus ut pars major *officialibus* salva

* Pertinet huc Arrestum Saxonicum, de quo *P. 1. C. El. 28.* § ferner. *& O. P. S t. 51. §* 5. agitur, vi cujus arrestans in bonis debitoris sui jus reale, ac veluti tacitam hypothecam consequitur, atque, ex tempore impetrati & debitori notificati vel cogniti arresti, aliis creditoribus, antiquiorem hypothecam non habentibus, præfertur, ubi notandum 1) Arrestum Generale, quod omnia omnino bona, quæ sub diversa jurisdictione constituta sunt; feudalia & allodia, præsentia ac futura, afficiat, impetrandum esse in Cancellaria sive Regimine Dresdensi, *O. P. S. t 51. § 8.* Carpz. *P. 1. C 29. def. 23.* Berlich. *P. 1. concl 74. n. 76. v.* formul. supplic. ap. Svendend. *ad Fibig. p.* 1198. Speciale impetrari apud Judicem inferiorem jurisdictionem habentem; qui ratione rei sitæ est competens, *d. t. §* es soll aber. Arrestum autem, quod fodinas metallicas afficere debet, Collegio ad metallicas causas destinato significandum, vel ab eo impetrandum esse, Berg Ordnung *art.* 100. Clarius hoc decisum fuit in *Mandato Reg & El. d. 1713. d. 26. Aug.* wie bey entstehenden Streitigkeiten in Berg-Sachen zu procediren. § 24. conf. Horn. *de Hypotheca legali in fodinis & partibus metallicis, th. 13* Ziegl. *d. Jur. Maj. L. II. c. 19. th. 18. 19.* Præterea vero Arrestum generale Saxonicum bona in Episcopatibus Misnensi, Mersburgensi & Numburgensi sita, non afficit, sed speciale coram eorum regiminibus, præcise impetrandum est, *O P. S. tit. 51 §* 8. conf. Horn. *de jure sublimis territorii Elector Saxon. in tribus Episcopatibus Misenensi, Martisburg & Numburg. competente.* 2) Arrestum non concedi, nisi prævia demonstratione crediti, & ejus, quod debitor bonis lapsus sit, qualicunque deductione, vid. *O. P. S. t. 81. §* 3. *Ref. Grav. d. An. 1653. 57 gr. 9.* alias enim, si temere concessum fuerit arrestum, judex parti ad interesse præstandum obligatur, Carpz. *P. 1. C. 29. d* 24. Svend. *ad Fibig. Proc p. 180. seq.* 3) Arrestum impetratum bis renovandum esse ab una quaterdena ad alteram, ubi prima quaterdena currere incipit a die arresti impetrati, Carpz. *d 70. n. 13. seq.* cum secunda renovatione autem Libellus Arrestatorius, die Summer-Klage, annexa specificatione debiti, declaratoque modo probandi, offerri, adversariique, id est debitoris, citatio peti debet, *P. 1. C. El. 29. O. P. S. Tit. 51. § 10.* Carpz. *l. 4. Resp. 35.* quæ forma si neglecta, aut renovatio, aut libelli oblatio, anticipata fuerit, Arrestum erit inutile, Carpz. *ad d. C. 29. def. 12.* 4) In termino persecutionis, sive justificationis, causas arresti petiti ulterius deducendas & cum debitore vel curatore concursus, desuper procedendum esse, quo facto arrestum vel cassatur, vel confirmatur. *d. Tit. Ord P. S. § 11.* 5) Arrestum legitime impetratum operari Jus reale, ita ut arrestans prior præferatur hypothecarius, aut arrestantibus etiam, momento posterioribus, Carpz. *P. 1. C. 28. d. 143. seq. j. in Reseriptum El. Ordin. Cambiali præmiss. §* So bald. vi cujus, impetrato adversus mercatorem Liptiensem arresto incolæ intra 14. dies, extranei intra 40. dies, arrestum impetrantes eodem cum primo arrestante jure gaudent. cf. Mienck. *ad Ord. Proc. Sax. tit. 51. § 2. seq.* Martini *ad O. P. S. Tit. 48. & 51.* Svendend. *ad Fibig. p.* 1200. *seq.*

relinquatur; siquidem partem apud nos fere tertiam Creditoribus decidere velint: quia Reipubl. interest, ministros publicos non redigi ad mendicitatem. Postremo, quæ debentur exteris Principibus ex publica conventione, non recipiunt Arrestum, quia Jurisdictio in illos per Intimationem nullo modo fundari potest. Cujusmodi petitio Arresti negata est a suprema hujus Provinciæ Curia, creditoribus quibusdam Imperatoris Romano-Germanici, die XI. Novembris 1681.

2. Modus, quo Arrestum Reale committitur, quatuor partibus constat. 1. Petitione Creditoris. 2. Imperio Judicis. 3. Intimatione facta debitori. 4. Confirmatione judiciali. Petitio creditoris hæc est; rogat, ut ei, qui rem pecuniamve debitoris sui tenet, denuncietur, ne rem illam pecuniamve tradat debitori suo vel solvat, antequam sibi ab eodem debitore sit satisfactum, idque per simplicem prohibitionem, ut fere apud judices fit inferiores, aut certa sub pœna, quemadmodum plerumque fit in Curiis supremis, idque vel per denunciationem simplicem, vel scripto comprehensam, quod vulgo *Arrestum in forma* vocant. Et hoc tum est *Imperium* Judicis, quod, si res & causæ genus non repugnet, sine causa cognita plerumque conceditur. Denunciationi jungenda *Citatio* sive in jus vocatio, quo certa die, qui res arrestatas detiner, sistere se judicio, & si faciendum putet, opponere se possit. Accedere debet Intimatio debitoris, cujus res sistuntur, idque per viatorem publicum, auctoritate Magistratus; si vel in eadem Jurisdictione sit, vel Judex loci, in quo degit, suam Jurisdictionem adhibere non graverur: alioqui sufficit denunciatio simplex, facta per ejusmodi personas, quarum relationi publica fides constet.

3. Nec enim hæc intimatio debet esse in jus vocatio, sed tantum, ut loquuntur, Certificatio; quia personæ judicium Arresti constituentes, sunt Actor & reus Arresti, i. e. Creditor & qui res debitoris tenet. Respectu ipsius debitoris requiritur, ut rem suam sciat agi, & in tempore juri suo defendendo adesse queat. Tu dices, quæ ratio, quod diverso Imperio subjectus ad externum forum venire cogatur? Dicendum, eam consistere in Jure rei sitæ, quod ut lege Romana causam Fori in exteros præbet respectu rerum immobilium, ut videbimus *ad tit. de Judiciis*, ita moribus idem in mobilibus receptum est: haud secus ac pignus Prætorium eodem jure civili creditoribus etiam in rebus mobilibus acquiri constat. Proinde, si debitor in loco rei arrestatæ Procuratorem aut Administratorem habeat, huic etiam cum juris effectu denunciatio fieri potest. Si tamen denuntiantes fidem publicam non habeant, Arrestum per justæ intimationis defectum nullius momenti habetur, ut in Suprema Frisiæ Curia judicatum memini, de Intimatione facta per famulum judicis Pagani, die 7. Mart. 1680.

4. Sunt, qui putant, Intimationem Arresti omissam non obstare, quo minus ipse rei possessor Arresto parere teneatur, ac proin si debitori contra Judicis prohibitionem solverit, hanc eum pœnam pati, quod nihilominus Arrestanti solvere cogatur. Rationem habent speciosam, quod *Arrestatus* sive possessor rei præclusæ jussionem sui Magistratus contemnere non debuerit, & quod Intimationis neglectus ad tertium spectans, ad ipsum non pertineat; ideoque eum merito contemptum jurisdictionis, cui subjectus est, debiti præstatione luere cogi. Sed verius est, intimatione neglecta, Arrestum non minus esse nullum, quam si confirmatio judicialis omissa fuisset. Nam quod dicitur, eum Judicis sui imperium spernere non debuisse, verum est, si mandatum fuisset absolutum, nec certa forma, quam impetrans Arresti servare deberet, limitatum. Ac ita Supremæ Frisiæ Curiæ in *Contradictorio* placuisse scio, quanquam in nonnullis Provinciæ nostræ Dicasteriis secus observatum intelligo, variæque nostratum Pragmaticorum super ea re sint opiniones, ut ante aliquot annos in causa quadam magni momenti, agitata in *Judicio militari*, quod est in hac Provincia, videre mihi contigit: cum post alios consultus, ita, ut heic collocavimus, respondi, atque ita pronunciatum est.

5. Accedit hæc ratio, quæ & copiam novæ observationis dabit, quod Arrestum non sit executio, a qua certe non est incipiendum, *sed provisionis medium*, quo quis rem, de qua vult agere, curet eodem loco detineri, donec per sententiam jus exequendi obtinuerit; ideoque Arrestans, simul una paratus esse debet, ad actionem super lite principali instituendam, quæ non potest institui, quando is, cujus interest, certior non est factus, in quem finem servit Intimatio. Quid enim, an Judex reum arrestatum condemnabit, Arrestanti rem alterius inauditi & qui nescit a se peti, tradere vel solvere? vel an si *Arrestatus* ultro solverit Arrestanti, domino rei vel creditore invito, hic ignarus & inauditus actionem amittet? Longe potius

potius dicendum, si dominus rei, vel cui res præcluſa debetur, eam petat ab Arreſtato, hunc non habere cauſam recuſandi, ſi intimationem omiſſam fuiſſe probaverit. Plane res non capit alium exitum, ſi quidem nec Arreſtanti poteſt ſolvi, qui non uſus eſt forma juris, nec poſſeſſor rem nullo jure præcluſam retinere poteſt, quæ aut eſt alterius, aut alii debetur.

6. Intimatione facta, ſequitur Confirmatio judicialis, quæ fit per *Proteſtationem* de effectu *Arreſti*, contra quam ſi nec citatus nec intimatus ſe opponat, petit impetrans Arreſti deinceps, ut ex bonis præcluſis ſibi ſatisfiat, quod Judex, prævia citatione cauſaque debiti cognita, concedit, Sand. *l. tit. 17. Def. 1.* nec tamen Arreſto ſine oppoſitione confirmato, jus omne debitoris & Arreſtati ſublatum atque extinctum eſt: nam hic die Citationis, loco oppoſitionis, proteſtari poteſt, penes ſe non eſſe rem, vel pecuniam Arreſto deſignatam; vel hoc etiam neglecto, priusquam teneatur ad ſolvendum, denuo citandus eſt, & tum adhuc ei ſe opponere licet, ac contendere, ſibi eſſe jus potius, quam Arreſtanti, vel etiam ſe tempore primæ citationis jam exoneratum fuiſſe rebus aut pecuniis arreſtatis: nam confirmatio *Arreſti* tantum eſt proviſio, ne res apud citatum extans amoveatur, non etiam ut arreſtatus debitor fiat, ſine remedio principalis defenſionis, judicatumque eſt ita in Curia Friſ. in Cauſa *Sixti Johannis, contra Vitum Johannis Sixti, ante magnas ferias 1680. ut tamen reus in impenſas ob neglectam in tempore proteſtationem damnaretur.* Si debitor, cui intimatio facta, neglexerit oppoſitionem adverſus confirmationem Arreſti, proviſionem ejus pati debet, ut ne res Arreſtata ei tradatur, antequam de cauſa principali cognitum fuerit; ſed cum arreſtans urget ſolutionem, tum adhuc eſt facultas oppoſitionis, qua contendat, arreſtanti non eſſe jus in cauſa principali, quam prætendit arreſto; ſicut etiam judicatum eſt in cauſa *Wilhelmi a Brakel Paſtoris Leovardienſis, contra Geertruden Inticma, ante ferias natalitias 1679.*

7. Oppoſitione facta, primo Arreſti tempore per Intimatum, Arreſtans non modo concludit, ut Arreſtum confirmetur, verum etiam, ut ex cauſa principali condemnetur ad ſolutionem ex rebus Arreſtatis permittendam. Si tantum concludat, ut arreſtum declaretur validum, ſtatim repellitur, atque ita judicatum reperio die *XXIII. Sept. 1680. inter Curatores pauperum pagi N. contra heredes ex beneficio inventarii Sibrandi a Walta.* Hinc etiam ſequitur, ſi maxime arreſtans habeat juſtam cauſam arreſtandi aliquam rem, ſi tamen hoc ſuum jus præpoſtere perſequatur, ita ut principalis inſtantia ſit neganda, Arreſtum quoque labi & irritum pronunciari; licet, inquam, jus ejus alioqui rectum & validum eſſet, quia cum Arreſtum nihil ſit quam acceſſio principalis inſtantiæ, hac deficiente, nec illud ſiſtere poteſt, ut ſimiliter judicatum eſt die *5. Martii 1680.* relato exemplo *in parte ſecunda Jurisprudentiæ hodiernæ, l. 1. c. 32.* Poſtremo ſciendum, Arreſta ceſſare I. ob aliena debita procul dubio, quia nulla de iis actio principalis, alii quam vero creditori, datur. II. in nundinis liberis, qua de re in *tit. de Nund.* Reliqua ad hunc locum ſpectantia latius proſecuti ſumus *dicta* Parte 2. cap. XXXIII.

TIT. V.

Si quis in jus vocatus non ierit, ſive quis eum vocaverit, quem ex Edicto non debuerit.

I. Ire debet in jus etiam, qui non eſt ſubjectus judici. II. Quod limitatur. III. Exceptiones ab ea regula.

BImembris eſt hæc rubrica, ſed parti ſecundæ titulo præcedenti ſatisfactum eſt, ut quidem videtur: niſi quid mox videri poſſit. Parte prima cautum, ut is, qui in jus vocatus venire noluit, pro arbitrio judicis multetur, *l. 2. pr. & § 1. h.** ad judicem intelligi oportet majorem, ad quem ſit

* Pœnas contumaciæ, ‡ quæ apud nos obtinent, explicat *Ord. Proc. Sax. Tit. 10.* Scilicet, ſi actor per contumaciam non comparuerit, reus abſolvitur ab inſtantia, & ipſe in cautionem de lite proſequenda ſimulque in expenſas condemnatur, *d. Tit. 10. j. & R. l. 2. art. 8.* Brunn. *Proc. Civ. c. 4. n 3.* Carpz. *P. 1. C. El. 9. def. 21.* Unde reus ad libellum reſpondere non compellitur, antequam ab actore expenſæ refuſæ & cautio præſtita ſit. Carpz. *ad Proc. Tit. 8. art. 1. n. 2. ſeqq.* Imo refuſionem expenſarum ne quidem, ſi ab actione mota deſiſtere velit, actor evitabit. Hartman. Piſtor. *Obſ. 140.* Rivin. *d. Except. Dilat. c. 21. n. 3.* Nicol.

in jus vocatio, per *d. l. 2. pr.* tametsi non fuerit Jurisdictioni ejus, ad quem vocabatur, subjectus, *in fin. d. pr.* ne contemsisse majestatem Prætoris, sibique arbitrium jurisdictionis sumpsisse videatur, *l. 5. de Judic.* quod in urbe Roma, ubi Prætores multi jus dicebant, & alias de civibus ejusdem loci non est mirum.

2. At si quis ad eum, qui in diverso territorio jus dicit, citetur, cui nec immediate nec mediate est subjectus, res loquitur, ibi non esse locum huic pœnæ, *l. ult. de Jurisdict.*

3. Cessat etiam, si quis rusticitatis errore non venerit, aut nihil actoris interfuerit, *d. l. 1. § 1.* etiam sane excusatur is, qui ex Edicto Prætoris vocari non debuit, *arg. l. 1. § 2.* cum *l. 2. tit. seq.* juncta *l. 11. tit. præced.* atque ad hunc casum refert Pacius partem alteram hujus rubricæ; *sive quis eum vocaverit, quem ex Edicto non debuerit.* Ita ut his verbis exceptio contineatur ab regula, quæ est in prima parte Rubricæ. Quod si Magistratus, ad quem Reus erat vocatus, cum ei non esset subjectus, non admissa exceptione declinatoria, pergat in eum jus dicere, *poterit is, qui vocatus venit, impune non parere, non coërcebitur edicto, si quis jus dicenti non obtemperaverit, l. ult. de Jurisdict.* sunt verba Wissenbachii ad *fin. h. t.* Sed vereor, ne non id verum sit, nisi in Judicibus diversi plane territorii, de quibus agit *d. l. ult.* & quos indicavimus in § *2. h. t.* Atqui ad tales ne quidem ab initio venire necesse est. Verum ad quem judicem vocatus sistere se aliquis debet, ut ipse cognoscat, sitne sua jurisdictio? si ille, rejecta exceptione declinatoria, condemnatus sit ibi Litem contestari, parere debet, utique si Judex supremus sit. Nam adversus interlocutionem inferioris datur, ut *hodie* moris est, appellatio: utique si per modum exceptionis præscriptio fori opposita fuerit. Sed est media via inter consilium non veniendi, aut excipiendi, quam actor aliquoties sui membris Academiæ nostræ insistendi, quando vocati erant ad tribunal oppidanum, ut accederent, aut mitterent, qui ipsorum nomine nullitatem judicii allegaret, peteretque desisterent ab usurpatione jurisdictionis; alioqui protestarentur & abirent. Sic a necessitate excipiendi & appellandi liberabantur: & ab executione satis tuti erant præsidio publico. Sed hæc via non est tuta, quando Judex, ad quem aliquis vocatus est, cogendi & exequendi in Reum

Proc. c. 33. n. 7. Reus vero contumax, si citatio ipsi legitime insinuata terminum Saxonicum integrum complexa fuerit, ac ipse absentiam suam non legitime excusaverit, urgente actore, in legitima impedimenta, in Ehehaft und behelfliche Wiederrede, *d. Tit. X. O. P. S.* § im Fall aber. *j. LR. l. 2. art. 7. & 25. l. 3 art. 39* Carpz. *l. 3 Resp 25.* Id. *P. 1. C. 9 def. 3. sq. & ad Proc. tit. 8. art. 5. n. 6. seqq.* & si in contumacia perseveraverit, aut in proximo termino legitima impedimenta haud probaverit, ad executionem, auf die Hülfe, condemnatur, adeoque totam causam perdit, & insuper expensas totius processus Actori restituere compellitur. Nicol. *Proc. P. 1. c. 38. n. 6. Q. 5. F.* Rivin. *ad O. P. S. Tit. 10. Enunc. 41.* Menck. *ad O. P. S. Tit. 10. § 6. seqq.*

‡ Quæ novissimo Jure haud paulo aliter se habent. Qui in primo termino ipse non comparet, mulctam citatione comprehensam incurrit. *Tit. 1. § 1. & 4.* quo etiam cavetur, utraque parte non comparente, terminum equidem habendum esse pro circumducto, utramque tamen partem, quod Judicem de suis impedimentis certiorem non fecerit, in mulctas citatione comprehensas incurrere. Si Actor aut Provocans in primo termino plane non comparet, restitutio Impensarum & Actionis prosecutio intra terminum Saxonicum, sub comminatione amittendæ actionis injungatur, & si ab alterutra parte intra illum terminum nova citatio aut dilatio non petetur, actor in proximo termino iterum contumax, prævia Rei accusatione, jactura actionis cum refusione impensarum punietur, cessante penitus absolutione Rei ab instantia & cautione de lite prosequenda. *O. P. S. E. I. & L. Tit. 10. § 1.* Reus non comparens, cum omnes citationes sub præjudicio fiant, prævia actoris accusatione in istud & impensas est condemnandus, cessante in causis civilibus condemnatione Saxonica in Ehehaften und behelfliche Wiederrede. *ib. Tit. 10. § 2.* Partes ad Juramenti præstationem aut publicationem Sententiæ citatæ, ante horam pomeridianam V. Judicio se sistant: neceproderit cuipiam, in termino aut paulo ante se excusasse, impedimentumque legitimum, sed non in continenti demonstratum, allegasse, aut eo nomine appellasse, ita tamen ut eidem, justa impedimenta sua deducere, in leuteratione aut appellatione interposita integrum sit, in quarum tamen prosecutione aut justificatione, si hoc res patitur, priori citationi sub commination eidem addita, eventualiter morem geret, *ib. Tit. 4. § 5.* Confer. *ib. Tit. 10. § 4.* Si publicanda adest sententia, utraque parte non comparente, ea hora XII. in contumaciam utriusque publicabitur, & de ea re registratura ad acta conficietur. *d. Tit. 4. § 6.*

vocatum

vocatum habet potestatem. Semper sane, etiam adversus Judicem supremum, locum habere debet Querela nullitatis, *l. ult. C. Si a non compet. jud.* Cui in hac causa locum esse, memini censuisse Curiam supremam, ad libellum supplicem *Viri Cl. Abrahami de Grau*, Matheseos in Academia nostra Professoris, cum a Judicibus Franekeranis, post talem protestationem, esset condemnatus, & appellationis tempus elapsum esset, ante ferias Caniculares 1681.

TIT. VI.

In jus vocati ut eant, aut satis vel cautum dent.

I. II. Necessitas eundi in jus evitabilis satisdatione. III. Scil. in diem certum, quem præfigere, cujus sit arbitrii. IV. V. Quid jure novo. VI. Quid usu temporis hodierni.

NOn erat tam importunum jus vetus, ut vocatos e vestigio sequi oporteret; etenim, si idonee caverent judicio sisti, per fidejussores locupletes, erant dimittendi, alioqui injuriarum actor tenebatur, *l. 5. § 1. Qui satisd. cog.* imo, qui a necessariis personis, veluti parentibus & patronis, non acceperit qualemcunque fidejussorem, etsi non locupletem, is quinquaginta aureis mulctatur, *l. 1. § 2. h. t.*

2. Vocati igitur in jus, ita ut dictum a privatis, sequi debebant, aut fidejussore aliave cautione diem judicio sistendi constituere, *hoc tit.* de modo autem cavendi inferius dicetur.

3. De die litigatores conveniebant, si nihil esset dictum, in potestate stipulatoris erat, sumere diem, non excluso tamen Prætoris aut Judicis arbitrio, *l. 8. pr. Qui satisd. cog. l. 1. Si quis caut. jud. sist. caus. fact.* quas Leges alii inter se committunt: nos hoc ulterius non prosequemur. Vid. Wissenb. *ad tit. Qui satisd. cog. n. 2.*

4. Hodie indulgetur reo spatium XX. dierum ab actionis editione, ut deliberet, cedere velit, an contendere. Auth. *offeratur. C. de lit. contest. Nov. 53. c. 3.*

5. Præterea, Actor reum in jus vocaturus, ab eo, qui Jurisdictioni præest, viatorem seu executorem postulat, per quem libellus conventionis ab actore acceptus ad reum deferatur, *d. Nov. 53. cap. 3. Nov. 79. cap. 3. Nov. 96. & Nov. 112. cap. 2.* Vide latius A. Matth. *disp. 7. de Judic. th. 8. & 2.*

6. Cum autem privatæ in jus vocationes amplius non fiant, sequitur, nec hujus generis satisdationes hodie esse in usu.

7. Nisi quis injectione manus, quam arrestum & citationem realem vocant, in judicium trahatur; tum enim satisdatione custodia potest evitari, siquidem causa sit ejusmodi, quæ fidejussionis est capax, ut fit omni die; & dictum in capite de Arrestis, subjecto *titulo de in jus Vocando.*

TIT. VII.

Ne quis eum, qui in jus vocabitur, vi eximat.

I. Usus & pœna hujus Edicti. II. Cui detur actio. III. Adversus quos detur. IV. De gravibus circa hunc tit. commissis.

QUi alium per vim aut dolum malum exemit, aut impedivit, ne vocatus in jus veniret, (Ergo incitatis ad judicem pedaneum non habet locum hæc actio, *l. 3. § 1. h.*) tenetur actione in factum, in id, quanti res ab actore fuerit æstimata, non excluso tamen judicis arbitrio, *l. 3. § ult. l. 4. pr. & l. 5. § 1. h.* ex quo intelligitur, pœnalem esse hanc actionem, non tantum respectu rei, sed etiam a parte actoris, secus ac Weienb. *h.* siquidem actor plus consequitur quam sibi abest, quo respectu Actionem Legis Aquiliæ numero quoque pœnalium haberi, constat, *§ 9. Inst. de L. Aquil.*

2. Datur hæc actio etiam ei, qui per calumniam aliquem vocavit; nec enim privati erat, id arbitrari, *d. l. 4. § 1. & d. l. 5. § 2.* non tamen, si vocata sit persona, quæ vocari non poterat, *l. 1. in f. l. 2. f. h. t.* nec si in aliud forum, quam debuerat, sit vocatus, *d. l. 2.*

3. Datur & adversus plures in solidum, sic, ut unius solutio reliquos non liberet, *l. 5. § 3. h. t.* arg. *l. 11. § 2. ad L. Aquil.* Heredibus datur, si interfit eorum, non aliter; quia pertinet ad injuriam personalem, qua de re dix. ad *tit. Instit. de perpet. & temp. act.* in heredes & post annum non datur, *l. 5. § ult.* Dixi, heredibus dari hanc actio-

nem, si interfit; Ejus autem quod interest, exemplum datur *in l. 4. h.* si dies actionis interea exiverit; quod argumento esse videtur, jure veteri actionum præscriptiones illa in jus vocatione privata, quæ olim obtinuit, non fuisse interruptas, add. Giphan. *in l. 3. C. de præscr. 30. vel 40. ann.* Gail. *l. obs. 74. n. 20. & seqq.*

4. Si quis eum, qui a lictoribus ducitur aut custoditur, exemit, is sine dubio gravius delinquit; at hujus rei locus est *in tit. D. de Custod. reor. infra.* Denique, si quis cœtum & concursum fecit, quo impediret, ne quis in jus duceretur, Legis Juliæ de vi privata crimen committit, *l. 4. in pr. ad L. Jul. de vi priv.* Moribus hodiernis, cessante in jus vocatione privata, hæc actio vix potest habere locum, nisi in Arrestis. Etenim qui debitorem detentum, aut res ejus Arresto præclusas exemit, non est dubium, quin teneatur in id quod interest, qua de re Peckius *de jur. fist. c. 33.* Etiam jure civili qui debitorem Fisci detentum vi exemit, in vicem debitoris, Fisco tenetur, *l. 3. C. de Exact. tribut.* quod etiam in privatis obtinere, censet Grœnewegius *ad d. l. 3.* neque vero id quod interest, ad quod sine dubio, qui exemit, tenetur, ab illa sanctione multum abludit.

TIT. VIII.

Qui satisdare cogantur, vel jurato promittant, vel suæ promissioni committantur.

I. Continuatio. II. Quid satisdare significet. III. Quid actor caveat. IV. Quid reus & remiss. ad Inst. V. Quinam hic immobilium possessores. VI. Cautio jud. sist. in criminalibus. VII. Quid moribus. VIII. De cautione pro Impensis litis.

QUos reputatio dignitatis e vestigio vocantem in jus sequi prohibebat, hi satisdabant judicio sisti, hoc est, promittebant certa die apud tribunal sese stituros, eamque promissionem, datis fidejussoribus, confirmabant, ut dicere cœpimus *ad tit. In jus vocati ut eant.*

2. Scilicet, satisdare dicimur adversario, cum pro eo, quod a nobis petiit, securum facimus, ut satisfacere dicimur ei, cujus desiderium implemus, *l. 1. h. t.* Utrumque, & satisfacere & satisdare, non modo datis fidejussoribus, sed etiam fit pignoribus datis, *l. 9. § 3. de pign. act. l. 21. de Constit. pecun. l. 61. de V. S.* Proprie tamen & stricte satisdatio de fidejussoribus accipitur, *l. 1. in fin. h. t.* Cavere generaliter, *l. 188. § 1. de V. S.* atque ita in *hoc tit.*

3. Jure nostro, ab actore cautio exigitur duplex: quarum altera nuda repromissio, altera satisdatio est. Repromittit, se intra duos menses, vel litem contestaturum, vel omne damnum, quod exinde reus senserit, in duplum esse præstiturum; cautione tamen summam aureorum XXXVI. non excedente, *Auth. libellum. C. de lit. cont. Nov. 96. cap. 1.* Satisdat, aut, si fidejussorem reperire non possit, tactis SS. Evangeliis jurat, vel per se, vel per procuratorem suum, in judicio se usque ad litis exitum perseveraturum, & si victus fuerit, decimam litis, expensarum nomine, reo soluturum, *auth. generaliter. C. de episc. & cler. d. Nov. 112. cap. 2.*

4. Reus, accepto conventionis libello, & ipse responsionem suam scripto comprehendit, quod ἀντίβιβλον Græci appellant: subscriptione sua declarans diem, quo libellus conventionis sibi traditus fuerit: Præbet etiam sportulas viatori, nec non cavet judicio sisti, *d. Nov. 53. cap. 3. d. Nov. 112. c. 3.* A. Matth. *de Jud. disp. 7. th. 5 & seqq.*

5. Porro rubrica docet, quosdam satisdare cogi, alios jurato promittere, & alios suæ promissioni committi, de qua triplici cautione *dix. part. 1. l. 4. tit. XI. n. 2.* Heic adde, pro immobilium possessoribus, qui sola repromissione defungi possunt, * haberi non modo eos, qui dominium proprie dictum, sed & qui utile dominium habent, ut emphyteutas & superficiarios, *d. l. 5.* etiam mulierem ratione fundi dotalis, ut & virum, & Tutores ob rem pupillorum in jus vocatos; at non creditores ratione fundi pignorati, nec usufructuarios, *d. l. 15. § 1. 3. & 5. h.* Oportet

* Apud nos ab immobilium possessoribus ne quidem promissio desideratur, sed ii ipso jure a cautione pro Reconventione & expensis præstanda sunt immunes, *a. P. 1. C. El. 5.* Carpz. *l. 2. Resp. 78. n. 3. seqq.* Cæterum de hac cautione plenius fuit *supr. ad Inst. pag. 435. 436.*

autem

autem bona sint, vel in loco judicii, vel in eadem saltem provincia, *l. 7. § 1. & l. 15. § 1. h. t.*

6. Aliquando & in criminalibus cautio judicio sisti adhibetur, quoties æquum judex censet, rem committere fidejussoribus, *l. 1. 2. & 3. de custod. & exhib. reor.* Sed hac de re alibi locus est ad tit. de *custod. & exhib. reor.*

7. Moribus hodiernis, non exigitur a Reis cautio judicio sistendi causa, nisi in casu *Arresti*, de quo *superius* actum est. Verum frequenter accidit apud nos, ut Actores non Arresto formali, sed libello supplice petant jussionem Curiæ, ne Reus forensis discedat, priusquam se debito modo *qualificaverit*, ita loquuntur, & sæpe quæsitum est, quid ea formula contineatur. Et quidem si nihil aliud expressum sit, convenit, hoc contineri, *ut eligat domicilium citandi:* Cautionis necessitas non videtur imposita. Quod si hæc petatur, nihil est causæ, cur injungi non posset: habet enim vim Arresti personalis ejusmodi denuntiatio, cum illius requisita in eo concurrunt, Imperium judicis, Intimatio, dies Judicii. An & cautio judicatum solvi a Reo peregrino exigi possit, dubitatum est; videtur, si ex gente sit, quæ apud se, a peregrinis deprehensis illam cautionem promiscue exigit, ut fere ubique vicinæ nostræ moris est, idem heic illis injungi posse; alioqui magis est, ut hoc peti non possit, nisi debitum sit liquidum, per ea, quæ de Arresto *loco citato* probavimus.

8. Hæc sunt, quæ ab initio judicii Reo injungi possunt. Ab Actore postulatur aliquando cautio pro Impensis Litis, si forte contingat ipsum in impensas damnari, idque si bona non habeat in territorio jus dicentis: neque tamen requiritur, ut sit possessor immobilium, aut locuples eximie, cum ad impensas litis solvendas haud magnæ opes requirantur: Ante litem contestatam exigendam hanc esse cautionem, satis constat, nec tamen exceptione in continenti oppositis litem hac gratia distrahi, operæ pretium videtur, Reus illam petere debet, &, si petita negetur, tum fit locus exceptioni, ante, vel *oppositioni*, post litem contest., ut in nostra Curia servari solitum est. Quid si Actor cautionem obtulerit, nec præstita sit? Ne sic quidem post litem contestatam oppositio ad instar exceptionis admissa fuit, ut judicatum in causa Laurentii Risbens contra Theodorum Vryenburg 3. *Julii* 1680. Jussionem in eum finem per libellum expetere potuisset: Litem ideo sustinaminari, non patitur ratio quasi-contractus, quæ est in lite contestata.

TIT. IX.

Si ex noxali causa agatur, quemadmodum caveatur.

DOminus ex delicto servi conventus cavere debet, se conditionem servi non mutaturum, quo actoris jus ulla parte fiat deterius. Quare si in causa criminali servus qui fuerat, dein liber factus sistatur, non bene sisti videtur, quatenus aliter de servo, aliter de libero homine supplicium sumitur, *l. pen. h. t.* quæ est Ulpiani. Idem in *l. 1. § 1. de Pœn.* adferit, in pœnis infligendis tempus admissi delicti considerandum. Durum est, eundem JCtum sibi contrarium videri; satius est, admitti conciliationem licet divinationi propinquam, modo ex ipso textu non possit refelli, ut videtur fieri posse de conciliatione Duareni, quæ placuit D. Wissenbachio *ad h. t.* Scil. *L. pen. h. t.* agere de ordine cognoscendi, sive de *forma processus*, ut hodie loquimur; *L. 1. § 1.* de genere pœnæ. Nam & lex *pen. h.* agit de genere pœnæ. Dicit enim, aliter *supplicium* sumi de servo, scilicet *verberibus*; aliter de liberis, ut *condemnatione pecuniaria*, quæ specierum oppositio non respicit ordinem cognitionis, sed ipsa pœnarum genera. Cujacii conciliatio, quam videsis *lib. 10. observ. c. 22. in fin.* petit principium. Mihi *Lex prima* de criminibus publicis, quorum pœna ad publicum exemplum infligitur, Lex *penult.* de privatis, quorum pœna ad ejus, qui læsus est, satisfactionem pertinet, probabiliter intelligi posse videtur. Ea est hujus rubricæ sententia, cujus hodie nullus usus, quantum quidem ad servos attinet. Hoc inde recte colliges, etiam res alias in eadem causa, qua fuere tempore citationis, esse præstandas, eaque gratia cautionem ex justa causa, judicis arbitratu exigi posse, *§ 1. Instit. de divis. stipul.* Mornac. *ad h. t.*

TIT.

TIT. X.

De eo, per quem factum erit, quo minus quis in judicio sistat.

I. Sententia Rubricæ. II. Actione adversus impedientem, debitorem liberari. III. Mutuam fraudem compensari. IV. Quare hæc actio non detur in heredem, & an sit vere pœnalis a parte rei.

CUm vi vel dolo factum est, quo minus is, qui satisdederat, se judicio sisteret, ille tenetur actione in factum in id quod actoris interest, *l. 1. § 1. pr. l. 3. pr.* velut si dominium aut actionem lapsu temporis interim amiserit, *d. pr.* quod ut accipiendum sit, diximus *ad tit. Ne quis eum, qui in jus vocab. in fin.* Si plures rei sint, unius solutione reliqui liberantur, *l. 1. § 4. h.* secus ac *supra* de illis, qui in jus vocatum exemerant; secus etiam *in l. 8. de Jurisd. l. 1. & l. 2. de condict. furt. l. 11. § 2. ad L. Aquil.* Ratio differentiæ, quoniam ibi pœna, hic nihil quam in id quod interest vertitur, quod nullo modo plus semel exigi potest, *l. 57. de R. J.* pœnam vero singuli propriam, ut delicta singulorum distincta sunt, præstant.

2. Imo & ipse Reus omnino liberatur, quamprimum actor id, quod sua interest, ab eo, qui impedivit in jus vocationem, consecutus est; cum, quod idem, ut dictum, bis peti non potest in actionibus rei persecutoriis, *d. l. 57.* tum quod adversus impedientem datur eadem actio, quæ contra reum principalem, *l. 3. § ult.* Imo jam per litis contestationem cum impediente factam, reus principalis exemptus videtur: Quod si ex eventu judicii liqueat, eum, qui impediit, non esse solvendo, actio restitutoria datur adversus debitorem primitivum, *d. l. 3. § 1.* quod argumento est, lite contestata, quasi per novationem, translatam esse actionem in eum, qui commisit hoc Edictum.

2. Cæterum, si Reus dolo malo fecerit, quo minus actor in jus veniret, & vicissim actor impediverit Reum, hæc admissa utrimque compensantur, *d. l. 3. § 2.* quod refer sis ad *tit. de compens.*

4. Datur hæc actio heredi intra annum: adversus heredem, nisi locupletior sit, non datur, *l. 1. § ult.* Cur ita, cum sit rei persecutoria, cujusmodi actiones adversus heredes dantur, ut ad *tit. Inst. de perpet. & temp. act.* est dictum? Vulgo ajunt, quod & Wissenbachius noster *ad h. t. n. 3.* esse quidem hanc actionem a parte Actoris Rei persecutoriam, at a parte Rei pœnalem. Sed hanc distinctionem non esse necessariam, probavimus in *P. I. l. IV. t. 6. n. 20. & t. 12. n. 6.* ibidemque ad rationes contrarias respondimus. Verius est, qualitatem actionum pœnalium aut rei persecutoriarum, respectu actoris duntaxat considerari. Quare autem hæc actio in heredem non detur, sufficit ratio, quod ex delicto dari videtur, *h. l. 1.* junct. *l. 7. do al. jud. mut. caus.* ut *loco citato* probavimus. Si quis tamen ita velit, quod actiones, quæ ex delicto veniunt & in odium Rei sunt introductæ, suo modo pœnales *quoque* dici possint, licet rem tantum persequantur, non nimium repugnem, quando & pœna memoratur in *l. 1. § 4. h. t.* modo id abusive factum intelligatur. Porro, licet hæc actio proprie respondeat cautioni judicio sisti, quæ exolevit, nihil tamen obstat, quo minus & hodie in id quod interest agi possit, si quis impedierit, ne reus citatus in jus veniret, ac interim ille fructum actionis suæ amiserit. Id tamen aliter oportet fiat, quam lapsu temporis, quo actioni præscribatur, ut est in *l. 2. pr. h.* nam præscriptio, citatione facta, interrumpitur hodie, ut diximus *ad tit. de in jus vocando.*

SCHOLIUM.

Ergo mallem, causam addidisset Autor, quomodo hodie possit fieri, ut actor per ejusmodi impedimentum fructum actionis suæ amitteret. conf. not. ad Strauch. XXII. 5. p. 303.

RESPONSIO.

Casus est; Si reus interim fuga evaserit, aut foro cesserit, quod aliquando vi fortunæ subita fieri videmus.

N. ADDIT.

Jam quidem intelligo mentem Autoris, & concedere possum, tali casu convenire posse impedientem ad interesse, si modo probari possit, reum fuga non evasurum, aut foro cessurum fuisse, nisi alter impediverit, aut me ante cessionem & fugam, rem meam per processum fuisse consecuturum; si modo alter non impedisset reum, qui tamen casus pro moribus processuum hodiernorum, vix sunt dabiles. Et si sunt, tamen non obtinebunt Doctores talia adnotantes, id quod intendunt, scilicet esse aliquem hujus tituli usum adhuc hodie, (etsi Autor verbis ambiguis utatur,) qui tamen revera nullus est, cum actio talis ad interesse plane diversa sit ab actione hujus tituli.

TIT.

TIT. XI.

Si quis Cautionibus in judicio ſiſtendi cauſa factis non obtemperaverit,

I. Qui non ſervat vadimonium, tenetur, niſi cauſa juſta excuſetur. II. Quid ſi cauſis renunciaverit. III. Quomodo teneatur, ſi temere deſeruerit vadim. IV. Quid juris in eremodicio. V. Quid moribus hodiernis. VI. De proceſſu per contumaciam.

QUæritur, quomodo teneatur is, qui interpoſita ſed neglecta cautione, die dicta, in jus venire ſupersedit? Reſp. ſi ex juſta cauſa id fecerit, nulla competit actio; ſunt autem cauſæ juſtæ *in l. 2. & ſeqq. h. t.* ubi inter alias, ſi transactum ſit, ſi quis muneris publici cauſa, aut teſtimonii dicendi ergo ſit impeditus, ſi valetudine, furore, utero, tempeſtate, vi fluminis ita præpeditus ſit, ut opportune adeſſe nequiverit, modo ſe ipſum imprudens non arctaverit, *d. l. 2. § 1.*

2. Hæ cauſæ, ſi nominatim quibusdam ſit renunciatum, non proſunt reo; generalis renunciatio non nocet, *l. 4. § 4.* quod tamen ad renunciationem aliorum beneficiorum haud temere trahendum. Ratio differentiæ, quia in aliis generalibus renunciationibus, ſciri poteſt a renunciante, quibus rebus renunciet, veluti fidejuſſor, quibus ſua beneficia facile poteſt cognoſcere; Verum hic reus nullo modo ſcire poteſt, quibus cauſis renunciet, quando generaliter renunciat, ſiquidem infinita quotidie impedimenta oriri poſſunt.

3. Deficiente cauſa juſta, dieque elapſo, *l. 1. h.* reus vel convenitur condictione certi, quando certa pœna promiſſa eſt, (quo caſu id quod intereſt, ſub pœna continetur; ſicut alias dictum, pœnas conventionales fungi vice ejus quod intereſt, *l. 2. § ſ. Qui ſatisd. cog. l. ult. C. de Præt. ſtip.*) aut actione ex ſtipulatu, in id quod intereſt, *d. l. 2. § ult. l. ult. ſi quis in jus vocat. l. 81. de V. O.* vel ſit miſſio in poſſeſſionem bonorum, olim poſt XXX. dies, *l. 2. l. 6. & 7. Quib. ex cauſ. in poſſ. eat.* Jure novo, judex dat certas inducias, quibus elapſis, cauſa obiter cognita, judex decernit miſſionem in poſſeſſionem, ſecundum menſuram declarati debiti, resque poſſidere jubet, debiti ſervandi cauſa, *Nov. 53. c. 4.* verum ad ſententiam non pervenitur. Nusquam in jure noſtro legimus, ubi litis conteſtatio facta non eſt, ibi quemquam condemnari, ut Donellus probat *24. comm. cap. 9.* Sed in *Nov. 112. cap. 3.* conſtitutum eſt, ſi actor edictis legitimis citatus, ſingulis ſpatio 30. dierum interpoſito, abſit, reum poſt annum ſententiam impetrare poſſe, quod tamen ad actorem non pertinet, utcunque Leo in *Nov.* ſua 108; idem in actore conſtituerit, A. Matth. *diſput. 7. de judic. th. 51.*

4. Atque hoc ita in *vadimonio deſerto;* ſic appellatur defectus ſiſtendi ſe judicio, ſecundum cautionem, ſeu *vadimonium* præſtitum. Sed contracto eremodicio, Græca vox ἔρημος δίκη, id eſt *lis deſerta*, cum poſt litem conteſtatam alter litigantium ſe judicio ſubducit, cauſa μονομερῶς ab una parte cognoſcitur, & ſententia fertur, *Nov. 69. cap. 3.* quo ſenſu capienda *l. 68. & ſeqq. de Judic.*

5. Hæc ita Jure Romano. Moribus hodiernis vix eſt, ut inter Actorem & Reum hac parte diſtinguatur. Verum ſi Actor ſit abſens, nec ad proclamationes in continenti factas compareat, *inſtantia circumducitur*, hoc eſt, ut *ad tit. de in jus voc.* intelleximus, Reus ab inſtantia abſolvitur, & Actor omnia de novo redordiri debet: Poteſt fieri, ut & cauſam funditus perdat, quod accidit, ſi ex Lege *diffamari* citatus, ut actionem inſtitueret, vel in perpetuum ſileret, receperit, ſe actionem intra certum tempus inſtituturum, eaque gratia Reum in jus vocaverit, nec ipſe die dicta ſe ſtiterit; tunc Reus impetrat circumductionem inſtantiæ, quæ in hoc caſu abſorbet omnem cauſam; utique, ſi de tempore, quo promiſit actionem ſe inſtituturum, aut perpetuum taciturum, nihil ſit reliquum, ut, me referente, judicatum memini ante ferias Paſchales 1679. Dictum aliquid ea de re ad *tit. de in jus voc.* Si reus non veniat ad primam citationem, narrant Pragmatici, illum perdere exceptiones declinatorias; ad ſecundam, dilatorias; ad tertiam, peremptorias, ut Wiſſenbachius tradit *ad hunc tit. n. 9.* ex Gudelino, Mynſingero, Gailio, & aliis. Ex ratione juris ita dicendum eſt; prima contumacia reum amittere exceptiones, quas ante litem conteſtatam opponere debuiſſet, ſive declinatorias, ſive dilatorias, quia contumacia pro præſentia eſt, & habetur, quaſi litem conteſtaretur, *Auth. Qui in provinc. C. ubi de Crim.* Secundæ contumaciæ

quæ pœna sit, in Jure non scio esse traditum; oportet cujusque Fori esse peculiarem. In nostris foris pœna pecuniaria, quæ ad primam contumaciam *purgationis* causa datur, ob secundam duplicari solet, in judiciis inferioribus, *lib. 3. Stat. tit. 2. art. 33.* Quando Reus tertio contumax est, nulla datur amplius purgatio, sed reus ob contumaciam condemnatur, accepta pro omni *disceptatione*, sola *Intentione* actoris, cujus libellus in hoc casu vulgo *Intendit* appellatur, quam vocem, non alieno ab hac re sensu, habes in *l. 2. C. de Litigios.*

6. Etiam in Supremis Curiis, uti omnes citationes sunt peremptoriæ, quod in nostra obtinere diximus, ad condemnationem per contumaciam tamen non proceditur, nisi post secundam citationem, propter summum, ne quis inauditus damnetur, præjudicium, ut Statutis nostris cautum, *lib. 3. tit. 12. art. 1.* Idque stylo Curiæ laudabili adhuc ampliatum est, ut, si utraque Citatio facta sit ad domum simpliciter, neutra personæ Rei insinuata, opus sit tertia citatione, quam tamen *personalem* esse non requiritur. Peractis citationibus, & accusationibus contumaciæ, Actor eas exhibet Judici pro Tribunali sedenti, petitque facultatem procedendi adversus contumacem; quæ conceditur absque cognitione causæ, visis duntaxat citationibus & accusationibus; nec quidem si dubitet, an Reus Curiæ sit subjectus, eam permissionem differt; id enim tempore sententiæ considerandum, ut dubitanti Commissario ad Tribunal responsum est a Curia *ante Paschales 1681.* Deinceps actor offert Curiæ suum libellum *Intentionis*, in quo, causa petendi exposita, addit probationes quas habet, & concludit, ut Reus declaretur contumax, & privetur omnibus exceptionibus, declinatoriis, dilatoriis, & peremptoriis, omnibusque defendendi mediis, ac porro condemnetur, ut res est. Neque tamen Reus semper condemnatur; haud raro enim fit, ut Judex e causæ meritis ab Actore productis, judicet Reum esse absolvendum, quo casu tamen in impensas litis ob contumaciam suam, ut præscriptum est, *l. 53. in fr. D. de Re judic.* condemnatur. Ideoque si Actoris probationes non faciant plenam fidem, fit interlocutio ad ordinem probationis; quod etiam fit, quando quis ex codice rationum mercatorio convenitur, primo quidem, ut juramento confirmetur, & dein, quia potest fieri, ut Reus de facto aliquid habeat opponendum; Ideoque etiam memini factum, ut & mercatore mortuo, fieret interlocutio, re in Curia disceptata *25. Novembr.* 1680. & rursus ante magnas ferias 1681. Atque tum Reus denuo citatur, eique fit copia respondendi & refutandi Actoris probationes; verum tunc denuo bis citatus & accusatus, peremptorie condemnatur. Dix. *part. 2. Jurispr. Hodiern. lib. 2. cap. 3.* De Quæstione, an ad accusationem contumaciæ requiratur speciale Mandatum, videbimus ad *tit. de Procurator.*

Tit. XII.

De Feriis & Dilationibus, & diversis temporibus.

I. Ratio continuationis: Item quid feriæ, quotuplices, & a quo statuantur. II. Quatenus per ferias jus dici nequeat aut possit. III. Quid juris, si in ferias incidat citatio. IV. An Feriæ Statutis tolli queant. V. Quid & quotuplex dilatio. VI. De tempore dilationum probatoriarum, quæ sunt hujus loci. VII. De tempore & ejus partibus. VIII. Intra quod tempus absolvendum sit judicium.

SI (a) quis in jus vocatus in diem feriatum, non stiterit se, nihil ideo præstat. Feriæ autem sunt *tempora, quibus silet judiciorum strepitus*, Alcyonia Fori, & dicuntur aliter festi dies ac nefasti. Feriæ, festi dies *a feriendis* hostiis, litandi causa, sunt dictæ. Nefasti appellantur iidem, quia tum jus fari non licet, juxta illud Ovidii notissimum:

Ille nefastus erit, per quem tria verba silentur;
Tria verba constat fuisse Prætoris illa solennia,
DO, DICO, ADDICO. Non feriati festique dies vocantur fasti, a fando; Idem Ovidius:

Fastus erit, per quem Jure licebit agi.

Vocabantur aliter dies *Sessionum*, quibus Prætor sedebat in Tribunali, *l. 2. §. 1. Quis ord. in bon. poss.* Dividuntur in divinas & humanas, utræque in solennes & repentinas. Divinæ solennes, quæ Dei colendi gratia statis temporibus recurrunt, ut apud Christianos festa majora, &

(a) *Pos. 1. & seqq.*

maxime

maxime dies Dominici. Humanæ ſolennes, ſunt dies meſſium, & vindemiarum; quorum illi currunt ab 8. Kal. Jul. ad Kal. Aug. hæ a 10. Kal. Sept. ad idus Octob. *l. 2. & 7. C. h. t.* quod tempus juxta naturam loci & climata cœli, quæ in Imperio Romano plurimum differebant, ut inter Illyricum & Africam, variari poteſt; idque a Magiſtratibus Provinciarum ſtatuebatur, *l. 4. h.* cum alioqui ſolus Princeps ferias ſtatuere poſſit, *l. 4. C. h. t.* Magiſtratus enim miniſter legis eſt, & ſecundum eas jus dicit, ſed claudere Dicaſterium, & præſcribere, quando cives cuncti adeſſe queant, aut ſecus, id vero miniſterium judicandi egreditur, & ad univerſæ Reip. gubernationem ſpectat. Quæ moribus hodiernis in quaque Republ. feriæ ſerventur, e ſtatutis ſingularum gentium ‡ intelligitur: noſtræ ſunt *in lib. 3. Stat. tit. 7.* Denique, *repentinæ feriæ* vocantur, quæ extra ordinem, ſupplicationis vel lætitiæ cauſa indicuntur, *l. 1. & 4. C. h. t.*

2. Regula de FERIIS eſt, quod *diebus feriatis jus non dicitur*, niſi quod actus voluntariæ Jurisdictionis, qui parum habent ſtrepitus, ut manumiſſio, appellatio, *l. 1. § 3.* item pacta litis ſiniendæ, & tranſactiones, denique ea, quæ moram non patiuntur, vel Reip. interſunt, feriis quoque divinis recte fiant, *l. 3. 7. & 8. l. pen. C. h.* Partibus quoque conſentientibus, per ferias humanas quælibet negotia tractantur, *l. 1. & 6. h.* quo tamen caſu teſtes cogi non poſſe, verius eſt, quia cogere utique eſt contentioſum: Feriis divinis, lites, ne quidem inter conſentientes, exerceri poſſunt, *l. 2. & l. 8. C. h. t.* niſi, ut dictum, res moram non patiatur, & Reip. interſit, qua ratione adverſus latrones, etiam ſacratiſſimis feriis procedi poteſt, *l. pen. C. h. t.* quæque ad annonam publicam pertinent, feriis expediri poſſunt, *l. 5. C. eod.* de religione diei Dominicæ *vid. l. ult. C. h. t.* quam Conſtantinus M. lege lata primus in orbe juſſit obſervari, *l. 3. C. h. t.* Unde tamen non ſequitur, ante Conſtantinum, diem Dominicam non fuiſſe cultam ab Eccleſia, quod nonnulli inde collectum voluerunt. Neceſſitatem obſervandi intulit ille primus Imperator Chriſtianæ profeſſionis, ut tamen agriculturam exciperet: *Ruri tamen poſiti*, inquit, *agrorum culturæ libere licenterque inſerviant: quoniam frequenter evenit, ut non aptius alio die frumenta ſulcis, aut vineæ ſcrobibus mandentur, ne occaſione momenti, pereat commoditas cæleſti proviſione conceſſa, d. l. 3.*

3. Citatio die feriato facta, ſi juris humani ſit, valet, ſi juris divini, non valet, *l. 3. & ult. C. de fer.* ſed in diem feriatum facta, indiſtincte inutilis eſt, *d. l. ult. & l. 1. § 1. h. t.* nam ut ſequens dies non feriatus a reo ſervandus ſit, benignius quidem videtur, ſed vi juris caret; duntaxat enim de lapſu fatalium appellationis dierum, id conſtitutum eſt, *l. 2. § pen. C. de temp. appell.* Præſtat igitur, ut judex tempus inde ab initio dimetiatur & exprimat; aut, ſi præfigatur Reo dies certus, a termino incerto faciendæ inſinuationis, quam vocant, tum fere addi ſolet, præſertim locis procul diſtantibus, ut ſi dies adſignatus incidat in ferias, ſequens non feriatus ei ſubſtituatur.

4. Quæri ſolet, an feriæ ſtatuto tolli queant. Baldus quidem in *l. 6. C. de Fer.* non ſolum humanas, ſed & divinas ſtatuto abrogari poſſe ſcribit: de divinis male ſine dubio, nec quidem Princeps eas tollere poteſt, ſuppoſito quod *ex jure divino* præcipiantur, quæ eſt alterius fori quæſtio. Nam ſi quorundam ſententiam ſequimur, qui feſta omnia tollunt e doctrina & diſciplina novi fœderis, haud male Baldus; quod attinet ad humani inſtituti feſtos dies, hi forte nec male tolli poſſe dicuntur Statuto; ſi intelligas populi liberi conſtitutionem, ut ſæpe vox illa ſumitur; at ſi municipale jus ita proprie dictum intelligas, dicendum, poſſe coarctari, vel produci ferias humanas, tolli non poſſe, *arg. l. 4. D. & l. 4. C. h.* juncta *l. 35. de R. J. l. 38. de Pact.* juncta *l. 15. de V. S.* Conf. Marant. *p. 4. diſt. 16. n. 87. & ſeqq.*

5. Sequitur altera pars Rubricæ, DILATIONES, quæ ſunt *Intermiſſiones judicii ad tempus conceſſæ litigantibus*, idque in principio, vel in progreſſu, vel in fine judicii. In principio eſt dilatio deliberatoria dierum XX. *Auth. offer. C. de litis cont.* ut reus deliberet, cedere, an contendere, an judicem recuſare velit, aliaque ad cauſam pertinentia meditetur. In progreſſu litis, ut & in principio, ſunt dilationes citatoriæ, quæ decem dierum intervallo conſtant, *l. 69. & ſeqq. de jud.* Probatoriæ ſunt, de quibus proprie *in h. t.* agitur, & mox dicetur. Poſt finem judicii dantur dila-

‡ Jure Saxonico ſtatutum eſt, Ferias meſſium aliasque, inprimis eas, quæ ſecundum fori obſervantiam præcipua Feſta præcedebant & ſequebantur, non amplius obſervari debere, quod tamen ad ferias nundinales Lipſienſes Numburgenſesque non extendendum, ne quidem in Cambialibus, niſi iisdem expreſſe renunciatum. *O. P. S. E. I. & E. Tit. XI. § 5.*

tiones appellatoriæ, ad interponendam, introducendam, prosequendam appellationem; item executionis, quod est spatium quadrimestre, de quo *in l. ult. C. de usur. rei jud.* de quibus omnibus alibi agetur. Et hæ quidem a Lege indulgentur, ut e singulis *textibus* apparet.

6. Tempus dilationum, quæ probationis causa conceduntur, judex moderatur, * secundum distantiam locorum & conditionem causarum, *l. 1. C. h. t.* Regulariter in pecuniariis causis *semel* tantum tribuitur, in capitalibus accusatori duæ, reo tres dantur, nisi ex gravi causa plures etiam in civilibus concedendæ videantur, *l. ult. h.* Quid autem de criminalibus, non capitalibus? Videntur a Paulo in *d. l. ult.* sub pecuniariis comprehendi delicta leviora; & sub capitalibus quælibet intellecta graviora crimina.

SCHOLIUM.

Excipitur communiter adulterium, l. 41. ff. ad L. Jul. de Adult. *Ostendi ad* Strauch. XXIV, n. p. 145. & seqq. *in dicto textu esse emblema Triboniani. quod a Wissenbachio, alias horum collectore, non fuisse observatum, miror.* vide Wissenb. h. t. th. 14.

RESPONSIO.

Excipi adulterium in d. l. 41. *tradit Donellus* 24. comm. 16. *eumque secuti plerique recentiores. Wissenbachius noster negat* n. 14. h. t. eo quod utrobique causæ cognitio requiratur: *potius igitur hæc sit ratio diversitatis; quod adulterii crimen tempore Pauli in* d. l. 41. *nec capitale nec pecuniarium fuerit; ideo nec sit exceptio, neque ad regulam* l. ult. *pertineat. Quid igitur in his mediis criminibus? Locus ibi non est dilationibus ordinario, sed est extra ordinem*, d. l. 41. *Et sic non est exceptio, nec emblema. Certe hæc verba* d. l. 41. In crimine adulterii nulla dilatio danda est, *fortiora sunt, quam ut nihil singulare contineant; & ratio exceptionis reddi potest, quod, ni probationem in promptu habeat Accusator, ad matrimonium turbandum admitti non debeat: Rei vero nec ignorantiam obtendere, nec ad instrumenta provocare queant; sed tantum ad testes innocentiæ suæ, quibus exhibendis dari dilationem, scribit Paulus in* d. l. 41. *Sed quia Jure novo Crimen adulterii capitale factum est, hinc putat* Thomasius, *Triboniauum* d. legi 41. *adfuisse hæc verba;* Aut judex ex qualitate negotii motus, hoc causa cognita, permiserit, *ut hactenus esset simile reliquis capitalibus. Quod non admodum a fide veri & laude observationis alienum est.*

N. ADDIT.

Igitur & hæc responsio non taxat Scholium, aut illi contradicit, sed potius approbat & illustrare vult, in summam contrahendo, quæ latius dixeram in notis ad Strauchium. Cum tamen id paululum obscurius fiat, & initio Autor videatur, tertiam sententiam defendere voluisse, e re erit, locum ex Notis ad Strauchium, in Scholio citatum, hic apponere integrum. Ita vero ibi dixeram ad verba Strauchii: excepto crimine adulterii. *Hæc Autor ex Franzkio* ad h. t. n. 38. *Fundatur autem exceptio ista in* l. 41. ff. ad l. Jul. de adult. *Eam vero si conferis cum regula*, in l. ult. ff. de feriis, *res dubio carere haud videtur. Uterque textus Pauli est. Et quidem* l. ult. ff. de feriis ex lib. 5. sentent. Pauli *desumpta:* In pecuniariis, *inquit*, causis dilatio, singulis causis plus semel tribui non potest. In capitalibus autem reo tres dilationes, accusatori duæ dari possunt, *SED UTRUMQUE CAUSA COGNITA. Lex 41. vero* ff. ad l. Jul. de adulter. *inscriptionem* liberi 1. (*forte legendum* liberi 2. *propter mox dicenda,*) sententiarum Pauli *præ se fert, ejusque hæc est sententia:* In crimine Adulterii nulla danda dilatio est, nisi ut personæ exhibeantur, aut judex ex qualitate negotii moras hoc *CAUSA COGNITA* permiserit. *Vides, hic & in adulterio admitti dilationem causa cognita, & in omnibus delictis capitalibus, (imo & ex Autoris mente initio thesios, non improbabiliter in omnibus dilationibus) non nisi causa cognita dilationem concedi, secundum* l. ult. ff. h. t. *Exceptio igitur nihil peculiare habet a regula. Retinet tamen hanc exceptionem cum Franzkio Habnius* ad Wesenbec. h. t. n. 12. *Eckolt.* ad h. t. § 11. In causis capitalibus, *inquit*, accusatori duæ, reo tres dantur, d. l. f. ff. h. t. in adulterio tamen unæ con-

* Jure Sax. Electorali, præter Terminum probatorium, tres conceduntur probaturo dilationes, ‡ sed prima & secunda probato in continenti impedimento; *O. P. S. t. 20.* § Wir lassen. *Ref. Gr. d. A. 1653* von Justitien-Sachen. *grav. 22.* tertia autem, sive, computato Termino probatorio, quarta, non nisi prævia solennitate legali, sive petentis Juramento calumniæ, datur, *d. gr. 22.* Carpz. *Proc. t. 13. art. 1. n. 60.* Suendend *ad Fibig. Proc. p. 609.*

‡ Jure Saxonico novissimo dilatio prima, impedimento quadantenus demonstrato, altera juramento præstito, tertia penitus non conceditur. *O. P. S. E. I. & E. Tit. XX. § 3* Nisi sint minores, vel alii, qui beneficio restitutionis in integrum gaudent, qui commoniti sub jactura beneficii sui hoc fieri, veteri jure utuntur. *d. Tit. XX. § 4.*

ceduntur.

ceduntur, l. 41. ff. ad l. Jul. de adult. nisi causâ cognita, d. l. 41. & sic concordat cum l. fin. ff. h. t. *qui adeo* d. l. 41. *non ut exceptionem a regula, sed ut Legem obstantem regulæ considerat. Si tamen verba Pauli in* d. l. 41. *accuratius consideres, videtur utique Paulus ibi aliquid singulare tradere voluisse. Si enim in omnibus dilationibus causæ cognitio præcedere debeat, quid opus habuisset Paulus, id de causa adulterii in specie notare? Mihi igitur videtur, salvo aliorum judicio, in* d. l. 41. *Tribonianus verba:* aut judex ex qualitate &c. *textui Paulino de suo addidisse. Conjecturas hanc in rem profero sequentes. Antiquis temporibus adulterium non fuisse crimen capitale, notarunt jam Dd. non pauci: Ex pluribus vide Wissenbach.* in ff. ad L. Jul. de adult. *Quamvis ergo tum temporis in pecuniariis causis, (sub quibus videtur Paulus* d. l. ult. ff. h. t. *omnes causas non capitales comprehendere,) dilatio regulariter, causa cognita, semel concedi solita fuerit, non tamen voluerunt veteres eandem in causa adulterii concedere, cum causæ cognitione hoc casu ne quidem videretur opus esse, sed obrationes ab Autore ex Franzkio allatas semper denegandas statim appareret. At temporibus Tribuniani crimen adulterii capitale erat, ideoque cum Tribonianus in locum Pauli de adulterio incideret, & istæ rationes amplius in adulterio locum non haberent, cum in causis capitalibus maxime favorabiles reorum partes, potissimum in dilationum materia,* d. l. ult. h. t. *probabile est, cum* d. verba ultima *loco Paulino addidisse, & ita eundem regulæ communi de dilatione in causis capitalibus accommodasse. Confirmant me in ista opinione non solum fragmentum sententiarum Pauli, Cujacii Codici Theodosiano annexum, ubi* l. 2. tit. 26. de adult. § ult. *hæc solummodo verba lego:* In causâ adulterii dilatio postulata impartiri (*alii* impetrari,) non potest: *sed & aliæ textuum, vetera tempora, quibus adulterium haud erat capitale, resipientium, interpolationes a Tribuniano nulla alia ex ratione commissæ, quam quod illos ad sua tempora non quadrare videret. Adducit Wissenbachius* in Emblem. Tribon. p. m. 403. & 410. *hujus rei duo exempla, unum ex* l. 18. C. de transact. *alterum ex* l. 9. C. ad L. Jul. de adult. *Habebis igitur in* d. l. 41. ff. eod. *novum Exemplum Emblematum Triboniani a Wissenbachio omissum.*

Adversus reum hac parte facilior est judex, quam actorem, ob rationem *l. 2. C. de Dilat.* quoniam instructus esse non potuit, qui præter spem ad judicium tractus est; præter quod alias semper reus favorabilior est quam actor, *l. 125. de R. J.* interim uni concessa dilatio utrique communis intelligitur, *l. 3. C. h. t.* Dies feriati in tempus dilationis incidentes, ei adnumerantur, adeoque tempus est continuum, *d. l. 3.* * Usu fori, post litem contestatam causæque disceptationem prævium, si judex facti rem esse videat, certum partibus spatium præfigit, pro conditione & difficultate causæ; quod tamen & ex conventione partium semper, & ex magna causa a Judice produci potest, rarissime tamen solet, ne res iterum in id recidat incommodum, trahendi judicia in longitudinem, quod mutua Advocatorum & Procuratorum indulgentia fit enormiter, ubi ordinariis & legitimis dilationibus utuntur. Apud nos in dicasteriis inferioribus, tres dantur dilationes, singulæ quatuordecim dierum, quo elapso probationibus renunciatum intelligitur, nisi Judex tempus, ex causa, producat vel coarctet, *3. Stat. tit. 2. art. 46.* Habent & alias in variis judicii actibus dilationes, de quibus, quid apud nos servetur, e *d. tit. 2. art. seqq.* liquet, eaque in tritura forensi rectius addiscuntur.

8. Tertia pars Rubricæ est de diversis TEMPORIBUS, quæ partim ex supra dictis intelliguntur, (nam de præscriptionibus hic non agitur, quas habebimus *in libro* 42. si volet Deus,) partim ad spatium, quo lis terminanda est, referri debent; Nisi de Tempore & ejus partibus

* Dilatio, nisi concedatur nach Ablauf der erstern Frist, regulariter a tempore concessionis currit, ‡ Svendend. *ad Fibig. p. 000.* Carpz. *P. I. C. 16. d. 15. n. 5.* etiam diebus feriatis, nisi petita fuerit exclusis feriis. Svendend. *d. l. p. 174.*

‡ Quid autem Juris, si intra terminum petita dilatio, a Judice intra eundem nec concedatur nec denegetur? Nec concessa est, nec negata, sed judicis arbitrio continetur, quid decernere malit. *O. P. S. E. l. & t. Tit. 20. § 5.* Si quis contra denegationem dilationis appellat, rejecta appellatione, & deserta habetur probatio, & advocatus mulcta 5. & amplius uncialium est castigandus; si judex ad quem appellationi deferat, dilationis tamen initium non a tempore acceptæ resolutionis, sive ex quo de superioris judicis sententia certior factus est, sed a momento, quo prior dilatio exspiravit, est arcessendum; intra quod tempus adeo articuli probatorii, vel judici a quo, vel judici ad quem sunt porrigendi; idem est in omnibus dilationibus absque discrimine tenendum, licet forte in schedula Judicis, in Dilationis Scheine, aliud contineatur. *d. Tit. 20. § 6.*

aliquid addi placeat; Notæ sunt partes ejus, annus, mensis, dies. Annum constare diebus trecentis sexaginta quinque, satis constat, & quidem continuis, *l. 51. vers. Æstimatio. de Leg. Aquil.* Sed quid sibi vult *in l. 4. § 5. de Statu lib.* hæc oppositio: *Annus quomodo accipi debeat, an qui ex continuis 365. diebus constet, an quibuslibet?* Aliquando scilicet ob intercalationem plures in anno sunt dies; ut cum bissextus additur. Docet autem Jurisconsultus, quando quis *per annum* ad aliquid tenetur, dies 365. sufficere, licet eo anno plures forte dies computentur: quia spectamus ad id, quod plerumque fit, & ad rotundum numerum, quemadmodum & mensis simpliciter dictus ad 30. dies refertur, ut ex *l. 12. de Stat. hom.* juncta *l. 2. § ult. de suis & legit. hered.* colligitur. Alioqui in computationibus ordinariis nihil esse, cur a solita & populari computatione recedamus, manifestum est. Dies more Romano a media nocte incipit, & sequenti nocte finitur, *l. 8. h.* Hanc diem vocat *civilem* Censorinus *de die nat. 19.* quia varie a gentibus æstimatur: ut tum *naturalis* sit, qui a sole oriente ad occidentem usque durat. Horas numerabant ab ortu solis ad occasum XII. & rursus ab initio noctis totidem, *l. 2. § 1. de V. S. l. 1. de Manumiss.* ubi pridie Kalendarum post sextam noctis horam natus, ipsis Kalendis natus habetur: Hora sexta est media nox. Eodem sensu hora sexta diei memoratur in *l. 7. h. t.* & alibi. In Historia Evangelica est eadem computatio; Servator mundi hora nona diei defunctus in Cruce, quæ est tertia post meridiem. Quæ præterea de computatione temporis utili & continua, in Arte frequenter usu veniunt, alias sæpe, noviſſimeque ad *tit. Inst. de perpet. & tempor. act. n. 4.* explicata sunt, sicut & de die cedente ac veniente, *ad tit. 2. de verb. oblig. n. 2.* quæ non repetimus.

8. Quod attinet ad tempus, quo lites terminandæ sunt, hoc est in criminalibus biennium, in civilibus triennium, *l. 13. C. de jud.* exceptis causis fiscalibus, quæ intra sex, & numerum civilium, quæ intra tres menses absolvendæ, *l. ult. C. de jur. fisc. l. 54. C. de decur.* tempus autem a die litis contestatæ incipit, *d. l. 13. § 1.* atque etiam ad arbitros pertinere videtur, *arg. l. 1. & l. 17. § 1. de recept. qui arbitr.* Ratio, cur civiles causæ diutius ventilentur quam criminales, est hæc, quod interſit Reip. maleficia celeriter puniri, nec rei diu squalore carceris sint affligendi, *l. 35. de pæn. l. 6. & l. 23. C. eod.* quibus nihil vetat addi, quod civiles causæ plerumque sunt obscuriores, quæ est Cujacii *αἰτιολογία 17. observ. 27.* De pœna eorum, qui non servant hoc tempus legitimum, *vid. d. l. 13. properandum. C. de jud. § & siquidem.* D. A. Matthæum *disp. 5. de judic. th. 24. & seqq.* Idem recte statuit, conventione partium id tempus mutari non posse, *th. 37. d. disp. 5.* de Statuto municipali sentit idem *th. 41.* Sed quicquid hujus rei sit, palam est, ea tempora moribus hodiernis non observari, sed lites impune in multos annos produci, pessimo licet publico.

Tit. XIII.

De Edendo.

I. Continuatio, & quid edere. II. Modus edendi. III. Quis edat. IV. Remedium contra non edentes. V. Libellus quid. VI. Quotuplex. VII. Virtutes libelli. VIII. Ejusdem vitia. IX. Clausulæ libelli. X. Qu. An liceat cumulare plures actiones &c.

IN jus vocato debet EDI sive offerri libellus, *Auth. offeratur. C. de lit. cont.* qui pari passu ambulat cum ipsa in jus vocatione, *d. Authent. Nov. 53. c. 3.* cujus loco in foris hodiernis offerunt libellum supplicem Judici, in quo causam exponunt, eamque expositionem Judex formulæ citationis inseri curat, ut in tit. de in *jus vocando* dictum. Post litem contestatam denuo libellus, ad quem reus respondeat, offertur, de quo hic non agitur; nec tamen multum ab hoc ipso discrepat. De hoc autem postremo recte forsitan dixeris sentire Sichardum ad *d. Auth. offeratur. n. 4.* cum ait, stultam esse eorum sententiam, qui putant, Libello conventione partium renunciari posse; nam de priore, qui est hujus tit. cum sit in jus vocationi junctus, & hæc aliquando omitti queat, non videtur dubitandum, quin ab ea partium consensu recedi possit, *arg. l. pen. C. de Pact.* Nam ego stultam potius eorum opinionem, cujus meminit A. Matth. *disp. 6. de Judic. th. 33.* dixerim, qui tacite seu per dissimulationem omitti posse libellum, expresse ei renuntiari non posse statuunt. Porro, juxta libellum edenda instrumenta, rationes, & omnia, quibus

bus actor apud judicem usurus est, *l. 1. § 3. h.*

2. Modus Edendi est, ut vel libellus tradatur, vel copia libelli fiat, aut dictetur, *l. 1. § 1. h.* adeoque species futuræ litis demonstretur, *l. 3. C. h. t.* ut inde existimare queat, cedere an contendere debeat, & si contendendum putet, veniat instructus ad defensionem sui, cognita scilicet actione, qua convenietur, *l. 1. in pr. h. t.* Edenda autem sunt instrumenta sine die & Consule, ne quis falsum fabricetur, sed rationes cum die & Consule, *d. l. 1. § 2.* Hodie in foro de instrumentis tam sollicita cura non est; minus, ut videtur, deditis quam olim nostri temporis hominibus, ejusmodi falsitatibus comminiscendis; *modo tuta fides.* Non solet etiam in jus vocationem Editio comitari hodie; sed ubi in judicium ventum est, faciendа petenti exhibitio; & in qualibet scriptura qui citat instrumentum, id ipsum edere debet, ita tempestive, ut reus id refutare possit, quod cautum Statutis nostris *lib. 3. tit. 19. art. 5.* Authenticum vero ipsum non est necesse ut edatur, sufficit exemplum, quam copiam vocant, addito, paratum esse actorem, ipsum exhibere authenticum, quemadmodum fit omni die; paulo secus Wesenbecius *ad h. tit. n. 13.*

3. (a) Quis Edere debeat, ultro intelligitur, Actor videlicet, * quem paratum esse oportet; nam reus non edit ‡ nisi rationes, causa cognita, *l. 1. C. h. t.* regulariter ad edendum non tenetur, *l. 4. & ult. eod.* quia durum esset, eum cogere, ut actorem contra se ipsum armaret, qui suo arbitratu certamen inchoavit. Excipiuntur argentarii & nummularii, qui, licet rei, suas rationes edere debent, *l. 4. pr. l. 9. § 2. & l. 10. h.* quia publicum erat eorum officium, & singulorum rationes, qui pecunias apud illos aut deponebant, aut mutuam ab illis accipiebant, conficere solebant. Unde non tam ipsorum, quam singulorum rationes censebantur, *l. 4. § 1. h. t.* Ab his *Nummularios* distinguit Paulus *in l. 9. § 2.* Tamen argentarii plura quam nummos curabant, siquidem & venditiones similiaque per eos fiebant, *l. 18. de bered. pet.* Utrique *mensularii* passim vocantur, *l. 47. § 1. de Pact. &c.* In utrisque eadem ratio fuit editionis, quod non tam suas, quam singulorum rationes conficerent; ideoque singulis eas edere cogebantur, *d. l. 9. § 2.* Hinc ratio liquet, cur idem plerique ad Notarios, Scribas publicos, Mercatores, Publicanos, Caupones, similesque producant. Procuratores sane, Socii, Tutores, coguntur, non hac, sed suis actionibus, mandati, Pro socio, Tutelæ, *l. 9. pr. h.* Si communia sint instrumenta, ‡‡ edi quoque debent sociis, *l. 7. C. h.* Publici Scribæ & Notarii conveniri equidem possunt, ut instrumenta ab se composita, partibus, & iis quorum interest, exhibeant muneris sui necessitate magis, quam actione ad edendum; nisi forte ob maleficium fraudemque in officio, ab iis, quorum interest, conveniantur. Sic & testamenta omnibus exhibenda, *l. 2. in pr. Testam. quemadm. aper.* Verum nec hoc ad institutum hujus Rubricæ pertinet. At fiscus vere jus habet petendæ Editionis eorum, quæ ad suas causas, licet actor sit ipse, pertinent, *l. 3. h. & l. 2. § 1. & 2. de jur. fisc.* Idem volunt in favorem dotis piorumque locorum obtinere, quemadmodum Tulden. *ad h. t. n. 3.* quod tamen sine lege vix adfirmare licet.

4. (b) Si quis non edat, a Prætore ‡‡‡ compellitur, *d. l. 9. pr.* & tenetur adversario in id quod in-

* In his Jus Saxonicum cum civili satis conspirat, *Ord.* autem *Proc. Sax. t. 26.* § Es soll. addit, actorem ad edendum tunc demum teneri, si præsumptiones urgeant, penes eum instrumentum esse, alias, qui editionem postulat, eo nomine alteri speciale juramentum deferre, ac juramentum calumniæ præstare debet, Berlich. *P. 1. Concl. 45. n. 8. seqq* Carpz. *l. 3. Resp. 77. n. 17. seqq.*

‡ Reus Actori indistincte edere tenetur ad fundandam replicam, licet hæc forte pars libelli sit. *O. P. S. B. I. & E. Tit. 26. § 1.*

‡‡ Pro communibus Instrumentis habenda sunt, non modo, quorum est communis proprietas aut usus, sed quæ exstare alterius quacunque ratione interest. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 26. § 1.*

‡‡‡ Apud nos editionem instrumentorum postulaturus, hoc faciat in ipsis articulis probatorialibus, dum ea inducit. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 26. § 1.* Pars adversa in termino Productionis Instrumentorum aut edat, aut juret, se nec possidere, nec possidere dolo malo desiisse, nec scire, ubinam reperiri possunt, probatione pro exoneranda conscientia, aut omnium documentorum suorum productione prorsus explosis. Neutro facto, aut producto plane non comparente, si copiæ adsunt, hæ pro editis & recognitis habendæ; sin desunt, articuli pro concessis reputandi sunt. *d. Tit. § 2.* Tertius per compulsoriales vel requisitoriales, concesso Spatio Saxonico, citetur, quo elapso aut edat, aut juret, aut mulctam nec minorem,

(a) *Pos. 3. 4. 5. 6.* (b) *Pos. 7. 8.*

teresť,

tereſt, * *l. 6. § 4. h.* ut tamen is, qui petit, prius de calumnia juret, *l. 6. § 3.* In Foro nihil promptius eſt quam exceptionem hac cauſa opponere: tametſi Actorem poſſe cogi a Judice, non eſt dubium. Actionis in id quod intereſt, uſus eſt rarior: Si tamen probari poſſit, nihil obſtare videtur, quo minus æque detur hodie, quam in legibus eſt prodita. Hæc de Editione inſtrumentorum intelligenda; nam ſi *libellus* non edatur, judicium procedere non poſſe manifeſtum eſt, verum inſtantia circumducitur. Quod etiam procedit, quando Actor in Judicio præſens, ſed libellum non habens paratum, intentione ſua verbis expoſita, & audita rei oppoſitione, cum exactione libelli, receperit, ſe libellum proximo *termino* exhibiturum. Id ſi non fecerit, bisque fuerit accuſatus, fit circumductio cum expenſis, quæ alioqui Jure non committitur, niſi Actore penitus abſente, *l. 68. ſeqq. de Judic.* ut *ad tit. de in Jus voc.* diximus. Ita Curiæ Supremæ Friſiorum placuit, in cauſa Leonhardi *Feeuwen*, contra Robertum Thomæ. Excip. 15. *Sept. 1681.*

DE LIBELLO.

5. (c) Libellus, qui præcipue Editur, eſt Scriptura continens intentionem Actoris: Neceſſarius eſt in omni judicio, tam civili quam criminali, *l. 3. de Accuſat.* in ſummariis tamen qualiscunque petitio, ſine ſcriptura quandoque ſufficit, ut Specul. *de lit. cont. § Nunc dicendum n. 17.* veluti quoties per inquiſitionem proceditur, aut judicis officium extra ordinem imploratur: de cujus generis actionibus agetur *ad tit. de Judic.* Libellus dicitur habere tres partes, narrationem facti, cauſam concludendi, & ipſam concluſionem, quam Dd. *ſyllogiſmum vocant juridicum;* qui in formam ſcholaſticam redactus loco majoris habet cauſam petendi, narrationem facti loco minoris, & tum concluſionem; Ex. gr. Qui emit, & cui res tradita eſt, is debet ſolvere pretium, de quo convenit. Atqui Titius illa die, iſto loco emit talem rem, eique res eſt tradita: Ergo Titius ſolvere debet, & condemnandus eſt. At ſæpe fit enthymema, quando cauſa petendi, juris eſt indubitati, ut in propoſito exemplo. Tulden. ad *tit. C. de Edend. n. 4.* Enimvero ſatius eſt, narrationem facti primo loco exponi; ut enim cauſa juris ac ratio præmittatur, id nimis redolet ſcholam. In ſumma ſequendus cujusque fori ſtylus, qui fere paſſim huc redit; ut in præfatione nomen judicis more conſueto collocetur, tum nomen & Qualitas actoris, deinde rei; fere, quemadmodum de in Jus vocatione dictum eſt *ſuperius*, ac ita porro ad rem, uti dictum. vid. Gail. *l. obſ. 61.* Weſenbec. *h.* D. Schotan. *exam. h. t.*

6. (d) Dividitur vulgo Libellus in ſimplicem & articulatum. Simplex, qui ſerie continua, ſine ulla articulorum diſtinctione, actoris intentionem complectitur. Articulatus contra eſt, qui conceptus & deſignatus eſt certis articulis. Qui termini quamvis in jure non habentur, ſervant tamen ita in Foro, ut in cauſis levioribus (*pleidoijen* vocant noſtri,) ſimplex, in difficilioribus articulatus porrigatur libellus. ** Ratio diſcriminis, quod in his exacte rationes & ad numerum confutari debent, in illis ſummarie reſponderi & diſputari ſufficiat. Vultej. *3. Jurispr. Rom. 29.*

7. (e) Virtutes libelli traduntur hæ, ut ſit aptus, clarus, & certus. Aptus, id eſt ſibi ipſi & negotio conveniens; nam ſi quis ex empto agens præſtationes diverſæ actionis libello proſequatur, is nihil agit: ſi tamen concluſio ſit apta, li-

quinque nec majorem decem thaleris ſolvat, arctioribus tamen compulſorialibus, aut requiſitorialibus ſimul decretis. *d. Tit. § 3.*

* Apud nos, ſi copia documenti fuerit exhibita, pars, quam præſumptiones urgent, ſub pœna editi & recogniti ad editionem compellitur, niſi jurare poſſit, ſe nec poſſidere inſtrumentum, nec dolo poſſidere deſiiſſe. Imo actor, ſi in edendo contumax ſit, cum actione ſua, ulterius non auditur, *Ord. Pr. Sax. tit. 26. § 2.* Si copia deficiat, ſub pœna pecuniaria, e. g. 10. aureor. aut deprehenſa edentis paupertate, eorum ſub comminatione carceris, editio injungitur, quæ perſeverante contumacia augetur, Svend. *ad Fibig. Proc. p. 692. ſeqq.* Quod ſi autem comminatio iſta caritura ſit effectu, vel ad inſtantiam, vel ex officio, comminatio poteſt ſententiæ adjici: e. g. daß N. die Doc. ſub A. B. mit der Verwarnung, daß in Verbleibung deſſen die Artickel, bey welchen ſie induciret, vor eingeräumet gehalten werden ſollen, zu ediren ſchuldig. Menck. *ad O. P. S. t. 26. § 29.* Q. S. F. Rivinus *ad eund. En. 27.*

** At apud nos articulatus libellus plane non toleratur, ſed ex officio a Judice rejiciendus eſt, *P. 1. C. El. 2. O. P. S. Tit. 5. § 1.* Carpzov. *ad d. C. El. def. 1.* niſi quod in proceſſu Accuſatorio accuſatori liceat indicia articulis complecti, & libello ſubjicere, ſecundum Carpz. *ad C. def. 3.* Moller. *ibid. n. 7.* Berlich. *P. 1. Concl. 12. n. 20.*

(c) *Poſ. 9. 15.* (d) *Poſ. 11.* (e) *Poſ. 12. 13. & ſeqq.*

bellus

bellus sustinetur. Gail. *2. obs. 66.* Imo & ineptæ Conclusiones in Foro sæpe tolerantur. Ita qui ad nullitatem contractus agens, ex causa nullitatis petit in integrum restitutionem, agit inepte: Curia tamen ejusmodi libellum admisit; cum apud Sandium 3. 4. 12. tum postea, quod meminerim. Alias scio, correum debendi in solidum fuisse conventum tali conclusione, *peto illum ut fidejussorem condemnari.* Curia vocem Fidejussoris omisit, reumque simpliciter condemnavit; quod bene convenit officio judicis, ut ineptiam, quæ abesse potest, emendet. Sed priori exemplo data fuit restitutio, ubi non erant termini habiles restitutionis. Cæterum, Conclusio libelli maxime eget prudentiæ juris, quoniam illa fundamentum est & libelli & totius judicii, quam Dd. stellam polarem vocant, ad quam & judex & litigatores respicere debent. Zas. *ad pr. Inst. de Action.* Donell. *ad L. 3. C. de Ed.* Nec id immerito de causis civilibus prædicatur; In criminalibus conclusio specialis tantæ non videtur esse necessitatis, utique tantæ curæ non eget, cum sufficiat concludere generaliter, ad pœnam Legis secundum merita facti. Mynsing. 4. *obs. 51.* Gail. *obs. 61.*

8. Debet esse clarus Libellus, ‡ ut tamen obscuritas & ambiguitas, quatenus fieri potest, etiam a judice corrigatur, *arg. l. 12. §1. de reb. dub.* Huc pertinet, quod nomen actionis exprimi debet, id est causa, unde nomen petitur. Nam sine nomine, *id est* præscriptis verbis, agere; quanquam moribus hodiernis nullo modo necessarium est, nomen actionis exprimere, modo apta sit narratio facti & Conclusio. Jure Civili etiam in rei actione sufficit, exprimi causam Dominii generalem, in personali, causam specialem exprimi oportet; adeo ut in actionibus in rem nova causa Dominii non faciat novum judicium, sed in personalibus ex novo contractu novatur judicium, *l. 11. §5. & l. 14. §2. de Exc. rei jud.* quæ res usum habet in danda vel neganda exceptione, rei judicatæ. Monet tamen D. Schotanus *hic* præstare, ut in actionibus in rem quoque, remota causa seu titulus exprimatur, ut ex alia deinde causa petitio renovari possit, qua de re ad *d. tit. de except. rei judic.* Requisitum certitudinis exigit præterea, ut reus intelligat, quid quantumque a se petatur: ideo Libellus nimis ambiguus, aut generalis, merito rejicitur; nec tamen necessum est, ut in hereditatis petitione v. gr. fiat enumeratio singularum rerum hereditariarum, aut in judicio communi dividundo rerum communium, quin & sæpe partem rei incertam recte petimus, *l. 3. §pen. & ult. l. 6. & l. 76. § incertæ. de R. V. l. 1. § ult. Si pars heredit. pet.* quamquam sane qui singulari in rem judicio agit, omnes rei qualitates designare debet, *l. 6. d. R. V.* qua de re *ad tit. de Rei Vindic.* agendum erit. In summa, petitio & distincta, & succincta esse debet, ut & bene exprimat quod petitur, neque superflua sit. Tulden. *ad h. t. C. n. 3.*

(f) Certitudo libelli excludit conditionalem; neque enim potest esse judicium, antequam revera debeatur, *l. 35. de judic.* Alternativus quoque libellus est vitiosus, ‡‡ nisi debitum sit alternativum, *§33. I. de Act.* vel etiam dubitetur, qualis actio competat, *l. 1. § 4. Quod legat.* vel quando Lex jubet alternative agi, ut in *l. 2. C. de Rescind. vendit.* & in hypothecaria, *l. 16. § 3. de Pignor.* Denique cum una actio alteri surrogatur, vel eam adjuvat, ut de peculio, & in rem verso sit, *§3. I. Quod cum eo, qui in al. pot.* & forte in Publiciana, si quando illa cum rei vindicatione concurrat, *l. 1. §1. de Public. in rem act.* D. Schotan. *exam. h. t.*

9. (g) Addi solent libello Clausulæ variæ, quæ utcunque minus necessariæ, non sunt tamen inutiles, aliæ licet aliis utiliores. Ejus generis sunt hæ, *Offero libellum non forma solenni* &c. *Nolo adstringi ad superfluam probationem* &c. Etsi enim judicis est statuere, quid & quantum probari debet, *l. 21. C. de probat. l. 3. de Testib. l. 1. ad Sc. Turpill.* tamen si quis facta quædam allegaverit, quibus probandis nolit adstringi, recte id ita cavetur; quemadmodum & prioris clausulæ admonitio suum habet usum, si quod forte

‡ Libellus tam obscurus, & ineptus, ut nullo modo sustinere queat, vel statim ab initio officio judicis, aut in prima sententia rejiciendus, actor in impensas condemnandus, advocatus quinque & amplius thaleris mulctandus, additis sententiæ decidendi rationibus, quod posterius etiam ita servari debet, quoties Exceptio inepti aut obscuri libelli opposita equidem, attamen negligitur, *O. P. S. E. I. & E. Tit 5. §3.*

‡‡ Hic Jure Saxonico, etiam in actione hypothecaria contra tertium, non amplius, ut vitiosus, est rejiciendus, sed officio Judicis continetur, ut secundum jura, non secundum petita pronunciet; ad quod officium etiam pertinet, omissam alternativam petitionem, ubi de jure ea erat opus, in jure dicundo sup-

(f) *Pos. 18. 19.* (g) *Pos. 21. 22.*

minus exacte positam extat; etsi enim officio judicis ea suppleri queat admonitio, tamen non ea tantum servari solent in jure, quæ præcise necessaria, sed & ea, quæ ad certitudinem majoremque securitatem faciunt. Talis etiam hæc est, *Cum expensis;* Nam etsi ex ratione juris ad hoc ipsum judex ultro teneatur, ut victum litigatorem temerarium in impensas condemnet, *l. properandum. 13. § sin autem alterutra C. de Judic.* haud tamen de nihilo est, quod Pragmatici tradunt, judicem non esse obnoxium actori, si reum non condemnaverit in expensas, hujusmodi clausula non petitas, Marant. *p. 2. de Libel. oblat. n. 17.* quod etiam in Curia Frisiorum servatur, ut impensæ non petitæ nec adjudicentur, etsi alioqui ex natura negotii adjudicandæ forent. Est & clausula salutaris, ‡ quam vocant; *Omni meliori modo petens jus & justitiam sibi administrari; judicis officio implorato.* Denique sic monent in fine subjiciendum, *Salvo jure addendi, detrahendi.* Enimvero libellum ipso jure mutare & emendare licet, ut mox videbimus. Ideo & hæc & reliquæ clausulæ abesse possunt; ineptæ tamen omnino non videntur, ut censet D. A. Matth. *disput. 6. de judic. th. 24. & seqq.* Ab Advocatis nostris plerumque omittuntur, aut verbo demonstrantur, excepta *de expensis*, & Implorati Judicis officii, quas judicant esse necessarias, *vid.* Matth. *disp. 6. de jud. § 24. & seqq.*

10. (h) Occurrunt hic duæ Quæst. Prima est, an plures actiones uno libello cumulari possint; * quod communiter affirmatur, per *l. 1. § 4. Quod Legator. l. 35. § 1. D. Locat. l. 12. § 1. de Acquir. poss. l. 18. § 1. de vi & vi arm.* Alii fortiter negant, per *l. 76. § pen. d. l. 2. l. 6. de except. rei jud. l. 34. de O. & A.* Prior sententia, ut dixi, communis est, de altera vid. A. Matth. *6. de Judic. 26.* Wissenb. *ad h. t. th. 10.* Existimo recte se habere communem, modo concedat, alterutram dumtaxat effectum habere posse, adeoque ut alternative proponantur. Nam textus dissentientium nihil probant, quam duas simul effectu potiri non posse, quod verissimum est. Fit igitur duplicatio seu cumulatio, cum dubitatur, qualis actio competat, *l. 1. § 4. Quod legat. l. 17. pr. de præscr. verb.* ubi de habitatione gratis concessa agitur commodati. Sed quia dubium est, an commodati justa sit actio in hoc articulo, additur actio, præscriptis verbis. Datur & conjunctio manifesta, quando una actio supplet alterius defectum, quomodo concurrunt actio de peculio & de in rem verso, *§ 4. Inst. Quand. ex fact. tor. qui in al. pot.* ubi diximus. Sic etiam Publiciana, cum rei vindicatione conjungi potest, ut videbimus ad *tit. de Public. in rem act.* Fieri quoque potest, ut ab actione instituta regrediatur quis ad diversam petitionem, veluti a petitorio ad possessorium; si quis videat, se defectu dominii probandi laboraturum, & sic capienda *l. 18. § 1. D. de vi & vi arm.*

Hæc ita de cumulandis actionibus ad unam petitionem spectantibus. Nam si diversæ petitiones sint, quibus ex diversis causis ad diversas res agatur, ne hoc quidem dubium est, quin cumulatio fieri possit uno libello, ut in foro quotidie fit, quando pluribus instantiis uno processu agitur, quod cur juris civilis ratio prohibeat, cum

plere, ex præscripto *O. P. S. E. I. & E. Tit. 5. § 2. coll. § 3.* ubi de Libello in Provocatione ex L. Si contendat oblato, in quo provocans impositionem æterni silentii petiit.

‡ Libelli, neglectis juris subtilitatibus, si facti narrationem rite præmissam contineant, omissa licet clausula salutari, omni modo sustinendi sunt, wenn auch gleich z. E. durch Versehung des Advocati in causa executiva zugleich Antwort und Einlassung, oder in ordinaria nur Recognition gefordert worden. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 5. § 1.*

* Jure Saxon. Elect. conjungi possunt plures actiones, contra eundem reum ex eadem causa competentes, *O. P. S. Tit. 5. § 3.* ibique Philipp. *consil. 6.* si vero actiones ex diversis agendi causis oriantur, contra eundem quoque reum, ad evitandam confusionem, in uno libello, non plures quam tres, ‡‡ possunt institui, *d. § 3.* Secus tamen est 1) in concursu creditorum, quando creditores ad liquidandum sunt citati, *d. § 3.* Carpzov. *P. 1. C. 2. def. 5. 2)* in causis mercatoris, *Ord Mercat. Lipsi. tit 6 j.* Philipp. *ad d. Tit. 5. consil. 2. 3)* in controversiis de operis rusticorum, *d. § 3.* Berlich. *P. 1. Concl. 12. n. 11.* & 4) in causis pauperum, Rivin. *Spec Except. Dilat. c. 2. n. 7.* ubi præjud. His enim casibus plura quoque capita ex diversis causis descendentia eodem libello possunt comprehendi.

‡‡ Nunc plures tribus ex diversis causis oriundæ actiones, contra unum reum in uno libello cumulare licet, modo hæ causæ omnes uno genere processus contineantur, nec forte insignis confusio metuenda sit, de qua res in prima sententia simul pronunciandum. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 5. § 2.*

(h) *Pos. 23, 24. 25.*

ad liti-

ad litigandi compendium faciat, non apparet. Vide Gail. *l. 1. c. 63.*

11. (i) Altera quæstio est, an liceat corrigere libellum in substantia causæ, seu *mutare*, ut loquuntur: verum huic quæstioni satisfactum est *Part. I. Lib. IV. Tit. 6. n. 35.* ubi vide. (*) Summa fere huc redit; Emendationem errores, qui rem totam non mutat, post litem contestatam fieri posse: Mutationem vero, quæ rem penitus diversam efficit, ut si alia plane res, vel ex diversa omnino causa petatur, non admittendam, nisi causa de integro agenda, sic, ut actor novam reo actionem edat, novumque permittat deliberandi spatium, denique & impensas male motæ litis refundat, secundum *l. 3. C. de Edend. Nov. 53. c. 3.* Ita potest *mutare* libellum, *d. § 35.* quod hactenus tantum differt a novo judicio, quatenus nova in jus vocatione non est opus, sed in continenti cuncta apud eundem judicem, ac ita quodammodo *in eodem judicio* retractantur; sed tamen ut nova sit opus instantia. Nec est ejusmodi jus hoc, ut de eo causam conquerendi actor habet. Nam aut post litem contestatam jus actoris ipsum ita vere mutatum est, aut aliud pro alio dixit actor; opinionis errore ductus. Si mutatio vera post litem inchoatam evenit, applicabitur id, quod est *in l. 23. de Judic. Non potest videri in judicium venisse id, quod post litem contestatam accidit, & ideo nova interpellatione opus est.* Si vero per negligentiam perverse egerit Actor, vix est, ut ignoscendum sit ei, quod tantum rem tam negligenter agendam putaverit, meritoque ei objicietur, quod est in *l. 18. de Comm. divid. Potestas judicis non potest excedere id, quod in judicium est deductum.* & de quo lis contestata non est, id dici nequit in judicium esse deductum, *l. un. C. de lit. contest.* Atque hæc est communis sententia, juri, ut opinor, consentanea, & in foro quoque recepta, teste Sandio *l. 1. Decis. 4. defin. 2.* Tuldenus tamen ad *Cod. h. t. n. 8.* existimat, etsi juri stricto illa sint convenientia, cum tamen hodie tam sumptuosa & lenta sit judiciorum via, posse judicem, qui animadvertit, actorem probasse, aliud, aut ex alia causa sibi deberi quam petierat, id potius illi adjudicare debere, sub onere tamen expensarum potius, quam ut eum novi judicii telam jubeat ordiri. Unde & illorum sententiam commendat, qui permittunt judici ex officio injungere libelli declarationem, utque ad rectæ conclusionis formam reducatur. Sic fere Tuldenus: quæ etsi æquitatis specie blandiantur, nihil tamen est causæ, cur a communi Sententia sit recedendum: Primo enim, jura vigilantibus: actori non est indulgendum, qui tam temere, non modo causæ meritis, sed nec ipsius rei factive circumstantiis prius exploratis, ad litigandum processit; nam si res vere mutatæ fuerint, ipse fatetur Tuldenus, eam mutationem, lite contestata, inferi non posse libello. Dein, cum defensio hinc inde concepta fuerit, secundum hypothesin, quam actor ab initio proposuit, non sufficit actori permitti libellum, uti mutet: nisi & Reo copia fiat, suam defensionem retractandi, & sic totam disceptationem repeti ac retractari oportebit; alioqui reo non levis fieret injuria, si minus ei quam actori tribueretur. Sed quæ deformitas hæc erit in judiciis, in libello causæque disceptatione agi de aliis, & in probationibus actorem loqui de cæpis! Longe rectius, nisi fallor, in foro Judices non ferunt, post interlocutoriam alios poni articulos probationis causa, (k) quam de factis ante interlocutionem ventilatis; alioqui chaos erit,

Obstabitque aliis aliud, & corpore in uno
Frigida pugnabunt calidis, humentia siccis.

12. Cæterum, pro emendatione habetur, si quis plus minusve petierit, quam debetur, hoc tam post, quam ante litem contestatam, ad verum reduci potest, *§ 33. & 34. d. t. de Action.* salva instantia. Plus petitur quatuor modis: Re, loco, tempore, causa, *d. § 33.* Re, veluti cum is, cui *decem* debentur, petit 20. Loco, cum is, cui Romæ debetur, petit Ephesi. Tempore quando quis ante diem vel ante conditionem petit, *d. § 33.* accurate tamen, petens ante conditionem, potius nihil agere, quam plus petere dicitur, *l. 213. de V. S.* Causa plus petit, qui debitori aufert electionem, veluti, cum certa species petitur ab eo, cui res in genere, aut alternative debetur; est enim hic debitoris, eligere, quid, aut utrum præstare velit, *l. 10. in fin. de Jur. dot.* & vilissimum præstando liberare se potest, *l. 52. Mand. l. 49. de V. O.* Qui non corrigit, sed in plus petendo persistit, in triplum tenetur, *§ 24. I. de Action.* nempe si plus re, vel causa, dolo malo petierit. Si tempore plus petat, damnatur in impensas, & debitori tempus duplicatur, *§ 12. I. de except.* Quid juris sit, quan-

* Usus Saxon. additus fuit, *d. l. p. 421. in not.*
(i) *Pos. 26. 27. 28.* (k) *Pos. 29. & seqq.*

do quis loco plus petit, videbimus ad *tit. de eo, quod cert. loc.* Adde Part. I. Lib. IV. Tit. 6. *de action.* n. 35.

13. (l) Jus futurum regulariter libello inferi non potest: nisi pendeat a jure præsenti, ut cum debitum variis pensionibus solvendum petitur totum, licet una tantum pensio cesserit: Condemnatio in totum fieri potest, ut tamen executio reliquarum pensionum differatur; Et hoc fine libellus potest esse generalis, Sand. *lib. 1. tit. 4. def. 3. d. tit. 4. def. 1.* Postremo notandum, si reus, oblato libello & genere intentionis cognito, separatum dicat solvere, sed tempus sibi ad conficiendam solutionem dari petat, audiendum esse; neque enim magnum damnum est in modico temporis spatio, ut diximus ad § *ult. Inst. de inutil. stipul.* modicum spatium aliqui dicunt idem esse, quod post condemnationem reis indultum est, quadrimestre scilicet; haud temere, *l. 21. de Judic. l. ult. C. de usur. rei jud.* At hoc tempus cum hodie non sit in usu, reliquum est, ut id æquitati partium & arbitrio judicis committatur. *Interpp. ad d. § ult.* Atque ita hodie omni die necessitas accipiendi libellum eique respondendi evitatur.

TIT. XIV.

De Pactis.

I. Continuatio. II. Definitio pacti ejusque exegesis cum discrimine a pollicitatione, contractu innominato, & a stipulatione. *III. Divisio in publicum & privatum, in Juris Gentium & Legitimum, in Expressum & tacitum. IV. Divisio, in Rem & in personam. V. Divisio Pactorum in solitaria & Contractibus adjecta. VI. Subdivisio Pactorum contractibus adjectorum. VII. De effectu Pactorum, quod pariunt exceptionem. VIII. Ubi contra Mestertium disputatur. IX. Pacta Legitima producere actionem. X. Ut & in continenti adjecta b. f. contractibus, non stricti juris. XI. Quid moribus. XII. Qui possint pacisci. XIII. De quibus rebus pacisci liceat. XIV. Quibus modis pactum dissolvitur.*

(a) QUanquam de Pactis & de Transactionibus, quæ nunc in ordine Justiniani sequuntur, locus erat proprius inter obligationes, ratio tamen, cur heic loci de illis agendum visum fuerit, duplex reddi potest, si non optima, saltem probabilis. Prima sic est: Apud prætorem actione edita, reus exceptiones suas proferebat, quas Prætor formulæ, secundum quam judex pedaneus judicaret, inserebat, maxime in stricti juris judiciis; quarum frequentissimæ erant pactorum & transactionum. Ratio altera potest esse, quod spatio partibus ad deliberandum dato, lites pactis & transactionibus sæpius occupabantur atque sopiebantur.

2. Pactum, (b) est duorum vel plurium in idem placitum consensus, *l. 1. § 2. h.* idemque est cum pactione, *l. 3. de pollic. l. 15. de præscr. verb.* Si quod discrimen, ut sunt qui volunt, fingi deberet, hoc esset; quod Pactio sit ipsa conventio, Pactum id quod convenerat, *l. 1. § 1. h.* Sed & Pactum est ipsa conventio, *d. l. 3. in pr.* Promiscue pactum & pactio ponuntur in *l. 15. de præscr. verb. l. 7. § 4. & 5. h. & c.*

SCHOLIUM.

Doctrina de pactis, uti in foro utilissima, ita tum propter ambiguitates varias, non solum pacti, *sed &* pacti nudi, *& reliquarum pacti specierum, tum propter diversas JCtorum, ex quibus Digesta sunt collecta, sectas & hypotheses, cognitu est difficillima, cum nulla fere thesis in hac materia occurrat, in qua non JCti moderni dissentiant. Præprimis: an* pactum unquam sub se comprehendat contractum? An recte dividatur in nudum & vestitum? Quænam pacta dicantur adjicientia, quænam detrahentia? Quænam sint pactorum adjicientium & detrahentium species? (*quam inter summe intricatas esse numerandam, fatebitur, qui Franzkium accuratissimum, explicatione tamen sua* ad ff. de contrah. empt. *potissimum* n. 354. seqq. *rem obscuram magis obscurantem, evolverit*). An pacta adjecta insint etiam contractibus stricti juris? *& infinitæ aliæ, quod maxime patebit conferenti Autorem cum doctoribus hinc inde allegandis. Sed cui usui? In jure Romano equidem scopus erat potissimum duplex,* (1) *ut scirent, competeretne ex pacto actio, annon.* (2) *qualis actio competeret, utpote in libello exprimenda. Sed cum moribus nostris omne pactum nudum actionem producat, & insuper nomen actionis in libello non debeat exprimi, secure dissi-*

(l) *Pos. 30.* (a) *Pos. 1.* (b) *Pos. 2. 3.*

cultati-

cultatibus istis, quæ circa divisionem l. 2. & 5. pactorum moveri solent, carebit juris studiosus ad praxin intentus, & adeo ipsi satis erit, quamcunque hypothesin in dictis quæstionibus fovcat, dissensus aliorum saltem historice scire.

RESPONSIO.

Præmissis non malis, conclusio minus recta adscribitur. Totum Jus connexum est, nec quod in usu temporum est, bene scitur, nisi & ea, quæ obsoleta habentur, intelligantur; præter quod in his ipsis multa, quæ contractibus applicari possunt, inveniantur. Recta ingenia non sunt contenta scire, quid alii de celebribus Juris Quæstionibus sentiant; ipsa cognoscere & eligere volunt, ac debent.

N. ADDIT.

Mihi vero mirum videtur, quomodo præmissis non malis conclusio minus recta adscribatur ab Autore. Et necesse est, ut, si sensum habere debet ista phrasis, vel ego vitium in forma commiserim intuitu formandæ conclusionis, vel Autor contra regulas bonæ disputationis, concessis præmissis negaverit conclusionem. Age videamus. Præmissæ a me formatæ, quas Autor concedit, sunt istæ: Juris Studiosus ad praxin intentus contentus est, saltem historice scire dissensus JCtorum in controversiis obsoletis Juris Justinianei, quæ moribus Germanorum nullum habent usum. Sed controversiæ in Scholio recensitæ de pactis tales sunt. Si igitur hæ præmissæ non malæ sunt, ut Autor concedit, necesse est, ut & conclusio recte se habeat, quod Juvenis ad praxin intentus, contentus sit, saltem historice scire dissensus JCtorum in controversiis recensitis. Jam vero facile erit ad ea regerere, quæ Autor loco responsionis ad rationes nostras pro probanda sua opinione contraria affert. 1. Utinam totum Jus Romanum connexum esset. Utinam a Papiniano quodam in formam artis esset redactum. Jam quomodo hoc loco connexitatem juris urgere posset, cum in Scholio conquestus fuerim de diversis sectis & hypothesibus in hac materia JCtorum Romanum, & inde ortis diversis interpretationibus JCtorum modernorum? 2. Si Mores Germanici ortum ducerent ex Jure Romano, urgeri forte posset, quod in usu temporum est, non bene sciri, nisi & ea, quæ obsoleta habentur, intelligantur. Nunc, cum jus Romanum in Germania nunquam valuerit, nisi ex receptione, & Germania temporibus antiquissimis ante Justinianum & JCtos, quorum fragmenta in Pandectis sunt, differentias pacti nudi & Contractus ignoraverint, non apparet, quomodo jus Romanum de pactis, intuitu juris Germanici possit obsoletum vocari. 3. Etsi forte concedi possit Autori, quædam esse in his ipsis quæstionibus, quæ contractibus applicari possint, v. g. de pactis adjectis, hoc tamen ipsi parum proderit, cum & ex his doctrina de contractibus non possit illustrari, præprimis quoad mores patrios. 4. Recta ingenia quidem in rebus utilibus non sunt contenta scire, quid alii de celebribus Juris quæstionibus sentiant; ipsa cognoscere & eligere volunt, ac debent. Sed jam loquimur de quæstionibus inutilibus, & de ingeniis ad usum intentis, ubi de talibus sollicitudo index potius curvitatis est, quam rectitudinis.

Differt a pacto pollicitatio, quod hæc sit offerentis solius promissio, ut tamen si acceptata fuerit, in conventionem transeat, *d. l. 3. & l. 5. C. d. contrah. & commit. stipul.* Pollicitatio talis, antequam acceptata sit, non obligat, nisi in favorem Reipubl. ut ad *d. tit. de pollicitat.* erit dicendum. Grotius hoc discrimen pacti & pollicitationis, ponit in verbis vernaculis. *Belofte, toezegginge, l. 3. introd. c. 1.* ut prior vox significet pollicitationem, posterior pactum: sed invito vernaculi sermonis genio, ut vel ex vulgato proverbio, *Belofte mackt schult*, intelligi potest. Pactum generaliter sumptum, æque late patet atque conventio, *h. l. 1. § 2. l. 3. & l. 15. de præscr. verb. l. 20. C. h. t.* Goedd. *ad l. 19. de V. S. n. 30. & seqq.* sed stricte pactum opponitur contractui, & est conventio carens nomine & causa, *l. 7. § 1. & 2. h.* hoc sensu dicitur nudum, *l. 7. § 4. vid. l. 9. in fin. de novat.* Aliter Wissenbachius noster, qui nullam pacti, quam strictam intelligit significationem, ad *h. t. th. 1. & 2.* Observandum est, JCtos tres conventionum statuere quodammodo gradus; primum, quando in *contractus* nomen incidunt; secundum, cum nomine deficiente, traditio tamen vel factum aliquod *causam* conventioni præbet; tertium, quando nec ullum nomen, nec causa subest: & hoc quidem, nomine causaque destitutum, constanter reperitur *pactum nudum* a JCtis appellari, oppositive ad *συνάλλαγμα*, sive contractum, *l. 7. § 1. 2. 3. & imprimis 4. h. t.* Nempe generaliter conventiones ita sunt discretæ, ut quæ frequentiorem & prope quotidianum inter cives usum habent, contractus nominati dicantur, & quæ rariorem, innominati; cæteræ, quæ contractuum nomen & vim non obtinent, pacta nuda appellantur. Nominati porro contractus ab innominatis non

certe nominum discrimine, quod in morali disciplina absurdum foret, sed re, nominum discrimine significata, differunt. Nam quia crebri erant & necessarii quidam contractus, ideo determinatam certamque legibus naturam, & nomina certa acceperunt, ideoque nominati dici cœperunt. Sed reliqui rariores, nec ejusmodi definita natura, nec ordinariis actionum formis sunt instructi, nec specificis quidem appellationibus sunt distincti, sed per circuitum & periphrasin soliti sunt designari, ut, *do ut facias, facio ut facias, facio ut des.* Jam ex nominatis contractibus, ut actionem producant, alii sola conventione sunt contenti, quidam traditionem requirunt. In Conventione sola subsistunt Emptio venditio, Locatio conductio, Societas, Mandatum: Cur autem his potius quam aliis conventionibus hoc sit datum, ut nudo consensu obligationem pariant, nulla videtur alia reddi posse ratio, quam quæ in prioribus est insinuata; quotidianus earum usus ac necessitas. *Per causam*, quæ secundum discrimen contractus a Pacto constituit, intelligitur datio, vel factum. Porro, si quis ex pacto convento quid præstiterit, sive id in facto sive in traditione rei consistat, hoc animo, ut alius vicissim sibi quid præstet, tunc ratio non permittit, ut is, in cujus gratiam tradita res, vel factum est impletum, suis partibus desit, sed cogendus est reciprocæ conventioni satisfacere: quod & civili & naturali ratione nititur; nam qui cum aliena jactura locupletari cupit, furti instar committit, *arg. l. 206. de R. J.* & qui ob causam quid accipit, nec tamen eandem implet, in dolo hærere dicitur, *l. 17. § penult. de instit. act.* Talis autem sine dubio is est, qui patitur pactionem ab alio impleri, & ipse tergiversatur. Recte igitur Aristo apud Ulpianum, *l. 7. § 2. h. t.* respondit, si causa facti vel traditionis subsit, esse obligationem, ut puta; dedi tibi rem, ut mihi aliam dares, dedi, ut aliquid facias, hoc συνάλλαγμα, id est contractum esse, & hinc nasci civilem obligationem. Secundum quæ Impp. in *l. 10. C. de pact.* rescripsere, quod dici solet, ex pacto actionem non nasci, tunc eo jure nos uti, cum pactum *nudum* est; alioqui cum pecunia datur, (secus cum promittitur,) & aliquid de reddenda ea convenit, utilem esse condictionem, neque enim pacto amplius, sed contractu innominato adversarium habent devinctum; *l. 6. C. de transact.* Ex quibus intelligitur, *omne pactum ab altera parte consummatum, transire semper in obligationem innominatam*, & actioni præscriptis verbis esse subjectam. Quare qui diligenter observat hoc geminum discrimen inter pactum & contractum, naturam pacti satis intelliget: ac ita poterat definire pactum, quod sit *Duorum vel plurium in idem placitum consensus, qui nec habet nomen certum, nec ab alterutra parte impletus est.* At operæ pretium est, addi discrimen pacti a stipulatione, paucis; nam ex professo dictum est ad *tit. I. de verb. obl.* Pactum est promissio, quæ fit simplicibus & vulgaribus verbis; stipulatio conceptis & solennibus. Pactum fit etiam inter absentes, Stipulatio verbis tantum inter præsentes. Pacta adhibentur ad constituendam materiam conditionesque contractuum, stipulatio confirmabat omnia & obsignabat, quemadmodum *d. princ. & th. 2. Inst. de V. O.* expositum est.

3. (c) Hæc ad definitionem Pacti; sequuntur divisiones, quarum præcipuæ sunt hæ: I. Pactum est publicum vel privatum; Publicum, quod aut per pacem fit inter summas potestates, aut inter duces belli de Publicis rebus, sine mandato summæ potestatis, *l. 5. h.* in qua *l.* particula *&* ante *quotiens* exaudienda est, ut videtur. Ait Ulpianus; *Publica Conventio est, quæ fit per Pacem, quotiens inter se duces belli quædam paciscuntur.* Primo non est pax latine, quælibet conventio inter duces belli, nec duces soli pactiones publicas faciunt, sed & Principes vel summæ Potestates. Ergo duæ species publicarum Conventionum indicantur ab Ulpiano, Principum populorumve liberorum, qui faciunt Pacem, & Ducum belli, res alias pacisccntium. Particulam conjunctivam ET, exigeret quidem litera textus; Cui tamen est religio Florentinæ Lectionis absque necessitate mutandæ, potest signo *commatis* esse contentus. Ziegleri ad Grotium *lib. 2. c. 15. § 1.* quem citat Thomasius ad *pos. 4.* emendatio, pro his verbis, per *Pacem*, legentis per *Principem*, ut minime necessaria, suo loco relinquatur. (d) II. Divisio. Pactum est vel juris Gentium vel Legitimum.

SCHOLIUM.

Proponit & hanc divisionem, sed paulo aliter explicat Dn. Schilter. Ex. 8. th. 9. th. 10. seq. *Alii pactum Legitimum vocant* vestitum, *& pactum Juris Gentium* Nudum, *quod displicet Wissenb.* hic, th. 3. *& aliis a Schiltero* th. 12. *citatis, qui*

(c) *Pos. 4.* (d) *Pos. 5.*

non

non male subjungit: Nos intellectis rebus, in verbis faciles sumus.

RESPONSIO.

Divisio satis perspicua est; Vestiti *appellatio recte dissentiente Wissenbachio; est enim insulsa, tametsi res coincidat cum nostra divisione* quinta. *Nec sumus in verbis difficiles, ut tamen ineptiis abstinere satius ducamus.* Nudo, τῷ ψιλῷ, vestitum *opponere, sine exemplo, nimis est frigidum.*

N. ADDIT.

Etsi meum Scholium satis declaret, me hic malle neutras partes sequi, quam eot defendere, qui terminum pacti vestiti invenerunt, regerendum tamen aliquid erit Autori, nec neutras partes tolerare, ut videtur, volenti: Si jocari voluissent Autores illius termini, forte opponi ipsis posset, ineptias eorum esse nimis frigidas, nunc cum distinctione magisteriali, ut vocant, voluerunt diversos pactorum conceptus exponere, frigiditatis objectio aliis facile intempestiva videri posset. Fateor, pacta esse entia; quibus proprie vestimenta non competunt. Sed non prohibitum est, in distinctionibus conceptuum uti terminis metaphoricis. Et hoc intuitu etiam non ineptum foret, quod aliiurgent, nudæ voluntatis opponere vestitum, quam tamen alii jure suo etiam non nudam, loco vestitæ appellare poterunt. Quid frequentius, quam distinctionem inter materiale & formale applicare ad jura etiam, quæ tota, quanta quanta sunt, sunt immaterialia? Si has ineptias toleramus, cur moveremur audiendo pactum vestitum?

Juris G. est, quod communiter intelligimus, de quo Ulpianus in *l. 1.* hujus æquitas *naturalis est,* sive juris Gentium, *l. 1. in pr. h. t.* Legitimum, quod lege aliqua edictove confirmatum est, *l. 6. h.* cujusmodi pactum pignoris sive hypothecæ, & dotis, *c. 17. § 2. h.* ubi, *de pignore jure honorario nascitur pacto actio,* quæ verba frustra sunt qui vellicant; *pactum jure prætorio munitum parit actionem,* quid in eo insolens aut obscurum? Adde Constitutæ pecuniæ, *l. 1. de constitut. pec.* Pactum donationis, *l. 35. § ult. C. de don.* Pactum dotis, & similia.

III. (e) Pactum est vel Expressum, vel Tacitum, *l. 2. & l. 4. h.* Illud, quando clare convenit; tacitum, quod ex voluntate præsumpta colligitur; veluti, quando creditor debitori cautionem, *litem unam ex pluribus,* reddit, nisi aliud actum sit; convenire enim tunc videtur, ne debitum petatur, *d. l. 2. § 1.*

(e) *Pos. 6. 7.*

SCHOLIUM.

Consentit Wissenb. th. 14. Strauch. XII, 5. Mihi placuit contraria, per ea, quæ dixi ad Strauch. d. l. p. 142.

RESPONSIO.

Utitur illic argum. l. ult. de his, quæ in testam. del. *& quod creditor chirographum tradendo, se probandi medio privet, quod in altero chirographo adhuc ei superest. Ego ita existimo, non tam hanc esse causam, quod probandi instrumentum amittat Creditor, (hoc enim ad obligationis causam non pertinet,) quam quod tacite promittat, se non petiturum. Tradendo unum chirographum, aliquid agere voluisse videtur; hoc autem esse, ait Lex, tacitum pactum de non petendo, l. 2. § 1. h.*

N. ADDIT.

Hic igitur Autor (1) *nihil respondet ad* arg. l. ult. de his, quæ in testam. del. (2) *Sine causa opponuntur tacita promissio de non petendo, & privatio spontanea medii, id quod debetur mihi, probandi. Quin potius in hac spontanea privatione nititur promissum tacitum, & quod per spontaneam privationem illius medii probandi, i. e. per traditionem chirographi unici, creditor aliquid agere voluisse censeatur, scilicet tacite paciscei de non petendo, quod lex Romana non jubet, sed docet ex natura negotii. At, inquis, etiamsi sint plures chirographi, & creditor unum tradat; etiam aliquid agere voluisse censebitur. Utique, sed non hoc, quod debitum petere nolit, sed potius illud, ut debitorem securum reddat, ne idem debitum bis petatur.* Adde Struv. resol. ad exerc. 6. th. 34.

Sed distinguendum heic, opinor, inter vim taciti Pacti, & præsumptionem solutionis, quæ ex chirographo apud debitorem existente præsumitur. Nam vis tacita conventionis supponit, de facto traditi chirographi constare: hoc factum, etsi e duobus alterum sit traditum, arguit, non de nihilo id esse actum, sed ad liberationis præsumptionem inclinandum. Quando chirographum simpliciter apud debitorem absque apocha reperitur, neque de facto traditionis constat, in dubio præsumitur quidem solutio facta, sed hoc aliis præsumptionibus aliquando refellitur & enervatur: si probabilis ratio, per quam instrumentum aliter in manus debitoris venire potuerit, appareat. Ac ita judicatum in Curia nostra, refert Nauta Senator in *Decis. MSS.* die 20. Septembr.

1641.

1641. Chirographum erat inventum inter res debitoris recens defuncti, qui fuerat cognatus Creditoris etiam defuncti. Heredes condemnati sunt ad solvendum, quia nec de solutione, nec de traditione chirographi liquebat, & debitor ex ædibus cognati defuncti chirographo potiri potuisse videbatur, in causa *Houwercke Rinnerts cum soc. contra Gerryt Lous.* Meo tempore in casu plane simili, sub juramento purgationis reus est absolutus, imprimis quia præsumptionibus de voluntate defuncti adjuvabatur, in causa *Jorit Hoppers, contra Wiintse Pieters*, ante *Festum O. S. 1681. quod exemplum plenius expositum est in Jurispr. Hod.* part. 1. lib. 3. c. 21. n. 13. Eodem tempore debitor alius exhibens chirographum, tamen condemnatus est, quia fuerat substitutus Curator pagi, ad quem jus crediti pertinebat, eaque occasione Chirographum adeptus dicebatur, cujus ipse contrarium docere non poterat. Alioquin ubi nullæ præsumptiones sinistræ debitori obstant, exhibitio instrumenti solutionem præsumptam infert, maxime si chirographum sit cancellatum, *l. 24. de probat.* Wissenbach. *th. 15. h. t.* ubi respondet ad *l. 82. § fin. de Furt.* Sic a Curia nostra judicatum apud Nautam reperio; *decis. 145.* in causa *Florentii Merici cum sociis, contra Allardum Petrum a Jongestall*, ante magnas ferias 1644. Actores petebant pretium agri pro mensura supra conventionem reperta, quod sibi negabant esse solutum, instrumento simpliciter apud debitoris heredem extante, sine sequiore præsumptione; Reus absolutus est. Cæterum, redditio pignoris nil nisi jus Pignoris remissum arguere, docet *l. 3. eod. h. t.* quæ sortem, reddito pignore, negat esse remissam; quo minus ipsum pignus remissum censeatur, nihil obstare potest, non utique *Lex 9. C. de Remiss. pign.* quæ remissionem pignoratitiæ obligationis inde colligit; *si mancipia, quæ pignori fuerant data, hac mente socero tuo tradidisti, ut pignoris vinculum dissolvatur.* Puto explicari potius, quid redditio pignorum arguat, quam ut inde quicquam a contrario sensu colligi possit: plures tamen habet responsiones D. Wissenbach. *th. 16. h. t.* quarum sufficere putamus ultimam. Cæterum, de præsumpta solutione fari, quam omnino a tacita conventione distingvi oportet, alia dabitur occasio.

4. IV. (f) Pactum quoque in Rem est, vel in personam; in Rem, quoties generaliter paciscor, ne petam; in Personam, quoties ne a certa persona, veluti, ne a Lucio Titio petam, *l. 7. § 8. h.* Si tamen conventio feriat ipsam rem, aut obligationem, licet mentio personæ, ad quam verba dirigantur, fiat, pactum nihilominus reale est, veluti, profiteor te non teneri, *l. 40. pr. h. t.* Reale pactum prodest heredi & fidejussori, personale non æque, *l. 40. & l. 25. § 1. eod.* nisi per consequentiam, quatenus fidejussor ante principalem debitorem conveniri nequit, ob beneficium ordinis, *Nov. 4. cap. 1.* aut cum tertius possidet hypothecam a debitore obligatam, cui prodest pactio personalis de non petendo, adversus creditorem hypothecaria agentem, *d. Nov. 4. cap. 2. l. 5. pr. Quib. mod. pign. solv.* Sand. *3. 12. 21.* Sic non opus est † Scholio, quod subjecit D. Thomasius posit. 8. sed movet aliud.

† N. ADDIT.

Forte tamen opus fuisset, cum Scholium illud clarius exprimat differentiam pacti realis & personalis. Igitur apponamus. Ita vero scripseram: *Sed unde dijudicare potero, utrum pactum personale sit, utrum reale? Sane adjectio personæ non statim personale facit*, d. l. 7. § 8. h. t. *pro regula tenendum, pacta quævis sua natura esse realia, & horum effectus ad heredes & successores transire, sive horum mentio facta sit, seu minus. Igitur & personalitas pacti ex mentione personarum simplici non est arguenda, sed ex peculiari adjectione expressa, vel ex facto ipso tacite colligenda. Dn. Schilter.* th. 13. & 14. *Faciunt* l. 40. in pr. ff. h. t. (*ad quam tamen vide Wissenb.* th. 6.) l. 17. § 3. eod. *quam optime exponit Dn. Schilter.* d. th. 13. pag. 117. l. 5. pr. quib. mod. pign. *Adde Sand. III. 12. 21.*

SCHOLIUM.

An detur pactum mixtum? *Doctores variant; Neg.* Wissenb. th. 5. Strauch. XII. 5. p. 207. *qui & respondent* ad l. 57. § 1. h. t. *Aff. videtur Dn. Schilter.* d. th. 14. p. 119. *Lis est in acceptione vocis; si pactum in genere, tam obligatorium quam liberatorium, in reale & personale discernas, dabitur mixtum. Si liberatorium saltem, non dabitur. JCtus equidem ad liberatoria respexit* in l. 7. § 8. h. t. *non tamen, ut videtur, animo definiendi, quam potius exempla divisionis adducendi.*

RESPONSIO.

Certum est, in Jure mixta pacta non memorari, si quidem in *d. l. 57. § 1. potius est subdivisio pactorum personalium, quæ sunt vel a parte Creditoris, ne is possit, heredes ejus petere queant;*

(f) *Pos. 8. 9.*

vel

vel a parte debitoris, ne ab ipso petatur, ab heredibus ejus peti possit. Quo sensu Scholiastes pacta in genere accepta credit esse mixta, non satis perspicue.

N. ADDIT.

Imo vero non solum non satis perspicue locutus sum, sed & plane aberravi, partim dum verba Schuleri ita accepi, ac si a Wissenbachio & aliis hac parte dissentiret, partim, dum distinctionem inter pactum liberatorium & promissorium ad casus d. l. 57. § 1. *applicare volui, cum tota lex loquatur de pactis liberatoriis. Igitur non solum gratiæ debentur Autori mitiori censura utenti, quam mea supinitas merebatur, sed & ingenue confitendus error, nescio quibus ex circumstantiis tum ortus, adeoque totum Scholium est expungendum.*

Intelligitur autem, huic divisioni affinem esse differentiam Pactorum, in *promissoria & liberatoria*, quæ reliquis divisionibus immixta videtur.

5. V. (g) Deinde pacta vel per se sola subsistunt, vel contractibus adjiciuntur. Hæc rursus vel *in continenti*, vel *ex intervallo*; in continenti dicuntur, quæ immediate contractibus accedunt, συγχρόνως τῇ συστάσει τὰ συναλλάγματος, *eodem tempore, quo fit contractus, ut Græci,* ἔτι ἐν τῇ συστάσει, *in ipso partium consilio.* Cætera, quæ interponuntur *aliquantin postea*, l. 7. § 2. *h.* Ita concinnius, quam Doctores, qui Pactum volunt *nudum* esse vel *vestitum*, ut hoc sit, quod a Lege sit firmatum, vel contractibus adjectum. Nam quæ est ineptior translatio & incivilior, quam vestimenti habitum conventioni adscribere? etsi stulta analogia blandiatur, quasi cum quid nudum sit, necessario & veste aliud indutum esse debeat: Nec quidem, cum vestitum explicant de pacto in continenti adjecto ferri possunt, etsi non tam absurda interpretatio sit quam usus verbi. Nam sane pactum, quod contractui adjicitur, vi & effectu præcipuum quid præ aliis continet, verum id tamen non ex sua natura, sed contractus, cui adjicitur. Unde Ulpianus in *l.* 7. § 4. cum dixisset, pactum nudum exceptionem parere, mox addit § 5. *Quinimo interdum format ipsam actionem, ut adjectum bonæ fidei judiciis*: a regula, quod nudum pactum actionem non parit, excipit pactum adjectum: ergo & hoc nudum esse oportet, cum exceptio debeat esse de regula. Pacta in continenti adjecta contractibus bonæ fidei, ita illis insunt, ut actionem producant, *d. l.* 7. § 5. *l.* 13. *C. eod.* adjecta contractibus stricti juris, insunt etiam, ut non modo per exceptionem, sed ipso jure effectum dent, ipsamque contractus substantiam mutent, non tamen ita, ut actionem pariant, tametsi jus *ipso jure* agendi mutent in favorem rei conventi, quomodo fortean recte accipias *l. 40. de Reb. cred.* ut ex parte rei, non actoris insit, secundum Cujac. *10. obs.* 24. videbimus *infra*.

6. In pactis ex intervallo adjectis, differentia certior est. Dividuntur hæc a Papiniano in Detrahentia & Adjicientia, *l.* 72. *de contr. empt.* Detrahentia sunt, quæ ex ipsa contractus substantia aliquid mutant, veluti, cum in venditione circa mercem pretiumque aliquid mutatur, augendo vel diminuendo pretium, quod perinde est, etiam quo pretium *augetur*, Pactum est *detrahens*, *d. l.* 22. ita ut ab emptione abire videatur, & contractus sit renovatus, ut loquitur Ulp. in *l.* 7. § 6. *h.* quo sensu cape, quod Paulus notat *d. l.* 72. *in fin. princ.* ubi: *nova emptio interceſſiſſe videtur.* Adjicientia dicuntur pacta, quæ non sunt de substantia contractus, sed de ejus adminiculis, ut evictio, ne, cautionibus, arrhis, quæ contractui jam ante plane perfecteque existenti adduntur, *d. l.* 72. Detrahentia insunt quoque contractibus bonæ fidei, actionemque inde formant, *d. l.* 7. § 6. Sed quæ adjiciuntur, ea non faciunt contractuum partem, *d. l.* 72. Neque in strictis ulla ex intervallo adjecta vim obligandi habent; quia manent in communi pactorum natura, nec usquam major illis effectus tribuitur, *arg. dd. ll.*

7. (h) Post species pactorum varias faciendum, ut effectus eorum, qui secundum illas species variant, explicemus, quanquam alias his locus esse debeat ultimus. Generaliter effectus pacti est, obligatio naturalis, ut probatur ex *l. 1. h. t. in pr.* Hujus *Edicti, de pactis*, ait Ulpianus, *æquitas naturalis est: Quid enim tam congruum fidei humanæ, quam ea, qui inter eos placuerunt, servare?* Cui addendum, quod Paulus habet in *l.* 84. § 1. *de R. J. Is natura debet, quem jure Gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus.* Proinde quanquam nominatim vix alius ei effectus, quam quod parit exceptionem, tribuitur, *l.* 7. *in pr. & § 4. de Pact.* nihil ambigendum tamen, quin & reliqui effectus, quos naturali obligationi competere diximus, ad *tit. Inst. de Obligat. n.* 2. pacto nudo conveniant. Habet autem hos effectus ex Edicto Prætoris. Nam Jus civile, nullam aliam

(g) *Pos. 10. 11. 12.* (h) *Pos. 13. 14.*

obligationem, quæ promissione constet, quam Stipulationem agnoscit. Cur ita visum fuerit Romanis contra juris Gentium rationem, disputavimus ad *tit. I. de verb. oblig. in pr.* Nihil igitur certius est, quam pacta nuda, id est promissiones simplicibus verbis, aut inter absentes contractus, nullam in foro civili actionem producere. Quamvis autem initio hæc ratio constiterit Romanis, quod pacta sæpe inconsiderata remereque prolata forent, ideoque consultum non esset, ut continuo ex illis actio daretur: postquam tamen semel ita constitutum est, ut solæ stipulationes vim obligandi producerent, jam non amplius distinctum fuit inter consideratas & inconsideratas promissiones, sed generale jus stabilitum est, ut pacta nuda tantum naturaliter obligarent; quemadmodum in aliis quoque Legum prohibitionibus factum videmus. Ex. gr. Testamenti factio prohibita est filiisfam. quod olim nihil habebant proprium: quo semel recepto, filiifam. prorsus non potuere testari, licet bona propria haberent, nisi lex id iis nominatim indulgeret, *l. pen. C. de his, qui testam. fac.*

8. (i) Excitavit auditionem hominum super hoc articulo D. Mæstertius Antecessor Leidensis in *lib. 1. de just. LL. Rom. cap. 33.* magno nisu contendens, pacta nuda, quæ obligare negantur, cuncta ejus esse generis, ut non serio, sed *forte, per jactantiam, vel ad captandam benevolentiam temere prolata sint*, eademque esse putat, quæ *causa* carere dicuntur, *d. l. 7. § 2. & passim.* Videlicet Causam id esse, quod contrahentes ad paciscendum movet, quale nihil serium pactis nudis insit, quæ per jocum modo & incogitantiam prolata sint; pactiones autem serias & deliberatas, licet nomine contractus vel traditione careant, negat esse nudas, sed Actiones parere civiles contendit. Etsi vero hæc sententia nervose refutata sit ab incerto auctore Lugduni, quem Vinnium fuisse, & stylus arguit, nec ipse dissimulat *cap. 5. de pact. § 7. & 8.* item a D. Cypriano Regneri *de injust. LL. Rom cap. 2.* qui tamen Mæstertius suam adhuc recentius sententiam stabilivit, placet unius argumentum textus addere, quo nihil pressius ad refutandum dari posse videtur. Petemus hoc ex *l. 45. de pact.* ubi Hermogenianus, *Divisionis placitum*, inquit, *nisi traditione vel stipulatione sumat effectum, ad actionem, ut nudum pactum, nulli prodesse poterit.* Bimembris lex est, habens regulam & restrictionem regulæ; Regula est: *Divisionis placitum ad actionem nulli prodesse poterit;* ratio additur, utpote, *quod pactum nudum sit.* Neque enim ullus contractus est, qui Divisio appelletur, nec verus, nec quasi talis. Nempe, convenerat inter socios, ut fundus communis divideretur, partibus forte non æqualibus, idque est divisionis placitum. Hoc pactum non fit sine *justa* alicujus negotii *civilis causa*; quæ enim potest esse justior & civilior ratio, quam ut a communione discedatur? necesse etiam est, adfuisse expressum partis utriusque decretum, quia placitum de re communi fuit. Dictu ineptum foret, decretum de partitione rerum, inconsulto & incogitanter esse factum; præsertim, quia hoc placitum non de simplici divisione, sed de tali intelligendum est, quæ plus continet præstationis ab alterutra parte, quam jure communi cautum sit; quod inde colliges, quia actio ad hanc divisionem dicitur negari: atqui ad simplicem divisionem nunquam actio deesse potest, altero licet invito, *l. 14. § 2. Comm. divid. l. 14. & l. 70. Pro soc.* Manifestum est, quod conventio de divisione extraordinaria & quæsita, utique causam habeat, id est, propter negotium fiat, ut hæc vox Mæstertio accipitur, animoque facta fuerit deliberato. Nihilominus hoc pactum vocatur nudum, & actionem producere negatur. Ergo etiam quæ de civilibus negotiis, justisque causis, & serio dataque opera fiunt, nuda vocantur, & actionis vi carent. Idem evincitur ex restrictione regulæ, *nisi traditione, vel stipulatione sumat effectum.* Omne placitum seu conventio, quæ nec stipulatione, nec traditione firmatur, est *pactum nudum*, ait Hermogenianus. Nullum placitum, nulla conventio vim actionis habere potest, nisi stipulatio fiat, vel traditio sequatur; hæc est mens aperta textus. Atqui aliquod placitum sine stipulatione & traditione serio animoque deliberato iniri, ipse vult Mæstertius, quando ejusmodi placita pactaque vim actionis habere disputat. Stipulatio apud solos Romanos fit; alias gentes nihil serio paciscì quis diceret? Proinde omnes juris gentium conventiones, quæ nomine contractus carent, antequam traditione rei, aut facto ejus, qui promisit factum, cujus eadem ratio est, firmentur, non possunt aliud esse quam pacta nuda. Idque volunt Leges, quæ conventiones causam habentes opponunt pactis nudis. Causa est datio vel factum, inquam. Ubi hæc aut illa intercessit, tum est contractus, quod primo erat nudum pa-

(i) *Vos. 22. 23.*

ctum, *d. l. 7. § 2.* Optime Harmenopulus, nudum pactum esse ἡνίκα μὴ προηγήσεται δόσις, ἀλλὰ μόνον συζῇ ἐπὶ δόσει, quando non præcessit datio, sed solum de dando conventum est, *l. 1. tit. 4. § 11.* convenienter *d. l. 45.* neque fallitur Harmenopulus, sed fallitur eum notans Auctor quidam; modo intelligatur de conventionibus, quæ non habent proprium contractus nomen, ut faciat aperte vel rubricæ argumento, quæ est περὶ ψιλῶν συμφώνων. Pacta nuda fiunt etiam de negotiis, sed futuris; cum impletum est ab altera parte negotium, tunc est contractus. Sic eadem *l. 15. de Præscr. verb.* ubi, *& quidem conventio illa non est nuda, sed habet in se negotium aliquod;* quod ubi impletum est, pecunia accepta, vel fugitivo, *ut ibi,* indicato, tum demum præscriptis verbis agi potest, *d. l. 15. & l. 6. C. de transact.* Videamus, quid ad aliud argumentum Mæstertius respondeat; Omne pactum, ex quo exceptio nascitur, est nudum, *d. l. 7. § 4. de Pact.* sed quod parit exceptionem Pactum, id est quoque serium & consultum, quod probatur ex *l. 1. pr. de Pactis.* quo loco agi de Pacto, quod exceptionem parit, in concesso est, ac etiam de serio consultoque pacto, ut liquet ex ἀντιλογίᾳ JCti; *quid enim tam congruum fidei humanæ, quam ea, quæ inter eos placuerunt, servare?* cujusmodi verba ludicræ & fortuitæ conventioni minime conveniunt. Necesse igitur; Pacta etiam gravia & deliberata, esse nuda, & vi obligationis destitui. Sed Mæstertius respondet, pacta nuda parere quidem exceptionem, verum non tam ex se & per se, quam ex eo, quod datum factumve illud sit, de quo nudo pacto convenit, ut daretur fieretve; quod est aperte falsum. Nam quando datum factumve est id, de quo nudum pactum est initum, tunc desiit esse pactum, & esse contractus innominatus, præscriptisque verbis agi potest, ut dictum, & patet ex *d. l. 6. C. de transact. l. 10. C. de pact.* Manet igitur certum, pacta, sive conventiones, quæ neque verbis conceptis ineuntur, nec in aliud nomen contractus incidunt, neque vero traditione completæ sunt, actionem jure civili non producere. Adde Struv. *exerc. c. 16. th. 13.* qui respondet ad *l. 10. de O. & A. l. 3. § 4. de Condict. caus. dat. non sec. l. 6. de Transact. l 7. § 7. h. t.* Ad quæ ex his, quæ a nobis exposita sunt, non est difficile respondere.

9. Sed jam hæc aliter se habent in pactis legitimis, quæ modo explicata sunt; hæc enim vi Legis actionem præstant, videlicet condictionem ex lege, *l. 6. h.* juncta *l. un. de condict. ex Leg.* Pacta quoque in continenti adjecta contractibus bonæ fidei, cum illis insint, hoc est, partem eorum efficiant, eandem quoque pariunt actionem, quæ ex ipsis oritur contractibus, *l. 7. § 5. de Pact. l. 69. pro soc. l. 79. de contrah. empt. l. 4. de leg. commiss. l. 6. de in diem addict.* Pactum tamen de retrovendendo, adjectum venditioni, non tantum ex empto, sed etiam præscriptis verbis actionem producit, *l. 2. C. de Pact. inter empt. & vend. init.* forte ideo, quia cum pactum illud ad rescissionem contractus pertineat, dubitari queat, an pars ejus esse videatur. Sed ejus rei locus occurret alius in *tit. de Rescind. vend.* Hoc satis constat, Pacta, quæ naturæ contractuum, quibus accedunt, adversantur, iis non inesse, quamlibet bonæ fidei contractus sint; ut est pactum societati de non dividendo adjectum, *l. 14. Pro soc.* vel ut alter lucrum, alter damnum tantum sentiret, *l. 29. § ult. eod.* Alia, quæ quidem non adversantur aut evertunt contractus, quibus adjiciuntur, verum aliena duntaxat ab illis sunt, non quidem penitus nulla habentur, ut ea, quæ dixi, sed per stipulationem seorsum constitui debent, ut non insint contractibus, verum per se consistant, & actionem separatim producant, velut usuræ in mutuo, salarii in Mandato, ut diximus in *Part. I. lib. III. t. 15. n. 5. & t. 27. n. 11.* Alioqui verum est; pacta dare Legem contractibus, *l. 23. de R. J.* & posse illos ita quandoque adficere, ut notissimos naturæ suæ terminos egrediantur, *l. 24. & 26. Depositi.*

10. Pacta, quæ contractibus stricti juris adjiciuntur, ea nusquam actionem producere leguntur, & tamen insunt etiam illis, ut supra ex *l. 40. de Reb. cred.* observavimus; a parte rei, interpretatur Cujacius ac Perezius ad *tit. C. de Pact. n. 20.* quam distinctionem refellit Emund. Merill. *l. variant. ex Cujac. 8.* idque docte, ut ait Wissenbachius noster *ad h. t. th. 30.* Enimvero plusquam exceptionem gignere pactum in strictis, indicat Paulus in *d. l. 40. Etsi, ut ille* (Ulpianus) *putabat, ad exceptionem tantum prodesset pactum, quamvis diversa sententia obtinuerit &c.* Fuere Paulus & Ulpianus Collegæ in auditorio Papiniani, teste Lampridio *in Alex. Severo,* atque, uti fit non raro, fuerunt æmuli. Oportet igitur aliquod medium detur inter *actionem dari & exceptionem nasci;* ut, cum ex sententia Cujacii dicimus, pacta inesse stricti juris actionibus a parte rei, id non eo pertineat, quod exceptio duntaxat

detur. ſed, ut modo dicere occupavimus, quod jus actoris ipſo jure mutet, ita ut actionem ille inſtituere non poſſit, contra quam pacto expreſſum erat, quemadmodum notabile diſcrimen eſſe inter id, quod dicitur, Actionem ipſo jure eſſe nullam, & per exceptionem refelli, conſtat. Quo etiam pertinet, quod in *l. 3. de Reſcind. vendit.* habetur, exceptiones pacti ineſſe bonæ fidei judiciis; & hoc ſenſu Cujacii interpretatio ad *d. l. 40.* ſatis concinna videtur: non obſtante *l. 27. C. h. t.* quam diſſentientes male urgent. *Petens ex ſtipulatione, quæ placiti ſervandi cauſa facta eſt; ſeu antecеſſit pactum, ſeu poſt ſtatim interpoſitum ſit, recte ſecundum ſe ſimi ſententiam poſtulat.* Diſerte ait textus, *petit ex ſtipulatione.* Quomodo igitur inde ex pacto naſci actio dicatur? Petitur ibi ex ſtipulatione, non ex pacto. Non ibi Pactum ſtipulationi, ſed hæc illi adjecta eſt. Contrahentes materiam conventionum ſuarum verbis communibus, id eſt pacto, comprehendebant, quæ, ad actionem ut valerent, *Stipulatio* ſubjiciebatur. Aliquando hæc præcedebat, *Quod inter nos convent. hoc te dare, facere ſpondes? ſpondeo;* Tum ſequebatur conventio Pacti, quæ vi ſtipulationis antecedentis actionem pariebat. Stipulatio utroque caſu, eſt confirmatio acceſſoria pacti, ad effectum ei tribuendum, *d. l. 45. h. t.* minime vero pactum ibi fit pars Stipulationis. Ergo non eſt, quod hæreamus, Pacto vim agendi tribuere, adjecto bonæ fidei contractibus, non etiam ſtricti juris, quod etiam ſentit Struvius *h. t. 28.* & Strauch. *Diſſertat. Juſtin. XII. th. 10.*

SCHOLIUM.

Contraria opinio verior, ſc. pacta in continenti adjecta contractibus ſtricti Juris, ineſſe iisdem, etiam ex parte actoris, & actionem producere. Vide Wiſſenb. th. 30. & quæ dixi ad Strauch. XII. 11. p. 147. *Et hæc ſententia etiam menti Triboniani videtur magis conveniens.* Quamvis Dn. *Schilterus* th. 12. *dicat, pacta Stipulationi de Jure Romano inutiliter adjici,* per l. 5. C. de contrah. ſtipul. l. 27. C. de pact. *Sed ad l. 27. reſpondet Autor* h. l. *& eadem eſt reſponſio ad* d. l. 5.

RESPONSIO.

Nihil aut hic, aut ad Struvium, *habet Scholiaſtes, quod in prioribus non ſit occupatum.*

N. ADDIT.

Imo vero, ſi Autori placuiſſet addere Scholium ſubſequens eidem poſitioni 14. adjectum, Lector facile cognoſcere potuiſſet, ea, quæ in prioribus de hac quæſtione occupavit, non ſufficere ad refutandam opinionem meam. Scilicet ita dicit Ulpianus d. l. 7. § 5. h. t. Nuda pactio interdum format ipſum actionem, ut in bonæ fidei judiciis. Solemus enim dicere, pacta conventa ineſſe bonæ fidei judiciis. *Apparet hic, Ulpianum, etſi non verbis diſertis id aſſerat, ex regulis tamen bonæ interpretationis voluiſſe, quod pactum adjectum in ſtricti juris Judiciis actionem non producat. Contra Paulus* d. l. 40. de rebus credit. *diſerte collegam ſuam ob illam ſententiam & taxat, & ab eo diſſentit:* Etſi, *inquiens,* utille (*i. e. Ulpianus,*) putabat, ad exceptionem tantum prodeſſet pactum, (*ſtipulationi adjectum,*) quamvis ſententia diverſa (*h. e. non ſolum ad exceptionem, ſed & actionem prodeſſe tale pactum: neque enim alium ſenſum admittit collatio harum duarum legum inter ſe,*) obtinuerit. *Atqui hoc notaveram in Scholio ab Autore omiſſo, & cum Autor in poſitione 14. dixiſſet,* d. l. 40. *forte recte accipi, quod pacta contractibus ſtricti juris adjecta, non quidem actionem pariant, ſed mutent ſaltem jus agendi in favorem rei conventi;* addideram: *Forte non. Sat perſpicue, quippe deduxit Wiſenb.* d. l. *inter Ulpianum & Paulum fuiſſe diſſenſum. Quid vero Autor ad iſta in reviſione præſenti prælectionum? Primo tacet, quod antinomiam inter Paulum & Ulpianum indicaverim, cum tamen in ſequentibus, quoties talis occaſio ſe offert, tales antinomias a me indicatas non prætereat, ſed pro hypotheſi ſua meæ hac parte plane adverſa, diligentius, & ſubinde ſeverius notet. Numquid non poterat expreſſe hoc loco contradicere, cum verba Pauli ſignificantiſſime declarent diſſenſum ab Ulpiano. Igitur ſecundo fatetur potius id, quod Scholio iſti meo favet, fuiſſe nimirum Paulum & Ulpianum Collegas in Auditorio Papiniani, atque, uti fit non raro, fuiſſe æmulos. Quis vero hoc præmiſſo, jam non expectaret concluſionem, quod Paulus & Ulpianus etiam in hac doctrina diſenſerint? Et tamen Autor tertio, concluſionem præcedentibus plane alienam formavit: oportet igitur, inquiens, quod aliquod medium detur inter actionem dari, & exceptionem naſci, (ne ſcilicet maneat antinomia inter Paulum & Ulpianum) Quis talia ferat? Fuere æmuli Paulus & Ulpianus, ergo oportet excogitare quamcunque diſtinctionem, ne a ſe diſentiant. Si ego tam audaciſſem; dixiſſet Autor, ut ſupra ad § 2. de me notaverat: Præmiſſis non malis concluſio minus recta deſcribitur.*

De

De pactis ex intervallo contractibus adjectis, item & Realibus & Personalibus, quod ad effectum attinet, apud ipsas partitiones, quod satis est, diximus. Repete ex fine *præced.* § adde Cujac. in *d. l. 7.* Wissenb. *ad h. t. th. 31.*

11. Moribus hodiernis reditum est ad jus Gentium ejusque simplicitatem, ita ut ex quolibet pacto nascatur efficax actio, convenienter juri Canonico, *c. 1. & 3. X. de Pact.* licet dissentiat Conan. *5. comm. 3.* quem vide is. Wesenbecius in *parat. ad h. t. n. 9.* secundum hanc hypothesin nomen actionis ex jure civili, pactis accommodat, condictionem ex lege; quatenus ex novo canone, seu lege, hæc actio nascitur, & semper alias condictio ex Lege datur, quoties lex novam edit obligationem, neque tamen actionem nominat, *tit. ff. de condict. ex Leg.* quo nomine reprehenditur a Wissenbachio *th. 34.* non suo sensu. Ego malim condictionem certi vel incerti huc applicare, ad exemplum stipulationis, ut ad *tit. Inst. de Verb. Oblig.* est dictum; Nam ut pactum jure civili proxime ad stipulationem accedit, ita usu seculi ab eo nihil discrepat; ideoque & actionem oportet eandem producat.

12. (k) Sequitur de personis, quibus paciscilicet: Ferme autem est eadem ratio de iis heic loci, quæ in contractibus ex regula tralatitia, posse videlicet, *quicunque non prohibentur.* Prohibitio est a defectu rationis, præter servum, qui ut omnis juris civilis est expers, *l. 22. de R. J.* ita nec paciscipotest, nisi in rem pro Domino, cum effectu, *l. 21. § 1. h. l. l. 16. de O. & A.* sed prior causa verat furiosos & mente captos, *l. 5. & l. 40. de R. J. l. 3. de Auctor. tut.* quibus comparantur prodigi, *l. 42. de R. J.* infantes, *§ 9. Inst. de inutil. stipul.* Minores ut rationis compotes, ita quo minus paciscantur, nihil prohibet, *l. 101. de V. O.* * de quibus omnibus *alibi* plenius dictum, & agetur suis locis. Conditio personarum nullam adfert diversitatem, sed quicunque præter illos enumeratos vinculo humanæ societatis continentur, recte paciscuntur & effectu pactorum gaudent; cum quibus, inquam, jus Gentium commune habemus, quod participant hostes, *l. ult. de Legation.* latrones, *l. 31. de Depos.* malefici, *l. 17. & l. 29. de Pœn.* barbari, *l. 6. in fin. de bon. damnat.* hæretici & infideles, *arg. d. l. 31.* cum quibus ideo qui pactus est, non ignorans eorum conditionem, fidem datam servare debet. Grot. 3. *de J. B. & P. cap. 19.* Wissenbach. ad *h. tit. th. 9. 10. 11. & 12.*

SCHOLIUM.

Adde Wissenb. th. 9. 10. 12. Strauch. XII. 8. & ibi not. pag. 144. *Illud notes velim, quæstiones istas spectare ad Jus Gentium, non ad Civile. Ergo textibus, qui hic adducuntur ex Jure Civili, utere ut illustrantibus, non ut probantibus.*

RESPONSIO.

Ita est: Ideirco heic ea monstrare contenti fuimus. Tu vide sis Grotium d. loco.

Porro quemadmodum alter alteri stipulando acquirere non potest, ita nec paciscendo, *l. 73. § ult. de R. J.* de cujus regulæ exceptionibus dictum a nobis *ad tit. Inst. de inutil. stipul. a princ.* quæ tamen pleræque non efficiunt, ut directe alius alii possit stipulari, sed indirecte effectum habent, utilibus accommodatæ actionibus, ut docet D.

* Mulieres apud Saxones sine Curatore non obligari, nec valide paciscì aut contrahere posse, *ad Inst. p. 42.* jam fuit motum. In Elect. Saxonia etiam virgines & viduæ sine Curatore contractu se non valide obstringunt, *P. 2. C. El. 15.* ibique Moller. *n. 38.* quamvis majorennes res mobiles, si geradam excipias, absque eo valide alienare possint, *d. C. 15. Mand. noviss. ad declar. P. 2. C. 15. d. an. 1722. d. 18. Nov.* Carpzov. *P. 2. C. 15. def. 15.* Phil. *ad Dec. El. 24. Obs. 3.* In communi vero Saxonia, necessitas adhibendi Curatores, ad viduas & virgines non extenditur, LR. *l. 1. art. 45.* Coler. *P. 1. dec. 67. n. 40. sq.* Richter. *Dec. 27. n. 22. seqq.* Obligatur tamen etiam in Electoratu fœmina sine Curatore, 1) si sit mercatrix & intuitu negotiationis se obstringat. *d. C. 15.* ibique Carpzov. *def. 16.* Rauchb. *P. 1. qu. 32 n. 91.* Moller. *ad d. C. n. 74. j. Ord. Cambial. Lipsi. §.* Nachdem zum andern. conf. Jo. Rebhan. disp. *quæ fœmina sit mercatrix th. 6.* 2) in œconomicis, ubi etiam sine mariti consensu uxores valide esculenta, potulenta, similiave comparant, Moller. *ad d. C. n. 64.* 3) si sint fœminæ illustres Consiliariis instructæ, Carpzov. *Dec. 240. n. 18. & d. C. def. 9.* Svvendend. *ad Fibig Proc. p. 196.* 4) Si mulier contractum juramento confirmaverit, Carpzov. *de Jur. fœm. singul. dec. 3. num. 18. seq.* Phil. *ad Dec. El. 24. Obs. 1. n. 13.* Hartm. Pist. *l. 4. qu. 6. n. 11. sq.* 5) in Contractibus Parentum cum liberis, Carpzov. *ad d. C. 15. def. 8.* 6) si contractum fœmina dolose aut ut liter celebraverit, secundum sententiam Carpzovii, *l. 5. Resp. 10. n. 4.* & usum fori, Rivin. *ad O. P. S. tit 8. Ln. 35. j.* Wiocl. *de Contr. mul. c. 3. § 1.* unde hæc exceptio ad mulierem quittantiam dantem vix extendi potest. Carpzov. *ad d. C. def. 3.* Moller. ib. *n. 52.* Dissent. Berger. *Elect. Proc. Executiv. th. 17. add.* Menck. *ad O. P. S. tit. 8. § 10. seqq.* Id. *ad tit. 32. p. 916.*

(k) *Pos. 18. 19. 20.*

Wiſſenbach. *h. t. th. 18.* Ne quidem pater filio, quem in poteſtate habet, paciſci poteſt, *l. 17. § 4. h.* niſi quatenus heres futurus eſt, *l. 33. eod.* tametſi & alias doli exceptio detur filio, adverſus eum, qui ſubtilitate juris nixus pactum patris ei prodeſſe non patitur, *l. 21. § 2. de pact.* in ſtipulatione hactenus diverſum jus eſt, quod, etſi pater filio, ut huic profit, ſtipulari nequeat, tamen ſibi ex illa ipſa ſtipulatione acquirit, *§ 4. in fin. de inutil. ſtipulat.* Ratio petenda ex eo, quod eſt in *l. 27. § 2. h. t.* ubi Paulus in ſtipulationibus monet jus, in pactis factum verſari; hoc eſt, ſtipulationes vi legis ſubnixæ operantur in rem, ſine reſpectu ad perſonam; Pacta vero Prætoris indultu tantum pariunt exceptiones, quæ facti ſunt, nec prius conſiderantur, quam in judicio objectæ fuerint, facta porro non ingrediuntur perſonam, aut id, quod ipſo facto verbis expreſſum eſt, *§ 4. I. de ſtipul. ſervor.* hinc Pater filio paciſcens nec huic prodeſt, quia nemo alii bene paciſcitur: nec ſibi, quia hoc ipſo facto non eſt expreſſum: at ſtipulatio quanquam filio quoque non profit, tamen quia juris ratione pater & filius eadem perſona ſunt, hæc parit effectum in ipſo patre duntaxat. Etiam hoc inde licet obſervare, paciſci nos uni heredum poſſe, ut ei ſoli acquiratur, *d. l. 33. in fin.* Stipulari autem uni heredum, ut ei ſoli, excluſis cæteris, acquiratur, non licere, *l. 137. § ult. de V. O.* Denique & hinc illud eſt, quod etſi alter correorum debendi, ſtipulando, id eſt novando & acceptum ferendo, alteri præjudicare queat, *l. 2. 3. de duob. reis.* paciſcendo tamen id fieri nequeat, ut dictum ad *tit. Inſt. de duob. reis. n. 2.* Porro, Tutoris pactum prodeſt quidem pupillo, at eidem nocere non poteſt, *l. 15. h. l. 22. C. eod.* quemadmodum Curatoris Reipubl. *l. 37. h. t.* ſed pactum Magiſtri Societatis & prodeſſe & nocere poteſt, *l. 14. h. t.* Ratio differentiæ, quia Magiſter a ſociis præpoſitus eſt, qui rerum ſuarum adminiſtrationem habent, quod ſecus eſt in pupillis & in Republica.

Frequens etiam eſt pactum debitoris, qui ſolvendo non eſt, cum Creditoribus de parte debiti ſolvenda. Qua in re ſi diſſentiunt, Prætoris decretum neceſſarium eſt, qui ſequitur conſenſum majoris partis creditorum; Majorem autem partem æſtimat Prætor quantitate, numero, dignitate: cunctis paribus, humaniorem ſententiam amplectitur, id eſt eorum, qui plurimum ex credito remittunt, ejusmodi vero pactum abſentibus etiam præjudicat, ex reſcripto D. Marci, *l. 7. § 17. & ult. l. 8. 9. 10. h. t.* Cæterum, hypothecariis ſuum jus quæſitum ejusmodi pacto non poteſt auferri; nec quidem perſonalibus privilegiatis, *l 58. § 1. Mandat.* etſi diſſentire videatur a Paulo Ulpianus in *d. l. 10.* Cujacius in *d. l. 10.* autumat, Paulum in *d. l. 58.* vel ignoraſſe reſcriptum D. Pii, in *l. 10.* vel ita ſcripſiſſe ex juris rationibus, quod ſibi videbatur; ſed melius reſpondent veteres Gloſſographi, pactum illud nocere privilegiatis, quod ad partem debiti remittendam attinet, non etiam in privilegio ſuo; Adde Coſtal. & Mornac. in *d. l. 10.* Verum hoc genus pactionis tum demum habere locum, cenſent Dd. cum, aut jacente hereditate, ſcriptus heres deliberat, ut eo modo ad adeundum provocetur, *d. l. 7. § 17.* aut cum debitor diſparuit, ut non ſit qui conveniri poſſit, atque ut inviteretur ad copiam ſui faciendam: At ſi debitor in medio verſetur, non cogi minorem partem ſequi majoris voluntatem, ut habet Gloſſ. in *d. l. 7. § ult.* verb. *quota parte.* A. Matthæus *diſp. 3. de Judic. th. 72.* qui plures habet auctores. Aliud eſt, ut videtur, in impetrandis induciis adverſus executionem, de quibus *in lib. 42.*

An Pactum debitoris cum creditore, ne petat, etiam prodeſt fidejuſſori? Diſtinguitur, ſi pactum reale ſit, prodeſt, *l. 21. § 5. h.* ſecus ſi perſonale, velut ſi reus ſit pactus, ut a ſe duntaxat non peteretur, a fidejuſſore contra, *l. 22. eod.* At tamen fidejuſſor ubi ſolverit, actione mandati regreſſum habet contra debitorem, ita ut debitor ejusmodi pacto perſonali nihil quam exigui temporis moram adipiſci queat, utique ſi ſolvendo ſit; imo jure novo ſi fidejuſſor ordinis beneficio non renuntiaverit, creditor eum ante debitorem principalem excutere, quicquid de pacto ſit, non poteſt, per *Nov. 4.* Denique, ſi quando fidejuſſor donandi animo, vel in rem ſuam, aut pro invito fidejuſſerit, quibus caſibus non habet regreſſum adverſus debitorem primum, *l. 8. § 1. Qui ſatisd. cog.* illis ſimilibusque caſibus pactum debitoris fidejuſſori plane non prodeſt, utpote cujus exceptio datur fidejuſſori, contemplatione debitoris, qui pactus eſt, & cujus perſonam alioqui pactum, quod facti eſt, egredi non poteſt: Hinc ſi reus expreſſe pactus ſit, ne creditor a debitore peteret, datur exceptio fidejuſſori, quia debitoris manifeſto & directe intereſt, *§ fin. Inſt. de Replicat. l. 29. de recept. arb. § 20. I. de inutil. Stipul.* Vice verſa ſi fidejuſſor pactus ſit nominatim a reo, ne petatur, pacti quidem exceptio non dabitur reo, *l. 23. h.* ſed exceptio doli utilis erit, *l. 25. § 2.* junc-

cta

cta *l. sequ. h. t.* Simplex alioqui pactum fidejussoris, ne ab se peteretur, reo non prodest, *l. 23. h.* nihil obstante *l. 28. § 1. de Jurej.* nam ibi fidejussor deferente adversario juravit, se solvisse: proinde habetur pro eo qui solverit: quo posito reus non potest denuo compelli an solvendum, per ea, quæ dicta sunt ad *§ 11. Inst. de Action.* multo minus pactum unius e fidejussoribus prodest confidejussori, *d. l. 23.* Postremo notandum, duos stipulandi reos, paciscendo quidem sibi mutuo nocere non posse, ut modo probavimus, licet socii sint, *l. 27. h. t.* Et tamen, quo minus, si quidem socii sint, prodesse possit alter alteri, quia tum paciscentis interest, nihil impedimento est. Bachov. *comm. ad τὰ πρῶτα h. t. pag. 620.* Perez. ad tit. *C. de duob. re. n. 8. 9. 10. 11.*

13. Restat *Materia* Pactorum, consistens in omnibus rebus, quæ sunt in commercio, futuris etiam rebus, *l. 46. h. t. l. 3. C. de Donat.* omnibus quoque factis licitis ac honestis, *l. 26. & l. 35. in pr. & § 1. l. 173. § 8. de V. O.* Non valent igitur pacta de rebus turpibus, *l. 7. § 3. & l. 27. h. l. 6. C. h. t.* Cujus generis habetur pactum de quo talitis, *l. 53. h. l. 15. C. de Procurat. l. 5. C. de Postulando*; quanquam de præmio victoriæ, Patronis causarum utique paciscí licet, *l. 1. § 11. de var. & extraord. cognit.* Inter turpia recensetur pactum de Hereditate futura, nisi ipse, de cujus successione agitur, consensum adhibeat, *& in eo consensu usque ad extremum vitæ suæ spatium perseveraverit, l. ult. C. de Pact.* Sic apud Nautam nostrum in decisionibus MSS. reperio, pactum fuisse initum inter proximos cognatos *Helenæ Stakebrants*, ipsa præsente & adsentiente, de bonis ejus ad primogenitum devolvendis *11. Junii 1620.* Prævaluisse tamen ejus Testamentum in contrarium, quod fecerat 26. Aprilis 1626. Nec modo nulla sunt hujusmodi Pacta, si de hereditate agatur acquirenda, *l 15. & l. 19. C. h. l. 61. de V. O. l. 2. § fin. de his, quæ ut indign.* quod apposite ad hanc rem JCtus id esse ait, *festinare contra jus Gentium, l. 29. § f. de Donat.* sed etiam, si paciscantur partes de hereditate conservanda, *d. l. 15. C. h.* quin etiam, si de omittenda vel repudianda agatur, adhuc idem obtinebit, *l. ult. de Suis & Legit. hered. l. 3. C. de Collat. l. 35. § 1. C. de Inoff. testam.* Solummodo inter milites valet Pactum mutuæ successionis sive *ἀλληλοκληρονομίας*, in *l. 19. C. h. t.* Cæterum ad hoc genus Pactorum non videtur referendum, si de veteri fidecommisso conventiones fiant inter eos, qui se ad illud sub conditione vocatos contendunt, etsi pactio se referat ad id, quod fieri debeat, ubi præsens possessor decesserit. Exemplum, apud *Nautam* decisum a Curia, sit hoc: Eva Adriani a Marnede, uxor Georgii Schults, Græcæ linguæ Professoris apud Revalienses, pacta erat cum Magdalena Koobs matertera sua, coram Commissario Curiæ *23. Maji 1640.* ut Magdalena, dum viveret, frueretur bonis cujusdam Petriciæ, fideicommisso adfectis per Testamentum, quod jam erat factum anno 1565. & aliud alterius Testatricis, conditum Kal. Jul. 1583. Magdalena dein Testamento secus disposuerat, & Heres se tuebatur, eo jure, quod diximus, Pactiones de successione viventium non valere, nisi illa, de cujus successione agitur, in eadem voluntate perseveraverit. Sed a Curia damnatus est Heres, bona secundum Pactionem restituere; quia non erat de successione Magdalenæ, verum superioris seculi Testatricum, *in causa Georgii Schults &c. contra Everardum Bartoldi 20 Maji 1620.* Pertinent etiam ad hoc genus prohibitarum Pactionum, Conventiones, quæ sunt contra Leges, ut sunt quæ ad ambitum & pecunias repetundas pertinent, de quibus *in locis suis* actum est, aut agetur. Nec tamen hæc res adeo ad rigorem semper exigi potest, ut ne probabiles circumstantiæ aliquid indulgentiæ conciliare possint. Sic approbatus est contractus quorundam Procerum, qui ambientes præturam, inter se pacti erant, ut qui potiretur, cæteris daret singulis vas argenteum pretio centum ducatonum. Heredes ejus, qui Prætura potitus erat, condemnati sunt ad præstandum, quia non videbatur excedere civilis honestatis operæque redhostimentum, *inter partes nobiles ante Pentecost. 1680.* Denique, generalis hæc regula est: *Jus publicum pactis privatorum mutari non posse, l. 38. de Pact.* nec jurejurando quidem firmatum, *l. 7. § 16. h. t.* idemque sensus verborum esse videtur in *l. 27. § 4. h.* ubi, *Pactum are privata remotum, servari non oportet*; ut forte non sit opus mutare lectionem receptam, uti pro re privata legatur, *a re publica*, sicut voluit Cujac. *1. obs. 24.* Sed egimus hac de regula copiose in *part. 2. Digress. lib. 1. c. 21. n. 3. & sqq.*

14. Postremo sciendum, pacta priorata tolli per posteriora, at non nisi per exceptionem, *d. l. 27. § 2.* quanquam ex ratione juris Gentium pacta æque ipso jure quam stipulationes operari debebant, quomodo accipienda videtur *l. 95. § 4. de Solut.*

Solut. ubi naturalis obligatio per pactum *ipso jure* dicitur tolli; *ipso jure*, scilicet naturali, quo pactum est introductum. *Vid.* tamen quæ diximus *ad tit. Quib. mod. toll. obl. n. 10.*

SCHOLIUM.

Mihi distinguendum videtur inter pactum promissorium & liberatorium. Illud tollitur ipso Jure per pactum subsequens liberatorium, d. l. 95. *Hoc, si præcesserit obligatio civilis, per subsequens obligatorium tollitur ope exceptionis.* Strauch. XII. 10. & ibi notata p. 145.

RESPONSIO.

Hæc Thomasii responsio non tam mutat quam explicat solutionem nostram. Quando enim promissorium Pactum præcessit, ejus obligatio tantum naturalis est: huic subjecta naturalis obligatio, priorem ejusdem generis modo resolvit, id est, jure Gentium sive naturali.

N. ADDIT.

Imo vero dissensus inter nos in eo est, quod Autor dicat, generaliter, & absque distinctione pactorum, pacta posteriora tollere priora: saltem per exceptionem & non ipso jure civili, & ad d. l. 95. respondeat, eam explicandam esse de jure naturali vel Gentium, non de civili. Contra ego dico pacta promissoria per pactum posterius tolli ipso jure civili, non solo naturali, & d. l. 95. adeo de jure civili etiam esse explicandam, ita scilicet, ut Prætor æque non det actionem, si pactum promissorium pacto posteriore fuerit sublatum, ac si stipulatio sit sublata per stipulationem Aquilianam.

TIT. XV.
De Transactionibus.

I. Continuatio. II. Definitio Transactionis, & genus ejus adseritur. III. Differentia ejus a Pacto ex materia. IV. Res, de quibus sub modo prohibitum est transigere. V. De quibus absolute, ubi de criminibus. VI. An de falsi crimine liceat. VII. Qui possint transigere. VIII. Effectus transactionis, si necdum instrumento comprehensa sit. IX. Neque cessat effectus ob instrumenta noviter reperta. X. Quin obtinet, etsi nulla res media fuerit, Etsi Læsio sit ultra duplum. *XI. Transactiones tamen strictæ interpretationis esse, quoad res subjectas; XII. Etiam quod ad personas attinet, ubi de* L. 3. opposita l. 14. h. t.

Sæpius eveniebat, ut cum reus in jus vocatus erat, de causa transigeretur, ‡ *l. 22. § 1. De in jus vocand.* Ideo hic de Transactionibus agi placuit, præterquam quod species pactorum sunt. Est (a) enim Transactio, *Pactum de re dubia pretio componenda.* Enimvero transigendi vox late sumta significat, negotium quodvis ad finem quoquo modo perducere, *l. 229. de V. S. l. 15. § 4. Locati.* Nec abludit hinc Cicero, *14. epist. ad famil. 4. Si est spes nostri reditus, eam confirmes & re adjuves; sin, ut ego metuo,* transigendum *est, quoquo modo potes, ad me facvenias.* Verum strictius, Transigere, est litem & rem dubiam sopire, pecuniaque ab adversario accepta competentem sibi actionem remittere; generali significatione vocabuli, ut fit, ad specialem usum coarctata. Grotius Transactionem vocat *Dading*, voce parum vulgari, *l. 3. c. 4. Introd.*

2. Sed hoc agamus, ut definitionem per partes probemus. Generis loco *Pactum* collocavimus.

SCHOLIUM.

Non obstant differentiæ pactorum & transactionis, de quibus infra. *Sumitur etenim pactum vel in genere, vel pro specie transactioni opposita. Conf. Dn. Schilt.* Exerc. IX. th. 1. 2.

Genus illud probatur ex *l. 9. § ult. h.* ubi: *Pacto transegit; iniquum est, primi pacto, L. 15. C. h. t. inferre pacti exemplum, & sola conventio.* In *l. 17. eod. litem transactione decisam:* de *conventione resiliisse, pacto stari, transactionis silentio, exceptionem pacti.* In *l. 28. eod. Transactio interposita est, convenisse te sine scriptura proponis, ex pacto &c.* Etiam Cicero *in orat. pro Rosc.* transactionem Fannii & Roscii vocat *Pactionem & decisionem.* Nam & decidere pro transigere usurpatur in *l. 3. § 1. de l. leg. Falcid. ubi Basilica* διακρίνειν, & Harmenop. *lib. 1. epitom. tit. 10. § 4.*

‡ Hoc autem ipsi Judices nostri agant strenue, ad lites transactione aut alia amicabili compositione finiendas partes citent, præsentes in primo termino urgeant & obtestentur, de temporis jactura, litis diuturnitate, impensarum gravitate, aliisque incommodis, ut ex causæ meritis fieri potest, commoneant, & qui hoc factum, ad acta consignari curent; *O. P. S. E. I. & E. Tit. 6. § 1. & 2.*

(a) *Pos. 1.*

ἀμφιλ-

ἀμφιβαλλομένε πράγματος τομήν, *rei dubiæ sectionem*, definiunt transactionem. Sunt, qui transactionem fieri quidem per conventionem sive pactum volunt, sed proprie hac voce negotium, quod agitur & quod decisionem dicere possis, intelligi, Bachovius *ad Tr. & ad Wesenb. h.* & ad τὰ πρῶτα. quod non video probari ex usu juris nostri; e textibus modo citatis contrarium, si quid ego video, liquet. Regerit ille, *textus nihil moror, non semper satis accurate & subtiliter agunt, JCti*, ad Wesenbec. *n. 2.* Ego vero nihil moror ejusmodi immodicam subtilitatem. Nec animadverto, quid in eo situm sit incommodi, quod statuimus, Transactionem esse conventionem, eo modo, quod emptio venditio, locatio conductio, societas, sunt conventiones; nam si tu velis argutari & contendere, negotiorum illa esse nomina, fierique per conventionem, ipsas conventiones non esse, forte eadem ratione id agere possis, quam Bachovius de transactione putavit. Quod tamen Wesenbecius *ibidem*, Connanus *5. comment. 6. n. 11.* & Merill. *1. variant. 7.* transactionem volant esse contractum Innominatum, Do ut facias, id est, ut a lite discedas, id minime concedendum: Nam quod adeo frequens & quotidianum est, & nomine certo hodieque non minus quam fuit olim cognitum, nullam habet speciem Innominati contractus; præter quod effectus ille notabilis, qui maximum differentiæ inter nominatos & innominatos contractus momentum constituit, hic cessat; scilicet, quod cum, qui contractum innominatum una parte implevit, pœnitere possit, quamdiu alter suas quoque partes vicissim non complevit; Secundum quod, si ego dedissem, ut tu ab lite discederes, nec adhuc discessisses, in arbitrio meo foret, id quod dedissem repetere, & rescindere transactionem, per *l. 3. § 2. & sequ. l. 1. in pr. de condict. caus. dat.* At vero in transactione hoc minime fieri, sed pacto convento standum esse, majori efficacia quam in ullo alio genere negotii, probat, *l. 39. C. h. t.* Equidem non desunt, rationes primo auditu validæ, quibus effici videtur, ut Transactio sit contractus innominatus. Nam fit utique ab altera parte per dationem, & ab altera per factum, hoc est, ut a lite recedatur, *l. 38. C. h. t.* at illa species est contractus innominati, ut ex *l. 7. § 2. præced. tit.* intelleximus illic. Sed nihil est clarius, quam dationem istam pertinere ad consummationem & executionem, non ad perfectionem primam transactionis; atque tunc verum est, eam degenerare ex postfacto in contractum innominatum: quando scil. ab altera parte impleta est, sicut ad *præced. tit.* diximus, omnium pactorum eandem esse naturam: proinde tunc etiam præscriptis verbis tam e pactis quam e transactionibus, agitur, *l. 6. & l. 33. C. h. t.* quod alioqui secundum est argumentum pro statuendo contractu, etiam nominato. Sane aliquando inter contractus refertur Transactio, ut fit in *l. 7. C. de his, quæ vi met. caus. l. 17 C. de fid. instrum.* quia in istis legibus eadem transactionibus, quæ contractibus est natura, & alioqui transactio, cum sit conventio & insuper nomen habeat, sic satis evidentem præ se fert affinitatem cum reliquis contractibus, etiam nominatis. Quin tu forte speciosius, esse contractum nominatum ipsam Transactionem contendas, quoniam est conventio habens nomen, tales autem esse contractus nominatos, didicimus ex *d. l. 7. pr. & § 1. de Pactis.* Nolim dicere, nomen Transactionis, ita Pacto remittendi litem non esse addictum, ut nihil aliud significet; quasi generale sit transigendi verbum & ad omnes species pertineat, quibus controversiæ deciduntur atque finiuntur, ut ait Brissonius *lib. 18. de verb. signif.* Potius dixerim, quod hoc non sufficiat ad contractum probandum, esse conventionem & esse nomen; oportet etiam esse materiam ad contrahendum habilem; at in transactione non agitur, ut aliquid contrahatur, sed potius ut distrahatur; unde Wesenbecius *d. n. 3.* ipse fatetur, potius esse distractum Transactionem, quam proprie contractum. Postremo, nonne stipulatio est genus transactionis æque ac pactum? Ita videbatur ex *l. 2. h. t. Transactum accipere quis potest, non solum, si Aquiliana stipulatio fuerit subjecta; sed et si pactum conventum fuerit pactum.* Sensus est, non utique requiri ad perfectionem transactionis, ut stipulatio subjiciatur, sed esse quoque transactionem, si modo simplex pactum fuerit initum, quæ est nostra sententia. Nam Aquiliana stipulatio revera subjicitur transactioni, quemadmodum & acceptilatio, *l. 15. h.* quas cohærere & se invicem explicare didicimus ex *§ 1. Inst. Quib. mod. toll. oblig.* Nempe, quia transactio, ut pactum, non poterat actionem ipso jure tollere; sed tantum dabat exceptionem; idcirco is, qui pactus erat, ut adversarius a lite discederet, quo plenius sibi consuleretur, acceptilationem, quæ vim solutionis habet, addi volebat, ut ipso jure tutus esset; ea vero non poterat aliis negotiis, de

quibus forte litigatum erat, nisi per ministerium Aquilianæ stipulationis applicari, ut ex *d. § 1. & 2.* jam pridem constat.

3. (b) Materia transactionum sunt res Incertæ, *l. 1. h.* cui respondet pretium conventum, quæ duo transactionem a pacto discernunt; nam etsi pactum quoque sub pretio possit fieri, *l. 6. § 3. de his, qui infam. not.* ubi quis de comperto flagitio pro pecunia paciscitur, & pacta de rebus incertis quandoque usurpentur, ut de lite *l. 4. C. de Pact.* nunquam tamen fit, ut in pacto sit rei incertitudo & pretium simul, ut excitatis textibus apparet. Hinc de lite finita paciſci quidem licet, *l. 7. § 13. de Pact.* transigere non licet, *l. 7. pr. h. t.* quanquam Aquiliana stipulatio & acceptilatio rei judicatæ subjici legantur, *l. 32. C. h. t.* quia scilicet hæ non modo transactioni subserviunt, sed omne jus tollere possunt; post sententiam autem superesse obligationem, cui acceptilatio conveniat, aliunde constat. Cæterum, si res judicata per appellationem vel restitutionem in integrum, rursus incerta fieri possit, valet haud dubie transactio, *l. 7. pr. & l. 11. h. & d. l. 32.*

SCHOLIUM.

Quod si minor, cum quo actor transigere voluit, transactionem rejecerit, an sententia contra eum lata ad transactionem per remedium restitutionis reverti poterit? Ita arbitrantur quidam propter l. 9. § 2. ff. de Minor. *quorum mentem & cautelas proponit Dn. Schilter.* d. l. th. 12. 13. *Sed recte notat idem* d. th. 13. in fine, *hanc sententiam menti Ulpianeæ non adeo convenire. Adde, quod & textus loquatur de actionibus pœnalibus, neque ad rei persecutorias videatur extendi debere.*

RESPONSIO.

Si minor transactione stare nolit, id non nisi per restitutionem, urgente adversario, adsequi poterit; at tum sententia ferri non potest, in hoc, ut ad transactionem revertantur; sed ut omnia utrique integra sint, verum deinceps, ut ad transactionem redire licet, per restitutionem nova instantia impetrari potest, per l. 7. § 9. de minor. *In citata* l. 9. § 2. *hæc verba sola ad rem pertinent*; sed si cum ex damno dato confiteri possit, ne dupli teneatur, maluit, negare, in hoc solum restituendus sit, ut pro confesso habeatur. *Hinc recte dixeris, si minor maluit rejicere transactionem, nec alter eam ursserit, in hoc eum posse restitui, ut transegisse censeatur.*

(b) *Pos. 2. 3.* (c) *Pos. 11.*

N. ADDIT.

Imo vero nihil hic adduxit Autor, quod in Scholio non sit occupatum. Scilicet etiam ex allegatis verbis d. l. 9. *§ 2. istam conclusionem non recte inferri, cum allegata verba loquantur de actione pœnali. Et quamvis primus casus, quem Autor in responsione hac recenset, ad meum Scholium non pertinet, mallem tamen & in ejus decisione diversam ab Autore fovere sententiam. Nam alius plane est casus in* alleg. l. 7. *§ 9. & multis modis diversus a casu præsente, ut adeo* d. l. 7. *nec directe probet sententiam Autoris, nec argumentum validum inde queat extrui.*

Cæterum quælibet præstatio non est habenda pro Pretio; sed hoc ejusmodi esse oportet, ut pretio sive præstatione reali, non remittendi animo, a lite desistatur. Exemplum ejusmodi conventionis addere placet: Petrus *a Runia* renuntiaverat hereditati cujusdam Matthæi *a Schoten*, in gratiam Jacobi *a Runia*: & hic liberabat eum a sumptibus litis, atque *in memoriam donabat* ei centum thaleros, qui non æquabant decimam partem hereditatis. Heredes Petri egerunt ad rescissionem Transactionis, & appellabant, sed Curia censuit, non tam fuisse Transactionem, quam pactum remissorium, neque rescissioni, propter læsionem, obnoxium; in causa *Ursulæ Henrici*, contra *Amerentianam ab Oenema* d. *10. Martii 1668.* Cæterum, quod (c) pragmatici scribunt, super lite in suprema Curia pendente sine Curiæ consensu, non licere transigere, ut est apud Papon. *de Arrest. l. 6. tit. 3. arr. 6.* 7. Christin. *vol. 2. decis. 96. n. 2.* id juri civili est incognitum, nec etiam in Curia Frisica servatur, nec cur servandum sit, ratio satis est idonea.

SCHOLIUM.

Wissenb. th. 5. *ubi & quæstionem de instrumentis guarentigiatis tractat, ea transactioni non subjacere, scribit, quo referre possis, quod ex Brunnemanno refert Dn. Schilter.* th. 4. *transactionem mariti de nomine uxoris, liquido ex hoc capite irritam pronunciatam fuisse in Camera Brandenburgica, quanquam & hujus sententiæ ratio desumi forte possit* ex posit. 19. *hic, & non adeo videatur universaliter verum, instrumenta hæc, etsi vitio non laborent, facere negotium certum. Quid si enim alter opponat solutionis exceptionem? Quid si ad diffitendum paratus sit? nisi hoc ultimo casu* ex posit. 123. *transactionem ex capite doli impugnare velis.*

RE-

RESPONSIO.

Guarentigiata *instrumenta vocantur Longobardicæ, quæ paratam habent executionem, quibus* secuti facti sumus, in Hollandia *Schepenkennisse. Ratio, quod de iis transigi nequeat, est hæc, quod res dubia non sit. Sed rationem habet Scholiastes, quod multa incidere possint, ut Lis aliqua ex illis ipsis oriri queat, & tum nihil obstat transactioni. Magis est, ut id verum sit de constitutis judicialibus, quibus aliquis in judicio recepit, se debitum verum soluturum:* Acte van aenneeminge; *quæ similiter habent paratam executionem, nec, proinde tam Transactionis, quam pactionis & remissionis facultatem recipiunt. Tamen non habent majorem vim quam res judicata, de qua posse litem oriri & aliquando transigi, auctor est JCtus in* d. l. 11. h. t.

N. ADDIT.

Hæc Autoris responsio non tam mutat quam explicat doctrinam nostram. Versiculus enim, Magis est ut id verum sit *&c. non respicit sententiam nostram, sed sententiam Wissenbachii, & tamen in fine responsionis Autor noster, & intuitu illius explicationis redit, ad sententiam nostram. Scilicet Dd. communiter regulas tradere volunt de certitudine & dubietate rerum, de quibus transigitur, cum tamen hic nulla regula tradi possit, nec ulla regula opus sit. Quoties enim transigitur, toties res dubia est. Nam si non esset res dubia, non transigerent. Fit autem toties res dubia, quoties debitor debitum negat, quocunque sub prætextu neget, & quam firmas probationes habeat alter. Igitur in eo decepti sunt Dd. quod putaverint, leges in materia transactionis loqui de dubietate juris, cum evidenter loquantur ex natura negotii de dubietate eventus, qui sæpe potest esse incertissimus, non obstante jure certissimo.*

4. (d) Sunt res, de quibus transactiones prohibentur, quædam sub modo, aliæ simpliciter. Sub modo prohibita est transactio de controversiis testamentariis, de quibus aliter transigere nefas, quam inspectis testamenti verbis, *l. 6. h. l. 2. § 1. Quemad. testam. infirm.* Idem de Codicillis, *l. 3. § 1. & l. 12. h.* Ratio extat in *l. 5. Testam. quemad. aper.* quia publice interest, supremas hominum voluntates exitum sortiri. Nec tamen hoc ita accipiendum, quasi omnis Transactio, non inspectis ultimæ voluntatis instrumentis, indistincte nullius momenti esset. Verum si destituti instrumento Transigentes circa voluntatem Testatoris erraverint, inutilis erit Transactio: si bene ceperint mentem Testantis, nulla causa rescindendi quod transactum est, dari videtur, *arg. dd. ll.* Non obstat *d. leg. 6.* responsum Scævolæ in celebri *L. Lucius 78. D. ad Sc. Trebell.* ubi non datur rescissio, licet erratum fuerit ultra quadruplum. Quod enim ibi, *postea repertis instrumentis apparuit, quadruplo amplius in hereditate fuisse,* non de Testamento vel codicillo, sed de Repertorio, aliisque probationis instrumentis intelligendum. Præterea, non valet transactio de alimentis, quorum dies non cessit, testamento relictis, aliter quam auctoritate Prætoris adhibita, *l. 8. pr. & § 2. h. t.* Ratio est, ne voluntas testantium, qui legatariis ita prospectum voluerunt, ne possint agere, circumveniretur; quæ ratio nec alimentis præteritis, nec inter vivos relictis convenit, *d. § 2.* neque pacto, quod fit gratis, quia nummis repræsentatis facilius homines juri futuro renunciant, quam ut gratis id abdicent. Videlicet, hoc agunt Leges, ne alimenta intercipiantur; quo minus paciscendo alimentariis conditionem suam faciat meliorem, nihil est quod prohibeat, *d. l. 8. § 6.* nec etiam quo minus in modo præstandi alimenta, aliquid suo commodo mutet, *d. l. 8. § 24. & § ult.* Quid si transactio de remittendis alimentis jurejurando firmata sit, valere putant Surdus *de alim. tit. 8. qu. 56. n. 42. & seqq.* Fachinæ. *2. controv. 21.* D. Willenbach. ad *h. tit. th. 11.* Contrarium tenuere Bartolus in *d. l. 8.* Tiraquel. in *præf. l. si unquam n. 156. C. de revoc. donat.* & recte, opinor, quia jusjurandum jure civili nihilo plus efficere potest, quam pactum nudum, nisi certis casibus nominatim expressis, inter quos hæc species non est, nec, quod Leges prohibent, jurisjurandi religio approbare potest, *l. 5. C. de LL.* Etsi, an is, qui cum jurejurando transegit, salva animæ suæ conscientia, id retractare possit, alia Quæstio fuerit; nos hic, quid Judex secundum Leges statuere debeat, quærimus, ex ratione juris Civilis, non ex hypothesi juris Pontificii, quo prior sententia sine dubio vera est, ut in *tit. de jurejur.* videbimus. Denique, inter ea, de quibus secundum quid transigi prohibitum est, refertur Matrimonium; nam pro illo transigere licet, contra matrimonium non licet, quia non est in potestate partium, sua voluntate matrimonium dissolvere. *cap. fin. X. de transact.* Treutl. *P. 1. disp. 7. th. 4. lit. a.* Gail. *2. observ. cap. 94. n. 14.*

5. (e) Absolute prohibita est Transactio de criminibus non capitalibus, item de adulterio; cum

(d) *Pos. 8. p. 10.* (e) *Pos. 12. & seqq.*

de reliquis capitalibus transigere liceat, *l. 15. C. de Transact. l ult. de Prævar.* * Ratio est in *l. 1. de bon. eor. qui ante sent. Ignoscendum censuerunt Principes ei, qui sanguinem suum qualiter qualiter redemptum volut.* Ideoque ratio hujus indulgentiæ non est favor delinquentium, ut apparet ex *l. 3. C Pro quib. caus. servi libert. accip.* ubi servus, qui raptus virginis facinus pactione transmissum, detulerat in publicum, libertatis præmio donatur; Sed quia conatus redimendi sanguinem, adeo ex naturali instinctu oritur, ut nec in re turpi pœnam mereatur; nisi per illam, (transactionem scilicet,) nova turpitudo committeretur, ut fieret in adulterio, ubi transactio non posset non habere lenocinii speciem, quoniam accusatio criminis ejus, tantum datur marito & conjunctis personis, *l. 30. C. ad L. Jul. de adult.*

SCHOLIUM.

Dixi prolixe de hac quæstione in notis ad Strauch. XII. 7. p. 391. seqq. *ubi simul ad rationem de specie lenocinii respondi, & dispositionem Juris moderni indicavi. De criminibus adulterio affinibus, stupro, incestu, raptu, & Sodomia, an transigere liceat? vide Wissenb.* th. 15. 16. & 17.

RESPONSIO.

Non esse legibus expressam Lenocinii speciem, quam propinqui transigentes committant, facile tenet in loco citato *Thomasius*; *Adeo tamen inde remotam esse, ut rationis loco servire nequeat, minime probat. Autores hodiernæ praxeos, quod de Adulterio transigere liceat, sunt* Clarus *in* pract. § ult. qu. 58. n. 11. *Petr. Heig.* Part. 3. qu. 29. n. 79. *Carpzov.* part. 4. Const. 29. def. 2. Prax. crim. qu. 71. n. 32. & seqq. *Struv.* Ex. 6. th. 61.

N. ADDIT.

Meum vero non erat, probare, quod lenocinii ratio non possit huc quadrare, sed sufficiebat, quod probassem, in allegata l. 18. C. de transact. *latere emblema Triboniani, & quod DD. hoc emblema non sentientes nihil afferant, quo istum respondendi modum reddam vero similem, cum ipsa doctrina de lenocinio mariti adhuc valde dubia sit. Igitur non inutile erit ipsam notam ad Strauchium huc apponere integram, quamvis paulo prolixiorem.* Ita vero scripseram: *Lis maxime est circa* l. 18. C. de transact. *ubi dicitur, quod* paciscei de crimine capitali, *EXCEPTO ADULTERIO*, prohibitum non sit. *Et de eo quidem constat, tempore Legis Juliæ crimen adulterii capitale non fuisse.* Vid. *Wesenb.* h. t. n. 5. (*non obst. § 4:* Inst. de public. Judic. *vid. Hiber.* ad Inst. d. t. th. 3. p. m. 373. a.) *An vero tempore Diocletiani, cujus est* d. l. 18. C. *capitale fuerit, dubitant DD. Limnius citatus Struvio* Ex. 6. th. 61. (*quem & vide* in evolut. ibid.) *Hahnius* ad Wesenb. d. l. *disputant. Conf. Eckholt.* hic § 9. *Zoes.* h. t. n. 31. seqq. *Ex ipsa* l. 18. C. *infirmum argumentum & id quod in principio est petens, ducitur. Suspectæ jure sunt manus Triboniani, &, ni fallor, satis deductum fuit a Wissenbach.* ad Pand. tit. ad L. Jul. de adult. *Diocletiani tempore adulterium pœna capitali notatum haud fuisse, unde non immerito idem in* Emblemat. Tribon. p. m. 403. in d. l. 18. *Triboniani Emblema agnoscit. Adducitur communiter pro ratione, cur adulterium inter crimina capitalia a transactione exceptum fuerit, quod de adulterio facta transactio, seu pactio, speciem quandam lenocinii præ se ferat,* l. 2. § 2. & l. 29. pr. ff. ad L. Jul. de adult. l. un. § 2. f. C. de rapt. virg. l. 14. pr. ad L. Jul. de adult. *Verum si allegatos textus evolvamus, in* l. *quidem* un. § 2. in f. C. de rapt. virg. *nihil deprehendimus, quod directo huc spectet. Et quamvis reliqui textus de lenocinii crimine agant, tamen nec ex illis ratio quædam prohibitionis universalis elici potest. Ita enim Ulpianus* d. l. 2. § 2. & 3. Lenocinii quidem crimen lege Julia de adulteriis præscriptum est, cum sit in eum maritum pœna statuta, qui de adulterio uxoris suæ quid ceperit, item in eum, qui in adulterio deprehensam retinuerit. Cæterum ei qui patitur uxorem suam delinquere, matrimoniumque suum contemnit, quique contaminationi non indignatur, pœna adulterii non infligitur. (*Holoandr.* Pœna adulterium non affligit. *Glossata mea plane in sensum oppositum:* Pœna adulterii in eum infligitur.) *Idem Ulpianus* l. 29. pr. ff. eod. Mariti lenocinium lex coercuit, qui deprehensam uxorem in adulterio retinuit, adulterumque dimilit. Debuit enim uxori quoque irasci, quæ matrimonium ejus violavit, (*hanc rationem fateor me non intelligere, & quid istud QVOQVE sibi velit. Istud enim vocabulum præsupponit, quod maritus adultero iratus fuerit, cui tamen iterum repugnat, quod adulterum DIMISIT maritus. Suspicor, ita legi debere, ADULTERUMQVE OCCIDIT, cui lectioni favere videtur locus Pauli mox afferendus. Non obstant verba* in pr. *hic mox sequentia:* Ad-

* Non obstante tamen hac transactione, salva manet aliis denunciandi seu accusandi & judici inquirendi licentia, ita vero, ut in delictis certam pœnam ratione interesse transigentium definitam habentibus, v. g. furto, mitior quam ordinaria pœna in reum statuenda sit, Carpzov. *Pr. Crim. q. 148. n. 28.*

ulterum

ulterum in domo deprehenſum dimiſerit. *Nam reſpondeo, ſi modo de priori lectione conſtet, de his verbis facile dici poteſt, legi debere*, AdulterAm in domo deprehensAm, *&c. Facillima enim eſt mutatio literæ a in* u, *& contextui etiam magis ſuavet hæc correctio, quam lectio communis.*) Tunc enim puniendus eſt maritus, cum excuſare ignorantiam ſuam non poteſt, vel adumbrare patientiam prætextu incredibilitatis. Idcirco enim lex ita locuta eſt: Adulterum in domo deprehenſum dimiſerit, quod voluerit in ipſa turpitudine deprehendentem maritum coercere. *Ibidem* § 2. 3. 4. Plectitur & qui pretium pro comperto ſtupro acceperit. Nec intereſt, utrum maritus ſit, qui acceperit, an alius quilibet. Quicunque enim ob conſcientiam ſtupri accipit aliquid, pœna erit plectendus. Cæterum ſi gratis quis remiſit, ad legem non pertinet. (§ 3.) Qui quæſtum ex adulterio uxoris ſuæ fecerit, plectitur, nec enim mediocriter delinquit, qui lenocinium in uxore exercuit. (§. 4.) Quæſtum autem ex adulterio uxoris facere videtur, qui quid accepit, ut adulteretur uxor. Sive enim ſepius, ſive ſemel accepit, non eſt eximendus. Quæſtum enim de adulterio uxoris facere proprie ille exiſtimandus eſt, qui aliquid accepit, ut uxorem pateretur adulterari meretricio quodam genere. Quod ſi patiatur uxorem delinquere, non ob quæſtum, ſed negligentiam, vel culpam, vel quandam patientiam, vel nimiam credulitatem, extra legem poſitus videtur. *Sequitur ſententia Scævolæ in* l. 14. pr. ff. eod. *relata.* Is, cujus ope, conſilio, dolo malo factum eſt, ut vir fœminave in adulterio deprehenſa, pecunia aliave qua pactione ſe redimerent, eadem pœna damnatur, quæ conſtituta eſt in eos, qui lenocinii crimine damnantur. *Ex ſententiarum Pauli fragmentis* lib. 2. tit. 26. de adult. § 6. & 9. *pauca hæc noto;* Occiſo adultero dimittere ſtatim maritus debet uxorem, atque ita triduo proximo profiteri, cum quo adultero, & in quo loco uxorem deprehenderit. Eum, qui deprehenſam in adulterio uxorem non ſtatim dimiſit, reum lenocinii poſtulari placuit. *Ex his, quæ hactenus recenſui, JCtorum locis conſtat, varia adhuc ſubeſſe dubia, in quo conſtiterit præciſe lenocinium mariti. Nam aliud genus lenocinii eſt, cujus fit mentio ab Ulpiano* l. 4. § 2. de his, qui not. infam. l. 43. § 6. ſeq. de ritu nuptiarum. *& a Juſtiniano* Nov. 14 *Conf. Matthæi* de crimin. ad lib. 48. ff. tit. 3. cap. 2. n. 14. p. 371. *Quod vero lenocinium mariti concernit, illud ad duo ſumma genera referri poteſt.* (1) *Si quis uxorem adulteram retinuerit.* (2) *Si quis ob adulterium uxoris aliquid acceperit. Circa modum primum diſtinctius inquirendum foret, an hæc ſpecies ſpectaret ad uxorem omnem adulteram, an vero, quod probabilius, ad eam tantum, quæ in adulterio a marito deprehenſa eſt, & porro, an ad omnem uxorem in adulterio deprehenſam, ſive occiſus fuerit adulter, ſive dimiſſus, an ad eam ſaltem, ubi adulterum maritus interfecerat? In ſpecie altera illud maxime (præprimis quod quæſtionem noſtram, quam jam tractamus) exponendum eſſet; An lenocinii reus ſit ille tantum maritus, qui de adulterio futuro aliquid accipit, an vero & ille, qui de præterito? Prior opinio probatur Brunnemanno; quem vide ad* d. l. 2. & ad d. l. 29. ff. ad l. Jul. de adult. *Conf.* d. l. 29. § 3. ad l. Jul. de adult. *Poſterior vero maxime videtur convenire* d. l. 14. pr. & d. l. 29. § 2. ff. eod. *Jam perſpicue oſtendi poteſt, illam ſententiam, quæ vult, adulterium ideo a tranſactione per Diocletianum eſſe exceptum; ne tranſigens de lenocinio ſuſpectus ſit, nihil firmi afferre. Sive enim aſſumas opinionem B. Brunnemanni, nulla eſt in ratione allata connexio, ſive arripias ſententiam contrariam, tunc ratio prohibitionis ſpectabit ſolum ad maritum, non ad tertium, qui non eſt maritus;* (*non obſtant* d. l. 29. § 2. d. l. 14. ad L. Jul. de adult. *quippe quæ expreſſe loquuntur de deprehenſa in adulterio,*) *neque adulterum in crimine deprehendit, qui tamen, etiamſi cognatus ſit, ad accuſationem de adulterio admittitur,* (*vid.* not. infra ad diſſ. ult. th. 1,) *Neque quoad maritum ipſum videatur inferri poſſe: Maritus tranſigendo ſuper crimine adulterii peccat, & ut leno puniri poteſt, ergo non valet tranſactio ipſa, præprimis reſpectu tranſigentis, qui tranſigendo non peccat. Sequeretur enim illud abſurdum, quod in delictis non capitalibus tranſactio non ſubſiſteret, quia ſi in iis de delicto ſuſpectus paciſcatur, pro confeſſo habetur, & infamia punitur, atque ita tranſigendo æque peccat ac ex mente Doctorum maritus. Sed hæc omnia, tanquam ad antiquum jus ſpectantia, mittamus; neque de Juris Canonici diſpoſitione circa lenocinium mariti, ſimus ſolliciti;* (*conf.* cauſ. 32. qu. 1.) *ſed ſaltem conſideremus communem juris civilis moderni diſpoſitionem & obſervantiam, ubi apparebit, non ſolum primam iſtam lenocinii ſpeciem de adultera uxore in matrimonio*

retenta, non amplius in usu esse, sed & alteram de eo, qui ob adulterium uxoris suæ aliquid acceperit, ad casum adulterii futuri restringi, neque ad adulterium jam commissum esse extendendum, vid. Nov. 134. cap. 10. Auth. sed hodie. C. ad L. Jul. de adult. Ord. crim. art. 122. *verbo*: williglich. Const. Saxon. Part. 4. const. 19. *Carpzov.* P. IV. const. 29. def. 2. & prax. crim. qu. 71. n. 31. seq. *Anton. Matthæi* de crim. d. l. p. 571. *Quod vero transactionem de adulterio concernit, nec ea hodie a regula communi amplius excepta est, sed impune super delicto adulterii hodie transigere licet, attestantibus Jul. Claro* in pract. § ult. qu. 58. n. 11. *Petr. Heig.* Part. 2. qu. 29. n. 79. *Carpzov.* d. def. 2. & d. qu. 71. n. 32. seqq. *Struv.* Ex. 6. th. 61. *Joh. Valer.* differ. utr. fori, voce transactio. differ. 2. p. m. 996. *Huic tamen ultimo in eo consentire non possum, quod putat, ex parte mariti nunquam licere in foro conscientiæ facere remissionem adultero propter præmium & pecuniam sibi datam seu promissam, quia saltem peccet venialiter ob pecuniam turpiter acceptam, non tamen mortaliter, neque ad restitutionem acceptæ pecuniæ obligari. Nam respondeo: falsum esse, quod maritus in transactione cum adultero, (modo reliquæ circumstantiæ recte se habeant,) pecuniam turpiter accipiat, cum nulla ratione fundetur hæc assertio, & quovis jure liceat ab eo, qui injuria me affecit, pecuniam pro satisfactione super injuria allata, accipere. Illud vero omnino approbo, quod Valerius* d. l. cavere *jubet* maritum, ne ex ejus facili remissione ansam adulter accipiat iterum adulterium committendi, confisus ac securus, quod si iterum inveniatur ab eo, poterit similiter se redimere. Censeo enim, *ita pergit Valerius*, peccare mortaliter, si fuerit facilis in remittendo ob pecuniam, vel se ultro obtulerit remissioni, petendo ab adultero præmium. Quare metum ei ingerat ex corde, & in veritate; mineturque, se absque ulla remissione supplicium ab eo ac vindictam justitia mediante assumturum fore, si iterum idem crimen utcunque committere ausus fuerit. *Neque id dubium habet, quod etiam moribus nostris maritus omnino ut leno puniri debeat, si v. g. fingens se dormire permittat homines ad uxorem suam accedere & postea cum adulteris transigat, pecuniam aliudve lucrum ab iis accipiens,* Carpzov. Pr. Crim. qu. 71. n. 24. *aut istud faciat ob speratum aliunde lucrum, & ne hospites relinquant hospitium. Brunnem.* ad l. 29. ff. ad L. Jul. de adult. n. 2. Hactenus ista nota. *Quamvis autem propter dicta hactenus mihi non incumbat probare ulterius, cur lenocinii ratio huc non possit quadrare, addam tamen ex liberalitate probationem palpabilem plane & plusquam mathematicam. Duæ sunt regulæ juris de transactione in criminibus, diverse plane & non intelligendæ. Una pertinet ad actorem vel accusatorem, altera ad reum. De accusatore talis est: Accusator in delictis publicis, sive capitalibus, sive non capitalibus, non potest transigere sine crimine prævaricationis seu falsi. Actor vero si sit, in privatis delictis potest, quia cessat tum illa ratio & suspicio. De reo alia est regula. Reus sive in delictis publicis, sive privatis, non potest transigere, sine metu infamiæ & præsumtæ confessionis, nisi crimen capitale sit, ubi præsumitur potius sanguinem utcunque redimere voluisse. Ab hac regula igitur excipi debet adulterium. Ratio exceptionis metus lenocinii in marito. Absurda esset exceptio, quæ non contineretur sub regula, i. e. quæ, cum regula loqueretur de reo, respiceret ad regulam de actore, qualis maritus est. Deinde ratione actoris seu mariti, etiam exceptio impertinens est, cum Actor de nullo crimine, sive capitali sive non capitali, transigere possit. Ergo responsio illa de lenocinio mariti, ad explicandam* d. l. 18. *plane est impertinens. Q. E. D.*

Unde rursus liquet ratio, cur de atrocibus delictis vetita non sit transactio.

SCHOLIUM.

Scilicet, Sodomia, hæresi, Parricidio, crimine læsæ Majestatis, Wissenb. th. 17. *quamvis de crimine Læsæ Majestatis alii dissentiant,* Wissenb. d. l. Dn. Schilter. th. 27.

RESPONSIO.

Nec temere de crimine Majestatis, ut mox videbimus.

N. ADDIT.

Nec dissentio, sed dissentientes saltem in Scholio recenseo.

Cæterum, de adulterio precibus sine pretio paciscí, non est prohibitum, *l. 29. § 2. D. ad L. Jul. de adult.* Imo ut dices; tempore Diocletiani & Maximiani, qui sunt auctores *d. l. 18.* adulterium non fuit capitale crimen, ideoque nec ab iis excipi potuit, cum hæc pœna demum a Constantino Magno irrogata sit; *l. 30. C. ad L. Jul. de adult.* quod est verum; Sed dic, interpolatam esse hanc Legem a Triboniano, qui more suo, Imperatores illos quasi ex consuetudine sui seculi fecit loquentes; quod minime est mirum, si quidem & ipsi

Legi

Legi Juliæ pœnam gladii adscribere non dubitavit in *§ 4. Inst. de publ. Judic.* æque per interpolationem, ut ibi expositum est. Crimina non capitalia carent venia transactionis, quia cessante in illis redimendi sanguinis miseratione supereſt sola turpitudo.

SCHOLIUM.

Scilicet præterita; nam de futuris nullum est dubium, quin promissio vitium habeat, quia est de re turpi. Licebit tamen de præteritis transigere hactenus, ut reus actione civili liberetur, l. 17. § 1. de pactis; *non vero, ut liberetur ab infamia & aliis pœnis publicis, quia habetur pro confesso*, l. 6. § 3. *de his, qui not. infamia. Conf. Dn. Schilt.* d. l. th. 29.

Igitur de stupro, de incestu quoque, transigere non licet, quoniam hæc maleficia jure civili capitalia non sunt, *l. 5. de Quæstion. N. 12. c. 1.* Sed raptus cum sit capitale crimen factum, per *l. un. C. de Transaction.* jam est sub regula permissæ transactionis; ut nec, si adulterium cum raptu sit conjunctum, & ex Lege Julia de adulterio agatur, jam ut olim, interdictum obtinere possit. Parentibus autem raptæ, ne quidem si ex *d. l. un.* agatur, nullo modo cum raptore transigere licet, *d. l. un. § pen. in fin.* Iam si absurdum non est, in genere de capitalibus transigere licere, de non capitalibus non licere, nec id quidem absurdi arguendum, quod de παιδερασίᾳ seu scelere Sodomitico transactio sit licita, quam de adulterio prohibitam esse diximus, etsi major sit hujus flagitii turpitudo & immanitas: etenim est hoc capitale crimen, *l. 31. C. ad L. Jul. de adulter.* De crimine læsæ Majestatis merito dubites, an sit licita transactio, quia, licet capitale sit crimen, traditum est tamen, etiam conscios hujus criminis puniri, *l. 5. § pen. & ult. C. ad L. Jul. Maj.* Sancitum hoc est de perduellione, quam proinde ne transactioni quidem patere dixerim; de crimine Majestatis simplici non videtur recedendum ab regula superius posita; quod Pacius *comm. ad d. l. 18. n. 38.* indistincte vult, etiam Wissenbach. *ad h. tit. th. 17. in fin.*

6. (f) Quæritur an a non capitalibus excipiatur Falsi crimen. Ita Interpretes Basilici putant *ad d. l. 18.* qui verba, *citra falsi accusationem*, vertunt ita, χωρὶς τῆς τῆς πλαστογραφίας ἐγκλήματος, id est, *excepta falsi accusatione.* Sed vox *citra* ex ingenio Latinismi dictat hunc sensum: de criminibus non capitalibus transigere non licet, *qui in crimen falsi impingatur*; confer eorundem Principum rescriptum in *l. 24. C. de Rei vind. l. 6. C. si cert. pet. l. 19. de Procur.* in quibus vox *citra*, pari sensu usurpatur; quo tollitur eorum exceptio, qui vocis *citra* hunc quidem sensum puriore sæculo fatentur esse, at aliter tempore Diocletiani & Maximiani, quo Latinitas jam corrupta fuerit. Cui accedit, quo nec *l. ult. de Prævar.* noscat hanc exceptionem neque rationem excipiendi constare fateantur Dissentientes, etiam A. Matth. *ad lib. 48. ff. tit. 19. cap. 7. § 18.* qui confugere non gravatur *ad L. non omnium. de LL.* Maximum vero hoc est argumentum, quod idem vir summus ingenue fatetur, cum, qui de crimine non capitali transegit, in Legem Corneliam de Falsis incidere, qua de re *aliis locis* agendum; Etenim, si hoc verum, quo pacto tum exceptio, qua transactionis de falso licentia nitatur, stabiliri possit, difficile dictu est. Ad *l. 7. C. ad L. Corn. de fals.* respondetur, non de falso ibi transactum, sed de instrumento dubiæ fidei; suspectum esse potest instrumentum, quod ideo falsum dici nequit; unus testis suspectum facit, falsum non facit, *l. 1. § ult. π. Testam. quemadm. aper.* Aliter hoc modo; videri de falso civiliter actum fuisse, quod posse fieri, probat *l. 16. & l. 17. pen. & ult. D. ad L. Cornel. de Fals.* Ad reliqua facilis est responsio, nam *lex 2. de his, quæ ut indign.* non memorat, de falso transactum esse. Verum haud immerito quæras, quid hoc rei sit, quod transactiones capitalium criminum permittuntur, cum Sc. Turpilianum diserte contra eas sit latum? Responde, hoc Sctum prohibere transactionem accusatori post institutam accusationem, non etiam antea, nec reo transactionem vitio verti, sive ante sive post litem contestatam suum sanguinem redimere sit conatus; Enimvero id satis constat, transactione crimen non aboleri, *l. 2. C. de Abolit.* quin repeti reus a Magistratu, vel ab alio quovis accusatore potest, ne delicta maneant impunita; saltem hactenus ignoscitur reo, ne pro victo & confesso habeatur, *l. ult. de Prævaric.* Quare nihil in hac particula juris extat, quod Arti nostræ velut nævus exprobari possit, ut quibusdam temere visum est. D. Wissenb. *disp. 10. th. 18.*

7. (g) Jus transigendi competit his, qui habent

(f) *Pos. 16.* (g) *Pos. 19.*

jus

jus paciſcendi ‡ & contrahendi; qua de re dictum *tit præced.* Tutores atque Curatores de rebus pupillaribus tranſigere poſſunt, ſi cauſa ſit valde anceps & ambigua, ſi de jure pupilli plurimum dubitetur, dubiusque ſit litis eventus, adeo ut prudentiores ſatius judicent aliquid accipere, quam de toto periclitari, *l. 56. § 4. de Furt. l. 46. § ult. de Adminiſtr. Tut.* Proinde nec dubitandum, quin patri de adventitio filiifam. peculio eadem ratione cauſaque tranſigere liceat *arg. l. 10. h. t.* modo ne donandi perdendique animo tranſigat, *arg. l. 1. C. de bon. mat. l. ult. § 4. C. de bon. quæ lib.* quod ſi tamen liberi juſtæ ſint ætatis, eorum conſenſum Parens negligere non debet, *d. l. ult. § 3.* quemadmodum & tutor, ſi pupilli ſint infantia majores, proprie ſit autor illis, hoc eſt, approbet id, quod pupillus geſſit; hoc enim eſt autorem fieri, *l. 3. de Autor. Tut.* Procuratori conceditur jus tranſigendi in *l. 12. & ſeq. de pact.* negatur in *l. 60. de Procurat.* Cujacius pro *decidendi* legit ibi, *diminuendi, arg. l. 46. § ult. de adminiſtr. tut.* Vulgo Dd. diſtinguunt inter Procuratorem cum libera, & totorum bonorum ſimpliciter, ut ille poſſit, hic non poſſit. Tu dic potius, negari Procuratori totorum bonorum jus tranſigendi regulariter, *d. l. 6.* concedi, quando ob incertitudinem juris & eventus, ipſa domini utilitas eam flagitare videtur, *d. l. 12.* idque exemplo tutorum, *l. 2. de novat.* Idem judicandum de adminiſtratoribus rerum civitatis, Syndicis, Rectoribus Collegiorum, Magiſtris ſocietatum, quique præterea curam negotiorum non ſuorum habent, de quibus vide citatos a Wiſſenbachio ad *h. tit. th. 7.* Sic etiam translatitium eſt, quod transactio non præjudicet aliis, *l. 3. in. pr. h.* vide ſis Bronchorſt. 1. *antin. 45.* Wiſſenb. *ad h. t. th. 21.*

8. (h) Effectus transactionis eſt adeo validus, ut nullo modo lis inſtaurari queat, licet inſtrumento necdum ea de re compoſito, *l. 5. C. h. t. niſi convenerit eas in inſtrumentum recipi: Tunc enim non prius habent vires, quam inſtrumenta in mundum recepta ſubſcriptionibusque partium confirmata ſint, & ſi a Tabellione conſcribantur, etiam ab ipſo completa, & poſtremo a partibus abſoluta ſint, l. 17. C. de Fid. inſtrum.* De uſu hujus limitationis in univerſum, *alibi* locus erit agendi. Heic monendum, eam non habere locum, *niſi partes ſuum conſenſum a Scriptura ſuſpenderint:* Nam ſi plenus fuerit conſenſus & Partes abſolute acquieverint, etſi dictum ſit inſtrumento rem geſtam eſſe comprehendendam, Transactio ſtatim valida eſt, ut omni die ſervatur. Exemplum valde aliquot annis agitatum referam hujusmodi. Inter Johannem & Samuelem Arcerios, heic loci fuerat Societas libraria. Priori mortuo, alter cum defuncti Filia, re dubia, transegerat, pro duobus florenorum milibus cum parte librorum; *Michaele Buſchio Viro Cl.* & me, cum *Johanne Wetſteno, Academiæ Typographo*, pararii. Gratulationes a partibus erant acceptæ, poculis reciprocis confirmatæ, placueratque, ut conditiones a me in chartam conjicerentur, donec juſtum inſtrumentum, ſera tum veſpera, confici poſſet: interim Buſchius & ego pro memoria, ſchedæ ſubſcriberemus; quod factum. Aliquandiu poſtea uxor Samuelis Arcerii acceſſit ad me, petens illam ſchedam reſcindi, ſibi maritoque non placere conditiones. Me tergiverſante, ni pars altera conſentiret, res in litem deducta per tres inſtantias ventilata eſt, bis apud ſupremam Curiam. Fundamentum illorum erat in *d. l. 17.* etiam in his verbis *d. l. 17. Ut nulli liceat, priusquam hæc ita præceſſerint, vel e ſchedâ conſcripta, licet literas unius partis vel ambarum habeat,* (nempe ſi convenerit, ut a Tabellione fieret inſtrumentum) *vel ipſo mundo, quod necdum eſt impletum vel abſolutum, aliquod jus ſibi ex eodem contractu vindicare.* Talem volebant eſſe ſchedam a nobis ut teſtibus ſubſcriptam. Res inde pendebat, abſolutene conſenſiſſent & in conditionibus acquieviſſent, an ab inſtrumenti confectione rem ſuſpendiſſent. Conſenſu libero & abſoluto duobus teſtibus approbato, condemnatio apud inferius Judicium, & apud Curiam judicio Appellationis ac Reviſionis, ſecuta eſt.

‡ Ergo & ii, qui Pauperum jura in judicio nacti ſunt. Ne tamen hi eludant clandeſtinis transactionibus juſtam judicis de refundendis impenſis petitionem, ejusmodi transactiones judicialiter fiant neceſſe eſt. Qui ſecus fecerit, ſciat, transactionem ſuam cum paupere jurato eſſe nullam, ſeque ipſum judici impenſarum ſumtuumque nomine teneri. Ut neuter tranſigentium cauſam habeat judicem eo nomine fugiendi, pro ejusmodi cum pauperibus initis transactionibus, in judicio nihil ſolvendum eſt. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 1. § 14.*

(b) *Poſ. 20.*

9. Alio-

9. Alioqui Transactio valet, etsi ex instrumentis postea repertis de causa aliter liqueat, *l. 19. C. h. t.* exceptis Reip. & pupillorum causis, *l. 35. de re judic. l. un. C. si adv. transact.* Durum quidem videtur, remittere creditorem id, quod liquido probare potest, sibi deberi; sed datur hoc utilitati publicæ, cum nihil æque tranquillitatem communem turbet, quam renovatio litium judicatarum vel transactarum. Enimvero, si transactio e falsis instrumentis facta sit, omnino rescinditur, *l. 42. C. h. t.* Lex ait, *retractatur*, idque repetit; hoc autem novimus opponi in legibus ei, quod est ipso jure *nullum*. Tamen ex falsis instrumentis initam transactionem esse ipso jure nullam, tradit Giphan. *ad d. l. 42. p. 73.* Cujac. *in parat. C. Si ex fals. instrum.* Wissenbach. *ad h. t. th. 25.* idque volunt ita exemplo rei judicatæ obtinere, ex *l. 1. & l. 2. & d. t. C. si ex fals. instrum.* Atqui in *l. 33. in fin. D. de re jud.* diserte scriptum reperimus, causam in integrum restitui; & quanquam non negem, posse fieri, ut vocabulum restitutionis in integrum improprie sumatur, nihil tamen video in *d. tit. C. Si ex fals. instrum.* quod vim verbo facere nos cogat. Habetur quidem in *l. 2.* eos, qui ex instrumentis falsis se victos esse probare possunt, cum de crimine docuerint, ex integro de causa audiri; quod fit sane, ubi actus ipso jure nullus est; sed idem fieri necessum est, quando rescissio & retractatio & restitutio in integrum instituitur; etenim sine nova causæ cognitione litem sententia vel transactione sopitam resuscitare nefas fuerit. Ut adeo nihil causæ videam, cur a verbis legum claris earumque sensu usitato sit recedendum. Interim non per modum appellationis, nec etiam forte per remedium restitutionis, movebitur hæc quæstio, ne brevior obstet præscriptio, sed Lex *1. l. 3. & ult. d. t. C.* suggerunt civilem falsi actionem & consequenter indebiti condictionem; quæ sunt æque perpetua remedia, quam παλινῳδίαι, sive querela nullitatis. Quod si instrumenta ipsa non fuerint falsa, sed adversarius instrumenta vera subtraxerit, aut aliter dolo malo fecerit, ne iis uti posset adversarius, tum datur mihi vel replicatio, vel actio doli mali; Replicatio, si agenti mihi pristina actione alter opponat exceptionem transactionis; actio doli, si prior actio mea peremta fuerit, *l. 19. C. h.* Cæterum, hanc actionem vel exceptionem non dari adversario, cujus dolo perpetrata fuit transactio, res ipsa loquitur, *l. 30. C. eod.* nec indiget τῷ oppono & respondeo, ut noster satagit Wissenbachius *h. th. 23.*

10. (i) Præterea valor transactionis exinde patet, quod etsi nulla res media fuerit, nihilominus subsistat, ita ut repeti non possit, quod est solutum, *l. 65. §. 1. de Condict. indeb.* Quid hoc est, *nulla res media?* Hoc est, si nihil inter Partes transigentes veri debiti vertebatur: Transactio quidem proprie non potest dici valere, quia sine subjecto negotio nihil est, de quo transactio prædicetur; sed tamen repetitio non datur, quia verum non est, pecuniam indebitam esse solutam; causa enim solutionis est vera; quippe transegerunt, neque spernenda hæc causa est, quod is, qui transegit, eo pacto liberatus est a lite, cui se eximere magni faciebat, *l. 65. §. 1. de condict. indeb.* Exemplum est in *l. 23. C. de Transact.* Tatianus putans, se esse heredem Archimedori, conventus erat ab hujus creditoribus, & metu litis cum his transegit partemque pecuniæ solvit, hac lege, ne quid amplius ab se peteretur. Intellecto dein, alios Archimedori heredes esse, pecuniam solutam a creditoribus repetiit; frustra: quin iidem creditores solidum quod debetur, a veris heredibus exigere possunt, neque juvantur hi exceptione transactionis cum Tatiano factæ, quia transactio inter alios celebrata aliis non prodest, nec adeo quam possessor hereditatis fecit, ea proficit heredi, *l. 5. §. ult. h. t.* Tu dices, an igitur bona fides patitur, ut idem bis exigatur, contra *l. 57. de R. J.?* Responsio est, non posse idem bis exigi ab eodem & ex eadem causa; sed hic personæ causæque sunt diversæ: Si tamen obligationi, quam dictat pudor rectæque rationis verecundia, parere volunt, non recusabunt Tatiano reddere, quod is innocuo errore solvit, utique si ab Archimedori veris heredibus suum consequi possint. Sed annon posset Tatianus cedere suum jus heredibus, ut hi ex persona Tatiani exceptione creditores repellerent? Ne id quidem dicendum, quia Tatianus non potuit plus juris cedere, quam ipsemet habuit.

Porro adeo valida est transactio, ut verius sit, nequidem prætextu læsionis ultra duplum, ex beneficio *l. 2. C. de Rescind. vend.* eam posse rescin-

(i) *Pos. 11.*

di, * quod & textu & ratione submixum. Textus est in *d. l. Titius. 78. § ult. ad Sc. Trebell.* ubi licet quadruplo plus sit in hereditate quam transigentes putavere, tamen si transactione confectum sit negotium, non potest retractari. Accedit hæc ratio, quod in beneficio *L. 2.* rem oportet esse certam, cum alioqui de duplo constare nequeat, in transactione autem res sunt incertæ, nec aliæ esse possunt: tamen ita res temperanda videtur, ut si omnia adhuc integra neque perfecta sint mutuis præstationibus, si tum alter nihilominus urgeat impletionem, ei exceptio doli mali obstare videatur, quatenus dolo res carere non videtur, qui tanta inæqualitate præfracta velit uti, *l. 5. C. de dol. mal.* nisi per juris errorem id evenerit, ut aliquis transegerit, ubi nulla causa debiti erat in medio, sicut in hoc exemplo: Bernhardus Meilama cum sociis, defuncto fratris germani filio, transegerant cum Georgio, Gellio, aliisque defuncti fratris uterini filiis, de hereditate, ad quam hi nullum jus habebant, juris errore. Conventi nolebant solvere, quod nulla causa transigendi fuisset, nec tam ultra dimidium quam toto læsi essent; Condemnati sunt, etiam eo quod juris error in lucris non profit aut excuset, *l. 2. & l. ult. C. de jur. & fact. ignor.* teste Nauta, die 27. Oct. 1646.

Postremo & hoc ad firmitatem transactionis pertinet, quod specialis sanctio prodita est adversus majorem annis 25. qui transactionem juratam servare curæ non habuit; Nam is primo notatur infamia. Secundo, perdit actionem, aut jus, quod prius habuit. Tertio pœnam, si quam promiserit, præstare cogitur. Postremo, quæ transactionis causa data sunt, ea reddere compellitur, *l. 41. C. h. t.* ubi licet mentio fiat modo pacti, modo transactionis, id tamen ex παραλλήλῳ fit, & articulus *vel* exegeticus est, pro *sive*, quoniam, ut *supra* ostendimus, Transactiones sunt pacta & sæpe ita simpliciter appellantur: Unde statuendum, sanctione *d. l. 41.* contineri solummodo transactiones, non alia pacta, neque contractus. D. Wilenb. *ad h. t. th. 26.* Quid moribus hodiernis obtineat, & exempla judicata, videbimus *ad tit. D. de Rescind. vend.* Huc refer illud exemplum rei judicatæ *sup.* in hoc paragrapho 10. adductum, ubi, quod transactio valeat, etsi nulla res media fuerit.

11. Scilicet tantus est valor transactionis in sua intentione consideratus; non est æque magnus in extensione, liceat ita loqui. Nam hac parte regulam habemus, quod Transactiones sint stricti juris, & quod non valeant in his, de quibus cogitatum non est, vel potius, quod non est expressum, *l. 9. § 1. & 2. h. t. l. 3. C. eod. l. 35. de pact.* nisi aliunde aliisque argumentis, & circumstantiis probatum fuerit, etiam de eo, quod specialiter non est expressum, partes cogitasse, sicut in *l. 122. § ult. de V. O.* accidit inter fratres, quod ad quæstionem de fideicommisso. Alioqui transactio facta super fideicommisso in testamento relicto, non extenditur ad id, quod in Codicillo relictum est *l. 3. § 1. l. 12. h. t.* Evidentius exemplum est in transactione super alimentis facta. Nam etsi alimentorum vocabulo in casu Legati, contineatur etiam vestiarium, calcearium & habitatio, *l. 6. & l. ult. de alim. legat.* tamen in transactione super alimentis facta, nihil horum trium intelligitur comprehensum, *l. 8. § 12. h. t.* vid. Bronchorst. *t. ant. 47.* Huc etiam pertinet observatio, quæ frequentem habet usum; quoties in transactionis præfatione specialis mentio fit causæ vel causarum, de quibus inter partes disceptatur, & dein sequitur clausula vel decisio generalis, tum de aliis transactum non videtur, quam quæ specialiter in præfationem deducta fuerant, *l. 29.* ubi gl. *& l. 31. C. h. t.* ne transactio alioqui facile trahatur ad incogitata, *l. 5. & l. 9. § 1. h. l. 3. C. eod.* verum, si præfatio tam generalis fuerit, ut appareat, id egisse contrahentes, ne quid indecisum relinqueretur, secuta gener. lis decisio generalem recipiet interpretationem, ne qua litis materia inter eos supersit, qui non a lite tantum, sed ab omni metu discedere voluerunt, qua de re A. Faber *ad tit. Cod. de Transact. defin. 6.* Attamen & priore casu, si tam aperta & enixa sunt generalis clausulæ verba, ut dubitari non possit, quin de cunctis quæstionibus sit cogitatum, idque inter contrahentes actum appareat, ne qua litis materia inter eos supereset, causa

* Consentit Vinn. *Sel Qu. l. 1. c. 57.* Ant. Fab. *d. Err. Pragm. dec. 8. err. 10.* conf. Menck. *Contr. Jur. Civ. Diss. th. 22.* Dissent. Carpzov. *P. 2. C. 3. def. 1* Svendend. *ad Eckh. h. tit. § 11. verb. objicitur.* Fachin. *Contr. l. 2. c. 26.* dissentientium sententia placuit Legislatori Saxoniæ, *P. 2. C. El. 34.* adeoque apud nos transactio rescinditur, quoties pars læsa probat, sibi tempore transactionis duplo plus, quam consecuta est, debitum fuisse, Schilter. *ad ff. Ex. 9. th. 18.* moribus Germanorum eam sententiam convenire asserit, conf. Stryck. *de Cautel. Contr. sect. 3. c. § 21.* qui eandem communiter in Germania receptam esse dicit.

nulla

nulla est, cur generalis clausulæ potestas ad rem certam, quæ transactioni causam dederit, coarctetur, ut idem Fab. ad *d. t. defin. 12.* ubi in fine ait, hinc veteres monuisse; caveant *sibi contrahentes a stipulatione Aquiliana*; quæ videlicet transactionibus subjici solet, non quidem per modum solennis interrogationis & responsionis factæ verbis, *hodie*, sed per modum conclusionis, & repetitionis, atque confirmationis; tametsi alioqui nec ipsa Aquiliana stipulatio, quantumvis generalissima, extendatur ad incogitata, ut idem *eadem definitione* monet. Adest exemplum: Privignus cum noverca transegerat; enumeratis initio speciebus controversiarum, deinde Clausula generalis erat subjecta, per modum Aquilianæ Stipulationis, quod ab omnibus litigiis desisterent &c. Deinceps emersit præstatio vetus, non memorata in Transactionis instrumento; quam petit privignus, & adjudicata est a Curia Suprema, non obstante Clausula generali efficacissima; Actum *inter partes prænobiles mea memoria.*

12. Quemadmodum Transactiones non egrediuntur res, de quibus conceptæ sunt, ita neque personis extra contrahentes præjudicant, *l. 27. § 4. de Pact. l. 25. C. eod.* Hinc Scævola tradit, *lib. 1. Dig. Si heres scriptus transegerit cum matre defuncti, legatarios & manumissos scriptum heredem nihilominus esse conventuros, si quidem heres onera hereditatis in se recepisse intelligitur, L. 3. in pr. h. t.* Idem Scævola *l. 2. Resp.* sic docet: *Si transactio inter legitimum & scriptum heredem certa lege facta est, & alii creditores sint, quam qui transegerunt, propter incertum successionis, pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expresserit, utilibus convenendus est. l. 14. h. t.* Hæc non videntur convenire; modo heres solus, modo uterque, scriptus heres & legitimus, conveniendi dicuntur. Ex ratione juris, quod in *l. 3.* habetur, prævalere videtur, *l. 29. § 2. de Inoff. Test. arg. d. l. 27. § 2. & l. 25.* Responsiones ad *l. 14.* variæ sunt, ut apud *Glossam* videre licet, & apud Bronch. *1. antin. 47.* Bachov. *Comm. ad h. t. p. 73.* Wielenbach. *ad h. t. th. 21.* Sed est alia responsio, quæ Viris Cll. utendum videtur. *In l. 3 in pr.* Scævola respondit, *ajunt*, ex vera ratione Juris, ingenuo usus judicio, nec obnoxio sordibus aut gratiæ, quibus succubuit respondens in *l. 14.* Pax! Themidos Sacerdotes! non sufficit antimoniam fateri in eodem Jcto & inconstantiam? Addere oportet nequitiam & sceleris causam Conditoribus Artis! Mihi sic videtur: Primo, antinomiam non esse, palam est: Sunt enim diversissimæ species. In *l. 3.* dantur actiones legatariis & manumissis, qui testamento inserti solum heredem scriptum conveniunt: in *l. 14.* sunt Creditores defuncti, qui non habent actionem e testamento. Rursus in *l. 14.* Legitimo heredi pars Assis decisa est, ut scriptus heres & ipse, pariter haberent successionem, in verbis, *propter incertum successionis*; pro parte hereditatis, quam uterque in Transactione expresserit. In *l. 3.* nihil ejusmodi est; mater aliquid accepit, scriptus heres solus hereditatem & jus successionis retinuit; Ergo solus tenebatur Legatariis. In *l. 14.* incertum fuit jus successionis, valeretne Testamentum, an secus. Incertitudo transactione sublata non est; quis dicet, scriptus an legitimus, jure sit heres, quod ipsi incertum reliquerunt? uterque jam pro herede se gerit post transactionem; Antea neuter adiit aut pro herede gessit; nec enim qui contendit jus successionis ad se pertinere, hoc ipso adit, aut pro heredegerere videtur. Prorsus nulla ratio fuit, tam enormem inire conciliandi rationem. Addenda conclusioni veræ conciliatio.

13. Supereſt, ut remedia, quæ transigentibus inter se mutuo dantur, breviter explicemus. Enimvero, cum Transactio in se considerata tantummodo sit pactum; consequens est, eam non producere actionem, sed exceptionem duntaxat, *l. 27. C. h. t.* similiter actio per eam, ut est mos nudi pacti, non extinguitur ipso jure, *d. l. 28.* sed ut hoc effectu ad pleniorem securitatem potiantur transigentes, facere solent, ut Aquilianam stipulationem & acceptilationem subjiciant *l. 4. h. t.* cujus ea videlicet est vis, ut obligationes ipso jure tollat, *§ 1. Inst. quib. mod. toll. obl.* unde ratio constat, cur Acceptilatio immediate applicari nequeat, sed interveniens ministerium Aquilianæ stipulationis requirat. Verum quia sic nequedum actio nascitur, consultius adhuc dicitur, pœnalem subjicere stipulationem, *l. 15. h. l. 40. C. h. t.* Unde tum, videlicet, agi potest adversus eum, qui transactione stare recusat, ut pœnam in stipulatum deductam præstet; *dd. ll. l. 6. C. de contrah. stipul.* Cæterum, qui pœnam exegit ex stipulatu, exceptionem deinde transactionis opponere neutiquam potest, *l. 10. § 1. de Pact.* Nec enim ratio patitur, ut pœnam petat & nihilominus commodo atque exceptione transactionis fruatur, quia pœna succedit in locum ejus, quod interest, quod bis exigi nequit, *d. l. 10. § 1. de Pact.*

l. 115. § ult. de V. O. l. 12. § 2. de Pact. dotal. Quod igitur in *l. 122. § ult. de V. O.* ait Scævola, pœnam esse commissam, tametsi reus jam exceptione pacti sive transactionis sit usus, ita accipiendum; quod ipso quidem jure pœna committatur, sed quod dein per acceptilationem ab eo, qui transactionis beneficio usus est, sit remittenda, juxta *d. l. 10. § 1. de Pact.* ita Cujacius *d. l. 10.* & Bachov. *comm. ad h. t. p. 734.* Duo casus excipiuntur, quibus & pœna exigi, & exceptio transactionis opponi potest; si nimirum ita convenerit, ut simul utrumque locum habeat, *l. pen. h. t. l. 17. eod.* & si transactio fuerit jurata, ut modo intelleximus ex *l. 41. C. h. t.* Sed quem usum dices, habebit hæc quæstio, si tu ponas litem non modo transactione sopitam, sed actionem quoque per acceptilationem peremptam; quomodo tunc actio resuscitari potest? Respondetur, actionem illam, quæ post exactam pœnam datur, esse utilem, rescissoriam & restitutoriam, quasi rescissa acceptilatione. Ita Wissenbachius noster ex Cujacio & ex Bachovio *th. 29. ad h. t.* Sed tu adhuc urgebis, quo pacto potuit actor resilire a transactione aliter, quam veteri actione denuo mota, & quomodo veterem instituere potest, si acceptilatio illa extincta fuit? Plane, alii hanc quæstionem de concursu pœnalis actionis cum exceptione transactionis, accipiunt de casu, quo transactio per pactum duntaxat perpetrata est, in quibus terminis loquitur etiam dicta *l. 10. § 1. de Pact.* Quod si tamen ponere placeat, acceptilationem subjectam, necesse fuerit, actionem consensu rei ab altero esse susceptam, ipsoque facto disceptatam, cum de jure reus eam admittere non cogeretur, ut fit etiam in *l. 10. C. h. t.* Habet etiam illa restitutoria actio usum, quando reus in mora est præstandi quod promisit, acceptilatione jam ad perimendum actoris jus interposita.

Hoc igitur certo jure tenendum; cum sola conventione transactum est, exceptio datur agenti contra fidem placiti, quod si ipse reus non faciat, quod alteri, ut a lite desisteret, promisit, actio vetus sine dubio supereſt, *l. 27. pr. de Inoff. testam.* ubi exheredatus, qui mota querela dein transegit, si hæres transactioni non pareat, integram habet querelam. At difficultatem movet *l. 6. C. h. t.* ubi querela transactione remissa non potest suscitari, sed adversarius non servans placiti fidem conveniendus dicitur, actione ex stipulatu, vel actione præscriptis verbis; illa, quando subjecta est stipulatio, hac, ubi nudis pacti terminis se continuerunt. Sed ratio est, quod in *l. 27.* exheredatus ipse querelam instituit; in *l. 6.* heredes ejus idem parant; Atqui heredes non habent jus querelæ, a defuncto non præparatæ, *l. 6. § de Inoff. testam.* vel quod idem est, omissæ, *l. 15. § 1. eod. tit.* Altera, quæ datur, actio in *d. l. 6.* est Præscriptis verbis; quæ datur ei, qui ab sua parte transactionem implevit; quoniam tunc omne pactum, adeoque & transactio, transit in contractum innominatum, *l. 39. C. eod.* An hinc etiam sequitur, eum qui dedit, ut alter a lite desisteret, posse repetere quod dedit, ex pœnitentia? Negatur hoc in *d. l. 39. C. h.* & a nobis supra admonitum est. Wesenb. *ad h. tit. n. 7.* probat, hoc esse commune omnibus innominatis contractibus, ut quamdiu alter vult, etiam sero licet, implere transactionem, cesset retractatio; sed hoc quidem falsum esse, postea videbimus. Id jam non dubitatur, quin moribus hodiernis ex omni Transactione, licet nudo pacto inita, detur actio, qualem ex omni pacto nudo dari, superius admonuimus. Wesenb. *h. n. 7.*

LIB. III.

TIT. I.

De Postulando.

I. Continuatio, quid Postulare, & cujus usus olim. II. Prohibitio Prætoria. III. Prohibitio per legem & per sententiam. IV. Vetus Advocatorum & Patronorum discrimen sublatum. a V. ad XVI. Officium Advocatorum. XVII. Differentia a Procuratoribus. XVIII. Quomodo Advocati esse desinant.

(a) PRimum, quod pro tribunali agitur, est POSTULATIO, quæ definitur, *Propositio desiderii sui, vel amicorum, apud eum*, qui jurisdictioni præest, *vel contradictio desideriis aliorum, l. 2. § 2. h.* Proprie igitur apud Prætorem fit; improprie, qui proponit apud judicem pedaneum, postulare dicitur, *l. 1. § 6.* Olim quilibet tam in propria quam aliena cau-

(a) *Pos. l. 2 3.*

sa

sa postulabat, ut & Advocati, qui volebant, esse poterant, ut passim apud Ciceronem & Comicos videre licet; imo & in Edicto hujus tituli: Postulare enim licet omnibus, qui non prohibentur. Deinceps, & Moribus hodiernis, eam rem publici muneris instar factam esse, constat.

2. (b) Prohibitio est inprimis ex Edicto Prætoris; item ex Constitutionibus; aliquando & ex Sententia. Edicto quidam *in totum*, aliqui *ex parte* prohibentur: In totum pueri non impletis septendecim annis, item surdi, quibus adde furiosos & mente captos, *l. 1. §3. h.* Ex parte qui prohibentur, vel pro se tantum possunt, vel pro se & conjunctis personis; de quibus ad *tit. Qui satisd. cog. & de in jus voc.* Pro se tantum possunt mulieres & cæci, *l. 1. §5. h.* Mulieres ob verecundiam sexus, quam enormiter læsisse narratur inverecunda *Carfania d. §5.* Moribus hodiernis mulieres non modo postulare, sed & in propriis causis stare prohibentur, nisi curatorem ad litem habeant. Grot. *Isag. l. 1. c. 4. in fin.* quod tamen apud nos in mulieribus innuptis non servatur, secus ac de moribus Germaniæ testatur Thomasius *ad posit. 5. h. t.* * De cæcis ratio redditur, quod insignia magistratus videre & revereri non possint. Talia sunt, latus clavus, toga prætexta, sella curulis, fasces in Consule XII. in Prætore Urbano & Præside sex; olim erant in Dictatore XXIV. Recentiori Imperio certus etiam lampadum numerus, *Edict. Justin. 8.* Fuit & hæc ratio in cæcis, quod Veteres, ut dirum & mali ominis, cæci occursum, maxime in solennibus, esse putabant: quæ causa fuit, opinor, quamobrem Brutus Publium Nonii Asprenatis patrem aversa sella destituerit, cum vellet postulare, *d. §5.* Porro, inquam, Prætor, *habetur in d. l. 1.* pueritiam & casum excusavit. Cujac. *lib. 26. Obs. c. 38.* legi vult *excuriavit*, forsitan haud temere; non tamen necessario, quia sæpe fit, ut *excusandi* verbum improprie sumatur; utique in Tutela, qui proprie prohibentur, eos sæpe legas excusari. In *l. un. C. de his, qui morbo.* muti, surdi, cæci *excusationem* habere dicuntur. In *Inst. §19. de Excus. Tut.* mariti, qui certissime prohibentur, etiam *excusari* dicuntur. In *l. un. D. de decurion.* Callistratus τὸ prohiberi & *excusari* a decurionatu, promiscue ponit. Ratio abusionis est, ut lenitas verbi invidiam rei mitiget, quod est ὀνόματι παραπέττειν τὴν μοχθηρίαν, ut comice loquitur Aristophanes in *Plut.* idque respectu eorum, qui ob causas non odiosas, & sine culpa sua removentur, ne contumeliæ ætatis & surdorum videatur adscribi, quod prohiberi dicuntur. Germaniæ suæ moribus cæcorum prohibitionem non servari, testis est Thomasius, Schol. *ad Pos. 5. h. t.* Item insigniter infames, *l. 1. §6.* quales, qui corpore suo muliebria sunt passi, (non igitur qui fecerunt? forte non, quod ab hoc scelere honestissimi Gentilium non abfuere, non Cicero, non Plinius, nec ipse quidem Socrates,) damnati calumniæ, qui operas suas, ut cum bestiis depugnarent, locarunt, non qui sine mercede pugnarunt, nisi in harena se passi sint honorari, denique criminis capitalis damnati, *d. §6.* Pro se & conjunctis personis, nempe pro parentibus, liberis, fratribus, uxoribus, patronis, licet postulare iis, qui vulgariter infames sunt, non pro aliis, *l. 1. §8. & ult. l. 2. & seqq.* nisi in integrum sint restituti, *§9. h.* scilicet a Principe vel ab Senatu. Nam Prætor ejusmodi restitutiones facere non potest, per *gratiam*, sed tantum per *Justitiam*, *d. l. 1. §10. h. t.*

3. (c) Ex Constitutionibus, postulare prohibentur Judæi, Pagani, Judices & Arbitri in causa ipsis commissa, Patroni, qui de substantia (vulgo *de quota litis*) cum clientibus pacti sunt, item qui a judice datus ei, qui patronum non reperiebat, morem gerere noluit; denique potentiores, *l. 5. l. 6. pen. & ult. C. h. t.* item *tit. C. ne lic. potent. Tit. Ne fisc. vel resp.* Sententia prohibentur, qui male versati in causis foro interdicti sunt, quod vel ad tempus sit, vel in perpetuum *l. 8. h. t.* ut tamen hi consulendo, scribendo, partibus inservire non prohibeantur: Quin nec extra Jurisdictionem judicis, qui interdixit, postulare prohibentur, modo causa non fuerit talis, ut prætoriam aut legalem inferat prohibitionem postulandi, quoniam talis infamia ubique obstat, *l. 9. h.*

4. Olim, ut dictum, cuivis Advocato esse licebat; plerumque tamen juris callidi adhibebantur. Sed Patroni ab Advocatis differebant. Oratores enim plerique tota urbe nobilissimi viri

* In Electoratu Saxon. idem obtinet, quod curatoris subsidio in judicio mulieres comparere debeant. Solæ tamen ibidem standi personam habent: rex in criminibus; in matrimonialibus; in testamentorum insinuationibus; in testimonii judicialis dictione; in oblationibus ad jurandum. Quod prolixius exequitur Menk. *O. P. S. t. 8. §8.*

(b) *Pos. 4. 5. 6.* (c) *Pos. 7. & seqq.*

patrocinabantur, nec sub Cæsaribus eloquentia forensis obsolevit, & a solis JCtis patrocinandi munus inde cœpit usurpari, qua de re videatur *Dial. de causis corrupt. eloq.* Postremo Advocatorum Patronorumque munus idem ac unum fuit, & quasi publicum, quorum itaque proprium fuit postulare, *tit. C. de Advoc. div. jud. cum seq.*

DE ADVOCATIS.

Illorum definitio & officium exponitur integritate, modestia, prudentia.

5. SEd quia plerique eorum, qui nostræ vocis & styli officio utuntur, id agunt in Academiis, ut aliquando fiant Advocati in foro, & locus de illis heic agendi offert, non possumus eos silentio præterire. Quid est ADVOCATUS? *Est vir bonus, jurisperitus, a litigantibus rogatus, ut voce vel scripto causam suam Judici exponat, probet, atque ex arte defendat, ad hoc officium publica auctoritate admissus.* Prosequamur hanc definitionem. Est VIR BONUS. Hanc qualitatem animi exigimus in Advocato, perinde ac in Judice, secundum Leges, quæ jubent illum officio suo *integre, fideliter & modeste fungi, l. 1. & l. 6. §. 1. C. h. l. 14. C. de Judic.* etsi autem non omnes esse viros bonos, notissimo generis humani convitio illis imputatur, sufficit, ut hac virtute definiantur, quod tales esse debeant, quales sanctissimum Justitiæ Sacerdotium illos esse declarat, *l. 1. de Justit.* nempe, si non aliter quam τοῖς ὀρθῶς ἔχουσι συμπονοῦντες, iis, qui *bonam*, id est, probabilem causam habent, *adsistentes reperiantur*, ut Synesius *epist. ult.* loquitur.

6. JURISPERITUS. Tales esse oportet, si præstabunt, quod Leo & Anthemius de illis prædicant, *ut gloriosæ vocis confisi munimine, laborantium spem, vitam & posteros defendant, l. 14. C. de Advocat. diversi. Judicior.* Nec magis obstat, quod multi juris imperiti inveniuntur, huic parti definitionis; quam multorum improbitas, VIRO BONO. Sed bene consultum erat in plerisque Foris, quod nemo ad officium Advocati admittitur, quam testimonio de doctrina Legali nobilis Academiæ alicujus instructus, nisi multitudo Academiarum, ac inde male orta æmulatio, id ipsum remedium prope elumbe reddidisset.

Οὐκ ἀγαθὴ δ' ἔρις ἥδε βροτοῖσι.

Quod si jam Mornacii tempore sic in Galliis invaluerit vitium, ut sesquimense rusticus & quindecim diebus scriba vel procurator, Juris Consultus fieri potuerit, quemadmodum exemplum ad *pr. h. t.* demonstrat, quid miremur, hodie *triduo*, ut olim Cicero jocabatur, aut citius fieri Jurisperitos? An & Latine scire oporteat Juris Consultum, aliquando quæsitum est; nec dubium, ubi Romanis Legibus utuntur: & si contrarium nostra memoria extat exemplum, id tamen non tam in juris opinionem, quam promoventium dedecus acceptum esse videtur. Est tamen omnino quædam hujus rei latitudo, nec antiquo rigori pares sunt mores seculi, vel potius conditio generis humani; quod in infinita varietate ingeniorum nec capit æqualem eruditionis facultatem, nec ingeniis honorem præstare posset, nisi pauci excellerent. Non spernenda *Johannis Gerhardi Vossii* observatio in dissertatione de *Ratione studiorum*, eos, qui Juris DOCTORES appellantur, non utique ad facultatem docendi e cathedra exigendos, sed eum videri esse Doctorem, qui de Arte sua tantum perceperit, ut eam ad usum civilemque trituram admovere & applicare possit. Suspicienda gravitas Leonis Cæsaris, qui neminem in Advocatorum ordinem vult admitti, *quam quos Jurisperiti illorum Doctores, sub gestorum testificationem jurent*, esse eos, qui subrogari voluerint Advocatis Præfecti Prætorio decedentibus, *peritia juris instructos. l. 11. C. de Advoc. diversi. judicior.* *

7. A LITIGANTIBUS ROGATUS. Advocatus ita dictus est, quod a litigantibus *advocabatur* in consilium, idemque *Patronus* est dictus, ut is, qui opem ejus imploraverat, *Cliens* intelligeretur, estque hæc notissima differentia Advocati a Procuratore: quod hic mandato constituitur, ut *infra* videbimus, Advocatus vero precibus aditur; ille Dominum, hic Clientem habere judicatur.

8. CAUSAM SUAM JUDICI EXPONAT. Hoc est, quod intelligimus voce *Postulandi*, proprium Advocatorum Officium, *l. 8. pass. h. t. & tit. C. de Advocat. diversi. jud. & judicior.* postquam id cuique in sua causa difficile tandemque re ipsa desuetum fuit: Sed & alias, inquam, ob difficultatem rei, teste Fabio; In

* De Advocatorum Saxon. Elect. qualitate, conf. dicta *ad Inst. p. 434. 458.*

Scho-

Schola, inquit, *liberum, in Foro rarum est, ut sit idoneus rei suæ quisque defensor, lib. 4. c. 1. Idque semper, etiam in facundissimis Patronis, quorum nomine causæ auditæ sunt in Senatu, videmus*, inquit Cicero, *1. de Orat.* Verum in multis Foris (non tamen in omnibus, ut de Germaniæ pluribus testatur D. Thomasius in *Scholiis ad h. t.*) ne quidem est permissum, litigantibus in propria causa postulare, nec quidem ulla verba facere, idque ita in nostra Curia Suprema cæterisque dicasteriis servatur, & expertus est *Johannes Wubbena* Professor Philosophiæ in hac Academia: Qui cum a Procuratore Generali publice de variis criminibus accusatus ipse coram ab Advocato suo impetrare non posset, ut quædam argumenta, quæ pro se militare credebat, proponeret, a Commissario ad Tribunal, veniam dicendi petiit; sed responsum accepit; *Nemini in judicio licere verba facere, quam qui jus postulandi accepisset*, ante magnas Ferias anno 1678. idque volunt ultima verba definitionis;

9. AD HOC OFFICIUM PUBLICA AUTORITATE ADMISSUS, & jure pro *omnibus postulandi*, quod habetur in *l. 9. h. t.* instructus. Sed habetur adhuc in definitione VOCE VEL SCRIPTO; Moris Romani fuisse, ut postulatio viva voce fieret, ex eo quod *Postulatio* esse dicitur in *l. 1. § 1. h. t. & quod de gloriosæ vocis munimine habetur in d. l. 14. C. de Advoc. diver. judicior.* Item; *negotia perorare, l. 11. in fin. eod.* ac aliunde *passim*. Sed moribus Germaniæ nostrisque receptum est, ut pleræque disceptationes causarum, scriptis commutatis, dein seorsim a Judicibus examinatis, perficiantur; exceptis minoribus causis, quas vocant *provisiones*, & summariis causis, quæ verbis *oretenus* disceptantur; Etiam ita in Statutis nostris expressum est, *lib. 3. tit. 16. art. 1.* Verum si id unquam ita observatum est, certe nunc abiit in desuetudinem, omniaque, etiam summarissima, scriptis comprehenduntur, nisi quod aliquando scribis ad calamum dictatur, * sed *perorandi* facultas penitus obsoleta est. Qua in re bene consultum sit, an secus, colligi potest ex his utrimque rationibus. 1. Scripto comprehensæ rationes melius inspici & perpendi possunt, quæ voce viva propositæ, facile prætervolant, juxta Homericum illud: Ἔπεα πτερόεντα, *verba volantia.* 2. Habent hoc ingens commodum, quod repetita attentione, sæpius examinari queant, cum in auditione non liceat attentionem reparare. 3. Garrulitas & rabularum cavillationes in declamationibus evidentiores sunt, quam in scriptura. Pro contrario sic est. I. Major facultas & nobilius exercitium est Eloquentia, quam Scriptura. II. Promptior & celerior expeditio causarum est, voce quam calamo; Præsertim quia post causam peroratam, suffragia mox ferri solent, quod ubi scripto res agitur, longas plerumque moras accipit. III. Advocatorum officium est quasi Schola secunda doctæ juventutis, ex qua optimi quique Reipublicæ, publicis muneribus, ad quæ promtitudine actionum & eloquentia opus est, eligi possunt. Cujus rei usus in iis locis, ubi nulla forensis eloquii exercitatio habetur, non solet esse tam frequens. Forte non male consulunt Tribunalia, quæ causas agi vocis ministerio volunt, ut tamen & munimenta rationumque summæ judicibus in scripto tradantur.

10. PROBET ATQVE EX ARTE DEFENDAT. Probatio factorum pertinet ad officium Advocati, non ut probationes conquirat & conficiat; sed ut eas causæ meritis applicet, & cum juris rationibus comparatas pro cliente concludat, tum contra adversarium defendat, & illius argumenta refellat; omnia EX ARTE Juris, hoc est, æqui & boni, non ex Arte rabularum; nec enim Advocato mendaciis & cavillationibus in bona causa uti fas esse, recte monet Wissenbachius noster *h. t. th. 11.* dissentientes nescio quot citans, Tiraquellum, Mynsingerum, Wesenbecium; qui tamen revera dissentire non possunt in re manifesta; Sed hoc illi sentiunt, esse genus quoddam doli boni, quod consistit in circuitu prudentiæ civilis: quo sine læsione alterius ad exitum melius pervenire liceat, imprimis, si ad alterius fraudem eludendam id fiat; *nec enim dolo fecisse videtur, qui fraudem excluſit*, ait Papinianus in *l. 77. § antepen. de Legat. 2.* ubi exemplum. Aliud; Negotia mea ge-

* Ita apud nos Advocati Jura partium regulariter viva voce, non in scriptis, proponere tenentur, *P. 1. C. El. 1.* Vom Gerichtlichen Eintringen *verb.* vom Mund in die Feder, ut ne ex charta quidem dictare liceat. Carpzov. *ad d. C. def. 2.* Unde lecterationis prosecutio, non oretenus, sed in scriptis facta, pro deserta habetur, Rivin. *ad O. P. S. t. 35. Ln. 5.* partium tamen conventione, quam compromissum vocare consueverunt, fieri posse, ut non viva voce, sed scriptis, jura partium proponantur, monet Carpzov. *ad d. C. Ll. 1. def. 5.*

rens

rens imprudens rem meam emisti. Intelligis rem meam esse, priusquam usurpias; vis mihi rem servare,& tibi regressum efficere contra venditorem, quod neutrum fieri potest, ubi impleveris usucapionem. Ergo fac, ut aliquem subornes, me absente, qui meo nomine petat rem, *nec videris dolum malum facere*, quia nemini facis injuriam, *l. 19. §3. ff. de Negot. gest.* Hujusmodi sunt doli boni, de quibus in *l. 1. §3. ff. de dolo malo.* & de quibus, etiam in Forensi contentione, verum esse putant illi sane quam religiosi JCti, illud Maronis:

Dolus, an virtus, quis in hoste requirat!

Atque his etiam accenseri non gravatur in Scholio, quod subjecit posit. *ad h. t. n.* D. Thomasius: salva semper hac exceptione, mendaciis abstinendum esse ex dicto servatoris nostri, *vestrum Ita sit Ita, vestrum Non sit Non.* Matth. 5, 37.

11. Verum hæc res ad *integritatem* & prudentiam Advocatorum pertinet. Sciendum enim est, Artis Advocatorum tria summa præcepta dari, ut *integre*, *modeste*, *prudenter* officio suo fungantur: Integritas obtinet in suscipienda ‡ & in defendenda causa. Suscipere non debet causam sciens malam, aut si receptam deinceps malam esse deprehendat, recte consulet, si illius patrocinio se subducat. * Meretur heic observari, quod in Suprema Frisior. Curia, ab Advoc. qui primum recipiuntur, jusjurand. exigitur, in quo promittunt, se causas malas non suscepturos, *aut, si imprudenter susceptam deinde malam esse compertant. se nihil in ea dicturos aut scripturos, quam quod ipsis dicere vel scribere expresse mandatum fuerit;* videl. a *Clientibus* suis: a quibus instructionem plenam accipere, & tanquam *instrumenta* eorum se præbere debeant. An autem hac ratione conscientiæ diligens Advocatus, se plane securum præstare possit, aliis judicandum relinquam. Facit ad hanc rem distinctio necessaria, sitne mala causa ratione Facti, an Juris. Si noverit Advocatus, falsam esse Clientis sui relationem & calumniam, nec ab initio talem suscipere, neque postea compertis mendaciis patrocinari debet. Si mala sit causa *ratione juris*, iterum distinguendum; si plane sit injusta causa contra jus certum, recusare debet officium Advocatus abrupte; si dubia sit & juris controversi, ipse tamen contra suum clientem sentiat, heic dubitari potest, liceatne probabiliter sentienti Advocato, adversus animi sui sententiam officium impertiri. Mihi non dissimulo sæpius id ex facto evenisse, ut cum meum consilium & Judicium de causis dubiis, quas tamen de Jure non probarem, peteretur, idque negarem; rogatus, ut saltem rationes, quibus sententia consultantium niteretur, scripto complecterer, non putavi causam esse negandi; nec defuit aliquando successus victoriæ. Sed Advocatus etiam adseverare debet & persuadere Judici, quod an contra suam sententiam facere debeat, equidem dubito: nisi id ea ratione tueri liceat, quam prædicta Formula Jurisjurandi suppeditat; hoc ipsum non facere, sed clientem, cujus nomine loquitur aut scribit.

12. Ad integritatem pertinet etiam FIDELITAS, ne prævaricetur, id est, prodita Clientis sui causa, partem adversam adjuvet, propter qualem perfidiam extra ordinem punitur, *l. 1. § 1. de Prævaricat. l. 8. de Extraord. crim.* Fidelitas & *Diligentiam* complectitur, ne causam Clientis negligat: quo nomine tenetur in id quod interest: etsi magis hoc ad officium Procuratoris, de quo *inferius*, spectare videatur. Huc etiam referendum, ne in salariis exigendis modum excedat Lege præscriptum, quemadmodum Jure civili non possunt excedere *quingentos aureos*, *l. 1. § 10. & 12. de Extraord. cognit.* Moribus, in singulis Foris certum fere salarii modum videmus esse præscriptum, quem tamen Advocatos non obligare, docebat nos olim Vir Cl. *Cyprianus Regneri*, eo quod Jurisprudentia sit res inæstimabilis, nec pretio nummario æstimanda, ut Ulpianus scribit in *l. 1. § 5. d. tit. de extraord. Crimin.* Mihi non absre videtur, *Taxas Cancellarias*, quæ dicuntur, hoc est sala-

‡ Ad quam pertinet, omne adhibere studium, ut lites amice, prece vel pretio sopiantur. Qui Judici illud agenti etiam reluctabitur, & multam & graviores pœnas sibi imminere sciat. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 1. §3.*

* Pertinet huc formula jurisjurandi, quæ Advocati in Saxonia El. juxta *Mandat. nov. ff.* wegen der *Advocaten* im Lande *An. 1723. d 12. Apr.* recipiuntur: Daß ihr keine Sache, es sey denn, daß derselben Beschaffenheit von euch wohl erwogen, annehmen, diejenigen aber, die ihr böse und ungegründet befindet, gleich anfangs von euch weisen, ꝛc. Ingleichen, da in progressu, daß die Sache in Rechten nicht gegründet wäre, ihr wahrnehmen soltet, solche alsbald von euch thun, und eures eigenen Nutzens halber dem Part keine vergebliche Hoffnung machen, conf. *Mand. Dippoldisw. d. 691. Ord. Proc. Sax. tit. 3. § 1.* Ob. Hofg. Ordn. *tit.* Eyd der *Advocaten*. Menck. ad *h. t. § 13.* add. dicta *ad Inst. ab Autore p. 458.*

riorum

riorum æstimationes, in eum finem, ut quid Judex in contradictorio sequeretur; non ut Advocatis immotos terminos, quibus sine distinctione causarum inclusi terentur, præfigerent, esse publicatas. Verum societatem de fructu victoriæ cum clientibus inire non possunt, quod vulgo ita exprimunt, *de quot a litis paciſci*, † *l. 6. §2. C. h. t.* Unde necessaria collectio, Cessiones, quibus totum jus Clientis in Advocatos transferatur, esse prohibitas; nam si partis communionem accipere non possunt, universas ejus juris, de quo agitur, cessiones affectare, multo minus fas est.

13. Secunda virtus Advocatorum est MODESTIA, †† sub qua reverentiam Judicibus debitam comprehendimus; contra quam si Advocatus peccat, extra ordinem mulctatur; aut Foro ad tempus interdicitur, ut exempla nec olim, neque nuper desunt. Contra partes libere quidem ac efficacibus verbis causam agere possunt & debent, quatenus fidenter loqui sæpe profuit, sed convitiis abstinere debent, sub pœna infamiæ, *l. 6. §t. 2. 3. C. h. t.* Moribus aut mulctantur, aut foro etiam ad tempus interdicuntur.

14. Sequitur PRUDENTIA Advocati, cujus hæc est summa, ut animum bene advertat ad fundamentale meritum causæ, eoque omnes juris & facti probationes oratione brevi, & clara dirigat. Tribus omnino rebus Advocati prudentia videtur absolvi, *SCIENTIA, APPLICATIONE, & NOTITIA praxeos.* Scientiæ Juris iterum in Advocato triplex consideratio est, Doctrinæ Juris Romani, Peritiæ Juris Statutarii, & Lectionis Interpretum. Quod ad doctrinam Juris Civilis attinet, nihil quam quod civilem habeat facultatem, & quod omnibus conveniat, dicam. In Academiis hanc eruditionem comparet oportet, ubi unum, cui viva voce erudiendum se præbeat, idque secundum Auctorem, qui totum Jus Institutionum & Pandectarum compendio nervoso complexus sit; eligat oportet; *quatuor* evitatis scopulis: Primo, ne solum Jus quod in usu est, missis obsoleti juris capitibus, (totum enim Jus connexum est) discendum putet; quanquam si prioribus intentius se dat, recte consulet. Secundo, ne singularibus materiis & Quæstionibus, utcunque illustribus, incumbat excutiendis, antequam totum Jus per definitiones & partitiones earumque exegeses memoriæ judicioque subegerit. Tertio, ne se ineptis sciolorum adversus compendia clamoribus ab hoc instituto averti patiatur, Procul tamen ab hac insania, compendiis absolvi Juris scientiam; verum inde ni auspicetur, tam ad Institutiones quam ad Pandectas, persuasus sit oportet, nunquam se validum fore Advocatum; compendiariam & expromptam totius Jurisprudentiæ memoriam, perficere Jurisconsultum semper expeditum paratumque in agendo & respondendo, compertum est. Quarto, ne cum ejusmodi compendiario scripto, in continenti, Textus Juris passim allegatos conferre & excutere negligat; alioqui fluxam & instabilem discendi rationem inturus. Nec vero in compendio acquiescat velim: initium & fundamentum hoc sit oportet; omnia, quæ deinde leget observabitque, ad illud compendium referat: si vero possit habere Commentarium, in quo illud Compendium latius e principiis theoreticis ad applicationem praxeos deducatur & explicetur, id insignis beneficii loco putet amplectendum: modo in prima institutione sectetur illud Nestoreum, Παῦρα μὲν, ἀλλὰ μάλα λιγέως. *Pauca quidem, sed enixe.* Dein, *omne supervacuum pleno de pectore manat.* Sed Juris Romani prompta notitia non proderit, nisi Jus municipale sive Statutarium, duntaxat ejus Fori, in quo versatur, eadem diligentia & certitudine percipiat; verum

† Advocatis Saxonicis non modo quota litis, sed Palmaria quoque & Honoraria, quæ in casum victoriæ vel finitæ litis olim sibi stipulari solebant, penitus sunt interdicta & pacta ejusmodi pro nullis habenda. Quæcunque autem cliens finita lite sponte, & grati animi testandi causa offeret advocato, fas erit accipere. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 3 §1.*

†† Ut modestius se gerant Advocati Saxonici, in scriptis suis integro nomine adjecto, se auctores profiteantur: qui secus faciunt, 5. thaleris mulctantur; si judex intra Terminum Saxonicum, ex quo mulcta injuncta, hanc non exegerit, ipse tenetur; si quis appellatione interposita moram facere audebit, rejecta hac, pœna graviori, & si non solvendo sit, carceris pœna coercebitur; Pars, quæ in conficiendo scripto suo Patroni opera haud est usa, hoc in subscriptione indicet. Cæterum quod ad has aliasque mulctas attinet, nec advocato a cliente repetere, nec clienti eas advocato restituere integrum esto: nisi patronus in quadruplum, pars in duplum condemnari malit; Judex, ubi suspicio aderit, jurejurando utatur. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 3. §1.*

id demum absoluto Juris Romani studio satagat. Interpretes quod attinet, hic est Oceanus ἀπέραντος, *immensus*, cui si juvenis Advocatus se plenis velis committat, errabit in infinitum. Ubi Jus Civile cum Statutario solide perceperit, in quaque causa meliores Interpretes consulere potest; etiam duos tresve frequenter versando familiares sibi reddere, quorum maxime in suo Foro valeat auctoritas; quales apud nos *Sandius*, *Gailius* & Codex *Fabrianus*. Hæc de scientia Advocati; nec enim methodum studendi præscribimus universam.

15. Artem APPLICANDI non minus Advocato necessariam esse, docent usus & ratio. Quin si hac facultate careat, quicquid Legibus & auctoritatibus agit accumulatis, insulsa cuncta & inepta deprehenduntur. Hoc est *Judicii* opus, quod *sal mundi* & omnium inprimis Artium esse, merito dixeris, & quo si destituatur Advocatus, suadeo res alias agat; nam quod est hujus rei pessimum, tempore non comparatur. Senem cognovi Advocatum, magna cum indignatione querentem, se perdidisse litem, etsi vix ullum articulum sine latina eruditione collocasset. Advocatus ita cogitet; hoc opus esse judicii, ut facta sive *puncta* decisoria causæ, bene advertat, educat, probet, iisque juris textus rationesque succincte, clare, signate applicet, iisdem insistat, nec ab illis, Adversarii ambagibus averti se patiatur. Hoc si teneat, fiduciam præ se ferre potest, & quia nec inutile id est, sylva modestia debet.

16. Postrema *Scientiæ* pars, est Notitia Praxeos, per quam duas res intelligimus, Morem procedendi, & artem formulariam, vulgo *stylum Curiæ* utramque appellant. Advocatus statim ab ingressu Curiæ hanc facultatem acquirere debet, adsiduus apud Tribunal, Audire, Legere, quod probatissimi patroni scribunt, dicunt. Sedari unum aliquem, huic se præbere, nec, quo inserviat, recusare. Cumque nihil ad discendum quam AGERE sit efficacius, & ipsi causæ non statim adfluunt, danda est opera, ut substitutionibus (non tamen promiscuis, ne vilescat, verum ejus potissimum, cui se formandum tradiderit) facultatem agendi, dicendi, scribendi acquirat. In omnibus claritatem & brevitatem studiose affectet, nec quam multa, sed quam bona proferat, animadvertat. His artibus nunquam, etsi amicorum inopem, scopo fructuque laborum suorum excidere vidi Advocatum.

Ultima verba definitionis, *Publica auctoritate constitutus*, indicant, Advocatum etiam invitum ad patrocinandum posse compelli, *l. 1. § 4. h. t. l. 9. § 5. de Off. Proconf.* etiam pro pauperibus gratis, Gail. *1. obs. 43. n. 1.* * etsi hoc mala gratia exigere, iniquum, & ex publico ad eam rem salaria

* Apud nos Advocati pauperum, ‡ quibus eo nomine salarium præstari solet, pauperibus gratis patrocinari tenentur. *Appellat.* Ordnung *d. An. 1605. tit.* von den Advocaten der Armen. Ober-Hofgerichts-Ordnung zu Leipzig. tit. von den Armen so vor Gerichte zu thun haben. Quod si Advocatus pauperum Ordinarius deficiat, judex pauperi de causæ Patrono prospicit, cui, si gratis operam præstare nolit, ex fisco salarium solvitur. vid. Menck. *ad Tit. 1. O. I. S. § 29.* Pauperes enim gratis litigant. *O. P. S. t. 1. §* Würde. Quod si tamen pauper causam obtineat, & exinde locupletior factus fuerit, ad sumptus in causa factos restituendos recte compellitur, Dn. Stend. *ad Fabig. Proc. p. 81.* Imo quandoque pars adversa pauperis advocato impensas necessarias suppeditare cogitur, *O. P. S. t. 1. § 3.* e. g. quando litigatur de bonis, quæ actor egestate laborans, non sine conjectura probabili, sua, vel communia esse, contendit, aut de alimentis pauperi præstandis, Carpzov. *dec. 242. n. 33. seq. & ad Proc. t. 24. art. 1. n. 87.*

‡ Quod ad Jura pauperum, præter notata *supra p. 458. & 634.* attinet; Advocatus pauperum ordinarius, aut, si eo destituatur Judicium, alius quivis a judice selectus, causam partis, quæ antea legitima pauperum jura adepta est, suscipiat, aut sonticas causas se excusandi alleget, aut a praxi se suspendendum esse sciat. Idem pendente lite, præter ea, quæ parata pecunia redimenda sunt, & in iter impensa, nihil petat, aut accipiat; Ista interea solvat judex, nisi forte de alimentis, aut de bonis aut hereditate, quæ pauper non sine probabili conjectura sua vel communia esse contendit, aut de illatione propter nuptias inter viduam & mariti heredes existat litigium, quo casu prævio judicis arbitrio, vel ex JCtorum sententia reus conventus ad istos sumtus tenebitur. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 1. § 12.* Idem applicandum est illis, qui pendente lite in paupertatem rediguntur; pauperum vero heredes iterum de paupertate jurent, necesse est; nec, qui pauperis jura una in causa nactus, iisdem in aliis promiscue uretur; causæ potius justitia prius nunquam non est exploranda, eaque probabili reperta, Juramentum malitiæ, immo & paupertatis est repetendum. *d. Tit 1. § 13.* Pauperes victores, aut transactione vel alia ratione locupletiores facti, impensas restituant, studiique ac operæ mercedem & Judici & Advocato solvant. Causa cadentes, quod nunc consti-

constituenda erant; quod apud nos de captivis criminum solis constitutum est, octo senioribus advocatis in illum usum honoratis.

17. Differentia eorum a procuratoribus hæc est præcipua. Advocatus precibus a cliente aditur, nihil quam patrocinium præstat, & est honorabile munus ejus, *l. 14. C. de advoc. div. jud.* Procurator mandato constituitur a Domino, & ipse, lite contestata, fit Dominus litis; unde & sententia in illum fertur, & munus eorum vilius est, a quo nec infames excluduntur, dix. *P. 1. l. 4. tit. 10. n. ult.* In foris, quibus munera Advocatorum & Procuratorum conjuncta sunt, velut in Frisia, dignitas patronorum & potestas procuratorum conjunctæ censentur; cum hoc tamen discrimine fere, ut vilitas Procuratorum sit penes eos, qui in dicasteriis inferioribus curatores *postulantes* dicuntur: Dignitas patronorum apud eos, qui in suprema Curia jus postulandi adepti sunt, ad quod nemo nisi testimonio, ut dictum, Academico instructus admittitur. Postremo, utrisque postulantibus commune est, quod errores eorum Clientibus aut dominis noceant, etsi per illum errorem condemnati sint; Præsentes in continenti aut cis triduum contradicere, alioquin appellari debuerunt, *l. ult. C. de Err. Advoc.* ut tamen si quid in libello supplice, contra veritatem posuerint, contraria probatione id emendare liceat, *l. 2. eod. tit.* *

18. Etiam hoc est commune, quod desinunt esse, vel ad tempus, vel in perpetuum. Utroque modo propter aliquod maleficium, sive in officio commissum, sive diversi generis. Si modicum sit peccatum, ad tempus foro interdicitur, hoc est publice munus suum exercendi; privatis enim ministeriis ea res non officit. Ideoque in Foris, ubi scripto cuncta peraguntur, Advocati ad tempus interdicti omnia componere, administrare manuque aliena exhibere possunt. Nam ut ipsi scribant & sua ab alio tantum subscribi ac ita Judicibus porrigi curent, scio cum displicuit Curiæ Supremæ, in causa C. B. ante magnas ferias 1680. Tempore elapso, quæsitum memini, an nova opus esset veniæ impetratione, & judicatum est, non esse opus, in causa D. J. B. 18. Januar. 1680. Denique, ob graviora delicta fit aliquando, ut nomen e matricula expungatur. De morte Procuratoris non est necesse monere.

TIT. II.

De his, qui notantur infamia.

I. Continuatio, & remissio ad partem I. & de infamia facti obiter. II. Genus primum infamiæ, immediate ex Lege. III. Genus secundum, ex sententia. IV. Genus tertium, ex sententia vel Pacto, & si quæ aliæ sint causæ. V. De effectis infamiæ. VI. Quibus modis finiatur infamia. VII. Quid moribus.

PRohibitio secundi tertiique ordinis in Edicto Prætoris de postulando, dedit occasionem tractatui de INFAMIA, de qua diximus in Parte I. *ad tit. Inst. de Pœn. temer. litig.* Definita ibi, *Læsio existimationis, per quam quis ob vitæ turpitudinem honestorum virorum numero eximitur.* Divisionem in Juris & facti infamiam, licet haud omni carentem usu, hujus tamen non esse loci diximus. Agitur enim hic de tribus infamiæ generibus, quorum unum immediate ex lege oritur, alterum ex sententia; tertium e pacto vel sententia, cum Donello *l. 13. Comment. c. 6. & seqq.* Facti, quæ dicitur infamia, in Jure hoc nomine non cognoscitur; Sed variis ut appellationibus, ita effectis distinguitur. Habes speciem in *l. 20. h. t.* qua *pudor oneratur.* aliam similem in *l. seq.* aliam in *l. 13. C. h. t. quæ apud bonos & graves viros opinionem alicujus onerant.* in *l. 17. Verecundiam onerat.* In omnibus illis agitur fere de Interlocutionibus Judicum, ut etiam diserte in *l. 19. d. tit.* quibus infamia non irrogatur: Aliquando nec per sententiam, si quis per Procuratorem

præter opinionem, & contra proprium malitiæ juramentum temere litigasse inveniantur, in impensas condemnandi sunt, &, cum ob paupertatem fere inanis futura sit hæc condemnatio, idem carcere & operis certo certius luent. In manifesta calumnia deprehensi, sive ea ab initio statim, vel in litis progressu pateat, aut juramentum calumniæ præstare nolentes, in superioribus judiciis statim a limine sunt repellendi, inferiora judicia ad ista hoc casu referent; & quid principi videatur, expectabunt. *d. Tit. 1. § 14.*

* De usu Saxon. differentiæ inter advocatos & procuratores, actum est *ad Institut. p. 434.*

fit damnatus e causa famosa, quanquam re ipsa & opinione hominum non effugiat infamiam; unde Parens vel patronus e tali causa, nec si per Procuratorem agat, conveniri potest, *l. 2. in pr. ff. de obsequ. Par. & Patr.* Hoc modo accipiendum videtur, quod *agitatores inhonesti* vocantur, *in l. 4. C. de Spectac. l. Al.* quod non pugnat cum *l. 4. h. t. in pr.* quæ negat, agitatores ministrosque ludicrorum certaminum esse infames, quam esse antinomiam, nimis facile putat Cujacius. vid. Wissenb. ad *h. t. n. 20.* Huc etiam pertinet *levis notæ* macula, quæ dicitur in *l. 27. C. de Inoff. Testam.* & valet ad excludendam inofficiosi testamenti Querelam.

2. Causæ, ex quibus ipso jure ipsoque facto, id est hoc ipso, quod delictum est admissum, immediate oritur infamia, enumerantur in *l. 1.* Qui ab exercitu ignominiæ causa missus est, qui artis ludicræ, aut pronuntiandi causa propter mercedem aut præmium, *l. 2. § f.* in scenam prodierit.

SCHOLIUM.

Wissenb. th. 15. & 20. *qui durius invehitur in Comœdiarum actores, ex genio religionis Reformatorum, atroque carbone notari vult disputationem* Alberici Gentilis *de actoribus & spectatoribus fabularum non notandis. Sed vercor rigorem juris Romani erga eos, qui quæstus causa in scenam prodierint, hodie observari.*

RESPONSIO.

Quanquam ea, quæ Wissenbachius e scenis veterum nostris applicat, non omnia justam habent proportionem, nec omnes forte fabularum actiones damnari queant, nulla tamen causa est, cur a gravitate Romana, quatenus eadem ratio est, recedamus. Quod in foro ille rigor non ubique obtineat, cum ob eam, quæ in fine hujus tit. *§ 5. habetur, rationem, tum quod major veterum lascivia fuerit, accidit.*

N. ADDIT.

Sed hæc verba ultima Autoris, quod major veterum lascivia fuerit, tollunt observationem præcedentium, quod nulla causa sit, cur a gravitate Romana recedamus, quatenus eadem ratio sit: Ostendunt quippe hæc verba ultima, quod hic non sit eadem ratio. Cæterum ex Reformatis Theologus Heidelbergensis & eruditissimus & prudentissimus D. Fabricius, peculiari dissertatione solidissima ostendit, mitius sentiendum esse de Comœdiis earumque moralitate, quam communiter fieri solet a Zelotis. Interim non mirandum est, cur Autor gravitatem Romanam normam hic faciat actionum Germanicarum, postquam § 7. hic ipsam supponit regulam, quod jure civili constitutum, neque statutis abrogatum est, id hodieque valere. Miramur tamen, quod viro, & in historia civili & literaria probe versato se probaverit axioma ex ignorantia utriusque ortum, & supponens, ac si Romani Imperatores fuerint antecessores Regum Germaniæ. Ostendi istum errorem in delineatione historiæ Juris. Conf. ibi potissimum § 191.

Porro qui lenocinium fecerit; qui mercedis causa in arena depugnaverit, *l. 8. § 6. tit. præc. d. l. 2. § f.* Mulier, quæ intra annum luctus ad secundas nuptias transvolavit, *l. 1. § 2. C. de secund. nupt.* * (ubi & aliæ pœnæ;) quique duxit eam sciens, imo & pater, qui filiamfam. nuptum elocavit, *l. 1. l. 8. 9. 10. 11. 12. 13. pr. h.* nisi mulier a Senatu vel a Principe impetraverit, ut sibi intra legitimum tempus nubere liceat, *l. 19. h. t.* quod tamen prægnanti non videtur concedendum, Cujac. 6. *observat. 3.* qua de re amplius ad *tit. de Ritu Nupt.* ubi & de secundis nuptiis. Qui bina sponsalia binasve nuptias eodem tempore contractas habuit, *d. l. 1. in fin. h. l. 13. § 1. & seqq. h. t.* ** Fœneratores improbi & qui usuras usurarum acceperunt, *l. 20. C. h. t. l. 28. de usur.* Qui a jurata transactione recesserunt, *l. 41. C. de transaction.*

* Jure nostro, ut & Canonico *c. f. X. de secundis nupt.* pœna infamiæ hoc casu cessat. Ipsa tamen nuptiarum prohibitio non sublata, sed repetita est *Ord. Matrim. Elect. Saxon. d. Ann. 1624 punct. 5. in fin.* qua vidui quoque defunctas uxores per semestre spatium lugere, ac interim a nuptiis abstinere jubentur, contra *l. 9. ff. de his, qui not. infam.* Carpz. *Jur. Conf. l. 2. def. 162.* Quod si contra hanc prohibitionem, intra tempus luctui destinatum, vir aut uxor ad secunda vota transierint, arbitrarie coercentur, nisi dispensationem impetraverint, quæ tamen ea plerumque cum moderatione conceditur, ne ex nuptus viduæ acceleratis incerti patris proles nascatur. vid. Brunnem. *ad l. 2. C. d. secund. nupt. n. 23* Carpz. *l. c. def. 162. n. 6.* Id. *P. 4. C. El. 21. def. 10.* Stryck. *Us. Mod. ff. h. t. § 10.*

** Idem nostro Jure obtinet, vid. Brunn. *ad l. 1 ff. h. n. 4.* eademque macula ad conjuges pertinet sponsalia celebrantes, licet Bigamiam non consummarint, *P. 4. C. El. 20* § Da aber. ibique Carpzov. *def. 1.* imo persona quoque, quæ sciens cum jam desponsata sponsalia contrahit, *Ord. Matr. rubr. gen.* Von Ehe-Sachen. *spec.* von Ehe-Gelöbnissen. § wenn sich jemand. infamia notatur. Carpz. *Pr. Crim. qu. 67. n. 17. seq.* conf. de jure Canonico Steiger. *Repertor. jur. Can. p. 504.*

Tuto-

Tutores & Curatores, qui sibi filiisve suis pupillas aut adolescentulas nuptiis junxerunt, *l. 7. C. de interd. matrimon.* *

3. Sequitur alterum infamiæ genus, eorum, qui per sententiam fiunt infames, ad quam pertinent primo quatuor contractus, Tutela, societas, depositum, mandatum, de quibus similiter in parte I. dictum. Præterea, in quolibet publico judicio damnati fiunt infames, *l. 7. C. de Publ. judic.* item, qui calumniæ aut prævaricationis sunt damnati, *l. 4. § 4. h. t.* ob crimen expilatæ hereditatis, *l. 12. C. h. t.* sepulchri violati, *l. 1. de sepulchr. viol.* Ex reliquis criminalibus judiciis non oritur infamia; nisi id specialiter expressum sit, aut de iisdem actiones dentur civiles, quæ ipsæ sint famosæ, *d. l. 7. de Public. judic.* Qua ratione textus, qui stellionatum modo ajunt, modo negant esse famosum, conciliandi videntur, *l. 13. § ult. h. l. 2. de stellion.* etsi D. Wissenb. *ad hunc tit. th. 23.* neget, hanc distinctionem in Jure fundamentum habere, velitque vehementer, hanc esse ἀντινομίαν, quod mihi secus videtur, nisi fallit *d. l. 7.* Ego tam humiliter de Artis nostræ prudentia non sentio, ut Ulpianum utriusque textus auctorem, sui ipsius oblitum fuisse statuam, nec eo me adhuc redactum memini, ut eosdem JCtos sibi contrarios, ubi mutationem sententiæ præ se non ferunt, fateri necesse habuerim.

4. Denique tertia species eorum, qui non modo per sententiam, sed etiam per pactum famosi fiunt, enumerati sunt ad *§ pen. Inst. de pœn. temer. litig.* scil. qui furti, injuriarum, rapinæ & de dolo sunt damnati. Cæterum, ex genere pœnæ infamia non oritur, *l. 22. h. t. l. 2. C. eod.* sed hoc ex causa pœnæ duntaxat pendet: imo Pœna quandoque excusat ab infamia, quam causa merebatur, si nempe pœna corporalis gravior sit quam ex merito; sed pœna non corporalis, etsi gravior, id tamen solatii non præstat, ut liberet ab infamia. Cessio bonorum non lædit famam, cum effectu juris, *l. 11. C. ex quib. caus. infam. l. ult. C. Qui bon. ced. poss. arg. l. 1. h. t.* Nec tamen non fugillat pudorem, & si constet, decoxisse aliquem creditoribus, non evitat infamiam, quæ *facti* dicitur, *Nov. 135. in fin. pr. & § 1.* ** Eo facto pertinet dictum *6. annal. 17. Eversio rei familiaris dignitatem & famam præcepit labat.* hinc Cicero in *orat. pro Quintio*, causam illam mere pecuniariam, vocat Capitalem, quia, *si perdat eam*, inquit, *futurum est, ne Quintius in civitate sit, ne locum suum, quem adhuc honestissime defendit, obtineat, ne numeretur inter cives, decernat de vita & ornamentis suis omnibus*, quæ videlicet, amisso patrimonio, consequi videntur.

Postremo, si ex genere pœnæ infamia non oritur, multo minus e carcere solisque vinculis læsio existimationis irrogatur, *l. 1. C. d. t. Ex quib. caus. infam. arg. l. 22. h. t.* Tu dices; fit equidem, ut innocentes in carcerem conjiciantur; Verum innocens nemo punitur, & re. judicata pro veritate habetur, *l. 25. de Stat. hom.* Imo fieri potest, ut manifesta sit judicis injuria, ut sæpe manifestum est in causa religionis, atque tum hæc res usum habet. Potest etiam lex pœnam infligere famosis delictis convenientem, ob causam tamen non famosam. Ita Lex Frisica Publicanos reliquatores virgis cædit, sine distinctione, dolo fecerint, an secus; qui si absit, non puto fieri infames.

5. Sed quis est infamiæ effectus? Præcipuus, quod a dignitatibus excluduntur, *l. 2. C. de dignit. l. 38. C. de Decurion.* quod minor illis fides habeatur, *l. 13. sequ. de Testib.* & quod in Civitate contemptim habeantur, quanquam hi duo effectus communes sint cum infamia Facti, quam diximus.

6. Finitur infamia per restitutionem in integrum a Principe factam, item finito tempore sententia præscripto. Quid si tempus non infamiæ, sed pœnæ principali in causa famosa sit adjectum? durare tunc infamiam, scriptum est in *l. 6. C. h.* Imo post hoc tempus postulare possunt, sine distinctione criminum, *l. 8. de Postul.* Ergo infamia cessat, ut dictum ad *præced. tit.* D. Wissenbach. *n. ult. h.* probat eorum responsionem, qui Constitutiones Principum negare, Responsa JCtorum adfirmare scribunt. Si hoc non est antinomiam adseverare, debet esse derogatio juris antiqui. Sed mihi non videntur pugnare generalis adsertio, & unius speciei contraria mentio. Regula est, In criminibus famosis pœna tempore limitata, limitat etiam tempus infamiæ, *d. l. 8.* Exceptio est in his, qui in metallum damnati sunt, *d. l. 6.*

7. Cæterum, hodiernis moribus non tam facile ad infamiam proceditur, ait D. Schotanus *in fin. h. t.* negligentia potius atque incuria & dilatione

* Hæc infamia apud nos redditis a tutore vel Curatore rationibus penitus cessat. vid. Stryck. *Us. Mod. h. t. § 11.*

** Decoctores olim etiam in Saxonia infames fiant & flavo pileo recti incedere jubebantur, *Resol. Grav. d. an. 1661. gr. 73.* Leips. Hand. Ordn. t. 22. § Wenn der Schuldner.

lutione

lutione morum hominumque, opinor, quam jure contrario & positivo. Quid Moribus de infamia in universum obtineat, haud facile dictu videtur. Mihi tutius videtur habere pro Regula, quod jure civili constitutum, neque statutis abrogatum est, id hodieque valere. Abrogatam vero infamiam videri in delictis, quorum pœnæ specialiter Statutis expressæ sint; ut in actione injuriarum accurate singulis injuriæ speciebus impositæ pœnæ pecuniariæ, sine mentione infamiæ, videntur eam tollere, quamvis Herbajus noster *Rerum quotid. c. 12.* disputet, an, si compensatio fiat injuriarum, locus sit infamiæ, & Sandius in gravioribus injuriis infamiæ locum esse tradat, in *l. 5. tit. 8. def. 9.* mihi tamen certissimum videtur, eum, qui injuriarum, licet atrocium, condemnatus est, hoc ipso non fieri infamem, utique non excludi a dignitatibus: quo pertinet, quod Nauta *decis. 46.* refert, a Curia condemnatum esse *Hesselum Wringerum*, qui dixerat, *Sandium* Virum Amplis. id egisse, ut quendam ad falsum testimonium pro affine suo *Bootsma* dicendum, pecunia corrumperet, nec probare potuerat, ut ab officio, quod tum gerebat, *Secretarii Barredelani* abstineret; quo patebat evidenter, Curiam non censere, qui condemnatus esset injuriarum, eum hoc ipso ab omnibus exclusum esse dignitatibus; d. 14. Februar. 1637. Sic etiam pœna secundarum nuptiarum cis annum luctus, expressa Statutis nostris *l. 1. art. 13.* infamiam excludere videtur, & more certissimo non excludit. Multo magis id obtinet in factis, quæ jam plane prohibita esse desierunt, ut cum Curator adultam, cujus curam gerit, in uxorem ducit, aut filio collocat, de quo *supra.*

Tit. III.

De Procur. & Defens.

I. Quid & quotuplex Procurator. II. Qui dare possint Procuratorem, & qui dari. III. In quibus causis constitui possint. IV. Quomodo constituantur. V. Officium Procuratoris a principio ad exitum litis. VI. Quid caveat, & quam culpam præstet. VII. Quibus modis esse desinat. VIII. Except. contra Procur.

POst titulum de Postulando, quod est Advocatorum, sequitur de Procuratoribus, quorum definitio atque divisio repetenda *ex tit. Inst. de Mandato & de iis, per quos agere poss.* Scilicet, in genere Procurator est, qui res alienas, mandato domini administrat. Estque vel omnium bonorum, qui & Generalis, vel certarum rerum, qui Specialis dicitur. Generalis iterum a Doctoribus distinguitur, quod sit vel omnium bonorum *simpliciter*, vel *cum libera* potestate constitutus; quam divisionem probant ex § *42. Inst. & l. 9. § 4. de Acquir. rer. dom. l. 58. de Procurat.* junct. *l. 63. eod. l. 16. C. eod. tit.* quæ leges de alienatione per Procuratorem facienda varie loquentes, ita conciliantur. Sed ea quidem gratia nihil opus esse hac distinctione, probavimus Parte *I. ad tit. de A. R. D. n. 40.* & plenius ad tit. de mandato *n. 1.*

Porro, specialis Procurator est, vel ad Negotia, vel ad Litem; de quo heic proprie agitur. Is iterum vel est in Rem suam, vel in alienam. In rem suam vocantur, qui nomine quidem alieno, sed in utilitatem suam agunt, vulgo Cessionarii, de quibus plene diximus ad *tit. de Mandato in pr.* In rem alienam sunt Procuratores, qui penitus pro aliis, & nomine alieno, & in utilitatem aliorum agunt, qui jam proprie ad hujus tituli argumentum pertinent.

2. Dare possunt Procuratores, quicunque rerum suarum habent administrationem, quique ipsi ob impedimenta facti judicio intereisse nequeunt; Procuratores ipsi, Tutores, Curatores, Syndici, habent jus dandi post litem contestatam, quia tunc ipsi litium domini sunt, non antea, *l. 8. l. 11. & l. 23. C. h. l. 74. hoc tit.* * Dari possunt, ut habet regula tralatitia, qui non prohibentur. Inter prohibitos sunt servi, *l. 6. C. de judic.* Furiosus, *l. 2. § 1. h.* pueri minores annis septendecim; at qui decimum octavum ingressi sunt, recte Procuratores dantur, § *5. Inst. Quib. ex caus. manumitt. non licet.* ubi Procuratorem ad litem

* Hoc Dominium litis, ut infra Autor *post. 11.* fatetur, exiguos hodie habet effectus, hinc apud nos Procurator ne quidem lite contestata potestatem substituendi habet. Schilter. *ad ff. Ex. 10. th. 44.* Carpzov. *Pr. tit. 5. art. 5. n. 6.* nisi hæc clausula mandato specialiter inserta fuerit. Add. Disp. Borgeri *de Dominio litis.* Menck. *ad Tit. III. Ord. Pr. Sax. § 11.*

& ad negotia, quia textus non distinguit, utrumque intelligimus. Quod si de altero tantum accipiendus esset, Cujacio potius adsentirer, *ad litem* interpretanti, 22. *obs. 16.* quia, ut ad negotia procurator sit, libertas non requiritur, *l. 7. § 1. de Inst. act.* In *d.* autem § 5. ut ancilla, uxor absque libertate duci nequit, ita Procurator mediante manumissione constituitur, adeo ut utrobique libertas necessaria videatur. Si quis tamen utrumque procuratorem *ibi* intelligere velit, quod & ipse malim, ei dicendum est, libertatem hic Procuratori datam videri non necessitatis, sed commoditatis dignitatisque gratia, quia facilius in negotiis liber quam servus versatur. DD. qui annos 17. ad procurationem litis sufficere negant, & 25. desiderant, haud dubie falluntur, quia impedimentum restitutionis in integrum, ex quo minor annis 25. pro sua persona in judicio stare nequit, *l. 2. C. de his, qui legit. pers. stand. in jud. non hab.* cessat in Procuratore alienæ litis, *l. 23. de minor.* quanquam in defensore, qui caret mandato, locum retineat, *l. 51. in pr. de procur.* Nam etsi Procuratoris ibi mentio fiat, Defensor tamen ea voce intelligitur, quia dicitur mandato carere, quin & *ibidem* memoratur; Certissima autem differentia inter Procuratorem & Defensorem hæc est, quod defensor mandato careat, quo Procurator semper & necessario instructus est. Dein, prohibentur fœminæ, *l. 54. h. t.* quod tamen limitatur, si mandatum in rem suam habeant, *l. 4. C. h. t.* vel si pro Parente morbo aut ætate invalido, nec alium, qui pro se agat, habente, agere velint, *l. 41. h.* Præterea non possunt milites, Reip. causa abfuturi, morbo perpetuo adflicti, magistratum inituri, *l. 45. h. t.* item potentiores, *tit. C. ne lic. potent.* rei capitalium criminum, *l. 6. C. h.* redemptores alienarum litium, *l. 17. Mand. l. 15. C. h.* infames non penitus arcentur, *§ ult. I. de Except.* ubi diximus. Jure Canonico tam minor annis XXX. *c. 5. de Procur. in 6.* quam infamis prohibetur, *c. 1. & 2. caus. 3. qu. 7.*

3. Constitui possunt hodie (secus olim, *tit. Inst. per quos agere poss.*) in omnibus causis, non tamen criminalibus, ubi pœna est relegatio & major, *l. 1. π. An per alium caus. appell.* nam quod in *l. 33.* § 2. de capitalibus judiciis habetur, non de causa principali, sed de excusatione absentiæ videtur intelligendum, quia de principali criminis capitalis causa non posse dari Procuratorem, satis indubitatum est, *l. pen. § 1. de publ. judic.* sive pro *innocentiam*, *in. d. l. 33.* legendum sit, *absentiam*, ut vult Cujacius, sive *Innocentiam* respectu pœnæ ob contumaciam irrogandæ, intelligere oporteat, *vide* D. Matth. *de crim. ad tit. 13. l. 48. cap. 4.* Wissenbach. ad *h. t. th. 18.*

4. Constituitur Procurator per consensum eumque expressum, *l. 8. § 5.* pro quali etiam habetur, si Dominus præsens rem suam ab alio geri patiatur, *l. 18. Mand.*

SCHOLIUM.

Consensus expressus communiter opponitur tacito. Si ergo expressus consensus requireretur ad mandatum, excluderetur sane patientia, d. l. 18. *quæ tacitum saltem facit. Dic ergo potius, non requiri in* d. l. 8. § 1. h. t. *consensum expressum, sed sufficere tacitum, & excludi saltem consensum præsumptum, qui quomodo differat a tacito, dixi* in Philos. Jur. § 133. lit. a. *Dissentit aliter* Wissenb. h. t. 2.

RESPONSIO.

Simplicius videtur, ne plures quam opus est, in Artem distinctiones inferamus, sic dicere; Tacitum consensum non sufficere; ut tamen id, quod agitur sine voce, tam prægnans & evidens esse queat, ut expressum consensum valeat: sicut in d. l. 18. *ac ita Wissenbachium intelligo.*

N. ADDIT.

Apparet, nervum Responsionis in eo situm esse, quod Autor putaverit, distinctionem inter consensum tacitum & præsumptum, esse distinctionem inutilem ac sine fundamento in artem juris illatam. Quod vitio quidem ipsi non vertimus, cum ista confusio consensus taciti & præsumpti sit fere universalis, & cum non habuerit occasionem inspiciendi locum, ad quem in Scholio provocamus, ubi de differentia utriusque egeramus. Igitur ut omne dubium tollatur, placet doctrinam nostram postea in Instit. Jurisprud. divinæ l. 1. c. 7. *repetitam, & sensibiliter declaratam, exinde huc apponere,* ubi ita disserui: *Quamvis consensus tacitus sit ille, qui factis declaratur, ac apud Scriptores fere synonymice supponantur consensus tacitus & præsumptus, revera tamen post leges Romanas præsumptus consensus a tacito differt, adeoque nobis horum duorum confusio eo magis vitanda erit, quo minus communiter solet evitari. Scilicet facta licita, quibus utuntur homines, vel sunt signa communi quasi-consensu humani generis recepta, ad declarandam voluntatem nostram, ita ut, si quis ratione utens factum istud audiat, statim inferat, me aliud quid certum ac determinatum hoc facto indicare voluisse; vel non sunt signa communi consensu humani generis*

ad

ad declarandam voluntatem recepta, æquitas tamen naturalis vult, ut obligatio ista facta concomitetur, vel ea sequatur. Qui factis prioris generis nititur consensus, tacitus est, qui posterioris generis factum præsupponit, consensus præsumptus in legibus Romanis dicitur, ideo videlicet, quia quilibet civis bonus præsumitur consentire regulis æquitatis naturalis. Ita nutus ostendit assensum tacitum: ita redditio chirographi declarat, cæteris paribus, quod velim debitori donare debitum. Ita postulatio cibi & potus ab hospite diversorii, infert consensum tacitum, quod velim pretium cibi solvere. Contra negotiorum gestio, hereditatis aditio, & in genere omnia facta, quæ in quasi-contractibus Legum Romanarum præsupponuntur, directo non inferunt consensum ad solvenda damna domino negotii data, ad præstanda legata legatariis, &c. Sed regulæ tamen æquitatis naturalis a civilibus corroboratæ, hic faciunt consensum præsumptum. Differt adeo ultra dicta consensus præsumptus & tacitus, 1. ratione personæ; Qui suam voluntatem expresse declarare nequit, ille nec tacite. Ita furiosi nutus, redditio chirographi, postulatio cibi, modo dictos effectus non producet. At ex consensu præsumpto obligantur etiam furiosi, v. gr. quorum negotia gesta sunt. Nempe 2. Consensus tacitus obligat saltem eos, qui consensum factis declararunt, ac præsumptus etiam illos obligat, qui nullum factum adhibuerunt; ita obligatur in genere dominus negotii ad reddendas impensas gestori, etiam ignorans negotium geri. Porro in relatione consensus utriusque ad consensum expressum, ingens est differentia. De tacito hæc est regula: Quoties constat de consensu expresso contrario, toties frustra quærimus de tacito. Ratio est, quia verba sunt signa ordinaria declarandi voluntatem suam, facta vero extraordinaria vel subsidiaria. Ita si dixerim, me nolle assentiri, nolle debitum tibi donare, nolle hospiti cibi pretium solvere, nulla erit efficacia nutus, redditionis chirographi, postulationis cibi. Alia longe ratio est consensus præsumpti. Etiamsi negotiorum gestor, etiamsi heres initio statim, vel coram Notario & testibus protestentur solennissime, se nolle ex negotiorum gestione vel hereditatis aditione obligari, frustranea erit hæc declaratio expressa, ut adeo huc potissimum spectet axioma vulgatum: Protestatio facto contraria nihil operatur. Vides itaque 4. ex consensu præsumpto obligari etiam invitos, ex tacito nonnisi volentes. Unde 5. in consensu præsumpto, obligatio immediate veniet ex lege, in tacito lex mediante consensu obligationem operabitur. Breviter 6. tacitus consensus est veri consensus species; consensus præsumptus est consensus improprie dictus. Hinc & in jure Romano ex consensu tacito oriantur etiam veri contractus, ex præsumpto saltem quasi-contractus.

Ille consensus est Mandatum, quo Procurator constituitur, sine quo Judicium, quasi a Procuratore inceptum, est ipso jure nullum; *l. 24. C. de Procur.* Mandatum illud, quod ad usum judicii, in scripturam redigendum est, habet Clausulas instrumento mandati solitas adjici, ut de *indemnitate*, *ratihabitione*, potestate substituendi, *hypotheca* bonorum, de quibus D. Schotan. *hic.* & ex jure communi utuque fori proficiscuntur, neque difficulter intelliguntur. Præcipue commendatur clausula, qua jus datur agendi omnia, quæ in tali causa a domino agi possent; quam volunt habere Dd. vim specialis mandati. ‡ Quod tamen vix putem indistincte procedere, imprimis, si illa clausula simpliciter, ut fit, ex stylo Notariorum adjiciatur: Verum, si prægnantibus & efficacibus verbis dominus sit usus, ad omne jus, quod in sua potestate foret, tribuendum, videntur & ea fieri posse, quæ alioqui mandatum speciale requirunt, ut est delatio jurisjurandi, *l. 17. § ult.* cum *l. sequ. de Jurejur.* & reliquæ partes litis ejus generis, quod mandato generali contentum est: non æque, si quod causæ genus novum speciali mandati indigere dicatur, ut restitutio in integrum, *l. 25. in fin.* cum *L. sequ. de Minor.* de qua

‡ In mandato, in quo nonnulli actus ob ingens præjudicium olim speciale mandatum requirentes memorantur, quod ad reliquos attinet, sufficit clausula generalis: qua jus datur agendi omnia, quæ speciale mandatum requirunt, & quæ in tali causa a Domino agi possent; daß der Bevollmächtigte alle Actus, die ein Special-Mandat erfodern oder der Principal selbst verrichten möchte oder könte, expediren solle; Si discesseris a facultate transigendi, liti & causæ renunciandi, juramenta remittendi, aut præstitis, documenta pro aditis & recognitis habendi, copias pro originalibus recognoscendi, pecunias, nisi impensæ fuerint, accipiendi, & apocham de solutione facta testantem conscribendi. Hæc enim omnia atque singula, si in manu Procuratoris sui posita vult pars, nominatim in mandato exprimat, necesse est. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 7. § 2.*

in

in loco videbimus, & forte *Transactis*, *l. 60. h.* Alioqui sufficit mandatum ad litem generalibus verbis ad omnes judicii partes, ab in jus vocatione ad usque sententiam & executionem; praestat tamen partes notiores processus enumerari, si quid forte specialis mandati egens occurrat, ut est fama delatio praestatioque jurisjurandi. Perezius *ad h tit. C. n. 18.* sententiæ executionem, & expensarum taxationem inter ea refert, quæ specialis mandati egeant, quod nostri minime servant, neque necessum est. Multo minus persecutio litis adversus contumaces id requirit, ut tamen vult nostra praxis ex male intellecto *art 1. t. 10. l. 3. Stat. &* probav. *part. II. Jurispr. hodiern. lib. 2. c. 3. n. 10.*

5. Officium Procuratoris est ‡, omnia facere diligentissime, quæ dominus ipse faceret, *l. 35. § 2. h. t.* (tenetur enim haud dubie de culpa levissima, *l. 13. & l. 21. C. Mand.* dixi *Part. 1. Lib. 3. tit. 27. n. 7.*) ab initio litis usque ad finem, imo etiam appellare, *l. 27. C. h. t. l. 8. § 8. Mand. l. 2. An per al. caus. appell.* nusquam tamen dicitur, eum causam appellationis prosequi debere, & videtur hæc res magis ad dominum pertinere, per *l. 9. C. de Appellat. l. ult. in fin. de in integr. restit.* Hinc actor a Tutore vel Curatore datus, appellat quidem, judicium vero Appellationis ipse Tutor vel Curator prosequitur, *l. 10. C. de Appellat.* Atqui ex *§ ult. Inst. de Curator.* didicimus, Actorem, quod ad officii sui potestatem attinet, ejusdem esse juris cum Procuratore. Dissent. Wissenb. ad *h. t. th. 7. & quos ille citat.* Jure Canonico Procurator non tenetur ad appellandum a definitiva, *cap. non injuste 14. in fin. X. de Procurat* atque ita in foro servatur, Gail. *l. obs. 139. n. 11.* Rebuff. *tit. de Appell. art. 1. gl. 2. n. 3.* sed nos hac de re infra & *ad tit. de Appellat.* distinctius agemus.

Porro, Procurator etiam accessorias lites sustinere, *l. 56. h. t.* quin & in judicio reconventionis Dominum defendere debet, *l. 33. § 4.* si tamen hoc nolit, cogi non potest, modo renunciet officio, *l. 17. C. h. t.* sed si manere velit procurator, omnino cogendus est: quos textus ita conciliamus; aliter ac D. Wissenbach. *ad h. t. th. 5.* Etiam procuratorem in rem suam, oporteret conventionem sustinere, si mutua actio ex eadem causa descendat, *l. 70. h. t.* non etiam si ex necessitate bonaque fide procurator in rem suam sit factus, *d. l. 33. § ult.* cum *l. seq.* qui textus non videntur ferre distinctionem inter directam & utilem actionem, qua utuntur alii, Struvius *Ex. 7. th. 35.* qui quod in fine *d. § 35.* scribit, *hodie non teneri Procuratorem doctoris dominium defendere*, apud nos minime tenet. Dominio litis, quod Procurator, lite contestata, acquirit, est conveniens, ut sententia quoque in eum feratur, *l. 1. C. de sentent.* quia tamen revera negotium ipsius proprium non est, ideo cum ad executionem veniendum, dominus verus convenitur, in quem actio rei judicatæ intenditur, *l. 4. de rejudic.* ubi exceptio, *si procurator in rem suam sit*, quia totum ipsius est negotium; & *si obtulerit se*, qui ultro id onus in se recepisse videtur, *l. 61. h. t.* Denique, ad officium Procuratoris cognoscendum, repetenda distinctio inter Procuratorem ad litem, & ad negotia specialia. Procurator ad lites constitutus, potest & debet actionem proponere, libellum edere, excipere, in causa concludere, sententiam audire, ab ea appellare, non item pacta vel transactionem inire, contractus exercere, restitutionem in integrum petere, jusjurandum deferre & accipere; quoniam in his præter mandatum in litem, opus est speciali ad hos ipsos actus mandato, *l. 2. C. de transact. l. 60. h. t.* ut *modo* dictum.

6. Quando sine scrupulo constat de mandato Procuratoris, tunc is nullam præstat cautionem; sed si dubitetur, opus est cautione de rato, *l. 1. C. h. t.* * quæ tamen non admittitur, si constet, Procuratorem mandato carere, *§ 3. Inst. de Satisdat.*

‡ Ante omnia officio Procuratoris continetur, Legitimationes, Mandata, Tutoria, Curatoria, Actoria, & Syndicata statim una cum libello, aut si ipsa pars libellum obtulerit, & deinde mandatarium constituat, initio statim & in prima positione porrigere, nec prius quam hoc factum, ulla decernetur citatio, aut quicquam non legitimati procuratoris ad acta recipietur; ipsum tamen mandatum, ob superfluas solennitates, quod v. gr. desint clausulæ: der Erben und Erbnehmen, rati, grati, aut signo plane non munitum sit, vel tali, quod characterem habet olim vulgo reprobatum, mit einem verzogenen Nahmen, non amplius est impugnandum. Literarum imperitia in judicio, coram Judice causæ, vel alio quocunque, vel etiam coram Notario & duobus testibus procuratorem constituant. *O. S. E. I. & E. Tit. 7 § 1.*

* Apud nos hæc cautio desideratur, quoties mandatum est, *O. P. S. t. 7. §* Da auch etwa. e. g. si non legitime aut plane non sit subsignatum; Non efficit tamen hæc cautio, ut ad actum, speciale mandatum re-

Duntaxat perſonæ conjunctæ ‡, ut liberi, parentes, fratres, affines, maritus, etiam ſine mandato, ſub cautione de rato audiuntur, *l. 35. h. t. l. 21. C. eod.* ut & litis conſortes, *l. 2. C. de conſort. ejusd. lit.* Porro, quia Procurator eſt dominus litis, *l. 11. C. h. t.* intelligitur, negligentiam aut dolum procuratoris nocere Domino reſpectu adverſarii; ſed procurator actione mandati tenetur, *l. 10. C. h. t.* niſi procurator ſit minor, quod in integrum reſtituitur contra Dominum, ita ut is ſibi imputare debeat, quod minorem elegerit, *l. 23. de Minor.*

7. Finitur officium Procuratoris ‡‡ iisdem modis, quibus Mandatum, quos pete ex Inſtitutionibus; quemadmodum & actio, quæ datur Procuratori adverſus Dominum, & huic adverſus Procuratorem, eſt eadem, quæ Mandati, directa, & contraria. Juſtæ cauſæ, ob quas Procurator impune ſuum officium deponere poteſt, ſunt hujusmodi; ſi capitales inimicitiæ intervenerint inter ipſum procuratorem & Dominum, ſi dignitas acceſſerit Procuratori, vel Reipubl. cauſa abfuturus ſit, ſi valetudinem, aut neceſſariam peregrinationem alleget, vel hereditas ſupervenieus, eum occupet. Nec etiam compelli poteſt, ſi dominus ſit præſens; quæ omnia a Prætore, cauſa cognita, temperanda ſunt, *l. 8. § ult. & ll. ſqq. h. t. ſqq.* Quibus addatur ex *l. 43. § ult. l. 44. & pr. l. 45. h.* ſi bona Domini a creditoribus poſſeſſa fuerint, non ſi aliter ſolvendo eſſe deſierit; quomodo conciliat *l. 43. in f. hic*, cum *l. 76. & ſqq.* D. Wiſſenb. *ad h. tit. th. 4.* qui applicat hic differentiam *pauperis & egeni*, quam ex variis locis veterum probat: ſane eſt ita quidem, ut ex locis ab illo citatis patet; Etiam Seneca ita, *lib. 1. epiſt. 17.* Non *eſt quod paupertas nos a philoſophia removeat, ne egeſtas quidem*; At in jure noſtro pauperes & mediocres ſive modici, pro iisdem ſumi videntur, in *l 15. § 15. de Excuſat. Tut. ibique* Gothofred. Neſcio an non hoc diſcrimen affectatius ſit, quam ut a JCtis hic attendi videatur; forte ſufficit dixiſſe; excuſari Procuratorem, ob paupertatem domini, at non ſimpliciter; verum cauſa cognita, ut non modo ipſi, verum & fidejuſſoribus conſulatur, *d. l. 45. in pr. & l. 76.* Dominus etiam ante litem conteſtatam libere mutat procuratorem, poſt litem conteſtatam, non niſi cauſa cognita, *l. 22. C. h. t.* ex ratione *l. 11. & l. 23. C. h.* quod lite conteſtata Procurator ſit Dominus Litis: Defenſorem nunquam aliter quam cauſa cognita mutare poteſt, *l. 64. h. t.* niſi verba, *cauſa cognita*, illic abundent, ut vult Cujac. *22. obſ. c. 1.* Wiſſenbach. *h. n. 8.*

8. Exceptiones, quæ Procuratori objiciuntur, ex perſona conſtituentis, vel Procuratoris conſtituti peti ſolent; veluti, quod is conſtituerit, qui conſtituere nequit, vel is datus ſit, qui dari non poteſt, cujusmodi exceptiones initio litis opponendæ ſunt, neque poſt judicium cœptum amplius objici poſſunt, *l. 13. C. h t.* niſi tale ſit vitium, quod judicium reddat nullum, velut, ſi ſervus aut pupillus pro aliis egerit, aut falſus procurator intervenerit, qui non habuit mandatum, vel cujus mandatum eſt revocatum. *l. 24 C. h.* Nam hæ exceptiones etiam poſt ſententiam recte opponuntur; quia non videtur fuiſſe judicium, ubi defuit perſona judicii accipiendi capax, Gail. *1. obſ. 47.* ubi addit, geſta per falſum Procuratorem, a Domino quoque poſt ſententiam rata haberi poſſe, quod tamen recte improbat Perez *ad h.*

quirentem, Procurator admittatur, Carpzov. *l. 3. Reſp. 8. n. 13.* Nec, qui chartam blancam (ein Blanquet) nondum extenſam exhibet, cum ea admittitur, quia mandato plane deſtitutus cenſetur. Carpz. *P. 1. C. 1. d. 28.*

‡ Perſonis, qui absque mandato ſub cautione rati admittuntur, *O. P. S. Tit. 7. § 2.* enumeratis, Aſcendentibus, Deſcendentibus, Collateralibus intra tertium gradum, Marito, Socero, Genero, noviſſimo Jure *Tit. 7. § 3* Vitricus & Privignus additi ſunt, durante ſcilicet affinitatis Vinculo in his, ut & in Socero Generoque, excluſis etiam fœminis, quæ ſub cautione rati non admittuntur. Iſtæ perſonæ actus judiciales ſpeciale mandatum non requirentes peragunt, cautione X. XX. XXX. & amplius Uncialium per fidejuſſores, pignora, vel ſi immobilibus gaudent, nuda promiſſione conſtitutas; quæ, principali acta ejus & facta non ratihabente, præter impenſas refundendas, alterius partis commodo cedunt.

‡‡ Nec Mandatarius cauſa ſemel ſuſcepta mandato renunciat, nec mandanti, niſi ſub ejusdem Judicis jurisdictione degat, ante mandatum revocare licet, quam alium procuratorem conſtituit, niſi ex ſufficientibus & Judici probatis cauſis, *O. P. S. E. I. & E. Tit. 7. § 4.* Nec ſubſtituentes aut mandantes ipſi, in judicio forte comparentes & agentes aliquid, eo ſubſtitutionem aut mandatum revocaſſe tacite, præſumendi ſunt, *c. 8. de Procurat. in VI.* expreſſe rejecto, *d. Tit. 7. § 5.*

tit. C. num. 13. nam etsi nullitas ex defectu consensus, eo accedente, evanescat; & id quod est gestum, convalescat, id tamen fieri nequit, ubi jam alii jus ex eo, quod gestum est, quæsitum fuit; si quidem hic reus ex non condemnato, per ratihabitionem adversarii fieret condemnatus; plane circa præjudicium tertii potest Dominus acta falsi Procuratoris approbare, *l. 56. de Judic.* quæ sic capienda videtur. Præterea, datur exceptio Satisdationis non præstitæ, iis casibus, quibus Procurator ad eam præstandam tenetur, ut *superius* expositum est. De marito adhuc tenendum, eum in omnibus causis pro uxore agere posse; cum satisdatione de rato; nisi mandatum expresse ab uxore acceperit; tunc enim ejus fines excedere non potest, *l. 22. C. h. t.* Jure Saxonico ‡ moribusque earum Gentium, qualis & nostra, ubi maritus est Curator legitimus uxoris, ne quidem opus est mandato, non magis quam alii tutores & Curatores eo indigent; præterquam in rebus, quæ potestatem Curæ egrediuntur, ut si res uxoris alienare velit, aut obligare. Perez. *ad Cod. h. t. n. 15.*

DE PROCURATORIBUS PUBLICIS.

Illorum definitio & officium exponitur cum differentiis a Procuratoribus Litium Privatis.

§ Quæ de Procuratoribus secundum ordinem Rubricæ *superius* collocata sunt, promiscua fuerunt omnibus, qui ex medio civium numero causas amicorum in Judiciis agendas suscipere non gravarentur, ita, quemadmodum postulandi officium olim promiscuum fuisse videmus. Illa omnia dicta hodieque Mandatariis, qui privatim, amicis absentibus, illorum rogatu litibus urgendis dant operam, conveniunt; Nec illi non sunt Procuratores ad Litem. Sed ego ita existimo, Procuratores ad litem, ut hodie res sunt in foris Europæ, distinguendos esse in Privatos & in Publicos. Privati, qui amicorum rogatu causas illorum in judicio pendentes, instituendas & administrandas suscipiunt, idque facere possunt omnes, de quibus in *præced. tit.* intellectum est; etiamsi infames sint, ut Justinianus indicat in *§ ult. Inst. de Except.* Etenim in privatis officiis, licet ad judiciorum ordinem, aut similitudinem accedentibus, non attenditur, integræ famæ quis sit, an ignominiosus, *l. 7. in pr. de Recept. qui Arbitr.* Sed postquam in omnibus Foris receptum est, ut publicum sit Procuratoris officium, quod in multis etiam Foris beneficii loco, certis personis intra numerum tribuitur, longe alia Procuratorum ad litem, quam fuit olim, ratio facta est. Quam paucis explicare necessarium duxi, quando cum privatis, sine confusione, pariter explicari non posse videntur: a definitione incipiemus.

10. PROCURATOR Publicus est: *Vir bonus, ordinis judicialis peritus; autoritate publica, ad lites ex mandato Partium administrandas constitutus.* Quod ad genus attinet, *Viri boni*, id civiliter accipiendum, & officii ratione, quod malas artes nihilo magis quam Advocati admittit; etiam ut a privatis Procuratoribus, quos esse viros bonos non requiri diximus, separetur. *Ordinis Judicialis peritum* dicimus, quoniam hæc præcipua ratio est, cur promiscuum alienas causas procurandi officium, in *Publicum*, ut videmus, est mutatum; ne Judicia ina-

‡ Fœmina ætate major, omnes atque singulos actus judiciales, etiam speciali mandato indigentes recte peragit, aut horum nomine Actorem constituit, adhibito tamen curatore judicialiter constituto, aut saltim legitimo, marito suo; nisi forte curatorem generaliter datum habeat fœmina, quo casu ad istos actus expediendos non sufficit solius mariti auctoritas, nisi forte, interrogante judice aut parte, talem curatorem sibi esse neget; quo facto omnia rata sunt, nec mulieri ad subtilitatem juris amplius refugere licet. Cæterum curator curandæ nomine, aut maritus uxoris loco, non nisi in actibus speciale mandatum haud requirentibus comparet, aut actorem constituit, hic tamen absque rati cautione, nulla inter bona dotalia, paraphernalia aut receptitia adhibendo discrimine. *O. P. S. E. I. & E. Tit. VIII. § 1.* Plures curatores uno curatorio constituti, omnes cum fœmina in judicio compareant, aut actorem constituant; quod in iis, qui in diversis judiciis, aut diverso tempore, aut separatim ordinati sunt, est secus. *d. tit. § 2.* Curatorium mutato a fœmina domicilio, aut Actorium a fœmina simul datum, adhibiti curatoris morte, aut quod a cura discesserit, dimissusve fuerit, non exspirat. In matrimonialibus tamen causis fœminæ omnes, & in mercatoriis mercatrices, ad amicabilem compositionem tentandam, absque curatore rite comparent. *d. tit. § 3.*

peritorum hominum ſtrepitu & diſcurſu turbarentur. Qua re factum eſt, ut in pluribus locis, utique & noſtris Foris, ne dominis quidem rerum ſuarum ipſis, lites ſuas agere & dirigere permittatur: niſi neceſſitatis ergo, ſi Procuratorem Publicum forſitan invenire nequeant: quo caſu mulierum quoque libellos, utcumque ineptos, meminiſſe admiſſos. Hoc eſt, quod verba definitionis volunt, *Auctoritate publica*, & quidem prævio examine & jurejurando, ut noſtratibus Statutis expreſſum eſt, in *lib. 3. tit. 2. art. 22.* Huic requiſito publicæ auctoritatis & muneris conſentaneum eſt, invitum quoque Procuratorem ad cauſam ſuſcipiendam poſſe compelli, ut de omnibus publicis muneribus conſtat, etſi Procuratores Juris Civilis invitos compelli non poſſe, traditum ſit in *l. 17. C. h. t.* Hodie poterunt, ita quemadmodum de Advocatis dictum eſt, ſi quis forte Procuratorem non inveniat. Privatis quidem licet eſſe Procuratoribus aliorum circa judiciales cauſas; ſed nihil in Judicio illis agere permittitur; etſi de omnibus in univerſum foris id affirmari forte nequeat; eſſe enim, ubi privatis etiam liceat agere cauſas ſuas, de Germania ſcribit Thomaſius *ad h. t.*

Additum eſt, *ex mandato partium.* Publice enim ad totum genus officii admittuntur. In ſingulis cauſis mandato partium non minus egent, quam de privatis procuratoribus dictum eſt. Et quidem Adverſario, Mandatum in forma publica Curiæque ſtylo petenti, exhibendum eſt; tametſi plerumque mutua Procuratorum indulgentia exhibitio, niſi in cauſis odioſis, non deſideretur: ut plurimæ lites ſine ullo mandati inſtrumento peragantur; etſi faciendum non ſit Procuratori, ne deſtitutus eo prodeat, quod ſi rogatus non præſtet, exceptione *cum impenſis* repellitur. * Alioqui parte adverſa non movente, Judex nihil movet. Ipſe vero litis dominus etſi mandatum non dederit ſcriptum, ſi tamen cum Procuratore ſuo ſteterit in judicio, nunquam dubitatum eſt in Curia noſtra, quin tanquam ex mandato condemnandus eſſet, *per l. 18. ff. Mandati.*

Cæterum, tres in inſtrumento mandati clauſulæ ſunt uſitatæ, *Ratihabitionis*, *indemnitatis* & *Subſtitutionis*, quarum ultima Statutis noſtris ſpecialiter requiritur, *lib. 3. tit. 10. art. 4.* etſi non expreſſa, jure communi tamen hæc poteſtas ſubſtituendi Procuratori non poſſet negari, *l. 8. §. 3. ff. Mandati.* Credo tamen ab Adverſario Procurationem poſſe recuſari, ſi careat hac clauſula, quia Statuto ad formam ejus nominatim requiritur; cujusmodi formalia Statutorum rigide obſervanda eſſe, conſtat. Verum indemnitatis & ratihabitionis minime perinde ſunt neceſſariæ adjectiones, cum & per ſe ex mandati natura intelligantur, nec in Statutis commemorentur: Imo ratihabitionis clauſula mandato, cui fere apponitur, & in cujus defectu adhibetur, *l. 1. C. h. t.* prope repugnat.

II. Poſtremo in definitione eſt, *Ad lites adminiſtrandas.* In hoc diſcrepat ab Advocato Procuratoris officium, quod ille ad Patrocinium voce vel ſcripto præſtandum, hic ad urgendam & adminiſtrandam litem ad exitumque moderandum adhibeatur; plus enim quam miniſter eſſe non videtur publicus Procurator, ne quidem poſt litem conteſtatam, quod ſecus eſſe in Procuratoribus ſimpliciter dictis, *ſupra* intelleximus ex *l. 23. C. h. t.* Quia vero Pragmaticis noſtris valde ſedet, id quod de Procuratoribus litium dominis in Legibus proditum eſt, id de noſtris etiamnum Procuratoribus eſſe verum, mihique aliter perſuaſum eſt, nec adhuc, quod ſciam, ejus rei obſervatio conſignata eſt, agam paucis, ut Procuratores hodiernos litium dominos nunquam fieri videri, demonſtrem. Rationes ſunt hæ: I. Procurator more Romano dabatur quilibet amicus, qui plerumque gratis hoc officio fungebatur, & litem conteſtando ſe obligabat, eaque ratione cauſam faciebat ſuam, ut dominus litis merito fieret; At noſtri Procuratores officium hoc publicum, ut ſe familiamque tueantur, exercent, cauſas aliquando ſimul innumeras habentes, quarum omnium ipſos fieri dominos, valde inconveniens foret. II. Procuratores publici veteribus incogniti fuerunt. Ergo de illis Regula, quod Procurator fiat dominus litis, non poteſt intelligi. Procuratori publice conſtituto hodie conceditur ſe exonerare cauſa, etiam poſt litem conteſtatam,

* Apud nos, qui ſine mandato in judicio comparet, non modo exceptione illegitimationis repellitur ac in expenſas termini, pro re nata, condemnatur, Born. *Diſſ. I. ad Unic. Jus Judiciar. Comm. & Saxon. th.* 20. *lit. 6.* ſed & prima vice 5. ſecunda 10. thalerorum mulctam præſtare cogitur, quæ augetur, ſi ulterius ſine mandato procedat, *Ord. Proc. Sax. tit. 7. pr.* verb. So ſoll dennoch kein Advocat. Carpz. *Proc. tit. 5. art. 7. n. 22.* Svendend. *ad Fibig. Proc. p. 75. num. 48.* j. Rivin. *ad Tit. 7. Ord. Proc. Sax. En. 1. & 4.* In Saxonia autem Communi hoc caſu ſola condemnatio in expenſas locum habet. Richt. *Decad. 1. diſſ. 3.*

et

ut *infra* videbimus, quod, si dominus esset litis, ita fieri non posset, ut didicimus ex *l. 8. § ult. cum LL. seqq. h. t.* III. Sententia in Procuratorem, qui dominus litis est, ipsum fertur, ut etiam qui dedit procuratorem, si causa famosa sit, ab infamia legali eximatur; *l. 2. ff. de Obseq. Parent. & Patron. præst.* Hoc hodie si obtineret in iis locis, ubi non nisi per Procuratores publicos lites agi possunt, nemo e famosis judiciis per sententiam infamis fieret. Solet quidem Procuratoris publici nomen inseri, verum ut ministri, adjecta Domini qualitate exacta. IV. Procurator, qui est dominus litis, non potest petere salarium, nisi diserte promissum, *l. 56. § 2. Mand.* Dominus enim qua ratione salarium petat? sed Procuratores publici, salaria licet non promissa, petunt tamen ut ministri, ita quidem, ut in eodem judicio ne sententiæ quidem indigeant, sicut alii creditores; sed recta via declarationem & executionem petant, ut Thomasius *hic*, & Schilter. *exerc. 10. th. 38.* de suis quoque Foris testantur. V. Qui dominus litis est, huic nihil obstat infamia, quo minus fiat maneatque dominus litis; quid enim domino obstare queat infamia? sed Procuratores publicos non posse infames esse, publici officii ratio satis indicat, eademque non esse dominos litis, arguit.

SCHOLIUM.

Sed tamen de jure Romano dominus litis fit demum per contestationem litis. Si ergo pars adversa cum ad litis contestationem non admittat, (quod facere potest, vide Auct. prælect. ad Inst. de Except. n. 13. Not. ad Strauch. XXIII. 20. p. 338.) *nec fiet dominus litis. De Jure Canonico & moribus nostris, vide* Notas ad Strauch. d. l. *Accedit, quod, uti dictum, moribus nostris, nulli Procuratores fiant domini litis.*

RESPONSIO.

Id a me non est scriptum loco citato, *posse adversarium negare litis contestationem, quia Procurator sit infamis. Hoc enim per exceptionem adsequi deberet, quam non dari propter infamiam Procuratoris,* Justinianus *auctor est in* § ult. Inst. de Except.

N. ADDIT.

Imo vero satis perspicue Autor in illo loco distinxit, an infamia Procuratoris sit evidens, vel secundum stylum processualem in continenti probabilis, utrum dubia, ita ut priori casu Judex eum admittere non debeat. At vero de tali infamia intellexi etiam Auctorem hoc loco, & credo intelligent omnes alii, ita ut effugium, quod jam in § ult. de Except. *quærit, parum ad rem faciat.*

VI. Et præcipua ratio est: Quod Procurator, qui fit dominus litis, manet talis usque ad sententiam, etsi mandans, sive dominus ejus originalis, sit mortuus, *l. 23. C. h. t.* At nostri Procuratores publici, mandatoribus eorum mortuis, in causa pergere non possunt, nisi facta Readsumptione ab heredibus mandatorum; a quibus novum Procuratori mandatum, ex ratione Juris, in eum finem necessario dandum esset. Verum in nostra Curia cum mos exigendi novum hoc casu mandatum in desuetudinem abiisset; & tamen ex facto evenisset, ut exceptio Readsumendi Procuratoris nomine successorum defunctæ Actricis opponeretur, Curia paribus suffragiis inter rationem Juris & utilitatem minuendi exceptiones, hærente; prævaluit tandem, unica voce, pragmatica utilitas, statutumque est, ne mandati hoc casu exhibitio sit necessaria, quo factum est, ut Readsumptio vix amplius sit, quam Ceremonia *apud nos:* quam & plane sustulit in suis Foris Elector SAXONIÆ, mandato XVI. Januarii 1655. *

* In Mandato Electorali *de Anno 1655* ad quod Autor se refert, secutus Serenissimus Legislator Recessum Imperii *de Anno 1654. § 99.* ad evitandas litium reassumtiones, quæ olim mortuo litigante perpetuæ erant necessitatis, vid. *O. P. S. Tit. 17.* j. Carpz. *P. 1. C 11. def. 13.* singulis mandatis inserere, jussit clausulam heredum: Vor mich, meine Erben, (additamentum enim derer Erbnehmen, non præcise requiritur, v. Menck. *ad O. P. S. tit. 17. § 3.*) unde reassumtio litis regulariter non est necessaria, sed post mortem mandantis sententia in procuratorem fertur, *Ref. Grav. de Anno 1653. 57. gr. 10. & 19.* qui nomina heredum intra terminum Saxonicum ad acta referre debet. *d. Mand. El d. An. 1655.* Interim non plane omnis reassumtio processus subalta est, ‡ ut cum Autore Ziegler. *ad O. P. S. tit. 17.* existimat, sed necessitatem reassumendi litem nondum penitus desiisse, ostendit Born. *Diss. II. ad Univers. Jus Judiciarium Comm. & Sax. th. 1. lit. b.* Unde si partes ipsæ sine procuratore in Judicio egerint, aut Procurator mandato tantum præsumto, non vero instructus fuerit, vel de facto clausula hæredum in mandato omissa sit, nec non si successor in officio antecessoris Processum continuare velit, reassumtione adhuc opus est. Conf. Philippi *de Reassumtione Litis Disp. Lipsi.* habitam.

‡ Sed nunc sublata est absque discrimine, etiam si partes ipsæ sine procuratore in judicio egerint, heredi-

cum *in Ordin. Proceſſ. Sax. tit. 17.* exigatur, teſte Thomaſio in *Schol. ad poſit. noſtram 11. ff. de Re Judic.*

12. Hæc res & ad officium Procuratoris in univerſum & ad hanc obſervationem pertinet, quod Procuratores publici non ſint domini Litium: Quid de privatis hac parte juris ſit, deinde videbimus. Sed oportet hic ſummam officii Procuratori incumbentis breviter recenſere. Primo id agere debet, ut de cauſæ meritis & circumſtantiis exacte inſtruatur, eamque inſtructionem ſcripto comprehenſam cuſtodire debet, quo, ſi Curia petat, eam exhibere queat, ut apud nos conſtitutum eſt, *3. Stat. tit. 4. art. 6.* quod tamen hodie negligitur potius quam obſolevit. Tum petere debet citationem, ita ut diximus ad *tit. de in Jus voc.* Dein curare, quo juxta libellum reliquasque ſcripturas jungantur inſtrumenta, quorum in illis fit mentio: Suæ partis Scripturæ in tempore præſtentur, Adverſarius moræ accuſetur, reus peragatur; nec cum eo nimia colludat indulgentia procraſtinandi. Scripturis perfectis, urgere debet, ut vel definiatur a Judice cauſa, vel interlocutione probationibus delegetur. Quo facto, videre, conquirere probationes, teſtes, inſtrumenta, quæque porro ad definitivam neceſſaria, parare, denique apud Judicem, ut ſententia pronuntietur, inſtare.

13. Quibus omnibus rebus cum Advocati officium pari fere paſſu conjunctum ſit, hinc apud nos aliosque plures populos, datur aut procuratoribus poſtulandi jus, aut Advocatis Procuratorum quoque partes delegantur, qua de re vide Mornacium *ad tit. C. de Procurat.* ubi plures recenſet populos eodem utentes inſtituto. Lex Friſica dat electionem litigantibus, Advocato & Procuratore ſeorſim, an eodem ſimul utrasque partes implente velint uti, *3. Stat. tit. 4. art. 4.* Sed uſu obtinuit, ut ne amplius diſtincta Procuratoris & Advocati officia ſint, vel apud Curiam vel in dicaſteriis inferioribus, ſed & illic Advocati mandato procurationis inſtruantur, & heic Procuratores ſint Poſtulantes, quod alioquin eſſe Advocatorum, intelleximus: nec aliter Patroni in Curia, quam in qualitate Procuratorum ſimul & Advocatorum admitti, moris ac juris eſt. De Camera vid. Gail. 1. 44. 8.

14. Sententia lata, finitur officium Procuratoris, *l. 17. C. h. t.* quippe cum executio dirigatur in Dominum litis *l. 4. de Re Judic.* Proinde nec ultra miniſterium ſuum extendere cogitur; *niſi Provocationis cauſa*, additur *in d. l. 17.* qua de re *ſuperius* dictum eſt. Hoc ſatis conſtat, Procuratores, volentibus dominis, appellare debere, *d. l. 17.* Sed an ſine ſpeciali mandato tenetur ad appellandum Procurator? Non videtur, quia finitum eſt ejus officium, a quo pendet quidem appellatio, ut negare non poſſit hanc officii acceſſionem; ſed ut non rogatus ad hoc teneatur, nulla ratio vel Lex, opinor, dictat: Sane ſi ultro, ſine ſpeciali mandato, procurator appellandum putet, recte ſe interponere videtur, *arg. d. l. 17.* Forte etiam, ſi dominus intra tempus appellationi interponendæ præfixum, certior fieri & mandatum edere non poſſit, ne fatalia ruant, Procurator, ad appellationem interponendam obligatus videbitur, e verbis generalibus *d. l. 17.* Proſequi appellationem interpoſitam an etiam cogatur, ſuperius quæſitum, & cum Gloſſa ad *d. l. 17.* & plerisque Interpp. negatum eſt; Utique moribus hodiernis cum non cogi ad proſequendum, teſtatur Maſuer. *tit. de Procur. § item non cogitur.* Coren. *deciſ. 34. n. 11.* Resque ipſa id ita ſatis dictat, in Procuratoribus publicis, qui raro aut nunquam in Judiciis Superioribus, ad quæ fit appellatio, habent jus Procurandi vel poſtulandi, adeo ut ſi maxime vellet, ne quidem poſſet appellationem proſequi, quomodo accipiendum ſuſpicor, quod D. Wiſſenbach ad *d. l. 17. C. h. t.* notat ex Zobelio *part. 1. differ. 41. n. 11.* Hoc ſatis expeditum videtur, Procuratorem, etſi non teneatur ad proſequendam apud Superius Judicium appellationem, tamen non poſſe defungi nuda interpoſitione; ſed eum teneri ad omnia, quæ apud Judicem, a quo appellatum eſt, ad appellationem introducendam, peragenda ſunt, non vi-

busque incumbit litem continuare, aut, ſi hoc ita fieri e re heredum actoris non videbitur, refuſis expenſis liti renunciare; prius tamen illud ita, ut curſus fatalium, ob tam arduum & repentinum impedimentum, per IV. Menſium ſpatium ſiſtatur. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 17. § 1.* Unica eſt exceptio in lite, quam defunctus ex officio exercuit, aut cujus alias commodum vel incommodum ad ſucceſſores ſingulares pertinet; tunc ſucceſſores ſub comminatione, litem pro reaſſumta habitum iri, conceſſo tamen geminato ſpatio Saxonico ſunt citandi; comparentes aut continuent, aut renuncient in proximo termino, quo caſu ad impenſas reſtituendas non tenentur, ab eo, qui litem exorſus eſt, aut ejus heredibus, aut eo, qui officiali mandavit, recuperandas. *d. tit. § 2.*

detur

detur dubitandum: Atque ita ſuperiori anno condemnatum a CURIA novi Procuratorem, qui appellatione interpoſita, non perierat Apoſtolos, nec cætera, quæ ad introductionem appellationis pertinent, adminiſtraverat, ad id quod intererat mandantium. Quid amplius circa appellationes officii ſit Procuratorum, in loco de *Appellationibus* traderur commodius.

15. De Reconventione, quam Procurator ſuſtinere debeat, aut non debeat, ſatis in *præcedenti* ſectione dictum eſt, eademque in publicis Procuratoribus obtinent; niſi quod in his minus dubii vel difficultatis occurrit, quo minus hi reconventionem in ſe recipere graventur; etſi abſolute, ſi totam mallent omittere cauſam, ad eam ſuſcipiendam compelli non poſſent. Quæſitum eſt, an Procurator, habens mandatum de Reo vocando ad Delegatos Ordinum, ab hoc citatus ad Curiam Supremam ob eandem cauſam, illic dominum defendere cogatur. Et judicatum eſt, non cogi; quia non habeat mandatum in eum finem, & quod dicitur, Procuratorem teneri ad defendendum, ad diverſum tribunal produci non poteſt. *In cauſa Regneri Gravii contra Petrum Attama, mandatarium Roberti Abriconii, 13. Decembr. 1643. teſte* Nauta, *deciſ. 3.*

16. Finitur officium Procuratoris Publici, I. morte mandantis, ut dictum, multoque magis morte Procuratoris, ut ex loco communi apud *Inſt. de Mandato* intellectum eſt. II. Finitur revocatione mandantis, re adhuc integra, impune, alias præſtito eo quod intereſt; Scilicet impenſis ſalariisque perſoluris, idque etiam poſt litem conteſtatam; quia ne tum quidem plus quam mandatarius & miniſter eſt; ideoque nihil ſecus ac alii mandatarii, de quibus *ad tit. Inſt. Mand.* habendus eſt. Quod enim in legibus noſtris ſcriptum eſt, Procuratorem poſt litem conteſtatam, non niſi certas & graves ob cauſas, poſſe mutari, *l. 16. & 17. in pr. h. t.* de his, qui lite conteſtata fiunt Domini litium, accipiendum eſſe, res loquitur. III. Finitur renuntiatione, quæ ſimiliter re adhuc integra fit impune; deinceps non aliter, quam ſi Mandantis nihil interſit, ad cujus præſtationem tenetur, eam fieri, non eſt quod hic repetatur. Quod ſi per culpam mandantis fiat, ut ſi hic Procuratorem non inſtruat, etiam impune renunciari poteſt, & Procurator habetur pro Exonerato, ſi teſtato denunciet domino, isque venire cunctetur, ut Statutis noſtris expreſſum eſt, *lib. 3. tit. 10. art. 6.* Proinde, quod de graviſſimis cauſis, citra quas renuntiatio poſt litem conteſtatam fieri nequeat, habetur in *l. 8. ff ult.* cum *LL. ſeqq. h. t.* rurſus de Procuratoribus *litium dominis* intelligendum. Alibi tamen cauſæ cognitione ſummaria opus eſt, ut Procurator exoneretur. Gail. *1. obſ. 46. n. 5. 6.*

17. Hæc ita de publicis Procuratoribus ſeorſim, etſi vulgo non fiat, exponi momentum juris & ratio perſpicuitatis exegit *. Quæ in *Sectione priore* de Procuratoribus expoſita ſunt, haud parum ab his ultimis diſſidentia, quo minus ea de privatis ad litem mandatariis, qui ab amicis abſentibus rogantur, ut cauſas eorum agant, hodieque prædicentur, nihil in univerſum obſtat. Quoniam autem D. Thomaſius in *Scholiis ad hunc tit.* deſiderat, ut differentiæ Procuratorum publicorum & privatorum in conſpectu ponantur, fiat id paucis, ex *ſupra* dictis. I. Procurator publicus non aliter officio poteſt fungi, quam ſi publica auctoritate ſit admiſſus, examinatus & juratus, ut plurimum. Privatus ſolo domini mandato conſtituitur. II. Publicus in ipſo Judicio cuncta ad proceſſum cauſæ neceſſaria peragit; privatus extra judicium iisdem rebus curandis dat operam. III. Publicus tantum eſt Miniſter cauſæ, manetque talis poſt litem conteſtatam. Privatus litem conteſtatus exinde fit dominus litis, & pro tali, abſente domino originali, habetur. IV. Publicus procurator debet eſſe *Vir bonus*, minimeque infamis; in privato morum famæque ratio non habetur. V. Publicum oportet eſſe juris peritum: quod in privato minime requiritur. VI. Publicus mortuo domino cauſam nomine ſucceſſorum readſumere debet; privatus ad ſententiam usque inoffenſo curſu procedere poteſt, *l. 23. C. h. t.* VII. Privatus Procurator poteſt ipſe dare Procuratorem, *d. l. 23.* hodieque publicum adhibere debet; Ipſe publicus Procurator ne quidem lite conteſtata,

* Obſervanda hic etiam illa eſt Juris noſtri & Communis differentia, quod, cum hoc clauſulam rati in mandatis haud requirat, Rauchb. *P. 1. qu. 2. n. 13.* Menck. *Contr. Jur. Civ. Diſp. II. th. 1.* noſtrum, ſaltim vi obſervantiæ, cum præciſe mandatis inſeri jubeat. Berlich. *P. 1. Concl. 14. n. 71.* Carpz *Proc. tit. 5. art. 1. n. 79.* Cæterum de perſonis, quæ ſine mandato cum cautione rati pro aliis in Saxonia admittuntur, dictum eſt *ſupr. ad Inſt.* ab Aut. *p. 436.* conf. Gübner. *de Mand. ſpeciali.*

poteſt

poteſt alium dare Procuratorem, niſi hoc ſpecialiter Mandato ejus inſertum ſit, ut e Statutis noſtris *ſupra 3. 10. 1.* demonſtratum eſt. VIII. Publicus ſalarium petit, etſi non ſtipulatus; Privatus non niſi nominatim promiſſi, jus petendi habet. IX. Privati, nec renunciare, nec revocari, lite conteſtata, niſi ex magna cauſa poſſunt; In publicis utrumque licet, ſi nihil alterius, ut modo videmus, interſit.

DE DEFENSORIBUS.

Quid illi, differentiæ illorum, & officia ſingulorum explicantur.

Quicquid autem de Procuratoribus privatis habuimus, etiam de illis evidentiſſime verum eſt, qui mandato carentes, ſub cautione de rato, pro conjunctis perſonis admittuntur, ex *l. 35. in pr. h.* Alioqui ſine mandato actionem inſtitui non poſſe, jam pridem conſtat, verum absque mandato Reum defendere, juſtum & ordinarium eſt, quia cum agere ſit in arbitrio cujusque, vel ipſe litem inferre vel alium ad hoc conſtituere poteſt ac debet; Reus quando conveniatur, in poteſtate non habet, ideoque nihil æquius eſt, quam alium quemlibet verba pro illo facientem admittere. Tales ſunt, qui in Rubrica *hujus tit.* vocantur DEFENSORES, §*pen. I. de Satisdat. l. 43. § ult. & l. 46. § 2. h. t.* *Qui*, inquam, *ſine mandato pro aliis interveniunt* *, *eamque ſuſcipiunt defendendam*, vulgo in noſtro Foro *intervenientes* appellantur **. Ut autem omne genus intervenientium complectamur, recte eos diviſuri videmur, in Voluntarios & Neceſſarios. *Voluntarii* ſunt iterum duplices; Interveniunt enim vel amicitiæ, vel utilitatis ſuæ cauſa. Prius, quando quis abſentem amicum videns in jus vocari, eumque volens demereri, ſponte cauſam ejus ſuſcipit defendendam. Hoc officium cuique liberum eſt adminiſtrare, teneturque adverſarius ad litem cum defenſore conteſtandam, ſi modo caveat judicatum ſolvi, *d. § pen. & d. l. 43. § ult. & l. 46. § 2.* In Rei Vindicatione præterea de rato, quia dominus deinde reverſus rem vindicare poſſet, *l. 40. § 2. h. t.* Si quis *utilitatis* ſuæ cauſa velit intervenire, quod ſæpe fit, etiam pro præſentibus, non aliter admittitur, quam ſi probet, duntaxat ſummarie, ſua intereſſe; ne litis diſtrahendæ gratia obtrudatur, ut Gailius probat *l. obſ. 69.* idque tum, adverſario non modo invito, ſed etiam ipſo, qui defenditur, ut probant Dd. ex *l. principaliter. 19. C. de liber. cauſ.* ubi Patronus libertum a ſe manumiſſum, qui ab alio in ſervitutem vindicatur, pro beneficio ſuo tuendo, vel invitum defendere poteſt; videlicet, ſi ipſe defendere ſe nolit: Conſentiente reo principali, poteſt etiam is, cujus intereſt, ſe ipſi Reo, pro eo, quod ſua intereſt, *ad-*

* Hujusmodi defenſores ſtricte ſic dicti, qui & vero & præſumto mandato deſtituti ſunt, apud nos pro reo non admittuntur, *a. O. P. S. tit. 7.* Carpzov. *P. 1. C. 1. d. 26.* Berlich. *P. 1. Concl. 14. n. 21. ſqq.* j. Martin. *ad O. P. S. Tit. 13. § 1. n. 85.*

** Sed qui apud nos intervenientes appellantur ‡, a defenſoribus Juris Romani longiſſime differunt. vid. *O. P. S. tit. 15.* Dividuntur in principaliter & acceſſorie intervenientes. Hi uni litigantium parti, propter ſuum Intereſſe, aſſiſtunt, quod & ante & poſt litem conteſtatam, imo poſt ſententiam quoque, fieri poteſt, Carpzov. *Pr. tit. 4. art. 2. n. 35.* quæ nondum in rem judicatam tranſiit, Lang. *Proc. c. 13. n. 13. ſqq.* j. tn. Ziegler. *ad h. t. verb.* in erſter. proceſſumque in ſtatu, in quo eſt, aſſumunt. Suendendörf. *ad Vitz. p. 445.* Illi vero alterutrum vel utrumque litigantium excludere cupiunt, adeoque ad Proceſſum continuandum non tenentur. Stryck. *Introd. ad Prax. For. c. 13. § 8.* ſed proceſſum, qui inter actorem & reum tractatur, ſuſpendunt. Suendendörf. *l. c. p. 445.*

‡ Si principalis ſit eorum interventio, interveniant, niſi juris ſui amiſſione mulctari velint, inter ſpatium Saxonicum, ex quo litis motæ ſcientiam habere cœperunt, aut jus interveniendi nacti ſunt, quo nomine judice jubente, aut petente parte, jure jurando defungentur. Iſto ſpatio neglecto non admittetur interventurus, ſed ad peculiarem actionem inſtituendam ablegabitur; quo jure etiam utendum eſt, ſi ſententia definitiva jam in rem judicatam abiit, niſi intervenientis ita interſit, ut de eo in continenti liqueat, aut eidem damnum irreparabile immineat. *O. P. S. E. I. & E. tit. 15. § 1.* Acceſſorie intervenies litem, ut eſt, ſuſcipiat, & continuet, quatenusque ſua interſit, documentis, vel juratis teſtium depoſitionibus oſtendat, nulla contra hæc reprobatione admittenda, *d. tit. § 2.* Si ſuſpicio oriatur, doloſe quempiam vel principaliter vel acceſſorie intervenire, ex officio malitiæ juramentum exigendum eſt. *d. tit. § 3.*

jungere

jungere. Qualis conjunctio tantum prodeſt ad jus Rei vel Actoris confirmandum ac adjuvandum, non etiam ad ſeparatam diſceptationem introducendam; Sed qualitas & jura partium, quæ litem conteſtatæ ſunt, duntaxat inſpiciuntur, ita ut *conjunctus* ille, cujus intereſt, nihil pro ſe petere, vel concludere poſſit; ad quod nova ipſi opus foret inſtantia; quemadmodum ſcilicet ab Adjuncto in lite, nihil ſeorſim peti vel diſputari poſſe, placuit ex facto Supremæ Curiæ *d. XV. Septembr. 1650.*

2. Sequuntur Defenſores Neceſſarii; qui rurſus in *abſolute* neceſſarios, & *ſecundum* quid, diſtinguuntur. Abſolute neceſſarii ſunt, qui ad interveniendum pro alio cauſamque ejus defendendam ſe obligarunt, adeoque *præciſe* ad hoc adigi & compelli poſſunt, ut omni die ſit ab iis, qui pecuniam aliasque res accipiunt ex cauſis, de quibus lis meruitur. Secundum quid neceſſarii ſunt, Auctores, contra quos rei damnati habent regreſſum, ut ſunt venditores, in caſu quo res vendita ab emptore vindicatur & evincitur, vel debitores, qui pignus dedere, ſi res Creditori pignoratæ ab alio vindicentur; cum in venditores & debitores fiba cudatur, hi debent intervenire, atque poſſeſſores defendere, ſi pro ſe vigilare animumque advertere velint. Quod ſi venditores, debitores, aliique autores, nolint ſe primæ liti, qua poſſeſſor convenitur, miſcere, nusquam in Jure legimus, eos ad hoc poſſe cogi; tantum hoc traditum eſt, poſſeſſores condemnatos actionem in id quod intereſt, aut de evictione, in illos habere, quemadmodum ad *tit. de Eviction.* id exacte probabitur. *Actio vel defenſio primum competit poſſeſſori*, qui *patitur*, venditorem vel creditorem pro ſe litem ſuſcipere; habetur in *l. 63. verſ. Scientibus. ff. de Re Judic.* Ergo nec cogere Poſſeſſor poteſt Auctorem, (is eſt, a quo quis rem habet) ut litem, ſi ipſe nolit, pro ſe ſuſcipiat, adjungere ſe quo minus Auctor queat, impedire non poteſt, *d. l. 19. C de liber. cauſ.* Uti nec eundem in jus vocare in eum finem, ut pro ſe interveniat; ſed tantum, ut proteſtetur de effectu denuntiationis, quam emptor aliusve poſſeſſor adverſus auctorem ſuum facere debet, ut latius *ad d. tit. de Eviction.* dicendum erit; Tametſi contrarium uſu non admodum veruſto Fori noſtri ſit introductum: ut ſimplices Auctores, qui poſt eventum litis in id quod intereſt tenentur, inde ſtatim a principio ad interveniendum primamque defenſionem ſuſcipiendam vocentur & condemnentur. Cæterum, quod de Satisdatione Judicatum ſolvi, a Defenſoribus præſtanda, dictum eſt, id de voluntariis defenſoribus Leges noſtræ prædicant; in neceſſariis nec ratio Juris, nec uſus Fori illam poſtulat, utique ſi principalis liti non eximatur, nam ſi is eximeretur, cautio foret neceſſaria, vel Reus principalis executioni obnoxius maneret; ut Grœneweg. ad *§ 5. Inſt. de Satisdat.*

TIT. IV.

Quod cujusque Univerſitatis nomine, vel contra eam agatur.

I. Continuatio; quid & II. quotuplex ſit Univerſitas. III. Quo jure utantur univerſitates. IV. V. An univerſitas contrahere, & delinquere poſſit. VI. De Syndicis & actoribus, eorumque poteſtate.

Quemadmodum ſinguli per Procuratores in judicio experiuntur, ſive Univerſitates, quæ jure privatorum fere in omnibus utuntur, agunt per ſyndicos ſuos, & quidem neceſſario, cum Univerſitas per ſe nullo modo agere poſſit, *l. 1. § 1. l. 2. & l. 3. h. tit.* Quid autem ſit Univerſitas, diximus *ad tit. de Rer. diviſ. n. 7.* quamvis & definitionem paulo exactiorem dederimus *in lib. 2. de jur. civ. c. 8.* nempe, quod Univerſitas ſit, *Multitudo hominum ſub certo regimine permiſſu Summæ poteſtatis ad utilitatem communem ſociata*, quam plenius ibidem expoſuimus. Dicitur *Multitudo*; nam ipſum corpus ſociatorum eſt univerſitas, non forma conjunctionis, ut aliqui arguntantur, *l. 1. h. t.* Numerus varie haber. minimus eſt trium, *l. 58. de V. S.* poteſt etiam dici cœtus, corpus, *d. l. 1.* Collegia ſunt etiam univerſitas, at non omnes univerſitates collegia, *d. l. 1. & l. 55.* HOMINUM, non ſemper *Civium*; ſi quidem & advenarum temporariæ univerſitates dantur, ut mercatorum, ſtudioſorum &c. *certo ſub regimine*; his verbis differt univerſitas ab ſocietatibus, a vicis, & a territoriis, quæ limitibus ſuis, non regimine certo continentur.

SCHOLIUM.

Stylo Ariſtotelicorum vicus & pagus *ſunt Synonyma. Pagum ſub univerſitate includit Autor*, vide poſit. 12. *Vicum excludit. Quid igitur vici nomi-*

nomine hic Autor *intelligat, ignoro. Forte hæc & similia de definitione ac divisione universitatis, lucem accipient* ex cap. 8. & 9. de Jure Civitatis, *quæ citat*, posit. 15.

RESPONSIO.

Vicum intelligimus cohabitationem domuum sine regimine proprio. Pagum, qui certo regimine continetur, ut inferius.

Permissu summæ potestatis: plerumque immediate, aliquando per Magistratus. Sic autem familia removetur a definitione, quia hæc non eget consensu publico. Ipsa quoque *Civitas* his verbis removetur, quia hæc summam potestatem ipsa constituit, non constituitur ejus permissu. Alioqui verba hujus definitionis, & familiæ & civitati convenirent, imo & exercitui & cohortibus, centuriisque, navibus etiam in belli aut mercandi usum instructis; at hæ multitudines non permissu, verum jussu summæ potestatis, ejusque in ministerium paratæ, ideoque non sunt universitates. Denique corpora, quæ sine venia publica instituuntur, illicita sunt & in criminis notam incidunt, de quibus est *tit. in ff. de corpor. & colleg. Communis commodi ergo*; idque duplici modo *communi*, respectu coeuntium, & publico bono; non valent igitur collegia potandi comessandique gratia instituta, sicut ἑταιρίαι apud Græcos olim, & in Academiis.

2. Dividuntur Universitates, quod vel ex singulis personis, vel ex integris familiis, cum omnibus suis rebus congregentur. Quæ ex solis personis constant, habentur vel ob usus civiles, vel ob sacros. Propter civiles usus instituuntur collegia artium mechanicarum, atque etiam Academiæ, quæ sunt Universitates *Studiorum*, ut primitus vocatæ sunt, nunc *Universitates* simpliciter & per excellentiam vocantur: nam Scholæ & Gymnasia, quæ nullo regimine civili continentur, proprie loquendo Universitates non sunt, quia deficit hoc requisitum, quod in definitione collocavimus; ut tamen si jurisdictio de rebus Studiosorum detur Rectori & Magistris, hoc ad universitatis qualitatem sufficiat, etsi non adsit omnis potestas, quam dat celebris *Auth. Habita. C. Ne fil. pro Patr.*

Universitates, quæ ob sacra colliguntur, sunt Ecclesiæ, non eo sensu, quo Johannes Huss Ecclesiam finiebat, *Universitatem prædestinatorum*, rectissime quidem; sed pro multitudine credentium Deo; quæ certo loco stabilem publiceque permissum religionis cultum exercet, quibus & jurisdictio quædam, sive audientia consistorialis tribuitur; quæ licet a Repub. seorsim consideretur, negari tamen non potest, quin sint membra civitatis. Porro, universitates, quæ familias domosque complectuntur integras, sunt pagi, oppida sive municipia, territoria, Provinciæ, & si quæ sint similes. Atque hujus generis Universitates proprie intelliguntur, quando per Syndicos agitur: cæteræ, quæ non habent Syndicos, per mandatum, aliquem ad agendum constituere possunt, qui tunc Actor dicitur, *l. 2. h. tit.*

3. Jus, quo universitates utuntur, est idem quod habent privati, modo sint permissæ; nam illicitæ non utuntur jure publico. Hinc Ecclesiæ prohibitæ non capiunt hereditates aut legata, nec quidem si quid emerint, conduxerint, aliterve contraxerint, audiuntur. Quid si publice tolerentur, ut apud nos Anabaptistæ & Arminiani? Tales in his, sine quibus consistere non possunt, jure frui debent, quamdiu publice durat conniventia: sed & sic apud nos servatur; legata non percipiunt, contrahere ad usus necessarios possunt, dix. *lib. 3. de Jur. civit. c. 8. & 9.* Scilicet & contrahere & delinquere possunt universitates, *l. 7. § 8. h. l. 9. § 1. ff. Quod met. c. l. 15. § 2. Quod vi aut clam.* qua de re plura sequuntur.

4. Ex eo, quod Universitas agere potest, sequitur, eam quasi jus personæ habere, proinde obligari posse non modo ex conventione, sed etiam ex delicto, *d. l. 7. § 1. h. t. l. 27. de reb. cred. l. 9. § 1. Quod met. caus. Authent. Nulla communitas C. de Episc. & cler.* Ipsa, inquam, universitas est persona, ideoque singula universitatis membra de contractu vel delicto universitatis non tenentur; utique non quatenus sunt singuli; verum ut concurrunt ad unum corpus cum aliis constituendum: sic etiam pro sua parte tenentur, modo causa obligationis in contractu sit, ut Universitas inde valide obligetur. Ut autem hoc fiat, alterutrum necesse fuerit, vel ut omnes & singuli universitatis consortes voluntatem suam declaraverint, vel ut universitas quibusdam jus plenum & absolutum dederit, de omnibus rebus maximis & minimis libere statuendi, perinde ac si ipsa & tota universitas consuluisset; ita ut istæ personæ vel illud collegium totam universitatem repræsentent, quod in patrimoniali ut suo quidem arbitratu singula collegia facere possunt. Sed quatenus universitates sunt membra Reipublicæ subordinata, verum est ejusmodi universitatem vel collegium repræsentans in universita-

te, quæ ita est subjecta superiori, ut ipsi non exerceat jura summæ potestatis, constitui non potest: quia tales civitates non possunt modum & finem potestatis concedere suis rectoribus, sed hæc quicquid habent juris, id accipiunt ab eo, penes quem est summa Potestas; Proinde qui id genus universitatibus præsunt, non repræsentant populum Universitatis, sed potestatem summam, cui parent; hinc Municipia non possunt a suis Rectoribus obligari ultra, quam ipsis a Summa potestate concessum fuerit; consequenter, cum ipsis bona municipii communia sint commissa, videntur & hactenus contrahere posse; modo servent, quod regulæ juris communis in ejusmodi contractibus servari jubent; Verum civitates quæ habent Regalia, possunt habere personas ipsum populum perfecte repræsentantes, per quas idcirco populus, etiam ex contractu potest obligari.

5. Quod attinet ad delicta, cum in illis requiratur dolus proprius, qui non cadit in universitatem, *l. 15. § 1. D. de dol. mal.* sequitur, eam ita non posse delinquere, ut singuli ex eo teneantur; Proinde pœna singulatim infligi non potest, nisi constet, quis delicti vere particeps fuerit: Unde sequitur, si omnes facinus participaverint, ex rigore juris omnes posse puniri; licet æquitas temperamentum postulet. Ita Deus totas urbes & nationes ob peccata, quibus se inquinaverant, proscripsit atque delevit, *Deuteron. 13. 12. & seq.* alias vel decimatio aut sortitio instituitur, quæ fuit disciplina militiæ Romanæ; vel Duces & antesignani puniuntur: Universitati tamen qua tali reale pœna imponitur, etsi de auctoribus delicti non constet, quemadmodum in seditionibus urbes sæpe privilegiis & ornamentis suis privatas legimus. Alioqui notissimum in Historia institutum est puniendi universitates ita, ut *pœna paucos* affligat, metus *ad omnes* perveniat. Raro fit, ab æquis rerum Arbitris, quod Minerva apud Homerum *Iliad. 6.* de Jove ob factum Martis irato denuntiat:

Μάρψει δὲ ξὺν νηΐ, ὅς' αἴτιος ὅσσ' ἀγορεύει.

Sontes insontesque manet promiscua pœna.

vide Bod. *3. de Repub. cap. 7.* Hotom. *quæstione illustri 42.* Anton. Matthæ. *Comment. de crimin. pag. 892. & seq.* vid. omnino Mornac. *ad pr. h. t.*

6. Cæterum, Syndicus universitatis is est, quem aut lex ad hoc munus vocat, aut cui, lege cessante, dedit hoc jus ordo civitatis, qui ex more illic ejus rei potestatem obtinet, *l. 3. h. t.* Apud nos alicubi Consules soli, in quibusdam locis tribuni plebis aut decuriones, qui dicuntur, una cum consulibus, tales constituunt; conventus ordinis debet esse legitime convocatus, ‡ ita ut ne pauciores quam duæ partes adsint, & tunc, quem major pars vocaverit, is est Syndicus, *d. l. 3 & l. 19. D. ad municip. l. 45. C. de decur.* In suffragiis notandum, quod pater filio sua voce hunc honorem decernere possit, *l. 5. h. t.* Creatus Syndicus easdem officii partes habet implendas, quæ procuratori in causa privata incumbunt, *l. 1. § ult. & l. 3. § ult. h. t.* de rato cavere non solent, nisi cum dubitatur, an sit actor, vel Syndicus, *l. 6. §. ult. h.*

SCHOLIUM.

Si nimirum instrumentum defectu aliquo laboret; at si nullum mandatum habeat, non admittitur ad cautionem, Schilter. th. 53. 54. 55. Conf. Schütz. h. t. p. 55. O.

N. ADDIT.

Nec illud tamen Scholium alterum de nihilo erat, quod Autor omisit, quod videlicet ad assertionem Autoris de eodem officio Syndici ac Procuratoris, notaveram ex Schiltero d. l. th. 50. & 52. *quod singuli Syndici præsumantur esse in solidum.* ‡‡

TIT. V.
De Negotiis gestis.

I. Continuatio, & remissio ad Institutiones. II. Qui possint negotia gerere. III. Differentia hujus actionis. IV. Casus, quibus cessat hæc actio. V. An & de ratihabitione detur.

Hic titulus superiori cohæret, affinitate, quam habet negotiorum gestor cum procuratoribus, licet alioqui Negotiorum gestor ab ordine judiciorum sit alienissimus. Nempe, quod Pro-

‡ Quod ita factum esse, in ipso Syndicatus instrumento exprimatur, quod alias renunciatione beneficiorum excussionis & divisionis non indiget, subsistitque, licet constituentes omnes mortui sint, aut bona ad alios penitus possessores pervenerint. *O. P. S. E I. & E. Tit. 7. § 1.*

‡‡ Quæ Procuratorum & Syndicorum differentia, novissimo jure cessare videtur per *O. P. S. E. I. & E. Tit. 7. § 3.* conf. quoad Syndici officium aliam observationem *Tit. 1. § 1.*

curator ad litem & ad negotia differt, hoc etiam distat Defensor & negotiorum Gestor; ille videlicet in litibus alienis, hic in negotiis occupatur extrajudicialibus. Uterque amicitiæ causa; cujus specimen inprimis Negotiorum Gestio, qua quis absentis amici negotia sponte gerenda suscipit, præbet. Eurip. Andromach.

Τῶν γὰρ ἐκδήμων φίλων
Δεῖ τὰς κατ' οἶκον οὔτας ἐκπονεῖν τύχας.
Absentem amicum ne tueri negligas.

Quid porrò sit negotiorum gestor, & quales inde nascantur actiones, diximus *ad § 1. Inst. de quasi-contr.* Vid. *Part. 1. lib. 3. Tit. 28. n. 2.* Est autem Prætoria hæc Actio, ut non modo ex *l. 3.* sed etiam ex *l. 1. in pr. h. t.* ubi; *Hoc Edictum necessarium est.* intelligitur. Nec enim quod ex *quasi*-contractu est, id civilem arguit auctoritatem, nihilo magis, quam quasi delicta, quæ Prætoria pleraque sunt. Dissent. *Bokelm. h.* & alii. Enim vero mandatum facit discrimen Procuratoris a negotiorum gestore. Sed in negotiorum gestione dominus semper est absens, non utique a loco, ubi res geritur, sed a negotio, cui si præsens interfuerit, nec contradixerit, mandasse intelligitur, *l. 18. l. 40. & l. 53. D. mand.*

2. Cæterum, extra judicium, ut hic, negotia quoque fœminæ gerere possunt, *l. 3. § 1. & l. 31. h. tit.* etiam servi, *l. 17. l. 18. & l. 19. in princ. h. t.* pupillus proprie non potest gerere, ex ratione *l. 46. ff. de O. & A.* quia non potest obligari *ex facto suo*, quale est negotii gestio. Attamen si gesserit, tenetur qua locupletior est factus, sicut & ipse procul dubio tenetur ei, qui res ipsius gesserit; ità intelligimus *l. 3. § 4. h. t.* ut non opus sit emendatione Cujacii, quam habet Gothofredus ad *d. l. 3. § 4.* de qua D. Wissenbach. *ad h. t. a pr.*

3. Dantur casus, quibus cessat hæc actio. I. Si quis invito & prohibente domino gesserit, etsi utiliter, *l. ult. C. h. t. l. 27. § 25. ff. ad L. Aquil.* ubi & ratio; *quia donasse videtur.* II. Si quis lucri sui causa res alienas gesserit, quo casu dominus tantum tenetur, quatenus est locupletior, ipse gestor in solidum, *l. 6. § 3. h. t.* III. Si quis pro alio fecerit impensas ad quas tenebatur, *l. 5. & l. 13. C. h. t.* IV. Si quis non animo repetendi sed donandi, vel ex pio affectu gesserit, is postea diversum animum induere non potest; huc pertinet casus, si mater aut vitricus, aluerit filium vel privignum, *l. 11. & l. 15. C. h. t.* si filius pro patre solverit, *l. 10.* si maritus pro uxore ægrota, *l. 13. C. eodem.*

4. Distinguitur actio non modo in directam & contrariam, de qua *ad h. t. Inst.* sed etiam in directam & utilem. ut hæc sit, cum verba Edicti deficiunt, velut de his, quæ post mortem domini gesta sunt; cum in edicto sit, *cum moritur*, *l. 1. § 6. h.* Curator etiam de singulis rebus utili negotiorum gestorum actione tenetur, *l. 17. C. h. t.*

5. Quæritur, an hæc actio locum habeat, si negotium ab initio ignorante domino gestum, deinde ab eo ratum habeatur? *Aff. in l. 6. § 9. & 10. & in l. 9. h. t.* item in *l. 80. § 5. de Furt.* Plerique tamen contra statuunt, propter *Legem 60. de R. J.* quæ hanc regulam tradit, Ratihabitio mandato comparatur; item, Ratihabitio retrotrahitur ad initium cujusque actus, *l. 56. D. de jud. l. 16. § 1. de pignor.* Interpretes varie distinguunt, *vide* Pac *l. 2. antinom. cap. 51.* Bronch. *lib. 2. enunt. c. 47. & seq.* Bachov. *ad Wesenb. h.* Fuit, quum putarem, ratihabitionem mandato comparari, quod ad vim & effectum obligationis attinet, non etiam quod ad genus & nomen *actionis.* Sed mandati actionem ex ratihabitione dari, expresse air *d. l 60.* Mihi non videtur insolens, utramque dari actionem, Negotiorum gestorum, initio; Mandati, eventu inspecto. Quid enim vetat, cum utraque *actio ad eundem finem tendat*, utramque dari elective, ut actio pro socio & communi dividundo, *in l. 38. § 1. π. Pro Soc. &c.?* Aliter D. Wissenb. *ad l. 9. C. h. t.* Responsiones aliæ sunt obscuriores.

TIT. VI.

De Calumniatoribus.

I. Continuatio, & quis Calumniator. II. Actio qualis adversus eum, & cui illa detur. III. An heredi, ac in heredem. IV. Quomodo aliter calumniator teneatur.

Multi, cum in jus aliquem vocaverunt, improbi calumniatores deprehenduntur. Est autem *Calumniator* in genere, qui falsam litem dolo malo intendit, *l. 1. § 1. ad Sc. Turp.* Hoc loco est, *qui pecuniam accepit, ut alium improba lite vexaret*, *l. 1. h. t.* Qui hoc fecit, tenetur in quadruplum eis annum, postea in simplum, *d. pr.* Per pecuniam intellige omne genus compendii, *l. 3. ff.*

l. 3. pr. Daturque actio, sive moverit actionem, sive non; dummodo acceperit ut faceret, vel ne faceret, *l. 3. § 1.*

2. Actio datur ei, in cujus fraudem data est pecunia, *l. 3. § ult.* Unde, si ego dederim alicui pecuniam, ne me vexaret, ei qui prius acceperat nummos, ut me vexaret; idem bis mihi tenetur, *d. l. in fin.* Etsi autem sæpe in hac actione non vertatur id quod interest actoris, tamen simplum inest huic quadruplo; proinde mixta hæc est actio, *l. 1. in pr. l. 4. & l. 5. in pr. & § 1. h. t.* post annum non nisi in simplum dabitur, *d. l. 1. in pr.* Hinc simplo exacto, non in quadruplum, sed in triplum agitur, *d. l. 5. § 1.* Imo *alterutra Actio sufficit*, habetur illic; Responde, in *d. l. 5. § 1.* res proponi actiones condictionem, in triplum, & in quadruplum actionem. Responsio JCti, *puto sufficere alterutram actionem*, excludit actionem in quadruplum, non etiam in triplum: ad duas se refert, non ad tres propositas actiones. Vide Strav. *exercit. ad Pand. n. 60.*

3. In heredem non dari hanc actionem, nisi quatenus est locupletior, ratio manifesta dictat, quoniam nullæ actiones ex delictis in heredes dantur, *§ 1. Inst. de perp. & temp. act. l. 5. in pr. h. tit.* Sed mirum est, quod heredi non datur, *l. 4. hic*, cum alioqui mixtæ actiones heredibus semper competant. Ratio est, quod hæc similis sit injuriarum actioni & quodammodo ad vindictam tendat, quæ non transit ad heredes, *d. § 1. Instit. de perp. & temp. act. vers. sed heredibus.* Simplum autem si datum sit heredi a tertio, non præbet rationem ejus quod interest heredi, si vero ipse defunctus dederit pecuniam, heres habet condictionem e turpi causa, *d. l. 4. h. t.*

4. Præter quadruplum, criminaliter quoque extra ordinem puniuntur calumniatores, *l. 8. in fin. hic.* idque cum infamia, *l. 1. de his, qui infam. notantur.* Eadem & gravior apud Athenienses pœna, Demosthene *κατὰ Μειδίε* teste; "Ατιμος ἐγω καὶ παιδες καὶ τὰ ἐκεινε, *Infamis esto, cum liberis omnibusque suis*, de hoc ipso genere. Olim & L. Remnia inustionem stigmatis patiebantur, notari Litera K. *l. 13. de Test. l. 1. § 2. ad Sctum Turpill.* quam pœnam sustulit Constantinus, quia facies, inquit, hominis ad similitudinem pulchritudinis cœlestis figurata est, *l. 17. C. de pœn.* ratione minus inepta, quam videtur D. Wissenbachio ad *hunc tit. in fin.*

Ab hoc Edicto diversa est pœna eorum, qui Judici vel Adversario pecuniam corrumpendi causa dederunt. Nam hi litem amittunt, ex constitutione Imperat. *l. 1. § 4. ff. de Calumniat.* Differunt etiam pœnæ Senatus consulti Turpilliani, & Prævaricationis, & Falsitatum, de quibus *in suis locis.*

LIB. IV.

TIT. I.

De Restitutionibus in integrum.

I. Continuatio. II. Definitio Restitutionis. III. Quo sensu dicatur remedium extraordinarium. IV. Detur ne duplex restitutionis judicium, Rescindens & Rescissorium. V. Quis restituat. VI. Quis petat Restit. & ubi. VII. Causæ restitutionis. VIII. Tempus. IX. An transeat in heredes. X. Effectus restitutionis.

Sæpe judicium per in integrum restitutionem prævenitur, rescissa causa, super qua litigandum erat: de qua proinde ante judicia tractatur; Continuationis aliam alii rationem reddunt. Cujacius eam petit ex *l. 1. § 9. & 10. de Postul.* ubi JCtus ait, eos, qui postulare prohibentur, tantisper esse prohibitos, dum a Senatu vel a principe fuerint restituti; Unde præbita sit occasio de restitutione in integrum hoc loco agendi. Aliter Pacius & J. Gothofred. *ad h. t.* quem sequitur Struv. *ex. h.*

2. Est nihil aliud RESTITUTIO, quam amissæ causæ redintegratio, *l. 2. C. in quib. causis rest. in integr. necess. non est in fin.* Nescio, an pari sensu redintegrandæ causæ actio dicatur Paulo in *lib. 1. Sent. cap. 72.* ut non actio Petitoris, sed Prætoris sit, idemque cum *actu* significet, quemadmodum legis actio forte sumitur. Magis tamen est, ut metonymice actionem, qua petitur restitutio, Paulus vocaverit restitutionem, ut fieri potest, *l. 1. § 6.* junct. *§ 4. ff. de dol. mal.* Dicitur autem redintegratio causæ *amissæ*; nam ubi jus adhuc est salvum, nec amissa causa, ibi restitutione opus non est, *l. 16. in pr. ff. de minor. l. 3.*

C. de in integr. rest. min. Denique, redintegratio non frustra dicitur quia cuncta in pristinum statum utrimque reducuntur, ita ut omnis restitutio sit reciproca, *l. 24. § 4. ff. de Minor. l. 1. & 2. C. Si adverf. transact.*

3. Solet hoc judicium Restitutionis vocari *extraordinarium*, quatenus in subsidium, nec fere nisi deficientibus aliis actionibus, conceditur, *l. 16. in pr. de minor.* Sed usitato sensu, quo extraordinaria dicuntur judicia, in quibus ipsi prætores cognoscebant, hæc non sunt, quia satis constat, in restitutionibus datum fuisse judicem, *l. 14. § 1. Quod met. c. l. 1. § 1. ff. de dol. mal. l. 2. § 1. de cap. min. l. 1. in fin. Ex quib. caus. maj.* excepta restitutione minorum, *l. 24. § ult. de minor. arg. l. 1. cod.* Vinn. *1. Quæst. 14.*

4. Solent etiam Doctores judicium restitutionis in integrum facere duplex, *Rescindens* & *Rescissorium.* Rescindens vocant, quo petitur rescissio ejus quod gestum est; Rescissorium, quo persequimur rem aut jus nobis restitutum; quod nos ita concedimus usum habere, si quando accidat, ut nihil absit ei, qui petit restitutionem, sed ut dandum ab actione alii adversus eum competente liberari cupiat, ut in *l. 21. § 5. Quod met. caus.* tunc aperte nihil opus est quam rescindente remedio. Quod si res amissa nobis etiam restituenda sit, cum rescissoria actione rem ipsam petimus, adeoque tum rescissio illa restitutionem continet vel conjunctam habet, *l. 9. § 7. & 8. l. 14. § 1. Quod met. c. l. 1. § 1. & l. 8. pr. & § 1. de dol.* Quin & ali quando, ubi Prætor solum jus agendi amissum restituit, quædam species duplicis judicii esse potest, ut in *l. 9. § 4. & l. 21. § 5. in fin. Quod met. c. § 5. Inst. de Action. l. 35. de O. & A.* Ex. gr. Est, qui rem suam vi metusque alienavit, non habet in rem actionem; Prætor tamen rescindit alienationem, eique dat in rem actionem, *d. l. 9. § 4.* non quod primo rescindat alienationem & dein det in rem actionem, distinctis judiciis; sed actor uno libello petit, ut rescissio fiat & actio in rem admittatur. Forsitan & illa species imposuit Doctoribus antiqui moris imperitis, quod ea, quæ apud Prætorem fiebant & ad judicem pedaneum, duplicis quandam judicii formam præ se ferant. Ex his intelligi potest, quid leges ad hanc rem citatæ velint, *l. 46. § 3. de Procurat.* ubi; *restitutorium judicium. l. ult. C. Quib. ex caus. maj.* ubi; *in integrum restitutis actio utilis datur.* Item ad *l. 26. §. 7. D. eod. l. 18. C. de postlim. reverf. d. l. 9. § 4. Quod met. c. d. l. 35. de O. & A. § 5. Inst. de Action.* Vinn. *d. lib. 1. Qu. 10.* Struv. *d. l. t. n. 3.* Hoc igitur tenendum, Actionem, qua petitur restitutio, vel ad solam restitutionem tendere, vel simul ad jus amissum recuperandum, ac ita duplici via proceli, *l. 21. § ult. Quod met. c.* Priorem vocant judicium Rescindens; posteriorem Rescissorium; nec hactenus male, quod mihi quidem videtur.

SCHOLIUM.

Ex Principiis juris Romani verius est, duplex ejusmodi remedium non dari, per ea, quæ adducit Strauch. Disp. 3. ad 50. decis. n. 23. seqq. *Struv.* d. l. th. 3. *Non obstat* d. l. 21. § ult. *cujus sensus est, quod Prætor, rescissa scilicet repudiatione, vel det hereditatis petitionem, vel actionem pœnalem quod metus causa, quæ plenior est.* Conf. tit. seq. posit. 9. *Moribus vero duplex remedium est receptum.* Dn. Sehilt. th. 7.

RESPONSIO.

Non puto, inquam, duplex remedium Jure Civili esse proditum, ut primo petatur Rescissio, deinde res, quæ abest, ordine continuo. Sed hoc, quod volo & dixi, res ipsa loquitur, tam juri civili quam moribus, non posse non esse consentaneum. Aliquando petit læsus se tantum restitui & actum rescindi; Aliquando rem vel jus amissum pariter sibi restitui. Hoc posterius nemo negat obtinere: Sed & prius sapissime usu venit. Exemplo sit, quod apud Curiam nostram accidit ante ferias O. S. 1680. Sako Folkerus minor, juxta alios coheredes venditurus prædium, renuntiaverat fideicommisso sibi in id competenti conditionali, in casum, si conditio existeret. Ab hac renunciatione petiit se restitui, & impetravit restitutionem, nihil amplius: hoc erat Judicium Rescindens. Existente conditione, poterit movere judicium Rescissorium, fideicommissi petendi gratia. Manifestum est, ejusmodi usus esse juridicos & legales.

N. ADDIT.

Explicata sic Autoris mente, non amplius inter nos lis est, nec scholio fuisset opus, si prælectiones ad Pandectas eo tempore, quo Scholia scribebam, fuissent publicatæ.

5. Potestas restituendi in integrum, competit cuivis ordinario Magistratui, imo & delegato, *l. ult. C. ubi & apud quem.* videlicet magistratibus populi Romani; Nam restituendi facultas ex iis est, quæ ἀρχικώτερα, id est potestatis cujusdam excellentioris sunt, ideoque non competit Magistratibus municipalibus, *l. 26. § 1. D. ad municip.* Quare & in Frisia soli Curiæ Supremæ competit

petit hæc potestas, ut usu quoque servatur, opinor: civitates enim nostræ & magistratus campestres, nihilo plus juris habent, quam municipales apud Romanos: tametsi alias hodie scribant, Restitutionem ab omnibus fieri posse, qui habent jurisdictionem. Sfort. Odd. *part. 1. quæst. 32. art. 4.* Sic, inquam, in Frisia, si Restitutio per se sola petatur: sed quando una cum actione principali instituitur, tum recte apud quosvis Magistratus petitur *; quomodo accipiendum videtur, quod Sandius hac de re scribit, *l. 1. t. 15. def. 1. vers. Aliquando.* Et sic velim accipiendum esse, quod Wissenbachius *ad h. t. th. 3. in fine* scribit & auctoritatibus probat, Moribus solum Principem, quive Principis vicè fungitur, in integrum restituendi jus habere: qua causa notat eum Thomasius Schol. *ad posit. 5. h. t.* Cæterum, id ultro liquet, inferiorem judicem contra id, quod a superiore actum est, non posse restituere; sed quilibet contra suam & antecessoris sententiam potest, *l. 16. § ult. l. 18. & l. 42. de Minor.* Unde sequitur, contra Principis sententiam solum restituere posse Principem, *d. l. 18. § 1.*

6. At ubi petenda restitutio? Locus domicilii præscribitur *in l. 2. C. ubi & apud quem.* de quo vide Bachov. ad *τὰ πρῶτα h. t. ubi & coram quo.* aliis cum domicilio locus rei sitæ vel rei gestæ concurrere videtur, Covarruv. *t. variar. resol. 4. num. 1.* quod utique procedit, ubi actio in rem, vel ex re gesta, rescissoria instituitur, non ubi restitutio seorsim petitur, *arg. l. f. C. ubi in rem actio.* Schotan. *h.* Struv. *h. n. 4.*

Denique, Restitutionem petere potest quicunque læsum se queritur, seu per se, seu per procuratorem speciali mandato ad hoc instructum, *l. 25. § 1. in fin. & l. 26. de Minor.* Si quis vero generale mandatum de universis negotiis gerendis alleget, non debet audiri, quia nominatim mandatum sit oportet, ut restitutio concedatur, *d. l. 25. § ult.* Quin etsi clausula sit adjecta; *ut mandatarius omnia perinde faciat, ac si dominus præsens esset, etiam in quibus alioqui speciali mandato opus foret,* non sufficit tamen: Id enim diserris verbis *l. 25. § ult.* satisfacere non potest, accedente insuper odio rescindendi, quod valide contractum fuit. Ac ita, nec aliam ob causam, rejecta est petitio restitutionis, ex mandato generali, clausula tali munito, minoris absentis in India Orientali, a Suprema Frisiorum Curia, die XX. Junii 1080. in causa *Simonis Nicolai Bootsma Q. Q. Actoris, contra Catharinam Johannis.* Agebatur de hereditatis divisione rescindenda. Quod autem in *l. 26.* additur, si de mandato speciali dubitetur, eum defectum cautione de rato posse emendari, in illa specie non habebat usum; quia nec cautio erat oblata; nec de mandato speciali dubitabatur, sed non extare, manifestum erat. Hæc res in iis locis, ubi Juris Romani observatio est arbitraria, forte non æque placeret usque accurationis.

7. Restitutio nunquam, nisi causa cognita, decernitur, *l. 3. h. t.* videlicet an justa sit causa, cujusmodi sex recensentur in *l. 1. fin.* cum *l. 2. h.* Metus, Dolus, Minor ætas, Absentia, Capitis diminutio, & justus Error.

SCHOLIUM.

Quas etiam retinuit Carolus Magnus in capitulari. Dn. Schilter. th. 4. 5. 6. *ex Jure Longobardorum. Apud nos additur alia causa, scilicet sexus fœmineus.* Schilter. th. 9.

Ob hasce causas restitutio in quibusvis negotiis conceditur, etiam contra Fiscum, *l. 1. C. si adverf. Fisc.* contra sententias, *tit. C. si adverf. rem judic.* Transactiones, *l. 1. C. si adv. transact.* non tamen ob errorem, *supr. de Transact. n. 7.* etiam adversus usucapionem & præscriptiones, *tit. C. si adv. usuc.* excepta præscriptione *30. annorum, l. 3. C. de præscr. 30. ann.* Scilicet ita, si res majoris sit momenti, & digna extraordinario remedio: non ob rem modicam. Undè proverbium, *modicum non curat Prætor, l. 4. h.* id est, usque ad duos aureos, *l. 10. de dol. mal.* cujus tamen moderatio judici permittitur. Ita negatur Restitutio, maxime, si majori præjudicetur causæ, *d. l. 4.* Etiam in hunc finem vel maxime causæ cognitio adhibenda, sint ne vera, quæ

* Apud nos magistratus etiam brevi manu, sive præveniendo, restitutionis beneficium indulgere potest, e.g. si a Minore fatale probationis non observatum fuerit. Conf. *Dec. Ll. 4. verb.* ja so Part gat hierinne præveniret werden könne. Ex qua decisione etiam apparet, nostro Jure mulierem, quæ terminum probatorium ratione illatorum elabi passa est, in integrum restitui. Nam regulariter mulierem, curatore destitutam, eodem cum minoribus, circa restitutionem in integrum, jure uti, recte negant, Ruchb *P. 2 qu. 32. n. 83* Lyncker *P. 1 dec. 336. & 453.* Carpz. *P. 2 C. 15. def. 33.* Dissent Richter. *P. 1 d. 27. num. 23.* Schilt. *Ex. XI. th. 9.* conf. ipsam *Dec. 4. verb.* ugd dann die Weiber, & Philipp. *ad rand. Obs. 3. n. 14.*

pro-

proferuntur, an secus, *d. l. 3.* Adde Wissenb. *th. 4. b.*

8. Tempus restitutionis quod attinet, petenda hodie est intra quadriennium continuum, *l. ult. C. de temp. in integr. restit.* non modo ad instituendum, sed & absolvendum hoc judicium, quatenus diligentia petitoris fieri potest, *d. l. ult. & l. 6. eod.* Et hoc tempus currit minoribus a primo die anni *26. d. l. ult. § ult.* aut veniæ ætatis judici intimatæ, *l. 5. C. h. t.* nisi plus quadriennio desit huic a 25. annis; hoc enim spatium absolute ei permittitur, *d. l. 5.* Si minor sit miles, tempus restitutionis non currit statim ab ann. 26. sed a tempore missionis, *l. 1. l. 3. & l. 6. C. de tempor. in int. rest.* Dolo aut metu circumscriptis currit tempus a re gesta, utiliter tamen, id est, ex quo cognoverint, se esse deceptos, verbis *d. l. ult. Quadriennium continuum numerari, ex quo annus utilis currebat.* Hunc autem a die scientiæ cœpisse currere, notum, & sæpe dictum est; Ita ut quadriennium continuum non sit initii, sed durationis respectu; quemadmodum de quinquaginta diebus excusandi causa competentibus, *alias* intellectum est. Vid. *Part. I. Lib. I. Tit. 25. n. 13.* Denique absentibus currit tempus, a quo abesse desierint, ut & militibus, *d. l. ult.* Quadriennium non modo ad interponendam, sed etiam ad finiendam restitutionem præscribit Imp. *d. l. ult.* quod hodie non servari, recte monet Struv. *Ex. 8. th. 64.*

9. Omnium, qui possunt restitui, successores quoque restituuntur, *l. 6. h. t. l. 3. § 6. & l. 18. § f. de Minor.* regulariter ex persona defunctorum, & pro tempore, quod illis supererat: nisi quod minores insuper ex sua persona restituuntur; ut habeant primo tempus, quod ipsis deest ab ætate legitima; tum adhuc id, quod defuncto supererat, *l. 2. l. 4. & l. 5. § 2. C. de temp. in integr. rest.* Ex eo, quod hoc jus ad heredem transit, sequitur, idem ab eo, cui comparatum est, cedi posse tertio, *l. 24. pr. de Minor. l. 20. § in fin. de Tut. & rat. distrah.* videlicet, non ipsa restitutio, quæ est judicis officium, vel aptitudo ad petendam restitutionem, sed jus implorandi id officium, post causam commissam, quod instar actionis habet, *l. 37. de O. & A.* Vid. Mynsing. *4. obs. 18. & seq.* Nec tamen inde sequitur, quod hoc judicium sit reale; est personale, hoc est, iis tantum competit, qui causam legibus probatam in sua persona proferre possunt, per *l. un. C. Si in comm. caus. in int. rest. postul.* Vian. *1. Qu. 11.* An & hoc beneficium detur fidejussoribus, in singulis restitutionum causis rectius videbimus.

Modus, quo fit restitutio, est non modo per Actionem, sed etiam per Exceptionem, *l. 9. § 3. ff. Quod met. c.* etsi communiter per modum Actionis petatur, necesse tamen id non esse, probavimus *Part. 2. Jurisp. hod. l. 1. tit. 42. num. 3.* An autem huic remedio exceptionis quadriennium quoque præscriptum dicetur? Ita recte, puto, adfirmat Strauchius *dissert. ad Jus priv. 27. th. 27.* etsi dissentientes Carpzovium, *l. 6. Resp. 96. n. 1. 2.* Eckolt. *ad tit. de Rest. in int.* laudet Thomas. ad *Strauch. d. loc.* Quando super incidentibus causis in judicio restitutione opus est, ut fit omnie die, libello supplice, non actione petenda est, ne judicium judicio cumuletur; si res dubia sit, ut per libellos expediri nequeat, ita recipitur *stylo nostro*, fiat *libellus in judicio*, & tum partes summaria lite disputant. Si quis recta adversarium ea de causa in jus vocet, cum expensis *apud nos* repellitur, ut judicatum memini in causa *Claes Takes cum soc. contra Harmen Tjeerdts 16. Martii 1680.* & rursus inter alias partes 15. *Jul. insequent.*

10. Effectus restitutionis est, quod, ea pendente, cuncta maneant in statu, *l. un. C. h. t.* In *int. rest. postul. ne quid novi fi.* Wissenbach. *th. 9.* Strauch. 26. 27. Jure Canonico, si pateat, tergiversandi causa peti restitutionem, fieri potest executio sub cautione, judicis arbitrio, *cap. 6. extra de in integr. rest.* quod praxis frequenter servat. Struv. *h. in fin.* Apud nos hactenus, ut si executio jam sit inchoata, per restitutionem impediri nequeat, & si necdum inchoata, sufficio tamen sit, restitutionem peti tergiversando, victori potest concedi executio statim, sub cautione, quam diximus. Sand. *l. 1. tit. 15. def. 3.* Specialiter, quando minor adversus chirographum suum petit restitui, locum habet adjudicatio provisionalis, quam vocant, qua is, qui manum suam agnoscit, pecuniam in judicio deponere cogitur, ab adversario sub cautione tollendam, ut si postea liqueat, minorem esse læsum, pecunia restituatur. Fab. Cod. *ad tit. de restit. postulat. defin. 1. n. 7. in not.* Sand. *1. 8. 3.* Quia autem restitutio a sententia, non impugnat executionem ejusve modum, sed nova judicii causa est, ideo per modum exceptionis adversus executionem non potest

poteſt inſtitui, * ſed cruda, ut vocant, actione opus eſt. Sand. *ibid.*

SCHOLIUM.

Aliud Jure Saxonico. Schilter. dicta th. 11.

TIT. II.

Quod metus cauſa.

I. Quid metus & ratio reſtitutionis. II. Qualis vis & metus hoic eſſe debeant. III. Quo pacto fiat reſtitutio. IV. In quantum ſit haec actio. V. Contra quos detur.

PRima reſtitutionis cauſa traditur METUS, qui definitur, *Inſtantis vel futuri periculi cauſa mentis trepidatio*, *l. 1. h.* Arist. *1. Eth. 9.* πρόσδοκία κακῶν. Inſtans periculum, quod jam adeſt; Futurum, quod certo expectatur, quatenus moraliter conſtare poteſt, ne obſtare videatur *l. 9. h. t.* ubi metus *præſens* requiritur; quo ſcilicet incerti periculi ſuſpicio removeatur, adeo ut, quamvis nemo per vim fundum ſit ingreſſus, ſi tamen juſtam paterfamilias cauſam exiſtimandi habuerit, imminere ſibi armatos, ac ita profugerit, juſtam reſtitutionis cauſam habere cenſeatur, *l. 33. § 2. de Uſucap.* Etſi hæreat in eo D. Wiſſenbach. *th. 18. b.* Ratio indulgendi reſtitutionem in integrum obſcura non eſt; neceſſitas contraria voluntati, ut eſt in *d. l. 1. Quod met. c.* quod nempe civiliter accipiendum. Nam alioqui certum eſt, actiones metu initas non eſſe invitas, ut expoſuimus Parte I. *tit. de Except. th. 3.* Textus elegans in *l. 21. § ult. h. t.* juncta *l. 85. de acquir. hered.* ubi volens & invitus idem in eadem re metu facta dicitur; Sunt enim mixtæ actiones, quæ per metum extorquentur, qua de re pluribus *d. th. 3.* diſſeruimus, ubi invitum probavimus eſſe duplex, per vim & per ignorantiam. Per vim, quando externa vis adhibita deliberationem & electionem coacti excludit. Qui autem per metum aliquid eligit facere, hunc non agere invitum: Sed dolo deceptum, agere per *ignorantiam*, ac ita invitum. Obſtat, quod Ulpianus in *l. 14. § in hac Actione h. t. metum habere in ſe ignorantiam*, reſpondet. Tu dic, ſecundum quid, non ſimpliciter; quatenus, ut Lucan. *lib. 7.*

- - Sua quisque pericula neſcit
Attonitus majore metu.

Non quod nihil ſciat, ut dolo decepti. Poteſt etiam de vi coactis uſurpari, quod Nazianzen. *orat. 3. contr. Jul.* de Chriſtianis vi ad ſacrificandum coactis uſurpat, Η' διάνοια ἀν ἠκολάθησε, *Mens non eſt inſecuta.* Vi Coacti nolentes *volunt.*

2. Præcipua periculi ſpecies intelligitur hic, VIS, quæ eſt *majoris rei impetus*, *quem repellere nequivimus*, *l. 2. h.* Sed in genere omnis metus, qui cadit in hominem conſtantem, facit locum reſtitutioni, *l. 6. h.* imo in *conſtantiſſimum* hominem, ut habet textus, ſuperlativum pro poſitivo evidenter uſurpans, quod etiam civiliter & comparate accipiendum, reſpectu cujusque hominis, qui ſe metum ait eſſe paſſum: utique enim majorem in viro quam in fœmina, in homine robuſto quam in ægro, conſtantiam deſiderabimus. Non igitur metus reverentiæ qui dicitur, de qua tamen vide Wiſſenbachium ad *h. t. th. 13.* per *l. 22. de Nupt.* nec potentiæ, *l. 6. C. h.* niſi pro argumento metus minisque propoſita ſit; non timor infamiæ, aut vexationis alicujus, *l. 7. pr. h.* vanus enim eſt metus ille, cum privatus homo nemini infamiam irrogare queat, & contra vexationes paratum ſit magiſtratus præſidium; ideoque ſi talis ſit vexatio, quæ Magiſtratuum ope averti nequiverit, dabitur ſine dubio reſtitutio, idemque dic, ſi infamia cum reali injuria ſit conjuncta; qualis a Sexto Tarquinio Lucretiæ intempeſta nocte, ſoli cubanti, proponebatur. *Tace Lucretia*, inquit, *Sextus Tarquinius ſum, ferrum in manu eſt; moriere, ſi emiſeris vocem. Cum mortua jugulatum ſervum nudum ponam. In ſervili adulterio necaſſe dicam*, Livius 1. 58. Quamvis enim, ut Seneca *in Hippol.*

Mens impudicam facere, non caſus ſolet;

Jure tamen metuitur, quod ex improbiſſimis calumniis adhæret. Neque tamen metus minarum ſufficit, niſi præſenti periculo junctæ, *arg. d. l. 7. pr.* aut ab eo proferantur, qui poſſit & ſoleat minas exequi, qualem ſe Jupiter prædicat apud Homerum *Il. o. apr.*

Οὐ δὲ λάθοιμι.
Ῥίψασκον τεταγὼν ἀπὸ βηλοῦ, ὄφρ' ἂν ἵκηται

* Limitat hoc Deciſio Electoralis 15, niſi læſio & cauſa reſtitutionis, e. g. minorennitas, in continenti intra terminum executivum probetur. § Es könte und wolte. *j. o. P. S. t. 38.* § Es wäre denn einer. Philipp. *ad d. Dec. Obſ. 2.*

Γῆν ὁλιγηπελέων.

Quemcunque prehendam,
Hunc, dabo præcipitem ex alio, raptusque jacebit
Exanimatus humi.

In aliis minæ tam immanes erunt inanes: nisi, inquam, proficiscantur ab homine, de quo constat, ad minas non esse progressurum, nisi executurum. Hoc metu se tueri potuit Metellus Tribunus pl., qui post fugam Pompeji claves sanctioris ærarii aliquandiu ausus est negare Cæsari, armato in urbem ingresso; donec ei victor mortem minaretur, hoc addito; *Et scis, adolescens, hoc mihi factu quam dictu facilius esse*, Plutarch. *in Cæs.* Metus, quem quis sua culpa suoque merito contraxit, non dat locum restitutioni, ut si liberta ingratitudinis rea, metuens ἀναδήλωσιν ex Lege, det aliquid patrono, ne in servitutem redigatur, *l. 12. in pr. h. t.* modo patronus ei tamen hunc metum non ostentaverit ejusque interminatione pecuniam expresserit; tunc enim sine dubio daretur restitutio, si liberta eam urgere auderet. Nam ita de fure, de adultero scriptum est, si in flagitio dederint aliquid, aut se obligaverint, ne proderentur, pertinere eos ad hoc Edictum, *l. 7. § 1. h. t.* licet interim lex Julia furtique pœna adversus eos non dormiant, *l. seq.* nimis enim frequens id in Jure conspicitur, ut actus aliquis illicitus certo respectu juris effectu potiatur, nec tamen sua pœna destituatur, ut eum, qui per vim alterius agrum venandi causa ingreditur, feram facere suam, & teneri injuriarum, dix. *Part. I. Lib. 2. Tit. 1. n. 21.* Qui purpuram alienam suæ vesti adtexit, fit dominus purpuræ, & tenetur pœna furti, *§ 26. I. de A. R. D.* De nostra specie adde Wissenbach. *th. 14.* Denique, metus justus, qualis est bello illatus, restitutionem non præbet, neque possunt eximere se obligationi, qui hosti lytrum, etsi mortem aut vincula meruerint, promisere; secus, si vis jure Gentium illicita fuerit illata, de quib. Grot. *l. 3. c. 4. § 15. & seq.* Quare quod piratis & latronibus est promissum, licet debeatur, tamen solutum repeti, aut per exceptionem retineri potest. Grot. *l. 2. c. 11. § 7.* An idem liceat, si jurata sit promissio, inferius in *loco* videbimus.

3. Ex eo, quod restitutionem Prætor pollicetur, satis liquet, id quod aliquoties dictum, vi metuque gesta per se, licet bonæ fidei contractus sit, valere, rescindi vero per aliquod juris remedium, *l. 1. l. 3. pr. l. 25. § 1. & l. ult. § 1. h. t.* ut tamen heic etiam locum habeat, quod alias monuimus, verba, *rescindi*, & nullius momenti esse, quandoque sumi abusive. Nam & rescindi dicitur, quod est revera nullum, *l. 5. § 2. Qui & a quib. manum.* junct. *pr. Inst. Quib. ex caus. manum. non lic.* & quod proprie rescinditur, aliquando nullius momenti esse, loquuntur Leges. Excipitur dotis datio, quæ per metum facta, est ipso jure nulla, *l. 21. § 3. h. t.* cujus exceptionis rationem reddit Perez. ad *h. t. C. n. 5.* Præterea, matrimonium vi metuque contractum, est ipso jure nullum: Id enim *inter invitos non contrahitur, l. 22. D. de Rit. nupt.* Edictum Prætoris ad contractus & commercia pertinet, ad quæ cum Matrimonium non spectet, ut ad *pr. I. de Nupt.* vidimus, restat, ut hoc contra leges factum, sit ipso jure nullum, & per consequentiam dictio dotis eodem modo. Jure Canonico Vis matrimonium adhuc fortius nullum reddit, jurejurando licet firmatum, etsi coactus sua culpa vi faciendæ dederit occasionem, *c. 14. 15. 17. X. de Sponsal.* Præterea *restituendi* verbum docet, aliquid esse debere quod restituatur, adeoque, metum oportet esse illatum; nec enim datur hæc actio ad vim injuriamque puniendam; In eum finem sunt alia juris remedia. Hinc creditor, qui vim adhibuit debitori suo, ut sibi solveret, hoc edicto non tenetur, *l. 12. in fin. h. t.* tametsi, ne putes eum impune vim inferre, Lege Julia de vi, judicio publico, & condictione ex Lege D. Marci teneatur, illa memorabili in *d. l. 12.*

Remedium autem juris, quo quis se restitui petit, est, ut in loco Restitutionis communi *tit. præced.* diximus, vel *Actio*, vel *Exceptio*: Utraque sive res *perfecta*, sive *imperfecta* sit. Perfecta res vocatur, cum ex. gr. numeratio traditioque secuta est; imperfecta, cum promissio tantum facta. Utroque casu tam actio quam exceptio competit, etsi re perfecta magis actio, re imperfecta potius exceptio conveniat, ut exponitur in *l. 3. §. 9. b.* Extorsisti mihi chirographum, sine pecunia, res imperfecta est; Si inde convenias me, datur mihi exceptio, tamen & actio ad repetendum chirographum. Sed numerata pecunia, datur actio ad repetendum. Exceptio tunc usu non venit, nisi ex alia causa tibi a me petenti opponam exceptionem pecuniæ mihi extortæ, ac ita vi compensationis potiar. Quinimo, licet restitutio rem arguat esse alienatam; si hoc animo tradita sit, potest tamen & in rem actio accommodari, quatenus in libello prævia

petitur rescissio, rescissaque alienatione, uti res jure dominii deinceps restituatur, ne duplici opus sit judicio, qua de re diximus *ad præced. tit. vid.* Willenb. *h. th. 20.*

4. Actio quod metus causa, est alioqui revera personalis, *§ 31. Inst. de Action.* sed in rem scripta, *l. 9. § 8. h.* quia non tantum datur adversus eum, qui intulit metum; sed etiam contra possessorem rei metu extortæ, *l. 14. § 2. h. t.* in heredes non possidentes haud aliter hæc actio competit, quam si quid ad eos lucri pervenerit e metu, *l. 16. § ult. l. 17. & l. 19. h. t.* Sufficit autem semel pervenisse, licet consumptum sit, modo res ipsa non interierit: at si alia res pro ejus pretio comparata sit, utique est locupletior, *d. l. 16. & l. 17. h. t.* Ipsa quod metus causa actio, est in quadruplum, cui tamen inest simplum, *§ 25. & § 27. Inst. de Action.* & hæc tota in quadruplum actio competit in possessores, licet innocentes; at non prius quam restitutionem ejus, quod metu extortum est, negaverint, ne durius secum agi querantur, si maleficii expertes in quadruplum conveniantur: simplo, si velint, initio déiungi possunt, *l. 14. § 3.* Continet autem illud simplum etiam fructus omnemque causam *l. 12. in pr. & l. 14. § 7. h.* & quoniam originalis hujus actionis natura tantum rei persecutoria est, hinc si plures metum fecerint, singuli quidem tenentur in solidum, at unius solutione reliqui liberantur, *l. 14. § ult. h.* Wissenb. *th. 16.* Cæterum, teneri tertium possessorem, licet emptione dominium rei extortæ factum, rem sine ullo pretio reddere, etiam heredi, non est dubium, *l. 23. C. de R. V.* Sed coactus vendere, cum pretium acceperit, pretium emptori reddere debet, *l. 3. C. h. t.* ubi, *reddito a te pretio.* Quonam vero? quod ipse coactus accepit, an quod tertius emptor dedit? Quod minimum est, opinor, quia nec emptor lucrum, nec vim passus damnum pati debet. Aliter D. Wissenbach. *th. 21. h. t.* Denique, si res perierit, is qui metum intulit, nihilominus tenetur, *l. 1. C. h. t. l. 14. § 11. h. t.* de qua vide Willenbach. *th. 15.* Tertius possessor innocens ante litem contestatam plane non tenetur, *l. 14. § 5.* junct. *l. 5. de reb. cred. l. 40. de pet. hered. l. 16. pr. de R. V.* neque post litem contestatam, *dd. ll.* nisi actor probare queat, se rem statim sui le distracturum, *d. l. 14. § 11. vers. sed etsi non culpa.* junct. *l. 15. § fin. de R. V.* Quod si res post sententiam inter tempus judicati faciendi, quod est hodie quadrimestre, *l. ult. C. de Usur. rei jud.* casu fortuito perierit, tam bonæ quam malæ fidei possessor de re ipsa non tenetur, sed tantum in pœnam tripli, quia tum de re ipsa nihil ei potest imputari, *l. 14. § 11. vers. sed etsi non culpa.* Struv. ad *h. t. n. 21.*

5. Præoccupatum est versa præcedente, contra quos detur hæc actio. Proinde hoc articulo id solummodo notabimus, quod Hahnius ad *Wessenb. h. n. 7.* Struv. ad *h. tit. in fin.* observant, annum utilem, quo finitur hæc in quadruplum actio, *l. 14. § 1 h.* non esse abolitum per *l. ult. C. de tempor. in integr. restit.* quæ tantum de restitutione, non de pœna loquitur, secus ac communiter putant. Schotan. *disp. 20. th. 8.* Ego subsisto; Nam restitutio ex mente Justiniani sine dubio petiti potest eis quadriennium; at hæc est natura hujus actionis, ex causa metus, ut si reus non pareat arbitrio judicis, in quadruplum teneatur; quis ausit hanc qualitatem ab actione quod metus causa, qua petitur restitutio, separare? Opponunt illi: Regula, quod prætoriæ pœnales anno finiantur, in *d. l. ult.* non est abrogata: Concedo de pœnalibus, quæ directe primoque aditu sunt pœnales; sed quæ sua natura sunt rei persecutoriæ, ex accidenti autem fiunt pœnales, ut hæc actio, nihil vetat, quo minus in longius spatium temporis producantur. Teneamus igitur, sultis, communem opinionem. Moribus hoc non habere usum, satis ex loco communi constat de actionibus pœnalibus.

TIT. III.

De Dolo Malo.

I. Definitio doli a Servio data. II. Alia a Labeone vindicata. III. Divisiones duæ examinatæ. IV. Tertia divisio in dolum dantem causam & incidentem. V. An ex dolo dante causam dominium traditione præstetur. VI. Quo sensu hæc actio sit extraordinaria, & an cum alia actione concurrat. VII. Quibus, & contra quos detur hæc actio. VIII. Actionem esse arbitrariam & recipere compensationem. IX. Quamdiu duret, & an quadriennium l. ult. C. de Temp. in int. rest. *huc pertineat.*

SEcunda causa restitutionis est DOLUS, qui cum epitheto MALUS, dicitur *in Rubr. h. t.* & *pass.* quia veteres dolum etiam bonum dicebant & pro solertia hoc nomen accipiebant, ma-

xime si adversus hostem latronemve quis machinetur, *l. 1. §3. h. t.* quomodo Florus *lib. 1. cap. 3.* Horatium *ad virtutem*, ait, *addidisse dolum.* Porro dolus malus aut sumitur late pro omni maligno alterius lædendi consilio; quomodo etiam rapina, cædes, injuriæque palam illatæ, fiunt dolo, *§ 1. Inst. de l'i lon. rapt. l. 7 D. ad L. Cornel. de Sicar. l. 3. §1. de injur.* & ejusmodi dolum etiam in se continet metus aperta vi illatus, *l. 14. § 13. D. Quod met. caus.* aut, ut hoc loco, dolus per astutiam perpetratur; atque Servius eum definivit, teste Ulpiano in *l. 1. § 2. h. Machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud agitur, aliud simulatur.* Censura Labeonis Ulpiano probata in *d. § 2.* satis acuta est. Volunt, differentiam a Servio adjectam, non videri specificam. Nam ajunt, potest aliquis circumveniri, sine simulatione, ut cum callidus mango equum mendosum, nihil de vitio adfirmans aut negans, imperito impingit. Altera censuræ pars, quod etiam sine dolo aliud agi, aliud simulari possit, evidentior est, cum multi aliorum bono simulationibus utantur, ut medici, Parentes, ac amici sæpe deserviunt. An recte agant, alia quæstio sit; a dolo malo, juris, absunt procul dubio. Exempla quædam ad *tit. de Postul.* habuimus. Alioqui nihil verius, quam quod Aristoteles vetus dictum laudat *2. Ethic. c. 6.*

Ἐσθλοὶ μὲν γὰρ ἁπλῶς, παντοδαπὸς δὲ κακοί.
Pravus agit varie, simpliciterque Bonus.

Nihil divinius Christi dicto: *Simplices ut columbæ, Astuti ut serpentes, Matth. 10.*

2. At censor acutus Labeo, ipse viderit, ne non graviorem incurrat censuram, quando sic ait; *Dolum malum esse, omnem calliditatem, fallaciam, machinationem, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam.* Quæ ut verbosa & otiose exaggerata definitio, parum delectat Hotom. *lib. 1. obs. d. c. 19.* aliosque. Bachovius *ad tit. ff. de dol. c. 1.* & *in not. Wesenb. h. t. num. 4. definitio*, inquit, *insulsa & inepta; nam ad istum modum etiam licet cumulare synonyma centum.* Tam pueriliter Labeonem ineptisse? qui Latinarum vocum origines rationesque tam exacte percalluerat, eaque præcipue scientia ad enodandos juris laqueos utebatur, teste Gellio *lib. 13. c. 10.* & tam fatuum fuisse Ulpianum, ut Labeonem prætulerit Servio coacervatis verbis idem inculcantem? Puto inepte eos rideri, adeoque non cumulari hic synonyma, sed has tres verborum copulas distinctos habere sensus; cum non omnes doli species Servii definitione comprehendi Labeo putaret, verba curatissime selegit, quibus per tres quasi gradus omnes doli formas exprimeret. Primus gradus est, *Calliditas*, cui vox respondet *circumveniendi.* Dicitur *callidus*, auctore Tullio, cujus animus usu, ut manus opera, concalluit, cui examussim convenit Græce πανουργία, ab opera & usu multo; & est, ait Stephanus, dexteritas ingenii, ad quidlibet veteratorie agendum, quandoque pro solertia accipitur. Sed plerumque in malam partem, περισσῶς σοφοὶ Græcis, nimis sapientes, de quibus Euripides in *Med.*

χρὴ δ' οὔποτ', ὅστις ἀστίοισιν πέφυκ' ἀνὴρ,
Παῖδας περισσῶς ἐκδιδάσκειν σοφάς.
Nunquam Viri prudentis Officium sit,
Sic erudire liberos, ut sint NIMIS.

Hinc *callide* & argute dicere *apud* Cicer. *1. de orat.* Idem *pro Cecin.* Æbutium vocat *peritum juris & callidum.* Idem *1. Off. Scientia, quæ est remota ab justitia, calliditas potius quam justitia appellanda est;* videmus calliditatem esse primum justitiæ excessum, virtuti adeo affinem, ut peritiæ & argutiæ jungatur. Ergo calliditas est, dexteritas veteratoria simpliciores *circumveniendi*, & naso, ut loquimur, suspendendi, non aperte nec impudenter, sed occulte & speciose, quod & *circumvenire* eleganter significat. Hic est primus doli mali gradus. Secundum Labeo ponit, *fallaciam*, cui verbum aliud quam *fallendi*, aptare non potuit. *Fallere* a *fando* dici, Varro docet; proinde *fallacia* est fraus directa verbis & mendacio facta. Tertius gradus *machinatio*, est deceptio per technas, ambages & insidias; per machinas, inquam, qualis equus Trojanus *machina belli, Æn. 2.* Tales servorum in comœdiis machinationes sunt, dominos senes argento emungentium, & illa Pythii Cannium ad emendos hortos allicientis, *lib. 3. Off. Cic. c. 14.* Apostolus μεθοδίας, efficaciter mali genii imposturas, quibus homines captat, eodem sensu vocat. Huic respondet *decipiendi* verbum, quod ex *de & capio* construitur, particula *de* in compositis augente significationem, ut machinationi efficacissime conveniat. Sic puto liquere, non esse hanc tautologiam; sed exactissimo verborum delectu usum Labeonem, ut naturam doli perspicue, plene & proprie exprimeret. Non si nos vulgo has voces confundimus, idem veteribus imputandum. Græcos rectius vidisse, ex Basilicis liquet, qui Labeonis verba distincte reddunt, πανουργία καὶ ἀπάτη

καὶ μηχανὴ. non feciſſent, ſi pro ſynonymis habuiſſent. Plura vid. in *lib. 3. Digreſſ. c. 25.*

3. Diviſiones doli mali ab Interpretibus variæ traduntur, non omnes æque probæ. Nam prima in *verum* & *præſumptum*, ſi bona eſt, oportet etiam nuptias, dominium, poſſeſſionem, pactum, omnesque contractus dividi in veros & præſumptos; & quidem facilius hæ res illud diſcrimen receperint, quam dolus, de quo tralatitium eſt, eum non præſumi, ſed diſerte probandum ſi allegetur, *l. 18. § 2. de probat. l. 6. C. de dol. mal.* quod tamen non eo dicitur, quaſi dolus nunquam e præſumptionibus colligi poſſit, quod ſecus probat Maſcard. *de probat. p. 1. concluſ. 531.* Menoch. 5. *præſumpt. 3.* attamen difficilius præſumitur dolus, quam res aliæ, quia bonitas facilius quam malitia civibus ineſſe credi debet, juxta vulgatum illud, quisque præſumitur eſſe bonus, quamdiu non probetur eſſe malus. Hæc igitur diviſio non eſt, ſed attributum generale cunctarum pæne rerum, quæ in jure civili ſunt proditæ. Alia diviſio doli eſt in *Realem* atque *Perſonalem.* Schotan. *exam. h. t.* & hæc quidem partitio, ſeu diſtinctio, fere totidem verbis traditur in *l. 36. ff. de V. O.* ubi primo *per machinationem obligatus*; dein, *etſi nullus dolus intervenit ſtipulantis, ſed res ipſa in ſe dolum habet.* At ex eo, quod ſequitur, ſatis liquet, JCtum hanc quoque poſtremam doli ſpeciem intelligere perſonalem; quando ait, *cum enim quis petat ex ea ſtipulatione, hoc ipſo facit dolo quod petit.* Scilicet, qui nimis enormem in contractu inæqualitatem mordicus urget, is hoc ipſo dolum perſonalem committit, quia licet initio lædendi conſilium non adfuerit, tamen ex poſtfacto res ipſa doli illum arguit; nec alio ſenſu dolum realem interpretamur in ſpecie *l. 2. C. de reſcind. vend.* Nam qui læſum ultra duplum, licet ſine machinatione ſua, cogere vult ad implendum contractum, is in eo quoque doli expers haberi non poteſt. Res eo redit, ut nec hæc quidem diviſio proprie dicta eſſe videatur.

4. Tertia tandem ſtabit; qua Dolus eſſe fertur vel *dans cauſam* contractui, vel *incidens.* Dans cauſam vocatur, quo aliquis de contrahendo non cogitans ad contrahendum impulſus eſt, *l. 7. pr. h. t. l. 16. § 1. de minor. l. 3. § ult. Pro ſoc.* Incidentem dicunt, quando qui contrahere cupiebat, hactenus eſt deceptus, ut deterius contraheret, *l. 11. § 5. ff. de Action. empt.* de priore ſpecie ſunt textus Juris, qui dicunt, eum contractus bonæ fidei, de quibus agunt, reddere nullos, *d. l. 7. l. 16. & l. 3.* cum alioqui dolus reſtitutionem præbeat, ut in *l. 1. § 1. & tot. tit. ff. & C. de dol. mal. & l. 5. C. de reſcind. vend.* Proinde, qui & alibi locorum textus occurrunt, remedium actionis exceptionisve ei, qui dolo deceptus eſt, pollicentes, de ſpeciebus incidentis doli neceſſario intelligendi ſunt, *d. l. 11. § 5. l. 13. § 4. 5. & 7. ff. de action. empt. l. 12. § 1. de jur. dot. l. 3. C. comm. utr. jud. l. 9. § 1. h. t.* Cum autem modo producti textus, quibus nullitas indicabatur, de bonæ fidei contractibus loquantur, conſentaneum eſt, de ſtrictis idem non eſſe affirmandum; & id liquet ex *l. 22. & l. 36. D. de V. O.* Nam etſi ab illis dolum quoque ſine dubio abeſſe oportet, *l. 4. C. de O. & A.* tamen inimicior eſt dolus bonæ fidei contractibus, *dd. ll.* Denique, oppoſitio ſpecifica bonæ fidei & juris ſtricti actionum, vult, uti quod de illis prædicatur, de his negetur, Cujac. 17. *obſerv. 27.* Cæterum, cauſam dantem dolum intelligimus reſpectu alterius contrahentium, non tertii, ideoque & ei, qui mecum tractavit, obligor, etſi alius me deceperit, ipſe modo ſymbolam non contulerit, & Tertius ille tenebitur, Zœſ. *h. n. 11.* Struv. *n. 29.* Poteſt igitur, qui dolo dante cauſam captus eſt, ita ſe gerere, velut in contractu, qui ipſo jure nullus eſt; ut tamen, ſi velit ſtare contractu, & tantum in id quod intereſt ratione doli agere, ſit ei liberum; Id enim generaliter verum, ceſſare nullitatem, ſi velit is, cujus favore ſancita eſt. Zœſ. *h. n. 9.* Struv. *n. 28.*

5. Majus dubium eſt ratione dominii, quod aliqui volunt e contractu per dolum nullo, transferri, ut Bachov. affirmat *tract. ad τὰ πρῶτα ff. h. tit.* Vinn. *ſel. quæſt. c. 12. in fin.* Struv. ad *h. tit. n. 20.* Negant Weſenb. *ad h. tit.* & Wiſſenbach. *ad h. t. th. 34.* Ni per textus legum ſit, vereor, ut ratio juris cogat, ei quod nullum, quod nihil eſt, τῷ μὴ ὄντι, tam notabilem effectum tribuere, qualis eſt dominii translatio. Utuntur Viri Cl. *l. 10. C. de reſcind. vend.* ſed illic agitur de incidente dolo, quia dicitur *reſtitutio dari*, quam de contractu nullo non competere, certum & ſuperius dictum eſt. Alter eſt *l. 7. pr. h. t.* ubi ſervus eſt manumiſſus, qui venditus erat in ſpecie doli cauſam dantis, quod fieri non poſſet, ſi dominium ejus non fuiſſet translatum, *l. 2. C. Si adverſ. libert.* ſed non fuit ibi dolus vere cauſam dans, quia emptor non deceperat ſervum, ſed ipſe, videlicet ſervus, ut patet e verbis JCti *d. l. 7. in pr.*

ger. ubi *consilio servi circumscriptus*, & mox, *carere dolo emptorem.* Tu dices, cur igitur citasti *d. l. 7.* ad probandum, quod dolus dans causam faciat nullitatem? quia sic, ait JCtus, *carere dolo emptorem ..... aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso, ut venderet, circumscriptus est;* Si non careat dolo emptor, venditio nulla est, inquit. Species legis non est de dolo emptoris, sed JCtus tamen hanc positionem collocat; ex dolo ejus dante causam oriri nullitatem. Ita convenientius arbitramur, contractibus ex hac causa nullis cum effectum non adscribere, quem volunt Viri summæ alioqui auctoritatis. Est & aliud argumentum, quod tamen nec validius videtur; Voluntas transferendi dominium, ait D. Struvius, ex justa, id est, jure probata causa, quamvis putativa & erronea fuerit, ad dominium transferendum sufficit, *l. 3. §8. ff de condict. caus. dat. tot. tit. de condict. indeb.* Hoc scil. ita se habet in solutione per errorem solventis facta; nusquam enim dicitur, ejusmodi solutionem esse ipso jure nullam; secus utique est in iis, quibus dolus malus causam dedit. Sed jam qualis actio datur ob dolum incidentem? Qui in bonæ fidei contractum incidit, is actionem ex eodem contractu infirmat, ad effectum restitutionis, *d. l. 7. pr. §3. l. 9. in pr. l. 13. §3. & 4. ff. de Action. empt.* aut si dolum passus conveniatur, exceptione doli tuetur, *l. 21. ff. sol. matrim. l. 84. ff. de Legat. 1.* In strictis dolus incidens actionem ex eodem contractu dare non potest, quia strictorum natura nihilo plus capit quam quod in iis est, extrinsecus nihil admittit, *d. l. 7. §3. in fin. h. t.* Verum, si deceptus impleverit contractum, actione doli experiundum; si res adhuc integra sit, exceptio doli competit, *l. 36. ff. de V. O. l. 5. C. de inutil. stipul.*

6. Scilicet, actio de dolo datur ei, qui fraudulenter est deceptus, adversus decipientem, ad damni illati restitutionem; & est *extraordinaria*, non modo sensu generali, quo omnis in integrum restitutio est remedium extraordinarium; sed proprio sensu, quatenus haud aliter datur, quam si alia deficiat actio, *l. 1. § 4. h. t.* Olim magis adhuc & peculiariter hæc actio erat extraordinaria, quatenus non dabatur, nisi certis casibus, scil. in bonæ fidei judiciis, aut si minor XXV. annis, ex L. Lætoria, circumscriptus erat. Denique, in tutela ex L. XII. Tabb. Cujac. in *l. 1. h. t.* Britann. *3. scient. antiqu. cap. 2.* Hinc Cicero *lib. 3. Off.* cum Pythii & Cannii historiam, de qua superius, narrasset: *Stomachari*, inquit, *Cannius; sed quid faceret? Nondum enim Aquilius Collega meus* (in auguratu) & *familiaris pertulerat de dolo malo formulas.* Opera igitur Aquilii factum est, ut adversus dolum quemlibet, restitutionem petere liceat. At inprimis hodie, inquam, manet illa, quam diximus, ratio extraordinariæ nomenclationis, quod de dolo non agatur, nisi cum alia actio non est, *quoniam famosa actio non temere debuit a Prætore decerni, si sit civilis vel honoraria, qua possit experiri, d. § 4.* Ex his verbis colligitur, actionem de dolo posse concurrere cum alia actione criminali; sicut, ubi de suppresso testamento agitur, & actione de dolo & ex L. Cornelia de Falsis, *l. 9. § 2. h. t.* utique si criminalis famosa sit; imo cum alia qualibet famosa dari concursum actionis de dolo, satis indicat *αἰτιολογία* JCti, quo pertinet exemplum Mandati, cujus cum famosum sit ex dolo judicium, *l. 1. de his, qui infam. not.* nihil vetat, quo minus & doli actionem in sua specie admittat, *l. 59. § 1. Mand. l. 1. C. h. t.* Denique, nec hoc dubium habet, quin si alia sit inefficax actio propter inopiam debitoris, liceat de dolo experiri, *l. 5. & l. 7. in pr. h. t.* Postremo, si qua detur quidem, sed cum dubitatione, forte num conveniat, jus non refragatur, quo minus de dolo experiri liceat, *d. l. 7. §3.* Una in propinquo sita est exceptio; nam ecce, quod metus causa actio, certa satis, & efficax, & civilis, nec famosa est, ut diximus, admittit tamen concurrentem doli mali actionem, *in l. 19. § 3. Quod met. c.* Existimo, hanc actionem ideo non esse famosam, quod in rem scripta sit, deturque & adversus tertium possessorem, qui expers illati metus infamiam non merebatur: at idcirco lex non putavit ipsi metus auctori parcendum, sed hunc & doli actione pulsandum. Aliter respondet D. Wissenbach. ad *h. tit. th. 31.* laudato Cujacio. Rursus, e contractu facio ut des, competit actio præscriptis verbis, *l. 15. ff. de præscr. verb. l. 6. C. de Transact.* & pariter actio de dolo, *l. 5. §3. d. t. de præscr. verb.* quæ tamen negat concursum. At ipse textus habet responsum; quando videlicet de dolo competit actio, nulla civilis actio datur, licet alio casu detur, ut alibi videbimus. Fidejussor, qui animal promissum ante rei moram occidit, de dolo tenetur, quoniam reo liberato, consequenter & ipse liber est, habetur in *l. 19. h. t.* Imo ex stipulatu ipse tenetur, *l. 88. ff. de V. O.* sed hæc est utilis actio, æquitate magis quam dictante juris ratione recepta, *l. 32. in fin. de usur.* Aliud; persua-

perſuaſiſti mihi, nullam ſocietatem tibi fuiſſe cum eo, cui heres ſum, & ob id judicio abſolvi te paſſus ſum, datur mihi de dolo, *l. 20. § 1. h.* Atqui pro ſocio ſupereſt actio, quia ſententia tantum parit exceptionem rei judicatæ, *§ 5. Inſt. de Except.* At vero in *d. l. 20. § 1.* ſententia ipſo jure tollit obligationem, quia reus eſt abſolutus non quaſi ſolverit, ſed quaſi debitor non fuerit, ita reſpondet D. Wiſſenbach. ad Inſt. *diſp. 20. th. 11.* Quid igitur reſpondebit ad *l. 7. § 9. cod. tit.* ubi etiam contra abſolutum datur actio de dolo, niſi is ultro novum velit recipere judicium? Dixerim potius, ideo de dolo dari, quoniam prior actio fit *inefficax* per exceptionem rei judicatæ, & quidem ſententia, volente adverſario lata. Aliud; Uſusfr. areæ eſt legatus, in ea ædificium eſt poſitum, uſusfr. extinguitur, at ſi proprietarius hoc fecerit, ex teſtamento vel de dolo tenebitur, *l. 5. § ult. Quib. mod. uſusfr. amitt.* Dic, ex teſtamento, ſi ignarus; de dolo, ſi ſciens fecerit; non utroque judicio pariter, unove caſu ſimul. Adhuc; Qui rem alienam vel obligatam oppignoravit, tenetur actione doli, atque etiam pignoratitia contraria, *l. 36. § 1. de pignor. act.* Reſp. Eſt illa ſpecies ſtellionatus, *l. 3. § 1. Stellion.* cum quo utpote crimine, nihil mirum eſt concurrere doli actionem. Vel dic, pignoratitiam & doli actionem diverſis dari perſonis, unam creditori antiquiori, alteram poſteriori, cui denuo res obligata eſt. Committuntur etiam *l. 9. § 4. h. t.* cum *l. 4. § ult. de re jud. l. 69. de ſolut.* In *l. 9. § 4.* habetur, ſi ſervum pignoratum mihi noxæ dederis, & per judicem ita abſolutus ſis, de dolo teneri te, ſi apparuerit, eum eſſe pignori datum. In reliquis duobus locis; eum, qui noxali judicio condemnatus eſt, ſi dederit ſervum fructuarium, judicati adhuc teneri. Hæc non video eſſe contraria. Si quis oſtenderit, reſpondebimus. Atque hæ ſunt objectiones, quas movet D. Wiſſenbach. *d. th. 31.* & ad quas non reſpondit. Plures habet Struvius *ad h. tit. num. 36.* de quib. vid. Bachov. ad *τὰ πρ. h. t. cap. 4.* Hic locus omnia non capit. Poſtremo notandum, ſi quis aliam habuerit actionem, cujus ipſe tempus elabi paſſus eſt, aut aliter eam peremit, ei de dolo actionem non jurisdicendi; niſi in hoc ipſo, quod ſublata eſt actio, deceptus ſit, *l. 1. § 6. h. t.* eoque pertinere videntur *l. 23. § ult. & l. ſequ. D. Ex quib. cauſ. maj. l. 14. ff. de Aqua pluv. arc.*

7. Res ipſa loquitur, competere hanc actionem ei, qui deceptus eſt, adverſus decipientem; Sed a parte decipientis requiritur, ut damnum ne ſit modicum, *l. 9. § ult. h.* Definitio *modici* extenditur ad binos aureos in ſingulis cauſis, *l. 10. h.* qua de re vide Mynſing. *5. obſ. 60.* Etiam bene & ſignate exprimere debet actor, qua in re circumventus ſit, ne in tanto crimine vagetur, *l. 16. h.* Etiam heredibus hæc actio conceditur, *l. 13. in pr. h.* Quod attinet ad decipientem, exprimi oportet ejus, qui fraudem fecit, perſonam, quod in metu non eſt neceſſe, ait *l. 15. § ult. h.* Ratio eſt, quia in actione quod metus cauſa, ſolummodo agitur ad rem metu extortam a quolibet ejus poſſeſſore recuperandam, *l. 14. § 3. Quod met. c.* At hic agitur non modo ad reſtitutionem rei, ſed etiam pœnam doli; cum autem is ex animi propoſito colligatur, non poteſt, quin perſonæ mentio ſit neceſſaria. Adverſus eos, qui ex dolo ſunt locupletiores, actio quidem datur hactenus, etiam contra univerſitatem, ſed ea tum ſit ſine perſonæ ulla nota, cum univerſitatis utique nullus dolus eſſe queat, *l. 15. pr. § 1. & 2. h. t.* Etiam pupillus tenetur eodem modo, quatenus eſt locupletior, tam ex tutoris ſui, quam proprio dolo, ſi proximus eſt pubertati, *l. 13. § 1. & l. 15. h. t.* Quin etiam, etſi non ſit locupletior, teneri videtur, ſi proximus pubertati ſit, dataque opera evidenter id egerit, ut creditorem damno muletaret, per *l. 13. § 1.* cum *l. ſeq. h.* ubi Paulus addit, ſi artificioſe mentitus ſit; tutorem velle ut ſibi pecunia detur, eum de dolo teneri, ut recte Cujacius interpretatur, fruſtra Autumno diſſentiente *in Cenſ. Gall. ad d. l. 14.* qui opponit, Paulum non decidere quæſtionem, ſed ex ratione quam reddit, *quæ non magnam machinationem exigerent*, ſatis judicare, pupillum non teneri, quia de dolo actio non niſi ex magna & evidenti calliditate datur, *l. 7. § ult. eod.* Atqui Ulpianus ait; non agi de dolo, niſi clare liqueat, pupillum habuiſſe animum fraudandi, idque in re non modica, ſecundum *l. 9. in fin. eod.* Sed pupillus in ſpecie Pauli, ſatis aperte fraudare voluit, & ſatis magna pecuniæ ſumma fuit; ſed facti ſpecies talis erat, quæ ſine veteratoria aſtutia pupillo quoque in mentem venire poſſet. Verba igitur iſta non elevant dolum, ſed occupant objectionem, quod pupillus fraudis capax non videtur. Non utique, *ait*, pupillus tenetur, ſed in negotiis, quæ *non magnam machinationem deſiderant.* In aliis non creditur pupillus, etſi proximus pubertati, dolum ſtruere & machinari potuiſſe.

Mitiga-

Mitigatur quoque propter qualitatem personarum hæc actio, puta, si liberi vel liberti contra parentes & patronos, si vilis & vitiosus homo contra honestum agat, *l. 11. § 1.* tunc enim actio in factum competit ad indemnitatem, omissa doli mentione, *d. l. 11. in fin.* cum *l. 12.* Præter enim quod indignum id habetur, in plebejo adversus Consularem receptæ auctoritatis, vel luxurioso atque prodigo aut aliter vili, adversus hominem vitæ emendatioris; repugnat etiam præsumptio, quod excellentis dignitatis viri adversus ejusmodi σύρφετα dolo malo quicquam machinari voluerint. Cicero pro Roscio: *Quamobrem etiam atque etiam considera: quis, quem fraudasse dicatur. Roscius Fannium? Quid hoc est? probus improbum, pudens impudentem, perjurum castus, callidum imperitus, liberalis avidum? Incredibile est.* Nec tamen hæc res admodum in foris hodiernis religioni habetur, ut exemplo *ad tit. seq. num. 12.* patebit. Si plures dolo fecerint, omnes tenentur, sed unius solutio reliquos liberat, quia hæc actio authentikῶς est rei persecutoria, *l. 17. in pr. h.*

8. Est autem & hæc actio arbitraria, ita ut restitutio prius imperetur, nisi manifestum sit, restitui non posse: tunc enim statim fit condemnatio in id quod interest; alioqui contumacia non restituentis jurejurando in litem æstimatur, idque secuta condemnatione præstatur, *l. 18. pr. & § 1. h.* Similiter, cujus dolo factum est, ut tempus huic actioni præfinitum exiret, statim tenetur in id quod interest, *d. l. 18. § 4.* Si duo dolo malo fecerint invicem, de dolo non agent, ait Marcianus in *l. 36. h. t.* juxta Ovidianum illud ex *l. 3. de Arte am.*

Judice me, fraus est concessa repellere fraude,
Armaque in armatos sumere jura sinunt.

In quam rem citat Morn. ex Zonara *tom. 2. Annalium*, hoc dictum: Οἱ ἀπατήσαντες εἰ ἀντιπατήθησαν, ἐκ ἂν δύναιντο δικαίως ἐγκαλεῖν τοῖς ἀντιπατήσασι. *Deceptores si vicissim decepti sint, non habent quod accusent Re-deceptores.* Imo licet utriusque ratio par sit in agendo, in excipiendo tamen prioris decepti conditio est melior; Si enim is de priore decipientis dolo exceperit, hic de reciproco dolo replicare non potest, quia Reus in pari causa est favorabilior, *l. 4. § 13. ff. de dol. & met. except.*

9. Denique, præscriptum est huic actioni biennium, cum olim esset annus utilis, *l. ult. C. h. tit.* deinde quadriennium continuum restitutionibus in genere, adeoque & huic speciei datum est, *l. ult. C. de temp. in integr. rest.* D. Wissenb. *th. ult. h.* Alii quadriennium illud ad dolum non pertinere volunt. Struv. *ibid.*

SCHOLIUM.

Quorum sententia & mihi videtur verior. Ad l. *vero* ult. C. de temp. in int. rest. *respondemus, legem generalem non derogare legi speciali. Abrogat enim illa lex saltem generaliter annum utilem olim in materia restitutionis receptum, non ergo biennium ex speciali ratione in causa doli inductum. Et hæc sententia cum moribus Saxonum quoque convenit.* Dn. Schilter. d. l. th. 2.

RESPONSIO.

Mihi sic videtur: Justinianum in d. l. ult. *cum ait, Restitutionibus in integrum loco veteris anni utilis quadriennio præscriptum iri, de cunctis id restitutionibus, ut Rubrica & verba textus indicant, intellectum voluisse; cumque olim annus utilis actioni quoque de dolo fuerit præscriptus, tam idcirco, quam ob generalem locutionem, credo sanctionem* l. ult. *ad hanc quoque doli actionem esse referendam; nec videtur Imperator in universo dicendi genere ad recentiorem illam specialemque diversitatem, qua deinutilis annus in biennium versus erat, respexisse. Sane actionem in factum, qua tenentur, qui ex dolo sunt locupletiores, perpetuam esse, non dubitatur,* l. 28. h. t.

N. ADDIT.

Potest hæc quæstio facile in utramque partem disputari, ejusque decisio dependet a quæstione facti: An Justinianus, dum condebat l. ult. C. de temp. in integr. rest. *sciverit constitutionem Constantini de dolo, quæ extat* l. ult. C. de dolo malo, *vel saltem ejus recordatus fuerit. Nam si scivit, vero similior erit sententia scholii, cum si voluisset & hanc abrogare, saltem duobus verbis etiam doli mentionem fecisset. Quod si ignoravit, veri similior erit sententia Autoris. Quamvis autem facile nunc inclinem, quod ignoraverit, & ita in genere quadriennium in omnibus restitutionibus voluerit observari, res ipsa tamen loquitur, quod regulæ systematicæ tum inculcare debuerint compilatoribus Codicis, ut illam legem Constantini omitterent, vel si jam extabat in Codice Justinianeo, eam in formatione Codicis repetitæ prælectionis expungerent. Nunc cum apposuerint, sane ad nihil aliud inservit, quam ad torquendos & excruciandos Juris interpretes.*

TIT. IV.

Tit. IV.

De Minoribus.

I. Quare minores restituantur. II. An sine Curatoribus obligentur. III. Cujusmodi lasionem esse oporteat, ut restitutio locum habeat. IV. Non esse locum ei in fatalibus damnis. V. Quibus minoribus hoc remedium detur, an & aliis præter ipsos, ut fidejussoribus, prosit. VI. Contra quos detur. VII. In quibus causis detur. VIII. Casus, quibus restitutio cessat ratione causæ, ubi de præscriptione 30. annorum. IX. An bis in eodem negotio. X. Casus restitutioni cessantis, ratione Personali. XI. An juramentum firmet contractus jure invalidos. XII. Reliqui casus personales.

INter omnes constat, fragile esse & infirmum minoris ætatis consilium & multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum, ait fere Ulpianus in *l. 1. pr. h. t.* Hoc lubricum ætatis Prætor Romanus annis finivit quinque supra viginti; nam post hoc tempus compleri virilem vigorem constat, ait idem Ulpianus *d. l. 1. § 1.* Servius quidem Tullius puerilem ætatem XVII. annis terminaverat, ut testis in ea re est Gellius ex Tuberone *l. 10. Noct. Att. c. 18.* qui & auctor est, eo tempore virili toga indutos ad forensia militiamque habitos fuisse idoneos: imo & ad rerum suarum administrationem, siquidem ab eo tempore sine tutoribus eos egisse, quin & sine Curatoribus extra casum furoris & prodigentiæ, disputavimus *l. 3. Digress. cap. 5.* Imo & citerius retractum fuisse tempus inchoativæ virilis ætatis, ibidem probavimus: quando non tantum Neroni maturata virilis toga, quo capessendæ Reipubl. habilis videretur, ante annum XIV. ætatis expletum, ut traditur a Tacito *lib. 12. An. c. 41.* sed etiam M. Cicero togam puram atque virilem filio suo vix quindecim annorum dedisse videtur, ut colligere licet ex *epist. 20. & 21. lib. 9. ad Att.* junctis *epist. 2. lib. 1.* Tametsi quoque postea Marcus Cæsar curam magis promiscui juris fecerit; tamen ex sententia Legum Romanarum, adolescentes inviti nunquam accepere Curatores, præterquam ad litem, § 2. *Inst. de Curat.* ut *d. cap 15. Digress.* cum *duob. seqq.* copiose approbavimus. Ex his alicui mirum videri posset, quod Prætor eos, qui ad res gerendas apti ab Romanis habebantur, tanto temporis spatio adhuc custodiendos putaverit, ne valide obligarentur. Sed Prætorum vel hac causa maxime comparata fuit autoritas, ut antiqui juris apices ad usum civilis experientiæ flecterent atque mollirent: Sensit idem Prætor, quod Aristoteles *lib. 1. Ethic. c. 2.* ubi adolescentes negat esse idoneos Philosophiæ moralis auditores: utique sane ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον, ut Theophrastus ait in *l. 3. ff. de LL.* Parcant, licet, Interpretes suæ distinctioni inter juvenes τοῖς ἤθεσιν, & juvenes τοῖς ἔτεσιν. Adde modo, quod facile recipiat Aristoteles Theophrasti temperamentum, nec dubito, quin rectissime senserit Philosophus, adolescentes non esse idoneos Philosophiæ, quæ regit mores, auditores: siquidem non scire, sed agere oportet illos, quod τῶν νέων superare captum, res ipsa loquitur. Scivit & Prætor, prudentiam, quæ in rebus agendis requiritur, & calliditatem, ut hoc verbo in partem bonam utar, non prius acquiri, quam animus usu rerum occalluerit. Hodiernis tamen multarum gentium *Moribus*, annis XX. aut uno supra viginti, vigor iste virilis completus videtur, & pro majoribus, qui illos impleverunt, habentur; * quod ex singularum Statutis intelligendum. Pleræque jus civile sequuntur, non sine magna ratione. Nec enim minus hodie verum est, quam olim, quod Ulpianum audivimus inculcantem, idemque de suis ævi hominibus Homerum, Iliad. Ψ.

* Ita Saxonum Jure minorennitatem anno 21. finiri, ex Lehn. R. *c. 16.* monitum fuit *ad Inst. pag. 66.* Sunt tamen, qui, hoc non obstante, quadriennium restitutioni in integrum in *l. f. C. de temp in integr. rest* definitum, etiam apud nos ab anno demum 25. completo currere existimant, ut quam minime a Jure Romano recedatur, in qua sententia est Berlich. *Dec. 6.* Simon van Leuwen *Censur. For. P. 1. lib. 4. c. 43. n. 12.* Svendendorffer *ad Lekolt. h. t. § 4. verb. quadriennium.* Sed cum tempus hoc regulariter cum ipsa majorennitate currere incipiat, rectius videntur sentire, qui ab an. 21 completo usque ad initium an. 26. quadriennium hoc in Saxonia currere statuunt, cum Fachsio apud Zobelium *P. 1 dff 38. num. 14.* Coler. *dec 19. n. 4.* Richter. *V. 1. Conf. 56.* Struv. *S. J. C. Ex. 8. th. 64.* Schilter. *Exerc. XI. th. 27. seq.*

Οἶσθ' οἵη νέα ἀνδρὸς ὑπερβασίη τελέθουσι,
Κρείσσονες μὲν γάρ τε νόος, λεπτὴ δέ τε μῆτις.

id est,

Nosti quam juvenes edant errantia facta,
Lubrica mens animi, quam sit prudentia parva.

Quapropter apud Gallos restitutio minorum usque ad annum XXXV. extenditur, ut testatur Mornacius de sui temporis usu ad *l. 1. h. t.*

2. Hoc inde facilius collegeris, minores, qui sine Curatoribus agebant, ipso jure potuisse obligari; potuisse etiam obligationes exequi & res suas alienare, quamdiu recentiores Leges eam facultatem iis non ademerant. Et quidem de alienatione certa res est, eam non fuisse Minoribus permissam, postquam a tempore D. Marci receptum est, ut Curatores adolescentibus etiam citra furorem prodigentiamque darentur, teste Capitolino in vita Marci Philosophi; per *l. 3. C. de restitut. min.* Obligationem minoribus convenisse, probat *l. 43. ff. de O. & A.* Et sane qui non habent Curatores, eos obligari posse, nemo recusat. Qui vero curæ subjecti sunt, hos obligationis non esse capaces, volunt multi. Secus alii, quibus valide suffragatur Modestinus *in l. 101. de V. O. Puberes*, ait, *sine Curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari.* Vocula possessiva *suis*, vult omnino puberes illic intelligi, quibus sit Curator. Vir Cl. *Georgius Cunradus Crusius*, Antecessor Lugduno-Batavus, emendabat textum unius literulæ mutatione, legens *obligare.* Sed primo necdum obtinuerat, doctrinam juris necessariam ejusmodi flagitare correctionem editionis Florentinæ. Dein, verbum activum *obligare* neutiquam adeo commode exauditur sine casu personæ, quæ obligetur, quam passivum *obligari.* Dixisset, alium obligare, vel simile quid JCtus; Hoccine vero monendum erat, puberes etiam sine curatoribus suis alios obligare posse? cum etiam pupillis sine tutoribus suis idem liceat? Non sit verisimile. Laus tamen ingeniosæ inventionis non invidenda fuit. Videtur & ratio huic sententiæ, quæ puberibus indistincte personalem obligationis facultatem adscribit, favere. Obligatio personam obstringit ad dandum vel faciendum, *l. 3. de O. & A.* Persona vero puberis curatori non est obnoxia, quia rebus, non personis datur Curator, *l. 8. C. de Nupt.* Non est quidem res mere personalis obligatio, nec ad statum personæ pertinet, sed utrumque tamen verum est, obligationis vinculum personam obstringere, alienationi obstare curatorem, quia realis est illa. Dein Jure veteri, cum puberes non haberent Curatores, indubitatum est, eos fuisse obligatos; ubi textus est, qui jus novum constituat; Lex 3. nihil habet, unde colligi possit, jus vetus sublatum esse, novum illic constitui; Loquitur ita, ut juris principiis rem tradens conveniente. *Si Curatorem habens minor 25. annis post pupillarem ætatem rem vendidisti*, ait textus; hæc est obligatio venditionis, *hunc contractum servari non oportet;* hæc verba manifeste pertinent ad implementum contractus, quod curator impedit. Ideo quæ sequitur comparatio minoris atque prodigi, non potest aliter quam eodem respectu intelligi. Denique; nonne & hoc idoneum est argumentum? Restitutio in integrum supponit actum ipso jure valere, *l. 16. § 1. h. t.* sed minores sine curatoribus suis contrahentes etiam restituuntur, quia Leges toto hoc tit. generaliter loquuntur, nec ferunt hanc limitationem, quod tantum restituantur, si cum Curatoribus egerint, quoniam hoc casu minus iis consuli necesse fuit. Hæc repetenda visa sunt & addenda iis, quæ habuimus in *Part. 1. Lib. 3. Tit. 20. num. 5.*

3. Duo concurrant, oportet, ait D. Wissenbach. *h. t. th. 2.* ut minor in integrum restituatur: ut contractus minoris ipso jure teneat, & dein, ut lubrico ætatis minor sit captus, *l. 11. § 4. h. t.* Hoc omnino, prius non est peculiare minorum, sed commune cunctis restitutionum speciebus, ut jam ad *tit. de Restitut.* dictum est. Hujus igitur loco substituamus *ætatem*, quam minor ante omnia probare debet, *l. 39. h. t. l. 4. C. eod.* in quo genere facilior est probatio per scripturam quam per testes. Duobus illis probatis, procedit restitutio, licet dolus aut metus, aliave nulla causa, sed læsio sola probetur, *d. l. 5. C. de restitut. minor.* Quod si is, qui cum minore negotium gessit, ipse contendat, adolescentem esse locupletiorem factum, non læsum, hoc ipsi utique probandum incumbit. *l. 1. C. Si adversus creant.* Cæterum, læsus dicitur minor, quoties lubrico ætatis, ut dictum, circumventus est: nec tantum, si Patrimonium ejus sit diminutum; sed quotiescunque minoris interfuerit, ita non fuisse contractum, sicut est contractum; etsi de bonorum substantia nihil, inquam, minutum fuerit, veluti ne litibus & sumptibus vexentur, *l. 6. h. t.* Quin hodie certo jure utimur, ut & in lucro minoribus succur-

succuratur, ait Ulpianus in *l. 7. §6. h. t.* quod exemplo illustratur in *l. 7. §8.* Res minoris venierunt, dein accessit qui plus liceretur; & quotidie Prætores res restituere dicuntur, ut rursum admittatur licitatio. Sæpe etiam retractat Prætor venditionem eo, quod expediat ipsi, rem retinere; sed in his circumspecte agendum, ne emptores a rebus minorum emendis absterreantur: ut monet JCt. in *d. l. 7. §8.*

4. Quod de lubrico ætatis modo diximus, satis indicat, fatalia damna non præbere justam restitutionis causam, ut exemplis declaratur in *l. 11. § 4. & 5. h. t.* ubi tamen in fine JCtus addit, fieri posse, uti locus sit restitutioni, quando minor imprudenter ejusmodi negotio se implicuit, quod damnis fatalibus erat obnoxium; velut si hereditatem adierit, in qua multæ res erant mortales, vel prædia urbana vetusta, nec ille prospexerit, evenire posse, ut animalia demoriantur, prædia ruant, maxime, si res ejusmodi casibus subjectas in tempore non distraxerit. Eadem observatio transferri potest ad Sortem, qua si rem vel causam minor perdiderit, quæstio est, an restituatur; Nam *sors cadit ut Deus vult*, nihilque magis, ut apparet, fato decernitur; Sed responsio est, in eo temeritatem adolescentis consistere posse, quod rem sorti committendam putaverit; eoque casu non est remota res a facultate restitutionis.

Pro fatali damno habendum etiam, si post emptionem factam pretia rerum mutatione temporum, ut in his 25. annis, enormiter decreverint, neque minor, ob hanc causam post contractum a se initum evenientem impetrabit restitutionem; ut jam antehac a Curia nostra judicatum est adversus minorem, qui emerat domum & jus colonarium prædii Biltani. Facta paulo post venditione agrorum Biltanorum ab Ordd. Frisiæ, pretia domuum & juris colonarii illis adnexi, fere altero tanto deminuta erant; Petebat minor restitutionem ex hac causa; Negata est, quod venditio ab Ordinibus facta pro casu fortuito habenda esset, qui prævideri non potuerat. *In causa Sibrandi Æncæ, in qualit. Actoris, contra Ecam Memardi d. 11. Februar. 1640.* Nauta *decis. 41.*

5. Sequitur ut de personis, QVIBUS restitutio indulgetur, videamus. Et quidem minoribus cunctis sine discrimine morum & ingeniorum. Doctis, indoctis, solertibus, simplicibus, quia Prætor in edicto *l. 1. h. t. & passim*, generaliter ita indistincte loquitur. Nec obstat Ulpianus in *l. 11. §3. h.* negant, eum restitui, *qui sobrie rem suam administrat*; etiam id addit, *si fato* in damnum inciderit, quod prædiximus. Non negat, imo supponit, eum, si consulte aliquid faciens læsus sit, restitutionem habiturum. Nam etsi adolescentes multi res suas diligenter gerant, peritia tamen judiciique maturitas annis acquiritur; quamlibet sobrii & ad rem attenti, tamen ætatis lubrico decipi possunt: iniquum esset, diligentiam & sobrietatem fraudi illis esse: Tantum vult JCtus, idque res loquitur, in quibus rebus bene sobrieque versati sunt, in iis non esse restituendos. Minoribus licet bene rem suam gerentibus tamen non esse permittendum, res suas administrare, quia sic etiam ætatis lubrico subjecti esse intelliguntur, respondit Ulpianus in *l. 1. § ult. h. t.* Proinde licet minor annis 25. sit judex, a quo ratione officii, publica exactitudo requiritur, tamen si læsus sit, restitutio non negatur, *l. 41. de recept. arbitr.* ubi, *si temere auditorium receperit.* Proinde nec JCto nec Advocato idem beneficium denegari potest. Decisio disertius explicari non potest, quam fecit Alexander Imperator in *l. 1. C. Qui & adversf. quos.* In causa quidem cognoscenda inquiri omnino oportet, num is, qui se minorem annis læsum esse dicit, diligens paterfamilias fuerit; unde præsumptio nascatur, eum non videri lubrico ætatis esse lapsum. Quod si tamen, causa cognita, circumventus deprehendatur, propter hoc solum, quod decurio creatus sit, aliisve publicis actibus edoctum se esse docuerit, a solito auxilio removeri non debet. Non possum existimare, quod aliter sentiant Dd. communiter aliique Interpretes, quos velut dissentientes nominat, sibique opponentes producit D. Wissenbach *ad h. tit. n. 4.* nisi hoc velint, quod Thomasius habet in sequenti *scholio*, quod subjecit *positioni 20.*

SCHOLIUM.

Hoc respectu cessat etiam restitutio, si minor læsus sit in negotio, cujus artem profiteatur; v. gr. mercator in mercatura, Wissenb. th. 24. *Doctor Juris in iis, quæ juris sunt.* Struv. h. t. th. 55. Strauch. d. l. th. 17. *a quibus adeo non dissentit Wissenb.* th. 24.

RESPONSIO.

Bene ita, si de notitia Juris sive artificii in singulis agatur: non si de imprudentia facti & temeritate consilii agatur. Alioqui immanis hæc

esset restrictio regulæ, quæ maximam ejus partem in usu absorberet.

Sed an minores, qui cum Curatoribus suis res egerunt, etiam restitui possunt? Enimvero non tam facile præsumuntur læsi, quoniam hac causa, qui cum illis agendum quid habent, sæpe solent urgere, ut sibi Curatores petant, ne facile per restitutionem, quod est actum, rescindatur *l. 7. § 2. h. t.* eademque ratione negantur habere legitimam personam standi in judicio, *l. 2. C. de his, qui legit. person. stand. in jud. non hab.* Si tamen læsi fuerint, causa cognita, restitutio decernitur, *l. ult. de Restitut.* & habent electionem adolescentes, utrum adversus tutorem agere velint actione tutelæ, an restitutionem petere adversus eum, cum quo negotium est gestum, *l. ult. C. Si tut. vel curat. interven.* idque, licet a tutore suum consequi possint, *l. 3. eod. tit.*

Cæterum, quia restitutio in favorem ætatis introducta est, sequitur, eam ALIIS extra minores prodesse non debere, ‡ ne quidem parentibus ipsorum, *l. 3. § 4. h. t.* Proinde licet filiofamilias minori non negetur hoc beneficium, diligenter tamen animadvertendum est, ne in Patrem utilitas redundet, ut exponitur in *d. § 4.* utique si jussu Patris contraxerit; nam si absque patris voluntate contraserit aut alienaverit, adhuc restituetur, *l. 27. in pr. eod.* Quod si pecuniam mutuo sumserit jussu patris, ne tum quidem omnino restituitur, *in l. 3. § 4.* licet interesse videatur filii, ne conveniendo patrem ipse peculio exuatur; sed verius & fortius est, quod patris longe magis interest, *d. § 4.* Sane Pater heres filii factus, ex iisdem causis restitui potest, ex quibus ipse filius potuisset, *d. l. 3. § 9.* Multo magis, si quis minorem annis XXV. fecerit procuratorem suum, cavere debet Prætor, ne captum in eo quod gessit, restituat; si quidem ejus beneficii fructus ad mandantem pertineret, *d. l. 23.* unde fit, ut si quis alium defenderit absentem sine mandato, quia tunc ipsemet ultro se rebus alienis ingerit, eoque adversus dominum negotii non haberet actionem de eo, quod male gessit, restitutio illi concedatur, *l. 51. in pr. ff. de Procurat.* atque inde tum porro deducitur, minorem annis 25. licet Procurator recte detur, modo sit major annis XVII. *§ 5. Inst. Quib. ex caus. manum. non lic.* non tamen valere pro defensore, *d. l. 51.* ne judicium per restitutionis effugium dein fiat elusorium. Sed minus expeditum est, an & fidejussoribus minorum restitutio prosit? Prodesse, variis textus loquuntur, *l. 15. ff. de Procurat. l. 89. de Acquir. hered. l. 7. § fin. de Except.* Non prodesse, videtur velle *l. 2. C. de Fidejuss. min. l. 13. in pr. h. t.* Sed hic quidem textus ita loquitur, ut de conciliatione parum sit laborandum: *Si cum scirem minorem*, inquit JCt., *& ei fidem non haberem, tu fidejusseris pro eo, non est æquum fidejussori in necem meam subveniri*; certe nihil tum foret iniquius. Nempe, si in hoc intercesserit, ut si minor ætatis beneficio uteretur, ipse solveret; nam fidejussor simpliciter datus, sine eo respectu per restitutionem minoris etiam liberatur, *l. 51. in pr. de Procurat. l. 89. de Acquir. hered. l. 2. § 1. de Admin. Tut.* ratio vult, ut sublata principali obligatione, tollatur & accessoria. Multo magis liberatur fidejussor, si dolus creditoris intervenerit, *d. l. 2.* quo casu ne mandator quidem tenebitur, qui alioqui difficilius liberatur, cum velut suasor & adfirmator fuerit, *d. l. 13. pr.* Aliter Bachov. Comm. ad *τὰ πρῶτα. tit. de Minor. c. 12.* Wissenbach. *ad h. tit. th. 16.*

6. Denique, CONTRA QVOS detur restitutio, latis per se patet, videlicet adversus eos, qui cum minoribus contraxerunt, eosve circumvenerunt, atque heredes illorum; quibus tamen ipsis vicissim integra causa præstanda est, ne dum minor suum recuperat, ipsi damno mulcientur, *l. 24. § 4. h. t.* cujus rei exemplum est *in l. 1. C. de transact.* ubi cum minor adversus transactionem esset restitutus, adversario redditur & actio, quam prius intentaverat; Cui rei non obstat id, quod in *l. 27. h. t.* habetur, minore adversus tutorem restituto, quem tutelæ judicio convenerat, non restitui contrarium Tutelæ judicium tutori: Nam Tutela est generale judicium, habens multa capita; Proinde, si pupillus, quod ad unum caput attinet, sit restitutus, ideo tutor in aliis tutelæ articulis non est restituendus; at in eodem capitulo jus suum procul dubio habebit integrum. Emptor autem, qui rem a minore & a majore emit, restituto minore, potest etiam ab altero pretium repetere, partemque rei alteram ipsi restituere, si velit: habet enim electionem, *l. 47. § 1. h.* Si res individua sit, tum necessario & alteri prodest aut nocet restitutio, *l. un. C. Si in comm. ead. caus.* Cæterum, adversus tertium possessorem rei, super qua læsus est, restitutio non extenditur, *l. 13. § 1. de minor.* nisi tertius ille sciens, minorem esse læsum, rem acquisiverit, *d. § 1.* aut minor aliter indemnis haberi nequeat, *d. l. 13. § ult.* tum ter-

‡ Nec litis consortibus, nisi in causis individuis. *O. P. S. E. I. & L. Tit. 9. § 4. exit.*

tius,

tius, re ablata, regressum adversus auctorem suum habet, *l. 15. h. t.* Wissenb. *th. 17.*

7. Succedunt RES, in quibus hoc remedium obtinet. Et quidem res cunctæ veniunt in restitutionem, nisi minor ipso jure tutus sit, quo casu sæpe diximus, non esse locum huic beneficio; quales sunt præscriptiones temporales, *l. ult. C. in quib. caus. restit. necess. non est.* ubi Justinianus generaliter sanxit, ut omnes temporariæ præscriptiones cessarent adversus minores, quod in certis tantum speciebus obtinebat, veluti in præscriptione quinquennii, qua & olim finiebatur querela inofficiosi testamenti, *l. 2. C. d. t. in quib. caus.* præscriptione longi temporis, *l. 3. C. Quib. non obj. long. temp. præscr.* Sed adversus usucapionem opus olim erat restitutione, ut appareret ex *l. un. C. Si adverss. usuc.* Sunt tamen hodieque præscriptiones aliquæ, in quibus restitutio plane etiam cessat, qualis est præscriptio quinquennii, de qua *in l. 2. D. Ne de statu defunct.* præscriptiones quoque pœnalium judiciorum contra minores valent, quatenus utique in delictis restitutio cessat, *l. 37. in pr. & § 1. h. t.* denique, spatium biennale vel triennii peragendis judiciis præfixum obtinet indistincte, nec minoribus quidem exceptis, ‡ *l. 13. C. de jud.* de quo *ad fin. tit. de Fer.* actum; duntaxat si tutores curatoresve, qui jura minorum persequi neglexerint, solvendo sint. Nam si ab illis pupilli atque minores indemnitatem adipisci nequeant, adhuc iis subveniendum, *d. l. 13. § ult. add. l. ult. C. de repud. hered. N. 1. cap. 1. § 17. Nov. 100. cap. 2.* Porro datur restitutio de rebus etiam firmissimis, & quarum valor alioqui maxime favorabilis est, ut adversus sententiam & rem judicatam, adversus transactionem, divisionem, *tit. C. Si adverss. rem judicatam. l. 1. & 2. C. Si adverss. fisc.* Contra dotem quoque, ubi mulier supra vires patrimonii sui dotem promiserit, vel omnia bona sua, citra necessitatem magnamve utilitatem dederit in dotem; non si decus & excellentia matrimonii tanta sit, ut dos omnium bonorum haud male collocata videatur, *l. 9. § 1. h. t.* Cui non obstat *l. 61. de jur. dot. in pr.* ubi constitutio dotis supra vires, ipso jure nulla dicitur. At hoc ideo, quia curator sciens bona mulieris non sufficere, dolo malo dedit ampliorem dotem: Tametsi verum est, majori quoque feminæ succurri ex hac causa, judicio dotis, quod in bonum & æquum concipitur: Quo loco id observandum, posse locum esse restitutioni, *ubi major jure communi tutus esse potest. d. l. 9. § 1.* junct. *l. 61. de Jur. Dot.* Nonne hoc adversatur ei, quod antea dictum, restitutionem cessare, ubi minor ipso jure tutus est? Non videtur; nam quando major promisit dotem patrimonii vires superantem, tunc ea non est ipso jure nulla, sed rescinditur judicio dotis; Minor rescindit illam dationem beneficio restitutionis, quod non est otiosum, licet majori aliud quoque remedium Lex impertiatur; Nam restitutio certior est & facilius indulgetur; in majore etiam causa læsionis & minor indulgentia erroris admittetur.

8. Caput ultimum supereſt, videlicet, quibus casibus restitutio cessat, qui vel considerantur ratione *Rei*, de qua agitur, vel respectu *Personæ*. Ad rem pertinent omnium primo modo dictæ præscriptiones, quas etiam contra minores tenere præmonuimus; sed præscriptio longissimi temporis 30. vel 40. annorum adeo generalis est, ut etiam contra minores sine ullo remedio currat, *l. ult. in fin. C. in quib. caus. rest. necess. non est. l. 3. C. de præscript. 30. vel 40. annor.* ubi tamen contra pupillos ipso jure locum non habere dicitur. Ideoque si contra majorem opponatur præscriptio XXX. annorum, ille potest subtrahere annos pupillaris ætatis, quibus præscriptio currere cœperat. Ut notabili exemplo judicatum est a Curia suprema, anno 1681. Inter chartas Amplissimi Viri Senatoris Glinstra, repertum erat testamentum anno 1678. E quo liquebat, hereditatem matronæ cujusdam nobilis fuisse delatam ad liberos *Idsardi a Burmania*, ante 33. annos. Reliquerat ille filiam superstitem quinquagenaria majorem, & nepotes e filio partim majores, partim minores. Prima non potuit admitti, licet justissima ignorantiæ causa, propter expressam sanctionem *d. l. 3.* nec approbata est a Curia sententia Doctorum contraria, de qua ad *tit. Ex quib. caus. maj.* Posteriores admissi sunt, eo quod præscriptio currere cœperat, aut continuaverat, adversus eos in ætate pupillari;

‡ Minores & qui horum jure utuntur in probatione occupati, si intra tertiam dilationem, quæ ipsis extra ordinem conceditur, nondum officio suo funguntur, restitutionis in integrum beneficio non gaudent, facultate conveniendi tutores administratoresve, aut eorum actores advocatosque iis unice relicta. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 20. § 5.*

quibus annis subtractis, non supererant XXX. præscriptionis. *In causa G. a B. & J. a B. cum soc. contra M. a B. cum soc. ante ferias Paschales 1681.* Si quæ præscriptiones ex jure municipali oriantur, qualis est præscriptio retractus gentilitii, hæ secundum rationem juris civilis censen læ sunt, ut currant adversus minores, salvo restitutionis beneficio. Tulden. *ad d. l. ult. num. 5.*

II. Cessat in delictis Restitutio, quæ in minoribus nihilo magis, quam in majoribus tolerantur, *l. 37. pr. & §1. h. t.* nisi forte leviora sint admissa, in quibus imprudentia magis quàm malitia, *omissione magis quam commissione*, ut *Dd.* volunt, peccatum est; cujusmodi habetur, si mater annis 25. minor non petierit tutores liberis suis, *l. 1. C. Si adversus del.* Si heres minor non vindicaverit necem defuncti, *l. 6. C. de his, quæ ut indign. l. 1. § 32. & l. 14. ff. de Sc. Silan.* Impuberes, qui conscii fuerunt falsæ monetæ, domi suæ cusæ, excusantur a pœna, ut tamen tutores, qui neglexere, quid in ædibus pupillorum suorum ageretur, eorum loco mulctentur, *l. 1. vers. impuberes. C. de fals. moner.* Alioqui in maleficiis, ut dictum, non auditur minor restitui petens; non modò, si ipse deliquerit, sed etiam ubi contra delinquentes agit. Ita actionem injuriarum eis annum haud motam repetere non potest, *pr. d. l. 37.* nihilo magis adulterii accusationem, quam intra dies sexag. utiles jure mariti instituere poterat, *ead. l. 37. § 1.* Denique sic videtur; In leviori-bus delictis succurri minoribus, non in gravioribus.

SCHOLIUM

Leviora autem videntur esse, quæ sunt contra jus civile tantum. Et hæc distinctio melior videtur esse, quam si distinguamus inter delicta commissionis & omissionis, Wissenbach. th. 18.

RESPONSIO.

Tutius est, retinere distinctionem leviorum & graviorum. Possunt enim juris civilis prohibitiones ejusmodi esse, ut Reipublicæ ratione minoribus quidem ignoscì permittat.

III. Inter causas prohibitas est etiam manumissio; nam in favorem libertatis non placuit, eam semel datam revocari, ne quidem si dolo malo seductus sit minor ad eam concedendam, *l. 9. § ult. h. t. l. 2. C. Si adverss. libert.* At quamdiu libertas actu collata non est, res adhuc in integro intelligitur esse, daturque restitutio, *l. 1. d. tit.* Quod si manumissio quidem facta sit, at non vindicta, probatis apud consilium causis, restitutio ne tum quidem obtinet, sed ipso jure datur revocatio libertatis, *l. 3. eod. tit.* Exceptio additur in *l. 10. h. tit.* nisi ex magna causa hoc a Principe fuerit impetratum. Is etiam, qui minorem decepit, tenetur de dolo, vel utili actione in id, quod minoris interfuerit, *l. 11. in pr. h. t.*

IV. Denique, non datur restitutio contra solutionem, cum auctoritate judicis factam, *l. 5. C. de auctor. tut. § ult. Inst. Quib. alien. lic. vel non.*

9. V. Ad hoc quoque caput rerum videtur referendum, quod est in *l. 1. & l. 2. C. Si sæpe restit. in integr.* negari restitutionem, quæ *bis* in eodem negotio petitur, ‡ quod recto sensu intelligendum; Nam alioqui sæpe videas evenire, ut in eodem negotio diversæ restitutiones impetrentur, cujus rei exemplum est *in l. 7. § 9. h. t.* Minor, qui hereditatem repudiavit, vel ab ea se abstinuit, impetrare potest, ut restituatur sibi facultas adeundi, vel se miscendi, eaque restitutione impetrata, denuo restitui potest, ut repudiare vel abstinere liceat, *d. l. 7.* atque ita in una hereditate bis habet restitutionem, *l. 2. § 10. ff. ad SC. Tertull.* Videlicet in contrarios fines, non ad eundem exitum. Filio tamen non idem licere contra aditionem vel repudiationem a Patre suo factam, ut his contra eam restituatur, singulari ratione placuisse videtur potius, quam ut jus vetus per eam abrogatum videatur, *l. ult. § ult. C. de Bon. quæ liber.* Wissenbach. *th. 5. h.*

SCHOLIUM.

Ita respondet Wissenb. d. th. 15. *Mihi vero placet responsio aliorum, quam vid.* ad Strauch. XXVII. 19. p. 417.

RESPONSIO.

Sic habet ibi; Minor contra omissam hereditatem restitutus, iterum auditur contra aditionem, l. 7. § 9. h. t. At contra aditam hereditatem

‡ Ita & Serenissimus Legislator Saxonicus restitutionem in integrum, illis, quibus hoc beneficii in jure datum est, etiam contra fatalia, ita ut non prius sint excutiendi Tutores Curatoresve, etiam contra æque privilegiatos, ulterius equidem concessit, in unoquoque tamen fatali ex una eademque causa non nisi semel. Damna & impensas ex hac mora oriundas, Tutor ferat, arbitrario, si ita videatur judici, simul puniendus, aut etiam juramento malitiæ constringendus. *O. P. S. E. I. & L. Tit. 9. § 4.*

tem

tem semel restitutus, non auditur iterum contra repudiationem. Hactenus Thomasius. *Imo, nec prior positio;* Minor contra omissam hereditatem restitutus, iterum auditur contra aditionem, *in* d. l. ult. *permittitur. Ait enim,* Si pater hereditatem repudiaverit, infante filio, quam is dein adeundam tradiderit, licentia datur ei, vel Curatoribus ejus, hereditatem adire; nulla & in hac parte licentia, contra priorem suam voluntatem in integrum restitutionem petere. *Proinde vel specialis est hæc constitutio, super aditione vel repudiatione per Patrem facta; vel in* d. l. ult. *jus vetus de restitutione bis circa eandem hereditatem in contrarios fines impetranda, mutatum est, ut Cujacius ex sententia Thalelæi, Græci interpr.* lib. 45. *βασιλικῶν statuit, referente Wissenbachio* d. th. 5.

N. ADDIT.

Atque huic ultimæ sententiæ Cujacii jam consentire mallem, propter verba ab Autore ex d. l. ult. *hic adducta, junctis verbis præcedentibus,* ne ludibrio leges fiant, (*minori*) sæpius eandem & amplecti & respuere hereditatem cupienti.

Videlicet, si res post minoris repudiationem adhuc sit integra; nam si distractæ res hereditariæ finitaque sint negotia, non audietur minor petens restitutionem a repudiatione, ne ad partam alieno labore pecuniam veniat, ut docet Scævola in *l. 24. §. 2. d. tit.* proinde hic etiam est casus restitutionis cessantis. Quod si adierit minor hereditatem, & rebus bona fide distractis, sentiat, hereditatem non esse solvendo, videtur adhuc posse restitui, ad damnum evitandum, ut probat & judicatum refert Sandius *lib. 1. t. 15. def. 2.* Hoc enim æquitate majore se commendat, quam si repudiata hereditate, bonisque ab alio distractis, minor admitti velit. Tamen id ei permissum volunt a Justiniano, *l. ult. C. de repud. & abstin. hered. in fin.* Duar. *ad tit. C. Si adverss. repud.* Pac. *cent. 3. Antin. Quæst. 3.* Aliter Sandius *d. loc.* quirextum illum de suo herede loquentem ad extraneos non censet producendum; & recte. Hoc autem est singulare in *d. l. ult.* quod suus heres minor, rebus non distractis, supra quadriennium adhuc habet triennium, quo hereditatem repudiatam, ipso jure, sine restitutione, ut videtur, adire potest. Cæterum bis non datur restitutio in eundem finem, inquam; qui semel petiit restitui a repudiatione, atque repulsus est, dein eandem restitutionem non potest repetere; quoniam & hactenus obstat exceptio rei judicatæ. Quæ res tamen non obstat, quo minus adolescens impetratam restitutionem in integrum, postulante adversario, ob pœnitentiam recusare possit; quin dabitur ei exceptio adversus alterum, actione rei judicatæ agentem ad implementum restitutionis, *l. 41. h. t.* Jam id, censeo, non repetimus, restitutionem non competere, quando fatale damnum accidit, vel ejusmodi casus, qui prudentissimum quemque fallere potuisset, quod jam monuimus ex *l. 11. § 4. & 5. h. t.* Magis id monebimus, quod non omisit Oddus *P. 1. de restit. qu. 60. art. 1.* adversus *matrimonium* non esse restitutionem, quoniam indissolubile est.

10. Sequuntur casus, quibus restitutio propter respectus personales cessat; quos inter primo omnium collocamus, si minor veniam ætatis impetravit, *l. 3. in pr. de minor. l. 1. C. de his, qui veniam impetr.* quæ conceditur majoribus annis viginti maribus, & fœminis biennio citius, cujus discriminis rationem dedimus *lib. 2. Digress. cap. 13.* scilicet si ætatem illam frugalitatemque suam probaverint, *l. 2. pr. & § 1. d. tit. C.* at tamen post veniam ætatis a donationibus inconsultis adhuc restituuntur, quæ demum confirmantur silentio longi temporis, computandi ab annis 25. completis, *l. ult. C. Si maj. fact. alien. rat. hab.* Quin si res immobilis a minore alienata fuerit, etsi veniam ætatis habeat, nihilo plus hæc alienatio valet, quam si veniam non impetrasset, *d. l. 2. § 1. in fin. l. 3. C. eod.* Quæri haud inepte potest, numquid ab ipsa ætatis venia impetrata, si minor, æquus sui judex reperiat, eam sibi esse noxiam restitui possit; quod videtur adfirmandum, *arg. l. 1. h. t.* Struv. *ad h. tit. n. 53.* ut tamen ea restitutio non pertineat ad ea, quæ medio tempore ab illo pro majore gesta sunt, rescindenda, per *d. l. 1. C. de his, qui ven. æt.* Præterea II. cessat restitutio, si minor se mentitus sit esse majorem, idque fraudulenter, *l. 3. C. Si min. se maj.* secus, si per simplicitatem, *l. 1. eod. tit.* cujus tamen adieveratio rejicitur a primo auditu, si juratus in instrumento majorem se adfirmaverit, *d. l. 3. in fin.* Quod tamen nihil habet commune cum eo, quod (hic III. casus est,) Fridericus Barbarossa dein constituit, secundum *Authent. sacramenta puberum. C. Si adversus vendit.* ubi omne jusjurandum a minoribus præstitum, super contractibus rerum suarum non retractandis, firmum ratumque statuitur, adeoque beneficium restitutionis in integrum excludit; quæ res a disciplina juris antiqui sine dubio aliena est, secundum quam jusjuran-

jurandum non habet majorem vim quam pactum nudum, neque potest sustinere quicquam jure invalidum, nisi quod simplici renunciatione confirmari queat, per *l. 7. §16. ff. de Pact. l. 5. C. de LL.* ut *infra Tit. de Jurejur.* latius videbimus.

11. Quin eandem Friderici constitutionem tamen, de licitis tantum contractibus & jure validis, sed restitutioni obnoxiis, accipiendam esse, monet Duaren. ad *l. 1. C. si adverf. vend.* Pacius *ad d. auth.* Perez. *ad d. tit. C.* Secus vero judicant, si contractus sit illicitus, ut si minor curatorem habens rem non perituram alienaverit, sine consensu curatoris, vel prædium sine decreto magistratus vendiderit: At hoc defendi non potest, ait D. Wissenbach. ad *h. tit. n. 23.* Authentica generaliter est concepta, *super contractibus* scil. *quibusvis*, etiam videlicet jure civili invalidis. Addere debebat D. Wissenbachius verba textus, *non retractandis*, quod vocabulum arguit, subsitisse contractum inde ab initio; Nam quod nullum est, τὸ μὴ ὂν, non potest *retractari*, ut ipse Præceptor ille noster alias ubique nos docet. Et obstat ei inprimis, quod nimis sit enorme, Fridericum ita intelligere, ut Theodosii constitutionem, qua in *l. 5. C. de LL.* πραγματικῶς; tradiderat, jurejurando nihil contra Leges stabiliri posse, abolitam voluerit. At certe, (instat ὁ πάνυ Wissenbachius,) *l. 1. eod. tit. C. Si adverf. venidit.* loquitur de prædio a minore vendito, scil. ut innuere vult, sine decreto; *Nam quid opus*, pergit, *juramento confirmari contractum licitum, qui suis viribus subsistit?* Ego causam non video, cur prædium in *d. l. 1.* contra juris formam venditum esse præsumam, quod simpliciter venditum dicitur. Instantia a juramento adjecto parum valida est; si quidem & minor & alii quilibet, majoris securitatis ergo, acta contractusque suos jurato sæpe firmant: alioqui statuendum foret, neminem jurare præsumi, nisi in causa turpi aut legibus prohibita. Denique, ait idem Vir summus, Rescripto Principis firmatur contractus jure civili illicitus, *l. 2. D. de reb. eor. qui sub tut.* quidni & juramento, cujus religio potior & potentior est quovis rescripto Imperatoris? Enimvero hoc novum est, jurisjurandi majorem esse vim quam rescripti, prorsus contra *d. l. 5. C. de LL.* Dividii sane oportet inter obligationem, quæ est inter animum jurantis atque Deum; & efficaciam ejus erga alios, quam legum autoritas juramento adscribit. Contenti simus igitur hac interpretatione, quod Friderici mens fuerit, adolescentes, qui jurati contractus suos inviolabiles fore promiserant, deinceps Prætorium restitutionis beneficium impetrare non possint. Et tamen ne hoc quidem sensu *dicta Authentica* in usum forensem admitti potuit, teste Pinello *Part. 3. l. 2. C. de rescind. vend. cap. 1. n. 10.* Sand. *de prohib. rer. alien. P. 1. cap. 1. n. 47. & sequ.* Prudentissimeque Ordd. Frisiæ *lib. 1. Stat. tit. 7. art. 5.* super contractibus minorum jurejurando firmatis jus dici vetuerunt, utique nihilo magis, quam qui sine juramento celebrati essent, Notariisque prohibetur, super ejusmodi juratis contractibus instrumenta conficere, vel ab ipsis minoribus exigere jusjurandum, sub pœna interdicti officii aliaque arbitraria: ut ita non modo Proceres nostri vim subtrahant juramentis sæpe temerariis, sed etiam ne temeritas committatur, efficiant.

12. Dein VI. est etiam personale restitutionis impedimentum, si minor id, quod gessit, major factus comprobaverit, *l. 3. § 1. de minor.* quod etiam fecisse intelligitur, si negotium in minori ætate inchoatum major factus absolverit; idque etiam pertinet ad sententiam contra majorem latam, ubi litis contestatio in minori ætate facta erat, utique nisi dolo & calliditate adversarii tractum sit judicium, hoc consilio, ut major factus condemnaretur, *d. l. 3. § 1.* Enimvero, si minor hereditatem adierit, vel miscuerit se, Ulpianus existimat, eum restitui posse; licet major factus debitores hereditarios exegerit, *d. l. 3. § 2.* VII. Restitutio cessat adversus Parentes atque patronos, *l. ult. C. Qui & adverfus quos in integr. rest. non poss.* quam Thesin a variis objectiunculis liberat D. Wissenbach. *h. t. num. 22.* Præcipua est, quod filius restituitur contra sententiam pro patre adversus se latam, *l. 2. C. si adverf. rem Jud.* Sed hoc non lædit reverentiam paterni nominis, cum sententia sit factum judicis, non ipsius: Filius igitur in factum in id, quod interest, non ad rescissionem contractus agere debet, *l. 11. § 1. de dol. mal.* Moribus, hoc parum custodiri videtur, in quam rem citat Schilterum *Ex. 11. th. 23.* Thomasius ad *posit. 24. h. t.* ne apud nos quidem, ubi summa alioqui Juris scripti religio est, exemplo recenti decisionis Curiæ supremæ in hac specie: Pater, civis hujus urbis nonestissimus, cum filio non posset rationem reddere bonorum maternorum, nisi per simplicem

adleve-

adseverationem, nihil supereſſe; ab illo acceperat ſcriptam confeſſionem, ſibi de bonis maternis ſatisfactum eſſe, ſalvis centum ducatonibus, quos Pater ei hoc nomine deberet; Filius deinde in extremis agens teſtato declaraverat, ſibi nunquam conſtitiſſe rationem bonorum maternorum; illam confeſſionem ſibi a patre partim eſſe extortam, partim promiſſionibus, deinde non ſervatis, elicitam. Filio mortuo, vidua nomine liberorum probare quidem non poterat factum extorſioni aut doli: ſed cum Pater, Mennonita, nollet ad *articulos* jurato reſpondere, poſitiones Actricis pro confeſſis habitæ ſunt: Ipſa in integrum reſtituta, Pater condemnatus eſt, etſi ne doli quidem mentione fuerat abſtentum. Minor etiam non reſtituitur adverſus alium minorem, ſi is exinde etiam læderetur, *l. 11. § pen. & ult. h. t.* ſecus, ſi alter tantum captus eſſet, *l. 1. C. Si maj. fact. rat. hab.* Quid ſi minor crediderit pecuniam filiofamilias, an etiam metuet Macedonianum? Non metuet, quia potentius eſt beneficium ætatis, quam SCti, *d. l. 11. § ult.* verum ſi & ille filiusfam. fuerit minor, tum metuet SCtum, niſi ille filiusfam. minor, ſit locupletior ex pecunia mutua, *l. 34. h. t. l. 3. § 2. D. ad Sc. Maced.* Quid ſi mulier apud minorem fidejuſſerit, an hic metuet Sc. Vellejanum? Hactenus reverebitur SCtum, ut prius debitorem principalem conveniat, a quo ſi non poſſit ſuum conſequi, tum demum mulier tenebitur, hoc caſu non amplius opitulante SCto, *l. 12. h. t.* Ex his omnibus facile apparet, quinam & quando implorare poſſunt officium judicis, ut, eo implorato, pars adverſa vocetur in jus, cauſaque cognita reſtitutio indulgeatur, *l. 1. § 1. l. 13. & l. 24. § 5. f. h.*

TIT. V.

De Capite minutis.

I. Quo ſenſu capitis diminutio ſit cauſa reſtitutionis, & in quibus locum habeat. II. Cur hodie non ſit cauſa reſtitutionis. III. Emancipationem hodie non eſſe capitis diminutionem. IV. De aquæ & ignis interdictione, atque deportatione.

CApitis diminutio, de qua dictum *ad Inſt.* eſt cauſa reſtitutionis, veteri potius quam novo jure: nam quia filiusfam. emancipari non poterat, quin redactus quaſi in ſervitutem eſſet, *l. 3. h. t.* quod etiam adoptatis eveniebat, *l. ult. C. de Emancipat.* hinc ſubtilitas juris forenſis Rom. in illa mutatione jura & actiones occidebat, *d. l. 3.* adeo ut Prætoris beneficio actiones eſſent reſtituendæ. Quia autem ſubtilitas hæc mere civilis erat, ideo ad præſtationes naturales non pertinebat, *l. 2. § 1. l. 8. h.* ubi dotis exemplum profertur, in qua fit præſtatio naturalis.

SCHOLIUM.

Sed quid per has intelligat Cajus in d. l. 8. *obſcurum eſt, nec per exemplum ibi ſubjectum ſatis illuſtratur. Sane & in illis contractibus, ad quos edictum ſpectat, capite minutos* naturaliter *obligatos manere, dicit Ulpianus*, l. 2. § 2. h. t.

RESPONSIO.

Naturales præſtationes Lex ait eſſe, quæ in bonum & æquum conceptæ ſunt, quas æquitas & ipſa res dictat eſſe præſtandas, non modo civi Romano, ſed cujuslibet nationis homini, ut eſt repetitio dotis datæ marito h. l. 8. & ſequ. *præſtatio alimentorum & annuorum, quibus æque capite minuti egent, quam cives integri capitis*, l. 10. h. *adeo ut Franciſcanis etiam, quibus pecuniam habere non licet, alimenta legata debeantur, ut arg. h. l. Bartolus & Mornacius probant. Et puto, quoties aliquis cum alieno detrimento locupletior fieret, in his omnes juris civilis ſubtilitates ceſſare debere,* notat *Mornacius* ad h. l. *narratque Chopinum in hanc rem ſolitum eſſe valde commendare hunc textum. In cæteris cauſis, ubi non vertitur æquitatis ratio tam prægnans, eſt etiam nihilominus obligatio aliqua naturalis, ut in ipſa ſtipulatione, quæ manet*, d. l. 2. § 2. *Et hoc eſt, quod dat locum reſtitutioni in integrum.*

N. ADDIT.

Conſentio & huic explicationi Autoris, utpote quæ obſcuritatem Caji in Scholio notatam jam ſatis perſpicue ſuſtulit.

Nec etiam ad maximam & mediam capitis diminutionem ſpectabat, quia per illas jura ita extinguebantur, ut a Prætore illo modo reſtitui poſſent, *l. 2. pr. h.* Publica jura quoque & munera per capitis diminutionem non intereunt, ut magiſtratus & Turelæ, *l. 5. § ult. l. 6. & l. 7. in pr. h. t.* ubi verba, *Tutelas non amittit capitis minutio, exceptis his, quæ in alieno jure poſitis perſonis*

ſonis deferuntur, celebrem habent difficultatem, de qua Viſſenbach. *th. ult. b.* & auctores ab illo citati; quibus quod heic loci addatur, non habemus.

2. Hodie, quia modus conſtituendi & ſolvendi patriam poteſtatem, a ſervili cauſa ejusque imitamentis alienus eſt, ideo hanc reſtitutionis cauſam ceſſare, dubium non eſt, *l. ult. C. de emancip.*

3. Plerique volunt, emancipationem non eſſe hodie capitis diminutionem, idque ſubtiliter loquendo, recte: imo nulla poteſt emancipatio intelligi, ubi filius non mancipatur, id eſt, venditur amplius: Quamdiu tamen manſit idem effectus, qui fuit olim, hoc eſt, quamdiu adoptio & dimiſſio ex Patria poteſtate, mutationem familiæ & agnationis afferebat, non ſine ratione antiqua nomina manſiſſe videntur; nec ſequitur, tunc etiam Patris mortem fore capitis diminutionem, quia per illam æque Patria poteſtas ſolvitur; nam capitis diminutio debet ſecundum legem fieri, περίϛασις τῶν νόμων, v. *lib. 3. Digreſſ. c. 6.* ſed mors eſt ſolius opus naturæ, nec per eam tollitur jus familiæ & agnationis totius, ut per emancipationem, ſed nil niſi vinculum patriæ poteſtatis, manente cum reliquis agnatis conjunctione priori. Verum hodie cum nihil in ſanguine quam naturalis cognatio ſpectetur, *Nov. 118. c. 4. & 5.* quæ & olim cum jure familiæ late ſumptæ emancipatis manebat, *l. 69. § ult. de Leg. 2. l. 195. § 1. de V. S.* ſequitur, emancipatione ſtatum familiæ amplius non mutari, eamque nullo ſenſu capitis diminutionem, ſed reſolutionem ſimplicem patriæ poteſtatis appellandam. Perinde ac dignitas, quæ facta quidem eſt modus tollendæ Patriæ poteſtatis; ſed nunquam capitis diminutio, quia hæc eſt ſtatus mutatio εἰς τὸ χεῖρον, *in deterius. Synopſ. Attal. tit. 3.* Πάθος, afflictio, ut ex Theoph. *d. c. 6.* Talis etiam olim erat in emancipatione, juxta Pauli ratiocinationem in *l. 3. § 1. h. t.* quam ab objectionibus D. Vinnii vindicavimus in *d. c. 6. Digr.*

4. In locum aqua & igni interdictionis ſurrogatam eſſe deportationem, multis in jure locis traditum videmus, *l. 2. § 1. de pœn. l. 3. ad L. Jul. pecul. & paſſim.* Effectus utriusque eſt unus idemque; ſed discrimen, quod deportatus τέτῳ περιπέπλειϛαι, τῇ ἐϛι τῇ νήσῳ, *certo loco, id eſt, inſulæ includitur*: ὁ δὲ, cui aqua & igni interdictum eſt, πάντες ἔϛηϛαν τόπε, *ab omnibus locis excluditur*, ait Theophilus: Unde *lata fuga* eleganter vocatur, in *l. 5. de interd. & releg.* imitatione Græcorum, qui Φεύγειν τὴν πατρίδα, τὴν πόλιν, exules dicunt, qui *fugiant patriam ſive urbem*: qua de re Budæus *comm. Gr. L. voc.* Φεύγ. ſic tamen, ut intra certos terminos; quemadmodum Ciceroni lege Clodia quadringentis milibus paſſuum ab Italia abeſſe licuit. Sub Auguſto, quibus olim aqua & igni interdicebatur, hi cœperunt in inſulas deportari, quo pertinet lex ejusdem apud Dionem *lib. 56.* Μοσία πυρὸς καὶ ὕδατος εἰργθέντα ἐν ἠπείρῳ διατρίβειν, *Ne quis, cui aqua & igni interdictum eſſet, in continenti verſaretur*, &c. Quod non modo pœnæ exaſperandæ, ſed imprimis ut dominandi arcanum, Auguſto placuiſſe videtur; ne videlicet exules, (plerique enim, quibus hæc pœna infligeretur, erant nobiles,) in latam fugam acti libereque vagi, coirent atque res novas molirentur; Ab hac ratione, quod iſta quaſi quædam pœna *Status* eſſet, medium centeo perendum reſpondendi, quare Præſides Provinciarum in inſulam deportare nequiverint, cum tamen in metallum damnare, quod eſt gravius, imo quodvis ultimum irrogare ſupplicium iidem poſſint, *l. 6. § 1. de offic. Præſ. l. 2. § 1. de pœn.*

TIT. VI.

Quibus ex cauſis majores.

I. De abſentia duplex Edictum eſſe reſtitutorium. II. Pro abſentibus quinam habendi. III. Clauſula prætoria, de qualibet juſta cauſa, expoſita. IV. Non eſſe locum ei in præſcriptione 30. annorum, ſecus ac in uſucapione.

COncepta eſt hæc Rubrica; *Quibus ex cauſis majores annis 25. reſtituantur in integrum*: quod fit, ob proximam oppoſitionem reſtitutionis, quæ minoribus indulta fuit; nam alioqui dolus & metus, ſunt etiam cauſæ majoribus annis XXV. cum minoribus communes. Qui ſunt læſi per abſentiam, reſtituuntur in eum ſtatum, in quo ante abſentiam fuerunt. Duplex remedi-

um

um a Prætore in Edicto hujus tit. proditum est, vel potius duæ sunt partes hujus remedii. In prima parte ait Prætor, si de bonis alicujus, qui sine dolo malo Reipubl. causa aberat, aut in vinculis, servitute, hostiumve potestate erat, aliquid usucaptum sit, aut si dies actionis, quæ competebat ei, exierit, actionem se intra annum utilem daturum. Altera pars habet hanc sententiam; si is, qui absens non defendebatur, vel quem in jus vocare non licebat, licet interim de alterius bonis aliquid usuceperit, adversus hunc eadem actio restitutoria datur. Nec vero tantum, si usucapio sit commissa, verum etiam adversus rem judicatam, *l. 30. § fin. h. l. 1. C. eod.* adversus venditionem, *l. 6. C. de restit. mil.* aliisque causis generaliter, *d. l. 30. in f.* cujusmodi exemplum est in *l. 43. h. t.* Ubi Titio annuum debetur, quoad in Italia esset; Reip. causa abesse cœpit, utilis actio *ex officio Prætoris*, quæ hæc ipsa est, nihilominus ad annuum petendum datur.

2. In priori specie exprimitur *absentia Reipubl. causa*, ubi scil. in favorem absentium cavetur; in altera parte, quæ est contra absentes, quilibet absentes intelliguntur; ne privatæ aut temerariæ causæ jure meliori utantur. Tamen & illa Reipubl. causa, non ita accipitur, ut in excusatione Tutelæ, ubi δήμου ἐφημερίων ἕνεκα, *l. 10. in pr. ff. de Excus.* propter populi Romani commoda tantum; at hic quoque civitatum & municipiorum causæ pro talibus habentur, *l. 26. § ult. h.* Et generaliter, quotiescunque quis ex necessitate, non ex voluntate abfuit, dici oportet ei subveniendum, *d. l. 26. in fin.* qua de re plurima diximus in *Parte I. tit. de action. n. 6.* ubi scripsimus etiam, jure novo, post *l. 2. C. de annal. except.* non videri hanc restitutionis speciem amplius esse necessariam, quæ datur scil. contra absentes; cum, etsi adversarius nec a quoquam defendatur, potest Actor Præsidi, aut eo deficiente, Episcopo, vel si neutrius copia, publico in loco libellum proponere ad interrumpendam præscriptionem. Inde sequitur, non esse necessum hodie, ob metum & impotentiam præscriptionis impediendæ, ad hoc unicum remedium confugere; hactenus illa valet observatio, verum tamen, si quis remedio *d. l. 2.* non sit usus, eum propterea restitutionis beneficio destituendum esse, non potest dici. Habet igitur adhuc locum, si quis, inquam, illo modo, qui in *d. l. 2.* præscriptus est, non sit usus, præter quod alii quoque sint casus, quibus restitutione opus esse queat, ut modo intellexi-mus, *in fine sectionis præced.* Denique pars Edicti prior hactenus etiam absentes melius habet, quod eos indistincte, seu Procuratorem habuerint, sive non adhibuerint, restituit, *d. l. 26. § ult.* quod est secus in ea parte Edicti, quæ adversus absentes concepta est, ut de verbis Edicti in *l. 1. h. l. 21. § 3.* cum *l. seq. eod.* patet.

3. In fine memorati edicti sic ait Prætor: *Item, si qua alia mihi justa causa videbitur, in integrum restituam, quod ejus per Leges, Plebiscita, Scita, Edicta, Decreta Principum licebit.* Ulpianus hanc ultimam Edicti partem ita interpretatur in *d. l. 26. § ult. & ll. seqq.* uti pro nova sextaque restitutionis causa eam habere non videatur; sed pro extensione causarum absentiæ, qua Prætor omnem ex qualibet justa causa absentiam, statuit admittendam. Sed ipsum Edictum abhorrere non videtur ab usu communi, quo heic loci restitutio promitti intelligitur, quoties aliquis justum errorem non simplici ignorantia, sed ita ut ratio positiva, quæ in errorem induxerit, ostendi possit, lapsus & damno mulctatus est, quemadmodum Ulpianus idem in *l. 1. & 2. de restitut. in integr.* sexto loco & ab absentia separato, post capitis minutionem, justum collocat errorem. Exemplum pete si ex *l. 1. § ult. D. Quod falsi tut. auct.* Gessit aliquis negotium cum pupillo, auctore homine, qui se tutorem esse prædicabat, cum non esset; adversus pupillum non habet actionem, sed adversus falsum auctorem.

4. In universum de hac causa dici potest, quod Paulus in *l. 16. D. Ex quib. caus. maj.* ait, totum istud arbitrio Prætoris temperabitur. Sed nulla potest esse tam valida erroris ignorantiæve causa, ut adversus præscriptionem longissimi temporis allegari possit, *l. 3. & sequ. C. de Præscr. 30. vel 40. ann.* ut etiam in Curia Sabaudica judicatum fuisse, testatur Ant. Faber ad *tit. C. Si adverf. usucap.* tametsi contrariam Dd. sententiam & communem, & in foro esse receptam, tradat Fachinæ. *1. controv. 69.* non tamen in nostro, ut exemplo ad *tit. de Minor. n. 8.* relato constare potest; ubi sane erat justissima ignorantiæ causa, quod Testamentum in alienis manibus & demum post annos 33, ab aliud agentibus repertum erat: Negata tamen est in integrum restitutio. De usucapione longique temporis præscriptione, facilius hanc restitutionem admiseris; etsi verum sit, jure civili solam ignorantiam non sufficere, *l. un. C. de usucap. transform.* Et tamen, quia contra usucapionem restitutionis beneficium dari cer-

ri certum est, *l. un. d. t. C. Si adverſ. uſuc.* non est absurdum, eo quoque justum errorem extendere, causa videlicet positiva solidaque subnixum.

5. Non est etiam prætereunda hæc admonitio; ne quis prætextu clausulæ generalis, admitti posse putet ad effectum restitutionis ejusmodi causas, quæ in aliis Edictis rejectæ sunt; quod eo fortius inculcandum, quo frequentius Advocatus hac generali clausula quasi panacæa abutentes videmus, ad omne genus morborum vitiorumque sanandum. Verbi gratia, metu inani aliquis est compulsus ad ineundum contractum, vult restitui, non potest per Edictum Quod metus causa; implorat hanc partem Edicti, *si qua mihi justa causa videbitur*: poteritne restitui? nullo modo, nisi hanc clausulam generalem velimus facere eluſoriam omnium aliarum. Imponit tamen hujus rei ſpecies. Si memini obtinuisse restitutionem matronam quandam in tali ſpecie. Transegerat de hereditate quadam cum fratre mariti defuncti, consilio fratris sui & propinquorum; sed præcesserant minæ alterius, se non redditurum mulieri instrumenta, quæ penes se haberet, & quibus illa carere non posset; se litibus illam vexaturum, usque ad Ordines Generales. Hæ minæ erant vanæ; cum pro instrumentis haberet actionem in promptu, & vexatio litium coram Ordinibus Generalibus non habebat facultatem, cum nec cives Frisii illuc vocari possint, nec alias vexatio litium veniat in censum restitutionis. Cum ita ex causa metus aut doli non posset agere, tamen obtinuit, hujus edicti clausulæ prætextu. An omnino juridice, *ex ſupra* dictis colligendum.

TIT. VII.

De Alienat. jud. mutandi causa facta.

I. Qualis hæc actio & an ſpecies reſtitutionis. II. An & in perſonalibus locum habeat. III. Quando ceſſet. IV. Deturne heredi & in heredem.

SImilis restitutioni est actio in factum, quæ datur ei, in cujus fraudem res, de qua lis, metuebatur, alienata est, per quam consequitur id quod interest, *l. 1. pr. h. t.* velut si divertæ hominem Provinciæ, aut potentiorem adversarium nobis opposuerit, *§ ult. d. l. t.* *Nec enim potentioribus pares esse possumus* ait Cajus *in l. 3. f. pr.* quod Pyndarico illi respondet, Χαλεπὴ δὲ ἐξ; ἀνθρώποισιν ὁμιλεῖν κρειττόνων, *difficilis hominibus lis est cum potentioribus.* Quippe ut Euripides in Hecuba,

Τῶν γὰρ δυναστῶν πλεῖστος ἐν πόλει λόγος.

Nemo potentes aggredi tutus potest, ut Seneca in *Medea* & Phædrus *fab.* XXXVII.

Contra potentes nemo est munitus satis,

Νίκης γὰρ ἕξεται, πρὸς τ' αἰχεῖν ἀλγεῖ πάχη,

Semper abit victus, damno probroque gravatus, ut Hesiodus.

Proprie tamen hæc restitutio non est, quia datur utilis in rem actio contra alienantem, quam si pati velit, hanc evitat, *l. 3. § ult. h. l. 27. § 3. de rei vind.* imo & directa contra possidentem actio in rem, *l. un. C. h. t.* Unde liquet, jus non esse ademptum, cui proinde restitutio applicari non potest, juxta id, quod *in tit. primo* diximus, fundamentum omnis restitutionis esse, jus amissum.

2. In personalibus, quibus de præstatione certi corporis non agitur, hæc actio cessat, quia debitor nunquam facere potest, ne creditori teneatur, *l. 1. C. de Nov.* Sed Actor, qui suum jus in potentiorem transfert, tam in personam quam in rem, amittit jus suum, & extra ordinem punitur, *l. un. C. ne lic. poten.* nec tamen ideo hoc Edictum ad actiones personales producendum, cum hæc diversa constitutio sit, ut recte Thomasius ad *Poſ. 4. h. t.* Paulo secus D. Wissenb. *h. th. 1.*

3. Qui ex necessaria, vel onerosa, vel mortis causa alienat, non tenetur hoc edicto, quia fraude carere præsumitur, *l. 8. § 3. & l. 13. pr. h.*

SCHOLIUM.

Si pro Synonymo causæ necessariæ sumatur onerosa, *concedo. Sin, uti communiter fit, opponatur lucrativæ, ut sensus sit, v. g. contra donantem dari actionem ex hoc edicto, non vero contra v. g. vendentem, dissentio, cum leges hanc distinctionem hic ignorent.*

RESPONSIO.

Per necessariam intellexi alienationem, ad quam aliquis cogitur, ut ex prævia conventione, sive litis respectu. Per onerosam, quæ fit exonerandi sui causa, ut datio in solutum, quæ non pertinet ad

hoc

hoc Edictum l. 10. pr. h. t. *Venditionem aut permutationem huic non licere, certum est; & sunt hæ causæ oneroſæ reſpectu emptoris, cujus hic uſu non venit ratio.*

N. ADDIT.

Acquieſco etiam in hac declaratione, quia evidens eſt, in datione in ſolutum non adeſſe fraudem alienantis.

Adde *l.* 4. § *i.* ubi caſus, quo quis judicii mutandi cauſa rem alienat, ſine dolo malo, ut is qui rem alienat odio litis, quam prævidet ac metuit. *Hæc enim verecunda cogitatio ejus, qui lites execratur, imo re carere maluit, ne litigaret, non eſt vituperanda*, ait Ulpianus egregius *in d. l.* 4. § 1. quibus ſimilia vide in *l.* 3. *ſ. de Condict. cauſ. dat. l.* 7. *in f. de Tribut. act.* Bene Chryſoſt. Hom. 20. in Matth. Εὔριπον τῶν κακῶν τὴν ἀγορὰν, *Euripum malorum appellat Forum:* Multo eſt *optabilius, inimicum non habere, quam vincere*, dictum Auguſtini, Mornacio *ad h. tit.* laudatum.

4. Porro hæc actio eſt rei perſecutoria, non pœnalis; ne quidem ex parte rei, quia hæc qualitas tantum ratione actoris æſtimatur; qua de re dictum alias: in hæredem tamen non datur, quia ex delicto eſt, *l.* 4. § *ult. & l.* 7. *h.* vid. *P. t. ad tit. de action. n.* 14. *& ad tit. de perpet. & temp. action. n.* 5. Diſcrepat ab hac Rubr. *tit. de Litigioſ.* ſicut lis movenda a lite mota, quemadmodum ſuo loco dicetur.

TIT. VIII.

De Receptis, qui arbitrium receperunt.

I. Continuatio, & quot modis arbitri accipiuntur. II. Quid hoc, & quomodo conſtituantur, & de Compromiſſo. III. Quinam compromittere & quinam arbitri eſſe queant. IV. Quomodo conſtituantur. V. De quibus rebus dentur. VI. De Coactione arbitri. VII. Qualis ſententia arbitri eſſe debeat. VIII. De effectu ejus, & comparatio cum re judicata. IX. De Reductione. X. De modis finiendi compromiſſum.

ANtequam partes diſceptationi judiciali ſeſe committerent, periculum ſæpe faciebant, an boni viri privati, unius aut plurium arbitrio, controverſiam finire poſſent. Αἱρετὸν δικαστήριον, Tribunal electivum vocat Harmenop. *lib. 1. tit.* 4. Ea gratia immediate ante titulum de Judiciis, de Arbitris agere viſum fuit. Nomen hoc non eodem modo uſurpatum reperitur. Bifariam omnino vox uſurpatur, de Judicibus, aut de aliis extra judices: De Judicibus variis modis. Arbitri olim erant judices in bonæ fidei actionibus, apud Cicer. 3. *Off. & in oration. paſſ.* & ſic vox uſurpatur in *l. ult. ff. Fam. erciſc.* Secundo, arbitri dicuntur judices ad probandos fidejuſſores dati, *l.* 8. *ff. Qui ſatisd. cog.* Tertio, & qui ſurrogantur judicibus ſuſpectis, Arbitri appellantur, *l.* 16. *& l. ult. C. de Jud.* Extra uſum Judicum arbitri vocantur hi, quorum arbitrio pretium in emptione, aliæve conditiones in quibuslibet contractibus, definiendæ permittuntur, *l.* 7. *ff. de contrah. empt.* Vulgo etiam arbitri vocantur amicabiles compoſitores, ut loquitur Imper. *in Auth. ſi vero C. de Judic.* Sed illi omnes ab hac Rubrica ſunt alieni. Proprie igitur & hoc loco Arbitri ſunt, *Electi homines ex compromiſſo Partium, ad cauſas inſtar judicii decidendas, l.* 13. § 2. *h. t.* Electi non jam *viri boni*, ſicut Advocati *ſupra*, Judices *inferius* appellantur; quia parvi refert, integræ famæ quis ſit Arbiter, an ignominioſus, *l.* 7. *in pr. h. t.* Diſſentit Mornacius *ad l.* 27. § 2. *h.* ubi hos verſus Horatii.

Vir bonus eſt quis?
Qui conſulta Patrum, qui Leges juraque ſervat,
Quo multæ magnæque ſecantur judice lites.

de ſolis Arbitris vult intelligendos. Sane tales maxime in Arbitros eſſe eligendos, verum eſt: an debeant eſſe tales præciſe, & an ab aliis arbitria dicta nulla ſint, alia Quæſtio eſt. Partes habent in poteſtate, quibus ſuum jus, bonis an malis, committere velint, ut *inferius* dicetur amplius.

2. COMPROMISSUM nihil eſt aliud, quam promiſſum reciprocum, quo utraque pars libero conſenſu promittit, ſervaturos ſe quod arbiter conſtituerit; fitque vel ſtipulatione reciproca, vel interdum nudo pacto, *l. ult.* § 3. Jusjurandum hodie prohibitum eſt, *Auth. decernit. C. h. tit.* quæ jusjurandum ab arbitris exigendum prohibere videtur. Sed ex *Nov.* 82. *c.* 2. unde Authentica deſumpta eſt, patet, tam in compromiſſo partium, quam in arbitris, diſplicere

jusjurandum. Cujus rei ratio præter eam, quæ Justiniano placuit; a vilitate imperitiaque arbitrorum quorundam, & contemptu jurisjurandi, e vulgari & tralatitio instituto hæc esse videtur, quod vel perjurium foret necessarium, vel sententia arbitri inevitabilis, quod naturæ compromissi, & publicæ judiciorum autoritati adversum esse videtur. Pactum nudum heic adhibitum vires suas non excedit, quas alioqui semper habet, ut exceptionem, nihilque ulterius pariat; dein stipulatio concipiatur ad pactum illud confirmandum, *l. 45. de Pact.* Si pactum sit nudum & solum, termini habiles ponendi sunt, quales in *d. l. 11. §3.* ubi uterque debitor erat, sed dubitabatur: Hi compromiserunt, hac lege, ut qui non staret arbitrio, jus petendi non haberet; ad effectum hujus pœnæ sufficit pactum nudum, quo alter se per exceptionem tueatur, si alter petat.

3. Compromittere possunt in arbitros, quicunque liberam rerum suarum habent administrationem: qua consequenter qui carent, prohibentur, ut pupilli & minores, quorum tamen fidejussores tenentur, *l. 34. § 1. de Minor. l. 35. h. t.* eodem jure, quod servamus in transactionibus, & alienationibus, ut dictum *ad tit. de Minor.* Recipere arbitrium possunt, qui possunt esse judices, *l. 7. § 1. & seq. h.* nisi quod infamis etiam esse queat, *d. l. 7. princ.* quod tamen Galliæ moribus non convenire, scribit Mornac. *ad l. 7.* & pater sine dubio etiam in causa filii, *l. 6. h.* quia compromittentes sibi imputabunt, qui jus suum volentes illi commiserint, non obstante *l. pen. h. t. l. 10. de jurisd.* Nam *Lex pen.* vetat arbitrum esse in causa propria, quod quidem nullo modo fieri potest, *arg. l. pen. h. t.* Lex *10. de Jurisd.* jus pro se proque liberis & uxore dicere, conjungit, & perinde vetitum esse tradit, at hic de arbitro agitur, quem nemo nisi volens accipit, volenti autem hactenus non fit injuria. Potest & in ordinarium judicem, qui Magistratus est, si velit recipere arbitrium, compromitti, *l. 3. § ult.* cum *l. seq. h. t.* verum in judices pedaneos, qui ad judicandum dati erant, non poterat olim compromitti, sed ministerio suo perfungi debebant, *l. 6. § 2. h.* quod nihil opus ad judices Magistratus, qui judicare cœperunt, extendere, nec facit *lex 4. de Tutor. & Curat. dat.* quæ vetat, Prætores judices pedaneos & compromissarios ipsos dare Tutores: etsi aliter Dd. *Comm.* Usus tamen eorum tamen est pro eo, quod diximus, Wissenbach. *th. 14. h.* Arcentur ab arbitrio recipiendo servi, *l. 7. § 1. l. 9. pr. h.* pupillus, *d. l. 9. § 1.* minor annis XX. *l. 41. h.* denique mulier, *l. ult. C. h. t.* ob verecundiam sexus; qua tamen non obstante, jure Canonico fœminæ habentes jurisdictionem ordinariam, admittuntur etiam ad Arbitrium suscipiendum, *c. dilecti. 4. X. de Arbitr.* quod a ratione, ubi hereditariæ sunt jurisdictiones, (aliter enim fœmina non potest habere jurisdictionem,) non est alienum. Alioqui omnes personæ prohibitæ continentur sub ea regula qua diximus, Arbitros esse posse, qui Judices dari queant.

4. Dari possunt Arbitri de omnibus causis, præterquam de publicis criminibus, de famosis, de liberalibus, de popularibus causis, *l. 32. § 6. & 7.* neque de restitutione in integrum, *l. ult. C. ubi & apud quem.* Nec etiam de causis pupillorum aut minorennium, *arg. l. 3. in pr. h. t.* nec denique de matrimonialibus, *cap. pen. X. de in integr. restit.* Non obstat, quod ad famosas, *l. 13. § 5. de his, qui inf. not. Ex compromisso,* ait ibi JCt. *arbiter infamiam non facit.* Unde sequi tamen hoc videtur, aliquas dari causas, unde infamia oritur, de quibus arbiter dari possit; contractus, credo, & negotia contractibus affinia, velut sponsalia, *d. l. 13. § 5.* præter tutelæ, mandati pro socio, depositi judicia, videlicet quæ ad infamiam quidem præcipue non diriguntur, eam tamen continent. De his Arbiter quidem dari potest, sed ex ejus sententia, in his casibus non oritur infamia, secundum *l. 13. § 5.* Delicta igitur famosa proprie intelligamus arbitris interdicta compromissariis. Ratio, cur de illis rebus arbiter eligi nequeat, non est alia, quam quod nemo causam privato homini committere possit, nisi cujus ipse liberam habet potestatem: sed enumeratæ causæ ejus generis non sunt, ut a cujuslibet Patrisfamilias potestate pendeant, sed magis ad Rempubl. spectant, vel ejus sunt naturæ, ut is, ad quem pertinent, de iis, sicut libet, disponere non possit. Denique, mulctæ quoque dictione carent arbitri, *l. 2. § f. de jud.* Magistratus solos, & Præsides provinciarum, posse mulctam dicere, mandatis permissum est, *l. 131. § 1. de V. S.* Tamen de arbitris tradit Javolenus, eos contumaciam litigantium ex compromisso pecunia coërcere posse, quod quid aliud est in effectu quam dicere mulctam? Tu dic, mulctam vi jurisdictionis irrogari & fisco addici, ut olim populo, *l. 5. C. de mod. mulct.* arbitri quod faciunt, quando vigore compromissi decernunt, nec aliter,

ter, quam ut alterum alteri pecuniam dare jubeant. Costal. *in d. l. 39.* Scipt. Gent. *l. 1. de jurisd. c. 7.* Wissenbach. *ad h. t. th. 22.*

5. Sic igitur arbitri constituuntur & in ejusmodi causis. Quod superest, duplex hujus tituli scopus est, primo, ut sciamus, *quomodo arbitri cogantur*; secundo, *quis sit effectus arbitrii.* Quod ad primum attinet, in arbitris locum etiam habet, quod de contractibus vulgo fertur, & eleganter explicatur in *l. 17. § 3. ff. Commodati.* Quod primo est voluntatis, postea fit necessitatis. Arbiter non nisi volens officium illud suscipit, *l. 3. § ult. & l. 13. § 2. h. t.* at postquam susceperit, cogitur illud exequi. Qui, inquam, recepit causam arbiter, absolvere eam cogitur, remediis compellendi prætoriæ jurisdictioni consuetis, *l. 3. § f. l. 32. § 12. h. t.* Scilicet Magistratus non tantum est cognoscere, sed maxime jubere judicare, *l. 13. pr. de jurisd.* imperare tam pedaneis suis quam Arbitris. Unde *regnum judiciale* Ciceronis, Aquilio Prætori adscriptum, *l. ad A. Ep. 1.* cui nec male convenit illud Senecæ; *Si judicas, cognosce: si regnas, jube.* nisi major sit magistratus, *l. 4.* vel compromissum sit nullum aut incertum, *l. 32. § 3. h.* item ob sordes & turpitudinem arbitri, *l. 9. § 3.* aut si justam arbiter excusationis causam habeat; velut, si litigantes arbitrum infamaverint, si spreta auctoritate ejus ad alium arbitrum, vel ad judicem ierint, & dein ad eundem redire velint, *l. 9. § 4. 5. l. 10. & l. 11. in pr. h.* Adde, si capitales inimicitiæ inter ipsum & litigantes, vel eorum alterum, intervenerint; si ætas aut valetudo impediat, aut occupatio negotiorum propriorum, vel profectio urgens, aut munus aliquod Reipubl., vel sacerdotium, *l. 2. § 3.* denique si unus ex litigatoribus bonis suis cedat, & quæ id genus alia sunt, *l. 15. & l. 17. h. t.* Si plures quoque sint arbitri, non nisi pariter omnes coguntur, quia in omnes compromissum est, *l. 17. § 2. h. t.*

6. Quod ad effectum arbitriorum attinet, primum oportet ejusmodi esse arbitri sententiam, ut sit conformis compromisso, a quo omnis eorum potestas pendet, *l. 21. h. t. l. 32. § 15. & l. 46. eod.* ideoque si de causa reconventionis extra compromissum judicaverit, id effectu caret, *arg. dd. ll.* Sichard. in *l. 14. C. de sent. & interl. n. 8.* Perez. ad *tit. C. de sent. n. 18.* in cæteris ad instar judicii componuntur arbitria. Ideoque nec fieri potest, quin apud arbitrum necessaria sit litis contestatio, *arg. l. un. C. de lit. cont. & l. 1. h. t.* Quare & in causa cognoscenda ferendaque sententia, partes fere sunt eædem judicis & arbitri: Proinde si plures sint arbitri, majoris partis sententia prævalet, cum alius non possit exitus dari, *l. 27. § 3. h.* Si in pari numero dissentius fit, nihil agitur; sed tertium adjungere debent, *l. 17. § 6. h.* nam si pronuntiarent, nullius momenti foret sententia; quia neutra parte superante, nihil novi evenire posset, ac ita res manèret in eodem statu, *d. l. 27. § 3.* quod est evitandum, quatenus fieri potest, ideoque si conjungi possint dissonæ sententiæ in consensum majoris partis, id enixe danda est opera, ut exemplo declaratur *l. 27. § 3. h. t.* Hæc res in judiciis aliter se paulo habet; Nam paribus sententiis reus absolvitur, *l. 38. in pr. ff. de re judic.* vel si judices sint *dati*, tantisper in pendenti habetur sententia, donec ab eo, qui dedit, una confirmetur, *l. 28. eod.* scilicet Reipublicæ magis interest, res judicatas non cedere in irritum, quam arbitria fluctuare, quæ privatorum lubitu constituuntur. Hactenus tamen arbitria judiciaque convenire credo, ut si in diversas summas, pares numero judices arbitrive, reum condemnaverint, in minorem summam condemnatus intelligatur, per *d. l. 38. § 1. de re judic.* Est & hæc judiciorum atque arbitriorum differentia, quod nihil agitur, si compromissum sit, ut certam arbiter sententiam dicat, *l. 19. h. t. in pr.* quanquam in judicio talis conventio valet, *l. 26. de re judic.* quoniam ibi non agitur nihil, siquidem actio rei judicatæ victori acquiritur; in arbitrio nihil ageretur.

SCHOLIUM.

Suppeditat etiam hanc rationem Wissenbach. th. 21. *sed non video, quomodo dici possit, in arbitrio hoc modo nihil agi, cum obstet integra* positio 16. *Ergo vel alia ratio disparitatis inquirenda, vel dicendum, priorem textum Pauli esse, posteriorem Ulpiani, quod ad innuendum dissensum fere sufficit; cum vel ex centum horum duorum æmulorum textibus, de eadem re disponentibus, vix decem reperiantur, in quibus amice conspirent.*

RESPONSIO.

Absit Antinomia Confessio in rebus adeo disparatis. Verissime dicitur, in arbitrio nihil agi: nam si partes jam convenerint, quid opus est compromisso, quod nihil est quam consensus? At voluntarias condemnationes in judicio fieri, satis frequens, & utile habere, quoniam fortius est, adversarium habere constrictum auctoritate publi-

ca,

ca, & executione parata, quam conventione simplici, quæ est in compromisso.

N. ADDIT.

Utinam vero non reperirent prægnantes rationes ingenui Antinomiarum confessores in textibus Pauli & Ulpiani, quas huic responsioni Autoris opponerent. Primo enim illa explicatio Autoris, quod in arbitrio nihil agatur, dubium non tollit. Et si enim asserat, nihil opus esse compromisso, si partes jam convenerint, urgebunt tamen dissentientes, & inde jurisdictionis contentiosæ nomen sortitur. Nec obstat, quod Autor pergit, utilitatem habere tamen eum consensum in judiciis, cum fortius sit, adversarium habere constrictum auctoritate publica & executione parata. Nam urgebunt hic iterum dissentientes, utilitatem etiam habere compromissum tale in sententia arbitri, inutili pœna, quam solvere debent, qui arbitrio stare nolunt. Secundo tota hæc ratio, quam ad ostendendam disparitatem affert Autor, non convenire ad mentem Pauli & Juliani, ut qui non ab inutili decisionem suam deducunt, sed ab eo, quod arbiter debeat dicere sententiam suam, ut is videatur, d. l. 19. in pr. h. t. *Eadem vero ratio est judicis, qui similiter sententiam ex proprio judicio dicere debet. Ergo ex identitate rationis similiter respondissent Paulus & Julianus de sententia Judicis.*

7. Sententia, quæ vulgo *Laudum* dicitur, pronunciata finitum est arbitri officium; proinde nec mutari ab eodem arbitro potest, *l. 19. in fin. h. t.* sed explicare eos ambigua posse atque debere, res, & usus, & ratio docent. Quod ad partes attinet, arbitri sententia tam valida est, ut nullo modo retractari possit, etsi iniquissima reperiatur; & tamen rursus, ex *laudo* nulla datur actio, nulla competit exceptio. Hæc in speciem pugnantia hoc modo explicantur; partes aut stare debent sententia, sive æqua, sive iniqua sit, *l. 27. §. 2.* aut pœnam solvere, de qua convenerunt; vel si summa non sit expressa, in certum agendum est, *d. l. 26. § ult. l. 2. h. t.* nisi dolus partium aut arbitrorum arguatur. Tunc enim vel ei, qui deceptus est, datur actio de dolo, sive ex cautione adjecta compromisso, sive ex Edicto, si nulla doli in compromisso facta sit mentio: Sententia dolo vel per corruptionem lata, videtur ipso jure nulla esse, *l. 7. C. Quand. provoc. non est necess. l. 31. h. t.* Wissenb. *th. 20. h.*

8. Alioquin actio ex sententia arbitrorum nulla datur, inquam, neque exceptio, *l. 2. h. l. 1. C. h. t.* nisi partes consenserint, (homologaverint, ut vulgo,) aut expresse subscribendo, aut tacite, lapsis decem diebus, *l. pen. C. h.* Sed ante decem dies recedere licet, pœna soluta, quæ etiam committitur, cum pendente arbitrio, pars una rem defert ad judicem ordinarium; quo tamen facto, arbitrium finitur; neque enim alteri exceptio litis pendentis datur: unde liquet, perquam fragilem esse arbitrorum potestatem, quam rumpere licet partibus, ubi visum fuerit; nisi magnitudine pœnæ compromissæ deterreantur. Aliter enim arbiter litigantes continere nequit: cum ipse nullam habeat, nisi ex eo, quod partes compromiserint, auctoritatem, *l. 30. h. t.*

9. Appellatio hic non habet locum, *l. 1. C. h. t.* quoniam appellatio supponit gradus superiorum & inferiorum, hoc est subordinationem, qualis inter arbitros atque judices nulla datur. Aliter se res habet in arbitris, qui judicum vim & locum tenent, quales sunt, de quibus agitur in *l. 9. & seq. Qui satisd. cog. l. 4. C. h. t. l. ult. C. de Judic.* & commemorati sunt in *pr. h. t.* sed moribus obtinet Reductio ad judicem ordinarium, qui talis foret, si ad arbitrum partes se non contulissent. Gail. 2. *Obs. 149. & 150.* In Frisia reductiones fiunt ad supremam Curiam, teste Sandio *l. 1. 14. 2.* Struvius negans reductioni esse locum, etsi læsio sit enormis ad *h. t. n. pen. in fin.* de juris civilis sententia intelligendus videtur. Nam de praxi forensi res indubitata habetur. Sand. *d. t. 14. def. 1.* Doctores eam introduxerunt imitamento reductionis ab arbitrium boni viri, quod sine compromisso pœnali ad definiendas contractuum Leges recipitur, de quo in *l. 27. de oper. lib. l. 76. pro socio.* & de quo in *pr. h. t.* a nobis commemoratum est. Sandius eam probans ex *l. 36. de V. O.* nihilo magis persuadet, quam qui eam ex *l. 5. vers. fin. autem. C. h. t.* juri civili acceptum ferunt. Æquitas tamen repugnare non videtur, quo minus eam de reductione praxin, in casu enormis læsionis laudemus. Ideirco etiam Advocati ad eliciendam in casu Reductionis citationem, præ se ferre solent admodum enormem læsionem, quanquam hoc prætextu indistincte reductio frequentari solet. Sand. *d. Decis. in fin.* Petenda est reductio intra decem dies a laudo pronunciato; quod spatium sine dubio petitum est ab illo decendio, cujus lapsus parit actionem ex Arbitri sententia, *l. 10. C. h. t.* Sand. *lib. 1. tit. 14. def. 3.* ubi tamen communem Dd. sententiam esse tradit, intra annos XXX. peti posse reductionem. Facta reductio similem appellationi habet effectum, ita ut laudum quoque suspendat, sicut sententiæ

tentiæ effectum per appellationem suspendi notum est; etsi non desint, qui tantum ei vim devolutivam cognitionis adscribunt. Sand. *d. tit. def. 1. lit.* Quid si partes renunciaverint Reductioni? Adhuc propter enormem læsionem, eam instituí posse, volunt Doctores, teste Sandio *d. def. l. 1. tit. 14.* sic, ut pœna tamen præstetur, si convenerit, ut non obstante reductione, ea nihilominus solvatur. *Adde* D. Schotanum *exam. hoc tit.*

10. Ad fragilitatem compromissi pertinet etiam, quod ad heredes compromittentium non transeat, nisi expresse eorum mentio fiat, *l. 27. § 1. & l. 49. § 2. h. t.* Præterea finitur, si causa principalis debiti acceptilatione aliove modo sublata & extincta sit *l. 32. § 1. h. t.* III. Morte arbitrorum, vel unius ipsorum, per *l. 17. § 2. h. t. c. ex parte 10.* X. de *Arbitr.* IV. Si dies compromisso adjecta, sit elapsa. *l. 32. § 3. h.* add. *l. 21. § 5. eod.* V. Etiam, si pœna sit commissa hoc est, si is casus extiterit, quo pœna exigi possit & præstanda sit, *d l. 32. § 1. & l. 34 § 1.* Denique VI. si partes a compromisso recesserint, ut aliquoties dictum, *d. l 32. § 3. in fin. l. 13. pr. h.* non modo, si uterque, sed etiam si alteruter, invito altero, se ad judicem, relictis arbitris, conferat; nec ibi conventus adversarius habet exceptionem litis pendentis, sed arbitrium, inquam, finitur, & pœna ex compromisso peti potest, *l 30. h. t.* Idque in foro servatur, & judicatum ita refert in Curia Suprema Nauta die *15. Jul. 1636.* vid. Struv. *ad h. tit. in fin.*

TIT. IX.

Nautæ, Caupones, Stabularii.

I. Continuationis ratio. II. Actio de recepto rei persecutoria. III. De actione in factum in duplum.

Jacobus Gothofredus *in serie Pand. hoc tit.* reprehendit eos, qui nullam in hoc titulo rationem methodi, quam homonymiam vocabuli de recepto comminisci possunt, quod fateor, me cum Cujacio aliisque adhuc putasse. Tradit ille sanequidem rationem, quod Prætor inter alia in Edicto suo duas recepti species complexus sit; nihil tamen profert, quare non hoc receptum Nautarum atque Cauponum, a præparatoriis & affinibus judicorum, quo sane Arbitrium receptum pertinet, sit alienum: adeoque hoc Nautarum Cauponumque receptum loco deserto sit collocatum.

2. Edictum hoc est, *in l. 1. h. t.* ex quo duæ nascuntur actiones, una rei persecutoria contra nautas, caupones, stabularios, ut ea, quæ receperint, si furto quovis modo & a quolibet ablata sint, restituant, *l. 1. § 6. & seqq.* etiamsi gratis, qui res amisere, navigaverint, *l. 6. pr.* non tamen si fatale damnum sit, *l. 3. § 1.* aut si prædixerint, ut quisque sibi vigilaret, *l. 7. pr. h.* Recepisse autem videntur, quicquid occasione negotii, quod exercent, acceperunt, etsi res non sint adsignatæ, *l. 1. § ult. h.*

3. Altera actio est in factum in duplum, quæ locum habet, non si a quovis, sed ab aliquo suorum hominum res sint ereptæ, *l. 7. pr. & § 1.* quæ actio non sine culpa eorum datur, *d. l. 7. § 8.* habent enim quod sibi imputent, quia fuit in ipsorum arbitrio, ne quem reciperent, *l. 1. § 1. h.* quæ ratio utrique parti Edicti potest applicari. Atqui *in l. un. § ult. D. Finti adverſ. Naut. Caup.* scriptum est, nautam, cauponem, non posse repellere iter agentes, civiliter scil. & ordinario; Nam si ex causa aliquem recipere nolit, quis eum cogat, nisi forte naves cauponæve sint publicæ, in usum viatorum specialiter destinatæ? Et hæc actio, quamvis prætoria pœnalis tamen est perpetua, *l. 7. § ult. h. t.* Concursus harum actionum est electivus, *l. 3. §. ult.* cum *l. seqq.* quia non dantur adversus easdem personas. Cujac. *8. obs. 24.* Vide quæ ad hunc tit. dicta sunt in *Part. 1. Lib. 4. Tit. 5. n. 4.* & quæ habet D. Struvius.

Incipit Pandectarum Pars II.

LIB. V.

TIT. I.

De Judiciis; & ubi quisque agere vel conveniri debeat.

I. Continuatio, & an licita sint judicia ex disciplina Christi. II. Necessitas Judicii, & an aliquando

quando ceſſet: III. Definitio judicii & primo genus exponitur. IV. Tum differentia ſpecifica, ubi an Imperitus juris poſſit eſſe Judex. V. Quinam judices eſſe prohibeantur. VI. Ætas Judicum. VII. Principem eſſe Judicem in propria cauſa. VIII. An Pater in cauſa filii judex eſſe queat, prolixe disquiritur, & l. 10 de Jurisdict. cum l. 77. de Judic. conciliatur. IX. Prohibitio ex cauſa propinquitatis. X. Quomodo finiatur Judicis officium. XI. De Actore & Reo. XII. Qui perſonam ſtandi in judicio habeant vel non, ubi de his, qui ſunt in Cura. XIII. De muliere nupta. XIV. An hæc, ubi contra Virum conſiſtere poteſt, egeat Curatoris. XV. De ſingulari hac parte. XVI. An aliquis invitus Actoris partes ſuſcipere cogatur.

Clardo (a) Jurisprudentiæ eſt caput de *Judiciis*, quod Imperator ita tractat, ut totum Jus illuc referat. adeoque tractatus ejus per omnes Pandectas diffuſus legatur. Ejus adhuc habuimus præparatoria; nunc ipſum ſequitur, initiumq e ſecundæ Pandectarum partis exhibet; ut tamen & prima pars ab ea pendeat, & reliquæ ſint ejus continuatio potius quam novi tractatus. Prima de judiciis quæſtio eſt hæc: An Chriſtianis hominibus licita ſint? eaque omitti non poteſt, quia juris utique ſtudioſis etiam liquere debet, opera danda ſit, an abſtinendum arte, cujus univerſum fundamentum animabus internecinum foret. Enimvero id facile impetraverint Judiciorum infectatores, multo præſtabilius eſſe, litigiis abſtinere, ſi fieri poteſt, viamque amicæ compoſitionis longe eſſe præferendam contentioni judiciali. Id que loca ſcripturæ proferri ſolita, quæ pleraque vel in hunc ſenſum, vel de privatis litigiis, aut de publicis immoderate apud infideles exercitis loquuntur, haud difficulter perſuaderi. *Matth. 5. v. 40. cap. 6. v. 14. 15. c. 7. v. 1. Ep. ad Rom. 12. v. 19. cap. 14. v. 4. Ep. 1. ad Corinth. 6. v. 7. cap. 12. v. 5. 7. ad Hebr. 13. v. 4.* Patribus frequenter placuit diſtinctio inter judicia civilia & criminalia, fere ut Chryſoſtomus VIII. de *panit.* καλὸν καὶ τὰς χρηματικὰς δίκας φθάνειν διαλύσεσι φιλικαῖς. ἐγκληματικὰς δὲ μηδὲ τὴν ἀρχὴν ἐγγυμνάζειν. *Pulchrum eſt lites pecuniarias tranſactionibus amicis prævenire, criminales autem nec ab initio quidem exercere,* quod in omnibus Chriſtianis pulchrum & laudabile habetur, id in Clericis deinde verſum eſt in neceſſitatem. Sed abſolvit omnem de judiciis, tam criminalibus quam civilibus, diſceptationem, inevitabilis eorum neceſſitas; quatenus indubitatum eſt, ſine judiciis nihil fore genus humanum, quam bellum omnium contra omnes, & promiſcuum latrocinium, juxta vulgatum illud, *ubi deſinunt judicia, ibi incipiunt bella*, idque firmatur *ex epiſt. ad Rom. 13. v. 4. 1. ad Timoth. c. 2. v. 1. 2. & 3.* tu plura vide apud Grotium *lib. 1. cap. 2. § 7. de J. B. & P.* Ameſ. *5. de conſc. c. 54. quæſt. 2.* Spanhem. *2. dub. 26.*

2. (b) Poſtquam in Republ. introducta ſunt Judicia, ſequitur, non amplius eſſe licitum, ſibimet ipſi jus dicere, quod Leges ſevere prohibent; nec etſi vis abſit & manibus temperetur, hoc ſingulis concedendum, ut ſuum jus ipſi exequendum putent, qua de re extat decretum Divi Marci memorabile verbis & ſententia, in *l. 13. Quod met. c.* Summa ratio eſt in *l. 176. § 1. de R. J. Non eſt ſingulis concedendum, quod per Magiſtratum publice poſſit fieri, ut occaſio ſit majoris tumultus faciendi* Quæ ſententia ſuggerit hanc exceptionem, poſſe aliquando permitti, ut quis ſine judice ſuum jus exequatur, quoties per magiſtratum id publice fieri non poſſit, ac quoties ſerum eſſet in ejus expectatione præſidium; veluti cum res moram non fert, ut in moderamine inculpatæ tutelæ, *l. 3. de Juſt. & jur.* in excuſſione debitoris fugitivi, *l. 10. § 6. l. pen. in fin. de his, quæ in fraud. cred.* paucisque aliis caſibus, quos habet D. Matthæus *diſp. 1. de Judic. th. 31. & ſqq.* adde *l. 26. § 1. ad L. Aquil.* eodemque pertinet, quod de pacto executivo habet Sandius 1. 1. 3. Grotius *1. de Jur. B. c. 3. n. 2.* Ceſſat, inquit, judicium *momentanee aut continue; momentanee ceſſat, ubi expectari judex non poteſt, ſine certo periculo aut damno; Continue vero, aut jure, aut facto; Jure, ſi quis verſetur in locis non occupatis, ut mari, ſolitudine, inſulis vacuis, & ſi qua alia ſint loca, in quibus nulla eſt civitas: facto ſi judicem ſubditi non audiant, aut judex aperte cognitionem rejecerit.* Ad momentaneam ceſſationem pertinet etiam Lex XII. Tab. *ſi nox furtum faxit, ſi im occiſſit, jure caſus eſto* cujus Gajus meminit & latius eam explicat, in *l. 4. § 1. ff. ad L. Aquil.* jancta *l. 8. ad L. Corn. de.* Quod attinet ad ultimam Grotii ſpeciem, non dixerim, civibus licere, quando Ma-

(a) *Puſ. 1.* (b) *Puſ. 2.*

giſtratus

giſtratus cognitionem rejicit, aut ſubditi non parent, ſibimet ipſi tunc jus dicere; verum ad ſuperiorem recurrendum, aut ferenda ſummæ poteſtatis injuria. De jure naturæ loquatur Grotius: civilis obſequii Leges majorem exigunt patientiam; ne ad id, quod gentes ſupra omnia vitare volunt, in bellum ſcil. promiſcuum, erumpere cogantur, quod nec alias a principiis Grotianis diſſidere putem. Sæpe etiam Prætor non dabat judicem, verum ipſe rem expediebat, ſi vel extraordinariæ cognitionis erat, de quibus eſt *tit. in ff. de extraord. cognit.* vel manifeſtum erat, actoris jus aut certum, aut nullum eſſe in cauſa; denique judicium non aliter, quam in dubiis cauſis procedebat. Sed hac parte ſeparandum, in exercendis judiciis, officium litigantis, atque Judicis. Privatorum eſt, evitare lites, quantum quidem in illis eſt; Judex officium ſuum petentibus impertiri debet; neque tamen cohibere non debet impudentiam litigatorum; utique enim ſi inde ab initio videat, actorem nihil juris habere, denegabit actionem in continenti, nec aliter quam ſi ambigatur, partes ad diſceptationem admittet, *l 9. in pr. de jurej.*

Hæc quaſi præcognita ſunto. Cæterum, hujus tituli duas Partes Rubrica præfert, de *Judiciis*, & de *foro Competente*, quod dicitur. Prima pars de *Judiciis* habet iterum tres articulos, qui ſunt, Definitio, Diſtributio & Diviſio, quarum exegeſi omnis hæc materia abſolvi poteſt.

3. (c) Definitur JUDICIUM, a Cujacio, cujus definitiones libenter aut ſequimur aut imitamur; *Legitima cauſæ diſceptatio, quæ fit apud Judicem a parte actoris & rei, litis finiendæ gratia. in paratit. C. h.* Conſtat hæc definitio, ut omnis alia, genere & differentia. Genus eſt *Legitima Cauſæ diſceptatio.* Vocatur *diſceptatio*, quia debet eſſe negotium controverſum, quod ſpeciem controverſiæ habeat, ut modo demonſtratum eſt. Cauſa vocatur aliter quæſtio, eaque vel facti, vel juris eſt: facti cum dubitatur, an factum ſit; cum circumſtantiæ rei geſtæ aliter atque aliter a partibus ponuntur. Juris, cum de facto inter partes conſtat, quæritur autem de merito facti, jure an injuria ſit commiſſum: ut Cicero in *oratione pro Milone* concedit, Milonem occidiſſe Clodium, at defendit, jure occidiſſe, per moderamen inculpatæ tutelæ. In illa *pro Ligario* concedit, Ligarium in Africa fuiſſe, indeque Tuberonem repulliſſe; negat, hoc ſcelus & crimen fuiſſe. Sæpius autem, imo plerumque, juris & facti diſceptationes mixtæ ſunt, & pari paſſu ambulant, ut in illis ipſis Ciceronianis quæſtionibus uſu venit & quotiescunque aliqua in circumſtantiis, quæ merita juris mutare queant, diſcrepantia perſpicitur, opus eſt interlocutione, qua ad probandum litigantes admittuntur. Si contingat, nullam eſſe facti differentiam, recta ac immediate ad definitivam, quæ dicitur, ſententiam proceditur, ut olim, ita hodieque in fori tritura. Porro *Legitima* vocatur diſceptatio, id eſt, conformis legibus, & ſolennis, ſicut olim erant legis actiones, quibus in omnibus judiciis utebantur, *l. 2. § 6. de O. J.* ubi diximus. In cauſis etiam illud ſervandum, ne præpoſtere moveantur, aut confuſe; idque vox *Legitima* pariter exigit: atque uti procedant actiones, quas ordo rerum prius abſolvi poſtulat, qua de re *inferius ſuo loco.*

4. (d) Fuit *genus*; ſequitur *differentia* in *ſuperius* poſita definitione, quæ primo continet PERSONAS judicium conſtituentes, quæ ſunt vel principales, ut ſunt Judex, Actor & Reus, vel minus principales, ut Advocati, ſcribæ, apparitores & cæteri. JUDEX eſt vir bonus, jurisperitus, ad cauſas decidendas publice conſtitutus; cujus exegeſin definitionis pete ſis ex *tit. Inſt. de off. jud. a pr.* Sed ibi vocabulum *jurisperitus*, omiſſum videbis: idque ideo, quod etiam judicibus liceat eſſe juris imperitis; ſane ita majoribus, qui Adſeſſores habent, quibus & errores imputantur, *l. 2. Quod quisque jur. in alt.* junctа *l. pen. de off. Adſeſſ. Nov. 82. in pr.* At vero in poſition. ad *h. t. n. 8.* vocem *Jurisperitus* retinuimus, cum, quia præcipitur, ut *ſubtilitatem legum Judex habeat curæ, l. 11. C. de judic.* etſi lex illa non ſit omnino authentica; tum quod officium ſit Judicis, ſecundum *leges & mores judicare*, quod earum imperitus facere non poteſt; In objectis autem legibus exceptiones eſſe videri poſſunt. Adeo ut vox *Jurisperitus* abeſſe queat, ideo, quod ſunt judices etiam imperiti juris; & retineri poſſit, quia regulariter periti Juris eſſe debent; niſi quid turbet *l. 17. C. de Judic.* ubi Juſtinianus etiam militares homines patitur eſſe judices, quaſi per *uſum quotidianum* approbatos, *ut audiant lites easque dirimant pro ſui & legis ſcientia.* Sed hæc indulgentia, magis eſt, ut ad res militares reſtringenda ſit, e verbis textus; *Quid enim periculi eſt, homines, qui alicujus rei peritiam habent, de ea re judicare?* quo reſpectu ne

(c) *Poſ. 3. 4. & ſq.* (d) *Poſ. 8. & ſqq.*

quidem pro *imperitis* habendi videantur. Notum est alioqui Phocylidæum illud:

Μηδέποτε χρῆσαν ἀπαίδευτον ἄνδρα ἐάσῃς.
Indoctis nunquam Sacrum permitte Tribunal.

Cæterum, in *Pandectis* Judices dati, sive pedanei potissimum hac voce intelliguntur: sed & Prætores dicuntur & fuerunt judices, *l. 1. & l. 81. h. t.* judicandique potestatem habuerunt, *l. 32. § 7. de recept. arb. l. ult. C. ubi causa status.* Sed judicare non erant soliti; verum præerant tribunali usque ad litem contestatam, & tunc dabant judicem; exceptis causis liberalibus, *d. l. 32. § 7.* fideicommissariis, aliisque extraordinariis quæ dicuntur, de quibus est *tit. in ff. de Extraord. cogn.* At per *l. 2. C. de pedan. jud.* ipsi magistratus judicare sunt jussi, & mos dandi judices abolitus est; extra quam, si magistratus essent impediti *l. ult. eod.* Jure novo igitur de judice simpliciter loquimur, unaque definitione superius collocata omnes complectimur. Cætera *de Judice, loco prædicto in Parte I.* reperientur.

5. (e) Possunt esse judices, qui non prohibentur, ut habet regula tralatitia: prohibentur autem, *quidam lege, ne judices sint, quidam natura, quidam moribus. Natura, ut surdus, mutus, perpetuo furiosus & impubes, quia judicio carent. Lege impeditur, qui senatu motus est. Moribus, feminæ & servi, non, quia non habent judicium*, notat Paulus, *sed quia receptum est, ut civilibus officiis non fungantur, l. 12. § 2. h.* Dixit Paulus, *perpetuo furiosus*; ne pugnet cum Papiniano, qui in *l. 39. h. t.* Cum *furiosus judex adjicitur*, ait, *non ideo minus judicium erit, quod hodie non potest judicare; ut scilicet sanæ mentis effectus, quod sententiæ dixerit, ratum sit.* Quod de his, qui temporaria vi morbi vel insania laborant, accipiendum: ut tamen si diuturna sit intemperies, mutandus sit judex, *l. 46. eod.* Verum Cæcus non prohibetur, *l. 6. h. t.* nisi in causis, ubi visu peculiariter opus est: etsi forte rectius non detur, his utique temporibus, cum non ad singulas causas judices dantur, ut olim, sed est fere id officium tota vita perpetuum judicandi; idque jure Romano comprobatum, quo cæcus adspirare non potest ad magistratus, *l. 1. § 6. sub fin. de postul.* qui tamen olim duntaxat erat annuus, quamvis cœptum magistratum cæcus retinere possit, ut in *d. l. 1. § 6.* distinguitur. Secundum quod, si quis verba *d. l. 6. Cæcus judicandi officio fungitur.* accipere malit, ut cæcitas superveniens judicem munere suo non privet, nihil est quod refragemur.

6. (f) De judicum ætate legitima, non est explicita Quæstio; Impuberes excludi, non dubitatur, & expressum est *in d. l. 12 § 1.* Non cogi minores annis viginti, ex lege Julia tradit Callistratus, *l. 41. de Recept. qui arbitr.* Verba *non cogi* primo auditu significare videntur, posse judicem esse minorem annis viginti, si modo non sit minor annis octodecim, quæ postulando in jure & de jure respondendo, præscripta fuit ætas, *l. 1. § 3. de postul.* quin & in ipsa judicandi functione memoratur, *l. 57. de Re. Judic.* Sed hunc sensum verbis *non cogi* male convenire, patet a consecutione textus in *d. l. 41.* Cum *lege Julia cautum sit*, ait, *ne minor viginti annis judicare rogatur, nemini licere minorem viginti annis compromissum judicem eligere. Ex non cogi*, educitur, *non licere:* Quin etiam constat in *toto illo titulo*, quando Prætor dicitur *non cogere*, id intelligi, prætorem se *non interponere, l. 31. § 1. 3. 4. 5. 6.* ubi *non cogere*, Prætorem *se non interponere, vetare*, promiscue sumuntur, Ergo minor annis viginti magis est, ut judex esse prohibeatur. Sed hoc de judicibus pedaneis, qui dantur, & coguntur, accipiendum. Supremi judices, qui Magistratus sunt, nec habent a quo cogantur, nati esse debent annos, quot singulis olim magistratibus erant adscripti; vel si nulli specialiter essent definiti, saltem annos *viginti quinque* adsecuti esse debebant. Etenim ad Rempubl. *administrandam ante vigesimum quintum annum, vel ad munera, vel honores admitti minores non oportet; denique nec decuriones creantur, vel creati suffragium in Curia ferunt, l. 8. D. mun. & honor.* Hinc *quidam consulebat, an valeret sententia a minore viginti quinque annis judice data?* apud Ulpianum in *d. l. 57. de Re Jud.* Cum enim juris esset tralatitii, minoris annis viginti quinque nulli publico muneri adhiberi, non abs re dubitabat ille Consultor, an valeret a tali dicta sententia; præsertim, quia credibile est, etsi majores annis XX. poterant dari judices, tamen id rarius evenisse vulgoque minus cognitam fuisse: quæ res cum occasionem huic consultationi dare potuerit, non placet mutatio lectionis, quam decernit P. Faber *ad l. 2. de R. J.* ut pro *viginti quinque in d. l. 57.* legatur *viginti*; nec enim Jurisconsulti, sed consulentis *de quinque supra viginti* annis, ea vox est, ut sufficiat, probari aliqua dubitationis

(e) *Pos. 12.* (f) *Pos. 13.*

causa

causa, quisque ille fuit, esse productum, ut judicem crederet esse debere viginti quinque annorum. Fabri emendatio minus eo placet, quod Ulpianus in *d. l. 57.* simpliciter minorem aliquoties appellat; si judex *minor* datus sit; si *minor*, Prætor; si magistratum *minor* gerit: tralatitium autem est, minorem simpliciter dictum de minore annis XXV. perpetuo esse intelligendum. Sed tamen & Ulpianus ipse tanquam de re dubia loquitur; *æquissimum est*, ait; *tueri sententiam ab eo* sc. minore annis XXV. *dictam*. Puto, quamvis lege Julia minor annis XX. solus abscisse prohiberetur, usu tamen invaluisse, respectu quorumvis judicum, ne minores annis XXV. darentur, & Legis Juliæ usum hac parte non fuisse viridem, sed rediisse Forum ad jus, quod ante Augustum valuerat, ut judices a vicesimo quinto ætatis anno legerentur; quo respicit Suetonius in *August. cap. 32. Judices a vicesimo ætatis anno allegit, quinquennio maturius quam solebant*: Ita enim legendum esse, non *tricesimo*, facile persuadet Cujacius *21. obs. 32.* tam mihi quam Casaubono *ad d. locum*. Sed ita minoris XXV. imo & viginti annis, sententia sustinetur, si tamen non fuerit minor annis decem & octo; hic enim plane non potest ferre sententiam, ne quidem consensu partium, vel si a Principe datus sit, quibus casibus octodecim annis majores dari judices recte sententias ferunt; *etiam, si Prætor vel consul ejus ætatis jus dixerint*, ait Ulpianus. Quæ res cum moribus hodiernis egregie consentit, quibus ita receptum est, ut qui Magistratus aut Judices a Principibus, vel ab Ordinibus liberorum populorum constituti sunt, omnia facere possint, quæ ad illius officii ministerium pertinent. Paulo aliter de Judicis ætate, Jure nostro D. Wissenbach ad *h. tit.* quique ab eo citantur, & D. A. Matthæus de *Judic. disput. 3. th. 13.*

7. Porro, (g) dubium non est, quin Judex in propria causa nemo esse queat, * ut non modo naturalis ratio, sed & titulus totus *C. Ne quis in sua causa judicet, vel jus sibi dicat*, docet: quod etiam de Testibus enixe prohibitum est, *l. 10. C. de Testib.* etsi tam peremptorii non sit præjudicii, testem, quam judicem habere adversarium. Quid igitur Imperator quem ille judicem in suis causis habebit, quem Reges & Principes reliqui? Res est clara, non esse, cui subjiciantur; Ideoque eos judices in propria causa, ut Doctores observant ad *l. Et Tiberius 41. de Her. inst.* oportet esse, ut in ista *l. 41.* præivit exemplo Tiberius: quod ita boni Principes exercuerunt, ut se legibus subjicerent, iisque sese alligatos ultro faterentur, *l. 4. C. de LL.* imo etiam minus sibi quam privatis indulgerent, ut in *§ ult. Inst. Quib. mod. testam. infirm.* specimen dedere, quando Principem negant heredem litis causa institutum, hereditatem agnoscere debere, quod privatis liberum est admittere, *l. 8. 3. de Alien. jud. mut.* Quo autem species omnis præjudicii tollatur, hodierni Principes & summæ Potestates recte consulunt, quod suas causas apud supremas Curias, in quibus cunctis jus dicitur, agi, & judicari permittunt, earumque se judicatis submittunt; scilicet, in negotiis, quæ tanquam membra communis societatis, non ut Rectores Civitatis, habent controversa, sed quatenus sæpe dubium est, cujus generis sint quæ vertuntur, hac parte rursus ipsos oportet esse judices, quia res alium non capit exitum: sic tamen, ut in dubio rem potius ordinariis delegare judicibus, quam suo arbitrio vindicare debeant, quo minus a contractibus cum Principe ineundis cives absterreantur.

8. Secundum proprias causas, nemo quoque Pater in causa filii judex admittendus est. *Qui jurisdictioni præest*, ait Ulpianus, *neque sibi jus dicere debet, neque uxori, neque liberis suis, neque libertis, vel ceteris, quos secum habet, l. 10. de Jurisd.* Contra sentire videtur Africanus; In privatis, inquit, negotiis Pater filium, vel filius Patrem judicem habere potest, *l. 77. h. t.* Cujacius *tract. ad Afric. 3. Hæc non sunt contraria*, inquit; *potest, sed non debet; rectius enim fecerit, si in re Patris aut filii abstinuerit munere ju-*

* Permittit tamen *Ord. Proc. Sax. Tit. 2. § f.* iis, qui cum jurisdictione investiti & Actuario instructi sunt, qui in præsentia subditorum ad acta juravit, subditos coram suo convenire judicio. ‡ vid. Carpz. *l. 2. Resp. 14.* Id. *P. 2. C. Ed. 51. d. 16.* ubi suspicionis vitandæ causa, acta ad Collegium Jurisprudentum transmitti fas est, Carpzov. *ad Proc. tit. 3. art. 4 n. 107. ad Ord. Proc. Sax. tit. 2. § 9.*

‡ Coram tali judicio rite constituto, Dominus sua sub ista jurisdictione sita bona valide oppignorat, contrahit renunciat, testatur, subditos suos in personalibus, realibus, & feudalibus causis convenit, ita tamen, ut Justitiarius in causis alicujus momenti ex sententia JCtorum jus dicat. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 2. § 3.*

(g) *Pos. 14. seq.*

dicandi: uno verbo jus, altero honestas significatur. Quid ergo cives? Hi pati *debent* judicem adversarium? Quin potius, ut hi non *debent*, ita nec judices *debere* intelliguntur, & debendi verbum, si aliquando quod *decet*, sæpe quod *oportet* significat; maxime cum lex aliquid debere fieri, aut non *debere* præscribit. Ulpianus idem, qui legis 10. auctor est, *Cui quisque actione*, ait, *agere volet, eam edere debet, l. 1. in pr. de Edend.* & quidem *cogitur* edere, *l. 4. pr. § 2. & per tot. d. tit.* Quod si unquam *debendi* verbum necessitatem inferat, heic res & publicæ disciplinæ vigor eam exigit interpretationem; ne Pater in causa filii judex, si maxime non tam quod debet, quam quod potest, sequi velit, admittatur. Sed igitur quid de textibus fiet conciliandis? Verba *l. 77. in privatis* negotiis, suggerunt aliud respondendi medium, inter publicas & privatas causas, ut in his liceat Patri esse judici, secus ac in publicis. Quam differentiam, ait Cujacius *d. l.* Græci Interpretes hac ratione confirmant; quod si quid in privatis judiciis petendum sit, emendari id facile possit, remedio appellationis; in publicis multa interveniant, quæ corrigi, postquam facta sunt, nullo modo possint, veluti *carceres, tormenta, catenæ, verbera*, vel ut ipsorum verbis utar, ἐτασμοὶ, ἀποκλεισμοὶ, Φυλακισμοὶ, *l. ult. C. de Abolit.* quæ indignum sit, a filio pati Patrem. Sed hæc ratio non efficit, ut justum aut tolerandum sit, quo Pater in causa filii, aut vice versa, invito adversario, filius in causa Patris judex adhibeatur. Ergo ad alia.

Verba *l. 10. de Jurisd.* suggerunt distinctionem inter *jus dicere, d. l. 10. & judicare, l. 77.* Esse discrimen inter hæc duo, non est quod negemus, sed huic conciliationi, ut nobis videtur, adversum. Qui jus dicit, non fert sententiam, qui judicat, contra; ut ex iis constat, quæ de jurisdictione officioque Prætoris, & judicum datione, pridem intelleximus. Atqui sententiam ferre Patrem in causa filii, id est gravissimum; Jus dicere, si judex datus vir bonus sit, tam gravis præjudicii non est. Quod si igitur jus dicere Pater in causa filii non debet, judicare multo minus debebit; neque ita debet, ut nec possit, ex sententia Papiniani; *quæ contra bonos mores fiunt, ea nec facere nos posse, l. 15. de Cond. inst.* Dissent. Goveanus *ad d. l. 10.* Duarenus *l. Disp. 51.* Baro, Faber, Vultejus, Merillius, Costalius, Bronchorstius, citati a Wissenbachio *ad tit. de Jurisd. th. 41.* Superest distinctio inter jurisdictionem contentiosam, de qua loquatur *l. 10.* atque voluntariam, de qua *l. 77.* cujus auctores sunt Hotomann. Coralius *ad d. l. 10.* & Gothofredus *ad l. 77.* ita aut hæc de voluntaria, Lex 10. de contentiosa accipiatur; Certe ratio, quæ patrem vetat esse judicem, cessat in voluntariis; sed verba, *in privatis negotiis*, ad rem familiarem & patrimonialem pertinent; cujusmodi res non sunt, emancipatio, adoptio, manumissio, quæ ad voluntariam jurisdictionem referuntur; in patrimonialibus regnat imprimis contentio; atqui in his indicat *l. 77.* Patrem posse judicem dari. Wissenbachius noster, *hæ conciliationes*, inquit, *infirmiores sunt, quam ut arietem sustinere valeant. Mihi etiam in hac quæstione JCti dissensisse videntur.* Scilicet, antinomiam statuere est regia conciliandi via. Sed hanc probat antinomiam esse, ex *l. 6. de Recept. arb.* ubi, *nam & judicare eum* (Patrem) *posse, plerisque placet.* Ait, plerisque: *fuerunt ergo, quibus hoc displicuit.* Sed audiamus integrum locum, qui mihi conciliationem suppeditare videtur. Gajus, *Quin etiam de re Patris dicitur, filium fam. arbitrum esse; nam & judicem eum esse posse, plerisque placet.* Arbiter non nisi partium compromisso statuitur; adeoque si arbiter in causa filii Pater accipiatur, eum adversario consentiente acceptum esse, manifesta res est. Hoc, volente adversario; si contingat aliquem eo usque suæ fidere causæ; fieri non est iniquum, quippe volenti non sit injuria. Probat autem JCtus hanc positionem de arbitrio, ex simili de Judice, quæ nullam consequentiæ habet speciem, si non idem hic fundamentum judicis admittendi subsit, adeoque si non Pater etiam volente adversario, judex in causa filii addictus fuerit. Hoc igitur Gaji responsum, inter Ulpianum & Africanum videtur esse *medium* conciliandi. Non debere, nec posse Patrem in causa filii, nec filium in causa Patris esse judicem, *l. 10.* nisi ut arbiter esse potest, hoc est *adversario consentiente, d. l. 77.* Quod ut in ipso textu non habeatur, sufficit aliunde constare. Tu dices, si hæc conciliatio est vera, non est verisimile, fuisse qui discreparent; quales tamen Gajus extitisse non dissimulat, cum ait *plerosque.* Responsio est, imo fuisse causam dubitandi ex eo, quod Arbitria ex solo partium consensu proficiscuntur, ideoque nil erat insolens ibi Patrem admitti; sed cum in judiciis publica sit auctoritas, eaque magis ad exemplum pertineat, haud immerito dubitatum est, an ibi tale compromissum de Patre judice, recipi conduceret;

duceret; quod tamen prævaluit. D. Thomasius suam sententiam his verbis opposuit; ad quam, priora qui legit, responsionem non desiderabit.

SCHOLIUM.

Non desunt tamen, qui judicem in propria causa non admittunt, etiamsi pars altera consentiat, vid. Mag. Dn. Ziegl. d. l. concl. 12. § 12. *quod forte de Judicibus hodiernis non male asseritur. At quoad priscos Romanorum mores, posses etiam per distinctionem inter judicem & Jus dicentem*, d. l. 77. cum d. l. 10. *conciliare.*

N. ADDIT.

Putat Autor, responsionem hic non desiderari, si quis priora legerit, ubi sic argumentatus est. Si pater jus dicere in causa filii non debet, judicare multo minus debebit, quia scilicet tam gravis præjudicii non est jus dicere, gravissimum autem, ferre sententiam. Ego vero argumentum inverto. Jus dicens dirigit processum, & secundum ea, quæ ex doctrina de officio Prætorum & Judicum pedaneorum secundum jus Romanum nota sunt, judici formulam præscribit, ad quam hic judicare obstrictus & quasi formulæ alligatus erat. Ergo ex dictis facile constat, Patrem, si Prætor esset, directione hac sua magis præjudicium creare posse adversario filii, quam si sit judex pedaneus.

9. Cæterum, prædicta *Lex 10.* non modo Patrem in causa liberorum, sed & maritum in uxoris causa, & Patremfamilias in rebus eorum, qui subjecti sunt illis, judicare prohibet, in verbis, *neque libertis suis, vel cæteris quos secum habet.* Imo generaliter, in quibus casibus aliquis prohibetur esse testis, in iisdem, & quidem strictius, vetatur esse judex, ut videbimus *ad tit. de Testib.* quorum affectionem tam peremptoriam non esse quam judicum, res ipsa loquitur. Quousque tamen ratione sanguinis aut affinitatis hæc prohibitio extendatur, Legibus expressum non memini. In nostra Curia suprema *Legibus Amplissimi Ordinis* ad tertium usque gradum, tam ratione sanguinis, quam affinitatis, producitur, idque more veteris observantiæ, secundum calculos juris Canonici, quo tertium juris civilis gradum esse constat sextum; adeo ut Consobrinorum liberi a causis suorum *παραλλήλων* arceantur, idque religiose custoditur, ut non modo judicandi officio, sed etiam a conscientia excludantur.

10. Finitur officium Judicis aut generaliter vel respectu singularum causarum. Generaliter morte sine dubio, quæ est ultima linea rerum, maxime personalium functionum. Dein *tempore* præstituto, si judex ad tempus sit datus, *l. 32. h. t.* Tertio, *excusatione a judicandi munere*, causa cognita, rogatu ipsius, *l. 76. in pr. h. t. tot. tit. ff. de vacat. & excus.* Respectu singularum causarum desinit esse Judex: 1. Recusatione suspecti, de qua *inferius.* 2. Interdicto ejus, qui causam delegaverat, *l. 12. in pr. h. t.* 3. Excusatione ejusdem ob justas impedimenti causas, *l. 18. in pr. eod.* 4. Sententia lata, *l. 55. de Re Judic.* Si successorem acceperit is, qui judicem dederat, an datus desinit esse judex? Negat Paulus in *l. 49. § 1. de Judic.* ubi, *judices a Præside dati solent etiam in tempus successorum ejus durare, & cogi pronuntiare.* Opponitur Ulpianus in *l. 13. § 1. de Jurisdict.* cujus auctoritate se non moveri, sed a Pauli partibus stare, profitetur Anton. Matthæus *disp. 3. de Judic. th. 17.* Proinde agnoscit dissensum & antinomiam, quod, si necesse non sit, effugere malo. *Magistratus*, inquit Ulpianus in *d. l. 13. § 1.* vel *qui in potestate aliqua sit, judicare jubere eo die, quo privati futuri essent, non possunt.* Hoc agere, id operam dare non potest Magistratus, ut expresse in illud tempus det judicem, quo ipse jus dandi non sit habiturus; ut tunc initium habeat judicis ab se dati officium, quo ipsius potestas auctoritatem ei nullam præstare potest. Verum simpliciter datus judex ab eo, qui jus dandi habet, si nondum absolverit disceptationem, cum is, a quo datus est, abit Magistratu, licet ejus quoque delegatio finita videatur, tamen non solet ab officio depelli, sed hoc jure utimur, ut nihilominus judicare cogatur. In his nulla contrarietas.

11. (h) Secundum Judicem Actor & Reus considerantur. Actor autem est, *Qui ad judicium provocat*, Reus, *qui provocatur* ‡, *l. 13. in fin. h. t.* Nomen actoris ab agendo esse constat; non ab

‡ Hunc actorem nominando litem declinare posse, manifesti juris est modo in nostra Saxonia hoc fiat initio statim, & ante primum terminum sub pœna V. & X. thalerorum, quo facto, si actio in foro rei sitæ est instituta, nominatus statim est citandus, sin in foro domicilii lis mota, actor ad nominati ordinarium forum est abiegandus. Negante nominato, rem ad se pertinere, nominans rem exemplo actoris resti-

(h) *Pos. 47. & 11.*

agen-

agendo, id est, cogendo in jus, ut Theophilus, πρὸς τὸ ἄγειν τὰς ἀγωμένας εἰς τὸ δικαστήριον, *ab agendis adversariis in jus*, *ad pr. Inst. de Action.* verum ut Actores Causarum dicuntur apud Ciceronem in *Bruto*. Horat. *in Art. Poet.* Valer. *l. 8. c. 7.* nisi quod illi causarum *actionarum actores* ita vocant, cum in Jure notissima consuetudine is Actor vocetur, *qui suam causam agit*, *d. l. 13.* Reus, a Re dictus est, & Rei, quos inter res sive negotium intercedit, *quorum de Re agitur*, ut Cicero 2. *de Orat.* tradit, sive is agat, sive cum eo agatur. Hinc duo rei, tam stipulandi quam promittendi, *in tit. Inst. & ff. de duob. reis.* Sed ut is, *unde petitur*, Reus appellatur, usu receptum est frequenti, tam in civilibus quam Criminalibus causis: unde Reus fieri, inter Reos, id est *accusatos*, referri notissima locutio: quam hoc sequimur: ut Actor sit, qui agit, & Reus, qui convenitur, estque in omni judicio necessarium, ut alter Actoris, alter Rei locum teneat: Unde quæsitum, in duplicibus judiciis, in quibus utriusque partis eadem ratio est, uter Actor, uter Reus sit habendus? & placuit, eum esse actorem, qui prior ad judicem provocasset; quod si contingeret, ab utroque simul, ut in pari causa, factum esse, quia tamen forma judicii non constat sine distinctione Rei & Actoris, necessario ad sortem recurrendum est, ut docetur *in l. 13. & 14. h. t.* Sunt autem duplicia judicia hæc; Finium regundorum, familiæ erciscundæ, & Communi dividundo; quanquam in hypothesi, illa non semper duplicia instituuntur, ut in loco videbimus.

12. Commune requisitum Actoris & Rei est, ut habeant legitimam personam standi in judicio. Qua nonnulli plane carent, tam ne Rei, quam ne Actores fiant; aliqui licet agere nequeant, Rei tamen fieri possunt. Plane prohibentur sine dubio servi, tam respectu aliorum, *l. 44. § 1. h. t.* quam respectu Dominorum, paucis exceptis casibus, qui sunt in *l. 53. h. t.* Ratio est in *l. 32. de R. J. Quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur.* Plane etiam persona standi in judicio carent pupilli & minores annis XXV. sine Tutoribus & Curatoribus suis, *l. 1. & 2. C. Qui legit. person. stand. in jud.* (i) adeo ut sententia contra minores solos lata, sit ipso jure nulla, nec restitutionis indigeat, *l. 5. C. Si adverf. rem jud.* quæ res cum in favorem minoris ætatis introducta sit, in eorum præjudicium verti non potest; Ideoque si minor annis XXV. sine curatore sententiam obtinuerit, eam valere non dubitatur, *l. 14. C. de Procur.* ubi uxor minor sine Curatore marito suo mandatum dederat; scilicet pro juris Romani ratione, quo Vir non potest esse Curator uxoris suæ. Pontifices in jure suo causas matrimoniales, tanquam spirituales, in quibus Curatore nihil opus sit, exceperunt, *cap. ex. num & ibi gl. de jud. in 6.* Gail. *obs. 108. n. 9.* Quam exceptionem juris civilis rationi convenire, negat D. Matthæus *de Judic. 3. 22.* eamque rejecerunt Supremi Frisiæ Δικασπόλοι, apud Sandium *l. tit. 3. def. 2.* Aqui minor sine Curatoris consensu potest nuptias contrahere, *l. 8. C. de Nupt.* quidni igitur nuptiarum causa in judicio constistere? dicat aliquis. Imo Judicii longe alia est ratio, propter ἀμβολιεργίας & μεθοδίας, circuitus & fraudes, quibus ætas imprudens facile capitur. Etiam delicta contrahere possunt minores sine Curatoribus, & tamen sine illis in criminalibus judiciis non constituunt, *ne ex sua imperitia vel juvenili calore, aliquid vel dicant, vel taceant, quod si fuisset prolatum, vel non expressum, processe eis poterat & a deteriore calculo eos eripere, l. 4. C. de Auctor. Præst.* Hæc de re Thomasius adjecit

SCHOLIUM.

Id est, nec actores esse possunt minores, nec rei, sine curatorum auctoritate, d. l. 4. *Moribus nostris uti processus ordinarius in criminalibus rarius frequentatur, ita si minores tamen accusare velint; haud dubie idem obtinebit.* Carp. Prax. Crim. quæst. 204. n. 25. *At si rei sint, curator non admittetur.* Brunnem. ad. d. l. 4.

13. (k) Quod de pupillis & minoribus est dictum, sine dubio locum habet in omnibus, qui sub Curatoribus sunt constituti, quales prodigi & furiosi, *arg. l 3. C. de Rest. minor.* etiam in mulieribus nuptis, hodiernis moribus, ubicunque mulieres in Cura virorum habentur, quod plerasque Europa videmus esse receptum, etiam apud nos: ut in judicio, nec quando agere instituunt, nec ubi conveniuntur, sine Viris constistere possint, exceptis tamen aliquot casibus; Quorum primus est, si Vir absit, nec ejus copia haberi possit; tunc etiam intervenire pro marito iis permittitur, ut docet Sandius *lib. 1. tit. 5. def. 1.* &

tuit, & si dolose versatus fuerit, refusione expensarum & pœna arbitraria coercendus est. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 14. § 3.*

(i) *Pos. 19. 20.* — (k) *Pos. 21.*

postea

postea, mulieres, quarum Viri trans mare, incertum an unquam redituri, aberant, sine Curatoribus ad agendum & contra, admissas fuisse, memini haud semel. Praeterea, quemadmodum minores, qui veniam aetatis impetrarunt, per se in judicio consistere possunt, *l. 10. in fin. C. de Appell.* sicut omnia, praeter alienationem immobilium, gerere possunt, *l. 1. & 3. C. de his, qui ven. æt.* ita mulieres, quarum Viri cura se abdicaverunt, vel ea judicis officio privati sunt, sine Viri conjunctione, tam extra, quam in judicio, agunt atque experiuntur; quemadmodum etiam, quoties adversus virum judicis officium implorant, vel in judicio contendunt, sive maritis consistunt: tametsi usus Fori nostri sic ferat, ut tum mulier Curatorem litis adsciscat.

14. Sed usu venit, ut ambigeretur, an ejusmodi matrona, quae adversus maritum suum judicio contendit, ex ratione Juris, egeat auxilio Curatoris ad litem. Etsi enim de praesenti usu fori constet, tamen id disputare non est de nihilo, quatenus satis constat, *omnem fori praxin in theoretica principia esse resolvendam.* Existimo, hunc usum Curatoris ad litem, contra stylum fori veterum, jurisque ingenium, esse introductum. Constat, jure Civili mulieres aeque sui juris esse, quam sunt Viri: perpetuamque mulierum tutelam, in quo olim erant mulieres, non esse cognitam, in jure Justiniani. Hodierno jure, quod a Saxonibus fluxit in mores Gentium, mulieres nuptae sunt in Cura Virorum: Innuptae, seu virgines, seu viduae Patria potestate vacuae, nulli subjiciuntur Curae. Sed mulieres, quarum Curae mariti renunciarunt, ut eos facere posse certum est, quod *in loco* dicendum, vel quae a judice Cura sunt liberatae, non habent maritos Curatores, ut manifestum est. Nec minus, quod litigantes cum uxoribus Viri hac parte non sint earum Curatores, neque pro talibus se gerant: Atqui Cura maritalis non aliter habet effectum, quam si Viri se gerant ut Curatores, ait *Stat. Frisc. t. c. 2. § 1.* Praeter Virum autem, nec Jure communi, nec municipali, mulier ulli Curae subjicitur. Coelibes foemmae, cunctis fatentibus, habent personam standi in judicio; nuptae secus, propter curam maritalem: Hac remota, nihilo plus Curae super illas constitutum est, quam super virgines & viduas; Haenon accipiunt Curatorem ad litem; Ergo ne quidem nuptae in casu cessantis officii maritalis. Hanc sententiam ita quoque reperi in notis manuscriptis ad Statuta Frisiae, adjecto nomine *Saekma*, quem *Theodorum* esse, liquet ex adjecto anno 1655. die 29. *Januarii*, in causa *Annae Luytiens* contra *Gerbrandt Cornelis*, & saepe deinceps, ut ipse de sua in Senatu experientia testatur; addens, nullum posse contrarium exemplum proferri: quamvis ita nunc in tritura praesenti inoleviisse videatur.

15. (l) Hactenus de personis, quae nec ut Actores, neque ut Rei, in jure judicioque stare possunt. In filiofamilias non eadem est in agendo, quae in defendendo ratio. Nam reus esse potest indistincte. *Tam ex contractibus quam ex delictis, in filiumfamilias competit actio*, habetur *in l. 57. de Judic.* Item, *Filiusfam ex omnibus causis tanquam paterfamilias obligatur, & ob id agi cum eo, tanquam cum patrefamilias potest, l. 39. de O. & A.* Ita generalis haec observatio est, ut tamen Pater excipiatur; *nec enim Lis ulla nobis esse potest cum eo, quam in potestate habemus, nisi ex castrensi peculio, l. 4. h. t.* Reus igitur filiusfam. liquido esse potest. De jure agendi sic ait Paulus: *Filiusfam. suo nomine nullam actionem habet, nisi injuriarum, & quod vi aut clam, & depositi, & commodati, ut Julianus putat, l. 9. de O. & A.* Hinc duae positiones; 1. Filius suo nomine nullam actionem habet. 2. Exceptis illis paucis, quas etiam suo nomine movere potest: quibus addere licet, quaslibet actiones e contractu vel delicto filium movere posse, *utiliter*, si Pater absit, nec sit qui Patris nomine agat, *ne filius impune frandem patiatur, l. 18. § 1. h. t.* quod etiam ad casum furoris vel dementiae producitur in *l. 15. § 10. de Injur.* Sed jure novo filiusfam. auctus bonis adventitiis, de illis etiam agere potest, non tamen aliter, quam volente Patre; nec etiam hic invito filio; quemadmodum adventitii peculii, lege recentiori, factam esse communicationem novimus. Et quoniam novissimis Constitutionibus bona quaedam adventitia dantur, quorum jus plenum liberis in potestate constitutis defertur, statuendum videtur, in his etiam habere filiumfam. personam standi in judicio: Ita enim plane volunt, quae de his bonis scripta sunt, cum alibi, tum in *Nov. 117. c. 1. § 1.* ubi filius quovis modo de illis bonis, διοικεῖν, disponere posse traditur; quae verba ut testamentariae dispositioni excludendae non sufficiunt, ita standi in judicio facultatem omnino tribuere videntur; utique de profectitiis nihil mutatur jure Codicis,

(l) *Puf. 11. 25.*

& tu de utrisque vide *l. ult. fin. pr. & §. 3. C. de bon. quæ lib.* Denique, in Castrensibus & quasi-Castrensibus olim quoque pro patrefamilias est habitus, ut actiones instituere posset, non modo adversus exteros, sed etiam contra Patrem, *l. 4. h.t.* quod recentiori jure neutiquam mutatum reperitur. Adde Struv. *exerc. 9. th. 6.* Strauch. XXI. 12. *ibique* Thomasium *pag. 285.*

16. (m) Absolvit hunc locum clausula generalis, *quod qui postulare prohibentur, etiam persona standi in judicio careant*, D. Matth. 3. *de Judic. 24.* quæ tamen, an satis conveniens sit, nescio: Agimus enim de iis, qui saltem per Procuratorem consistere suoque nomine agi jubere possunt; quales etiam fœminæ, cæci, infames, quin & muti atque surdi, si quidem non sine Curatoribus, quos non accipere invitos, diximus alias, agere inveniantur. Relinquamus igitur, sultis, postulare prohibitos suo loco, pridem a nobis transmissos; & addamus hoc ἐπίμετρον: Eos, qui persona judicii Legitima sunt præditi, conveniri sane invitos etiam, sed ad actoris partes neminem cogi, *l. un. C. ut nemo invit. ag.* Verum in foro notissima est agendi ratio ex *L. diffamari ‡ 5. C. de ingen. manumiss.* Quando quis aliquid in alterius præjudicium personæ vel rei, quod non sit injuria, prædicat aliquid & sibi arrogat, ille potest ad judicem vocari, *ut actionem suam instituat, aut perpetuum sileat.* Si fatetur, se prædicasse quod arguitur, (*diffamationem* vocant.) recipit in se partes agendi, & jus suum probandi. Si negat diffamationem, fit *Processus*: & si alter probet, illum in suum reive suæ præjudicium esse locutum, fit condemnatio ad actionem intra certum tempus instituendam, vel perpetuo tacendum. Hæc methodus ex *d. l. 3.* difficulter erui posset. Nam ibi diffamatus est Actor, neque plane fit Reus; sed vocat diffamantem, ut *contradictionem faciat, si defensionibus suis confidat*, ait Textus. Quod si diffamator non veniat, neque contradicat, aut se defendat, tum Præses Provinciæ, *commotus allegationibus* Actoris, *dat sententiam*, ne diffamatus *inquietudinem sustineat*: quasi per contumaciam rei diffamatoris. Atqui in foro diffamatus, est Actor quidem, ut alter actionem suam instituat vel fileat, verum in ipsa controversia, diffamatus est reus, & diffamans Actor; quod non est ita in *d. l. 5.* Proinde hæc regula; *Nemo invitus actoris partes suscipit*, ex ea non recipit exceptionem. Rationes, quibus utuntur Impp. non abhorrent quidem ab ejusmodi jure constituendo, quemadmodum hodie stabilitum est: sed ipsi id ita non constituerunt. Doctores, qui sæpe sunt boni juris condendi Auctores, etiam, quando juris conditi sunt mali interpretes, ejusmodi consequentias nectere amant; ut est in hoc quoque specimine; Dicunt, fidejussorem posse aliquando cogere Creditorem, ut debitorem conveniat ac ita se invitus actorem ferat; ideo quod debitor nunc solvendo sit, qui deinde solvendo esse definere possit, quo casu fidejussor teneretur. Hoc remedium petunt ex *L. contendat. 28. de Fidejussor.* ‡‡ cujus ea sententia non est; ut videmus *ad tit. de Fidejuss.* In multis tamen foris usurpatur, teste Zangero *de except. P. 3. c. ult. n. 208.* Carpzov. *3. Respons. 64. num. 8. 9. 10.* De remedio Legis *diffamari*, vide Gailium *1. observ. c. 9. & 12.* Perez. *ad tit. C. de ingen. manum. n. 6. & sqq.*

‡ Provocaturus ex hac L. aut documentorum ad probandam diffamationem facientium exempla judicialiter vidimata, aut rotulum testis jurati judicialiter confectum judici offerat, in termino, negante provocato diffamationem, originalia producat, aut altero teste destitutus suppletorie juret; provocatus confessus, aut ut modo dictum, convictus, vel statim jurisjurandi delatione, aut sua probatione utetur, vel ut causam principalem intra terminum Saxonicum instituat, sibi injunctum iri sciat. *O. P. S. E. I. & E. Tit 5 §5.* Provocatus non comparens, aut responsionem detrectans in termino, sub pœna perpetui silentii in proximo termino comparere & respondere jubetur; iterum contumax ad perpetuum silentium cum refusione impensarum condemnatur. Diffamatus ad instrumenti guarentigiati, a diffamante judicii principalis causa producendi recognitionem, legitime, & ut citationis eo nomine instituatæ dies a die termini saltim 4. hebdomadibus distet, citatus in isto termino instrumentum sub pœna recogniti recognoscere tenetur; omnis etiam lis, cum ex L. diffamari tum ex L. si contendat, in foro, quod in causa principali est competens, instituatur, *d. Tit. § 6.*

‡‡ Provocatus ex hac L. non comparens aut non respondens, iterum citatur sub pœna amissionis Replicæ suæ; iterum contumax in istam pœnam cum refusione expensarum condemnatur. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 5. § 7.*

(m) *Pos. 24.*

PAR-

PARTES JUDICII.

XVII. Ambitus Judicii, & distinctio partium in necessarias & non necessarias; quæ ante litem contest. sint partes necessariæ. XVIII. De recusatione Judicis suspecti. XIX. De causis suspecti Judicis. XX. Cætera, quæ sunt ante litem contest. XXI. De ipsa litis contestatione, ubi facta fuerit apud Prætorem, an Judicem. XXII. Quid hodie, Quatenus & an super Exceptionibus fiat litis contestatio, & an valeat divisio litis contestat. in affirmat. & negat. XXIII. Effectus litis contestationis, qui a mala fide pendent. XXIV. Alii, qui a Novatione. XXV. Partes Judicii, post litem contestatam. XXVI. De interlocutione probandi causa. XXVII. De instantia.

17. Hucusque fuit exegesis definitionis; sequitur distributio Judicii in partes quasi integrantes, quæ distinguuntur in Essentiales & Accidentales, ut more scholæ loquamur, vel potius in necessarias & non necessarias: utræque tam antequam post litem contestatam: utimur enim hic significatione Judicii generali, ut incipiat ab in jus vocatione, & desinat in executione. Proprie alioquin & stricte, Judicium a litis contestatione inchoari, & sententia finiri non ignoramus, eoque sensu Jus & Judicium inter se opponuntur, ut Jus ante litem contestatam, Judicium post eam intelligatur, in *l. 15. Rem rat. hab. l. pen. de Just. & Jur.* quamquam & latioris Judicii sensus *l. 1. § 3. de Administr. Tut.* ubi, *in Judicium*, quod aliter est *in Jus* vocare, obvia sunt exempla, in *l. 1. de in jus voc.* Ita, *vocatus in judicium, l. 28. in pr. d. tit. de Administ. T.* Item *l. 3. in pr. de eo, per quem fact. l. 2. § 2. Qui jud. cog.* Dix. *ad tit. de in jus voc. n. 2.* Partes essentiales Judicii ante litem contestatam sunt, In jus vocatio, Actionis editio, Judicis datio; de quibus ante hac, quod satis sit, distinctis capitibus actum fuit. Est adhuc necessaria pars, etsi forte non essentialis, postulatio viatoris sive executoris ad libellum reo deferendum, *N. 53. c. 3. N. 79. c. 3. N. 95. N. 112. c. 2.* item Cautio Actoris de lite eis duos menses contestanda & ad litis exitum continuanda, *Auth. libellum C. de lit. contest.* item de decima litis, si victus fuerit, præstanda, *Auth. generaliter. C. de Epis. & Cler.* dum Reus cavet judicio sisti, *Nov. 53. c. 3. N. 112. c. 3.*

18. Partes accidentales, neque semper necessariæ ante litem contestatam, sunt hæ. 1. Recusatio judicis suspecti, *l. 16. C. h. t.* cujus rei post litem contestatam nulla datur licentia, *d. l. 16. Nov. 53. c. 3. in pr.* nisi novam contingat emergere causam, uti jure Canonico definitum est, *C. insinuante. de off. deleg. C. inter monast. de sent. & re jud. cap. super eo de Appell.* quod ut a consuetudine judiciis Romanis non abhorrens, Interpp. adoptant, & sequitur forum, Cujac. *9. obs. 23.* Donell. 17. *comm. 25.* Covarr. *pract. quæst. 26. n. 2.* Potest autem recusari quilibet judex, tam ordinarius quam delegatus, etiam a Principe datus, *d. l. 16.* etsi forte datus sit hoc modo, ne refutari possit, ut recte Zasius ad *d. l. 16. n. 22.* Mynsing. *cent. 3. obs. 63.* Gail. *1. obs. 33. n. 4. & seq.* a quibus recedit D. A. Matthæus 7. *de Jud. 12.* secutus Accursium & Azonem, eo quod Princeps judicem dare possit im, ne ab eo provocetur, *l. 1. § ult. a quib. appell. non lic.* Sed pro communi potest dici, illas res separatas videri: nam quod provocari nequeat, hoc utrique parti perinde est, neque spes æquæ sententiæ deest; cum si judicem suspectum pati necesse sit, alterutri parti nihil æqui sperare liceat, quod est contra Φιλανθρωπίαν & humanitatem Principum, qui rescripta sua contra jus dari fidem auctoritatemque facere nolunt, *l. 3. C. de Precib. Imp. offer.* Cognitio suspecti judicis tribuitur in Provinciis Præsidi, aut defensori, vel Duumviris civitatis, *l. ult. C. de Jud.* adjuncto Archiepiscopo vel Episcopo, *Auth. si vero contigerit. cod. tit.* In urbe res ad eum, qui dedit Pedaneum, vel ad superiorem pertinere videtur. Moribus hodiernis, ad Collegas recusati spectat hæc cognitio; quando plerumque plures habentur judices; nam integrum Collegium vix est, ut recusare liceat, Gail. *1. obs. 33.* nisi forte non prorsus id negandum sit, ut putat D. Matthæus *d. disp. 7. th. 14.* potest enim fieri, ut omnibus suspicio congruat, vel unius alteriusve suspecti potentia tam prævalida sit, ut reliquis præstringat: sicut apud nos Prætores in agris, qui cum duobus aut tribus plerumque sibi obnoxiis, judicium constituunt, ideoque Prætore suspecto, recusare collegium totum, forte non videretur absurdum.

19. Cæterum, causas recusationis specialiter exprimendas esse, non potest dubitari, cum aliter de meritis earum judicari nequeat; cui, ut de re

(n) *Post. 16. & seqq.*

satis dubia, loquitur D. Matthæus *d. disp. 7. th. 15.* Vide sis *l. 9. fin. pr. de liber. caus. l ult C. de Judic. Nov. 82. c. 8.* Cujac. *t. obs. 23.* Flt, ubi litigantium jurejurando creditur, si judicis iniquitatem *perhorrescant.* Unde juramentum *perhorrescentiæ*, de quo extat Viri Cl. *Gerardi Feltmanni* commentarius: Sed hoc ut jure civili incognitum, ita cum requisito specialis causarum enumerationis, earumque examinis, non convenit. In nostro Foro libellus supplex offertur Curiæ, quo petitur, redditis causis, ut ille aut ille propter cognationem & affinitatem, de qua *supra*, ob inimicitiam aut amicitiam cum adversario, quod ipsius interfit, quod ant hac in eadem causa dixerit sententiam, similemve, excusetur. Quæsitum memini, an, quod Judex suam sententiam super aliqua Juris Quæstione publico scripto exposuisset ejusmodi quæstione incidente, posset recusari? Suprema Curia judicavit, non posse; cum ex facto evenisset, me. oblato libello, recusari; quod alicub. scripsissem, *posterius testamentum rumpere posse prius, clausula derogatoria mentum, si testatorem ejus pœnituisse constaret.* Si hæc recusandi ratio sufficeret, nemo Judex in eodem genere causarum bis sententiam dicere posset. Cognati etiam ejus, qui de causa aliqua in hypothesi, quid sibi videretur, dixit, aut Advocatus fuit, non arcentur; adeoque nec Pater Advocati in causa recusari potest, ut Curia Frisica non semel censuit, cum Senator *Ulenburgius* in causis filii Advocati, & D. Nys respectu generi Advocati, recusarentur, teste D. Nauta *decis. 106. MS.* etsi de hac quæstione alioqui non conveniant Dd. & contrariam opinionem putet veriorem D. A. Matthæus *d. disp. 7. th. 19.* Ordd. Holl. 23. Mart. 1669. statuerunt, Nullos judices esse posse Relatores, in causis, quibus eorum liberi, generi, fratres, & sororum mariti, Advocati vel Procuratores essent. Nec tales apud Commissarios agere posse. Nescio, an etiam de eo convenirent Dd. quod idem *Nauta* testatur, censuisse Curiam, in publicis causis, nominatim, ubi de jure munerum publicorum agitur, non posse cognatos recusari, ut suspectos, *arg. l. 5. Quod cujusque univers. nom.* ubi in creando Syndico, *Patris suffragium filio, & hujus prodesse Patri*, adsumitur. Exemplum; *Anno 1636. mense Septembri* creatus erat, discrepantibus suffragiis. Ordinum Fris. Deputatus D. *Ancbises ab Andala* & introductus fuerat. Sed qui dissentiebant ingressi Curiam, sella, cui insidebat, vi subtracta, eum per gradus deturbarunt aliumque superinduxerunt. Querela ad supremam Curiam de vi publica delata, recusatisque dejecti cognatis senatoribus, Curia censuit, eos in hac causa constitere posse; quod non putasset, opinor, si *Andala* pro se injuriarum egisset. Præterea, non habetur pro justa recusationis causa, quod Judex de alia Re litem habeat patrimonialem cum altero litigantium, si nulla cum præsenti causa connexio, nec acrior sit contentio, quæ iniquioris animi præbeat argumentum, ut similiter Curiæ visum esse non semel, etiam in propria causa meminimus: atque ea ratione non potest judex recusari, a quo in alia causa appellatum est, *quasi ad offensum judicem non debeat experiri, l. un. D. Apud eum, a quo appell. al. caus. ag. compell.* De aliis causis ad suspecti exceptionem sufficientibus, aut secus, vide *d. disp. 7.* A. Matthæi *th. 16. 17. 18.* Illud addendum; Judice recusato, Partes arbitrum vel arbitros eligere debere, coram quibus disceptationem peragant, *l. ult. C. de Judic.* Si de electione arbitrorum convenire, nequeant, a Præside, vel a Magistratu municipali constituuntur, *d. l. ult.* quo remedio in Collegiis Judicum nihil opus, quia nonnullis submotis, decidendi jus manet integrum penes reliquos e Collegio, licet majorem Partem recusari contingat, ut in Supr. Fris. Curia accidit 30. Junii 1640. in causa *Rinnert Oerdtses* contra *Dr. Jacobum Hillebrants*, quando e duodecim octo sunt excusati, referente Nauta, qui unus fuit e quatuor residuis; meminique, deinceps evenisse quidem, ut ad pauciores hac via redactus sit judicantium numerus, nec ad arbitros fuerit deventum. Verum si *Commissarius* qui dicitur, suspectus sit, hujus loco alium esse surrogandum, res loquitur, & fit *omni die.*

20. *Tertium*, quod sit ante litem contestatam, est oppositio exceptionum, quibus non teneri nos ad litem contestandam, præscribimus, ut est exceptio fori declinatoria, exceptio litis pendentis, aliæque, de quibus in loco de *Exceptionibus* agendum erit: Reliquas exceptiones dilatorias, quarum oppositionem huc etiam referunt, magis ad ipsam litis contestationem spectare, probabitur *infertas.* *Quartus* locus dari potest Constitutioni Procuratoris, & intervention defensoris, ac alterius, cujus interest, adjunctioni, de quibus ad *tit. de Procurator.* actum nec agimus. Sed hoc monendum est, Constitutionem Procuratoris, ut hodie se res habent, esse partem Judicii necessariam

riam, quemadmodum ex iis, quæ ad *prædictum tit.* scripsimus, intelligi potest: etsi nec hoc prætereundum, posse utique Procuratorem etiam extra judicium creari, idque fieri ut plurimum. *Quinto solent* ante judicium fieri Citationes absentium, quæ tamen & postea sæpius recitantur, de quibus & quomodo ab in jus vocatione differant, ad *tit. de in jus vocando* demonstravimus. *Sexto*, fiebant ante litis contestationem, Interrogationes in Jure, quæ dicuntur, de quibus est in *lib. IX.* qui nos expectat ξὺν Θεῷ. *Septimo*, fiunt aliquando sequestrationes rerum litigiosarum, quæ plerumque ante litem contestatam decernuntur; de quibus similiter *infra ad tit. Depositi*, locus erit proprius.

DE LITIS CONTESTATIONE.

21. (o) Habuimus ea, quæ fiunt ante litem contestatam. Sequitur ipsa Litis contestatio; difficilis locus. Primo de voce; *Litis nomen omnem actionem significat: sive in rem, sive in personam sit*, ait Ulpianus in *l. 36. de V. S.* Contestari est, testibus adhibitis aliquid declarare; ita *contestato* dicere, in *l. 1. § Julianus 12. de liber. agnosc.* Nec aliunde Litis contestatio nomen habet, auctore Festo; *Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio, utraque pars dicere solet, Testes estote.* Quæ verba Wissenbachius noster haud recto cepisse videtur intellectu, *Comment. ad l. un. C. de litis cont. Si verum hujus vocabuli etymon tradit Pompejus*, inquit, *litis contestatio tantum fieri dicitur, cum propter partium controversiam opus est testibus.* Nimis procul a vero; quid enim commune testibus ad controversiam partium probatione decidendam, cum ea contestatione, qua judicium primum incipiebatur? Testes non ad probationem facti controversi, sed judicii ordinationem consignandam adhibebantur. Eo modo & partes dicuntur litem *contestari* passim, & Lis ipsa *contestari*, passive, *l. 1. in fin. de Test. l. 22. Sol. matrim. l. 3. § pen. de sep. viol.* Lis contestata, *l. 32. de Negot. gest. l. 35. de Usur.* sed quando fieri solita sit *contestatio*, κεῖται ἐν ἀποκρύφοις, apud Prætorem; an apud Judicem datum? Primo, id satis constat, apud Prætorem causam fuisse constitutam, i. e. st, statum controversiæ, ex velitatione, ut ita loquar, partium determinatum. Exemplum status *ad tit. Inst. de liter. obligat.* dedimus. Aliud hoc esto; Cajus occidit Mævium; Si dicat, *non occidi*; hic est status, *an occiderit.* Quod si dicat, occidi, sed insidiatorem vitæ meæ, exspectanda replicatio; Si hæc sit, non struxit insidias; habemus statum, *an Mevius Cajo sit insidiatus.* Quod si dicat, non ideo tibi licuit illum occidere; status est *Juris*, an *insidiatorem liceat occidere*: cujusmodi causas Prætor remittebat ad Centum-Viros, ut Pollerus probat ex *I. de Orat. Cicer. Lib. 5. Hist. for. Rom. 5.* Si status esset facti, dabat judicium publicum, in causa publici criminis; in pecuniariis Recuperatorium per judices pedaneos, teste Cicerone *2. de Invent. Is, qui agit, judicium purum postulat; ille, quicum agitur, exceptionem addi oportere.* Exemplum: Peto centum ex mutuo. Non debeo centum ex mutuo; est status purus, & judex datur hoc modo a Prætore; *Si paret, Titium debere Cajo Centum ex mutuo, judex condemna.* Quod si dicat: *pactus sum, ne petas*, erat exceptio; & formula sic exibat; *Si paret, Titium debere Cajo Centum ex mutuo, extra quam, si pactus est ne petat, judex condemna.* Ubi sic Quæstio constituta apud Prætorem erat, dixerintne tum partes, *Testes estote*, an deinde, cum ad judicem ventum, nondum satis mihi liquet. Festi verba modo posita, *ordinato judicio*, ambigua sunt: utique judicium proprie non est apud Prætorem, nisi hic recte dicatur *ordinare judicium*, eo quod causam constituit, judice addicto, formulaque præscripta. Verba Cincii, al. Titii, citata Cujacio ex Macrobio, *9. obs. 21.* hæc sunt: *Quorum negotium est, narrant; Judex testes poscit*; hæc quidem magis ad judicem pedaneum, qui voce Judicis simpliciter dicti plerumque intelligitur, inclinant, etsi Prætorem quoque Judicem dici, non potest negari, *l. 1. & l. 81. de Judic.* Sed videamus integrum locum Macrob. *lib. 3. Veniunt in Comitium tristes, jubent dicere, quorum negotium est, narrant. Judex testes poscit. Ipsus it minctum: ubi redit, ait, se omnia audivisse, tabulas poscit, literas inspicit. Vix præ vino sustinet palpebras.* Apparet, nisi me omnia fallunt, hunc locum a Cujacio, aliisque eum agmine sequentibus, pro litis contestatione male proferri; cum agat de testibus in media disceptatione judicii productis, atque ab ebrio judice negligenter auditis. Proprius est, ut putemus, post constitutionem causæ, judicem fuisse addictum, formulamque præscriptam; inde rem comperendinatam, hoc est, judicium in diem tertiam esse constitutum, invicemque factam esse denuntiationem; denique in eam rem ambos ita dixisse

(o) *Pos. 30. & seqq.*

præsentibus; *Testes estote;* quæ sic erat *Litis contestatio.* Asconius *in de Prætur. Cum in rem aliquam agerent Litigatores, & pœna se sacramenti peterent, poscebant judicem, qui dabatur post tertium (male impressi quidam* trigesimum,) *diem, deinde inter se in perendinum diem, ut ad judicium venirent, denuntiabant.* Nihil addit *de contestatione*, fateor; sed res loquitur, ideo testes fuisse admonitos, ut constaret, utrumque teneri ad sistendum se judicio: qua contestatione nihil opus erat, quando se jam stiterant, causamque reipsa narrabant. Fuerit igitur litis contestatio vetus apud Prætorem.

22. Sed novi juris alia ratio est, postquam Judices a Magistratibus dari desierunt, ipsique judicare sunt jussi, *l. 2. C. de Pedan. jud.* mos ille *contestandi* obsolevit, etsi nomen, ut fit, idem manserit, adeoque Litis contestatio nihil nunc aliud est, quam *Initium judicii, per narrationem actori & contradictionem rei, l. 14. § 1. C. de Judic. l. un. C. de lit. contest.* Diximus *ad tit. I. de Except. a pr.* & mox aliquid adjiciemus. Hoc magis dubium aliquando visum est, an qui exceptionem opponit, litem contestari dicendus sit, ut hoc negat Perez. *ad tit. C. de litis contest. n. 4.* Verum ex iis, quæ superius dicta sunt, de judicio puro & cum exceptione, item quod exceptiones formulis judicum inserebantur, quas sequebatur litis contestatio, non potest dubitari, quin per oppositionem exceptionis etiam fiat litis contestatio; scilicet, exceptionis peremptoriæ, ut tenent Dd. communiter, ad *l. un. C. de lit. contest.* D. A. Matthæus *disp. 8. de Jud. th. 6.* Quid igitur, an exceptiones dilatoriæ non facient litis contestationem? Existimo eas, quæ causam spectant, atque omnes, quibus contendit Reus, se vel *plane* vel *adhuc*, vel *ut proceditur*, non esse condemnandum, facere litis contestationem, qui contradicit intentioni Actoris, quæ facit litis contestationem. Quid enim, si quis pactus sit, ne intra quinquennium conveniatur, ut est in *l. 3. de Exception.* nonne hanc exceptionem allegare poterit apud Prætorem? nonne & is eam formulæ, quam judici præscribit, inseret, ut super ea partes litem contestentur? Res est clara, non posse id aliter fieri, in his dilatoriis causam ferientibus, quam solet in peremptoriis. Spero me probaturum hoc iis textibus, quos alii in contrariam partem adducunt. *Exceptionem dilatoriam*, ajunt Cæsares, *opponi quidem initio, probari vero, postquam actor probaverit, quod adseverat, oportet, l. 19. C. de Probat.* Agi in hoc textu de dilatoriis causæ putem, quia dilatoriæ se referentes ad judicium vel ad personas judicium constituentes, ante quam lis contestetur, probari & absolvi debent: quomodo enim aliter litis contestationem, quod in illis agitur, impedire possent? Debent igitur dilatoriæ causarum initio opponi, concedo; sed an ideo litis contestatio super illis non fit? imo si non fieret, ejus probatio post litem contest. non exigeretur, ut fit in hac *l. 10?* Imo quis opponendæ sunt initio, & postea probandæ, sequitur, litem super illis contestari, vel sequetur, ne quidem de peremptoriis dari litis contestationem. Nam de his iidem Impp. Diocletianus & Maximianus in *l. 12. C. de Exception.* tradunt, eas *initio contestandas* esse. Plenius usum rei docent *inl. seq. 9.* hoc modo πραγματικῶς. Si reus de jure suo certus, actorem nihil acturum esse confidat, potest omittere exceptionis contestationem, *quod nulla sibi defensio necessaria sit.* Si vero jus perendi habeat Actor, sed ipse munitus sit exceptione, potest eam contestari *deque illa sola agere*; si vero dubitet, an Actor intentionem suam probaturus sit, tum potest exceptionem initio contestari duntaxat, & prius de intentione principali disceptare, quam si conficiat Actor, tunc ad exceptionem contestatam se conferet eamque probabit. Hæc est sententia *d. l. 9.* probans evidenter, litis contestationem super exceptionibus ad causam spectantibus, sive peremptoriis sive dilatoriis, (indistincte enim loquitur textus) fieri, vel solis vel una cum intentione principali. Nec aliter omni die servatur in foro; Litis contestatio fieri dicitur, quotiescunque Reus intentioni Actoris *contradicit*, sive plane neget, vel ipso jure, vel ob exceptionem peremptoriam, vel per dilatoriam, se adhuc non esse damnandum, aut non ea forma, qua conventus est. Hoc tantum interesse tenendum est; in foro *Exceptiones* solummodo vocantur, quæ litis contestationem impediunt, ad judicium aut personas spectantes. Quæ vero ad causam pertinent, cum faciant litis contestationem, ea vocant *media principalia*, sive *Responsiones*: Adeo ut si quis Exceptionem dilatoriam causæ opponens, dicat se *Exceptione* usurum, *cum expensis mulctetur.* Quod ideo monendum censui, ne in foro nostro novi in hunc lapidem impingant, quod memini factum non semel; & aliquando non sine nota Præceptorum, quasi a quibus nihil, quod in usu est, audissent. Non id quidem agendum, ut praxin forensem in

Schola

Schola doceamus: sed optimum factu est, jus Romanum e principiis eruere antiquitatis, ut est in legibus, explicare, atque ad usum applicare; ipsique universa praxi aliter recepta sunt, obiter admonere studiosos. Plura ad hanc rem pertinentia, reservamus *capiti* de Exceptionibus.

Denique, non posse probare se, merito scribit D. Matthæus *disp. 8. th. 6.* quod Canonistis placet, *inc. 1. de lit. cont. & c. 2. eod. in 6* objecta a reo exceptione peremptoria *, non aliter litis contestationem fieri, quam si aut intentionem actoris neget, aut adjiciat, facere se id animo litem contestandi, quod iisdem verbis observat D. Wissenb. *ad l. un. C. de litis contest.* Ego ejusmodi limitationem in textibus illis non reperio; sed ajunt, etsi objecta sit exceptio peremptoria, litem nihilominus esse contestandam: Supponunt, quod in foro nunc obtinet, eum, qui *excipere* se dicit, hoc dicere, *se litem non contestari*, non omni die distinguunt: Pontificibus hoc in peremptoriis exceptionibus displicet; volunt iis verbis utendum esse, quibus utimur in lite contestanda; quod apud nos fit voce *Respondendi*. Adeo ut hoc ipsum sit illud, quod modo suggessimus; cum, qui exceptionem ad causam pertinentem objicit, non debere *Excipere*, sed respondere atque litem contestari. In usu verborum igitur, non in re ipsa, discrepant a jure Civili Pontifices; *Per petitionem*, ajunt, *in jure propositam, & responsionem secutam, contestatio litis fiat, cap. 12. X. de lit. cont.* quæ verba consentanea his, quæ sunt in *d. l. un. C. de lit. contest.* satis indicant, litis utrinque fieri contestationem, tam ab actore quam a reo, *inter primum & secundum*, ait *l. 1. §. 1. de Litig. l. 11. de Judic.* etsi aliquando singulis adscribitur, ut actori, in *l. 28. de Novat.* reo, *d. l. 11.* Adjiciamus & hoc, Vulgatam Doctorum divisionem litis contestationis, in Affirmativam & Negativam ‡‡, aut non valere, aut hoc modo intelligendam, quod Affirmativa sit, quando quis *de intentione adversarii confitetur*, sed *adhuc* se non teneri contendit, ut Imperatores in *d. l. 9.* affirmant: Nam id quidem satis exploratum est, cum qui simpliciter confitetur, litem non contestari, nec cum, qui se paratum dicit ad solvendum, sed modicum tempus ad solutionem conficiendam petit, *l. 105. de Solution.* junct. *l. 73. de Procurat.* Sæpe etiam fit, ut Rei se opponant, & tamen fateantur se debere, nec quicquam validæ contradictionis habeant; quod tum in prætextum exceptionis alicujus dilatoriæ desinit: ut vix alio sensu litis contestatio affirmativa intelligi possit. Hæc adde iis, quæ dix. *ad tit. Inst. de Exception. a pr.*

23. Sic satis, quid sit, & quomodo fiat litis contestatio, constat: Rei nobilis, effectus haud impares sunt. In summa redigimus eos ad duos; quod adversario *malam fidem* imprimit, & quod facit *novationem*. De mala fide ratio est in *l. 10. C. de Acquir. poss.* quoniam possessor ex interposita citatione, & causa in judicium deducta, super jure possessionis *vacillat ac dubitat*. Hic effectus se diffundit in alios plures; inde enim est, quod a lite contestata fructus desinunt acquiri, & adversario incipiunt deberi, *l. 15. §. 7. de Hereditat. petit. l. 4. §. 2. Fin. regund.* quod interrumpit usucapionem & præscriptionem, *l. 10. C. de Præscr. long. temp.*

* Apud nos Litis contestatio debet esse I. Specialis ad singula libelli capita ‡, & *in specie* und insonderheit antworten, it bey einem ieden Artickel deutlichen und unterschiedlichen, *P. I. C. El. 12 O. P. S. Tit. 16.* Ziegler. *ad. Tit verb.* Daß dieselbe. Generalis ergo: Nego narrata prout narrantur &c. non sufficit. Ummius *ad Proceß D. ff. 12. th. 5 II.* clara & perspicua, und ohne Anhang; unde non admittuntur expressiones ambiguæ, verb. gr. dubito, Brunn. *Proc. Civ. c. 14. n. 16.* ich stelle es dahin, secundum Carpz. *Dec. 40 & ad Proc. tit. X. art. 3. n. 48.* j. tamen Nicol. *Proc. c. 37. n. 20.* & Mencke *ad Ordin. Proc. Sax. Tit. 16. § 8.*

‡ Non modo ad singula libelli capita, sed ad singulas uniuscujusque capitis circumstantias, sub pœna confessi & convicti est respondendum, positione saltim secunda, ita tamen, ut L. C. non rite factam in tertia & ultima positione emendare liceat. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 26. § 1.* Si quis ob litis contestationem aut plane non, aut non rite factam, sententia judicis pro contumace declarabitur, causæ patronus & refusione impensarum, & 5. aut amplius thaleris mulctabitur, *d. Tit. § 2.*

‡‡ Temere litem negando contestari, in Saxonia haud licet; qui facta non neganda, vel plane notoria, tamen negat, mulctam, vel a praxi suspensionem incurrit; pœnæ inficiationum Romanæ sunt restitutæ; & qui e pia, quorum nomine juramentum ab actore defertur, negat, illud autem deinde præstare nequit, exceptiones suas, alias, si affirmasset, sibi competentes amittit, nisi ejus rei, quam negavit, aliam se non habuisse scientiam, jurato asseveret. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 16. § 2. 3.*

juncta *l. un. C. de usucap. transform.* etsi alioqui mala fides superveniens usucapionem non interrumpat, *l. 48. § 1. de A. R. D.* est tamen hic effectus a mala fide, sed lege ejus vim intendente. Plerique putant, hanc rem olim secus se habuisse, & usucapionem post litem contestatam fieri potuisse, per *l. 18. & 23. de rei vind. § 3. Inst. de off. jud.* Sed vix est, ut per illos textus id satis liquere videatur. Mihi sic videtur; Lite contestata, usucapio currit tamen, & pendente lite tempus impletur, dominiumque, si possessor absolutus fuerit, præstatur: sed condemnatione secuta, rem tradere cogitur possessor, & interrupta ex post-facto censetur usucapio, per litis contestationem. Hoc docent Impp. *in d. l. 10. C. de Præscr. long. temp.* Longi temporis *præscriptio post moram litis contestationis completur*; sed condemnato non *proficit, cum post motam controversiam in præteritum æstimatur.* Sic etiam accipere cupio legem 25. *§ ult. de Usur.* ubi: *bonæ fidei possessor habetur, quamdiu evictus fundus non fuerit.* ut & *l. 2. § ult. Pro Empt.* Proinde, nulla sit hactenus inter jus vetus & novum differentia, ut vulgo existimatum est. Hoc etiam de effectu malæ fidei dignum observatu est, quanquam litis contestatio non nisi contradictione rei committitur, tamen quod ad effectus a mala fide pendentes attinet, sufficere, motam esse controversiam, id est, actoris intentionem esse propositam, quia tum certior fit reus, & incipit habere *vacillantem*, ut est in *d. l. 10. C. de Acquir. poss.* conscientiam. sic est *in d. l. 10. & § 7. de Acquir. hered. d. l. 2. C. de Litigios.* ubi: *pro quibus actor intendit.* Tum scit utique, de Re litem sibi moveri, & sic res Litigiosa est.

24. Alter effectus generalis, quem Litis Contestatio habet, est *Novatio*, sive delegatio, *l. 11. § 1. de Novat.* quia per contestationem mutuam, quasi contractus celebratur, ut est in *l. 3. § 11. de Pecul.* Hinc novas induit qualitates actio: temporalis fit perpetua, morte peritura transit in heredes, *l. 139. in pr. & l. 164. de R. J.* Pœnalis fit rei persecutoria, *l. 6. § ult. de rejud.* ubi tres illæ qualitates junguntur. Huc etiam pertinet, quod Procurator fit dominus litis, eam contestando, *l. 23. C. de Procurat.* Item quod Actio ex delicto, quæ contra Patrem sua natura de publico non dabatur, lite cum filio contestata, adversus eum instituitur, *d. l. 3. § 11. de Pecul.* qui locus docet, etsi quædam ex iis effectis, non nisi post sententiam exerceantur, novandi tamen vim a sola litis contestatione, quæ ab utroque contrahitur; non a sententia, quæ nihil simile contractui habet, esse repetendam. Postremo, quod Litis contestatio est initium judicii, quod excludit exceptiones dilatorias, judicium & personas spectantes, *l. ult. C. de Except.* non tam ad effectus, quam ad propria attributa referendum videtur. Postremo sciendum, aliquos ex his effectis, adscribi in jure quibusdam aliis rebus, ut sunt libellus Principi oblatus, *l. 1. & 2. C. Quand. lib. Prin. obl. fac. lit. contest.* etiam Præsidi, *l. 2. C. de Annal. except. toll.* Testatio, si Rei copia non sit, *l. 2. C. de Naut. fœn.* Contumacia, *Auth. Qui in provinc. C. ubi de crimin. vide l. 3. § 2 & sqq. C. de Judic.* Jusjurandum, *l. 28. § 2. ff. de Judic.* Usurpatio creditoris, quæ dicitur habere vim litis contestationis, ad interrumpendam Præscriptionem rei oppignoratæ, *l. 7. § imo & illud C. de Præscr. 30. ann.* sicut & reliquarum rerum cum lite contestata comparationem, secundum quid intelligendam esse, docent textus citati.

25. Hactenus de litis Contestatione, quam sæpe comitatur juxta Rei contradictionem *Reconventio* *, sive Reciproca Rei actio, de qua *nihil hic*; locus inferius occurret. Post litis contestatio-

* Reconventio Juris Saxonici, a Reconventione Juris Communis longissime differt. Namque (1) locum tantum habet in causis connexis. *P. 1. C. El. 7. O. P. S. t. 6.* § Wie es, quales sunt, quæ ex eodem contractu nascuntur, sive directæ, utrinque, ut emti venditi, locati conducti, pro socio, sive directæ & contrariæ, ut commodati, mandati, tutelæ, vel contra, Carpz. *ad d. C. def. 7.* (2) non nisi conventione finita ‡ *L. R. l. 3 art. 12. O. P. S. t. 6 d. § in f.* j. Wittenb. Hof Gerichts Ordn. d. an. 1550 tit. von der Wiederklage. verb. Wirden auch Sachen, finita autem lis intelligitur, quando actuali solutione actori satisfactum est, sola depositio pecuniæ non sufficit. Suend. *ad Fibig. Proc. p. 738.* j. Carpz. *L. 2. Resp. 59.* In causis tamen injuriarum, pendente conventione, in reconventione usque ad litem contestatam proceditur, per *O. d. Proc. Sax. Tit. 6. § f.* quod olim secus erat. vid. Moller. *ad C. El. 7. P. 1. n. 12. sqq.* cont. Mencke *ad O. P. S. Tit. 6. § 5. sqq.*

‡ Jure Saxonico novissimo Conventio cum Reconventione pari passu ambulat, separatim tamen, mit Haltung abſonderlicher Acten, & ut conventio & ejus executio, inprimis autem rigor cambialis, nihil impediatur; ita quidem ut actor in conventione, in reconventione procedere haud teneatur, nisi reus in conventione, actori nunc reconvento plene satisfecerit. Exceptio est, si actor reconventus sit peregrinus

non

nem sequuntur *Juramenta*. Primo Judicis in leges, quod olim usitatum revocavit in usum Justinianus, addita religione, ut liber Evangelii perpetuo ob oculos consistat, *l. 14. C. de Judic.* dein Litigantium jusjurandum, quod est Calumniæ, de quo diximus *ad tit. Inst. de Pœn. tem. litig. n. 1.* ubi & de Advocatorum jurejurando; si quid desit, sequitur *infra tit. de jurejur.* Post hæc Replicatio Actoris, & Rei duplicatio, Triplicatio, Quadruplicatio sequuntur; de quibus *ad tit. Inst. de Replicat.* actum non agimus. Raro partes ad quintuplicandum & sextuplicandum procedere, diximus *ibidem*, nec aliter in Foro nostro, quam venia Curiæ impetrata. Habet hæc res usum, quando Reus in quadruplicatione, nova facta novaque instrumenta produxit, quod quidem facere non debet: aut si de *Instrumentis* id faciat, Actori permissum est *Statutis* nostris, illud refutare, prohibita reo sextuplicatione, *lib. 3. tit. 19. art. 5* sed de factis recens in ultima scriptura allegatis sic ait; Actorem debere protestari, ne quid inde sibi creetur præjudicii, memoriamque protestationis addere *Scripturis* cæteris, aut veniam petere quintuplicandi, quod excipit Reus sextuplicatione, *d. tit. th. 3. & 4.* quæ juris quoque civilis rationi non male conveniunt; sed alibi *in Holl.* rectius consultum videtur, ne partibus ultra duplicationem utique sine venia, procedere liceat, ac ut in narratione Actoris & contradictione Rei omnia facta contineantur. Quæ res etiam juri civili hactenus consentit, quod nova facta post litis contestationem nata proferri nequeunt, ut judex eorum rationem habeat, certe non respectu Actoris, *l. 23. h. t.* In causis levioribus apud nos etiam duplicando concludi solet, quod Actor in Replicatione testatur; addito tamen, *nisi causam*, perspecta duplicatione, triplicandi habere se putaverit: hactenus enim Conclusio pendet a partium arbitrio; Sed triplicando & quadruplicando defuncti, necesse habent, extra casum quintupl. prædictum, *concludere in judicio*: sic appellat *Statutum* hanc primam conclusionem, qua disceptationi sive reciprocationi scripturarum renuntiant, *d. tit. 29. § 1.* Partibus conclusione supersedentibus, Curia ex officio & Vi legis, Processum hactenus pro concluso habet, *d. art. 1.* atque deinceps causam videt, sitne Juris, an facti Quæstio. Si nulla sint facta contraria, vel si quæ sunt, ea jus mutare nequeant, Lis *definitive* terminatur, idque, licet Partes probationibus se delegari petant: quod alioqui, Re nondum examinata, petentibus illis non denegatur; quando nec quidem sententiam condemnatoriam aut absolutoriam volentibus Judex impertiri gravatur, *l. 26. de Re Judic.* Sed quando Judex facta, de quibus confligunt, jus causæ mutare non posse videt, præcidendis ambagibus, quas sæpe quærunt Advocati, rem continuo definire potest, ut in tali causa memini factum: *Exemplum;* Puella heres instituta erat, sub conditione, *nisi absque Curatoris consensu nupsisset.* Nupserat post annum XXV. impletum sine consensu, ut dicebatur, curatoris, qui adhuc administrationi Curæ fungebatur. In quæstione de hereditate, objecta est illa exceptio conditionis, quam illa variis facti allegationibus elidere conabatur. Sed cum utrimque in confesso haberetur, eam compleviſſe, cum nuberet, ætatem legitimam, & sic ipso jure sub Curatore desiisse esse: præter quod ejusmodi conditiones, quæ nuptias a consensu alterius quam Patris suspendunt, improbantur in Jure; Curia de cæteris factis, etsi libellis supplicibus utraque parte petente, noluit interlocutionem probandi causa concedere: in causa *Gaj. Broersma cum sociis, contra C. Rosama*, ante ferias natalitias 1680.

26. Post conclusionem igitur *in judicio*, (quam ita distinguere licet a conclusione finali *in causa*,) si res facti sit, sequitur *Interlocutio*, quæ est in *forma* solita, vel *officio* Judicis. In *forma* solita, quando dilationes ordinariæ Legibus præscriptæ, partibus ad probandum relinquuntur, de quibus *ad tit. de Fer. & dilationibus* actum est. Interlocutionem *officii* vocamus; quando Judex ad contrahenda litis spatia, litigantibus certum tempus ad conficiendas probationes præscribit, ut fit apud nos in plerisque causis rectissime, optimeque ea res cum Judicis officio ex ratione juris civilis convenit, ut in quo nihil est prius, quam ut lites con-

aut non possessionibus instructus, quo casu reus reconveniens, ad depositionem judicialem vel simpliciter vel prævio juramento malitiæ est admittendus, donec actor conventionis, intuitu reconventionis in casum succumbentiæ idonee caverit. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 6. § 1.* Facta depositione, aut interposita cautione, si reus in instituenda reconventione cessat, petente actore, reo spatium Saxonicum, sed sub pœna præclusi indulgebitur, quo elapso contumax non amplius admitteretur; quod & fit illi, qui in Processu ordinario exceptiones suas reprobando deducere neglexit. *d. Tit. § 2.*

trahantur, quas procuratores & Advocati, ordinaris dilationibus suo utentes arbitratu mutuaque indulgentia, in enorme extendunt. Communis est hæc interlocutio, scilicet tori causæ, omnibus litis consortibus: Et tamen fieri potest, ut hac occasione divellantur instantiæ; quid enim, si una sit facti, altera meri juris? Instantia hæc statim potest definiri, ut altera probationibus per interlocutionem delegetur, quod aliquoties memini accidere. Imo in eadem instantia litigantes ita separari possent; *Exemplum*; Actor convenerat duos reos ex eadem causa, sed alterum, mulierem nuptam, sine viro compellaverat vitiose. Hæc igitur statim absoluta est ab instantia: respectu alterius interlocutio facta est, in causa *Barbaræ Jacobi* contra *E. ab A. cum sociis*, 4. *Novembr. 1680.*

DE INSTANTIA.

27. Quid autem est *Instantia?* Hic est locus ejus, nec omitti potest. Instantia, sicut Intentio, Latine aliquid *valde* in suo genere notat. Sic repetendi debiti *Instantia*, *l. 32. de usur.* efficaci instantia, *l. 6. C. de postlim. reversi.* Sed ut JCtis *Intentio* quamlibet petitionem propositam significat, ita nunc *Instantia* pro qualibet Lite mota, sive pro intentione causæ in judicium deducta sumitur; unde Justinianus, bona instantia uti, id est causa petendi, *§ 1. I. de pœn. tem. litig.* Ulpianus in *l. 73. § 2. h. t.* An salva *quidem lis est*, inquit, *verum instantia tantum Edicti periit? & magis est, ut instantia tantum perierit, ex integro autem litigari possit.* Atque hæc est significatio hujus loci; ut Instantia nihil sit aliud, quam *judicialis tenor singularum causarum*, ab ipsa lite distinctus, ita ut Lis ipsam petendi causam & vim, Instantia modum ejus in judicio significet: ut instantiam aliquis omittere, ab instantia absolvi possit, qui litis compos, aut ei obnoxius maneat. Prius est *in d. l. 73.* posterius modo vidimus, & in reis criminum frequenter accidit, ut gravati præsumptionibus, non convicti, ab instantia, non a crimine, absolvantur. Diximus, respectu *singularum* causarum; potest enim fieri, ut in uno litis processu plures instantiæ cumulentur; quando diversæ intentiones, quarum singulæ peculiarem litem formare possent, in eodem libello cumulantur, quo nihil frequentius in foro; quomodo autem ratione juris civilis id se habeat, *ad tit. de Edendo* dicere occupavimus. Plane igitur, ut plures instantiæ cumulentur in uno libello, necessum est, ut separatæ lites inde moveri queant, & tamen, ut una conclusione jungi possint; idque opus est recte animadverti, quod in ea re magnus usus abususque versatur. In generalibus judiciis, ut sunt hereditatis petitio, judicia divisoria, mandati generalis, & similibus, etsi multæ res tractantur, quia tamen est una actio, neque seorsim de illis rebus agi potest, nullo modo inde fieri possunt instantiæ diversæ. Sed in Judiciis specialibus, diversæ res ex ejusdem generis contractibus debitæ, cum separatim peti, & tamen una conclusione comprehendi queunt, facere possunt diversas instantias, ut si ex empto pretium fundi, domus, equi; ex mutuo diversis temporibus, diversæ summæ debeantur; diversæ injuriæ, vel eædem diversis temporibus factæ, in uno libello diversas edunt instantias. Declarationes impensarum in diversis causis, in totidem instantias distingui solent. Plerumque numerus instantiarum ab Actore distinguitur; aliquando a Reis id fieri potest: ut si quis unam actionem contra plures habeat personas, potest eas una in jus vocatione, uno libello, unaque instantia comprehendere, sed Rei illam conjunctionem aversantes, seorsim respondere possunt, & tot facere instantias, quot sunt personæ debitorum. *Exemplum:* Ante aliquot annos Creditores Civitatis *Doccumanæ* in Frisia, vocaverant in jus, per sonitum æris campani publici, omnes & singulos Cives, ut solverent debitum Civitatis, unumque adversus eos libellum ediderant: sed Rei, quotquot e civibus erant in facultatibus, separatim singuli respondebant: unde immanis cumulus instantiarum. Sed officium Judicis est, videre, ne malitiis indulgeatur, ideoque petentibus his, qui vident se hac via sumptibus exhauriri, (nam pro numero instantiarum impensæ multiplicantur,) illis modum imperare potest, ut sæpe vidi factum, & tum in causa Doccumana usu venit: jussis civibus, in quatuor ordines se dispescere, pro numero quatuor regionum sive tribuum civitatis.

Cæterum, post interlocutionem, Partes ad probandum se conferunt, eaque gratia, quicquid est facti controversi, in articulos sive positiones redigunt, ad quos primo adversarii, deinde Testes interrogantur; de quibus agendum erit in *tit. de interrogat. in jur. fac. & de Testibus.* Apud easdem positiones instrumenta, ad eadem facta probanda, exhibentur; postquam & ante interlocutoriam adversario edita & exhibita fuere; qua de re ad *tit. de Ed.* ut & *de Fid. instrum.*

ſtrum. Super examinibus Teſtium, productione inſtrumentorum, aliisque incidentibus quæſtiunculis, ſæpius interea lites transverſariæ, quæ novas pariunt interlocutiones, moventur, cauſarumque deciſionem non tam promovent, (quo alioqui pertinent omnes interlocutiones,) quam ingenti partium incommodo, maxime ſi artes cauſidicorum accedant, implicant & remorantur. De quibus rebus heic non eſt locus amplius agendi.

SPECIES JUDICII.

XXVIII. Diviſio Judiciorum in varias ſpecies, ut in publica & privata. XXIX. Civilia & criminalia. XXX. Petitoria, poſſeſſoria, in rem & in perſonam. XXXI. Præparatoria & principalia. XXXII. Ordinaria & extraordinaria. XXXIII. Quæ ſint extraordinaria Jure civili. XXXIV. Diſcrimen illorum. XXXV. Uſus in Foro noſtro. XXXVI. De proceſſu ſummario ex debitis chirographariis. XXXVIII. Caſus, quibus ceſſat.

28. Habuimus Judicii diſtributionem in partes. Sequitur ejusdem in SPECIES Diviſio: quarum prima & ſumma videtur hæc eſſe, quod Judicia ſunt vel *Publica* vel *Privata*. Quid publica ſint, in parte *prima tit. ult. a pr.* ſatis exposuimus, omniaque de Criminibus gravioribus concepta ſunt, *l. 1. de Publ. jud.* Appellantur *Publica*, ut omnibus conſtat, quaſi populica, quia cuilibet ex populo datur earum executio, ut ait Juſtinianus in § *1. I. de publ. Jud.* At hoc habent commune cum *popularibus* Judiciis, quæ perinde a *populo* dicta, non ſunt tamen *Publica*: In his enim eſt adhuc alia qualitas, *quod dentur ex aliqua Lege publicorum judiciorum*; qua de re ſimiliter in *loco prædicto parte priore* abſolvimus. Privata judicia ſunt, *in quibus hi tantum agunt, ad quos ea res pertinet*, ut ſub re complectamur etiam injuriam, *d. l. 1. de publ. Jud.*

29. Judicia privata ſunt iterum vel Criminalia, vel Civilia. Priora, *in quibus adverſus reos criminum minus atrocium agitur ad publicam animadverſionem corporalem, aut pecuniariam fiſcalem*, * *l. ult. de Privat. del. l. ult. de Furt. l. ult. de Injur. § 4. Inſt. de Injur. l. 1 § ult. de Abig. &c.* Dixi, minus atrocium. Nam de gravioribus & frequentioribus delictis, prodita ſunt judicia ex legibus publicis, ut modo præmiſimus. Civilia ſunt, in quibus illi, ad quos res pertinet, agunt *ad commodum privatum Actori applicandum, dd. ll.* idque jus ordinarium vocatur in *l. 2. de Fur. baln. l. 3. D. Expil. hered.* Atque hæc ſunt etiam de delictis, aut ex Contractibus, veris vel quaſi talibus, ut ad *tit. Inſt. de Obligat. ex del. & ſeqq.* tractatum eſt.

30. Hæc autem Civilia Judicia, ſunt iterum *Petitoria*, vel *Poſſeſſoria*. Petitoria, *in quibus ex jure in Re agitur ad reſtituendum; vel ex jure ad Rem, quod dicitur, ad dationem.* Poſſeſſoria, *in quibus agitur ex jure poſſeſſionis ad detentionem rei adipiſcendam, retinendam, vel recuperandam.* Dix. *ad tit. Inſt. de Action. ſub fin. & ad tit. de Interd.* Utraque ſunt iterum Judicia *generalia*, vel *ſpecialia*. Priora, vel talia *ſtricte*, vel *univerſalia*, & hæc, quæ de Hereditate competunt, *l. 1. pr. de R. V. l. 18. § ult. & l. ſeq. de pet. hered.* Generalia proprie, in quibus multæ res continentur, ut Judicium Tutelæ, Familiæ erciſcundæ, Dotis, & ſimilia. *Specialia*, quæ de certis rebus competunt, ut commodati, depoſiti, pignoratitia, empti, locati, & ſimiles actiones. Sunt etiam mixti generis judicia, modo ſpecialia, modo generalia, ut mandati omnium bonorum, & certarum rerum; Pro ſocio ſimiliter & negotiorum geſtorum, communi dividundo, & alia plura. Eſt quoque civilium Judiciorum diviſio, quod ſint *in Rem*, vel *in perſonam*, quæ coincidit cum ſimili diviſione actionum, quam prolixe ſatis executi ſumus *in Parte I. tit. de Action. n. 5.*

3. Alia differentia Judiciorum eſt, in præparatoria & principalia. Prioris generis ſunt ea, quæ viam ſternunt aliis gravioribus judiciis, & poſterioris, ea, quibus hoc modo via ſternitur. Sic ad

* Jure Saxonum in ſtricta ſignificatione cauſæ, in quibus ad pœnam pecuniariam fiſcalem agitur, Civilibus accenſentur, & criminales dicuntur eæ, in quibus pœna corporis afflictiva, aut capitalis decernitur, die an Haut und Haar gehen. Vid. Gloſſ. *ad LR. l. 1. art. 59 LR. l 1. a. 68* Ord. Prov. *d Ann. 1555. tit.* daß peinliche Sachen. Corp. Sax. *P. 37. j. Dec. El 17.* Coler. *P. 1. dec 21. n 3.* Moller. *Semeſtr. l. 2 cap. 1.* Carpz. *Pr. Crim qu. 102. n. 51 ſeq.* Quandoque tamen vocem hanc, Criminalis Judicii, etiam apud nos in latiore ſenſu accipi, oſtendit Schilt. *ad ff. Ex. 49. §. 63. ſeq. j.* Mencken. *diſp. II Proœm. ad Proc § 2.*

exhibendum actio, præparatoria est actionis in Rem. Si quis enim in rem agere volens dubitet, an ea res, quam in oculis habet, sua sit, vel non, prius ad exhibendum agere potest, *l. 1. & seq. Ad Exhib.* vel si alii juncta per se vindicari nequeat, per hanc actionem agetur ad separationem, ut seorsim posita vindicetur, *l. 6. eod. tit.* Ita de hereditate vel legato acturus, primo de Tabulis exhibendis agere potest Interdicto, ut examinet Testamentum, *l. 62 de Procurat.* Ejusdem proprietatis est Interdictum de liberis exhibendis, *l. 3. § 1. de lib. exhib.* vulgo querelam inofficiosi ad eandem causam referunt; sed male, ut probavimus ad *tit. Instit. de Inoff. Testam. n. 2.*

32. Ultima Judiciorum differentia est, in Ordinaria & Extraordinaria, sive *Sunmaria.* Imo omnia Judicia sunt *extraordinaria*, inquit Justinianus in *§ ult. I. de Interd* Sed hoc alio sensu. Nam ordinaria olim erant Judicia, in quibus dabatur Judex pedaneus, & formulæ solennes usurpabantur: Extraordinaria, in quibus ipse Prætor causam cognoscebat, nec formulæ erant necessariæ, de quibus *ad tit. D. de Extraordin. cognit.* Atqui hodie formulas esse sublatas, constat *ex tit. C. de Formul. & impetr. subl.* Nec judices pedaneos amplius dari, ordinarium esse aliquoties observatum est. Ergo quod olim Judicia faciebat extraordinaria, id hodie locum habet in omnibus Judiciis; & sic omnia dici possunt *extraordinaria:* quod alioqui est contradictorium: Nam quod in omnibus obtinet, hoc *ordinarium* esse, res ipsa loquitur. Verum in hac divisione proposita, plane alio sensu judicia vocantur Ordinaria & Extraordinaria. Sunt enim Ordinaria, in quibus ordo judiciorum solennis observatur causæque plena cognitio adhiberur; Extraordinaria in quibus nec ordo solennis observatur, neque plena cognitio solet adhiberi. Qui novit ea, quæ sunt extraordinaria, scit reliqua non posse non esse ordinaria.

DE JUDICIIS EXTRAORDINARIIS.

33. Extraordinaria jure civili primo sunt Interdicta, sive causæ possessoriæ, *l. 8. C. Unde Vi. l. un. C. de moment. pos. l. 3. C. de Interdict. l. 13. C. de R. V. l. ult C. Quor. bon. l. 3. C. Qui legit. person. stand. in jud l. 14. C. de Agric. & Censit.* Quanquam in Foro ipsæ causæ possessionis in ordinarias & summarias dividuntur, qua de re *ad tit. de Interdictis* agendum erit. Unum heic ponam forense discrimen mea sententia tantum ad solennia procedendi, non etiam ad meritorum causæ cognitionem pertinere; quæ semper in judiciis possessoriis summaria & semiplena intelligi debet. Reliqua exempla sunt hæc; Petitio bonorum possessionis Carbonianæ, quæ datur impuberibus, quæ negantur esse filii defuncti, cujus ut Patris hereditatem petunt: hac quæstione ad usque pubertatem dilata, mittuntur in possessionem, habita de possessione filiationis brevi cognitione, *l. 3. de Carb. Ed.* Talis etiam est missio in possessionem, ventris & legatorum causa, *l. 3. § 1. Ut in poss leg. l. 1. § 14. de Ventr. in poss. mitt.* Missio in possessionem fundi, absente domino, post spatium ei præscriptum, ex *l. 2. C. ubi in rem act.* Actio ad exhibendum, *l. 3. § 9. Ad Exhib.* de pignore capto, an debitoris sit, *l. 15. § 4. de Re Jud.* de Honorariis, *l. 1. D. Extraord. cognit.* Causæ Alimentorum, *l. 5. § 8.* & si quæ similes occurrant. Quin & causæ, instituto suo ordinariæ, possunt aliquando fieri extraordinariæ, si periculum in mora sit, aut partes consentiant, quo respectu quælibet matrimoniales causæ, ad hanc classem referri possunt, ut observat D. Matth. *disp. 1. de Judic. th. 16. & 17.* In universum alioqui Regula habetur; quanto quæque levior est causa, tanto facilius extra ordinem absolvi potest. *arg. l. 6. D. de Accusat. l. 71. de R. J.* A. Matth. *ibidem.*

34. Sed omittendum non est, extraordinarias cognitiones fieri vel pro Tribunali, vel de plano. Priore modo, quando interponitur decretum causa cognita SUMMATIM, *l. 1. § 14. de Carbon. Ed. l. 3. § 8. ff. de bon. possess.* quales inprimis sunt modo enumeratæ species, in quibus cognitio & disceptatio judicialis, etsi brevior, adhiberur. Sed *de plano* jus dicitur; Quando Judex coram, aut per libellos aditur, non adscenso tribunali, obiterque partibus auditis, rem sine ordine judiciali decidit, *l. 9. § 3. ff. de Off. Proconf. & Leg.* quomodo res leviores agi possunt, manare res majoris momenti, velati excusatio a Jure a, quæ per libellos fieri non potest, *l. 25 de Excusat. Tut.* sed ad interrumpendam præscriptionem temporis, quæ est res minoris momenti, non invetat libellos dari, *l 3 § 10 eod. tit.* Etiam crimina cum hac differentia tractari posse, docent *l. 18. ult. de Quæstion. l. 6. de Accusat. & d. l. 9. § 3. de Off. Proc. l. 1. § 8. ad SC. Turpil.*

35. Hæc est illa diversitas cognitionis, quæ hodieque frequentissimum habet usum, ut causæ summariæ vel per modum *processus* scil. summarii,

rii, vel per *libellos ſupplices* exerceantur, adeo ut major ſit eumulus rerum, quæ per libellos, quam quæ judicio, vel ordinario vel ſummario, tractantur. Uſus loquendi in Foro noſtro ita fert, ut Ordinarii proceſſus, per excellentiam PROCESSUS appellentur; * Summarii voce gallica, *pleydoyen*: Quibus tam in iis, quæ *ſuperius* enumerata ſunt, quam in exceptionibus, in oppoſitionibus, ac cæteris cauſarum incidentibus litigiis utimur, etiam in condictionibus infra viginti florenos apud Judices inferiores, & infra *quinquaginta* apud Curiam Supremam, ut Statutis noſtris expreſſum eſt in *lib. 3. tit. 26. art. 34. & tit. 16. art. 1.* Alibi ſimiles vel minores, vel majores habentur limitationes. Eodem referendæ ſunt Renuntiationes ægrorum locatorum, *aliæque cauſæ privilegiatæ*, habetur in *tit. 11. art. 2. Stat.* Quæ verba ad cauſas jure communi pro ſummariis habitas ſpectare videntur, quæque moram non patiuntur, ut etiam ſunt cauſæ executionis, arreſtorum, impenſarum, taxationum, meliorationum, item ex Lege *diffamari* quæ dicitur actio, ex uſu noſtro. Denique & aliæ plures, quotiescunque vel partes conſentiunt, vel Judex aliter ex cauſa decernit, ut Statutis noſtris cautum eſt his verbis: *Ordinariæ dilationes apud Judices inferiores currunt ab octiduo ad octiduum*, (in Curia ſunt tres hebdomadæ,) *niſi conſenſu partium, aut a Judice, breviores termini ſtatuantur, lib. 3. tit. 2. art. 38.* Quod tamen Judex, ſi natura cauſæ ita per ſe non ferat, non niſi partibus auditis, facile decernet; maxime durantibus feriis, ſi quando ejusmodi cauſæ ſint, ut feriatis diebus agi queant; quomodo memini Curiam cenſuiſſe in cauſa Appellationis, cum inferior Judex ad petitionem Actoris, reo non audito, mediis feriis, injunxiſſet, ut partes de biduo ad biduum diſceptarent, in cauſa *Eliardi Jeens* Appellantis contra *Bern. a Zevenaer*, 2. *Sept. 1680.*

36. Nullus frequentior Proceſſus Summarii uſus eſt, quam ex debitis chirographariis ſubſcriptione vel confeſſione agnitis. ** E quibus actor

* Proceſſus Ordinarius, in quo ſolennis judiciorum ordo obſervatur, a Proceſſu Summario apud nos ex eo dignoſcitur, ‡ quod in illo ſolennis litis conteſtatio, in hoc ſummaria rei reſponſio, Einlaſſung, deſideretur; in illo actori probatio ordinaria, Beweis, in hoc ſaltim demonſtratio, Beſcheinigung, injungatur. Dn. Berger. *in Elect. Proc. Execut. th. 2.* Sicuti autem actor cauſas ſummarias proceſſu Ordinario tractare in ſuum præjudicium non prohibetur, *Dec. Elect. 12.* ibique Philipp. *Obſ. 2.* Carpz. *l. 3. Reſp. 31. n. 23.* Swendend. *ad Fibig. pag. 1106* ita etiam in ordinariis ſummarie procedere ipſi permittitur, quoties omnia facta libelli per documenta docere poteſt, *Reſ. Gr. d. an. 1653. 57 gr. 8.* conf. Caſp. Henr. Hornii Antec. Witteb. diſp. *de Proceſſu Summario ex § 8. Reſ. Elect. Sax. nov. 1709.* habitam. aut adverſarius conſentit. *O. P. S. tit. 1. § Beſonders.* Carpz. *P. 1. C. El. 2. def. 18. n. 3.*

‡ Cum Ordo Judiciarius Saxonicus in cauſis ordinariis fere ad ſummariam brevitatem redactus ſit, abolendam eſſe diſtinctionem in cauſas ordinarias & ſummarias, viſum eſt Legislatori noſtro in *O. P. S. E. 1. & E. Append. § 1.*

** Sicuti Proceſſus alius eſt ordinarius, alius ſummarius, ita hic iterum nobis ſubdividitur in ſummarium in ſpecie ‡‡ & Executivum. ‡‡‡ Hic locum habet, quoties actor ex inſtrumento liquido ſeu guarentigiato, ad executionem ſtatim faciendam tendit vid. Landes Ordnung *d. A. 1555. tit.* verſchr. Brief und Siegel. Corp. Jur. Sax *p. 39.* add. Dn. Swendend. *ad Fibig. p. 1139.* Requiſita Inſtrumenti Guarentigiati, prolixe tradit Dn. Berger. *in Elect. Proc. Execut. th. 9 ſeqq.* quæ huc redeunt, ut ex eo ſtatim liqueat, quis, cui, quale, quantum, & ex qua cauſa debeat. add. Carpz. *l. 4. Reſp. 9. n. 16.* Tenetur autem reus in hoc proceſſu inſtrumentum ab actore productum recognoſcere, niſi illud poſſit differri, aut inſtrumentum ita comparatum ſit, ut recognitione haud ſit opus, vid. *Reſ. Grav. d. an. 1057. gr 2.* Conf. omnino Berger. *l. c. & Diſp ad Proc. 1. th. 55. ſeqq.* ubi *& th 58.* Proceſſus Cambialis, imprimis Saxonicus, eſt conſideratus. De Proceſſu Mercatorio in Judicio Mercatorio Lipſienſi obſervando, vid. Leipzig. Handels Gerichts-Ordnung, confirmatam a D. Jo. Georg. III. *an. 1682.* Leipzig. *Statut. p. 31.* add. Menck. *ad O. P. S. Diſp. 1. Proœm. § 55. ſeqq.*

‡‡ Hujusaliquod inſtar habent cauſæ quæ ex confeſſione, pactis, indubitatis documentis, rebus judicatis, aut actis judicialibus in continenti probari poſſunt; cauſæ in univerſum omnes, quorum æſtimatio, ſi ſortem demtis uſuris inſpicias, ſummam 50 fl. renorum haud ſuperant, nec non, quæ commercia, politiam, opificia, ædificationem, rationes, famulo que concernunt; quæ modo quam maxime ſummario dijudicandæ & ſopiendæ ſunt, de quo videatur *O. P. S. E. 1. & E. Tit. 1. § 6.*

‡‡‡ Executivi Proceſſus ea, quæ antea, obtinet forma, niſi quod & hic prima citatio, Spatium Saxoni-

petit citationem debitoris, quo manum ſuam agnoſcat, vel inficietur. Si agnoſcat in judicio, parata eſt proviſio, qua condemnatur reus ad conſignandam in judicio pecuniam, quam tollit Actor, præſtita cautione de reſtituendo, ſi contra judicatum fuerit: nam etſi Reus ſe opponat cauſæ debiti, ſi tamen agnoſcat manum, conſignare debet, & meritum oppoſitionis deinceps ordinario proceſſu diſceptatur, quod etiam fit, ſi reus manum ſuam inficietur, *lib. 3. Statut. tit. 15. §1.* Si vero nolit agnoſcere manum ſuam Reus, vel iſti fini bis citatus non compareat, in pœnam duplicis contumaciæ Chirographum pro agnito habetur, *d. lib. 3. Stat. 12. § 1.* Ratio hujus proviſionis, eſt calumnia debitorum frequens, qui contra proprias confeſſiones & ſul ſcriptiones quotidie κεφαλαια quærunt. Quia tamen hæc ſpecies quædam condemnationis eſt ante cauſæ cognitionem, non debet extendi ultra ipſos debitores confeſſos, non ad eorum ſucceſſores, nec heredes, neque particulares, quia facti alieni præferre licet ignorantiam, *l. 11. § 2. de jur. & fact. ignor.* ut apud nos recte obſervari, monet Sandius *lib. 1. tit. 8. def. 1.* etſi aliter in Gallia, teſte Imberto *1. Inſt. Forenſ. c. 29. verb. Chirographum.* Mulier nupta ſi cum Marito ſubſcripſerit, & Vir ſolus ſuam manum agnoverit, hoc ad condemnationem mulieris, etiam ejus, cujus Legitimus ille cum, & præjudicium pœnam recogniti continere debeat. *O. P. S. E. I. & E. Append §3.* Cæterum definitio Inſtrumenti Guarentigiati nobis hæc a voce Principali procedit: Inſtrumentum tale, ex quo de omnibus circumſtantiis, quæ ad condemnatoriam in proceſſu executivo requiruntur, in continenti judici fieri poteſt fides, quamvis illud ſigno non ſit munitum, aut damni quid paſſum ſit, modo in eſſentialibus ſit integrum, nec cancellatum aut inciſum. Inſtrumentum non a Reo, ſed ab alio ejus nomine ſubſcriptum, æque eſt aut recognoſcendum, aut jurato diffitendum. Referens pro guarentigiato habendum, quod aut ipſum relatum, aut ejus pleniſſimum ſenſum continet. Inſtrumentum etiam contractus bilateralis, aut conditionatum, guarentigiatum eſt, ita tamen, ut, niſi renunciatum exceptioni non adimpleti contractus, aut implementum contractus conditionisve exiſtentia inſtrumento æque indubitato doceatur, negante reo contractus implementum aut conditionis exiſtentiam, probatio & reprobatio interlocutoria ſententia injungatur, proceſſus executivi vi atque poteſtate interea ſuſpenſa. Quod ſi inde appareat, temere & litem protelandi cauſa implementum eſſe negatum, negans quarta ſortis, quæ petitur, parte mulctabitur, inter Judicem, actorem, & Ptochodochium Waldheimenſe per trientes dividenda, aut egens carcere, vel alia arbitraria pœna luet, niſi jurato aſſerere poſſit, ſibi rem, cum negarer, non aliter fuiſſe cognitam, quo caſu in ſumtus litis tamen condemnabitur. *d. App. § 4.* Non obeſt inſtrumento guarentigiato cauſæ debendi ſpecialis omiſſio. *§ 5.* Si in inſtrumento obveniant formulæ: *proxime*, theſtens, aut, *quam primum poterit*, ſo bald als möglich; item: *pedetentim, paulatim*, nach und nach, vel *ut commodum fuerit*: nach guter Gelegenheit; ex prioribus formulis debitor anno elapſo ad ſolutionem compellendus, in poſterioris generis, ſpatia ſolutionis faciendæ ex officio a judice ſecundum æquitatis regulas determinanda ſunt. *d. App. § 6.* Heredes & Ceſſionarii executive acturi, legitimatione ad cauſam in primo ſtatim termino, ſub pœna quinque unecialium defungantur, dubio emergente reus eventualiter inſtrumentum recognoſcet, in ſententia autem, ſi legitimatio fuerit manca, hæc ut rectius fiat, injungetur, nulla factæ recognitionis habita ratione. Si heredes conveniantur executive, nec, heredes eſſe, in continenti ex liquidis documentis doceri poſſit, petenda eſt reſponſio, Einlaſſung und Antwort, in qua reſponſione, ſi ſe heredes eſſe negent, probatio & reprobatio per interlocutoriam injungenda eſt, eadem tamen temere neganti pœna imminente, quæ inficiaseunti § 4. injuncta eſt. § 7. Reo executive convento, in ipſo termino exceptiones opponere licet, neque tamen alias, quam ex claris inſtrumentis, aut actis, aut confeſſione partis in continenti liquidas, ita quidem ut nec Exceptioni non numeratæ pecuniæ, niſi in continenti liquidæ, locus relinquatur. Si tamen in reconventione hanc ſubfuiſſe demonſtretur, reus pœna temerariæ negationis § 4. & 7. expreſſa afficiendus eſt. *d. App. § 8.* Diffeſſio quoad contenta in proceſſu executivo non admittitur; Actor juratam diffeſſionem ordinarii proceſſus electione impeditus, faciat hoc ante rem judicatam, refuſis reo impenſis. *d. App. § 9.* Sententiæ & ſortis quantitas, & tempus, ex quo uſuræ aut intereſſe moræ computandum, inſeri debent; ſi hoc non factum, computatio a tempore litis motæ facienda, ſumtus judiciales, quos actor ſub amiſſionis pœna apud acta liquido demonſtrabit, ſecundum noviſſimam conſtitutionem moderandi, ſumtus in executionem facti in termino executionis a judice ſecundum eandem conſtitutionem ex officio ordinandi ſunt. *d. App. § 10.*

Curator

Curator est, respectu sufficit; etsi cum sola subscripsit, ipsius agnitio est necessaria, cum vir eo casu ignorantiæ excusationem habeat. Ita visum est Curiæ Supremæ in *causa Conradi Ludinga in qual. contra Johannem Everhardi cum sociis, 11. Octobr. 1680.* Supposito scilicet, mulierem, quæ sola subscripsit, valide esse obligatam, quod certis casibus obtinere, dicendum est *alias.*

37. Nam si mulier sine auctore Viro contraxerit in casibus non exceptis, etsi fateatur manum suam, tamen non condemnatur ad provisionem, quia statim liquet, eam plane non teneri; quemadmodum, nec si Actor qualitatem suam, veluti Curatoris, in qua petitionem instituit, non probaverit, ut Sandius docet *d. l. 1. tit. 8. decis. 2. & 3.* ubi plures casus, quibus cessat illa provisio, quos inter *Exceptio non numeratæ pecuniæ.* Quanquam Grœnewegius *notis ad Grot. introduct. l. 3. c. 5. n. 4.* tendit in contrarium; per hanc *provisionem*, sublatam esse exceptionem pecuniæ non numeratæ; quod Grotio nequaquam, ut diceret, in mentem venit; multoque solidius demonstrat contrarium Sandius *d. def. 3. vers. Exceptio.* Est & hic casus provisionis cessantis, si ex contractu utrimque obligatorio agenti, objiciatur, quod a sua parte contractum non impleverit; veluti, si venditor petens pretium, rem nondum tradiderit. Sand. *ibid.*

Denique, remedia peremptoria & dilatoria, causam spectantia, si in continenti probari queant, aliter non, impediunt hanc condemnationem summariam, ad consignationem pecuniæ debitæ ante plenam causæ cognitionem, quam vulgo Celtica voce *Namptissement* appellant, ut latius idem explicat, & rebus judicatis confirmat; adde sis quæ dixi *part. 2. Jurisp. Hodiern. lib. 2. c. 30.* In multis Foris ad modum differentiæ, quæ est inter ordinarios & summarios processus, pertinet, quod ibi ordinarii in scriptis, illic summarii viva voce disceptentur; idque ita in Curia Hollandiæ puto servari. Apud nos idem est in Statutis *lib. 3. tit. 16. art. 1.* addita limitatione; nisi inter disceptandum notabilis appareat difficultas, quo casu partibus injungi possit, ut scripturæ commutentur usque ad *duplicationem*, dilationibus apud Curiam præcise *octiduanis.* Sed hæc limitatio parum abest, quin regulam absorpserit; ferme enim ita servatur, ut omnes summariæ causæ in scriptis ad eum modum tractentur: aut si fiant viva voce, non tamen id *solenniter coram Senatu*, ut habet Statutum, perorando, sed in *Rotula* dictando peragi solet; ut in Camera quoque Spirensi factum, ipse videre memini. Verum hæc ubique eodem modo non servantur, & sunt *moris* potius, quam *Juris.*

Quod jam attinet ad ea, quæ per libellos deciduntur, de his locus erit agendi commodior *ad tit. de Re Judicata*, ubi etiam de iis, quæ *μονομερῶς* per decretum, sine contradictione peraguntur, probationibus tamen apud Acta prolatis, ut fit alienatio prædiorum minoris, *l. 6. C. de Præd. Min.* Veniæ ætatis impetratio, *l. 3. C. de his, qui ven. æt. imp.* Interdictio bonorum *l. 1. in pr. & l. 6. C. de Curat. Fur.* Transimus ad alteram *hujus tit.* partem.

DE FORO COMPETENTE.

XXXVIII. Summæ regulæ, quod Actor sequitur Forum Rei, fundamentum, cogendi facultas; quæ est vel in loco domicilii, vel rei sitæ, vel rei gestæ. XXXIX. Hoc consideratur primo, respectu totius Reipublicæ. XL. Dein respectu Provinciæ, tam ratione causarum, quam XLI. ratione Personarum, exempli gr. XLII. Ut sunt in Frisia, referuntur. XLIII. Domicilium proprie dictum, & ejus ratio respectu Fori, cum oppositione domus, quæ non habet larem. XLIV. An & quatenus hoc in Studiosis obtineat; ubi, an Professores recte Studiosi vocentur. XLV. De Foro mulierum Nuptarum, & an hæ duobus locis domicilium habere possint. XLVI. Num quis omnino sine domicilio esse possit. XLVII. Locus Originis an nova fit causa Fori. XLVIII. Locus rei sitæ, causa Fori tam in mobilibus, quam immobilibus. XLIX. An Hereditatis petitio in utroque Foro, an in domicilii tantum, institui possit. L. In rem actionem institui posse, tam ubi res sita est, quam ubi possessor habitat. LI. Mixtæ actiones ubi instituendæ. LII. Ubi judicia possessoria. LIII. Tertia causa Fori, Rei gestæ, pertinens ad contractus, vel delictum, excepta actione de dote. LIV. Locum contractus non tribuere Forum, nisi debitor illic reperiatur, aut bona illic sita habeat. LV. Item, nisi debitor in isto loco aliquandiu commoratus fuerit, non si aliter transierit. LVI.

LVI. Jura Collegiorum hac parte. LVII. De Foro ex causa delicti, & an jure civili delinquentes ubique puniri queant. LVIII. Prævention in delictis, ubi locum habet, & quomodo fiat.

38. Absolvimus partem primam Rubricæ *de* (p) *Judiciis*. Sequitur pars altera in his verbis; *ubi quisque agere vel conveniri debeat*, quo loco particula *vel*, non tam alternativa, quam exegetica esse videtur: nec enim alibi agere debet Actor, alibi Reus conveniri. Summa decantata regula Fori est hæc: *Quod Actor sequitur Forum Rei, l. 2. & l. 5. C. de Jurisd. l. ult. C. ubi in rem actio.* Cujus Ratio non tam est, quod Reus sit actore favorabilior, etsi verissima, *l. 125. de R. J.* sed quod necessitas vocandi & cogendi alium ad jus æquum, non nisi a superiore proficisci queat, superior autem cujusque, non est alienus, sed proprius Rector. Vocandi, inquam, *& cogendi:* quandoquidem sine coactione Judicia forent elusoria; nec alibi Forum lege stabilitur, quam ubi illa cogendi facultas adhiberi potest; non tamen, ut ubicunque illa valet, sit forum, sed ubi res & æquitas patitur. Vis illa compellendi partes ad æquum jus, inprimis est in loco *domicilii*, est etiam in loco *rei sitæ*, & *rei gestæ*, si Reus illic haberi possit, alias secus. Hinc tria sunt loca fori in jure nostro, *Domicilii*, *Rei sitæ*, *Rei gestæ*. Domicilium Interpretes faciunt triplex; quos sequitur D. A. Matthæus *Disput. de Judic. 4. th. 2. Domicilium*, inquit, *triplex est, Primum Respubl., alterum Origo, Tertium sua cuique voluntas facit.*

SCHOLIUM.

Male id interpretes. Contrarium ostendi in Dissert. de eo, qui sine domicil. c. 1. § 42. & sqq. *Scilicet, forum originis revera ab omni domicilio differre, etsi domicilium quandoque in loco originis præsumatur, ut in filiosam.*

RESPONSIO.

Quo sensu id interpretes, concedo minus recte doceri: Velim tamen ad ea, quæ nos persequimur in sequentibus, animum adverti. Quod ad locum originis attinet, ille a domicilio perspicue distinguitur, Ratione Reipubl. Domicilii consideratio non videtur omnino esse aliena: sicut nos instituimus.

N. ADDIT.

Etiam consideratio domicilii Reip. a foro domicilii est aliena. Nam forum Reip., vel, ut alii dicunt, patriæ, aut pertinet ad forum originis, aut certe separatam fori speciem constituit, foro domicilii contradistinctam. Et quid opus considerationibus prolixis hujus fori, cum autor ipse fateatur in posit. 52. meæ edit. *his temporibus nec Romæ, nec loci originis fora, ullum habere usum? Quod & ipsum in Scholio hic omisso approbavi, addita tamen illa limitatione, quod tamen domicilii in loco originis usus non sit nullus, per tradita* in d. dissert. (*quæ inter dissert. Lipsienses* secunda *est*,) c. 1. n. 65.

39. Domicilium vel respectu Imperii totius Reipubl. vel ratione certi loci consideratur. Priore sensu civis Athenienſis habet forum in Attica, Megarensis in Megaride, Frisius hic, Batavus illic. Altero, quisque suo in municipio domicilium habet; in majoribus Imperiis domicilium habet triplicem respectum, Reipubl., Provinciæ, Municipii, ut est in jure Romano. Qui habet in Imperio Romano domicilium, is forum habet in sede Imperii, hoc est, *in regia urbe, quæ habetur & est communis Patria, l. 6. § Roma. 11. de Excus. Tut.* & quidem in privatis rebus, si illic reperiatur reus, ut perspicitur, ex *l. 2. § 3. l. 14. & l. 26. D. h. t.* Nam etsi quoque absentes cogi possint ad regiam urbem venire, non fuit tamen hæc molestia civibus promiscue creanda, *N. 69. c. 1.* Sed in publicis negotiis undique, subjecti Imperio ad principem summamve potestatem evocari possunt, *l. 24. in pr. h. t.* quos ubi publica necessitate deprehensos, ob privata negotia convenire non licet, ut nec legatos, quique ad judicandum, testimoniumve dicendum appellandum, rationemque tutelæ reddendam, petendamve restitutionem in integrum, venerunt; hi enim omnes habent jus revocandi domum suam, *d. l. 2. § 3. l. 8. & l. 24. & seqq. h. t.* Moribus hodiernis, necessitas veniendi ad sedem Imperii, ob publicas rationes, eadem est ubique. In privatis non est eadem ratio: nec enim ubique sunt urbes, in quibus summa resideat Imperii, infra quam reliquæ, ut municipia membraque subjecta existimentur: sed imperii vis per omnes ditionis subjectæ partes æqualiter est diffusa, quanquam dignitate quædam præcellunt: nisi quod Venetiarum, Florentina, Genuensis, & si quæ similes sunt civitates, erga suas ditiones eodem modo, quo Roma, se habere videntur; etsi an idem jus in privatis illic obtineat, non habeo dicere;

(p) Pos. 40. & sqq.

dicere; ſed in plerisque Rebuspubl. Civitates majores, etiam in quibus Principes aut optimates Rectoresque degunt, nihil in ceteras habent prærogativæ jurisdictionis; ut in noſtris Rebuspubl. manifeſtum eſt.

40. Reſpectu Provinciarum locus domicilii præbet forum tam ratione cauſarum, quam perſonarum. Priore, qui in ſingulis habitant Provinciis, ad Rectores earum, qui ſunt Præſides, Proconſules, aut Legati Cæſaris, vocari poſſunt, ob cauſas, illorum cognitioni delatas, cujusmodi ſunt omnia, quæ *τῶν ἀρχικωτέρων*, *imperii magis quam jurisdictionis* habentur, ut eſt in *l. 26. ff. ad municip.* de quibus *ad tit. de Jurisd.* actum eſt, obiterque repetenda ſunt; Reſtitutio in integrum, miſſio in poſſeſſionem bonorum, *d. l. 26. §. 1.* Interdictorum cauſæ, *l. 1. §. 2. C. de Interd.* Cognitio tutoris ſuſpecti, *l. 1. §. 11. ff. ad SC. Tertull.* omniumque cauſarum criminalium, *l. 1. de off. ejus, cui mand.* & ſi quæ alia majores judices poſtulant: quales moribus hodiernis fere ſunt cauſæ Religionis, pacis publicæ, mandati de non offendendo, Pignorationum, ſive Repreſſaliorum, Quæſtionum matrimonialium, & devirginationum quæ dicuntur, Legis *diffamari*, Vocandorum teſtium in perpetuam rei memoriam, & ſi quæ ſimilia ſunt, de quibus vide Gailium *lib. 1. C. 1.* eademque & apud nos exacte ſervantur, excepto eo, quod de Reſtitutione in integrum diximus *ad tit. de Reſtit. in int. n. 5.* Non eadem ubique tamen eſt ratio, cum multæ ſint Respubl. in quibus ſingulæ civitates habent merum Imperium, aliaque jura Præſidum exercent; cum alioquin ea, quæ in Jure civili Præſidibus & majoribus judicibus adſcribuntur, hodie ſupremis fere Provinciarum Curiis vindicentur; cujusmodi quod in genere omnes majoris momenti cauſas eſſe, monent Interpp. ex *l. 31. §. de liberali. 7. ff. de Recept. qui arbitr.* vix tuto aſſeritur; melius ad illas legis auctoritas requiritur, ut in *d. l.* cauſæ ſtatus illuc referuntur, Gail. *d. obſ. 1. num. 31.*

41. Præterea ſunt in quaque Rep. vel provincia plures, qui ratione domicilii indigenæ magis Reipub. provinciæve, quam certi loci in quo commorantur, eſſe videntur, de quibus idem Gailius *in d. cap. 1. n. 31. & ſqq.* quales ſine dubio ſunt, qui nusquam certa ſede, quod appareat, ac habitatione conquieſcunt, ut ſub quo judice conveniri debeant, ignoretur; hos ad Supremam Curiam ſive Præſidem vocari poſſe, atque debere, manifeſtum eſt, ſive alicubi deprehendantur, ſive per Edictum citandi ſint. Quoniam vero hæc res ex ratione Juris civilis conſtat potius, quam certis regulis inde petitis & exemplis, quæ pro cujusque Reipubl. conſtitutione variant, velim nobis indulgeatur, Patriæ noſtræ exempla quædam in hunc uſum adducentibus, quæ non erit difficile cuilibet ad ſuæ Reipubl. ſtatum, quatenus haud diſpar ſit ordinum ſitus, accommodare, Legem habemus omnibus fere populis communem, quod *municipes*, hoc eſt cujusque civitatis cives, *agricolæ*, *non niſi apud ſuos*, in ſingulis locis *Judices*, *prima inſtantia* vocari poſſint, *l. 3. Stat. tit. 8. art. 1.* Nam ratione Appellationis valet iterum generale domicilium, quo quisque Forum habet apud ſupremum provinciæ, in qua domicilium habet, judicem. Ex hac regula, *municipes & agricolæ non poſſunt evocari ad generale Forum*, ſequitur, eos, qui majore qualitate quam municipum & agricolarum eminent, immediate ſubjectos eſſe Curiæ ſupremæ; cujusmodi argumentum a negativo ſenſu, in Conſtitutionibus, quæ non ſunt reſtrictæ ad certas factorum ſpecies, ſatis probatum eſt; ejusmodique ſpecimen dat Sandius in hac conſequentia: Statutum ait, *Viros ſe gerentes, ut Curatores uxorum ſuarum, res illarum adminiſtrare.* Ergo, ait, ſi non gerant ſe ut Curatores, nihil quoque juris habent in earum bonis adminiſtrandi, *lib. 1. tit. 2. def. 3.*

42. Primo igitur ratione qualitatis hujus eminentis, vocantur ad Supremam Curiam Ordines ipſi in Cauſis Patrimonialibus, qua gratia ſuum habent Advocatum eundemque Procuratorem apud Curiam, cujus hoc eſt officium, Ordinibus, ſive agant, ſive conveniantur, patrocinari. Nec gravati ſunt etiam in cauſis ad regimen ſpectantibus: ſi tamen eſſent pecuniariæ & ex contractibus oriundæ, ſiſtere ſe debent Curiæ, ut auctor eſt nauta in *deciſ. Miſc. 110.* ubi refert, Ordines fuiſſe condemnatos in id quod intereſt, conductoribus vectigalium, quod inter conditiones redimendi vectigalia retuliſſent articulum rei, decreto jam abolitæ *anno 1633.* etſi cum deinde in probatione ejus quod intereſt, publicani deficerent, condemnatio illis eſſet inutilis. Secundum Ordines, Illuſtris Gubernator alio quam generali domicilio Provinciæ cenſeri nequit, ac ita, ſi contingeret, eum conveniri, id apud Supremam Curiam foret inſtituendum. Idem in cæteris Reipubl. Collegiis ſuperioribus, etiam in Civitatibus atque

Præturis integris, indubitatum est. Quin etiam singulæ personæ, & membra talium Collegiorum, ad summam Rempubl. vel singulas integrantes Reipubl. partes spectantium, ejusmodi conditionis sunt, ut Sandius in *def. 1.* testatur. Præter eminentiam status, & domicilii generalis respectum, hæc ratio Forum personis insignibus apud Curiam adsignat; quod tenuiores in locis suis deterioris essent conditionis, nec æquo jure truerentur impares; quæ causa metus apud supremam Curiam cessat. Hinc etiam *Nobiles* domicilii forum * generalis habent; nec alienum a ratione, Nobilibus hac parte adæquari potentiores familias, etsi Nobilium nomen non præferentes, ut in quibus eadem ratio militat. Quod de singulis Collegiorum membris retulimus, id de superioribus indubium est; etiam de Prætoribus & Consulibus, apud Sandium *d. Def. 1.* de Adsessoribus Tribunalium in agris, idem inde jam olim servatum esse, testatur D. Saekma *not. Msc. ad Stat. d. l. 3. tit. 8. art. 1.* & res dictat, cum ipsi sint judices in suis locis, eos ibi privatis agricolis duriores adversarios fore; quod & in Scribis secretariis, qui plus aliquando valent quam ipsi Adsessores, & membra sunt Collegiorum in quibus funguntur, obtinere, jubet ratio & usus, ut puto. Advocatos & Ministros Curiæ prima quoque instantia illic conveniri, Sandius refert, non tam eminentiæ quam connexionis cum ipsa Curia causa: At si Doctores Juris, quos Nobilibus comparari, est antiquum axioma; qualitate dignitatis supra municipes & agricolas eminere, non immerito statuatur; Utique de Verbi divini Ministris, vetus & indubitata fori observatio est, ut ad Curiam vocentur immediate; quod tamen jure civili sic obtinet, ut inferius, inter privilegia fori videbimus. Nam quæ modo commemorata sunt, ad privilegia referri nequeunt, utpote cum nulla lex in earum personarum gratiam lata reperiatur; sed potius municipum & agricolarum favor in eo vertitur, ut ementiores ad Curiam, id est Præsidem Provinciæ, qui Principis vices gerit, vocare queant, ipsi illuc evocari non possint.

43. Sic fuit domicilium ratione totius provinciæ. Sequitur speciale. quod proprie nominatimque pro domicilio habetur, & quod habet quisque suo in municipio *pagove*; hac voce non pro una tantum cohabitatione vicove, sed & pro majore territorio accepta, ut est Latina significatio; sicut olim Germanos in ejusmodi *pagos* fuisse divisos, auctor est Tacitus *lib. de mor. Germ.* quemadmodum nostrates apud singulos vicos sive *παροικίας parochias*, ut alibi, non habent tribunalia, sed unum commune majori territorio, sub prætore judicibusque, constitutum est. Heic, etsi neminem latet, quid per domicilium intelligatur, tamen collocanda est descriptio Domicilii, quam sic complexi sunt Impp. *Ubi quis larem rerumque ac fortunarum suarum summam constituit; unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet; unde cum profectus est, peregrinari videtur, l. 7. C. de incol.* Et Alfenus in *l. 203. de V. S.* domum esse, *ubi quisque sedes & tabulas habet, suarumque rerum constitutionem fecit.* Per *tabulas* intelligit, opinor, œconomiam, de qua tabulas accepti & expensi faciebant veteres patresfamil. quas qui non faceret, eum extreme negligentem existimabant, teste Gellio *lib 5 c. 18.* Hoc domicilium Ulpianus in *l. 1. § 2. ff. de agnos. & alend. lib.* vocat *Hospitium*, oppositæ ad domum, quæ larem non habet, ut in villa solet ab his, quibus in urbe lar est, qua de re dix. in *P. 2. Digress. l. 1. c. 12. n. 3.* Inde vero & hoc discimus ex *d. l. 1. § 2.* citationes atque denuntiationes fieri debere ad domum, quæ larem & summam rerum habet, quod exacte convenit cum eo, quod omni die usu

* Apud nos Schrifftsassii conveniuntur in Judicio Aulico, aut Curiis Provincialibus, quo nomine comprehenduntur Comites, Barones, Nobiles, Senatus etiam Civitatum, qui præfecturis non subsunt, sed principi immediate parent, die auf sonderliche Schrift und Cantzeley sitzen. Appell. Ord. *d. an. 1605. tit.* Wer vor unser Appell. Gerichte. Ober-Hof-Gerichts-Ordn. zu Leipzig. tit. Wer vor unser Ober-Hof-Gerichte. *Corp. Sax p. 131.* Eodemque Schrifftsassiatus Jure gaudent Academiæ, imo Lipsiæ singulæ Facultates. Carpz. *Jurispr. Eccl. l. 2. def. 402.* Schilt. *Inst. Jur. Can. lib. 1. t. 13. § 5.* Schrifftsassiorum quoque liberi pari cum Parentibus dignitate eodemque foro fruuntur. Carpz. *P. 4. C. El. 43. def. 11.* Ziegler. *ad Praxin Calvol. § Schrifftsass. & Amtsass. concl. 1. n. 12.* Imo simultanee quoque investiti in actionibus personalibus & realibus hoc forum agnoscunt, etli actio feudum plane non concernat. conf. Lergauisch Archiv. *d. An. 1583.* § und dieses § iedoch C. J. S. *p. 483.* Carpz. *l. 2. Resp. 12. num. 14.* Schilt. *ad ff. lix. 13 § 27.* Dn. Horn. *Ex. Fe ud. XI. th. 30.* sine discrimine, sive simultanee sint investiti de feudo Schrifftsassico, sive de Amtsassico. Dn. Berger *Diss. de Nexu jurisjurandi, quo fidelitas & subjectio continentur. § 47.* non tamen simultanee investitorum liberi. Struv. *Obs. feud. c. 16. Obs. 6.* add. Menck. *ad O. P. S. t. 1. § 7.*

venit

venit in foro. Solent homines beatiores in urbe domicilium habere cum lare, quod est *hospitium* Ulpiani, in agris habere prætoria voluptuaria. E diverso nobiles amant habére domicilium fixum in agris: In urbe domum vel diætam sine lare fixo, quod alioquin diverso ab Ulpiano sensu, *hospitium* quoque nominari posset. Denuntiationes & citationes ad domum, quæ non habet larem, factæ non valent, ut a Curia suprema, quod sciam, judicatum est in causa *Jacobi Sydses, contra Gelliam Petri 2. Jul. 1680.* Et eadem ratione Legati, licet diu in iisdem locis agant, quia tamen alibi summam rerum fixam adeoque *domum* alibi habent, non possunt in loco legationis conveniri, ne quidem olim Romæ, etsi illic antea contraxissent; quod tamen est verum, in illis fuisse privilegium, *l. 2. § 3. & l. 8. de Judic. l. 5. § 1. ff. de pec. const.* verum de privilegiis *inferius* agetur. Hæc res hodie valet in Legatis Provinciarum nostrarum Hagæ Comitis ad Collegia Ordinum Generalium, Consilii Status, & Rationum Belgii Fœderati; nec non in Adsessoribus Collegiorum maritimorum, quas *Admiralitates* vocant; etiam in Legatis Plenipotentiariis Ordinum Frisiæ, & Eorundem Deputatorum, atque Præfectorum Ærarii, qui fere omnes in locis officii sui diætas habent temporarias, vel si domus occupaverint, Larem tamen cum uxore liberisque fixum habere non solent: etenim si plane se instruxerint in iis locis, nihil præcipuum habere videntur, quo minus & ibi forum sortiantur, nisi privilegio nominatim exempti fuerint, qua de re *inferius* agetur. Quapropter Scribæ secretorum, Commissarii, & Agentes quos vocant, cæterique ministri talium Collegiorum, nisi perinde specialiter exemti fuerint, quando habitationem in iis locis habent perpetuam, foro illius loci debent esse subjecti.

44. Verum qui studiorum causa peregrinantur, etsi in conducto apud Academiam aliquam habitent, domicilium tamen illic habere non intelliguntur; quia non habent ibi fixam animo sedem fortunarum suarum, cum in studiis ideo versentur, ut apti ad genus aliquod vitæ honori studiorum conveniens, quod in loco ad summam vitæ sedem que fortunarum suarum idoneo exercere queant, evadant. Exceptionem addit Alexander Imper. *nisi decem annis transactis, eo loco sedes sibi constituerunt, secundum epistolam D. Hadriani, l. 2. C. de Incolis.* Solum tamen lapsum temporis non sufficere, volunt Interpp. nisi alia voluntatis Studiosi declaratio accedat, ut Donell: *17. Comm. 12.* A. Matth. *disp. 4. th. 16.* etsi Cujacius decennium simpliciter pro causa domicilii agnoscit, *7. Observ. 25.* Rectius dixeris, interesse, utrum in Academia sit Forum proprium Studiosorum, an nullum nisi civitatis commune Forum ibi exerceatur. Si prius, tum nullo temporis lapsu, quamdiu manent Studiosi, foro civitatis, in qua degunt, subjiciuntur: quia tum præscriptio decennalis nullum initium capere potuit: Si vero Academia non habeat Forum seorsim, standum videtur usu, decennali scilicet. Academiæ, quarum constitutio pendet a Rectoribus singularum urbium, fere ita habentur, ut Studiosi Foro communi civitatis subjiciantur, quemadmodum Argentorati & Ultrajecti receptum videmus: Quæ a Principibus aut Ordinibus universarum regionum conditæ sunt, haud temere aliter quam proprio Studiosorum foro utuntur: in quibus igitur huic Quæstioni locus non est, verum in his studiosi sine ulla temporis præscriptione continuo utuntur privilegio fori, quod habent ex *Auth. Habita. C. Ne fili. pro patre*, de quo *inferius.* Quamvis autem in Jure nostro Studiosorum nomine, non tantum qui discunt, sed etiam qui discentium subsellia reliquerunt, & jam foro dant operam, intelliguntur, ut constat ex *l. 1. de off. Adsess. & l. 9. § 4. in fin. de Pœn.* hoc loco tamen discentes intelligi solos, indicat *d. l. 2.* in verbis, *qui studiorum causa aliquo loco commorantur.* Quod vero Cujacius *d. cap. 25. observ. lib. 7.* scribit, Juris Professores, qui Artem Juris docent, etiam vocari *studiosos* non reperio in textibus ab illo citatis, sed potius contrarium. Nam ita scribit Ulpianus in *l. 1. § 5. de Extraord. cognit.* Proinde, *ne juris quidem civilis Professoribus jus dicent*, scil. pro salariis suis. At in *l. 4. eod. tit.* Paulus, *Juris studiosos, qui salaria petebant, hæc exigere posse* docet. Professores Juris Studiosis opponuntur; & fuere *studiosi*, præter discentes, dicti, qui Prætores & Præsides sectabantur, ut pro Adsessoribus & Judicibus delegatis fungerentur, sicut ex *d. l. 1. & l. 9. § 4.* colligitur. Docentes vocari *studiosos*, nusquam liquet, sed bene contrarium, ut Labeonis Auditores constat Studiosos esse dictos, secus ac ipse præceptor, *in l. 2. § 47. de O. J.*

45. Domicilium ita est sedes fortunæ lariumque, ut cum uxore liberisque paterfamilias in eo versetur: ideoque conjuges & liberi, quanquam

alibi forte agentes, tamen apud maritos parentesque domicilium habere videntur. De filio est *l. 6. § 1. D. Ad Municip.* Mulier per matrimonii conditionem, suum domicilium habere censetur, *l. 64. in fin. h. t.* Forum *ei ex persona mariti statuitur, l. ult. C. de Incol.* Quod adeo verum est, ut, tametsi mulier a Viro discesserit seorsimque habitet, tamen ex mariti domicilio forum sortiatur; quia non potuit sibi ipsa matrimonii conditionem mutare *per d. l. 65.* qua de re notabilis decisio Curiæ supremæ, referri meretur hujusmodi; Erat matrona nobilis ære alieno gravata, cujus creditores concursu facto, obligationes suas actis publicis inseri curaverant, ut fit, quando fides labascit; eaque re constat heic jus πρωτοπραξίας, *Prælationis.* Vult autem Lex, id fieri in loco domicilii, quatenus hypothecæ sunt generales. Matrona dissidens a viro habitabat Leovardiæ, Vir in agro. Creditores alii in urbe, alii in agro relationes in Acta fecerant, temporibus discrepantes. Qui in urbe priores erant tempore, præferri volebant: Posteriores in Agro, dicebant, urbanas *registrationes*, ita vocantur, esse nullas; utpote non factas in loco domicilii, quod esset mariti; & secundum hos judicatum est *inter creditores Luciæ a Wissema* uxoris *D. A. de Popma*, ante *ferias natalitias 1681.* Cæterum, si uxor liberique, diverso a Patre maritoque loco se instruxerint, nihil vetat, eos alibi quoque habere domicilium, *l. 3. & seqq. D. ad Municip. arg. l. 7. C. de incol.*

SCHOLIUM.

De filiofam. concedo, eum sibi novum domicilium posse constituere, non vero de uxore. Neque aliud probant textus adducti. Quænam autem sit ratio differentiæ hac parte inter filiumfam. & uxorem, dixi in dissert. de eo, qui sine domicil. c. 1. § 24. 36. & 37. *Quæ Auctor igitur de uxoribus adseruit, valebunt si loco uxorum substituas viduas.* vid. d. dissert. § 38.

RESPONSIO.

Probo mulierem nuptam posse & alibi, quam ubi vir degit, habere domicilium; primo, *si judicis auctoritate separatio conjugum facta sit, quod ad thorum & domicilium; cum enim tunc mariti ex domicilio amplius non censeatur, necessario id habet, ubi sese instruxit.* Secundo, *si mariti consensu uxor alio loco sese instruxit, ut officinam & mercaturam exerceat, nihil causæ video, cur ejusmodi mulier utrique foro subjecta esse non debeat*, l. 5. & l. 6. § pen. D. ad Municipal.

N. ADDIT.

Miram vero hic deprehendo mutationem controversiæ: Quæritur, an uxor regulariter possit separatum forum a marito habere, uti filiifamilias a patre. Respondent Doctores quidem, quod possit, eamque in rem provocant ad citatos ab Autore textus, qui, etsi diserte loquantur de filiofamilias, putarunt tamen Dd. ab iis saltem argumentum duci posse ad uxorem, quia scilicet pater magis in potestate habet filium, quam uxorem. Ego vero contrarium defendi d. l. *cum aliis Dd. qui uxoris domicilium propterea referunt ad domicilium necessarium, filiifamilias ad voluntarium. Nam uxor non potest separatim habitare a marito, & hic uxoris simul ac totius familiæ caput est; ideo etiam uxor mariti domicilium* necessario *sequitur*, l. ult. C. de incol. l. 66. ff. de judic. *adeoque & mariti domus matrimonii domicilium dicitur*, l. 5. ff. de R. N. *At filius familias, si pubes evaserit, ipsi sibi domicilium constituere potest*, l. 3. & 4. ad municip. *Ad argumentum dissentientium responsum est, videri quidem id primo intuitu aliquid inferre. Nam, si filius potest mutare domicilium, qui tamen alieni juris est, cur uxor non posset, quæ tamen est sui juris? Si tamen accuratius rem inspicias, facile apparere putem rationem differentiæ. Nam uxor separatim a marito ob firmissimam matrimonii unionem nequit habitare, quæ ratio cum in filiofamilias non adsit, inde nec eadem est juris dispositio. Jam videamus probationes Autoris. Si maxime vera essent, quæ adducit, pertinerent tamen ad exceptiones regulæ nostræ, non ad instruendam regulam contrariam, de qua erat sermo. Sed nec prius probant. Nam quod primum casum attinet, hactenus de separatione uxoris quoad thorum & domicilium, nihil legi, vel audivi, quoad thorum & mensam multa. At separatio a mensa non infert mutationem domicilii, nec licet durante hac mutatione uxori alibi se instruere, id est alibi habitare cum animo perpetuo manendi, (qui animus demum forum domicilii facit.) Imo talis habitatio repugnaret intentioni separationis illius, quæ eo tendit, ut absentia & recordatio pristinæ consuetudinis desiderium excitet in conjugibus ita separatis, ut sibi iterum cohabitent. Ut taceam, parum apte hanc instantiam de separatione quoad thorum & mensam dari, cum ea ortum debeat juri Canonico, ac ignorata fuerit Romæ veteri, cujus instituta jam exponimus. De secundo casu tum demum dispiciendum erit, cum maritus quispiam*

fiam consentiet & magistratus id permittet, ut uxor alio in loco officinam & mercaturam longo tempore sine ipso exerceat. Nam ego quidem hunc casum non puto esse moraliter dubium, cum talis cura repugnet bonis moribus. Aliud est, si consentiat, ut ad breve tempus aliis in locis mercaturam exerceat, daß sie auf die Jahrmärckte herum ziehet. *Nam tale exercitium mercaturæ non acquirit novum forum domicilii*, arg. d. l. 5. l. 6. § pen. ad municip.

46. Cæterum absque domicilio difficultèr aliquis agere potest; puto autem & hoc procedere posse, si quis domicilio relicto, naviget vel iter faciat, quærens, quo se conferat atque ubi res suas constituat; nam hunc puto sine domicilio esse, verba sunt Juliani, *l. 27. fin. pr. d. t. ad Municip.* cujusmodi Patresfamiliarum, nunc multos facit Antichristi fasellitum intemperies & religiosus furor. Aqua & igni interdicti, deportati & proscripti, cum pro mortuis habeantur, vere nusquam domicilium habere dicuntur, *l. 7. § ult. de cap. min. l. 2. C. ad L. Jul. de vi.* Sed relegatos in his locis, in quos relegati sunt, interim necessarium habere domicilium, res loquitur, *l. 22. § 3. ad Municip.* Tamen, quia non jus, sed usum soli patrii duntaxat amittunt relegati, nihil verat, quo minus & domicilium illic, unde arcentur, retinere possint, ut habetur *in l. 27. § ult. eod.* quod tamen effectum personalis citationis aut functionis habere non posse, cum illic versari nequeant, manifestum est.

47. Sed est hoc in Jure Rom. constitutum, ut non modo quis duplex habere possit domicilium, si utroque loco sese instruxerit, sed etiam locus originis, in quo natus est, si & pater ibidem natus fuerit, illum habet subjectum, *l. 1. & l. 6. § 1. Ad Municip. l. 1. & seqq. C. de Municip. & originar.* Addit D. Matthæus *d. disp. 4. th. 6.* vel si Pater illic, ubi filius est natus, domicilium habuit, quod, etsi in dictis *legibus* scriptum non sit, res tamen ipsa facile persuadet. Nec contra docet Papinianus in *l. 17. § Patris ff. d. t. ad Municip.* Ait enim, Patris domicilium non adficere filium alterius loci incolam; quod est verum. Nam quia domicilium Patris ipsum quoque temporarium est, id per se jus filii mutare non potest. D. Matthæus idem juxta alios, Originem facit *domicilii* speciem, quod non convenit cum descriptione domicilii pridem data, nec cum usu Jurisperitorum, qui originem domicilio opponunt, *l. 6. § 1. ad Munic. l. 17. § 9.* junct. *§ ult. eod.* ac alibi. Estne igitur origo, quartum Fori genus a domicilio, re sita, re gesta distinctum? videtur ita, ratione juris Romani. Sunt tamen qui volunt, quod de origine leges tradunt, ad munera tantum, absque fori subjectione pertinere, Mornac. ad *l. pen. de Senat.* Gœddæ. *ad l. 190. de V. S.* Sichard. *in l. 2. C. de Jurisd.* Horum sententiæ ego libens accederem, si per *l. Incola 29. ff. ad Municip.* liceret. Nimis enim videtur enorme, locum originis, postquam domicilium alio translatum est, adhuc fori præbere causam: De provincia certe scribit Ulpianus *in l. 190. de V. S. Provinciales accipiendos esse, qui in Provincia domicilium habent, non eos, qui ex Provincia oriundi sunt:* & quæ ratio, cur secus se res habeat in diversis municipiis? Textus omnes de muneribus, quorum necessitas utrobique, tam originis quam loco domicilii, incumbat, ut Magistratus, Syndici, Tutores esse cogantur, accipi possunt. Eodem sensu Gœddæus *d. l. 29.* interpretatur, sed ratione verborum parum subducta, ut videtur: *Incola & his Magistratibus parere debet*, ait Gajus, *apud quos incola est, & illis, apud quos civis est:* hactenus potes accipere de muneribus. At cætera; *nec tantum municipali jurisdictioni in utroque municipio subjectus est, verum etiam omnibus publicis muneribus fungi debet:* hæc verba responsionem Gœddæi nullo modo ferent. Mallem dicere, non opponi hic domicilium & originem, sed incolatum & civitatem; potest aliquis esse civis, & alibi incola, ut domicilium utrobique habeat, quo nihil hodieque frequentius, uno loco præcipue: altero, electione loci, sine lare fixo. Quod si omnino dicendum est, locum originis, oppositum domicilo, tribuere forum, non aliter hoc intelligendum, *quam si in originis loco reperiatur.* Alioqui enim facultas cogendi cum in jus vocatione non esset conjuncta, quam semper adesse oportere, diximus alias, & *inferius* repetetur. Idem A. Matth. *d. disp. 4. th. 6.* quique ab eo citantur.

48. Fuit domicilium: sequitur locus REI SITÆ, de quo sic Imp. *in l. ult. C. ubi in rem act. Actor rei forum sive in rem, sive in personam sit actio, sequitur: sed & in locis, in quibus res, propter quas contenditur, constitutæ sunt, jubemus, in rem actionem adversus possidentem moveri*; quam Accursius, & plerique veterum in *d. l. ult.* de rebus soli tantum intellexere, res mobiles in loco, ubi reus domicilium habet, duntaxat petendas arbitrati; hac ratione potissimum, quod

mobilia personalis sequelæ sint, nec ad locum situs se referre existimentur; quod sæpe usu venire, non potest negari, ut alias a nobis observatum est. Sed heic aliam potius rationem sequimur; quod in Foro stabiliendo maxime consideretur, an in promptu sit effectum dare citationi, in cogendis partibus ad obsequium jurisdictionis: quæ facultas æque locum habet in mobilibus, ubi detinentur, quam in immobilibus, ubi sitæ sunt; quatenus utraque, *ubicunque res positæ sint, ad dominum vel creditorem reverti possint*, ut habetur in *l. sit vers. Quidenim C. de Præscript. long. temp.* Idem firmatur ex *l. 38. ff. de Judic. l. 10. de R. Vind.* in quibus de rebus mobilibus specialiter, in loco rei sitæ petendis agitur.

49. Videlicet, hoc semper tenendum, Domicilii forum esse generale, quod in cunctis actionibus, adeoque etiam in actionibus in rem, obtinere, sciendum est, ut e *dd. legibus* constat. De petitione hereditatis veteres illi minus dubitarunt, quin tam in loco rerum sitarum, quam domicilii sit instituenda, ut Accurs. *& Dd. Comm. ad d. l. un.* aliique citati D. Matthæo *d. disp. 4. th. 15.* tradiderunt; dissentiente Donello, qui tantum in loco domicilii petendam hereditatem existimat, *17. Comm. c. 17.* haud sine textu: nam Ulpianus querelam inofficiosi, quæ est hereditatis petitio, agi oportere in ea provincia, qua scripti heredes domicilium habent, scripsit in *l. 29. § ult. ff. de Inoff. testam.* Nec aliter Impp. *in l. un. C. ubi de Heredit.* controversiam hereditatis esse terminandam ajunt, *ubi domicilium habet, qui convenitur*, vel ubi res hereditariæ sitæ sunt, *si ibi degit.* Separant autem a petitione hereditatis missionem in possessionem bonorum hereditariorum, quam esse petendam ajunt, *ubi res sunt:* quod non est mirum, cum missionem in possessionem rerum, aliter nullo modo, quam illic ubi res sunt, fieri posse, manifestum sit, *l. un. C. ubi de poss.* Qui autem textus petitionem ipsam hereditatis, in loco rerum sitarum fieri posse doceat, nullus adhuc mihi oblatus est: ut non temere sine lege sit adfirmandum, quod nec ratione necessaria potest obtineri: quando alia est ratio singularis rei vindicationis, qua manum quasi rei controversæ imponimus, *l. 1. & l 6. de R. Vind.* & juris petitionis, qua nos heredes petimus declarari; ut deinde missio in possessionem bonorum in loco rei sitæ subsequatur, *dd. ll.* Idcirco nec mirum est, actionem e testamento, vel in rem, pro legatis & fideicommissis, moveri illic, ubi res legatæ sunt, *l. 38. ff. de Judic. l. un. C. ubi de fideicomm.* etiam ubi hereditas, vel major pars hereditatis est; aut alioqui in loco domicilii, *l. 30. in pr. & § ult. eod.* sicut aliæ res singulares petuntur. De ipsius Hereditatis universa persecutione, quamdiu textus non proferuntur, sublineamus adsensum: Nam sola ratio, quod res petitæ sunt in potestate Judicum rei sitæ, nequaquam sufficit ad forum, sine lege, stabiliendum; dissentiente *cum aliis* D. A. Matthæo *d. disp. 4. th. 7.*

50. Summa igitur hæc esto; Domicilium in omnibus rebus & actionibus præbet forum, *l. 1. & 2. de Reb. auct. jud. possid.* Res sita præterea in actionibus in rem singularibus, *d. l. ult. C. ubi in rem.* quo sensu Actio in rem dicitur esse *ex præsenti possessione, l. 24. § 2. h. t.* non excluso domicilio, quod satis includitur verbis *l. 38. pr. de Judic. Si per in rem actionem petetur legatum, ETIAM ibi peti debet, ubi res est;* vox ETIAM implicat alium agendi modum, ut in *d. l. un.* particulæ SED ET, nisi cum Horomanno 3. *observ. 7.* pro *peti* legere malis *solvi:* vel quod ego mallem, *dari.* Id sane concinnius fore, non negem: sed nimia emendationum juris prodeat seges, si talibus indulgendum putemus. Sufficit ad hoc quæsitum; verba, *etiam ubi res est*, non excludere domicilium; sicut *in d. l. ult.* verba, *sed & quo res constituta est*, eandem conjunctionem supponunt. Latius hæc deducta vide apud Wissenb. *ad h. t. th. 22.* Sunt, qui locum Rei sitæ non aliter tribuere forum velint, quam si reus illic reperiatur, quod putat Sichardus in *l. ult. C. ubi in rem actio.* idque Vultejus ad *l. 1. d. tit. C. n. 20. & l. un. C. ubi de Hered. n. 25.* probat quoad hereditatis petitionem, ex verbis *d. l. un. vel, si ibi, ubi res hereditariæ sint, degit.* At hæc quidem verba domicilium requirunt; qua de re dictum. Verius est sine dubio, cum in Rem actio *Præsentis possessionis* esse dicitur, & cum textus antea laudati simpliciter ubi res *sitæ*, vel *constitutæ* sunt, danti actionem, id eo modo, *si reus ibidem loci deprehendatur*, non posse limitari. Quin de rebus soli diserte contrarium & πραγματικῶς inculcatur, in *l. 2. C. ubi in rem actio; Si dominus possessionis*, i. i. est, *qui suo nomine* possidet, absit, cum qui est in possessione, conveniri, *certo dierum spatio a judice definiendo, ut vel ipse in loca, in quibus prædium situm est, perveniens, vel Procuratorem mittens, actoris intentiones excipiat*; quod si non facit, actor in possessionem mittitur, *quæ-*

ne provinciali reservata: quia scilicet, jure civili absens nemo condemnatur, quod hodie secus esse, diximus *ad tit. Si quis caution. in jud. sist.* Hæc methodus in rebus soli præscripta, cum in mobilibus hac parte sit eadem ratio, nihil obstat, quo minus etiam teneat, si quando de re mobili, absente eo qui suo nomine possidet, agatur adversus eum, qui est in possessione, *l. 9. ff. de R. Vind.* Eaque ratio placuit his *diebus* in *Arresto* reali, quo Creditor rem debitoris *Arresto* adficiens, actionem quam habet, personalem, ad instar in Rem actionis redigit, debitoremque cogit, ut ubi res mobiles, aut etiam pecunia *Arresto* præclusa est, eo veniat seque defendat, aut rem pecuniamve Creditori addici patiatur; qua de re *adfin. tit. de in jus voc.* latius actum, & inox adhuc aliquid collocabitur. Hæc ego de Foro domicilii reique sitæ alterne conjuncto, moribus hodiernis eodem modo putem obtinere, quemadmodum jure Cæsaris præscriptum est; ut maxime in Rem agatur, ubi res sita est, possit tamen omnino etiam, ubi Reus habitat; ac ita de usu temporum Gudelin. 4. *de Jure noviss. cap. 2.*

51. De mixtis actionibus, excepta hereditatis petitione, quæ partim in Rem, partim in personam esse dicuntur, (quo sensu, *vid. ad tit. Inst. de Action. n.* 22.) non sunt textus speciales, ubi sint instituendæ, Ideoque id ex earum proprietate colligunt Interpretes, cum partim imitentur naturam personalium, partim in rem actiones, illas & apud domicilium, & apud rem sitam esse movendas, ita quemadmodum de Actionibus in Rem dictum est, tradente Matthæo *d. disp. 4. th. 19.* a quibus nihil in summa quod discrepet, habemus; Nisi quod Actio finium regundorum, non videtur alibi, quam apud fines agri controversi, posse definiri; nec etiam Familiæ erciscundæ, communique dividundo facile secus. Proinde sic est statuendum: Posse quidem illas actiones utroque loco, domicilii situsque, moveri; verum, si faciendæ sint adjudicationes manuque divino regenda sit, partes ad judicem loci rei sitæ tendas esse, res ipsa loquitur: adeoque magis est, ut hæ actiones ad locum situs pertineant, eo hamentius quam in rem actiones ipsæ, quia vindicatio facilius alio in loco; repetitio, inquam, & exhibitio facilius, quam divisio partiumque diversarum adsignatio, fieri ac administrari potest.

52. De possessione dictum est antea, si missio in possessionem petenda sit, non posse eam aliter fieri, nec proinde peti, quam ubi res sita est; neque per rerum naturam alia ratio potest iniri, *l. 12. § 1. de Reb. auctor. jud. possid. l. 5. § 27. D. Ut in possess. legat.* Quod si de possessione ex Interdicto agatur, tam in loco domicilii quam rei sitæ agi posse, tradunt plerique, D. Matthæo teste ac adstipulante, *d. disp. 4. th. 19.* dissentiente Cujacio *l. 5. observ. c. 19.* & Vultejo in *l. un. C. ubi de Hered. num. 15.* qui tantum in loco domicilii volunt agi posse. Hos contra Donellus *d. cap. 17.* tantum ubi res sita est, agendi ex interdicto copiam concedit. De loco rei sitæ agitur in *l. un. C. ubi de poss.* cujus verba hæc sunt; *Ubi aut vis facta dicitur, aut momentaria possessio postulanda est: ibi loci judicem adversus eum, qui possessionem turbavit, convenit judicare.* Verum sic locus rei sitæ solus præberet Forum, si juris esset, ut si reus ibi non reperiatur, sed in diversa provincia degat, citari posset per Edictum, ut judicium procederet. Ast hoc fieri, non patitur *l. 2. C. de Interd.* ubi; *Præses provinciæ in eum, qui ejusdem provinciæ non est, nec ex Interdicto potest cognoscere.* Ergo non recte dicitur, forum ex interdicto esse locum rei sitæ duntaxat, sed domicilium est addendum: Nisi quis forte putet, distinguendum esse inter species intentionum, quæ in judiciis possessoriis vertuntur. Si quis facto turbetur, res clara necessariumque dictu est, reparandum esse hoc turbamentum apud rem in ipso loco: vis etiam facta, per quam res occupata tenetur, non potest aliter quam rei evacuatione & restitutione dejecti expediri; cui accedit, quod vis facta species delicti est, quam extra provinciam, ubi res accidit, vetat Imper. cognosci ac animadverti, *Nov. 69. c. 1.* In his igitur speciebus agendum videtur in loco rei sitæ. Aliter se res habet in actione adipiscendæ possessionis, quam nullum turbationis factum præcessit, & quod personalem habet intentionem, *l. 1. § 3. de Interd.* Denique, & actionem in id quod interest, ratione turbatæ possessionis, ex interdicto dari mere personalem, nec in rem conceptam, probatur ex *l. 1. & l. 3. § 12. ff. de Vi arm.* Videndum igitur, an non hoc modo concludere liceat; Præsidem provinciæ non posse in diversæ hominem provinciæ, actione mere personali cognoscere, *ne quidem ex Interdicto*; quod tamen ad in rem paresque actiones non pertinet.

53. Sequitur causa Fori tertia, quam REM GESTAM esse diximus, eamque vel e contractu,

ctu, vel ex delicto admisso. *Rem gestam* commodius de contractu delictoque prædicamus; quam alii, contractum generaliter, etiam pro delicto intelligentes, Fori causam appellant, quia sic καλαχρης κῶς accipitur in *l. 20. ff. de Judic.* Sub contractibus etiam negotia, de quibus quasi contrahitur, ut est negotiorum gestio, administratio tutelæ, indebiti soluzio, comprehendi, non est dubium, *l. 36. § ult. h. t.* Senator, qui in Provincia negotia gessit, ibi quoque judicium subire debet, *l. 1. C. ubi de ration. agi deb.* Hoc quoque ἀπὸ κοινῶ repetatur, domicilium esse Fori causam generalem; adeoque *eum, qui certo loco contraxit, tam ubi domicilium habet, quam ubi contraxit, posse conveniri, l. 19. § 1. & ult. h. t.* Hoc etiam antehac observatum; Non eum esse locum contractus semper, ubi negotium inter partes celebratum, sed ad quem contrahentes respexerunt, *in quo ut solveret, se obligavit debitor*, est in *l. 21. de O. & A.* Quid autem id est, quod *in l. 43. h. t.* habetur, *eum, qui insulam Capuæ fieri certo tempore stipulatus est, eo finito, QVOCVNQVE LOCO, agere posse in id quod interest, constat?* Verbum *quocunque* civiliter accipiendum, non tantum Capuæ, ad quam partes respexerunt, sed etiam ubicunque stipulatio facta fuerit, atque apud domicilium. Verum de Dote scriptum est in *l. 65. h. t.* eam exigendam esse duntaxat apud mariti domicilium, non *ubi instrumentum dotale conscriptum est. Nec enim id genus contractus, ut tam eum locum spectari oporteat, in quo instrumentum dotis factum est, quam eum, in cujus domicilium & ipsa mulier per conditionem matrimonii erat reditura* Hinc orta videtur eorum sententia, quam refert D. Matthæus *d. disp. 4. th. 22.* mulierem nuptam per matrimonium ita in domicilium mariti transire, ut ex contractu ante habito, ubi contraxit, conveniri non possit. Non est quidem nihil argumenti in *d. l. 65.* sed ratio Jurisconsulti pertinet ad contractum dotis, in quo celebrando partes se totas ad locum habendi matrimonii, non ad eum, in quo tunc erant una, se retulerunt. Unde non sequitur, mulierem, quæ alium contractum, antequam nuberet, iniit, non cum suo marito, sed cum extraneo, ad eum servandum *ibi* nullo modo teneri. Hæc igitur est exceptio, non personæ mulieris, sed causæ dotis. Cui accedit ea, quam *supra* habuimus, exceptio, de actione personali ad petendum legatum, quæ in loco domicilii, vel ubi res sita est, vel ubi hereditas aut major ejus pars est, instituitur, ut exceptionem hanc a regula Contractus ponunt Interpp. D. Matth. *d. disp. 4. th. 23.* Wissenbach. *ad h. t. th. 18.* post alios. Sed proprie loquendo, non videtur hæc esse exceptio ab hac regula, quæ est de causa Fori & loco contractus, cum ad regulam non pertineat; nec enim contractus in Testamento, ubi legatum relictum est, celebratur, *l. 20. de V. S.* nisi ad hereditatis aditionem, quæ pro quasi-contractu habetur, hanc exceptionem referre placeat.

54. Sed contractus ita Forum tribuit, si contrahens in eodem loco reperiatur, *d. l. 19. in pr.* quod convenit requisito communi inde ab initio collocato, nullam esse Fori causam, nisi cum facultate *cogendi* conjunctam; qualis non est ex historia contractus, si vel Reus ibi non inveniatur, vel bona duntaxat sita non habeat, in quæ missio fieri possit, quando reus se in loco contractus non sistit. Etenim hanc missionem in possessionem pati debere Reum, si contractus ratione conveniatur, patet ex *d. l. 19 § 2. in fin. l. 19. de in jus voc.* & ex hac ratione; quod tacite se ad defendendam in eo loco causam obligasse videatur, ad quod proinde eum cogi posse consentaneum est; si facultas adsit personam aut bona contrectandi. Verum an hæc obligatio non est tam efficax, ut magistratus loci, in quo degit, teneatur ad remittendum Reum, in locum celebrati contractus? Nulla causa videtur, ob id quod interest causamque pecuniariam, ejusmodi motum ciere violentum: Nam si veteribus in jus vocatio de domo, in eadem civitate non placuerit, quia domus tutissimum cuique refugium sit, etsi in jus vocatio rite fieret olim invitis Reis, *l. 18. de in jus voc. l. 103. de R. J.* quanto minus rationis habet, Reum in causis pecuniariis ex alia civitate in aliam petere remittendum; quod tantum in gravioribus delictis jure civili receptum est? *l. 7. § ult. de accusat. l. 7. de Custod. Reor. Auth. qua in provincia. C. ubi de crimin. agi oport.* Ratiunculas aliquot contrarias diluit D. Wissenbach. *d. th. 18. ad h. tit.* Major erat ratio dubitandi, an Magistratus domicilii, requisitus a Judice loci contractus, permittere, vel jubere non debeat, Reum in jus vocari in locum ubi contraxit; sed ne hoc quidem moris aut juris esse, probavimus ad *tit. de in Jus voc.* ubi de citatione *requisitoria*: quanquam in eodem imperio inter diversas jurisdictiones legem ferre nihil vetaret, forte etiam expediret, ut hoc modo ratione contractus Forum expeditius redderetur, quod tamen nusquam ita san-

sancitum nobis innotuit, nec quicquam ex jure civili hac de re compertum est.

55. Sed quod diximus, locum contractus non eum esse duntaxat, ubi quis contractum perfecit, sed etiam, ad quem contrahentes respexerunt, adeo verum est, ut hoc etiam ultimum multo minus obnoxium sit exceptionibus. Indistincte enim adfirmare licet, eum, qui certo loco soluturum se promisit, ibi conveniendum esse, *d. l. 19. § 2. l. 1. & 1. t. ff. de eo, quod certo loco.* Sed locus *in quo*, notabilem recipit limitationem; ut, si quis *ab advena mercatore aliquid emerit: aut vendiderit ei, quem scit, inde confestim profecturum*, non oporteat eum illic defendi, vel bona possideri; *durissimum enim est, quotquot locis quis navigans, vel iter faciens delatus est, tot locis se defendi.* Verum causa fori tum demum nascitur, ubi quis cum eo contraxit, *qui constiterit alicubi, taberna, pergula, horreo, armario, vel officina conductis, d. l. 19. § 2.* Quæritur, an eadem limitatio accommodanda sit his, qui cum eo modo contraxissent, quo dixit Ulpianus *in d. § 2.* postea in eodem loco non commorantes neque moram facturi, sed iter facientes, παραπλέοντες, *præternavigantes*, aut ex nave vehiculove tantisper egressi, dum locum antiqui contractus transeunt, an, inquam, ibi raptim in jus vocati sistere sese atque defendere debeant, quod æquitatis ratio plane abnuit, D. Matth. *d. disp. 4. th. 24.* nec tamen hoc sine aliquo temperamento. Si enim id quod diximus usque adeo velis extendere, ut nemo nisi qui tabernam, horreum, aut officinam conduxit, in jus vocari possit, illic ubi contraxit, nimis in arctum eadem hæc facultas redigeretur, magisque est, ut conveniri possit, si venerit in eundem locum moram aliquam facturus, etsi nihil conduxerit.

56. Postremo ad forum ratione contractus referri potest, quod qui alicujus collegii aut corporis opificum vel negotiatorum est, si quæratur de rebus ad opificium illud aut negotiationem pertinentibus, non tantum apud judicem ordinarium, sed & apud specialem ejus Collegii judicem conveniri possit, *l. ult. C. de Jurisdict.* dummodo eis jurisdictio data sit ab his, qui jus dandi habent, qua actum de re *ad tit. de Jurisdict.* D. Matthæ. *d. disp. 4. th. 27.*

57. Hactenus de Contractu. Alterum ex re gesta forum, constituere diximus, locum *DELICTI admissi*, sub eadem limitatione, quam ratione contractus obtinere vidimus; si Reus ibi reperiatur, *l. 7. § pen. de Accusat.* ubi negatur, dominum revocare posse servum maleficii reum in suam provinciam, sed illic, ubi deliquerit, esse defendendum. Idem in *l. 28. § pen. de Pœn.* Famosos *latrones in his locis, ubi grassati sunt, furca figendos*, additurque ratio; *ut & conspectu deterreantur alii ab iisdem facinoribus, & forsitan sit cognatis & adfinibus interemptorum, eodem loco pœna reddita, in quo latrones homicidia fecissent.* Quæ rationes efficiunt, ut si Reus alibi deprehensus sit, ad locum delicti perpetrati sit remittendus, *Nov. 134. c. 5.* Unde occupatur objectio, contra hanc Fori causam, quod locus delicti nihil habeat præcipui, cum regula sit, ubicunque reus invenitur, delicta puniri posse, *l. 1. C. ubi de Crim. ubi commissa, vel inchoata sunt, vel ubi reperiuntur*, ait textus. Non est animus discrepare a sententia Recentiorum, quæ statuit Reum puniri, ubicunque reperiatur, etsi delictis *in alieno Imperio* commissis, teste D. Matthæo *d. disp. 4. th. 28. & seqq.* D. Willenb. *ad h. t. th. 19.* Thomasius tamen noster movet scrupulum, sed non explicat.

SCHOLIUM.

An hæc adsertio conveniat Jurisprudentiæ Romanæ, uti quidem communiter a Doctoribus adfirmatur, propter l. 1. C. ubi de Crim. *eleganter disquirit Magn. D. Ziegler.* Dicast. Concl. 15. § 36. & seqq.

N. ADDIT.

Cum Ziegleri locum Autor non viderit, ejus summam explicationis loco subjungo. Quod jure Romano non alibi de crimine cognosci aut accusatio peragi potuerit, quam in provincia, in qua delictum fuit commissum, probat Zieglerus per clara verba l. 7. § ult. de accus. item legis ult. eod. l. 14. C. ad l. Jul. de adult. item ex Codicis Theodosiani titulo de accus. ejusque l. 10. & 16. *quos textus simul a falsa interpretatione aliorum vindicat. His vero suppositis asserit, verba* d. l. 1. C. ubi de crimin. vel ubi reperiuntur, qui rei esse perhibentur criminis *exegetice declarare, quod de loco commissi delicti ibi actum est, non, ut opponantur loco commissi criminis & forum aliquod separatum innuant, sed ut significetur, non posse delinquentem fori præscriptione uti, nec revocare domum, si in loco delicti commissi reperiatur. Atque ita verba illa intelligenda esse: perfici debere quæstiones, ubi reperiuntur, qui rei esse perhibentur criminis ubi commissi. Pro adjuvanda hac sententia adducit insuper* l. 3. pr. ff. de re milit. *Huic vero sententiæ Ziegleri jam non opus est, ut quicquam addamus, cum evidentissima sit, in tantum, ut Autor ipse etiam citra inspe-*

ctum Ziegleri locum ſenſerit, verba d. legis 1. *magis exegetica eſſe, quam disjunctiva.*

Non contigit videre hunc D. Ziegleri locum, nec tamen ego diſſimulem, optare me textus clariores, quibus id evincatur, quod vult communis ſententia, quam eſt copia. Nam præter quod parum abeſt, quin particula *vel* in *d. l. un.* magis exegetica quam disjunctiva videatur, alii textus τὸ ubi *reperiuntur*, de terminis ejusdem, in qua delictum eſt commiſſum, provinciæ, nec ultra, videntur accipere; *Quicunque in aliqua culpa ſeu crimine fuit deprehenſus, intra provinciam, in qua facinus perpetravit, publicis legibus ſubjiciatur. l. 1. C. ubi ſenat. vel Clariſſ. In l. 11. D. de cuſtod. & exhib. re.* Cujuscunque *eſt provinciæ homo, qui ex cuſtodia producitur, cognoſcere debet is, qui ei Provinciæ præeſt, in qua Provincia agitur.* Idem in *l. 3. & 13. de Offic. Præf. l. 1. C. ubi quis de cur. vel cohort.* ibi; *Intra Provinciam.* At hi ſunt textus ad hanc rem pertinentes. E quibus aliud nihil colligendum datur, quam quod, in quacunque provincia delictum ſit admiſſum, Reus ibi deprehenſus, undecunque ſit oriundus, judicari atque puniri poſſit: ſed ut de maleficiis, in alia provincia commiſſis, alius Præſes aut Judex cognoſcat, in Jure Cæſarum non reperio. Magis igitur eſt, ut eorum opinione ſtandum ſit, qui Reum talem ad judicem loci, in quo delictum eſt admiſſum, cenſent remittendum, quam communem eſſe, teſtatur Farinac. *part. 1. prax. crim. lib. 1. tit. 1. quæſt. 7. n. 16.* Rem ita ſe ex ratione juris civilis habere, non eſt dubitandum, ſuppoſito unius Imperii vinculo communi, quo diverſæ provinciæ ad univerſam publici juris obſervantiam connectuntur: Sed hodie diffuſa in diverſas innumerasque civitates ſibi mutuo non ſubjectas Europa, neceſſitas obligandi judices ad remiſſiones communicandas nulla viget, eſtque res illa meri arbitrii, ac humanitatis: Quanquam raro fit, ut amici Principes populique liberi hoc officium requiſiti negent, ſunt tamen quandoque cauſæ, ut id commode fieri non poſſit; quin etiam fieri poteſt, ut Magiſtratus locorum, in quibus delicta perpetrata ſunt, Reos accipere nolint: ut memini ante aliquot annos factum, de homine Amersfurtano, qui in hac Provincia degens, morſibus conſcientiæ aſſiduis coactus, ſemet ipſum homicidii in Patria perpetrati reum detulerat. Amersfurtenſes, offerente Curia noſtra, hominem transmittere parata, detrectarunt: atque ita heic ſupplicio adfectus eſt. Nam quia generis humani ſummopere intereſt, delicta non manere impunita, poſtquam remiſſionum neceſſitas faciendarum & accipiendarum ceſſavit, ac in urbanitatis conſuetudinem abiit, ut ſatis conſtat & teſtatur Gail. *lib. 1. de pac. publ. c. 16. n. 30.* non immerito receptum eſt, ut crimina non judicata, ubicunque delinquentes inveniantur, meritis ſuppliciis coerceantur, ut auctoritatibus atque exemplis probat Sandius *lib. 1. tit. 1. def. 6.*

58. Ex his non eſt difficile judicatu, quid juris ſit de Foro, ſi delictum aliquod in confinio duarum civitatum, in alia ſit inchoatum, in alia conſummatum; in una mandatum, in altera perpetratum ſit. Nam ſi deprehenſio tribuat jus Fori, licet delictum alibi ſit factum, absque neceſſitate remiſſionis, nihil eſt dubii, quin ejusmodi dubiis caſibus prævention ſit locus, id eſt, primæ prehenſioni; quam in gravioribus criminibus facere prævention, potius quam citationem, indubia res eſt, quia talium rei criminum non citandi, ſed rapiendi, cuſtodiendi & exhibendi ſunt, *arg. tit. D. & C. de cuſtod. & exhib. reor.* Atque ita Supremam Friſiæ Curiam, memini reſcripſiſſe olim Senatui Academiæ Franekeranæ, cum ei lis adverſus oppidanos Magiſtratus eſſe, de Gladiatoriæ artis magiſtro, qui alium graviter vulneraverat, eaque cauſa a Procuratore Fiſcali Academiæ primo citatus, a Magiſtratu, (erat utrique jurisdictioni ſubjectus,) deinde prehenſus erat. Senatu repetente Reum quaſi a ſe præventum, oppidanis negantibus, Curia reſcripſit, *prævention em in criminalibus fieri, per prehenſionem:* etſi diſſentiente D. Matthæo, *d. diſp. 4. th. 34.* niſi ille de levioribus delictis ſit accipiendus. Quin etiam ex ratione juris civilis, quo neminem Magiſtratum de criminibus alibi admiſſis judicare poſſe, probavimus, in ejusmodi caſibus ambiguis præventioni eſſe locum, recte probat D. Matthæus *d. diſp. 4. th. 31. & ſeqq.*

DE FORO INCOMPETENTE, QVOD DICITUR.

LIX. VII. *Cauſæ fori incompetentis.* 1. *Privilegium jure civili pro Clariſſimis.* *LX. Pro miſerabilibus perſonis, ubi, an virgines ſub viduabus, minores ſub pupillis, & prodigi ſub inſanis comprehendantur.* *LXI. De morboſis, debilibus &c. hac parte.* *LXII. Item pauperi-*

peribus. LXIII. Quid de his, qui culpa sua miserabiles facti sunt. LXIV. An & quatenus hoc jus cedi possit. LXV. An privilegiati contra se invicem privilegiis suis uti possint. LXVI. An miserabiles privilegio suo renunciare possint. LXVII. De Privilegio Fori militaris. LXVIII. De Privilegio Fori Academici ex Auth. *Habita.* C. Ne Fil. pro Patre; *Fridericum id tantum concessisse Studiosis peregrinis; deinceps esse productum. LXIX. Fridericum nullos exemisse Professores, quam Juris sive sacrarum Legum, & ratio, quare? Id etiam esse productum ad omnes. LXX. De primo Studiosorum privilegio, ne propter diversæ Provinciæ delicta detineantur aut vexentur, & de sensu hujus articuli. LXXI. Alterum privilegium; ne coram judice ordinario, sed coram Magistris suis conveniantur; cujus tamen in singulis causis detur illis electio & facultas renunciandi. LXXII. Tres hujus sententiæ limitationes. LXXIII. LXXIV. Privilegium Acad. Franekeranæ. LXXV. An Privilegio Acad. gaudeant Studiosi degeneres. LXXVI. Privilegium Clericorum jure Civili & Canonico exponitur. LXXVII. Quædam communia privilegiatorum. LXXVIII. Incompetentia Fori ob denegatam Justitiam. LXXIX. Incompetentia Fori ex aliis causis remissive.*

59. QUæ hactenus de Foro Competente dicta sunt, ea quid Forum *Incompetens* sit, ut ita loqui liceat, ultro intelligendum præbent. Usum autem habet ea res potissimum ratione domicilii, quamvis & in contractu locum habere queat, etiam respectu Rei sitæ, si res habeat facultatem, ut alibi tractari atque decidi possit. Domicilium esse vel generale totius Reipubl. vel speciale ratione certi municipii, diximus *supra.* Sunt causæ, per quas aliquis diversæ quoque Reipubl. Foro subjicitur, sunt etiam, quibus in suo municipio sistere se non cogitur, aut non potest: nos de illis promiscue agemus, atque in singulis usum illum, ubi res feret, observabimus. In universum Causas, quibus Fori *incompetentia* fiat legitima, ad septem reduximus in *posit. 63. h. t.* quæ sunt hæ: 1. Privilegium. 2. Prorogatio. 3. Connexio rerum. 4. Diversitas jurisdictionum. 5. Reconventio. 6. Denegata Justitia. 7. Arrestum. Privilegium in *positione 46. ad h. t.* duplex esse diximus, personarum, vel rerum: sed quod ad res attinet, superius paulo secus instituimus, ut ad regulam competentiæ pleraque referri possint, nisi quod causæ fiscales civiles, apud Procuratorem Cæsaris, etsi reus alibi domicilium habeat, agendæ sunt, *l. 5. l. ult. & 1. t. C. Ubi caus. fiscal.* Privilegia personarum *heic* intelligenda sunt, non singulorum hominum, quæ proprie alioqui sunt *privilegia*, sed ordinum, quales sunt *Clarissimi* olim dicti, qui in civilibus habebant privilegium, quod in urbe duntaxat apud Præfectum Prætorio, vel Præfectum urbi, vel Magistrum officiorum conveniri possent, *l. 1. 2. 3. C. ubi Senat. vel Clar.* Plus habent exemtionis Illustres, etiam in causis criminalibus, de quibus tantum in consistorio Principis accusari possunt, *d. l. 3. in pr. & § un. C. Ub. Sen.* Hæc res hodie, mutata passim Reipubl. forma, non habet usum, verum cuilibet Imperio suus hac parte mos & ratio servatur.

60. Majorem usum habet in Foris hodie, quod pupillis, viduabus, cæterisque personis MISERABILIBUS, datum est privilegium, ut adversarios suos evocare possint ad comitatum principis, ipsæ evocari non possint, *l. un. C. Quand. Imp. inter pup. vid.* Quod de comitatu Principis Constitutio memorat, hodie de supremis Curiis interpretamur.* Sed de personis major est dubitatio, an extensionem recipiant. Pupillos a puberibus, qui sub Curatoribus agunt, differre, notum & *ad tit. de Statu Hom.* dictum est. Notum etiam nec semel dictum, ea quæ a lege speciali pendent, non recipere extensionem: sed tamen hoc privilegium ad minores annis XXV. produci, indubitati fori nostri observantia receptum est, etsi Doctores de eo non conveniant, ut demonstrat Sanlius *l. 1. tit. 1. def. 2.* Quod de viduabus habetur *in l. un.* plerique

* Apud nos forum personarum miserabilium, est in supremo Judicio Aulico, Carpz. *Proc. tit. 3. art 6. num. 4. seq.* Nam in Judicio Imperii Aulico & Camerali, *lex Un. C. quand. Imperator inter pupill. vel viduas.* non obtinet, teste Gail. *l. 1 Obs. 1. n 14.* & ad alia judicia subalterna eadem referri nequit. Unde nec ad Curias Provinciales, nec ad Regimina, a quibus ad Judicium Saxoniæ Aulicum appellari potest, reus a persona miserabili vocabitur: vid. Menck. *ad O. P. S. tit. 1. § 16.* Berger. *D ff de nexu jurisjurandi, quo fidelitas & subjectio continentur th. 31.*

de virginibus etiam intelligunt, per *l.* 242. *de V. S.* ubi: viduam *non ſolum eam, quæ aliquando nupta fuiſſet, ſed eam quoque mulierem, quæ virum non habuiſſet, appellari, Labeo ait.* Quam tamen ſignificationem etymologiæ magis quam uſui hominum convenire, ſatis manifeſtum eſt: Ideoque diſplicet Sotomajori *Part. 3. Contr. C. 25. n. 16.* & Covarruviæ *Pract. quæſt. c. 6. n. 2.* qui tamen auctor eſt extenſionis pupillorum ad minores, *eod. loc.* Etiam in notis *Mſc. ad Stat. lib. 3. tit. 8.* notatum a D. Saekma reperio, ſic olim Curiæ viſum eſſe, puellam ſui juris apud judicem domicilii conventam, non poſſe fori declinationem opponere, in cauſa *Hiilk Graetes contra Jacob Binkes 27. Octobr. 1614.* Si rationem, cur viduæ gaudeant hoc privilegio, ſcilicet quod defenſore careant & negligantur, adſpicias, haud abſurde forſan diſtingui poſſet inter virgines florentis ætatis & vetulas; quando priores, haud facile defenſoribus carere deprehenduntur, & poſteriores neglectui magis quam ipſæ viduæ, ſunt expoſitæ. Præſente tamen praxi vix eſt, ut hæc diſtinctio valeat, ſed virgines etiam locupletes, quibus non ſolent deeſſe Patroni, hoc beneficio gaudent, ut a Curia noſtra judicatum refert D. Nauta *deciſ. Mſc. 130.* in cauſa *Johannæ a Sickama, contra Petrum Sibrandi*, quemadmodum nec inter viduas pauperes aut locupletes diſtinguit lex, neque diſtinguendum eſſe, recte putant Interpp. D. Matth. *d. diſp. 4. th. 18.* Meliore jure viduabus æquari poſſunt mulieres nuptæ, quarum viri ſunt captivi, vel exſules, aut ultra decennium abſentes, ut notat ex Cancerio *Part. 2. Reſol. C. 2. n. 8. & ſeqq.* D. Saekma *not. ad d. tit. 8.* Ibidemque, viduabus & puellis inhoneſte viventibus id privilegium eſſe negandum, recte cenſet, quod & de cæteris privilegiatis intelligendum, docet Gail. *2. obſ. 118. n. 8.* D. Matth. *d. diſp. 4. th. 44.* Unde quæri poteſt, an quod de minoribus antea dictum eſt, ad eos pupillare privilegium extendi, etiam de prodigis, qui ſub Curatoribus agunt, æque adfirmandum ſit. Enimvero a pupillis procedere ad minores, extenſio minime inverecunda eſt; ſed ut ad majores prodigos, quibus ob nequitiam ſuam bonis interdictum eſt, idem favor producatur, nec verba legis, nec ratio ferunt: etſi contra ſcribat & judicarum referat D. Saekma *ad d. tit. 8. lib. 3. Statut.* in cauſa *Philippi de Tungeren* contra *Petrum Stellingwerf, 30. Januar. 1616.* rationem addens, *cum ille*, ait, *quantum ad privilegium fori attinet, pro miſerabili perſona habendus ſit.* Scire velim, quæ lex aut ratio ſic jubeat. Nam ſi ad minores ægre, nec, ut audivimus, ſine contradictione, facta ſit extenſio, quod ibi ſit eadem ratio, cum plerumque de pupillis dicta ad minores proferantur, ut vidimus *ad Inſt. Quib. alien. lic. vel non. n. 4. in fin.* hæc ſimilitudo in prodigis manifeſto ceſſat; cum, quia nomen *pupillorum*, quod eſt in *l. un.* nihil habet commune cum prodigo, tum quod in minore locum habeat ætatis miſeratio; quæ in prodigo non poteſt eſſe, niſi reſpectu nequitiæ: Nam ſi ex prodigentia in miſerabilem paupertatis vel debilitatis ſtatum redactus ſit, tum ex alio capite hoc beneficium adfectare poteſt, ut mox videbimus. Hoc ſatis conſtat, pro minoribus aut pupillis, non habendos eſſe liberos ſub Patrum cura, ratione bonorum adventitiorum, agentes; ne quidem emancipatos, quia miſerabiles non ſunt, quibus Pater ſupereſt defenſor & Patronus, ut in Curia noſtra ſæpe judicatum refert D. Nauta *deciſ. 123.* Quod ſi pater quidem ſuperſtes, verum is Tutelæ aut Curæ non ſit admotus, & pupillus in alterius ſit Cura, magis eſt, ut a communi pupillaris ætatis beneficio non foret excludendus.

61. Poſt pupillos & viduas, datur privilegium perſonis *diuturno morbo fatigatis*; quæ verba non omnes morbo adfectos, ſed durabili, ac ut leges aliquando loquuntur, *perpetuo morbo laborantes* ſignificant, quales ſunt tabes, nodoſa podagra, calculus renum aut veſicæ, ſimilesque chronici morbi, quos vocant Medici. An lues etiam venerea huc pertineat, memini quæſitum: Et ſiquidem contagione innocenti collecta ſit, non eſt dubium; ſi flagitioſa intemperie contracta, merito dubites; Et tamen ſi quis eo malo adflictus, lecto aut curationis neceſſitate ſubactus ſit, non poteſt non inter miſerabiles haberi perſonas. Sed quos hoc malum non prohibet in medio verſari, officiisque tralatitiis fungi, eos ſub morbo fatigatis minime comprehendemus. Subjicit Lex *debiles*, ſub quibus paralyticos, epilepticos, hernioſos, claudos, ſed graviter ſingulos in ſuo genere, ut ad promiſcua vitæ officia ſuppeditare nequeant, item cæcos, mutos, ſurdos & ſimiles, quos iniquum ſit συλλεσθαι τῆς ἰδοῦ, ut Græci, intelligemus.

62. Poſtremo clauſula generalis adjicitur, *aliique fortunæ injuria miſerabiles*; quales ſine omni dubio ſunt egeni, & pauperes. Illi, qui nihil habent, quos ab aliis ſuſtentari oportet, hi, qui

qui parum habent, victumque duriter exercere coguntur. Ita enim differunt pauper & egenus, ut probavimus *ad tit. de Procurat. num. 7.* Sic Ovidius Hecalem vocat pauperem, Irum vero egenum.

Nempe quod alter egens, altera pauper erat.

Pauper & modicus conveniunt, ut in *l. 15. §'15. de Excusat. Tut.* Atqui hoc privilegium habet rationem, quod miserabiles itineribus sumptibusque non sint fatigandi, nec opibus potentiorum opprimendi; ad quod beneficium sufficit paupertas, etiamsi egestas absit, promerendum. Plerumque tamen qui hoc beneficium adfectant, *jus miserabilium*, quo a sportulis liberentur, petunt, quod vulgo *Jus pro Deo*, non nimis reverenter, appellant.

63. Sed verba Constantini in *d. l. un. fortunæ injuria* miserabiles, indicare videntur, eos qui culpa flagitiove suo miseri sunt facti, hujus L. beneficio non esse impertiendos; quales, quos *supra* morbi Gallici reos demonstravimus, quive nepotinis sumptibus se cum uxoribus liberisque ad egestatem perduxerunt. Est tamen communiter receptum, nec his privilegium miserabile denegandum, modo in eadem culpæ exercitione adhuc non deprehendantur: quemadmodum de vidua inhoneste vivente, deque virgine, ab his, qui viduale privilegium ad eas extendunt, contra suum corruptorem agente, communiter adfirmatur. Sed paupertate aliave miseria premente, non distinguitur, quod ad hujus legis usum attinet, quibus causis conciliata sit: ut Curiæ quoque nostræ visum scio, in causa cujusdam mercatoris Harlingani, qui bonis exhaustus, contra veteres socios apud Curiam ex hoc privilegio acturus, exceptionem patiebatur, quod sua culpa rebus prosperis evolutus esset; a Curia tamen, non habita ratione hujus exceptionis ad usum privilegii admissus est.

64. Sed an personæ miserabiles suum jus cedere possint aliis? non est intelligenda quæstio de hoc privilegio solo, verum ut accessione juris alterius. Nam ut pupillus, vidua pauper, aliis non miseris faciant privilegii sui copiam, non habet speciem usus. Sed pone; mulieri debentur centum ex mutuo, hos cedit alii cum mandato in rem suam. Quæritur, an cessionarius debitorem prima instantia ad Supremum judicem vocare possit. Distinguendum videtur, actione directa, an utili experiatur: Si illa; cum agat ex mandato nomine cedentis, nihil hærendum est, quin eodem jure possit uti, quo ipse per se mandator agens uteretur; Sed utili actione, cum hæc fiat ex titulo proprietatis, emptionis, donationis, aut simili, sine mentione mandati, consentaneum est, huic beneficio non esse locum, *arg. l. 63. & l. 169. de R. J.* Quid, si miserabilis habeat cessionem a non miserabili, an ille beneficium ex sua persona habebit? Ita videtur, idque sic judicatum esse a Curia Suprema, testatur D. Saekma *not. ad d. tit. 8. Statut. lib. 3.* in causa *Geert Hans Pybeswedu've, contra Cornelis Roelofs 4. Jul. 1600.* Nec est dubium, si utili actione suo nomine sit usus; secus, ut videtur, si directa, vi mandati, nomine cedentis expertus fuisset.

65. Cessat hoc Privilegium, quando vidua, pupillus, aliave miserabilis persona, cum alia simile privilegium habente concurrit, per commune dictum; *Privilegiatus contra æque privilegiatum jure suo non utitur, arg. l. 11. § ult. ff. de Minor. l. 8. in pr. de Excus. Tut.* in quibus ita demum privilegiatus, adversus alium privilegio munitum, jus suum exercet, si validiori privilegio sit instructus. Ideoque paria mutuo concursu exinaniuntur, ut auctoritate multa probat Sandius *l. 1. tit. 1. def. 2.* idque in Curia nostra, licet olim secus judicatum esse, referat D. Bouricius *de Off. Advoc. cap. 14.* recentior praxis observat. Quid autem si diversi miserabiles inter se concurrant, estne aliquod inter illos discrimen? Vidua viduam, pupillus pupillum non potest vincere, sed an vidua pupillum minoremve non potest? Tentari posset, eos, qui nominatim in lege comprehensi sunt, non habere differentiam inter se; verum eos vincere tales, quos per consequentiam admittimus; ut pupillus minorem, vidua virginem trahat, non viceversa. Sed magis est, ut, quando receptum est, sub pupillis minores, sub viduabus virgines intelligi, id eadem juris prærogativa fieri intelligatur. Viduam sane, quæ par jus cum pupillo habet, non posse vocare minorem e loco suo, Supremæ Curiæ placuisse, testatur D. Saekma *loc. cit.* in causa *Tryn Beerns contra A. Cornelis cum soc. 4. Jul. 1614.* Sed militem, etsi privilegio fori munitum, a vidua tamen ad Curiam vocari posse, placet & judicatum est, eodem Senatore teste, in causa *Eedts Sjoerts contra Matthiam a Maden, 15. Mart. 1610.* Quod ad Studiosos, qui simile militari privilegium habent, produci posse, non facile dixerim: cum, quia plerumque minores illi sunt annis XXV. tum quia proxime accedunt ad favorem miserabili-

bilium, *arg. Auth. Habita. C. Ne fil. pro Patr. verb. Quis enim non misereatur!* Peregrinatio quoque studiosorum, in qua causa plerique versantur, ordinaria fora nullo modo permittit; atque ita apud nos servatur; ne studiosi ullo prætextu inviti evocentur.

66. Quæritur, an miserabiles huic suo Privilegio renunciare possint. Negant Dd. citati a Matthæo *d. disp. 4. th. 39.* etiam Gail. *l. obs. 1. n. 4.* Sed D. Matthæus Vultejum sequitur negantem, illis justam negandi causam fuisse. Certe, si renunciandi cum effectu capaces sint, ut non esse pupillos atque minores constat, nihil obstare videtur, quo minus huic beneficio, in quo merus favor eorum vertitur, renunciare queant, idque non tantum expresso consensu, verum etiam tacite, litem contestando cum adversariis, aut apud inferiorem judicem ipsi agentes, aut apud Supremum, quando vocantur. Cumque tacita illa submissio vim renunciationis indubitatam habeat, eadem argumentum præbet, ab iisdem posse fieri expressam renunciationem, quæ disputatur ab his, qui tacitam illam negare non possunt. Cum autem *minores* Privilegiatos negamus esse renunciandi capaces, id eo pertinet, quod in integrum restitutione semper eam eludere possunt: Nam quo minus in favorem suum renunciare queant, nulla ratio dubitandi esse potest. Verum sæpe fit, ut personæ miserationis privilegio donatæ, prorogent Jurisdictionem, hoc est, submittant se judici ordinario, ut Supremæ Curiæ prima instantia; an hoc pro renunciatione sufficiat? Haud dixerim simpliciter, cum, quia submissiones illæ more Notariorum, ne consultis quidem partibus adjiciuntur, tum quia renunciatio debet esse expressa, ut constet, renunciantem bene sciviſſe, quid hoc esset, cui renunciavit, maxime si juris imperiti sint, cum quibus res agitur, ut fere sunt qui miserabilium numero habentur. Quod si requisita renunciationis valide faciendæ adhibeantur, nihil est causæ, cur miserabiles etiam prorogando jurisdictionem a privilegio suo discedere non possint. Gail. *d. obs. 1. n. 4.*

67. Tertius ordo Privilegiatorum ratione Fori, est Militum, qui arma belli tractant. Hi tam in criminalibus, quam civilibus, subjecti sunt *magisteriæ potestati*, id est, apud magistrum duntaxat militum conveniri possunt, *l. 6. C. de Jurisd. omn. jud.* Et quidem de civili jurisdictione satis conveniunt Dd. sed in criminibus obtinet distinctio, inter militaria, ut est desertio, armorum abjectio, (ἐφιππίδες olim dicebantur,) fuga, seditio, *l. 2. l. 3. & l. 13. § 5. & seqq. de re milit.* & communia delicta, quæ sunt homicidium, adulterium, furtum, falsum, & id genus alia. In militaribus delictis, omnes consentiunt, milites apud magistros suos, nec alibi esse conveniendos, *l. 9. de custod. reor. l. 3. de Re milit.* Sed in communi delicto multi putant, milites etiam recte coram illis judicibus, apud quos tale maleficium contractum est, conveniri & judicari, ac ita prævention esse locum. Hanc distinctionem sequuntur Donellus *17. comm. c. 20.* Sandius *l. 1. tit. 1. def. 4.* D. Matth. *d. Disp. 4. th. 40.* eamque in usu nostro habemus adiduo. Negligunt eam, aut rejiciunt, Cujacius *in parat. C. de off. Mag. mil.* Vultej. *ad l. 6. C. de Jurisd. n. 14.* Wissenbach. ad *h. t. th. 20.* Textus Juris oportet nos determinent. Pro distinctione citatur *l. 2. ff. de Re milit. in pr.* ubi nihil quidem est, quam distinctio in delicta propria militum & communia, diversaque ea persecutione constare. At in *l. seq.* habetur, militem desertorem a Præside ad ducem suum esse mittendum, nisi quid gravius in ejusdem Præsidis provincia commiserit; tunc enim ibi plectendum, ubi facinus admiserit: Ideoque tum non est remittendus, quod argumenti satis est, eum militem a Præside posse puniri. In *l. 1. C. ad L. Corn. de Sicar.* de homicidio non occidendi animo admisso, Præses secundum disciplinam militarem fert sententiam. In *Nov. 8. c. 12.* Justinianus vetat, nullum fori privilegium prodesse cuiquam, in criminibus violentiæ, & quæ hinc oriuntur, item seditionis, & tributorum exactionibus, ipsis militibus, Provinciarum judicibus subjectis, in § 1. Hæc dubitare non patiuntur, quin veritimum sit, milites ex sententia Juris Romani, in communibus delictis commune Forum, si ab ordinariis judicibus deprehendantur, etiam sortiri.

AD AUTH. HABITA. C. NE FILIUS PRO PATRE.

68. Militibus recte succenturiantur Studiosi, quibus Fori privilegium dedit Fridericus Imp. in *Authent.* Habita. *C. Ne Fil. pro patre.* his verbis, *in pr. Omnibus qui studiorum causa peregrinantur scholaribus, & maxime divinarum atque humanarum legum Professoribus, hoc nostræ pietatis beneficium indulgemus.* Hac occasione quæsitum fuit, an verum sit ex eo, *Studiosos eligere posse Forum, aut privilegiatum, aut ordinarium.* Placet summam notitiæ referre sententiæ, & objectiones obiter occupare. Personæ, quibus

bus in d. Auth. datur privilegium, sunt Professores & *Scholares peregrinantes, quos infra vocat amore scientiæ exsules factos.* Novas leges strictè accipiendas esse, nota doctrina est: Nec dubium, quin ex his verbis, municipes locorum, in quibus studia exercebantur, minime subducti fuerint jurisdictioni, sub qua nati erant. Filios civium in Patria sua studentes, qui adversus exilii incommoda non indigebant hoc privilegio, noluit eximere Fridericus: hæc enim sanctio diversi generis fuisset, cum aliud sit, dare privilegium nulli foro subjectis, aliud, privare Magistratus jurisdictione sibi quæsita. Sed posteris temporibus, Regimine Academiarum in modum universitatis, quæ omnes studiosos reciperet, stabilito, idem Fori privilegium ad incolas studiosos urbium, in quibus sunt Academiæ, productum est, eoque spectant Brunnemannus *& alii*, ad hanc *Auth.* cum de studiosis in album relatis loquuntur. Verba rationesque Friderici evidentissima sunt de solis peregrinis.

69. Æque est indubitata mens Friderico, Professores non quosvis, sed Juris, *Divinarum atque sacrarum Legum Professores*, inquit, hoc privilegio donandi; *quia* nihil est causæ, cur a verbis indubitatis, quæ nullos designant alios, sit recedendum. Interpretes nonnulli, quibus solenne est, legum sensus ad mores temporum trahere, nolunt alios Professores excludi, quod, ut nunc se res habet, bene, Friderici verbis atque temporibus non convenit. Ajunt illi, hoc verbum, *maxime* Legum *Professores*, esse ampliativum. Esset ita, si diceret Fridericus, *Professoribus*, maxime *sacrarum Legum*; Sed ait, *Scholaribus & maxime Legum Professoribus*, Scholaribus, sed *maxime* Legum Professoribus, ait, se velle consultum. Quod si vox *maxime*, respectum inter se Professorum contineret, ætatis illius superstitio minime passa fuisset Legum Professores Theologis præferri; inprimis, cum hæc Constitutio in fronte præferat *Episcoporum & Abbatum* ante *Duces & Judices* nomina, qui sane Theologorum honori non defuissent. Quid autem, dicat aliquis, movit Imperatorem, ut solis Legum Professoribus consulendum putaret? Ratio est, quia Professoribus Theologiæ sat cautum fuit legibus antiquis & exemptionibus Pontificum auctoritate stabilitis; Sed Juris civilis studium Pontifices supprimere conabantur, ut probavimus *ad tit. de orig. Jur. p.* 527. cujus idcirco Patrocinium ab Imperatoribus expectabatur. Philosophiæ professio tunc etiam, & diu ante ac postea, penes Clericos fuit, quibus immunitate Cæsarea nec opus fuit, nec si donati fuissent, ea per pontifices ipsis uti licuisset; Atque hoc sensu a me alias scriptum est, Philosophiæ Facultatem seorsim in studiorum universitatibus tum nondum fuisse receptam, uti & Medicam; non quod Medicina & Philosophia in illis temporibus, imo diu antea, non fuerit in variis locis dicta; sed quia nondum ea forma Scholarum & Academiarum per Italiam & Germaniam invaluerat, ut omnes Studiorum Facultates in universitatem redactæ essent. De seculo XII. quod est Friderici nostri, testatur optimus harum rerum indagator Conringius, *universam Europam duntaxat unicam habuisse Scholam publicam, Parisiensem, in qua rudior quædam Philosophia & Theologia, ut tum erant tempora, non male docebantur: non multo post doceri publice Bononiæ in Italia cœpit Jus civile Justinianeum. Dissert. Acad. 5.* Quæ verba neutiquam probant, Medicinam & Philosophiam tempore Friderici medio seculo XII. fuisse Facultates ordinatas in universitatibus Italiæ & Germaniæ, (nam Parisii nihil ad Fridericum,) cum diserte contrarium præ se ferant. Frustra quoque Antonius Musa, temporaque Augustæa, & Antonini scholæ mediæ, proferuntur in Disputatione de sensu Authent. Friderici, mille fere post annos latæ.

70. Verum quid privilegii datur Studiosis & maxime legum Professoribus? Ait Fridericus; *Ut ad loca, in quibus literarum exercentur studia, tam ipsi quam eorum nuntii, veniant, & in iis secure habitent.* Deinde, *ne quis aliquam Scholaribus injuriam inferre præsumat.* Nihil hæc ad privilegium hactenus. Tralatitia & communia cunctis mortalibus. Sequuntur duo articuli, in quibus oportet privilegium consistat. Primum hoc est; *Nec ob alterius cujuscunque provinciæ delictum, sive debitum aliquod damnum eis inferat.* Communiter intelligi solet delictum, sive debitum provinciæ, ex qua orti sunt Studiosi; *Cujusque provinciæ delictum*, ait Cæsar: Certe provincias delinquere, perquam novum est, aut si fieri possit, contra Principem delinquunt, non contra alias provincias ejusdem imperii, aut contra privatos. Sed inprimis non video, si maxime delictum seponas, quod tamen non potest, & debitum provinciæ ponas, hinc in re quicquam esse privilegii, sive juris singularis. Nam hoc est tralatitium jus omnibusque commune, ne ob aliena debita vexentur; Zeno Imp.

Grave

Grave eſt non ſolum Legibus, verum etiam naturali æquitati contrarium, pro alienis debitis alios moleſtare. Idcirco hujusmodi iniquitates circa omnes vicanos perpetrari, modis omnibus prohibemus, l. un. C. Ut. null. ex vican. pro alien. deb. Idemque Juſtinianus pœna quadrupli adjecta, denuo ſancivit in *Nov. 52. c. 1.* Quin etſi Fiſcalium debitorum ſummus ſit favor, tamen Impp. Honorius & Theodoſius, ne quidem pro debitis id ullo modo fieri patiuntur & ſevere prohibent, in *l. 4. C. de executor. & exactor. lib. 12.* Quæ Conſtitutiones cum tempore Friderici in omnium oculis eſſent, non poterat eſſe privilegium Academicæ libertatis, quod omnibus in univerſum municipibus & vicanis jure notiſſimo competebat. Quare privilegii uſum hæc res nullum habere poteſt, niſi Studioſis hoc datum intelligamus, ut ne pro ſuis delictis, aut debitis, in alia provincia contractis, dum peregre in Academiis agunt, male mulctentur, aut detineantur; Sed reditus eorum in Patriam expectetur, vel legitimo tramite conveniantur. Qua in re nihil incivile, nihil a decore libertatis debitæ ſtudioſis peregrinantibus, contineri videtur. Ut autem *privilegium* hac parte eis competere dicatur, res hæc neceſſaria dictu eſt: Alioqui libertas Studioſorum, tantopere celebrata ex hac Auth. nihil aliud habebit, quam quod ordinariis Judicibus non ſubjiciuntur, quæ eſt ultimus ejus conſtitutionis articulus. Imo ſi quid memorabile datum eſt illis, hoc *quod dixi* fuiſſe oportet. Non negem, & ultro patet, Studioſos ob aliena quoque debita non poſſe vexari, eoque reſpectu hanc Conſtitutionem ad argumentum *hujus Rubricæ*: Ne filius pro Patre &c. pertinere; ſed ut *privilegium* ſit, amplius quid intelligi oportere, manifeſta res eſt. Sed ajunt, non eſſe latine dictum, *debita vel delicta hujus aut illius provinciæ, quæ quis in quaque provincia commiſerit.* Atqui cum de Tutela, cujus adminiſtratio ſecundum provincias diverſa eſt, loquimur, nihil tritius eſt, quam ut debita pupilli ſecundum provincias dividantur, cum v. gr. quæritur, an debita unius provinciæ in alia peti poſſunt, qua de re agitur in *l. 47. § ult. de Admin. Tut. & l. 2. C. Si exp lur. Tut.* Si pupilli debita ſunt vel Italica vel provincialia, quid eſt incivile in hoc dicto, Studioſi peregrinantis debita eſſe diverſarum provinciarum? vel in hac, inquam, ſententia; quod Studioſus ob debitum in alia provincia e contractu vel delicto quæſitum, alibi non ſit detinendus, damnoque vel injuria per ejusmodi vexationem afficiendus? Nam de minoribus delictis id accipiendum eſſe, jam pridem monuimus. Verum enimvero ſit hac de re ſuum cuique judicium.

71. Proprie ad hunc locum pertinet Privilegium Fori, quo *Studioſi* in Auth. dicuntur *conveniendi coram Domino vel Magiſtro ſuo, vel ipſius civitatis Epiſcopo, quibus hanc jurisdictionem ſe dediſſe*, narrat Imperator. Nondum invaluerat, ut docentium diſcentiumque cœtus, univerſitatem pariter ſub Rectore Collegioque Profeſſorum conſtituerent. Ideoque dubium mihi non eſt, nec fuit, quin Judices ſtudioſorum heic duo, Magiſter vel Epiſcopus, conſtituti ſint, quibus opponitur in textu, *alius Judex*, ordinarius: Adeoque Dominum eundem eſſe cum Magiſtro, facile concedo, & antea ſcripſi. Sed Fridericus non memoratam Fori prærogativam hæc verba collocat, *hujus rei optione data Scholaribus.* Hanc optionem, ſive electionem, non modo *ad Magiſtrum aut Epiſcopum*, quæ pars alternativæ receſſit ab uſu temporum, ſed etiam ad ipſius Privilegii ſubſtantiam,* in verbis, *ejus rei optione*, refero; quatenus nullum eſt privilegium, cujus privilegiati non habeant electionem, uti velint, an ſecus. Jure communi Judicibus loci debebant eſſe ſubjecti Scholares, jure privilegii ad illos vocari non poſſunt, inviti ſcilicet; volentibus ut injuria non fit, ita invitis beneficium non obtruditur. Regula juris communis heic maxime locum habet, *omnes licentiam habere, his, quæ pro ſe in-*

* Veriſſimum eſt, in *Authentica* Friderici relictam eſſe optionem ſtudioſis, num coram domino vel magiſtro ſuo ſive Rectore, an coram ipſius civitatis Epiſcopo conveniri velint. Qui enim *dominum*, loci magiſtratum interpretantur, quid ſibi velint, ipſi non intelligunt. Nec, ut lex clare diſponit, ad alium judicem trahi poſſe, facillime largior. Num volentes ad alium judicem ire poſſint, alia quæſtio eſt, quam ex *Fridericiana conſtitutione* dirimi non poſſe, non eo inficias. Optionem inter ſuos judices & alium, id eſt, loci magiſtratum, eſſe relinquendam, Noſter multis diſputat, & conſentit Alex. Arnold Pagenſtecher in *Friderico l. § 3.* In Franequerana Academia idem nihil habere dubii, credimus merito Auctori. Cæterum argumentum a Clericis ductum non eſt nullum, & arctior videtur inter ſtudioſum & Academicum forum eſſe nexus, quam ut ab eo commode divelli poſſit. add. Menck. *ad O. P. S. tit. 6. § 2.*

dulta

dulta sunt, renunciare, verba sunt Justiniani *l. 51. C. de Episc. & Cler.* ubi renuntiationem privilegii a Clericis factam, sancit esse irrevocabilem, *eamque regulam generalem in omnibus* ejus generis *casibus* esse debere, statuit. Pontifices deinde Clericis hanc ademisse facultatem, satis constat, verum ita, ut exceptio firmet regulam in omnibus reliquis casibus, & optionem privilegii relinquat liberam, ubi lege speciali adempta non est: cujusmodi prohibitionis nulla species in hac Auth. se prodit: Nam hæc verba, *Qui vero ad alium judicem eos vocare tentaverit, a tali conamine cadat*, ex quo ejusmodi aliquid, nescio qua dialectica educitur, *etsi causa justissima fuerit.* quid aliud sunt, quam sanctio privilegii, quæ nihil, quam quod ipsum habet privilegium, inferre possunt? cui proinde, si renunciatio facta sit, locus esse potest nullus. Magis miror, auctoritatem juris Canonici prolixe ad hujus quæstionis applicationem urgeri. Nam si maxime de Studiosis juxta Clericos Pontifices statuissent, eos non posse non uti privilegio Fori, tamen Juris Civilis auctoritas, in conflictu utriusque Juris, apud Protestantes in negotio Clericorum prævaleret: nunc cum de Studioso nihil pontifices sanxerint, quid est alienius, quam auctoritatem exceptionis, Lege speciali Clericis injunctæ ad Studiosos, de quibus nulla Lex est, producere? Si Lege speciali opus est, ad impediendum, ne quis privilegio suo utatur, Studiosi, quos nulla Lex cogit ad utendum beneficio sibi indulto, manent sub regula communi. Sunt tamen, qui constitutionem de fundo Dotali non alienando, Studiosis applicent, tametsi id ipsum ad nostram thesin approbandam maxime comparatum sit: Videlicet Lege speciali, qualis est de fundo dotali, opus esse ad prohibendum, ne quis jure pro se introducto uti possit. Quod ut ob publicæ utilitatis aut honestatis rationes aliquando fieri, exemplis in Legibus proditis constat, *pr. Inst. Quib. al. lic. l. 2. D. de pact. dot. l. 14. §. 1. sed ultimo &c.* ita, ubi nulla Lex est prohibitoria, valet regula Justiniani non magis, quam juris naturæ & Gentium, *cuilibet favori suo renunciare licere.* Privilegium autem Fori, datum Studiosis in *hac Auth.* in eorum favorem esse indultum, tota Friderici Constitutio loquitur, & hæc verba nominatim, *quadam speciali dilectione* peregrinantium scholarium. Excipitur, *hoc privilegium ad universitatem Studiosorum, non ad singulos pertinere;* & quidem ab iisdem, qui narrant ex Conringio, tempore Friderici, Conditoris hujus Legis, adhuc Academias in Universitates uniti reiminis non fuisse redactas: Quomodo igitur favor Legis ad universitatem, non ad singulos? Præterea demonstratum est alias, milites habere privilegium Fori non minus universos, quam Studiosos; Cives etiam singularum urbium gaudere privilegio de non evocando, quod non minus omnibus & singulis, quam Studiosis suum beneficium, competit. Utriusque tamen ordinis homines, in singulis causis suo arbitratu renunciare posse Fori privilegio, nulla dubitatio est, & *omni die* fit instituitur. Disparitates, quæ in his exemplis proferuntur, tam frivolæ sunt, ut refelli non mereantur. Duntaxat, si quid universitati præjudicetur, tum singulos renunciare non posse, quia de ipsorum favore tum non agitur, facile concedimus, idque Gailius probat *l. 1. obs. cap. 40.* Si periculum esset, quod obtenditur, ne promiscuis renunciationibus jurisdictio Academiæ vilesceret, cujus periculi tamen nulla species in medio est, Lege prohibitoria huic malo succurri posset; qua cessante, nihil est liquidius, quam Studiosis non esse negandam libertatem, omnibus privilegiatis communem. Idque in nostra Academia nihil habet dubii. Studiosus non potest evocari ad Supremam Curiam; quæ est Judex ordinarius in Frisia. Si tamen vocatus sequatur, & ibi respondere malit, quam apud Judices Academicos, certus sum, neminem esse negaturum, quin id jure liquido facere possit. Si res Studiosi detineantur a cive, qui ab ipso petit, isque judices Academicos gravetur, an Studioso non licebit, ut experiatur, in ea causa se judici subjicere urbano? Sæpe factum, nec unquam de jure facti dubitatum. Idem de Professoribus, qui ad Magistratus vocati non coguntur sequi; posse tamen sequi volentes, nulla lex aut ratio vetat.

72. Recipit tamen hæc sententia quasdam admonitiones, aut limitationes necessarias, ex jure communi, quarum prima est; quod Studiosi minores annis XXV. quales plerique sunt, ita renunciare non possunt, quin restitui queant in integrum, si læsi sint, quod tamen renunciationem suo commodo faciendam nullo modo illis auferre, palam est. II. Studiosos, qui sunt, aut esse volunt membra universitatis, non possunt in universum renunciare Foro Universitatis, eique se subducere, & alium judicem ordinarium eligere, quo pertinet testimonium H. Conringii *e dissertat. Acad.* V, contra nos in hac quæstione productum.

ctum. III. Quod in delictis ejusmodi electio Judicis ordinarii, & renunciatio Fori Academici, cui Studiosus est subjectus, non habeat locum, *arg. l. 37. ff. de Minor.* & renunciatio atque electio non nisi de rebus, quæ sunt in potestate renunciantium, habet locum, qualis utique non est pœna delicti. Denique & ipse Fridericus privilegium fori tantum dat, *Si quis Studiosis litem super aliquo negotio movere voluerit.* Hoc etiam vult modo laudatus Conringius, in verbis ex *cod. Dissert.* contra nos productis: *Quia optio illa Judicis non potuit non sæpe turbas dare, & nocentem reum judicio subtrahere: Quo nihil est perniciosius in communi vita, præsertim si magnus sit nocentium numerus.* Denique neç alia fuit sententia Theseos, de qua lis mota fuit, *Studiosos habere electionem, utrum apud Rectorem suum an Magistratum loci velint convenire:* supponit materiam conventionis, in qua partium voluntas & consensus valet; ad delicta ejusmodi Thesis nullo modo, negante præsertim auctore, potuit rapi.

73. Licet heic, antequam pergamus, paulum deflectere ad Academiam, quæ nostra studia per annos triginta & quod excedit, otio gratissimo fovit, *Franckeranam*, quæ ad exemplum Friderici, ab illustribus Frisiæ Ordinibus fundata est, jurisdictione ei teorsim a civitate constituta, purius & liberius, quam ulli vicinarum contigit. Namque alibi fere Jurisdictioni Rectoris & Professorum, quos Fridericus in Auth. Dominos & Magistros vocat, vel causarum, vel genere judicum limitata est: Apud nos ita fert lex XLVII. Academica: *Omnes studiosi, Bedelli, reliquique qui ad Academiam pertinebunt, IN OMNIBUS CAUSIS, sive ipsi inter se agant, sive ab aliquo alio conveniantur, coram Rectore ejusque Adsessoribus conveniuntur tantum, seque sistunt jussi citative.* Et mox: *Quod si partes in jus venerint, a sententia pronunciata a Rectore Adsessoribusque Judicibus, appellatio nulli concedatur.* Ex primis verbis orta fuit Quæstio, an ipse Rector & Professores eodem fori privilegio gaudeant, quoniam in hac lege, non nisi ut Judices memorantur; sed in lege præcedenti, Rector omnesque Professores, & qui aliquo in Academia munere funguntur, ab oneribus civium liberi pronunciantur, at in hac lege, ipsi in oratione subjecta, ut in prædicta, non memorantur. Idem accidit in *Auth.* ubi primo Cæsar *omnibus, qui studiorum causa peregrinantur, Scholaribus & maxime divinarum atque sacrarum legum Professoribus, hoc nostræ pietatis beneficium indulgemus;* scil. *ut ab injuriis sint tuti.* Intra, ubi de jurisdictione Domini sive magistri agitur, *Scholarium* fit mentio tantum, de ipso domino, cum sit ipse judex, proprie nihil statuitur. Olim ita servatum est, ut nostri Professores etiam apud Senatum Academicum duntaxat convenirentur, quasi repetitione ἀπὸ κοινῆς ex lege præced. facienda. Sed deinceps, nostra memoria; Curia suprema contradis judiciis aliquoties censuit, Professores lege XLVII. non expressos, in præcedenti lege quidem eximi Jurisdictione civitatis, a qua distinctum corpus efficiunt, & hactenus esse privilegiatos; sed non habere Forum aliud domicilii, quam respectu totius provinciæ, adeoque prima instantia posse vocari ad Curiam Supremam, quod ita nunc certi juris habetur. Aut Lex, in OMNIBUS CAUSIS. Disertius quam in *Auth.* super *aliquo negotio*, & mox, *etiamsi causa justissima fuerit.* Discrepant Interpp., de civilibus duntaxat negotiis, an & de criminalibus quoque id intelligendum sit. Pro hac fuerunt Accursius, Bartolus, Donellus, aliique laudati a D. Matthæo *d. disp. 4. th. 42.* Sed verior est Baldi, Sichardi, Hottomanni, aliorumque sententia; civiles tantum causas intelligi, quia notum est, criminalem jurisdictionem non competere, nisi specialiter nominatimque concessam. Eadem ratione, scil. quod generali concessione jurisdictionis merum imperium non comprehendatur, verba legis Academicæ, *In omnibus causis*, ad civilia mixtumque Imperium, quod in modica coercitione consistit, adhibenda videntur, quemadmodum ex iis, quæ *de jurisdictione & imperio* pridem dicta sunt, intelligi potest. Ideoque studiosi graviorum criminum Rei, ad Curiam, cui soli in hac Provincia *privative*, ajunt leges, exclusa omni alia potestate, competit merum Imperium, (militare Judicium non est provinciale) transmittuntur: ut tamen duo tantum, quod putem, exempla Studiosorum supplicio adfectorum, memoriæ utrumque nostræ, extent unius ob cædem duelli, alterius ob furtum. Qua in re non est præterundus benignitas Dominorum summi sanctissimique Judicii; quod ultimum flagitii compertum, claustris custodiæ valvis secreto virgis, (non ætatis, quæ plena fuit, sed ordinis habita ratione,) admoveri voluerunt: Quanquam deinde Juris Doctorem, eundemque Advocatum, & duos Ecclesiarum Pastores, ob ejusdem generis maleficia publice virgis

gis cæsos fuisse, constat. Nam in studiosis vitæ cursum ingredientibus, est spes emendationis, prima suppliciorum intentio, quæ nec deerat in illo; at hæc publico infami supplicio, spe promotionis funditus eversa, corrumpitur. Sed cum provectæ homines ætatis, jam publicis & sacris adhibiti functionibus, ejusmodi probris innotescunt, nulla supereſt emendationis spes, neque non ut putrida membra suis a corporibus abscindi merentur: Quatenus experientia constat, sæpe lubricæ adolescentiæ studiosos in theatrum vitæ productos, agere personas non pœnitendas; sed qui studiis etiam secunda existimatione peractis, (exempla, sunt in conspectu) deinceps exorbitare cœperunt, hi omnino vix unquam; & qui perseverarunt, quam rarissime ad bonam frugem perveniunt.

74. Cæterum, quod de *Omnibus Causis* ait Lex Academica, sæpe dubitatum est, an ad talia pertineret, quæ rarius in Academiis occurrunt, ut sunt Arresta, denunciationes rerum soli locatarum, prælationes Creditorum hypothecariorum, quæque ad eam rem pertinent; sed a Curia Suprema semper aliena est Academia in pleno sensu horum verborum, quod ad studiosos ministrosque in *d. l. 46.* nominatos attinet; etiam de Professoribus idem valuit, ut concursus creditorum juxta prælationes hypothecarias, a Rectore & Senatu, magistratibus oppidanis frustra se opponentibus; sit judicatus & administratus, nominatim defunctis Viris Cll. *Laurentio Bank* & *Ludovico Parent*. Sed in disputatione πρωτοπρεξίας Creditorum *D. Johannis Terentii*, quibusdam creditoribus rem ad Senatum Acad. aliis ad Curiam Supremam deferentibus, judicatum est, ut vivi Professores immediate Curiæ subjecti sint, idem in bonis eorum possidendis atque inter Creditores, si res ferat, distribuendis obtinere. Movit & hoc, quod *a sententiis* Rectoris & Senatus *non datur appellatio*, quæ res in gratiam studiosæ juventutis, ne hæc longis litibus, suo discendique gravi incommodo distrahatur, introducta, magnam haberet ἀναθεώρησιν, si ad Professores, eorumque domos pertineret, Curia Academica sic independente, adeoque suprema in sua Republica aliquo modo facta.

75. Postremo loco, Doctores unanimi consensu, eosque secutus D. A. Matthæus *d. disp. 4. th.* 44. ita statuunt; privilegium studiosorum pertinere duntaxat ad eos, qui partibus suis fungantur, & vere studeant, non ad desides, aut Baccho Venerique mancipatos: quam sententiam ego potius laudo, quam probo, magisque juridice puto rescriptisse non ita pridem Nobiliss. Ordd. Frisiæ Deputatos, *inter Rectorem Senatumque & Magistratus urbanos*, pro studiosis habendos foroque Academico subesse, quotquot a Parentibus Curatoribusve suis ad studia in hanc civitatem missi sunt; cui rescripto fuit additum; etsi Albo Studentium adhuc inscripti non fuerint: Cui tamen rei modus impositus est Lege XXX. *& seqq.* ut intra XIV. dies a promulgato in eam rem Edicto, nomina sua profiteri debeant; Alioquin, ac etiam, si post edicta apud Rectorem nomina quidam vagentur, nec ullas audiant lectiones, indicabuntur tales Magistratui oppidano, ut sciant, hospites esse alienos ab ordine Scholastico, quales ut nec privilegiis Academiæ fruantur, sed magistratibus subjiciantur, cautum est. Quamdiu igitur talis separatio & exclusio a corpore Academiæ, cum denunciatione Magistratibus ordinariis insinuata, non est facta, manent cives Academiæ. Idque non tantum apud nos, sed ubique juris esse arbitror, ut qui semel Academiæ aggregatus est, quibuscunque moribus sit præditus, quamdiu decreto publico non est Albo expunctus, maneat Academiæ foro subjectus: etsi non negamus, eos, qui moribus suis, nulla parte studiorum professioni respondent, meritissime a jure Academico excludi.

76. Studiosis surrogandi, vel potius præferendi erant, *Clerici*, quibus aliud jure Civili, aliud Canonico tribuitur privilegium. Jure Civili aliud veteri, aliud novo. Olim in provinciis apud Præsidem, in Urbe apud Præfectum Prætorio conveniebantur, *l. 33. C. de Episc. & Cler. l. 13. C. de Episc. audient.* Novum jus est Justiniani in *Nov. 83. & N. 123. c. 21.* ut Clerici in pecuniariis causis apud Episcopos conveniantur, qui si nolint, aut nequeant judicare, lis peragenda apud Judicem ordinarium. In causis criminalibus distinguitur; si *proprium* sit Clerici, ut Simoniæ, profanationis, inobedientiæ, judicium est Episcopi; si vero commune sit delictum, ut adulterium, cædes, furtum, cognitionem ordinariis tribunalibus non vult Imperator subduci, modo ante supplicium, damnati degradatio fiat ab Episcopo. Jure Canonico Clericos omni Magistratuum potestati esse subductos, satis constat, sine distinctione civilium criminaliumque causarum; *cap. Clerici. 8. de Judic.* adeo quidem, ut Pontifices, eos ne fori quidem privilegio renunciare patiantur, *cap. si diligenti. & c. significasti. 2. de for.*

competi. quod secus est jure civili, *l. fi. C. de Episc. & Cler.* Utramque sanctionem nulla ratione constare, facile probant Theologi & Jurisconsulti, *ex Ep. ad Rom. 13. v. 1.* ubi: *πᾶσα ψυχὴ ἐξουσίαις ὑπερεχούσαις ὑποτασσέσθω. Omnis anima superiori subjecta sit potestati.* Unde verissimum, etsi frigidius argumentum; Clericos aut non habere animam, aut ex auctoritate Apostolica subjectos esse debere Magistratibus; Adde *1 Petr. 2. v. 13. ad Tit. 3. v. 1.* Sed illi ex jure divino, sua, si recte consulunt, minime probabunt. Non potest negari, quin artificiosissima sit structura civitatis magnæ, quam ex tot gentibus ambitioni flagrantissimæ Regum & Principum subtractam, Imperio monarchico, exquisita dependentia, stabiliverunt. Digna res ingenio prudentissimæ calliditatis, qua populis & Principibus superstitione rerumque bonarum ignorantia involutis, superbissime ac insolentissime illuserunt. Sed non est heic locus ea de re pluribus agendi. Potius hoc animadvertamus, quod D. A. Matthæus *d. disp. 4. th. 45.* negat, Pontificios reddere causam idoneam, quamobrem, cum Laicis libere suo foro liceat renunciare, Clericis idem non liceat. Si recte Ulpianus argumentatur in *l. 4. § 2. de Condict. ob turp. caus.* meretricem non facere turpiter, quod accipiat pecuniam, *cum sit meretrix*, etsi turpiter faciat, *quod sit meretrix*; nec absurde potest dici, meretricem Babylonicam etsi injuste fecerit, quod tantam multitudinem Rectoribus suis subtraxerit, non facere tamen injuste, quod rem feliciter constitutam strenue sustinendam adserendamque putat. Nimis enim illæ renunciationes, earumque executiones turbassent & miscuissent, quod tanto ab illis artificio secretum seorsumque stabilitum erat: Quando nec civilis ratio semper abhorret ab hac observatione, ne semper liceat privatis fori sui privilegio renunciare; non certe, quoties superiori præjudicaretur, ut observat Gailius in *lib. 1. observ. C. 40. n. 2.* Quæ res in hoc casu tam evidenter locum habet, ut præter ea, quæ modo dicta sunt, nihil amplius addendum videatur. Nostèr ordo Ecclesiasticus* inter eos se reputat, *qui animas habent:* ideoque nec magistratibus submittere se gravantur, a quibus sane propter opus suum, non sine discrimine haberi debent, quanquam in foro *τῶ πολλῶ δήμω* instar excipiuntur; nisi quod domicilium generale tantum, & Curiæ tribunal summum habent immediate, in civilibus & criminalibus: ut tamen in rebus sui muneris Forum habeant Ecclesiasticum; prima instantia cujusque Ecclesiæ Consistorium, secunda Classem, tertia Deputatos Synodi, quarta ipsam Synodum. Quin etiam in civilibus Pastores Ecclesiarum in quæstione de bonis pastoralibus, habere jus pupillorum in causa Fori, judicatum est a Curia suprema, teste D. Nauta, in causa *Johannis Bruinsvelt contra Gabium Gerlaci, 4. Febr. 1645.* quod sine dubio ad omnes domos miserabiles extendendum: non æque ad Civitates & pagos, quamquam alias jure minorum gaudentes; quia non convenit illis favor miserabilium, ut Ecclesiis domibusque pietatis causa constitutis.

77. Omnibus hisce privilegiatis id est commune, quod inviti se in loco domicilii, ordinario judici sistere non coguntur, ut intelleximus. Unde, si cubi nobiles, cæterique supra cives & rusticos eminentes, qui ad supremas Curias recta vocari possunt, ut apud nos esse receptum, diximus antea; Si, inquam, iidem apud sua domicilia respondere litemque contestari debent, ut de iisdem pariter constet, eos non esse privilegiatos, manifestum est; sed potius dicendum, quod illi ad supremum totius provinciæ tribunal directe vocari possunt, id in gratiam tenuiorum, qui domi potentioribus pares esse non possunt, introductum videri. At si qui ex *supra* enumeratis sint, quibus forum est immediatum Curiæ supremæ, quique domi, quod antea non diximus, ordinario judici subjecti non sunt, hos etiam privilegiatis oportet aggregare, quales *Leovardiæ* nostræ Senatores supremæ Curiæ. Nam qui muneris publici causa, temporariis illic aut alibi hospitiis utuntur, domicilium ibi non habere, clarum, & jam prædictum est. Sed & hoc addendum, privilegium maxime quidem domicilii respectu, attamen contractus etiam rei-

* Nostro Jure Ministri Ecclesiæ, quoad causas civiles, exemti sunt a Jurisdictione Magistratus ordinarii, adeoque in foro Ecclesiastico, sive in Consistoriis, conveniendi. *Ord. Eccl. Sax. rubr.* von Immunität und Freyheiten der Kirchen Diener. it *rubr. gen.* von beyden Consistoriis. Special. was Sachen in das Consistorium gehörig. *Corp. Sax. p. 367. sq.* Carpz. *Jurispr. Eccl. l. 3. def. 3. sqq. & libr. 4. def. 308.* Ad graviora autem crimina hoc forum non pertinet, *Ref. Grav. d. An. 1609 gr. 2. verb.* in hohen Frevelu oder *Mosfiz. d. Ord* von beyden *Consistoriis, n* 10. § Denn ob sich wohl ihr Erkenntniß auf Leib und Leben nicht erstrecket, welches den Gerichten weltlicher Obrigkeit verbehalten. *Corp. Sax p. 369.* Carpz. *l. c. l. 2. def. 231.*

que

que situs respectu intelligi; ut ne quidem si privilegiatæ personæ in locis, ubi contraxerunt, inveniantur, ibi Foro subjectæ sint, quod de Legatis scriptum est in *l. 2. § 3. h. t.* Privilegium enim eximit illos ordinario Foro, quod æque est Rei gestæ & sitæ, quam domicilii. Proinde nec ad locum rei sitæ venire compelluntur, nisi quatenus res aliam facultatem nullo modo recipit, nec continentia causæ aliquo loco inchoatæ separari queat, ut de judiciis divisoriis, rationibus reddendis, similibusque dicendum videtur. An etiam de Arrestis? Non est eadem ratio; sed qui his contra privilegiatos uti velit, eum privilegio ipsorum parere consentaneum est; nec enim illorum diversam ab aliis in Rem actionibus apparet esse conditionem.

78. Post privilegia, causam mutandi Fori collocavimus *Justitiam denegatam*: Quando Judex inferior in jus vocanti aut supplicanti, aliterque ejus officium imploranti, non facit copiam sui, nec consuetum juris processum patitur exerceri, tum quilibet ab eo, cui alioqui est subjectus, ad Comitatum Principis, sive Curiam Supremam, non modo se conferre potest, judicis compellendi causa: sed & adversarium, cui prima alioquin instantia non est subjectus, vocare potest, *arg. l. 2. D. ut lit. pend. & Auth. Statuimus. § 1. C. de Epis. & Cler.* ubi, qui tertio requisitus justitiam denegat, jurisdictione sua, in illa scilicet causa, mulctatur. Idem jure Canonico, *c. ex transmissa. c. licet ex suscepto. de for. comp. c. caterum. de Judic.* Statutis quoque Frisiæ expressum, *l. 3. tit. 8. art. 1.*

79. Dicendum erat porro de prorogatione, de connexione rerum, de reconventione, deque jurisdictionum varietate, si hæc a connexione rerum diviso intellectu accipi potest. Verum his de rebus titulum expectamus proprium in Lib. XI. nisi quod de prorogatione dictum satis est *ad tit. de Jurisdict.* Denique, per *Arrestum* notabilis fori mutatio* committitur his temporibus; sed de hac *ad tit. de in jus vocando* tractavimus. Illud heic unice observabimus, quod ab initio capitis hujus diximus; proprietatem fori perpetuam esse, ut in ea facultas *cogendi* partes, inveniatur; Etsi autem illa ex sententia juris Romani sola minime sufficiat, ad fori causam constituendam, in *Arresto* tamen vix est, ut alia Gentibus ratio Fori exinde mutandi constet, quam, quod occasione compellendi homines, ut in suo territorio se judici sistant, in civium suorum gratiam utendum putent; quod ut solum sufficere non debebat, (unde Jus Cæsarum hanc causam penitus ignorat) ita facile nobis suggerit, juris publici privatique rationibus non esse consentaneum, ut homines Foro talium judicum, a quibus cogi, quique invitis illis, sententiæ executionis copiam & effectum dare nequeant, subjectos esse statuamus, sicut usu perpetuo e præcedentibus observare licuit.

TIT. II.

De Inofficioso testamento.

I. Continuatio, & Querelam esse speciem petitionis heredit. Ubi & de bonor. possessione litis ordinandæ gratia. II. An Querela sic possit institui, ut petatur sola rescissio, sine petitione hereditatis. III. An dictum usus hodierni, le mort saisit le vif, *tollat usum Querelæ. IV. An pratextus furoris hodieque locum habeat, & an sit licitus. V. Causa Querelæ Pietas, quousque. VI. Liberis nothis quatenus detur Querela. VII. An Matri detur Querela contra pupillarem substitutionem a Patre filio factam. VIII. De Querela fratrum duplex Quæstio determinatur, an fratribus uterinis hodie Querela detur, & an spurii pro turpibus personis habendi. IX. An Patre per Querelam obtinente, fratres ad successionem ab intestato amittantur, quod Neg. X. An pater solus querens plus, quam ab intestato ei competit, auferat, quod Neg. XI. DE LEGITIMA, non posse parentes vivos ad eam dandam cogi. XII. An usus fructus Legitimæ, Patri jure patr. pot. prohiberi possit ab avo. XIII. An solutio æris alieni liberorum, ex ea prohiberi possit. XIV. An exheredatus liberis connumeretur in computanda quantitate*

* Jure nostro Arrestum personale Jurisdictionem non videtur prorogare, cum præstita de solvendo cautione id statim relaxandum sit, *O. P. S. t. 51. §* in allen denen Fällen. qua relaxatione facta, causa ad ordinarium Judicem rei instituit, Carpz. *l. 2 Resp 31. n. 7. sq.* j. Suena. *ad Fibig. Proc. p. 977.* Arrestum autem reale legitime impetratum, sicuti Jus reale in bonis debitoris tribuit, *P. 1. C. El. 28 §* ferner. ita etiam locus arresti impetrati, tanquam forum rei sitæ, pro judicio competente recte habetur. vid. Menck. in *Tract. Synopt. ff. tit. de Judiciis, p. 100.*

Legitimæ. XV. An Legitima moribus hodiernis aliter, quam titulo inſtitutionis relinquatur. XVI. An Pater filio gravamen aliquod ſuper totam hereditatem injungere poſſit, ita ut, ſi hoc recuſet, Legitimam ſolam ei relinquat. XVII. Quarta Antoniniana an hodie locum habeat. XVIII. De renunciatione Querelæ quid juris & moris hodierni, differentiaque filii & Patris hac parte. XIX. De exheredatione bona mente facta, caſusque aliquot ſingulares. XX. Conditionem ad ſuppl. legitimæ videri eſſe quinquennalem. XXI. In dubio pro, an contra exheredationem ſit judicandum. XXII. Clauſula Codicillaris an reſtringat Querelam.

POſt tractatum de Judiciis generalem, variæ ſequuntur ſpecies, & primo quidem univerſalium judiciorum, quæ ſunt de hereditate, cujusmodi duo ſunt; Querela Inofficioſi Teſtamenti, & Hereditatis petitio; de quibus hac ratione ſeorſim a materia ſucceſſionis teſtamentariæ atque legitimæ, non admodum alioqui commode pro adjunctis methodo Juſtiniani, tractatur. Recte Querelam vocari ſpeciem hereditatis petitionis, ad *Inſt. h. t.* dictum eſt, obiterque remota objectio, Querelam nec eſſe a teſtamento, neque ab inteſtato, quod accurate loquendo verum eſt. Nam ideo Prætor dabat exheredatis bonor. poſſeſſionem *litis ordinand. gratia, l. 3. in pr. h. t.* ut jus heredis præferre & hereditatem petere poſſet exheredatus, quod nec poterat e teſtamento, in quo excluſus erat, nec ab inteſtato, quamdiu ſubſiſteret Teſtamentum. Atqui alterutro titulo opus eſt ad hereditatis petitionem, *l. 1. de Hered. pet.* Qualis igitur fuit illa bonorum poſſeſſio litis ordinandæ gratia? teſtati? an ab inteſtato? ſine dubio ab inteſtato, ſecundum intentionem querentis, & quidem ſine re & ſine effectu, ſi filius querens ſuccumberet. Vigl. *ad § 2. I. de Inoff. Teſt.* Sutholt. *diſp. 9. th. 9.* Verum ſi Querela ſit ipſa Hereditat. petitio & ſpecies ejus, cur ante eam tractatur? non, quia præparatorium ſit judicium, ſed quia datur in cauſa facti teſtamenti, & cauſa teſtati cauſam inteſtati præcedit; quia datur & proximis duntaxat; cum hereditatis petitio ſit æque pro extraneis, quam pro Legitimis heredibus; quia denique, tametſi reſciſſio & petitio uno eodemque judicio fiat, verum tamen eſt, reſcindendum eſſe teſtamentum prius, quam petatur hereditas, adeoque prius illud fuiſſe commemorandum; etſi duobus ad hunc finem nihil opus ſit judiciis. Executi autem ſumus hoc caput plena manu in Parte *I. Inſt. h. t.* quo Lectorem remittimus.

2. Diximus, quid ſit Querela, quibus, quo ordine detur, & quibus caſibus ceſſet. Definitionis exegeſi, quæ eſt in *d. tit. n. 2.* nihil habemus addendum, niſi placeat hoc quæſitum; Cum probaverimus, Querelam non eſſe judicium præparatorium, ſed reſciſſionem teſtamenti, petitionemque hereditatis, & in eodem judicio fieri, ex *l. 19. in fin. & l. 20. h. t.* nec aliter in Foris noſtris ſervetur, quam ut is qui vult queri, una eademque concluſione, teſtamentum eſſe reſcindendum, ſibique reſtituendam hereditatem, contendat; Quæritur, ſi quis ita inſtituerit, ut primo nihil aliud peteret, quam reſcindi teſtamentum, dein alia inſtantia petiturus hereditatem an repelleretur? Hoc fine dubio agendum, ne judicia ſint eluſoria, & evitandi circuitus. Si quis Rei vindicatione volens agere, concludat, *ut ipſe dominus declaretur* duntaxat, non videtur recte agere, ne poſtea novo opus ſit judicio, ad reſtitutionem. Sic etiam, *qui de Inofficioſo agit, nullam aliam actionem, quam hereditatis petitionem exercere debet*, ait Paulus in *l. 20. h. t.* Putem igitur, reo contradicente, talem agendi modum, quo nihil quam reſciſſio teſtamenti poſtulatur, ut ineptum inutilemque recuſari poſſe; ſi a partibus admittatur, tranſibit, ut fit, quoties non omnia libello, quæ ſecundum actionis naturam ineſſe deberent, inſeruntur.

3. Uſum Querelæ non eſſe minorem jure novo, quam fuit olim, *d. num. 2.* demonſtravimus. Sed inexpectatum eſt, quod aliqui tradunt Pragmatici, in iis locis, ubi valet dictum Gallicæ praxeos, *le mort ſaiſit le vif*, id eſt, *Poſſeſſio mortui continuatur in vivum*, Querelam eſſe nudum nomen, & quod liberi poſſeſſionem hereditatis paternæ ipſo jure adipiſcantur, ita ut Querela non ſit opus; Autumn. *Cenſur. ad l. 14. de Bon. poſſ.* quod & moribus Belgicis applicare D. Ant. Matthæum, *Auctar. ad diſp. de Divort. Leg. & poſt. Diſp. de Teſtam. n. 30.* narrat, ſed non approbat D. Voetius *ad h. tit. Inſt. n. 2.* Nec ſane Groenewegius, Romani juris alioqui facillimus abrogandi, Querelam eſſe abrogatam contendit. Nihil ne omnia fallunt, dictum illud poſſeſſionis continuandæ, ſupponit cauſam ſucceſſionis teſtamentariæ, vel ab inteſtato: Sed ut exheredatus, antequam conſtet, jure ſit excluſus an injuria, poſſeſſionem hereditatis paternæ obtineat, enorme dictu eſſe videtur, Saltem reſciſſio teſtamenti debet eſſe neceſſaria, nec minus reſtitutio bonorum, qua-

quatenus ab alio detinentur: quod quid aliud, quam Querela esse queat, non apparet. Hoc satis constat; si Filius hereditatem possideat, non opus esse Querela per modum conventionis, sed expectare posse, dum Hereditas ab ipso petatur, ut cum Reconventionem Querelæ instituat, vel eam per exceptionem opponat, quomodo *l. 18. §. 13.* accipiendam esse, probat D. Wissenb. *h. t. n. 2.* Apud nos cum praxis continuandæ possessionis in heredem recepta non sit, quin adhuc Querela suum teneat vigorem, nihil ambigendum est.

4. De formula agendi potest etiam dubitari, sitne locus adhuc illi commento, quod Romani Juris Conditor adhiberi voluit, de quo agimus *ad d. tit. l. n. 3.* ut filius dicat, *patrem non fuisse sanæ mentis, pr. d. t. Inst. & l. 2. h. t. non quasi vere demens vel furiosus fuerit*, ait JCtus, sed causa honoris reverentiæque ergo, ne memoriam paterni nominis dehoneslet. Nullum hujus coloris in libello adhibendi usum superesse, tradit D. Schotanus *examin. ad h. t.* Quod si verum est, hunc colorem tinctum esse in naturali pudore verecundiaque filiali, difficile dictu est, *moribus* hoc institutum esse sublatum; nisi quatenus primum Juris Præceptum *Honeste vivendi*, ut hodiernis moribus labefactatum, inter obsoleta quis putet habendum, ut a quodam antecessore disputatum esse, refert Barclajus in *Euphorm. a princip.* Ad objectionem, quod nec hoc nimium reverentiæ præ se ferat, dicere, patrem fuisse demeatem, refellendam facit, quod Calpurn. Flaccius *declam. 30. Pius ejt*, inquit, *sine dubio filius, qui in Patre mentis errorem potius morbo adsignat, & fato, quam moribus.* Quod attinet ad difficultatem, quam nobis inculcabat *Wissenbachius* noster ex disciplina sui Præceptoris, non esse probandum commentum, quo quis adjuvetur potius, si mentiatur, quam si verum dicat; nec religionem pati, ut quis patrem dicat mentem captum fuisse, quem constet valide ad extremum sapuisse; responderi potest: non esse mendacia, quæ ἐσίας χάριν, altero, quicum loquimur; conscio proferuntur; nec enim tum dicitur Falsum contra proximum; Atqui & Judex & pars adversa bene novit, amentiam in hoc casu non prædicari historice, sed dicis & honestatis gratia, quod & ipsa res satis indicat, cum, ut admonet Justinianus *d. princ. in fin.* *Si Testator vere furiosus fuisset, non opus esset, de inofficioso queri.* Iaceo, quod sæpe simpliciter vereque furiosus dicitur Pater, qui male consulit filio non male merito, qualis Olympiodorus apud Demosth. κατ' ἐλυμπ. in simili causa. Ὁ λυμπιόδωρος μὲν τοίνυν τοιοῦτός ἐστιν ἀνθρωπος. ἐ μενεν ἀδικος, ἀλλὰ καὶ μελαγχολικῷ δοκῶν ἅπασι τοῖς ἐπιτηδείοις, καὶ τοῖς γνωρίμοις, τῇ προαιρέσει τὸ βίε, καὶ ὥσπερ Σόλων ὁ νομοθέτης λέγει, παραφρονῶν, γυναικὶ πειθόμενος πορνῇ καὶ ἀκύρα γε ταῦτα εἰομοθετησεν εἶναι Σόλων, ὅ, τι ἂν τις γυναικὶ πειθόμενος πράττῃ. *Olympiodorus iste non tantum homo injustus, sed etiam omnibus notis & familiaribus pro melancholico habitu instituto vitæ, imo, ut Solon Legislator ait,* furiosus, *qui mulieri pareat impudicæ. Enimvero quæcunque ab homine mulieri obsequente disponuntur, ea cuncta Solon irrita esse statuit.* Cæterum, de usu fori hac parte statuendum videtur, Amentiæ colorem non videri necessarium esse, quoniam ea, quæ a speciali formularum conceptione dependent, in Foro ita non servantur: Fundamentalis tamen ratio sine dubio valebit, ne liberis in memoriam Parentum contumeliosis dictis uti permittatur, eaque causa Libellus vitium contrahere possit.

5. Causam, propter quam detur Querela, esse pietatem, novimus ex *l. 15. in pr. de Inoff. testam.* Pietatem autem Latini proprie de officio στοργῆς naturalis erga sanguinem usurpant, quæ exheredatione, quanto acrior, tanto est indignior, faciliusque remedium Querelæ meretur; donec paulatim remotiore sanguinis gradu, respectus pietatis in tantum remittitur, ut quidem minus laudabile sit, extraneum præferre sanguini, nuda tamen animadversio Legis ad retractandum morientis arbitrium distringatur. Nec adeo laxare jus conscientiæ dicendus est, qui fratres aliosque collaterales, institutis extraneis, sine prævia offensione præterierit; secus ac cum aliis, Sutholtius adfirmat *Lissert. n. Coroll. i.* qua de re videnda nostra *in lib. 4. Digress. c. 34. & seqq.*

6. Hinc quia maxime *amor descendit*, prima liberis Querela datur, de quibus *ad d. t. l.* Nothi, de quibus ibi dictum, aut dictum est, ut alibi diceretur, sic est habendum; illos a matre præteritos, vel exheredatos, habere Querelam, quia non differunt a legitimis respectu genitricis, *l. 5. C. ad Sc. Orphit. in fin.* Ne spurii quidem *l. 2. & 8. D. unde cognati.* nisi mater sit illustris & habeat liberos legitimos, *d. l. 5. C. ad Sc. Orphit.* sed respectu Patrum magis est, ut spurii Querelam

lam habere non videantur; cum Patrem non habeant, *§ ult. I. de nupt.* Nothi vero jure quidem aliquo successionis ab intestato gaudent, *Nov. 89. c. 12. § 4.* Testamento exclusis nihil juris datum legitur, nedum ut Legitimæ petitionem habeant, sine qua nulli datur Querela, *Nov. 18. c. 1. in fin.* etsi dissent. Cujac. *ad Nov. 18.* & dubitat Zœs. *ad h. t. n. 10.* Denique, liberos adrogatos & ab adscendentibus adoptatos, cum necessario instituendi vel exheredandi sint, certum est, habere Querelam, quæ ob eandem rationem adoptatis ab extraneo non tribuitur, *§ 2. I. de Adopt. § 5. in fin. I. de lib. exhered. § 14. de Success. ab intest.*

7. De Querela Parentum agimus in *d. tit. Inst. n. 3.* sed de Querela matri danda, species & decisio singularis est in *l. 8. § 5. ff. de Inoff. testam.* Ubi Ulpianus; *sed nec impuberis filii mater inofficiosum testamentum dicit, quia pater ei hoc fecit.* Pater substituit filio impuberi, quem habet in potestate, pupillariter, eique scribit heredem suam sororem, vel pone, sis, concubinam; ut bona non modo a se testatore, verum & aliunde ad filium profecta deferantur, non ad matrem pueri, sed ad amitam, testantis sororem, vel, quod indignius, ad pellicem uxoris suæ. Mater queri non potest, quia datur ei Querela contra testamentum a filio factum; at hoc a patre compositum est, suo marito; conjugi autem adversus conjugem Querela non datur. Quid autem; nonne matri competit Legitima de bonis filii, in hoc casu? Non potest competere, quoniam his demum legitimæ petitio datur, quibus querela conceditur, *N. 18. c. 1. in fin.* Quod si obtineri posset, ut legitima matri decidenda foret, ne quidem a jure Querendi ullo modo excludi posset, *d. loc.* At hoc iniquum pragmaticis videtur, ut prætextu subtilitatis rigidissimæ, jus naturæ præcidatur, & officia pietatis inter matrem filiumque abrumpantur. Ideoque non dubitat Autumnus in *censur. Jur. Rom. ad d. l. 8.* quin contrarium in judicando obtineat, & ex eo D. Voetius ad *hunc tit. cap. de moribus.* Quid nos a manifesta juris Romani sententia possit absolvere non video, * nisi totum illud tanquam iniquum & impium sit explodendum, quod non video cur facere debeamus, nisi fas sit eodem stylo substitutionem pupillarem confodere. Nam hoc patriæ potestatis jus est, ut filio impuberi scribere possit heredem pater, quem velit: nulla heic impietatis aut inofficiosæ testationis species apparet; aut enim hæc inter Patrem testatorem & pueri matrem foret, aut inter hunc & matrem suam: non inter illos, quia inter conjuges non vertitur respectus inofficiosi testamenti; nec filio imputari potest, cum ejus nullum factum argui possit, qui nec fecit testamentum, nec facere potuit. Tu dices; Legitima tamen debetur matri e bonis filii, idque juris naturalis & immutabilis est; Qui id igitur pupillaris substitutionis interventu everti poterit? Evanescet hæc objectio in speciem valida, si definitionem Legitimæ, quam dedimus *in post. tit. ad tit. Inst. de Inoff. testam.* consideres; Legitima, est *portio hereditatis, quam lex necessario relinqui jubet iis, quibus competit Querela inofficiosi.* Proinde legitima supponit jus querendi de inofficioso testamento, nec ulli alii competit, nisi cui facultas est, impugnandi evertendique testamentum per hoc remedium; quod cum jure negetur, consequens est, cessare quoque legitimæ petitionem. Sane quid statuendum foret, si ad hunc rigorem subtilitatis legalis, quemadmodum certe potest appellari, accederet indignitas singularium circumstantiarum, ut si persona turpis instituta sit, veluti, quod insolentissimum foret, si concubina legitimæ uxori, quæ sit mater pueri, prælata fuisset, non habeo dicere. Equidem posse judicem, aut sane Principem, ob exquisitas circumstantias a jure scripto recedere, probavimus & rationibus, & exemplo illustri, in *Digression. Justinianeis part. 1. cap. ult.*

8. De Querela Fratrum atque Sororis, absolvimus ad *d. tit. I. n. 4.* ubi rationem duplicis variationis in quæstione duplici reddidimus, in quibus dialecticæ juris rationes, & gravitas judicii legalis, hinc inde confligentes, fecerunt, ut postremo nobis sederit, quod minus verbosum, at solidiore niti fundamento visum est. De Spurio videtur omnino dicendum, hæc verba *l. 27. Code Inoff. testam. Si scripti heredes infamiæ, turpitudinis, vel levis notæ macula adspergantur,* ad eos, qui *perperam & non bene merentur,* ut mox *ibidem* respectu liberorum subjicitur, esse referenda. Vult idem vocula, *adspergantur,* quæ notam facti recentis, non insitam natalium continet, quibus adde quæ *d. n. 4.* habuimus, eoque plu-

* Quid Saxones absolvat, (*Const.* puta *Elect. 8. Art. 3. & Decis. Elect. 47.*) vide *supra P. I. p. 221.* in nota subjecta.

ra

ra Palæotus *de Noth. & Spur. c. 55.* Fachinæ. *4. controv. 93.* Bronch. *t. misc. 22.* Quod ad alteram quæstionem attinet, Constantinus in *d. l. 27.* distinguit inter fratres uterinos, & consanguineos, ut his competat, illis non competat Inofficiosi Querela, quia tunc illa differentia adhuc notabiliter in usu erat, quam Justinianus deinde funditus sustulit in *Nov. 118. c. 2.* ne ulla, inquam, ejus mentio fieret in *ulla successione, quocunque modo prioribus legibus tractabatur.* Tu dices; Agitur ibi de Successione ab intestato, Querela secundum ejus regulas non ordinatur. Sed plerumque, ubi jus intestati obtinet, Querela cessat. At, inquam, sufficit, Querelam nulli, quam jus ab intestato successionis habenti, competere, *l. 6. § 1. h. t.* ubicunque illa usu venit, ibi cessat differentia marium & feminarum ortorumque & ortarum ex illis, quæcunque legibus antiquis erant stabilitæ, *d. c. 1.* Denique, propositum fuisse Justiniano, universam sexus feminei injuriam abolere, nec in pari gradu sanguinis feminas deteriori jure quam mares esse pati, liquet ex infinitis *d. cap. 4.* verbis, & ex *arg. l. 4. C. de lib. præt.* quæ est ejusdem Justiniani, ubi quod de successione ab intestato sancitum erat, ad diversi generis successiones transfertur. Verum ut hæ sententiæ rationibus utrimque speciosis non destituuntur, ita suum cuique facile patior esse judicium, modo idem mihi sine præjudicio permittatur.

9. Ad hunc locum pertinet etiam memorabilis Quæstio, An, si pater inofficiosi egerit ac obtinuerit, ejus liberi, fratres defuncti, ad successionem quoque vocentur; similiter, obtinente fratre, an & liberi fratrum pariter succedant? * Ratio affirmandi in speciem valida occurrit, quia rescissio per querelam testamento, obtinet successio ab intestato, secundum quam fratres & sorores juxta Parentes, fratrum liberi cum fratribus admittuntur, *Nov. 118. c. 2.* & Pater nihilo plus juris, evacuato testamento, efficere videtur, quam si nullum plane testamentum fuisset, siquidem per querelam res eo redigatur, ut quasi testamentum extet nullum, *l. 6. § 1. h. t.* Rationes tamen contra sentiendi videntur validiores, suntque potissimum hæ: 1. Cui soli datur actio petitioque, huic quoque soli victoria prodest; Parenti autem constat, si velit, soli querelam dari; aut si pater non sit, fratri, non liberis fratrum; Ipse igitur, cui datur querela, solus triumphat, & solus fructu victoriæ gaudet. Res enim inter alios acta & judicata, aliis neque nocet neque prodest, *l. 63. de Re judic.* ubi referuntur quidem aliquot exceptiones, ut excipit D. Thomasius in Schol. ad *d. pos. 8.* verum quæ nihil cum hac specie quæsiti commune habeant. Denique Restitutio hereditatis nihil est aliud, quam executio sententiæ, qua hereditas querenti fuit addicta, executio non potest latius extendi, quam sententia ipsa pateat. Ideoque nihil valet argumentum de ordine succedendi ab intestato, quia non est hic petitio simplex hereditatis ab intestato, sed vi sententiæ super querela obtentæ, *l. 17. h. t.* Hujus L. Glossa tres statuit casus. Verius est unum esse; qui proponitur *in pr.* continuatio est ejusdem casus in verf. *unde.* decisio in § *ult.* Oppon. Alius est casus in verbis, *ad succession. ab intest. vocati;* Hoc non convenit repudianti, qualis *in pr.* Resp. In versic. *unde.* proponitur ratio dubitandi, quæ est hæc: *Filius, qui animo repudiandi non est questus, ideo tamen repudiavit jus succed. ab intestato.* Sed quia tamen alter solus habuit jus querelæ, propter animum repudiandi in altero, hinc solus obtinuit per sentent. qua se tuetur adversus alterum agentem heredit. petitione, *in fin. d. l.* Ratio altera est, quia fratres, honesto herede instituto, impune prætereuntur, fratrumque liberi semper & absolute. Ideo cum testator, uxore herede instituta, parentem & fratres exclusit, hi recte & sine remedio sunt excluſi, testamento ipsorum intuitu recte & rite facto: Ipsis adeo spes omnis præcisa, successione ab intestato, quantum ad ipsos, per testamentum jure factum extincta, quam nullo consilio recuperare possunt. Igitur, quod querela inofficiosi testatorem ad causam intestati reducat, *l. 6. § 1. h. t.* id ita accipiendum; quod successio ad eum, qui ab intestato fuerat successurus, devolvatur, non quod omnes, qui ab intestato jus habebant, per querelam successioni admoveantur. Obstat adhuc *l. 19. h. t.* ubi sororum una ex quadrante instituta, altera a matre præterita est; quæ per querelam rescindit Testamentum. Nec tamen omni hereditate potitur, sed quæ non questa fuit soror, aufert semissem ab intestato: quod sororis ea sit ratio, ut nunquam deterior ejus conditio in causa querelæ inofficiosi esse potuerit, nec unquam a sorore ex-

* De duabus his quæstionibus, ut & de illa, quæ sequenti § 10. affertur, inter Saxones non disceptatur, quod eorum jure, neque fratres cum parentibus, neque cum fratribus fratrum liberi, unquam admittuntur.

cludi: Quare nec permittendum fuit, ut una per querelam noceret alteri, cui leges idem jus ad querelam tribuerunt, quod secus in casu præcedente fuit. Plane de liberis id proditum est, quando unus ex illis testamentum evertit, tunc reliquis idem remedium, ut par omnium conditio manet, applicari, *l. 3. § u. & l. 10. § ult. de bon. poss. contr. tab.* vid. *l. 16. in pr. & l. 17. h. t.* Non potest igitur ex *d. l. 16.* colligi, quod colligendum primo videtur; Ὀυσψηφεῖ sunt Cujac. *ad Nov. 84. in fin.* Vigl. *ad pr. Inst. h. t.* quem omnino vide. Dissent. etiam Thomasius in Schol. ad *pos. 18. h. t.*

SCHOLIUM.

Cum Autore sentit Struv. Ex. 10. th. 23. *Mihi contrarium placet, fratres hoc casu cum patre, & fratrum filios cum fratribus admitti*, arg. l. 7. § 1. h. t. *adde Schlitz.* comp. h. t. p. 38. in fin. *& qui hanc opinionem latius confirmat, Stryk.* in tractatu de Success. ab intestato.

N. ADDIT.

Quæstio hæc, facile in utramque partem disputari potest, cum, quamcunque sententiam arripias, premat irregularitas quæpiam ex parte adversa. Nunc tamen magis inclino ad sententiam Autoris, re majori attentione pensitata.

10. Sed rescisso per Patrem testamento, quid fiet de portione Fratribus ab intestato debita: numquid hæc Patri accrescit, an penes scriptum heredem manebit? Accrescendi jus nullum hic, ubi nulla conjunctio: Proinde cum Pater suum jus suamque partem duntaxat acquirat, reliquam hereditatem penes scriptum heredem manere, necesse est, quod in Querela inofficiosi insolens non est, ut Testator ex *postfacto* partim testatus, partim intestatus intelligatur, *l. 15. § ult. & l. 17. h. t.* Exheredatus adeo non petet per Querelam plus, quam ipsi ab intestato debetur, *l. 8. § 8. in med. h. t.* Schotan. exam. *ad h. t. vers. debetne?*

SCHOLIUM.

Sed cur non potius Pater solus hac in parte hereditatem acquireret, si maxime verum esset, Fratres hoc casu non amitti? Sane textus Autori citati ejus assertionem non evincunt. Nam l. 15. agit de casu specialissimo, ubi Testamentum non poterat dici in totum esse rescissum, & de exceptione a regula, quæ non est extendenda. Lex 17. *vero pro ipsorum obvis est quam pro Autore, si modo recte explicetur*, vide Struv. Ex. 10. th. 26.

RESPONSIO.

Ex illis textibus nihil probavimus, quam per Querelam posse aliquem pro parte redigi ad casum intestati. Probatio rei ipsius est ex d. l. 8. § 8. *& quod Exheredatus per Querelam amplius ab se duntaxat injuriam, ne privetur eo, quod ab intestato ad ipsum pertinet.*

N. ADDIT.

De hac quæstione idem esto judicium, uti de præcedente. Addo pro declaranda sententia Autoris, quod querela inofficiosi sit modus non lucri captandi, sed damni evitandi. Lucrum vero capiat heres ab intestato, si plus consequeretur hac actione, quam consecutus fuisset ab intestato.

11. Ad hunc titulum pertinet etiam tractatus de LEGITIMA, de qua similiter copiose dictum est *ad h. t. Inst. n. 8. & seqq.* nec repetimus. Addemus saltem, quod illic probavimus, *num. 9.* Parentes etsi bona dissipantes, non posse compelli a liberis, ut sibi legitimam vivi repræsentent, hoc est, in antecessum solvant: Nec, licet æquitatis prætextus contrarium blandiatur, ab usu tamen forensi, quod dixi, minime est alienum, reperioque id ipsum re judicata confirmatum esse a Curia Frisiæ Suprema, in causa *Evæ Theodori Franekeranæ, contra Nicolaum Cornelii cum uxore Donjumensis, 4. Octob. 1642.* teste D. Nauta, *Decis. Misc. 115.*

12. De gravamine Legitimæ non adjiciendo, egimus *ad d. tit. n. 10.* Hac de re Quæritum memini, cum avus nepotem heredem scripsisset, hac lege, *ne Pater usumfructum haberet, ne legitimæ quidem;* an Curator nepotis usumfructum legitimæ patri prorogare posset? videbatur, quod non; cum hoc utique gravamen esse, non videretur, sed ad filium augendum pertineret: Nihilque vulgatius est, quam cessare Patris usumfructum, si Testator eum prohibuerit, idque etiam respectu matris & aviæ, aliorumque Parentum, traditur in *Auth. Excipitur. C. de bon. quæ lib.* nec limitationis, ratione Legitimæ, meminerunt Cujacius aut Rittershusius ad *Nov. 117. pr.* unde sumpta est *Auth.* Nec Perez. *ad d. t. C. n. 3.* Atqui tamen Justinianus diserte sic ait, Θεσπίζομεν τοίνυν ἄοκνον εἶναι καὶ μάμμῃ καὶ τοῖς ἄλλοις γονεῦσι, μετὰ τὸ καταλιπεῖν τοῖς παισὶ τὸ ἐλάττονον μέρος. *Sancimus igitur matri & aviæ cæterisque parentibus licere, postquam liberis partem legitimam reliquerint, de cæteris pro lubitu disponere, etiam* ἐπὶ τοιούτῳ ὄφῳ καὶ αἰ-

αἱρέσει, ὥςε τὸν πατέρα ἐν τούτοις τοῖς πράγμασι μηδέπω usumfructum, μηδὲ τὴν ὁιανῶν παντελῶς μετεσίαν ἔχειν. *Etiam hoc modo ac determinatione, ut pater in his rebus ne quidem usumfructum, nec ullam omnino participationem habeat.* Ex his, quicquid Auctores illi, non dubito, quin Legitimæ prohibitioni ususfructus Paterni sit exempta. Denique, in ejusmodi specie facti, Suprema Curia consulenti Curatori rescripsit, usumfructum Legitimæ Patri recte prorogatum iri, *d. u. Octobr. 1679.*

13. Quid si Parentes prohibuerint, ne de legitima æs alienum solvatur? Et hoc in filii commodum adjectum, ideoque pro gravamine haberi non posse videtur: sed tamen, quia Viro bono non minus grave est, fidem exsolvere non licere, quam quodlibet gravamen, magis est, ut ne hæc quidem conditio legitimæ imponi posse videatur, *arg. d. Nov. 117. c. 1. pr.* Id satis constat, in Legitimam Creditoribus nihil juris directe acquiri; nec ideo prohiberi Filium in eorum fraudem renunciare toti hereditati, nec legitima quidem excepta, ut ex *l. 134. de R. J. & l. 6. in pr. de bis, quæ in fraud. Cred.* recte probat & judicatum defendit Sandius noster, *l. 3. decis. tit. 13. def. 3.* Unde sequitur, si filius ac nepos gravamen legitimæ suæ impositum agnoscant & recipiant, Creditores illud impugnare non posse, nec adeo tunc gravamen esse videri.

14. De quantitate Legitimæ locuti sumus *ad d. tit. I.* de qua supererat ardua Quæstio, cujus disquisitionem ad hunc locum reservavimus; Quoniam legitimæ quantitas variat pro numero liberorum, quæritur, inquam, an juste exheredatus etiam connumeretur? Est notissima positio Juris: *Filius legitime exheredatus pro mortuo habetur, l. 1. §. 5. ff. de conjung. cum emanc. lib. ej.* ubi illa res hunc usum habet, quod exheredato filio, nepos ex eo ad successionem admittitur; hoc est, filius perinde nihil habet, ac si non esset, *l. 10. §. 4. de bon. poss. c. tab.* Extenditur hæc sententia a Doctoribus communiter, etiam recentioribus, ad computationem Legitimæ, cujus quantitas est triens, si quatuor, non plures; semis, si quinque vel plures sint liberi, ut exheredatus liberis non connumeretur, sed perinde habeatur, ac si non esset. Exempli gratia. Pater reliquit quinque liberos, unum exheredavit, est ne legitima triens, pro numero quatuor, an semis, pro numero quinque liberorum? Triens erit, quia quintus exheredatus non numeratur, ut volunt D. Wissenbach *h. t. n. 11. & alii.* Sed oportet aliam addamus casum, majoris ἀναθεωρήσεως; an, quod de exheredato sit dictum, etiam de quolibet excluso a Querela, qui jus ab intestato habeat, sit statuendum? Dabo casum, super quo consulta fuit aliquandudum, me juxta, Facultas Juridica hujus Academiæ; Paterfamilias apud Bataviam Indiæ fecerat uxorem heredem, matrem ex legitima, sorores, ni fallor, tres præterierat. Quæsitum fuit, an legitima esset triens totius hereditatis, quasi sorores fuissent mortuæ, an triens quadrantis: est hic casus frequentissimæ similitudinis. Communis est sententia, illos, qui legitime sunt excluſi, perinde haberi pro nullis, ac monachi Franciscani, ut loquitur Gailius *l. 2. obs. 122. num. 17.* Peregrin. de *Fideicomm. art. 38. n. 13.* Tessaur. *decis. 142.* Fachinæ. *4. controv. 31.* Rittersh. *part. 6. expos. Nov. c. 4. n. 34.* In Curia nostra similem casum reperio decisum *25. Mart. 1645.* apud Nautam *decis. Msc. 144.* in causa *Mariæ Valerii, viduæ Vincentii Epæi, contra Doctorem Tiberium Thomæ.* Hic erat institutus heres ab uxore, mater Maria ex legitima, sororibus & fratribus præteritis; Matri tertia totius hereditatis adjudicata est; Nec adeo negandum, quin hæc sententia in Foro recepta videatur, eundemque in modum Facultas priore casu respondit. Non desunt tamen, qui secus sentiant. Nec unquam in auctoritate non authentica acquiescendum est, nisi *ratio* constet, quæ ex *lege* petenda. Lex ait, *Legitimam esse partem* definitam *ejus, quod ad filium esset perventurum, si intestatus paterfamilias decessisset:* ut etiam is, qui hoc *donaverit* ei, qui exclusus haberet *querelam, secure testetur*, ut auctor est Ulpianus in *l. 8. §. Si quis mortis. 6. h. t.* Secundum hanc sententiam Ulpiani, videre non possum, exheredationem, quæ ab intestato nulla est, quicquam mutationis inferre in calculum quantitatis rationemque Legitimæ. Textus, in quibus exheredatus pro mortuo haberi dicitur, de casu ac eventu testamenti loquuntur, & effectum ordinarium, quod exheredatus nihil e testamento capiat, significant, adeoque ad hunc casum nihil omnino pertinens præ se ferunt. Videndum igitur, an non rectius, ac arte Juris dignius videatur, ita statuere; Testatorem in casu, quo liberi ab intestato quinque succederent, si uno exheredato, alii legitimam reliquerit; non secure testari, nisi semissem, ut est hodie, pro legitima relinquat. Et rursus; si

uxorem scribat heredem, atque matrem ex legitima, præteritis tribus sororibus, eum *secure testari*, si matri trientem quadrantis reliquerit; nam si mortuus esset intestatus, mater quadrantem bonorum ejus habuisset, cujus Legitima tem bonorum ejus habuisset, cujus Legitima triens est, jure novo, in illa specie. Accedit argumentum ex *d. l. 8. § 8. h. t.* ubi exheredatus filius partem facit Querenti, ut is modo semissem hereditatis habeat petendam, id videlicet, quod ei ab intestato deberetur, licet hæc sententia anceps & contragosa videatur D. Wissenbachio, *ad h. t. th. 11.* Imo in *fine ejusdem § 8.* prestius idem exemplo inculcatur. Ex uno e duobus filiis exheredatis, unicus est nepos; Quæritur, quantum habere debeat pro legitima, & respondetur, unicus ille nepos, si reliqui non querantur, satis habet in sescuncia, quæ est quarta pars semissis; Cur non trientem, qui est quarta pars Assis? quia duo sunt liberi, & alter exheredatus, etsi non querens, facit partem, adeoque pro mortuo non habetur, ubi quæritur de proportione successionis ab intestato, quæ in computatione Legitimæ servatur. Eadem proportio servatur in tribus nepotibus ex altero filio, *d. § 8. in fin.* Non ignoramus discrimen, quod alii statuunt, inter filium exheredatum injuste, cui jus querendi competat, & qui juste exheredatus tale jus non habeat: Sed neque textus ille, neque ratio juris, eam distinctionem ferre videtur, nihilo magis quam quod alii volunt, exheredatum facere partem, ut reliquorum augeat, non diminuat, legitimam. Ad *l. 10. § 4. de bon. poss. c. tab.* respondeatur ex *l. 8. in pr. eod. tit.* Gaudeo sic etiam videri summis viris, Vinnio *l. 1. Qu. c. 21.* & Struvio *Exerc. 10. th. 32.* Cæterum, perplexas hac de re disputationes, quorum gustum præbet ibi Vinnius, non possumus heic prosequi. Quam difficile sit, contra communem Doctorum opinionem, & præjudicia Curiarum, quod veri & mesi juris est obtinere, non ignoramus: sed non quæritur, quid in usu trituraque Fori prævaleat, verum quid lex & ratio, præter nubem auctoritatum & præjudiciorum, persuadeat. Add. Zutfen. *prax. Belg. tit. de Legit.*

15. Placet duplicem addere collationem Juris antiqui & moris hodierni. Prima hæc sit; Legitimam non posse nisi titulo institutionis relinqui, *Nov. 115. c. 3. in pr.* cum olim nihil interesset, *§ 3. & ult. h. t.* Certi juris id esse, de moribus autem nihil interesse, ait D. Voetius *ad d. tit. Inst. sub fin. ubi; numquid liberis sit relictum titulo institutionis, an titulo singulari.* auctoresque pragmaticos complures idem testantes, quos inter Sandius noster *lib. 4. decis. tit. 9. def. 9.* recenset, qui tamen aliter habet; differre enim in illa specie facti filium ex legitima fuisse institutum heredem, atque in *tit. de Legitima*, passim institutionis meminit, nunquam aliter. Tametsi in legitimam imputari possint etiam, quæ titulo singulari consecutus est; hæc enim evidenter differunt, Titulus, quo legitima debet relinqui, & ejusdem computatio, ac adsignatio; sicut etiam Sandius in *d. defin. 9.* legitimam in pecuniis & obligationibus nominum adsignari posse tradit, ex sententia Curiæ. Non est tamen, ut dissentiamus a Grotio *introductionis libro 2. cap. 18. n. 18.* Cum nostra lingua dicimus *relinquere, ordinare* legitimam, id eodem loco habendum, ac si testator diceret, *instituo, heredem* facio, nec alienum fuerit heic applicare, quod Justinianus scribit in *l. 15. C. de Testam. Indignum esse, ob inanem verborum observationem, irritas fieri tabulas & judicia mortuorum, nec esse necessaria monumenta verborum, quæ forte femineis & balbutiens lingua profudit.* Alioqui de necessitate legitimæ præstandæ ex substantia bonorum, nihil moribus est remissum de jure civili; nec proinde periculum est, ne apud nos receptum videatur, quod aliqui volunt, legitimam non tantum minui, sed etiam tolli quibusdam Statutis, ut refert D. Voetius *d. loc.* Ne quidem filios legitimari posse putem, hac lege, *ne ad legitimam consequendam admittantur*, ut idem tradit ex Zoesio; nam si pater solus ita disponat, impingit in leges, quæ legitimatos liberos nusquam a legitima excludunt; & si filius consentiat, est ea renunciatio successionis futuræ, quæ similiter prohibita est, ut alias demonstravimus *ad h. t. Inst. num. 7.*

16. Alterum exemplum ejusdem Cl. Voetii vernis exponam: *De consuetudine*, pergit idem, *filius sua electione, suaque voluntate se privat legitima parentum, etiamsi non fuerit ingratus, quando parens hac formula supremum condidit elogium:* Filio meo relinquo usumfructum omnium meorum bonorum; quod si eum nolit, volo, ut sua legitima sit contentus, *ut tamen intra mensem suam declarare teneatur voluntatem, usufructu, an legitima potiri velit.* Suggerit idem parentibus consilium D. Schotanus, *in exam. Jurid. tit. de Inoff. testam.* Fit quidem hoc frequens institutum in testamentis hodiernis, maxime,

me, quando parentes liberos universali fideicommisso gravare volunt: Sed in consuetudinem vertisse non putem; Nescio quoque, an in contradictorio apud nos unquam hac de re disputatum, nedum an decisum sit. Hoc caret omni dubio, si filius elegerit usumfructum, non tam privari eum legitima, quam eam tunc in usufructu esse videri. Quid autem, an is, cui ususfructus omnium bonorum relictus est, in vicem Legitimæ solo nudoque usufructu, sine ulteriori petitione Legitimæ, cogitur esse contentus? Ita sentiunt Schotanus & Voetius, idque jam in consuetudinem vertisse credunt; Sandius vero negat in *lib. 4. tit. 7. def. 2. in fin.* Docet, *filium, cui ususfructus omnium bonorum relictus est; cum expressa prohibitione, ne plus habeat; addito, si parere nolit huic prohibitioni, quod tunc in legitima sola institutus, & a cæteris excluſus esse debeat; hunc, inquam, filium posse nihilominus petere legitimam solidam*, præter reliquum videlicet usumfructum. Rationem hujus sententiæ, quam obiter modo collocat, non addit Sandius, utpote non decisam a Curia; Non potest autem alia esse ratio, quam quod legitima præstanda sit ex ipsa bonorum *substantia, l. 36. in fin. pr. C. de Inoff. testam.* & quod nullum gravamen, cujusmodicumque sit, ei possit imponi, *l. 32. eod. tit.* Denique talem alternativam institutionem videri in fraudem legis esse repertam, ut liberi in omnia bona, ne quidem legitima excepta, gravamen admittere cogantur. Laudat præterea Bouvotium in *quæst. notabil. Lit. I.* verb. *Inst. de her. qu. 6.* Non video tamen, eas rationes efficere, quo minus illud celebre institutum juris auctoritatem habere possit; nam filio in hoc casu fit potestas capiendi legitimam solidam, & sine ullo gravamine, si velit; Quod si malit hanc missam facere, & amplecti majorem parentis liberalitatem, nihil est quod post mortem ejus id prohibeat, quia renunciationes vivis parentibus duntaxat prohiberi, modo intelleximus. Fraudem quoque fieri legious hac alternatione, non animadverto, cum indubitatum sit, liberos etiam gratissimos cum sola nudaque legitima, at ex ipsis bonis solida, posse contentos; id autem in hac dispositione filio integrum præstatur, ut, si velit, illibatam legitimam habere possit. Quod si malit alterum amplecti meliorum dispositionis, quæ ratio juris, aut æquitatis, obstare videbitur? Denique si pater eam effectu hinc excludere possit ab omnibus supra legitimam bonis, ut manifesto potest, idque pure & sine copia melioris conditionis; quis iniquum putet, eum juxta legitimam, deferre filio conditionem præstantiorem, cum prohibitione, ne, si omittat legitimam hoc altero beneficio abutatur? Postremo, supplementum legitimæ, qua actione deberet experiri filius, si nec legitimam solam, nec usumfructum, aut cuncta bona fideicommisso gravata, accipere vellet, nullo modo habet locum, ubi legitima ipsi integra & intacta relinquitur, *l. 30. C. de Inoff. testament.* Atqui in hoc casu nihil ipsi de legitima detrahitur; potest eam habere, si velit, integram. Concludimus igitur, non satis esse causæ, ut ab hac communi opinione, & pæne recepta consuetudine, sed *pæne* dico, recedamus; quin ita juris rationem ferre credimus, ut, qui legitima præcise relicta contentus esse debet, sicut quivis liberi coguntur, non habeat quod conqueratur, si juxta legitimam detur ei optio lautioris conditionis.

17. Sequebantur casus, quibus cessat Querela: quos ordine certo tractavimus ad *d. tit. I. num. 6. & seqq.* sed plerosque secundum positiones duntaxat, cum Scholiis Thomasii, atque ad illa responsionibus. Ideo quædam heic addi, operæ pretium videtur. Primus casus est, si is, cui Querela competit, alio jure legitimam suam portionem consequi possit; quos inter numeratur impubes arrogatus, quoniam is exheredatus habet Quartam ex constitutione Divi Pii, *§ 2. h. t. l. 8. § 15. ff. eod. tit.* quod cum ipsa arrogatione moribus hodiernis sublatum esse, testantur omnes ad *d. § 2.* vid. Grœnew. & Voet. *ibidem.* Apud nos, credo, Quartæ illius Divi Pii vix unquam auditum fuisse exemplum; sicut ipse Arrogationis usus rarior est: quia tamen non sunt abolitæ adoptiones, nihilo magis dici potest, hanc quartam esse abrogatam; verum si contingat, arrogatum impuberem filium exheredari; quod tamen & de impubere rarissimum & fere *ἀδύνατον*, non Querela, sed condictione Quartæ ex lege Pii, utendum foret.

18. Alter casus respectu Actoris est, si is renunciaverit Querelæ; quod fit vel vivo testatore, vel post ejus mortem. Vivo eo, vel ante testamentum, vel in ipso actu testandi. Renunciatio, quæ fit vivo testatore, nullius momenti est, *l. 94. ff. de Acquir. hæred.* quod maxime respectu liberorum paternæ hereditati renunciantium sancitur, in *l. 35. § 2. C. de inoff. test.* uti additur ratio; *meritis magis filios ad paterna obsequia provocandos,*

quam factionibus adstringendos: maxime, quia liberi paternæ reverentiæ metu, facile ad ejusmodi pactiones adduci possent. Quæ ratio, cum non ita militet in parentibus, qui filiorum adhuc viventium successioni renunciant, sunt Doctores, qui parentes talibus pactis, superstitibus liberis initis, ab hereditate post mortem eorundem excludi putant, quos inter Covarruv. ad *cap. quamvis. X. de pactis.* Sed verius est, etiam in illis valere generalem juris rationem, quod renunciatio futuræ hereditatis improbetur, utpote cogitationem de morte alterius inverecundam continens, *d. l. 94. & l. 3. C. de collat. l. ult. ff. de suis & legit. hered.*

Videamus de renunciatione in ipso actu testandi facto; de hac pragmatice Doctores magno consensu tradunt, ea hoc modo facta, testamentum valere, neque dici nullum vel rescindi posse, quod pluribus adductis auctoribus tradit Sandius *lib. 4. tit. 2. defin. 4.* Sed addit, hanc opinionem displicere quibusdam aliis, in filio præterito; propterea, quod testamenti solennitas intrinsecus & forma sit, ut filius fam. instituatur, vel exheredetur; quod requisitum, ut ad jus publicum spectans, non magis a filio possit remitti; quam ut testamentum faciat coram quinque testibus, ut valeat. Quapropter respectu parentis non putat Sandius esse dubitandum, quin, si filio testamentum facienti seque prætereunti consentiat, nulla deinde Querela possit uti: propterea, quod ad valorem testamenti necessario non requiratur, ut parentes instituantur, vel nominatim exheredentur. Sed cum paulo superius a nobis sit probatum, præteritionem exheredationemve Parentum, sine causa factam, testamentum ex sententia *Justiniani* secundum Doctores accepta, non minus facere nullum, quam liberorum emancipatorum, eaque, *fatente* Sandio *ipso*, sit æque communis Fori observantia, quam de liberis apparet, hanc rationem a Sandio adductam non sufficere, ut diversum ratione parentum, quam respectu liberorum, obtinere, existimemus. Haud facile tamen dissentiendum est a judicio gravissimæ Curiæ, quod in *dicto* loco memoratur, consensione parentis & subscriptione testamenti, in quo præteritus erat, excludi Querelam inofficiosi. Sed non ideo, quod decisio Curiæ convenerit cum sententia Sandii, rationem quoque eamdem fuisse necesse est; siquidem scriptores decisionum, quibus interfuerunt, & solent, & quandoque facere debent, ut suis rationibus confirment definitiones Curiarum, quæ non fuerint maximæ partis judicum; quia non raro contingit, ut diversis, nec facile conjungendis judicum rationibus, ad ejusdem decisionis eventum perveniatur; quo casu officium scriptoris est, eas circumdare decisioni rationes, quas putat esse solidissimas. Eo pertinet, quod alicubi Antonius Matthæus definitionem Curiæ Frisicæ laudans, *relatorem ejus Sandium minus idoneis rationibus eam confirmasse* judicat, *in tract. de crimin. ad lib. 74. tit. 4. cap. 1. 15.* Plane, quod ad sententiam juris civilis attinet, existimo, consensum exheredati vel præteriti in ipso testandi actu, non posse hunc effectum habere, ut sustineat testamentum, cum, quia repugnat juris regula, *ne viventis hereditati renuncietur*, quæ non minus habet locum, quando consensus adhibetur tempore condendi testamenti, ac alias; quam inprimis, quia consensio illa in ipso actu testandi lædemis, quia consensio illa in ipso actu testandi lædemret unitatem contextus, qui tam religiose in testamentis requiritur; inferret enim duorum consensum, qui cum testamenti solennitate conciliari non potest, ut *ad tit. I. de Testam. ordinandis n. 8.* observatum est. Verum quia mores hodierni, etiam nostrates, non repudiant conventiones ad materiam & executionem ultimæ voluntatis pertinentes, ut docuimus in eodem loco: sequitur, hac in parte, secundum fori usum, non obstare eam rationem, quo minus juxta ipsam testationem præteritus consentire possit. Nec etiam obstat prima ratio; quia non est idem, renunciare successioni futuræ, & approbare præteritionem vel exheredationem dum fit, in actu præsenti, quia hæc per ejusmodi consensum definit esse vitium testamenti; Quin etsi præteritio filiifamilias sit nullitas, & institutio ejus ad internam testamenti formam pertineat, verissime tamen a Doctoribus *communiter* dictum est, referente Sandio *d. def. ult.* eos, in quorum gratiam nullitas introducta est, ei posse renunciare, nec eam habere effectum, nisi ipso volente atque petente; cui non obstat, quod Vasquius, & alii ab eodem citati, excipiunt, nullitatem præteritionis ad jus publicum spectare, ideoque non magis a filio posse remitti, quam is de numero testium quicquam mutare queat: Aliter docet Papinianus in *l. 17. ff. de Injust. rupt. irr. f. testam.* ubi, præteritionem filiifamilias testamentum penitus nullum reddere, scribit: at tamen, si filius hereditate patris abstinuerit, isque ita remittat jus suum, etsi juris subtilitas refragetur, voluntatem testatoris ex æquo & bono

bono tuendam esse, declarat. An igitur ita statuemus, consensum filiifamilias in ipso testandi actu, præteritioni adimere vitium nullitatis inde alioqui testamento inferendum? Ita quidem vult schola communis Doctorum. Sed videndum, ne non periculosum sit hoc admittere, quia libertas ad ejusmodi consensum, sine dubio plena & illibata requiritur, quam in liberis, paternæ reverentiæ gravitas, obnoxiam & impeditam tenet. Ea vero parentum respectu consideratio cessat; ideoque, licet eorum quoque præteritio vel exheredatio sine causa, pro nullitate a Doctoribus habeatur, nihil *Curiam* nostram potuit remorari, quo minus ex eorum consensu libero, nullitatis vitium evanescere statueret. Definimus igitur in his positionibus: I. Ex ratione juris rigida, non videtur renunciatio in ipso testandi actu, vitium exheredationis tollere posse. II. Ex sententia Dd. qui conventiones in testamento, pertinentes ad executionem ultimæ voluntatis, non esse prohibitas statuunt, renunciationem valere posse, tam in filio, quam in Patre. III. Sed filiif. renunciationem ideo minus valere, quam Patris, in actu testandi; quia minus libera est, ex sententia Justiniani. Ac ita concludimus, ut positum est in *parte priore n. 7.*

Denique, si *jurata* sit approbatio, Canonici Juris auctoritate receptum est, ut non modo valeat consensus, tam filii quam Patris, nullo casu excepto, in actu testandi, sed etiam renunciatio hereditatis futuræ, *cap. 2. de pactis. in 6.* quod a Jure civili alienum est, quo jusjur. nihil potest firmare, quod legibus sit adversum, *l. 5. C. de LL.* Sed quia nititur hæc Pontificii juris sententia religione, qua nefas creditur esse non servare quod juratum est, si absque periculo salutis æternæ possit adimpleri; non videtur esse dubium, quin ut communis Doctorum schola id in disciplinam juris recepit, Gail. *2. obs. 147.* ita apud nos quoque sit valiturum.

Postremo, si is, cui jus Querelæ competebat, post mortem testatoris, agnoverit testamentum vel expresse, vel tacite, accipiendo legatum, similive voluntatis indicio, non est dubium, quin eo casu tam jure civili, quam moribus nostris, Querela amittatur, ut probavimus ad *tit. Inst. de Inoff. testam. pos. 13. & 14.*

19. Retulimus etiam inter casus cessantis Querelæ, *si legitima sit relicta*, de qua modo copiose diximus. Respectu Testatoris diximus etiam cessare Querelam, si bona mente filium exheredaverit, qua de re actum ad *d. tit. Inst. n. 13.* ubi textus. Placet addere *illustrando*, casum unum & alterum, de quibus antehac consultus respondi, hominibus notabilibus. Erat filia minoris judicii, nec tamen adeo stulta, quin matrimonio contrahendo suffectura foret. Pater metuens, ne aliquando ingenti malo suo, propter bona pelliceretur, consulebat; an eam exheredare posset, statuendo ipsi reditus sufficientes. Respondi, nihil proponi, cur Pater id ea causa facere non posset. Aliud. Nurus admodum indigne socrum, ut hæc rebatur, nec satis commode maritum habebat. Socrus metuens, ne filius, se mortua, ipsi indulgeret, nec volens eam ullo modo sua bona participare, consulebat, an filium exheredare, volentem, nepotesque ex illo heredes instituere posset; ne esset in filii potestate, uxorem augere de suis bonis. Respondi, Non posse ex hoc capite, *bonæ mentis*, quia non tam bono filii, quam odio nurus fiebat; Filium posse quidem post matris obitum acquiescere, sed adversus invitum non valituram exheredationem; quæ deinceps facta quidem fuit, sed mortibus acceleratis, filii matrisque res non habuit eventum. Alius casus satis rarus. Mater nepotem instituens, exheredat filiam, ne maritus prodigus ejus bona dissipare posset; erat exheredatio *bonæ mentis*; Sed nepotem onerat fideicommisso, *si sine liberis*; Filia decedit post matrem; nepos deinde sine liberis, aliis heredibus relictis, moritur, qui ejus nomine volunt detrahere legitimam. Quæsitum est, an competeret illis Legitima. Respondi, non competere, quia nepos nunquam fuerat heres matris ab intestato, nec unquam potuisset movere Querelam; quoniam mater filia Testatricis eum præcedebat, & ab intestato excludebat. Atqui legitima non potest deberi illis, qui successionem ab intestato, & jus Querelæ movendæ non habent. *Nov. 18. c. 1. in fin.* Ita responsum die VII. Maji An. CIↃ IↃ C LXXXVIII.

20. Notum est, & dictum aliquoties in *Parte I. h. t.* maxime *sub finem*, liberos, quibus non integra Legitima titulo institutionis relicta est, habere Conditionem ad supplementum legitimæ, ex *l. Omnimodo. 30. C. h. t.* quam non esse *quinquennalem*, sicut de Querela constat, sed perpetuam, tenent communiter Interpretes, contra Bartolum, teste Gailio *l. 3. obs. 120.* Viglio ad *d. § 3. I. h. t.* Wissenbachio *ad h. tit. Inst. th. 16.* Bartolum tamen sequitur Cujacius in *consultat. 16.* Ego communiorem secutus ad *h. t. I. n. 13. in pr.* posui,

sui, conditionem illam annos durare XXX. At scrupulum inesse dixi in *l. 34. in fin. C. h. t.* per quam parum abest, quin Bartoli & Cujacii potior opinio videatur. Verba textus apponam; res enim meretur. Sub *finem;* cum dixisset, eum, cui datur Querela, *testamento remoto, ab intestato vocari,* addit; *Nisi certa quantitas Patri ejus minor parte legitima, relicta est: tunc etenim secundum novellam nostri Numinis Constitutionem, repletio quartæ partis nepoti superest, si qua patri ejus competebat: ut perfruatur nostro beneficio, a lectulate quidem neglectus, a nostro autem vigore recreatus, nisi Pater adhuc superstes repudiavit Querelam, vel QUINQUENNIUM tacuit, scilicet post aditam hereditatem.* Ita plane supplementi illius conditionem, imitamento Querelæ, cui surrogata est, Quinquennio finiri, non tam argumento a natura surrogationis petito, super quo litigant Interpretes, quam evidentissimis Justinianeæ Constitutionis verbis, dicendum videtur.

21. Sed estne causa exheredationis odiosa, an favorabilis, adeoque dubiis in casibus adjuvanda, an restringenda? *Humanius erit,* inquit Marcellus, in *l. 10. ff. de Inoff. testam. sequi ejus partis sententiam, quæ secundum testamentum pronunciavit.* Quæritur illic, *si pars judicantium de inofficioso testamento contra testamentum, pars secundum id sententiam dederit, quod interdum fieri solet,* utrius partis sententiam sequi oporteat, pro testamento, an pro filio exheredato? nec dubitat JCtus respondere, pro testamento; quod *barbarum & inhumanum* appellat Autumnus, ideoque nullo modo servandum, in *censur. Jur. ad d. l. 10.* Atqui juris est tralatitii, ex ipsa naturali æquitate desumpti, ut paribus judicum sententiis reus absolvatur, actorque repellatur, *l. 38. ff. de Re Judic.* At in Querela filius exheredatus semper est actor; ideoque si judices dissentiant, non potest non cadere causa. Barbariem ac inhumanitatem probat Autumnus ex *l. omnimodo. 30. C. de inofficioso testam. qua sancit Imperator,* ait, *subvertendam dispositionem, in qua pater ingratos circa se filios fuisse dixerit, si tamen non ingrati legitimis modis arguantur.* Animose dissentit a Juris auctoribus Autumnus ille, sed probationes sæpe languidiores sunt: & quam frigidum hoc est? vult probare sententiam *d. l. 10.* qua discrepantibus judicum sententiis in hoc, an causa exheredandi sufficiens fuerit, testamento favetur, esse iniquam, & profert textum, qui nihil habet, nisi hoc, (nec enim ipsa verba fideliter excerpsit,) liberos petere posse supplementum legitimæ, *si tamen non ingrati legitimis modis arguantur.* Quæ nihil habent simile ei, quod Autumnus colligere parat. At si maxime ita scriptum esset, ut narrat; quæ hæc est consequentia; *si liberi exheredati non reperiantur ingrati, rescindendum testamentum est;* Ergo, si pars judicum pro exheredato censuerit, non pro illo, sed pro hoc erit concludendum? Imo vero, si maxime abesset illa ratio, quod exheredatus filius in hoc judicio semper est actor, nihilominus sententia JCti facile defenderetur. Nam in dubio sequimur id, quod præsumptione propius ad veritatem accedit; atqui paternus affectus non recipit aliam præsumtionem, quam eum non nisi gravissima de causa fulmine exheredationis filium percussisse; præter quod leges nostræ passim magna cura id agunt, ne suprema hominum judicia temere rescindantur, *l. 6. in fin. C. de Inst. & subst. l. 1. C. de SS. Eccles.* atque in dubio id agendum, potius ut actus valeat, quam pereat, ut habet communis regula. Joh. Voet. Vir Cl. *ad h. Tit. th. 18.* Cæterum, quid mores hodierni ferant, quando Judicum sententiæ pari numero discrepant, *ad alium inferiorem* locum pertinet.

22. Postremo quæritur, an Querela per clausulam codicillarem excludatur, quod negat D. P. Voetius ad *hunc tit. § 6. n. 1. in fin. quia nimis facile,* inquit, *liberi excluderentur;* quod potest dici verum esse ex vera juris sententia, nec tamen esse verum. Existimo, clausulam codicillarem, pro sententia in Foro de clausula Codicillari recepta, eodem modo operari adversus Inofficiosum testamentum, quo pridem intelleximus eam afficere testamentum, in quo filius a matre aviave præteritus est; Testamentum scilicet ibi nullum est, heic per Querelam expugnatur; sed clausula facit, ut heres ab intestato rogatus videatur, hereditatem quasi ex fideicommisso, retenta sibi legitima & Trebellianica, restituere, quam esse methodum salutarem clausulæ codicillaris, ex communi Doctorum sententia, testantur Sandius, & quos ille citat in *lib. 4. tit. 2. def. 2. in fine.* Nam alioquin ex antiqui Juris doctrina certum est, clausulam Codicillarem non efficere plus, quam ut suppleat defectum solennitatum, non ut alias imperfectiones, quæ Testamentum solenniter conditum evertunt, emendet, nec quod

ideo

ideo injustam exheredationem faciet justam, ac ita Querelam excludat, satis demonstratum est *ad tit. Inst. de Jur. Codicill. n. 4. & seq.* iterumque *suo loco* videbimus.

Tit. III.

De Hereditatis Petitione.

I. Definitio Hereditat. Petitionis, per partes & verbotenus exposita. II. Jus hereditarium, ex quo datur hæc actio, esse uniforme, nihil habens obligationis, remotis objectionibus, demonstratur. Explicatur l. 42. h. t. *& probatur, inde male colligi adversus eum, qui negat, actorem esse heredem, non dari petitionem hereditatis. III. Divisio hujus Actionis, & an detur adversus emptorem hereditatis. VI. Explicatio* l. 2. C. h. t. *ubi, an vox* etiam *retinenda, vel secus. V. Reum non cogi alium edere titulum, quam generalem pro herede, vel pro Possessore, neque possessorem recte agere adversus non possidentes seque dicentes heredes. VI. Eum, qui dolo possidere desiit, etsi res ipsas restitui impossibile sit, tamen ad restituendum condemnari. VII. Si is, qui possidere desiit, pretium rei solverit, possessorem nihilominus teneri ad rem ipsam restituendam. VIII. Quid si culpa, sine dolo, desitum sit possideri? IX. Quatenus qui se liti obtulerunt, teneantur. X. An & quatenus res, pendente lite, possint alienari. XI. Varietas rerum mirifica, quæ veniunt in hereditatis petitionem. XII. Etiam accessiones & præstationes personales venire in hoc judicium, cum exceptione tamen. XIII. Fructus a male fidei possessore nullos acquiri; Secus ab eo, qui errat in Jure, quamvis ille nihil usucapiat. Prædones heic am. fid. possessore non videri distinctos. XIV. Fructus & lucrum inductum, esse partem ipsius hereditatis, ipsaque hereditatis petitione comprehendi; non aque in Rei Vindicatione. XV. Tempus, quo spectatur, an possessor sit locupletior, & conciliatio* l. 36. § pen. *cum* l. 25. § 7. h. t. *XVI. Conciliatio* d. l. 25. § 7. *cum* l. 25. § ult. de Usur. *XVII. De impensis, quotuplices ille sint. XVIII. Quales impensæ serventur a b. f. possessoribus. XIX. Differentiæ hac parte, inter hoc judicium & Rei vindicationem.*

SEquitur Hereditatis petitio, quæ cum in *Parte I.* non occurrat, heic ordine justo tractanda venit. Est autem *Actio in rem universalis, qua heres e testamento, vel ab intestato, petit, se heredem declarari, & hereditatem vel ejus partem ab eo, qui pro herede, vel pro possessore possidet, sibi restitui.* Videamus singula definitionis verba. *Actionem in rem*, mixtam esse, habetur in *l. 7. C. h. t.* at quo sensu, explicavimus in *Parte I. lib. 4. tit. 6. n. 22.* ubi & eduximus sententiam *l. 25. § pen. ult. h. t.* Plenius, hereditatis petitionem non nasci pro parte ex obligatione probavimus in *l. 4. Digress. c. 6. n. 3. 4. & 5.* item *in animadversion. ad jus in Re & ad Rem*, quæ sunt insertæ *Digress. l. 4. C. 19. edit. novissima.* Paulo inferius aliquid ea de re addendum erit.

Est *in rem universalis*; familiæ erciscundæ actio competit etiam de hereditate, sed non est generale judicium, quia datur de multis potius, quam de cunctis juribus in universum, *l. 4. Famil. ercis.* dix. *Part. I. lib. 3. tit. 28. n. 6.* & dicetur infernas suo loco.

QUÆ HERES; sub quo & bonorum possessorem intellige, cum in effectu nihil differant, *l. 20. § 13. h. l. 19. & l. 138. de V. S.* Oportet autem vere heredem esse, cui datur hæc actio, licet reus id neget; hoc enim, cum judicium sit contradictoriam, plerumque fit, ut reus neget actoris intentionem. Quod autem in *l. 42. h. t.* scriptum profertur, non dari petitionem hereditatis adversus eum, *qui negat actorem esse heredem*, plane alio sensu, ut videbimus *infra*, capiendum est.

E testamento, vel ab intestato. Si quis tamen e testamento prius egerit, idque vitiosum sit repertum, dein ab intestato petere non prohibetur, *l. 3. h.*

Petit hereditatem. Hereditas bifariam sumitur, ut exposuimus ad *tit. I. de reb. corp. & incorp. Part. I. lib. 2. tit. 2. n. 2.* Hic utraque significatio concurrit: Nam & jus sive successio, & res hereditariæ petuntur, *l. 50. h. l. 24. de V. S.* utrumque verbis definitionis exprimitur; *petit se heredem declarari*, est jus hereditarium; *& hereditatem sibi restitui*, sunt universæ res hereditariæ. Senecam plerique carpunt, quod hoc hereditatis a rebus hereditariis discrimen, inter argutas Jurisconsultorum ineptias retulerit, *6. de benef. 5.* ingeriturque Philosopho illud vetus Euripidæum,

Τέκτων γὰρ ὢν ἔπραττες ἃ ξυλεργικά.

Cum sis faber, alia tractas quam fabrilia.
Sed defendit Senecam Lyclama *3. membran. 19.* Dix. *lib. 4. Digress. c. 28. in fin. parte I.*

Ab eo, qui pro herede, vel pro poss. l. 9. & seqq. h. t. Alterutrum titulum possessor edere debet, *l. 11. C. h. t.* Quis pro possessore, quis pro herede possidere dicatur, habuimus obiter ad *tit. Inst. de Interd. n. 10.* sed remissive ad hunc locum. Pro herede possidere, scribit Justinianus in § 4. *de Interd.* eum, qui putat se heredem esse; Pro possessore, *qui nullo jure tenet hereditatem, sciens, eam ad se non pertinere.* Sed probata est Arriani sententia, existimantis, & eum, qui scit se heredem non esse, *pro herede* possidere, si contendat se heredem esse, vel per mendacium, *l. 11. & 12. ff. h. t.* verum pro possessore teneri prædonem, qui interrogatus cur possideat, nihil habeat respondere, nisi hoc, *quia possideo*, ut Ulpianus in *d. l. 12.* quando reus nihil in exceptione utitur, nihilumque habet titulum, quem præterre possit, ideoque impudentiam induens, perit principium, ἀπόρησιν ποιῆ τὴν πεῦσιν, *ut Scholiastes Basilicôn, interrogationem facit finem responsum*, ἔτι ἔχω, ut Philippus Alexandri Pater, de Haloneso: Habeo, *quia habeo.*

2. Ex his liquet, fundamentum hujus actionis, a parte actoris esse Jus hereditarium, quod complectitur omnia, quæ in dominio, in bonis, vel ex bonis defuncti fuerunt, *l. 24. de R. J. l. 13. § f. & LL. seqq. & l. 19. h. t.* a parte Rei, possessionem tam rerum corporalium, quam possessionem juris alicujus hereditarii, quod tamen circa res corporales consistat, *d. l. 13. § ult.* quæ duo requisita sunt actionis in Rem. Atque inprimis hoc tenendum, Jus hereditarium considerari, ut unum, ex omni genere rerum juriumque constatum, ut optimo sensu *mixtum* appelletur: sed jus illud, quo universæ res ad heredem pertinent, ita est unum, ut singulas res æquabiliter adficiat; ut adeo, etsi partis vel certæ rei petitio adversus eum, qui pro herede, vel pro possessore possidet, instituenda sit, universalis tamen sit actio, semper eadem & uniformis *in* Rem, *l. 1. § 1. D. Si pars hered. pet.* Juris ad Rem, quod dicitur, sive obligationis, nulla species concurrit in Hereditatis petitione: multitudo illa promiscua rerum & jurium, e quibus Hereditas constata est, oculis hominum præstringit, ut mixturam, quæ in rebus est, ipsi actioni, quæ pure in Rem est, inesse putent. Demonstratum id est alias in locis prædictis: Removendæ sunt heic obiter quædam objectiones. Ajunt 1. subesse quasi contractum negotiorum gestionis, ob ea, quæ saltus heres administravit: Sed ut textus, ita ratio deficit; quia negotiorum gestor non est, qui animum non alii, verum sibi gerendi habet, ut in putativo herede manifestum est. 2. Opp. Tenetur ad æs alienum a debitoribus exactum; Atqui hoc est pars hereditatis, & objectum actionis in rem, *l. 20. § 3. h.* Opp. 3. Est bonæ fidei, quæ est qualitas personalium actionum, *§ 28. I. de divis.* Resp. Factum hoc vi legis specialis, *d. § 28. in fin.* propter varietatem rerum, quæ laxitatem bonæ fidei judiciorum exæquet, non ob mixturam obligationis, quæ nulla est. Dix. *Part. 1. l. b. 4. t. 6. n. 22.* Opp. 4. Præscribitur huic actioni XXX. annis, *l. 7. C. h. t.* quod fit in personalibus: in rem actiones longo tempore finiuntur. Resp. Hypothecaria finitur etiam 30. annis, respectu naturæ boni possessoris, quæ tamen est in rem, *l. 7. C. de Præscr. 30. annor.* Plus coloris est in eo, quo tenetur debitores hereditarii hac actione conveniuntur: Debitores autem ex obligatione intelliguntur, tam ex contractu quam delicto, qui promiscue hereditatis petitione tenentur, *l. 14. h. t.* Sed hoc argumentum in supra *laudatum locum* perspicue refutatum, atque demonstratum est, debitorem, ex obligatione, nullo modo conveniri hereditatis petitione, sed ut possidentem jus & rem, quæ pars hereditatis est, ut differte in objectis legibus expressum legitur; idque nec aliter, quam si pro herede vel pro possessore possideat, ut docet *l. 24. h. t.* Propter eos, qui inde colligunt, hereditatis petitionem non dari adversus eos, qui negant Actorem esse heredem, hujus legis verba consideremus oportet. *Si debitor hereditarius non ideo nolit solvere, quod se dicat heredem;* hoc casu tenetur hereditatis petitione, non ut obligatus, inquam, sed, ut possessor quidvis alius; *sed ideo*, pergit Ulpianus, *quod neget, aut dubitet, an hereditas pertineat ad eum, qui petit hereditatem, non tenetur heredit. petitione.* Quid hoc? An is, qui negat aut dubitat, utrum hereditas pertineat ad petitorem, vel non, hac actione non tenetur? Ergone solus, qui concedit, quod Actor petit, obnoxius est huic judicio? Inæquum negotii adversum est. Tu ita hoc cape si; Qui non negat, se esse debitorem hereditarium, nec se pro herede vel possessore possidere contendit, sed ita ait: Fateor, me debere centum hereditati, nec heres sum; Cupio solvere, sed dubito, vel

se o

scio, te non esse heredem, ideoque male solverem: hic non tenetur heredit. Petitione; cum termini habiles hujus actionis deficiant, sed, ut debitor, actione singulari conveniendus est: Cæterum, si diceret, se pro herede possidere, negaretque enixe, possessorem esse heredem, is maxime petitioni obnoxius esset.

3. Hæc ad definitionem. Divisionem conficiunt tres Rubricæ, hujus & duorum sequentium titulorum inscriptiones, qui significant, Hereditatis petitionem esse primo vel Civilem, vel Possessoriam sive Prætoriam; deinde vel directam vel Fideicommissoriam; de quarum specierum differentia videbimus *ad seqq. tit.* Sed Hereditatis petitio est adhuc alio sentu *directa*, vel *utilis*. *Directa*, quæ superius definita est; *Utilis*, qua tenetur Emptor Hereditatis, *l. 13. § 4. & seqq. h. t.* ubi Ulpianus docet, hereditate a possessore vendita, sine dubio venditorem directa heredit. petitione teneri, quia adhuc heres est, omnibusque tenetur actionibus hereditariis, sicut ad *tit. de Heredit. vend.* videbimus, ibique *in posit. 5. & seqq.* demonstratum est. Emptor, cum pro emptore, non pro herede, vel possessore, titulum habeat, non potest teneri hac petitione universali; sed *utilitatis* causa receptum est, ut adversus malæ fidei emptorem, detur hæc utilis actio; imo etiam adversus emptorem bonæ fidei in certis casibus, ob æquitatem singularem, si res aliter petitori salva esse nequeat, *l. 13. § 4. &c.* Cum hac sententia committitur Rescriptum Severi & Caracallæ filii, in *l. 2. C. h. t.* ubi sic in *fine* habetur: *Emptor hereditatis singularum rerum jure convenitur*, id est speciali in rem actione. Conciliationem Donelli *19. Comm. 12.* quam sequitur Bronchorstius *1. miscell. 37.* refellit D. Wissenbach. *ad h. t. th. 17.* sed ipse aliam non suppeditat. Meminit in fin. theseos, emendationis Hotomanni, qui *d. l. 2.* addat voculam ETIAM. Atqui hæc particula non modo in Gothofredi, sed & in Rævardi, Charondæ, & glossati corporis editionibus extat, sine ulla varietate lectionis. Ab hac voce respondendi medium videtur alioqui facillimum, idque secuti sumus *in posit. 8. h. t.* Verum si vox *etiam* sit a manu emendatrice, per me quidem absit; imo dubitem, an locus ei manere possit, si recte speciem facti intelligo: quam si bene percipio, nesciam, an *nodus* ille *difficilis*, quem adhuc neminem solvisse feliciter, observat D. Wissenbachius, eadem difficultate molestus sit futurus.

4. Lex agit de fructibus hereditatis, emptæ per Mussum a possessore; si emptor sit malæ fidei, tenetur de fructibus in listincte; si bonam fidem habeat, tenetur a lite contestata; ratione addita: *Fructibus enim augetur hereditas, cum ab eo possidetur, a quo peti potest*, ut hic ab emptore Mussæo; qui proinde petitione hereditatis tenetur, ut & Impp. extra dubium supponunt. Addunt; *Emptor autem, qui proprio titulo possessionis munitus est, etiam singularum rerum jure convenitur.* In prioribus actum est, nisi omnia me fallunt, de emptore dimidiæ partis hereditatis, Mussæo, qui sic est universalis emptor; nam pars assis habet universi naturam, ut constat. Subjungitur; *Emptor autem, qui proprio titulo munitus est.* Particula *autem* est adversativa, requirit consecutionem prioribus oppositam. Priora sunt de emptore universali partis hereditatis; Ergo sequentia sunt de emptore rerum hereditariarum singularum, quem singularum rerum jure teneri, certum & notum est, ideoque ad superius quæsitum de emptore hereditatis non pertinet, verum inde alienus est emptor. Titulo igitur *proprio*, id est titulo peculiari, singulari, non generali, sed rei, quam emit, *Proprio*: sic *propriæ* actiones in *l. 36. ff. ad L. Aquil.* Lex Civitatis *propria*, id est specialis, singularis, *l. 21. § ult. ad Municip.* Forma *propria* agri, *l. 7. § 1. in fin. de A. R. D.* Eodem *titulo l. 26. § 1.* *Propria* qualitas, singularis, peculiaris. Denique, *proprium* nomen hominis, *propria* appellatio fundi, *l. 75. de V. S.* Tot alia, ut supervacuam esse probationem constet. Sed quid tum fiet, de particula ETIAM *in d. l. 2?* Eliminanda, si per crisin recepta est; nam si ultima verba sensum habent diversum a prioribus, τὸ etiam πρόσθετον; Si enim de emptore singularum rerum agatur, non potest συγχωρητικῶς dici, *etiam* rei vindicatione, *duntaxat* dicendum erat; utique si τὸ *etiam* cum primis cohæreat. Ergo si non est in vetustis editionibus ETIAM, exesto, & contrahantur emendationes, quod non est mali ominis. Si est antiqua ἀνθεντικῶς, commode potest accipi hoc modo; Emptor rei propriæ singularis, *etiam singularum rerum jure convenitur*, ut τὸ *etiam* non ad primam litis partem, sed ad proxime præcedentem referatur. Adde Vinn. 1. *Qu. c. 21.* & inprimis Struv. ad *h. t. th. 50.*

5. Necessum est igitur ad Hereditatis petitionem formandam, ut Possessor dicat, utrum pro herede, an pro Possessore possideat. Verum qui sic respondet, *ego possideo*, & cur Tu? *Quia pos-*

fideo. non potest ulterius urgeri, ut edat titulum specialem; sed Actor habet probandum, quo ipse jure sit heres, *l. u. C. h. t.* Non potest igitur esse Hereditatis petitio, ubi Reus non possidet res ullas hereditarias; quanquam sunt, qui se potiori jure dicant heredes. Exemplum; Maritus heres scriptus ab uxore, sciebat, cognatos uxoris contendere, testamentum esse nullum, propter aliud testamentum antiquum, sed clausula derogatoria munitum. Ipse possidebat res hereditarias omnes; & tamen vocabat cognatos in jus, petens se heredem declarari, & ipsos condemnari, ut sibi possessionem securam quietamque præstarent. Non rite fuisse actum, apparebat; nec enim possessor in rem potest agere, præterquam in negatoria servitutis, *§ 2. I. de Action.* Debuisset expectare, dum cognati ipsum convenirent petitione hereditatis, ac interim gaudere commodo possessionis, ut est juris; vel potuisset illos compellare ex lege *diffamari.* ut actionem suam instituerent, aut perpetuum silerent; quod in usum fori venit, quasi ex *l. 5. C. de ingen. manum.* Cognati Rei, licet exceptionem inepti libelli haberent, uti maluerunt Reconventione, qua ipsi contendebant, heredes e priore testamento declarari, & hereditatem sibi a marito, qui pro herede possidebat, restitui: quæ tunc erat ipsa vereque dicta hereditatis petitio, quam & obtinuerunt; estque simul id exemplum Hereditatis petitionis per Reconventionem factæ. Ita observatum in Curia suprema, in causa *Remeri Antonii, contra Johannem à Balk M. D. cum sociis, ante ferias natalitias 1680.*

6. In Senatus-Consulto ad Orationem Trajani condito, quod est in *l. 20. § 6. h. t.* cautum est, *ut qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint, quo minus possiderent, perinde condemnandos, quasi possiderent.* Ex quo factum est, ut malæ fidei possessores, qui dolo possidere desierunt, teneantur directa hereditatis petitione; quamquam in rei vindicatione, qui dolo possidere desiit, utiliter teneatur, ut ad *libr. sequ.* videbimus: Actiones enim, quæ ex ipsis legum verbis proficiscuntur, has esse directas, & quæ per consequentiam ex iis deducuntur, has utiles esse, pridem constat. Verum, quid si res hereditariæ jam sint distractæ, nec amplius extent, idque satis liqueat, an tunc etiam conveniri potest, qui dolo possidere desiit, ut hereditatem, id est res hereditarias, restituat, ac an ita potest condemnari? Posse oportet, si perinde condemnandus sit, ac si adhuc possideret, ut ait SCtum: imo qui dolo possidere desiit, tenetur ad *exhibendum*, etsi rem *ita corruperit, ne haberi possit*, etsi *vinum vel oleum effuderit, aut vas confregerit, vel fruges consumptæ sint.* qui dolo fecit, quo res minus extent, tenetur ad *exhibendum. l. 9. in pr. & § 1. D. Ad Exhibend.* Idem in Hereditate juris est; Qui res hereditarias dolo malo possidere desiit, etsi res non sint amplius in rerum natura, nihilominus recte convenitur, & condemnatur ad ipsas res hereditarias restituendas, *d. l. 20. § 6. & l. 25. § 12. h. & l. 150. de R. J.* quamvis hoc esse videatur *τῶν ἀδυνάτων ἐρᾶν, affectare impossibilia.* Placet addere exemplum. Femina nobilis excesserat heic e vivis, herede sorore, degente in Artesia. Agnata defunctæ, gnara, se non esse heredem, invaserat hereditatem. Eadem petito Commissario Curiæ, bona curavit describi, impensas fecit maximas, ipsa bona, præ manibus quæ erant, distraxit auctione publica. Supervenit Heres, convenit agnatam, petens, 1: heredem declarari, illamque condemnari ad hereditatem in pristinum statum sibique restituendam, sine mentione ejus quod interest: Id ita, ut petebatur, erat impossibile, nec deerant, qui inepte actum existimarent; Rea tamen condemnata est, secundum conclusionem, quæ recta & juridica existimata est, ante ferias O. S. 1679. in causa *Annæ Agnetis B. de Swartsonberg, viduæ de Hauteville, contra A. R. viduæ de S.* Tu dices; Jurisprudentia est civilis doctrina, non est civile *impossibilia imperare.* Nempe res loquitur, factum quod fieri non potest, resolvi in præstationem ejus quod interest, qua de re diximus in *Parte I. lib. 3. tit. 16. n. 5. & seqq.* vel potius ad æstimationem petitoris, jurejurando in litem, quod in casu doli præstatur, de quo *in lib. 12.* videbimus.

7. Tenetur igitur & possessor, & qui dolo malo possidere desiit, adeoque *si per multos ambulaverit possessio, omnes* tenebuntur, *l. 25. § 8. in fin. h. t.* Sed uno convento, an reliqui liberantur? Certe, si præsens possessor conventus res ipsas restituerit, nihil adversus alterum superest petendum. Si vero dominus ab illo rem non sit adeptus, nec id dubium, quin alter sit obnoxius judicio. Denique, si prius convenerit eum, qui dolo possidere desiit, ab eoque pretium cum eo, quod interest sua, non sit adeptus, nec ita est dubium, quin præsens possessor adhuc teneatur. Sed si vetus doli mali possessor cum effectu con-

ven-

ventus, solverit rei pretium cum eo quod interest, an tunc etiam præsens possessor adhuc conveniri potest? Ulpianus in *d. l. 13. § pen. in fine h. t.* tantum ait, veteri possessore prius convento, non liberari præsentem; de casu quo solvit, expresse non loquitur, & videtur bonæ fidei contrarium, idem bis peti ex eadem causa, *l. 57. de R. J.* Sed Papinianus in *l. 95. § 3. de Solution.* eundem casum tractans clare docet, si quidem is, qui dolo possidere desiit, *antea præstiterit, eam rem nihil prodesse possessori.* Ratio est ea, quod cum uterque teneatur, si dominus rem sit nactus, idem pretium quoque habeat, quod ideo rursus petere non potest, ut est in *l. 88. de V. S.* Si tamen prudenter consulant vetus & præsens possessor, illo convento, hic se adjungere, vel offerre potest liti, ut communi periculo una petitionis instantia defungantur, quod facere possunt, *l. 19. §13. & seqq. h. t.* Plura in hanc rem habet Cujacius 22. *obs.* 29. Donell. *19. Comment. c.* 12. Proinde si vetus possessor conventus litem solus exceperit, petitor hereditatis ex ipsius dolo cautam lucri habebit: quanquam aliter se res habet in Actione quod metus causa. Nam illic, si alius metum fecerit, alius rem possideat, eo qui possidere desiit, ad solvendum quadruplum adacto, possessor liberatur, *l. 16. in pr.* juncta *l. 14. § ult. D. Quod met. caus.* Cum tam varie? Actio quod metus causa, non est in rem, sed in personam, ab initio in simplum, ex contumacia in quadruplum ejus, quod interest ratione metus illati, quo semel præstito, cessat fundamentum ejus actionis: non æque forte cessabit in rei vindicatione, qua dominus, cui res extorta, adhuc contra possessorem uti posse videtur, *arg. dd. ll.* Aliud, quam supra dictum est, docet Cujacius juris esse, quando Actori electio agendi adversus hunc aut illum datur; Tunc enim electo uno, scitum est, alterum liberari, *d. cap. 29.* Verum in hac specie non datur alternativa petitio, sed utrique teneri dicuntur, ut demonstratum est.

8. Si quis sine dolo, sed culpa possidere desierit, eum quoque teneri, Paulus ait in *l. 19. § pen. de R. V.* ad æstimationem scilicet, salvo cessionis beneficio, *l. 67. de R. V.* quod intelligendum, si post litem contestatam evenerit, aut post condemnationem, *l. 68.* juncta *l. 27. § 1. & seqq. eod. tit.* nec enim ante litem contestatam, bonæ fidei possessori culpæ nomine, dum re sua se credit abuti, quicquam imputari potest, *l. 25. § ult. h.* quadere *ad tit. de R. V.* rursus agendum erit.

9. Diximus, etiam eos, qui se liti obtulerunt, Hereditatis petitione teneri, idque verum est, etsi non possideant, *d. l. 13. § 13. h. t.* sed hoc limitatur, *nisi evidentissimis probationibus possit ostendere, actorem ab initio litis scire, eum non possidere, quippe isto modo non est deceptus.* Magisque est, ut tunc nihil egisse videantur Actor & Reus, quando litem contestati sunt, scientes, rem extum habere non posse. Quid autem, si, cum verum possessorem ego convenire vellem, alius se liti obtulerit & possidere dixerit, an non condemnabitur, eo quod sciverim, illum non possidere? Imo *condemnabitur omnimodo*, utpote qui intervenerit pro altero eumque defendendum susceperit, *l. 27.* juncta *l. 15.* cum *l. sequ. de Rei vind.* quæ ad usum hujus rei forensem recte intelligendum pertinet observatio.

10. Heredem, lite pendente, nihil alienare, vel res hereditarias minuere posse, imo nec *antequam lis inchoetur, si modo controversia erit*, Divum Pium rescripsisse, refert Ulpianus in *l. 5. h.* Controversia vero sine contestatione litis, inchoatur in jus vocatione, libelli datione, prius adhuc denunciatione, quin & comminatione litis movendæ, aut protestatione, *l. 7. de Inoff. testam.* Cautione tamen interposita, permitti potest alienatio, vel diminutio, aut causa cognita, propter necessitatem, vel evidentem utilitatem: Aut etiam sine causæ cognitione, si possessor pro *omni quantitate hereditatis satisdet*, *d. l. 5.*

11. Hactenus de personis. Sequitur de rebus, quas hic universæ hereditatis respectu considerabimus: de parte, vel de rebus singulis *ad sequ. tit.* visuri. Diximus, hereditatem hic primo quidem jus hereditarium, quod sine ullo corpore *juris* intellectum habet, significare, *l. 50. pr. h.* de in res universas a defuncto relictas, cujusmodicunque futuræ sint; non modo corpora hereditaria, *l. 19. in pr. h. t.* sed etiam jura & actiones, ut *antea* dictum, quatenus faciunt partem universitatis; non respectu obligationis, nec cum iis qualitatibus, quæ ex post facto e natura obligationis oriuntur, ut est duplum in L. Aquilia, *l. 20. § 4.* Servitutes etiam prædiorum excipiuntur, quia non habent facultatem, ut earum nomine quicquam restituatur, *l. 19. § ult.* personales servitutes, quia morte sunt extinctæ, non venire in petitionem, eadem illarum natura satis indicat. Imo res defuncto pignori datæ, & quod amplius est, commodatæ, depositæve, in hoc judicium veniunt: de pignoratis non est mirum, quia datur in rem

actio de illis, adversus quemlibet possessorem; sed de reliquis non datur actio, nec augent patrimonium; attamen quia periculum earum ad heredem pertinet, interest ejus, res habere, quo repetenti domino eas restituere possit, ad quod defunctus tenebatur, *d. l. 19. in pr.* Hereditatis igitur petitio est aliquid retis instar, quod ejectum non modo pisces omnis generis, sed etiam minutias & quisquilias attrahit, rete tamen est uniforme totum; Hereditatis petitio, (liceat uti jocularia comparatione,) quaslibet res omnisque generis præstationes comprehendit, ipsa tamen actio in rem est & manet uniformis; quod ad priorem quæstionem, *an sit actio mixta*, referendum.

12. Porro non modo res hereditariæ, ut a defuncto relictæ sunt, petuntur, sed etiam accessiones & quælibet augmenta, quæ deinde hereditati accesserunt, *l. 20. § 3.* modo ex ipsa hereditate, non quæ extrinsecus personæ possessoris accedunt, *d. § 3.* Nam etsi præstationes personales non minus in petitionem, quam res ipsæ hereditariæ veniant, debent illæ tamen præstationes ex ipsis rebus proficisci, ut sunt pretia rerum ex hereditate distractarum, & pecuniæ a debitoribus hereditariis exactæ, *l. 25. § 18. h.* Nam si possessor emerit servum hereditariis pecuniis sua causa, vel si ex pecuniis hereditariis emerit alias res non necessarias, hæ non veniunt in petitionem, sed ipsa pretia tum restituenda sunt: quemadmodum &, si pretia in locum rerum succedant, si tamen venditio non necessaria fuerit, ipsæ res sunt restituendæ, *d. l. 20. § 1. 2. 3. 10.*

13. Inter accessiones inprimis reputantur Fructus, de quibus, & eorum differentiis, *alias* actum. Heic loci summa distinctio est inter bonæ & malæ fidei possessorem, & de hoc quidem primo videndum. Qui malam fidem habent, tenentur ad omnes fructus restituendos, non modo quos perceperunt, sed etiam quos percipere debuerunt, & neglexerunt, *l. 25. § 4. h. t.* non tamen in *usuras* pecuniæ, quam non attigerunt, *l. 2. § 14.* Est autem malæ fidei possessor, qui *scivit, hereditatem ad se non pertinere*, ut est in relatione Trajani, sive denuntiatum ei sit, vel secus, *l. 20. § 6.* habeturque etiam pro mala fide scientia superveniens, etsi ab initio bona fides adfuerit, *l. 25. § 5.* sed error juris ab hac nota immunis est, *d. l. 25. § 6.* quod utrumque differentiam ab usucapione constituit, ut *in loco* vidimus ad *tit. Inst. de Usucap. n. 6.*

SCHOLIUM.

Imo nihil est secus. Et ad l. 31. pr. de Usuc. *jam respondi supra* ad Instit. de Usucap. posit. 9. *Quod vero* l. 32. § 1. de Usuc. *attinet, distinguo: vel is, qui in jure errat putat subesse titulum ipsum, cum tamen sit injustus, & hic prolone sua possessore habetur, tam in hereditatis petitione*, d. l. 25. § 6. *quam in usucapione*, arg. § 2. Inst. de usucap. *vel putat, subesse titulum injustum, cum subsit justus, & hic sane nullum esse potest dubium, quin possideat mala fide*, d. l. 32. § 1. *quod nec in hereditatis petitione aliter obtinebit*, arg. d. 25. § 6.

RESPONSIO.

Nobis sufficit, eum, qui errat innocenter in jure, fructus posse lucrari, usucapere non posse, quod discrimen est extra controversiam, d. l. 31. in pr. & l. 32. § 1. *de qualitate malæ fidei non valde contendam, magisque probiberi usucapionem ob defectum tituli, quam ob malam Fidem, pati possim.*

N. ADDIT.

Initio Scholium istud prius, non debebat ab Autore in Prælect. ad Instituta supprimi. Sententiam ejus dedimus supra ad Instit. ad tit. de usucap. § 5. prælect. *Deinde scholium præsens in positionibus non erat adjectum talibus verbis, qualibus subjicit hic Autor, per quæ sensus scholii mei turbatur, & ita ab Autore effugium aliquod in responsione quæritur. Verba, quibus tum in posit. 13. scholium illud adjeceram, ita se habebant.* Bonam fidem habere videtur & is, qui in jure erravit, *l. 25. § 6. hic.* quod secus est in usucapione, *l. 31. l. 32. § 1. de usuc. Si igitur verba sic ponantur, patet, Autorem in responsione plane mutasse statum controversiæ, adeoque illud:* nobis sufficit &c. *hoc facto omnem gratiam amittere.*

Cæterum, quia per litis contestationem possessor fit certior, hereditatem ad se non pertinere, si causa perversa deprehendatur, ab eo tempore motæ controversiæ, id est a traditione libelli mala fides inchoatur, § 7. *d. l. 25.* quæ non pugnare videbimus. Hæc de prædone, sive de malæ fidei possessore, qui in hac actione promiscue accipiuntur, *d. l. 20. § 6. & d. l. 25. § 5.* quanquam alias prædo a malæ fidei possessore differat, quod ille titulo careat, *l. 11. & 12. h. t.* hic saepe titulo instructus est, sicut eum, qui sciens emit rem alienam, malæ fidei possessorem esse, nec tamen appellari prædonem, ex usucapionis doctrina constat. Verum titulus heredis, qui hic unicus est, (nam pro possessore titulus, est *non titulus*, renegatio tituli, *d. l. 24.*) venire debet e testamento, vel

vel ab intestato: & quando quis neutro jure se intelligit esse heredem, necessario nullum habet titulum, atque ita non potest heic esse malæ fidei possessor, quin idem recte Prædo appelletur.

14. De bonæ fidei possessoribus censuit Senatus, eos esse condemnandos *usque eo duntaxat, qua locupletiores ex ea re facti essent, d.l. 20. § 6.* quod tam de rebus ipsis, *l. 22. h.t.* quam de fructibus accipiendum esse, docetur in *d.l. 25. § 11.* eaque in re notabilis est proprietas hujus Actionis præ singulari vindicatione. Nam quia rei vindicatio datur in corpus ipsum rei petendæ, quod designandum est, *l. 6. de R.V.* de fructibus, qui evidenter non sunt pars rei, non aliter, quam ut Judex eorum ex officio rationem habeat, agi potest, *§ 2. & 3. Inst. de Off. Jud.* sed fructus ab hereditatis possessore percepti, augent ipsam hereditatem, ejusque partem constituunt, non modo fructus, inquam, ipsi, sed etiam lucrum inde superstes; quod in locum ipsorum corporum succedit, *d.l. 22. h.t.* Hereditas est creatura capax omnium rerum, & augmenta & diminutiones recipiens, ut tamen eadem maneat, ejusdemque naturæ semper intelligatur, *d. § 2. & § 3.* Quæ res in singularum rerum petitionibus longe aliter se habet: Etenim si quis pro pecunia mea deposita res alias comparaverit, non possum eum cogere, ut ullam earum rerum mihi tradat, *l. 6. C. de R.V.* quia pretium non succedit in locum rei, ut in hereditate commodissime fieri, probatum est, ac elegantter a Juliano adfirmatur: *Licet res, quæ in hereditate fuerant, apud heredem non sint, tamen pretium earum, LOCUPLETEM eum vel facit vel MUTATA SPECIE faciendo, perinde obligat, ac si corpora ipsa in eadem specie mansissent, l. 18. in fin. D. Quod met. caus.* Hactenus igitur hæc differentia constat; fructus & lucrum ex hereditate redactum, sunt pars ipsius hereditatis, ipsaque hereditatis petitione comprehendi possunt. Rei singularis in judicium deductæ pars non sunt, nec eadem actione recte petuntur; An autem lucrum e fructibus redactum, & superstes omnino, in rei vindicatione peti nequeat, ad *librum sequ.* videndum.

15. Sequitur Quæstio, quam verbis Wissenbachii nostri proponam. *Sed quod tempus est spectandum, ut bonæ fidei possessor dicatur locupletior factus, & eo nomine teneatur? An tempus litis contestatæ? non, sed rei judicatæ, l. si a domino. 30. § pen. D. d. t. de Heredit. petit. Hoc responsum Pauli ita comparatum est, ut pene totum hunc titulum evertat; sic otiosum erit, quod Ulpianus ait, in l. sed etsi. 25. § 7.* post litem contestatam omnes incipere malæ fidei possessores esse, omniumque conditionem parem, & pro prædonibus, teneri; *quodque Paulus in d.l. illud. 40. pr.* Petitori omnia restituenda esse post litem contestatam, quæ habiturus esset, si tempore litis contestatæ res esset restituta. *Fingamus, possessorem tempore litis contest. fuisse locupletiorem, rei vero judicatæ lapsum facultatibus: secundum d.l. 36. istius lucri nulla habebitur ratio. Fatendum omnino, aut vitium scripturæ esse in d.l. 36. aut Paulo vel Triboniano in relatione hujus sententiæ somnium olfecisse, ait Lonellus 19. Comm. 14.* Ita D. Wissenbach., nimis promptus, ut quod res est dicere liceat, ejiciendis duabus sacris anchoris, quæ sunt emendatio Lectionis Florentinæ, & Confessio Antinomiæ. Si maxime sententia *d.l. 36.* ferret eam consequentiam, quæ ab illo nectitur in versiculo *fingamus &c.* tamen essent diversæ Quæstiones. Foret enim in legibus oppositis Regula, & ejus limitatio. Regula; *post litem contest. fructus percepti sunt restituendi.* Limitatio; *nisi ante sententiam, cum necdum constaret, an esset injustus possessor, sine dolo desierit esse locupletior.* Hæc mihi non videntur inter se pugnare; latin, cum aliis juris articulis convenirent; videndum foret. Sed aut ego nihil video, aut simplex ex his locis doctrina colligitur hujusmodi; Post litem contestatam omnes incipiunt esse malæ fidei possessores, & desinunt lucrari fructus. Hic articulus est initium malæ fidei certissimum: sed idem non potest esse tempus, quo spectatur, utrum possessor sit locupletior, vel non; quia potest ac solet fieri, ut deinceps hereditas novis emolumentis augeatur; quæ non debent ejus commodo, sed petitoris cedere. Expectandum igitur tempus rei judicandæ; quicquid interea lucri accesserit, id petitori prodesse, sciendum est; si quid decesserit, jus ejus non minuetur; quia malæ fidei possessori mora hæc prodesse non debet, *l. 173. § 2. de R.J.* & sufficit, semel perveniisse ad heredem, ut de Actione *Quod metus causa.* prudem intelleximus. Etiam ad tit. *de condictione triticaria* videbimus, in æstimatione facienda, litis contestatæ & rei judicandæ tempora non esse puncta temporum, sed terminos, quo usque se referat æstimatio; secus ac aliis visum est. Thomasius tamen, modo dictam æque esse vult *antinomiam.*

SCHO-

SCHOLIUM.

Nec mirum. Est enim alter textus Pauli, alter Ulpiani. Quod vero conciliationem Autoris attinet, nescio an ea dubium tollat. Si enim malæ fidei possessor omnes fructus restituit, non saltem eos, quorum ratione locupletior factus est, & bonæ fidei possessor post litem contestatam incipit malæ fidei possessor esse, non potest dici, quod bonæ fidei possessor restituat saltem illos fructus, quorum respectu tempore rei judicatæ locupletior est. Aliter respondet Struv. h. t. th. 38.

RESPONSIO.

Bona verba, quam ut Paulum & Ulpianum tam facile ponamus in Pandectis esse contrarios. Argumentum Thomasii occupatum est eo, quod diximus, continuationem temporis ad usque rem judicandam, facere ad onerandum, non ad allevandum m. f. possessorem. Struvii responsio prior coincidit cum nostra; Posterior, quæ vult, m. f. possessorem, qui post litem contest. fuit, & rursus desiit esse locupletior, hactenus non teneri, ratione Thomasii urgetur. Est apud Struv. d. Ex. th. 55.

N. ADDIT.

Hæc nunc quidem minus habent dubii: Præprimis cum ex adducto loco Wissenbachii pateat, Paulum, si crude accipiatur, non solum Ulpiano, sed & sibi contradicere. At tum quidem istam perspicuam doctrinæ Autoris declarationem divinare non poteram, cum in positionibus, quibus adjectum erat istud scholium, hæc saltem scripta forent. Tempus, an sit locupletior, spectandum est, cum res judicatur, *l. 36. § p. h.* sed b. sit an m. fidei possessor, hoc ab initio & omnino tempore litis contestatæ spectatur, *l. 25. § 7. l. 40.* quos textus desperatæ conciliationis habet D. Wissenbach.

16. Meliori jure pro antinomia haberi posse videbatur, quod modo diximus, malam fidem per litis contestationem acquiri, ex *d. l. 25. § 7. & l. 40. in pr. h. t.* comparatum cum eo, quod a Juliano scriptum est in *l. 25. § ult. de Usuris. Bonæ fidei emptor, quod ad percipiendos fructus, intelligi debet, quamdiu fundus evictus non fuerit*, id est, usque ad exitum judicii: nam per sententiam rem evinci, neque prius, dubium non est. Hanc quoque irreconciliabilem esse difficultatem, adsentitur Leonardo Lessio D. Wissenbach. ad *tit. de R. V. n. 19.* sed me nondum pœnitet responsionis, quam in positione 16. ad *h. t.* dedimus; Julianum magis de facto, quam de jure percipiendi fructus, loqui: Bonæ fidei possessor conventus opponit se, disceptatur; quamdiu sub judice lis pendet, non est malæ fidei convictus; potest fieri, ut absolvatur, & tum bonæ fidei manebit. Interim ergo fructus percipit, si condemnetur, restituendos; si absolvatur, pleno jure retinendos. Proinde quamdiu fundus evictus non fuerit, pro bonæ fidei possessore habendus est, verbis *d. l. 25. § ult. tamdiu acquiret, quamdiu evictus non fuerit.* Illud facilius expedit D. Wissenbachius, quod malæ fidei possessor fieri dicitur a lite contestata, *ll. modo citatis, & l. 91. § ult. de legat. 1.* imo a mota controversia, *l. 25. § 7. h. t.* rursus a tempore scientiæ, *l. 23. § 1. & l. 48. § 1. de acquir. rer. dom.* Tu dic; malæ fidei possessor est, statim ac scit, rem a se possessam esse alienam: ergo sane etiam a tempore litis contestatæ, imo statim a mota controversia; quia tum certior est factus; nec aliter extat *l. 20. § 10. & l. 25. § 7. h. t.* quarum rerum pugna vix in speciem aliqua se prodit.

17. Secundum fructus, impensarum habenda ratio, de quibus hic prima nobis agendi occasio datur. Has in jure triplices reperimus, necessarias, utiles, voluptuarias, *l. 1. de Impens. in res dotales.* Necessariæ sunt, sine quibus res *nec esse* potest, & quibus non factis, res aut peritura, vel deterior futura sit, *l. 79. de V. S.* ut aggeres facere, ædificia fulcire, & similia, *l. 1. § ult. l. 2. 3. 14. d. t. de Impens.* Impensæ utiles sunt, per quas res melior & fructuosior est facta, ut in hortis putatio, in agris stercoratio, in domo adjecta dextra, fenestræ, aliaque commodioris habitationis causa facta, *d. l. 79. l. 5. § ult. & l. 6. d. t. de Impens. dot.* Voluptuariæ habentur, quæ speciem duntaxat ornant, non etiam augent fructum, ut sunt viridaria, aquæ salientes, picturæ, tectoria, & id genus alia, *l. 7. & l. 14. eod. tit. de Impens.* Quatenus autem impensæ a possessoribus serventur, haud facilis quæstio decisionis est, nos hoc loco, quod leges de Hereditatis petitione suggerunt, collocabimus, eaque deinde cum rei vindicatione comparabimus; ex qua collatione speramus, aliquid lucis huic intricatæ materiæ adfluxurum.

18. Quando possessor ad fructus restituendos compellitur, habet primo deductionem impensarum, quæ fiunt fructuum quærendorum, cogendorum, conservandorumque gratia, idque tam in malæ, quam in bonæ fidei possessoribus, etsi fructuum nihil inde, sine culpa sua, perceperit, tamen uterque repetit impensas, *l. 50. § ult. & l.*

& l. sequ. h. De reliquis, non fructuum gratia, factis impensis, plus erat dubii respectu malæ fidei possessoris; sed prævaluit benignior sententia, quod in prædonis etiam persona rationem impensarum haberi oporteat, utilium & necessariarum; idque officio judicis, etsi non opponatur exceptio doli, continetur; hoc saltem discrimine, quod bonæ fidei possessor indistincte impensas deducat, licet res non extet, in quam eas fecit; sed malæ fidei possessor non aliter, quam si res sit melior, *l. 38. h. t.* idque exemplo Tutoris & Curatoris, in quibus non eventus, sed propositi sit æstimatio, illustratur. Quod autem de voluptuariis impensis? Has etiam a bonæ fidei possessoribus servari, non a prædonibus, diserte scriptum est in *l. 39. §1. h. t.* ubi malis possessoribus conceditur licentia tollendi voluptuarios sumptus, quatenus sine rei detrimento tolli possunt, *cf. l. 38. in fine.*

19. Hæ positiones nihil adhuc habent difficultatis, nec animus est illis opponere, quæ de singularibus judiciis aliter in diversis legibus scripta reperiuntur: sumus enim persuasi, cum hereditatis possessore liberalius agi, quam cum possessoribus rerum singularium. 1. In eo, quod ille deducere potest utiles impensas, si bonæ fidei, indistincte; quod in rei vindicatione possidenti non aliter indulgetur, quam si res sit melior. 2. Quod possessor hereditaris, si bonus est, impensas quoque voluptuarias deducit; quas possessor rei singularis duntaxat tollere potest. 3. Malæ fidei possessor utiles etiam impensas deducere potest, si res sit melior. In rebus singularibus nihil aliud, earum respectu, quam tollendi facultatem habet, quemadmodum *ad tit. de Rei Vindicat.* probabimus, & hic visum est præsumendum. Ratio harum differentiarum, nescio an aliis, (qui leges diversimode loquentes perplexe admodum interpretantur,) explicata, hæc esse videtur: quod judicium universale, quale est Hereditatis Petitio, largiores præstationes manumque liberaliorem, quam singularium rerum persecutio, recipit ac admittit.

TIT. IV

Si pars Hereditatis petetur.

I. Quo sensu possessor partis, aut rei singularis, hereditatis petitione ex asse teneatur. II. Non posse peti partem hereditatis, ejusque partis designationem, imo libello. III. Quando cohæres in utero est, quota pars interim petenda sit, ubi de lectione, an emendatione, L. 3. h. t.

NIhil autem interest, utrum aliquis ex asse heres institutus, totam hereditatem, an ex parte heres institutus, eam partem petat. Nam & hoc casu eadem observantur, quæ in totius hereditatis petitione diximus, ut huc, paucis mutatis, transferamus, quod Imperator in *§ 8. Inst. de Fideicommiss. Heredit.* scribit. Quod juris est in toto, quod ad totum, idem juris est in parte, quod ad eam partem. Eaque similitudo longius procedit, quam alioqui ratio ferre videretur. Nam sicut ab eo, qui totam hereditatem possidet, tota petitur, sic ab eo, qui partem tenet, pars duntaxat petenda videbatur. Sed contrarium placuit, ut licet Reus unam rem possideat, qui tamen heres est ex asse, totam hereditatem ab illo vindicare debeat; quod ut παράδοξον sit, non tamen est παράλογον. Non hereditatis petitio bimembris est, ut *initio præced. tituli* diximus; primo petit Actor, ut Heres declaretur, ex asse, vel ex parte qua jus ipsi est; Secundo loco, ut possessor res a se detentas sibi restituat, totas, si Petitor ex asse sit heres, aut pro parte, qua ipsemet heres est. Nec aliter petitio institui potest, quam ut Actor eam *non metiatur ex eo, quod possessor occupavit, sed ex suo jure*, ut habetur in *l. 1. §1. h. t.* quo secundum hanc proportionem restitutio singularum rerum fiat. Ponamus esse, qui rem unam hereditariam possidet & retinet, eo quod se heredem esse dicat: cum ego sim heres ex asse. Ago hunc in modum. Peto me heredem ex asse declarari, eamque rem ad hereditatem pertinentem mihi totam restitui. Si pro semisse sim heres, petam, me pro semisse heredem declarari, dimidiamque partem illius rei hereditariæ mihi restitui, ac ita in cæteris. Ex hac observatione, variorum casuum decisiones dependent elegantes, de quibus videsis *l. 1. § 2. & seqq. h.* notatuque sunt digni casus in *§ 3. & 4.* ubi ad cir-

circuitum vitandum ordo actionum naturalis contrahitur & in unum reducitur, quod *in foro* sæpius usu venit alias. Vid. Saint. 3. 12. 27.

2. Præterea notandum, partem hereditatis tanquam pro indiviso peti posse; si quis distinctam velit habere partem, Familiæ erciscundæ agere debet, *l. 6. h.* Quanquam autem in Foris nostris actionum conjunctio frequens est, hæ tamen, ut quis primo sese heredem pro parte declarari, deinde partem adsignari certam petat, eodem libello initiari non possunt; quia non bene conveniunt, & confusionem pariunt, quæ officium arbitri postulat, *d. l. 6.* Quid si Primus & Secundus Hereditatem possideant, Tertius & Quartus singuli pro semisse heredes se dicant; an Tertius Primum, Quartus Secundum convenire, suasque a singulis partes petere possunt, quo deinde non sit opus familiæ erciscunda? Non possunt. Verum Tertius a primo & secundo partem dimidiam, Quartus ab iisdem suam partem exigere debet: quia Primus & Secundus pro indiviso possident, non hujus aut istius, sed utriusque partem, *l. 1. §. 1. h. t.* Denique, si possessor partem hereditatis defendere, partem vero cedere velit, potest uti commodo suo, *l. 3. h. t.*

3. Partem incertam aliquando peti posse, docet Ulpianus in *l. 1. §. ult.* ut, si defunctus reliquerit fratris filium, & alii fratris filii defuncti reliquerint uxores prægnantes, si tum primus exitus uteri nolit expectare, is partem petere potest incertam. Tu dices, cui bono, cum nihil auferre queat? usus erit, si negetur heres esse Primus, ut posthumis natis, in promptu sit divisio. Potest tamen etiam, dum uterus expectatur, coheres petere certam partem; sed quotam? potest, aut possunt, unus, duo, tres, quatuor, quinque nasci. Placuit medietas, ut quasi tribus nascituris, pars quarta petatur, *l. 3. h.* *Ubi* Exemplum tergeminorum memoratur his verbis; *Sed & trigeminos Senatores cinctos vidimus Horatios.* WISSENBACHIUS noster *ad h. tit. n. ult.* hæc verba in gravi mendo cubant, *ait*, non uno argumento. Sunt, qui ita emendent; *Sed & trigeminos servatores cuncti vidimus Horatios.* Sunt qui: *& trigeminos Senatores Quintilios vidimus.* Denique alii; *Sed & trigeminos Senatores Cincios vidimus.* Plane Horatios librariorum incuria irrepsisse, Historiæ Romanæ fides satis superque probat; *Hactenus* ille. Budæus tamen emendationum alioqui facilis, nihil in his verbis desiderat, nisi quod Florentinus liber pridem edocuit; cum Budæi tempore, vulgata haberet *tres geminos*, pro *ter* vel *tregeminos*, ut Florentiæ est, item *cunctos* pro *cinctos.* Scilicet, hodie Florentina sola vulgata est. De Horatiis nihil mutat Budæus, etsi credat, alios fuisse, quam propugnatores Romani Imperii, tergeminos fratres, de quibus Livius *lib. primo.* Sed alii plus vitii latere credunt; *Cincti* e; itneron male convenit Senatoribus, ait ex Cujacio Gothofredus ad *h. l. 3.* Profecto si quid in re historica sanationis adferri potest libris nostris, erit quod grato id animo agnoscamus: In universum tamen τὸ ἀκίνητον ἄφεναν, *Si non est vitiosum, cur stare prohibetur? est in l. 27. C. de Testam.* Nobis ita videtur: *In d. l. 3.* loquitur ut de re notissima Paulus; Cum retulisset exempla peregrina, *Peloponesi, Ægypti, ex auctoribus non levibus*, domesticum adfert exemplum, rei vulgo, inquam, notæ, Horatiorum. Sic instituit; Ne de rebus externis, solis credamus peregrinis scriptoribus, ipsi *vidimus* Romani, *tregeminos Senatores* (Senatorii ordinis & stirpis, ut Budæus accipit,) *cinctos*, armatos, *Horatios.* Cincti enim, qui in *procinctu* pugnandi sunt; Plinius *lib. 7. epist. ad Ruf.* *Sunt in castris, sicut in theatris, plures cultu pagano: quos cinctos & armatos invenies.* Ita Gothofredi objectio remota est, ut nec *Cinciis* e tenebris opus sit productis. Nam quod Senatores in castris militandi causa sæpe reperti sint ita accincti, nemo dum probem, expectat, scilicet viros Senatoriæ stirpis, quales fuisse Horatios, dubium non esse puto; si quid tamen mutandum esset, qui pro *Senatores* malunt *servatores*; iis minus valde refrager, etsi magis est, ut non sit. Quamobrem Horatii sint expungendi, quod D. Wissenbach. ex historia Romana dicit esse necessarium dictu; ego nihil video, quam τὸ *vidimus*: quod de Paulo cum suis coætaneis intelligi non posse, palam est. Mihi plane Paulus externis populis opposuisse videtur Romanos; de quibus, ipse Romanus, in prima persona loqui potuit non inconcinne. Locum de superfœtatione, quem attingit Paulus *in d. l. 3.* & quem Budæus fuse prosequitur, nos Medicis relinquemus.

TIT.

TIT. V.

De Possessoria Hereditatis Petitione.

Quid sit. Quo sensu Possessoria Hereditatis Petitio non sit judicium Possessorium, sed Petitorium, explicatur.

HÆc Hereditatis petitio *datur Bonorum Possessori*, id est *Heredi Prætorio, adversus eumdem, & eodem cum effectu, quo petitio civilis*, de qua adhuc actum est, *l. 2. h.* Quam varie *Possessionis* vocabulum accipiatur, non est hic locus edisserendi; sed duas significationes alibi traditas oportet hic adnotemus. Unam, qua vocatur detentio rei corporalis, cum animo sibi aut aliis eam habendi, quemadmodum de ea tractavimus *in Part. I. Lib. 2. tit. 1. n. 43.* Alteram, qua significat successionem Prætoriam in universa defuncti bona; quomodo de illa fuit actum *in Parte I. Lib. 3. tit. 2. n. 10.* Et hoc sensu nihil revera differebat ab Hereditate; tantum quod Hereditas est Juris Civilis; Bonorum possessio Juris Prætorii successio, pro illis, qui lege XII. tabularum fuerant omissi. Respectu primæ significationis, Judicia dividuntur in *Petitoria & Possessoria*. Petitoria, quæ dantur ex Jure *in Re* ad restitutionem, aut ex obligatione, ad dationem vel factum. Possessoria sunt, quibus agitur ex jure possessionis, ad detentionem rei adipiscendam, retinendam, vel recuperandam, ut *Parte I. tit. de Action. n. 39. & ad tit. præced.* demonstratum est. Hinc facile judicari potest, sitne Possessorium Hereditatis Petitio, de qua in hoc titulo, Judicium Petitorium, an Possessorium: Etsi enim vox *Possessoria* facit præjudicium, tamen quando monetur, Possessorium dici non a Possessione, quæ est *detentio*, unde judicia possessoria censentur; verum a Possessione, quæ est successio juris Prætorii, quæ est jus in re, & plenum acquisitionis effectum tribuit, facile existimatur, Possessoriam Hereditatis Petitionem non facere judicium Possessorium, sed vere id esse Petitorium, tribuens Actori jus plenum atque perfectum. Nam plane ita est, ut Cajus scribit *in l. 2. h. t.* per hanc *Hereditatis petitionem, tantumdem consequitur bonorum possessor, quantum superioribus civilibus actionibus heres consequi potest.* Hæc est summa Tituli; Proinde quæ ad præcedentem dicta profligavimus, huic ἀπὸ κοινοῦ repetenda intelliguntur.

TIT. VI.

De Fideicommiss. Heredit. petit.

Quid sit Fideicommissaria Hereditatis Petitio, & quomodo Fideicommissarius, qui non est Heres, agere possit Hereditatis Petitione.

SIcut Possessoria Hereditatis Petitio nihil habet singulare, nisi quod Heredi Prætorio, qui Bonorum Possessor dictus est, datur; ita hæc quoque Fideicommissaria Petitio *recipit eadem, quæ Civilis*, de qua modo absolvimus, *l. 2. h. t.* Datur enim *Heredi* fideicommissario, cui ex fideicommisso restituta est Hereditas, adversus eosdem, & cum eodem effectu, quo de Civili Petitione dictum est *superius*. Non datur adversus fiduciarium, qui ad hereditatem restituendam tenetur; nam modus illum cogendi, præscriptus est in Senatusconsulto Trebelliano, quod expositum est *ad tit. Inst. de Fideicommiss. Heredit.* Competit igitur adversus tertium Hereditatis Possessorem, *l. ult. § 1. h. t.* Enimvero Fiduciarius manet Heres, & Fideicommissarius qualitatem Heredis non consequitur, ut e dictis *ad præced. tit.* jam pridem constat. Unde igitur causa petendi Hereditatem, quod nemo facere potest, quam qui e Testamento, vel ab intestato est Heres? Responsum suggerit Ulpianus; *ex Senatusconsulto, ex quo Actiones transeunt*, quod est vetus Trebellianum, ut ex his, quæ ad memoratum titulum sunt exposita, constat. Nam illud Senatusconsultum vi legis indubitata, non modo actiones singularum rerum; sed ipsam maxime universalem Hereditatis Petitionem Fideicommissario præstat, *d. l. 2.*

LIB. VI.

TIT. I.

De Rei Vindicatione.

I. Vindicationis etymologia, ritus antiquus & significatio juridica. II. Definitio & natura hujus Actionis per articulos explicatur. III. Contra quem detur, & quid juris, si possessor absit, aut si præsens neget se possidere. IV. Teneri & eum, qui post litem contestatam possessionem adeptus est. V. An etiam, si post Lit. Cont. possidere desierit, & reum, an possideat, dicere cogi. VI. De rebus, quæ possunt vindicari; liberi an possint, non res pecunia nostra emptæ; nisi quod de rebus dotalibus pecunia uxoris emptis dubium est. VII. Quicquid de re supersit, etiam peti posse. VIII. De fructibus restituendis summatim. IX. Item de lucro e fructibus superstite. X. De impensis e fructibus deducendis, ubi de sensu l. 65. h. t. & differentia hujus actionis ab hereditatis petitione, quod ad impensas. XI. Secunda Differentia. XII. Tertia differentia. XIII. Exitus hujus judicii pro natura actionum arbitrariarum, & explicatio l. 68. h. t. XIV. Possessorem damnatum, non posse negare restitutionem propter jus pignoris, aut aliud, quod in Re ab ipso restituenda sit constitutum.

POst Hereditatis petitionem quæ est universale Judicium, sequitur in Rem actio singularis, quæ Rei *Vindicatio* dicitur, *l. 1. pr. h.* Vindico, quasi *vim dico*, proprie significat *ulciscor* & *punio*. Ita *Vindicatum in noxios*, Sallustius; Judex *vindicare delictum* dicitur, *in l. 1. de Obseq. Parent. Vindicta Majestatis publicæ, l. 33. de Injur. & alibi passim.* Pecuniariis causis proprium est *jus dico*, cum oppositione ad *vim dico*. Inde latius producta vindicationis vox, non tantùm ad ultionem privatam, quæ per *vim* fit; sed ad omnia, quæ manu & quasi *per vim* administrantur; qualis est etiam petitio rei nostræ ab alio possessæ, & quam veluti per vim & manum, exercitam fuisse, docet in *orat. pro Mur.* Cicero, ubi formulam *petitionis Rei suæ* refert hanc fuisse; *Fundus, qui est in agro, qui Sabinus vocatur, eum ego ex Jure Quiritium meum esse ajo. Inde ego te ex Jure manu consertum voco.* Respondebat possessor: *Unde Tu me Jure manu consertum vocasti, inde ego te revoco.* Sequebatur confertio manuum in itum & reditum, ac imaginaria pugna; atque hæc petitio manualis, dicta fuit *Vindicatio;* de qua plura Gellius *lib. 20. c. 10.* & nos *in lib. 1. Digress. c. 4. n. 3.* eoque pertinet Enniamum illud: *Non ex jure manu consertum, sed mage ferro.* Hæc vindicatio, qua res quasi manu injecta petebatur, ita specialiter de rebus singularibus, quæ *designari* possunt ut est *in l. 6. h. t.* usurpatur. Universitas, quæ sine corpore juris intellectum habet, ut & res incorporales, vindicari non possunt, *l. 56. h.* sicut in *toto hoc tit. Rei Vindicationis*, de talibus non agitur, sed tantum de corporalibus, quæ manu teneri & vindicias recipere queant. Sunt enim *Vindiciæ*, quando *litigatur de eare apud Prætorem, cujus incertum est, quis debeat esse Possessor, ut ait* Ascon. *in Verrin.* Possessio autem non nisi corporalium rerum est, *l. 3. in pr. de Acquir. poss.* Deinde processum est ultra, ut omnes in rem actiones appellatæ sint vindicationes, § 15. *Inst. de Action. l. 25. de Action.* Unde Rubrica, *si servitus vindicetur.* Item, *vindicare per in rem actionem, jus non esse alicui reficiendi, l. 3. § pen. de Rivis.* Verum enim vero in hoc titulo, & quoties non Vindicatio simpliciter, sed *Rei Vindicatio* effertur, petitio rerum singularium & corporalium significatur, ut universo hujus capitis tractu videmus observari. De hac nos jam dicturi, a definitione incipiemus.

2. Rei Vindicatio, est *Actio in Rem, qua dominus rei singularis ab alio possessæ petit, se dominum ejus declarari, eamque sibi a quolibet possessore cum omni causa, restitui.* Hanc definitionem per partes probabimus. Actionem in Rem esse, jam demonstratum est; Addi poterat, quod *specialis* in Rem sit, ut habetur in *l. 1. § 1. h. t.* dicturque *Specialis*, respectu Actionis in Rem generaliter dictæ, quæ datur ex omni Jure in Re: cujusmodi sunt Hereditas, de qua *supra* intelleximus; Jus dominio proximum, de quo in fin. hujus *disputationis:* & Servitus, de qua *in libro* VII. & VIII; & Pignus vel hypotheca, de quibus vindicatio usurpatur *in l. 16. § in Vindicatione. de Pignor.* Vocatur etiam specialis, quia competit ad *species* persequendas, id est ad singula corpora, *l. 54. de*

I. O. l. 30. § 6. de Legat. 1. quemadmodum prædiximus.

QVA DOMINUS. Oportet dominum esse,* cui detur hæc actio, vel Jure Civili, vel Prætorio, *l. 22. in pr. in h. t.* In rem actiones ita proditæ sunt jure civili, *ut quis dominium suum vindicet.* habetur *in § 4. Inst. de Action.* Quod est concisum loquendi genus, hoc sensu, ut quis *ex jure dominii rem suam vindicet.* ne quis putet, dominium peti, aut intentione comprehendi. Nam qui in rem agit, non ait, sibi *dari oportere;* dare enim est dominium transferre; Qui vero dicit, se dominum esse, non potest petere, ut dominium sibi præstetur, sed hoc ait, possessionem sibi esse restituendum. § *sic itaque. 14. I. de Action.*

REI SINGULARIS. Id aliquoties dictum est, materiam hujus actionis esse res singulares & speciales, tam mobiles seque moventes, quam immobiles, *d. l. 1. § 1.* modo designari queant, *l. 6. h.* neque tamen res singulæ tantum recte vindicantur, sed etiam quæ multis capitibus aut corporibus, una tamen appellatione continentur, ut grex, armentum, equitium, *l. 1. § ult. & ll. seqq.* Nihil etiam vetat, partem incertam rei certæ peti, non modo si pars pro indiviso sit, ut designare nequeas, tua pars quæ sit, verum etiam si plane nesciat Actor, dimidiam, tertiam, plus an minus petere debeat, si justam habeat ignorantiæ causam, ut exemplum est *in l. 76. § 1. h. t.* AB ALIO POSSESSÆ. Aliter enim termini habiles hujus actionis non sunt: Duplex scilicet effectus est dominii, ut alias dictum, libera *administratio*, quatenus ipse dominus rem habet in potestate; & *Vindicatio*, si ab alio possideatur, *si ejus rei possessionem casu amiserit.* est in § 4. *I. de Action.*

PETIT se dominum ejus declarari; hoc est, quod modo ex *d. § 4. Inst. de Action.* habuimus, *Ut dominium suum vindicet.* item. in *fine § 1. eod. tit. Si Titius rem suam esse intendat, in rem actio est.* Si fundum vindicem meum esse, *l. 6. § 2. de Confess.* Plus in libello suo non opus est exprimat, quam se dominum esse, Rem suam esse, addito, ut plurimum *ex Jure Quiritium,* ut supra ex Cicerone probatum, quod tamen non fuisse necessarium, patet ex *d. l. 1. § 2. h. t.* in verbis, *nisi forte addita causa, ex lege Quiritium.* Judicantur etiam a Cicerone superflua; *Cum hoc,* inquit, *fieri bellissime posset,* Fundus Sabinus meus est, *imo meus, deinde judicium, noluerunt:* Verbosius agendum putarunt. Non opus igitur fuit, in Rei vindicatione causam dominii specialem exprimere, quemadmodum id factu necesse erat in Judiciis personalibus; qua de re *actut. de Edendo n. 8.* locus agendi obiter fuit. Ultima verba, *eamque sibi a quolibet possessore restitui,* finem & exitum hujus Actionis significant, & simul objectum intentionis, quod est *quilibet possessor;* contra quam in personalibus, ubi solus debitor ejusque heres, qui ex obligatione tenentur, conveniri possunt, ut *alias* dictum & mox amplius dicetur. Possessor autem restitutionem facere debet, etiam pretio, quod forte solverit, non recepto, *l. 23. C. de R. V. l. 2. C. de Furt.* ad quod etiam mensularios, quibus sæpe res alienæ pignori dantur, teneri, sæpe judicatum est a Curia Suprema, nominatim *d. 16. Septemb. 1681.* in causa Adsessorum Collegii Textorum Leovardiensis, cujus Præses argentum factum ejus collegii, mala fide pignori dederat, in rem suam, *contra Nicolaum Lennich, mensularium Franequerensem.* Rursus in causa *Christinæ Georgii contra Isaacum Van der Hellen, mensularium Leovardiensem,* die 2. *Jul. 1680.* Idem judicatum aliquoties contra *N. Vornholt,* mensularium *Leovardiæ finitimum, ante ferias natalitias 1680.* non obstante privilegio, quod habebant mensularii a Civitatibus, ne ad restituendum, nisi a dominis rerum ante emptionem admoniti, teneantur. Nam ejusmodi privilegium, quod jura civium tollit, merito non nisi a Summa potestate, quæ jus habeat dominii eminentis, proficisci potest, judicatum est. Damnati sunt etiam in impensas litis potiores, si justam habuissent causam existimandi, res esse furtivas, alioqui *compensatis impensis.*

3. In hac igitur definitione continentur, 1. Per-

* Hæc vero probatio dominii difficillima est, cum non sufficiat, justum titulum acquisitionis, & bonam fidem probare, nisi quoque constet, eum, a quo actor rem consecutus est, ejus fuisse Dominum. Quapropter, ob probandi hanc difficultatem, Dominii rei vindicationem cum actione Publiciana cumulare, & res suas, ex Dominio, vel quasi, vindicare solent, Brunnem. *ad l. 1 ff de Publ. in rem. act.* Schilt. *ad ff. Ex. 16 th. 60.* j. Gail. *l. 1 Obs. 62. n. 4. seq.* In Saxonia tamen hæc probatio, ratione immobilium, multum adjuvatur per traditiones judiciales, cum is, qui de prædio investitus est, der das Haus oder Guth in Lehn hat, Dominus esse præsumtione Juris censeatur, *a. Dec. El. 61. vid. supr. P. I. p. 121.*

sonæ, quibus datur Vindicatio; 2. Contra quas datur; 3. De quibus rebus, & 4. Quo effectu. De his, quibus datur Rei vindicatio, præter jam dicta, nihil admodum superest. Debent esse Domini, tam Jure Prætorio quam Civili, inquam, *d. l. 23. in pr. h. t.* Sed contra quos detur, articulus, plures habet positiones. Prima, possessores heic sunt omnes, qui vel suo, vel alieno nomine possident, etiam Commodatarii, Depositarii, Conductores, missique in possessionem Creditores, adeoque omnes, qui restituendæ rei habent facultatem, *l. 9. h. t.* Sed qui pro aliis possident, debent statim in Judicio Dominum possessionis nominare, quo intra certum tempus a Judice definiendum, id ei denuncient, ut adsit ac intentionem Actoris suscipiat. Cui denunciationi non parens, a Judice legitimis Edictis citari curabatur. Eoque ne sic quidem veniente, Petitores, causa summatim cognita, mittuntur in possessionem, salva quæstione principali, ubi Reus se postea stiterit, *l. ult. C. Ubi in Rem actio.* quæ lex de rebus quidem immobilibus loquitur, sed ad mobiles necessario producenda est, quemadmodum producitur in *Nov. 69. cap. 2. & seqq.* Non minus autem necessaria ad hujus actionis fundamentum requiritur Possessio, quam Dominium a parte Petitoris; adeo quidem, ut si Reus se possidere neget, judicium hoc in Rem actionis inchoari nequeat. Ideo, in *rem actionem pati, non compellimur*, ait Furius Anthianus in *l. ult. h. t.* quia *licet alicui dicere, se non possidere.* Licet, hoc est, facultas & copia *de facto* datur, ut loquimur; non, *licet*, hoc est jure permittitur; suo videlicet periculo *licet*: Nam Actor neganti se possidere, potest admovere probationem contrariam: si fidem fecerit, reum esse mentitum, vereque possidere convincat, Judex eum possessione multabit, ejusque commodum transferet in adversarium, tametsi nihil adhuc ille de suo dominio probaverit, *l. ult. h.* ‡

4. Quid autem, si tempore litis contestatæ Reus non possederit, verum ante sententiam adeptus sit possessionem? Habemus equidem regulam, *Quod post litem contestatam accidit, id in judicium non venire, l. 23. de Judic.* Tamen de Rei vindicatione probata est Proculi sententia, qui statuebat, eum qui tempore litis contestatæ non possedit, quo autem judicatur, possideat, *omnimodo condemnandum, l. 27. §1. h. t.* Sicut etiam possessor hereditatis, si quo tempore sententia fertur, plures hereditarias res, quam litis contestatæ tempore, possedit, eas quoque victus restituere debet, *l. 41. de Hered. petit.* Idem de rebus depositis scribit Neratius, si post judicium acceptum recuperarer, nihilominus recte ad restitutionem rerum compelli, *l. 1. § 21. Depos.* Ex his necessarium dictu fit, Regulam *d. l. 23.* non nisi de Actoribus accipiendam esse, nonæque de Reis possessoribus. Si actor non habuit jus agendi tum, quando litem movet aut contestatur, etsi deinde jus acquisierit, Reus tamen ab Instantia absolvitur, & *Actori nova interpellatione opus est*, ut habetur in *ipsa l. 23.* Quod argumento satis est, ad actorem esse referendam regulam istam, cujus est *uti interpellatione.* Sic etiam hanc regulam, id *venire in judicium, de quo actum est inter litigantes*, Celsus ait, periculosum esse *ex persona Rei metiri, l. 61. de Judic.* Judicium non potest esse, *antequam aliquid debeatur*, nec adeo in pendenti esse, docet Javolenus in *l. 35. eod. tit.* Tu dices, quando Reus nihil debet, tunc etiam nihil debetur, nihil inter partes vertitur; Imo tum tamen verum esse potest, Rem petitam Actoris esse, quæ si ante finem litis apud Reum inveniatur, causa debiti non nascitur post litem contestatam, sed ante eam extitit.

5. Quod si Reus post litem contestatam possidere desierit? Distinguendum est: Si dolo malo, tenetur ne si possideret, *l. 36. in pr. h. t.* verum utili actione, *l. 3. § ult. ff. de Alienat. jud. mut. caus.* Cur utili duntaxat, cum hereditatis petitio directa & ordinaria, competat adversus eum, qui dolo possidere desiit? Quoniam id diserte cautum est SCto, quod habetur in *l. 20. § 6. de Hered. petit.* cum de Rei Vindicatione nullum tale Senatusconsultum extet; verum illud ad hanc speciem utilitatis causa extendatur, *l. 27. § 3. h. t.* Objectiones quasdam, non gravissimas movet & removet D. Wissenbach. *ad h. t. n. 6.* Magis ad rem pertinet, quod qui dolo possidere desiit, nec rem ipsam restituit, etsi jam non possit, *is, quantum adversarius in litem, sine ulla taxatione, in infinitum juraverit; damnandus est l. 63. h. t.* nisi juramento remisso, contentus sit, in id quod interest, adversarium condemnari, *l. 71. h. t.* Nec quidem cogere potest dominum petitorem, ut sibi de actionibus contra possessorem cedendis caveat, in pœnam doli sui, *l. 69. h.* etsi officium

‡ Quæ lex expressis verbis est restituta *O. P. S. E. I. & E. Tit. 10. § 3.*

Judicis

Judicis implorare potest, ut victo dominus sibi, absque præjudicio suo, actiones præstare jubeatur, *l. 12. de Re Judic.* Porro, si Reus sine dolo malo, culpa tamen sua, possidere desierit, tenetur ad æstimationem, salvo cessionis beneficio, *l. 63. h.* Denique, si absque dolo & culpa post litem contestatam, multo magis antea, possessionem amiserit, nulla est causa, quin Reus absolvatur, *d. l. 27. §. 1.* Postremo, qui se obtulit liti, cum Dominus ab alio petere vellet, perinde condemnatur, ac si possideret, *l. 27. in pr.* Alioqui si quis non possideat, nec dolo malo possidere desierit, nec etiam se pro alio interposuerit, idque dominus petitor sciat, elusorium magis est judicium, quam ut sequatur condemnatio, quæ sequeretur, si dominus ignoraret: ut tamen rursus, si quis se falso possidere dixerit, & ante litem contestatam retractaverit, innoxium habeatur mendacium, *l. 25. & seqq. h. t.* quibuscum ea, quæ *ad tit. de Hered. pet. n. 10.* diximus, conferantur. Ex his omnibus intelligitur, fundamentum Rei Vindicationis, ut à parte Petitoris est dominium, ita in Reo necessariam esse Possessionem præsentem, aut quæ desiit, ut judicium fundetur; aliter initium haberi non potest. Idcirco ne frustra experiatur, qui Petitorio judicio utitur, requirere debet, an is, cum quo instituit actionem, possessor sit, vel dolo desierit possidere, *l. 36. in pr. h. t.* Ex jam dictis constat, eum, unde petitur, interrogatum, dicere cogi, possideat, an non possideat? Titulum ex quo possidet, edere eum non compelli, neque ex qua parte rem teneat, probatur ex *l. 73. h. t. n. C. de Heredit. pet.* qua de re jam dictum aliquid *ad tit. de Hered. pet.* & plus *superius ad tit. de Edendo.*

6. Dictum est, Quid Rei vindicatio, Quibus, & contra Quos detur. Divisionem prætervecti sumus, quæ scilicet est directa, vel utilis; sed de utili, cujus comparatione, quid directa sit, intelligimus, in titulo *hujus libri ultimo* agetur. Sequitur articulus rerum, quæ vindicari possunt, quas ejusmodi primo esse oportet, ut vindicari, & proinde in commercio esse queant. Ideoque liberas personas nemo vindicare potest, ne Pater quidem liberos in potestate constitutos: sed de his dantur præjudicia, vel interdicta, vel extraordinariæ cognitiones Prætoriæ, *l. 1. §. 1. h.* Datur tamen & species quædam Vindicationis, ut Pomponius docet, adjecta causa, *ex jure Quiritium*, quo Pater habebat jus quoddam dominii, cujus vi filium vendere, & quidem ter vendere potuit, de quo Dionys. Halicarnassæus *in lib. 2.* & Ulpian. *in fragm. tit. 10.* & nos *part. 1. lib. 2. Digress. c. 4.* Debent etiam esse res, quarum proprie ac immediate dominium nobis competat; Si quis nostra pecunia sibi res aliquas emerit, etsi mala fide, velut si depositam a me pecuniam depositarius in emptionem prædiorum collocaverit, eaque ipsi tradita fuerint, ego non modo ea vindicare non posse dicor, verum si vel omnia, vel quædam ex his, ab initio in me transferri petam, id esse injuriosum, scribit Gordianus in *l. 6. C. h. t.* Sic etiam in *l. 21. C. de Probat.* si quis res ab emptore vindicet, ideo quod suos nummos in pretium numeratos adseveret, eum frustra de hoc probando laborare, affirmatur. His, quorum fuit pecunia, personalis actio de pecunia repetenda competit, res emptæ nullo modo iis adfectæ tenentur, *l. 1. C. Si quis alt. vel sibi.* Unde si pecunia dotali, fundus a marito comparatus sit, uxori fundum non quæri, sed actio dotalis competere, dicitur in *l. 12. C. de jur. dot.* quemadmodum nec res, e nummis pignori datis emptæ, pignori obligatæ dicuntur, *l. 7. § ult. ff. Qui pot. in pign.* Hereditatis id esse præcipuum, *libro præcedenti* intelleximus, ut res in locum pecuniæ, atque vicissim in pecuniæ locum res succedant, universitatis natura id facile ferente; At in rei vindicatione, quæ datur in corpus, in rem singularem, ejusmodi successio locum habere non potest. Verum de dote quod dictum, recte auctor est Wissenbachius noster, *tb. 2. b.* plures adducens ὁμωνύμους; quosdam male citatos habens; Ita Perezius *ad tit. Si quis alt. vel sibi in fin.* actio an satis tuto; Textum adducunt *l. 54. ff. de jur. dot.* quæ res pecunia dotali emptas, vineri dicit esse dotales: At hoc quidem recte dixeris, etsi non actionem in rem, sed in personam dotalem, de universa dote, sub qua & res istæ sint, petendi competere, statuas, ut est in *l. 12. C. de jur. dot.* Sed tamen *in l. 55. in fin. de donat. int. vir. & uxor.* docet JCtus, si uxor pecuniam viro donaverit, isque pro illa res soli vel mobiles emerit, si maritus solvendo non sit, utilem in rem actionem mulieri accommodandam esse. Quod ad res etiam dotales quo minus extendamus, ego non intercedo; ut tamen nihil aliud inde colligatur, quam hoc, non fieri bona pro dotali pecunia empta mulieris, nisi in subsidium, quando maritus non est solvendo, ut tum utilis in rem actio detur; quæ militibus in *l. 8. C. h. t.* & pupillis in *l. 2. C. Quando ex fact. Tut. vel Curat.* simpliciter

ter datur. Postremo, ex eadem ratione, pecunia ex re mea redacta, non potest vindicari, sed condici, id est, personali actione peti debet, *l. 23. de Reb. Cred.* quia non est meum, quod ex negotiatione percipitur, *l. 21. de Heredit. vel act. vend.* Objectionem a contraria proprietate Hereditatis Petitionis, a nobis occupatam, pluribus refellit D. Wissenbach. *ad h. t. th. 13.*

7. Porro, quamdiu aliquid de re nostra supereſt, id, cujusmodicumque sit, vindicari potest, *l. 49. § 1. h. t.* nisi aliis rebus, quarum pars factæ sunt, junctæ fuerint; tunc enim non a nobis, sed ab iis, qui Totius Domini sunt, vindicari possunt, *l. 23. § 2. & seqq. h. t.* Verum si res separari queant, datur actio ad exhibendum, cum effectu separationis, *l. 6. Ad Exhib.* si non possit, actio in factum, vel exceptio doli competit ad pretium, *d. l. 23. § 4.* idem si lex separationem prohibeat, ut in Tigno juncto, de quo dupli actionem dari, constat ex *§ 29. Inst. de A. R. D.* ubi diximus. Denique, non ipsæ tantum, sed & accessiones rerum, veluti partes, quæ per Alluvionem accesserunt, *l. 34. h.* & quicquid solo continetur, juxta regulam; *superficies cedit solo. l. 2. de Superficieb. l. 16. C. h. t.* quanquam superficies ipsa per se vindicatione duntaxat utili petitur, *l. 73. § 1. & LL. seqq. h. t.* Porro, si res deterior facta sit, id quod interest præstandum esse, docet ratio, *l. 13. & l. 17. § 1. h. t.* Et denique fructus: quorum locus etsi copiose deductus est in *Parte priore Lib. 2. tit. 1. num. 30. & seqq.* heic tamen aliquid non repetendum, sed recensendum videtur.

8. Et quidem; Fructus pendentes, qui adhuc hærent in solo, esse restituendos tam a bonæ, quam a malæ fidei possessore, per regulam; *quod hi pars fundi sunt eumque sequuntur. l. 44. de R. V.* item quod extantes, qui a solo jam separati, sed neque dum consumpti sunt, æque sint restituendi, per aliam regulam modo commemoratam; *meum est, quod ex re mea supereſt, ejusque vindicandi jus habeo. l. 49. § 1. de R. Vind.* latis extra controversiam est. Quod etiam malæ fidei possessor indistincte ad omnes fructus restituendos teneatur, extantes & consumptos, naturales, industriales, perceptos, & quos honeste percipere potuit, æque indubitatum est, *l. 33. h. t.* De consumptis a bonæ fidei possessore fructibus, ambigitur bifariam; Primo, an is etiam lucretur fructus mere naturales; Iterum, an de industrialibus consumptis teneatur, quatenus est locupletior. Utriusque decisionis theoria, pendet ab hoc Quæsito, utrum naturalis & civilis causa percipiendi, sit *Cura & Cultura*, an *bona Fides*. Justinianus est sine dubio in hac sententia, quod Cultura & Cura sit causa fructus acquirendi naturalis, a lege probata, sub requisito bonæ fidei necessario, in *§ 35. Inst. de A. R. D.* quam sententiam exacte cum philosophia civili convenire, probavimus in *lib. 4. Digress. cap. 23. n. 2. & 3.* quæ proinde non repetimus. Ex hoc principio sequitur, si qui sunt fructus, quibus nulla cura culturaque adhibetur, hos non fieri bonæ fidei possessoris; quam esse Juris sententiam, probavimus in *Parte I. lib. 2. tit. 1. n. 30.* ubi tamen & addidimus, in nostrate agricultura discrimen hoc naturalium ac industrialium rarioris esse momenti, mereque naturales, de quorum restitutione quæri possit, esse tam paucos, tam parum notabiles, ut lucrum ex illis perceptum vix in censum venire queat, ideoque in foro nostro prætereuntur. Gramen equidem, quod est naturale (*non fœnum, ut dix. d. loc. n. 31.*) pascendis pecoribus, est satis magnæ æstimationis; verum in hac Quæstione non facit partem: Quia, dum est in solo, pars fundi est, ac cum eo sine dubio restituitur: Depastum a pecudibus & consumptum, neque restitui potest, nisi quatenus alteram Quæstionem ingreditur, quæ est de restitutione lucri, qua possessor fit locupletior.

9. Hujus decisio perinde pendet a priore Quæsito, sitne bona fides causa fructus acquirendi, an cura & cultura. Nam si Fides bona vim adæquatam causæ acquirendi infert, nihil vetat dicere, de consumptis non esse quærendum; Si cura & cultura sit causa, quod Justinianum tenere satis indubitatum est, ratio non patitur, ut possessor, quamlibet bonæ fidei, plus ex re aliena acquirat, quam quicquid interest sua, ratione curæ atque culturæ, nec, ut locupletiori cum alterius jactura sibi fieri liceat, postulare potest, aut debet: Hanc sententiam Justiniani doctrinæ & æquitati consentaneam esse, probavimus *in Parte I. Lib. 2. tit. 1. n. 32.* & ad textus, qui non parvo numero a dissentientibus objiciuntur, respondimus *in Parte 2. Digress. L. 2. C. 4.* Ne summam quidem Disputationis, quæ in *Positione 13. & seqq.* est collocata, hoc loco repeti quicquam attinet; nisi hoc denuo, quod ad naturam Rei Vindicationis intelligendam valde pertinet, inculcandum sit, lucrum ex fructibus non venire in ipsam Rei Vindicationem, quæ tantum datur de corporibus ipsis

ad

ad dominium petitoris ſpectantibus, nec recipit ſurrogationem pretii in locum rei diſtractæ vel conſumptæ, *l. 70. § ult.* cum *ll. ſeqq. de Legat. 2.* ſecus ac Hereditatis petitio, quæ ob laxitatem & univerſalitatem intentionis ſuæ, non modo res, ſed etiam pretia rerum diſtractarum capit, ut *ad librum præced.* vidimus. Sed nec ipſi fructus a fundo ſeparati, jure dominii poſſunt vindicari; officio judicis adjudicandi ſunt, ut *tit. Inſt. de Off. Jud. n. 5.* dictum eſt. Si hoc ipſis, inquam, fructibus adhuc extantibus, non obſtat, quo minus æque dicantur eſſe reſtituendi, ac in Hereditatis Petitione, ne lucro quidem e conſumptis fructibus reliquo, id obſtaculo eſſe poteſt, nec adeo de genere actionis, ſed de jure reſtitutionis quæritur, utrum id fiat ipſo jure vindicationis, an officio Judicis, aut condictione, quæ datur de pretio ex re mea redacto, *l. 23. de R. V.* ſpecialiter Condictione *ſine cauſa*, quæ ad hunc uſum optime quadrat, cum revera, deductis omnibus, quæ ad id quod intereſt pertinent, ſi adhuc poſſeſſor e bonis alienis ſit locupletior, id apud eum ſine cauſa reſidere, manifeſtum ſit, *ad tit. de Condict. ſine cauſa.*

Tempus reſtituendorum fructuum, eſſe poſt litem conteſtatam, ſive a mota controverſia, ſæpe alias dictum, & notum eſt, cum ex *l. 22. C. h. t.* tum *ex l. 25. § 75. de Hered. pet.* & aliunde *paſſim*, ut probavimus ad *tit. de Hered. pet. n. 14. ſub fin.* Non dubium eſt, ſi appellatum fuerit, quin a primæ inſtantiæ conteſtatione reperenda ſit fructuum condemnatio; Sed quæſitum eſt, cum primus actum eſſet judicio poſſeſſorio fruſtra, dein petitorio actor obtinuiſſet; an fructus a litis conteſtatione ſuper judicio poſſeſſorio, per quod primum interpellatus eſt reus, an a ſequenti litis conteſtatione ſuper judicio petitoris, ſint computandi. Et judicatum eſt, a poſtrema litis conteſtatione; Nam etſi per primam poſſeſſor interpellatus eſt, qui tamen abſolutus fuit, manſit bonæ fidei, jusque fructuum retinuit; quod ſecus eſt, ubi poſt appellationem prior ſententia confirmatur. Ita notabiliter judicatum in cauſa *Scheltonis a Paſſenrode, contra Houkiam ab Hillama cum ſociis, d. 26. Octobr. 1642.* apud Nautam MS.

10. A fructibus deduci impenſas, in percipiendis illis factas, deinde neceſſarias & utiles, tam a bonæ quam a malæ fidei poſſeſſore, dictum eſt ſub *fin. tit. de Hered. petit.* cum diſcrimine triplici inter judicium univerſale & ſingulare, quæ illic monſtrata, non demonſtrata ſunt. Prima differentia deſignata fuit hæc, quod in Hereditatis petitione, poſſeſſor bonæ fidei non modo neceſſarias, ſed etiam utiles impenſas deducere poſſit indiſtincte, ſive res melior ſit, ſive non, *l. 33. de Hered. Petit.* in verbis; *ut bonæ fidei poſſeſſor omnimodo impenſas deducat, licet res non extat, in quam fecit.* hoc autem in rei Vindicatione periculoſum eſt adfirmare. Nam ſi quis in alieno fundo bona fide ædificaverit, aut conſeruerit, etſi juſtiſſimæ ſint impenſæ, *ut & dominus eadem facturus fuerit*, ſi hic fundum recipere velit, reddere debet impenſas usque eo duntaxat, *quo fundus pretioſior eſt factus*, quin aliquando, ſi pauper ſit dominus, bonæ fidei poſſeſſor tantum habet tollendi facultatem, quatenus *non fiat deterior fundus, quam ſi ædificatum non foret.* Quid ſi per impenſas, fundi pretio plus acceſſerit, quam pro ratione impenſarum? *Bonæ fidei poſſeſſor ſolum quod impenſum eſt*, recuperat, *l. 38. h. t.* idque etiam de re a Creditoribus evicta jure pignoris traditur, quod bonæ fidei poſſeſſores ſumptus in exſtructione erogatos, *quatenus pretioſior res facta eſt*, recuperent, *l. 29. § 2. de Pign.* Poteſt quidem has impenſas recuperare, tametſi nullos fructus peræperit, *l. 73. de Hered. pet.* Sed fructibus perceptis, impenſas ſcilicet, petere non poterit, niſi quatenus ſuperant fructus, *l. 36. § ult. eod.* Etenim *admiſſa compenſatione, ſuperfluum ſumptum, meliore prædio facto, dominus reſtituere cogitur.* eſt in *l. 48. in fin. de R. Vind.* Idem eſt in *l. 65. in pr. eod.* utroque textu Papiniani; qui impenſas ita vult ſervari, *ſi fructuum ante litem conteſtatam perceptorum ſummam excedant. dd. ll.* Quid ergo? An fructus *poſt* litem conteſtatam percepti non deducuntur ab impenſis? Imo ſic potius dicendum; fructus ante litem conteſtatam perceptos bonæ fidei poſſeſſor *lucratur, l. 4. § 2. Fin. regund.* Sed qui poſt litem conteſtatam percepti ſunt, cum exinde fuerit malæ fidei poſſeſſor, Reus aut reſtituere, vel certe cum impenſis compenſare, tantoque minus de illis recuperare debet. Hæc ratio tam ſimplex & indubitata videtur, ut Haloander Papinianum emendare non dubitaverit, & pro, *ante litem Conteſtatam*, ſubſtituerit, POST *litem Conteſtatam.* Charondas in editione ſua apud *d. l. 48.* pro varia lectione ponit, *a Lite Conteſtata*, addens, *& melius.* Eandem tamen lectionem aut interpretationem; in *l. 65.* non probat. Sed Gothofredus ad *d. l. 48.* ex utraque lectione poſteriorem, id eſt emendationem, cenſet

ſet eſſe meliorem. Eſt hoc exemplum judicandi, quam periculoſum ſit, conjecturis ſuis adverſus lectionem Florentinam indulgere. Papinianus, quod ad fructus poſt litem conteſtatam perceptos attinet, nihil putavit collocandum, utpote cum notiſſimum ſit, poſſeſſorem condemnatum, teneri ad illos reſtituendos. De perceptis *ante litem*, major erat ratio dubitandi, quod eos lucrari dicitur poſſeſſor bonæ fidei. Verum id ita reſtringit Papinianus, ut tamen impenſas & fructus pariter non lucretur, ſed horum ab illis pati cogatur deductionem Ita liquet, Papinianum rectiſſime fructuum ante litem cont. perceptorum, duntaxat in hac cauſa meminiſſe. Proinde bonum factum eſt, Florentinam editionem relinquere intemeratam.

Quærat aliquis, an etiam conſumpti fructus & uſucapti, qui a bonæ fidei poſſeſſore non ſolent reſtitui, cum impenſis compenſandi ſint? Non poteſt eſſe dubium, e generalibus Papiniani verbis, & quia non fuit impenſis oneratus, qui de fructibus illas fecit: qua de re vide prolixe contra Antonium Fabrum & Collegas ſuos diſſerentem Sandium, *lib. 3. tit. 25. def. 1.* Rurſus quæritur; ſi per impenſas fundus tanto fructuoſior ſit factus, ut poſtea notabile plus mercedis inde ſit redactum, an etiam hoc augmentum, quod ex melioratione Poſſeſſoris proceſſit, in calculum compenſationis cum impenſis, venire debeat; quod ſimiliter adfirmandum eſt, cum eodem Sandio, *d. tit. def. 3.* ubi ad rationes contrarias reſpondetur. Et in definitione 4. πραγματικῶς probat, quod paulo ſuperius collocatum, in impenſis repetendis contuli domino magis quam poſſeſſori, bonæ licet fidei: Proinde, ſi per impenſas modicas ingentem melioracionem effecerit, eum nihil quam impenſas recuperare; Si vero, quod crebrius accidit, impenſæ majores ſint, quam melioratio; nihil quam id, quo melior & pretioſior eſt fundus, conſequi, ut dictum a nobis, & auctoritate multa ab illo probatum eſt.

11. Secunda differentia, quam inter Hereditatis petitionem & Rei vindicationem commemoravimus, eſt hæc; Quod impenſæ, etiam voluptuariæ, a poſſeſſore bonæ fidei hereditatis deducuntur; ſed eædem a poſſeſſore rei ſingularis duntaxat tolluntur, aut ſi dominus tollentem pati nolit, repetitio dabitur, *l. 3. de Impenſ. in rem Dot. fact. l. 38. h. t.* quæ tamen minus id explicat diſtincte: Lex *tertia* citata, de marito, reſpectu fundi dotalis loquitur; hic eſt ſingularis & bonæ fidei poſſeſſor, ideoque ejus *argumentum* ad hoc caput doctrinæ pertinet.

12. Tertia differentia ſpectat ad malæ fidei poſſeſſorem. Hic impenſas voluptuarias, quo minus tollere poſſit in rei vindicatione, perinde ac ei permittitur in Hereditate, nihil obſtat *l. 39. § 1. de Hered. Pet.* quod firmat ratio in *l. 38. eod.* pro malæ fidei poſſeſſore allegata, quod *Petitor ex aliena jactura lucrum facere non debeat.* Sed in utilibus eſt diſcrimen; malæ fidei Poſſeſſor utiles impenſas in hereditatem factas, quatenus res melior eſt, ſervat, *l. 38. de Hered. Petit.* Sed impenſas utiles in rem ſingularem factas, nullo modo ſervare poteſt, verum licentia tantum ei permittitur, ſine læſione prioris rei ſtatus, illos auferendi, *l. pen. in fin. h. t.* Tametſi hæc tollendi facultas etiam in neceſſario fallit, quando quis ſciens novum alieno in fundo ſtruxit ædificium; cujus rei rationem dedimus *in Part. I. Lib. 2. Tit. 1. n. 24.* Scilicet, eſt quidem materia ædificio impenſa neceſſaria, quando ædificandi jus & inſtitutum legitimum ſupponitur; verum, hoc ipſo non jure, nec ulla urgente neceſſitate facto, non poteſt fieri, ut tigna lapidesque pro impenſis neceſſariis habeantur, ſed ut res plane ſuperfluæ conſiderantur. Reliquam ejus rei diſceptationem, executi ſumus in *loco prædicto.*

13. Hæc ita de petitione rei, de fructibus eorumque collatione cum impenſis. Exitus judicii, pro natura actionis arbitrariæ, de qua egimus *in Parte I. lib. 4. tit. 6. n. 32.* duabus conſtat partibus; Una, quod Judex arbitrium, hoc eſt juſſum, cauſa cognita interponat, ut Reus rem reſtituat, cui ſi poſſeſſor pareat, bene eſt; ſi non pareat, ſequitur condemnatio in aliquid majus, eoque caſu juſſus arbitriumque Judicis erat interlocutionis inſtar, & ultima condemnatio vim definitivam habebat, quemadmodum *citato loco* probavimus. Sed cum hac doctrina parum convenit, quod eſt ſcriptum in *l. 68. h. t.* Qui *reſtituere juſſus Judici non paret, contendens non poſſe reſtituere, ſi quidem habeat rem, manu militari, Officio Judicis, ab eo poſſeſſio transfertur.* Non habet igitur re juſſus Judicis, quando reus non paret, ut interlocutoria, ſicut alias diximus, & communis eſt doctrina, ſed etiam tunc vim definitivam & executionis habet. Sequitur quidem adhuc *Condemnatio, ſed fructuum duntaxat omniſque cauſæ nomine, d. l. 68.* de ipſa re petita nihil amplius agendum ſupereſt. Motus hac difficultate fuit Antonius Faber, *l. 6. conject. C. 17.* ut hanc

legem

legem pro constitutione Principum, vel interpolatione Triboniani acceperit, qua proprietas actionum arbitrariarum sublata sit; eamque Triboniani sententiam variis urget incommodis, quæ summatim recenset D. Wissenbachius *ad h. t. th. 14.* refelluntur autem πιεζῶς, ut solet, a Bachovio, *disp. 7. de Action. th. 7. & 11.* Sed videamus, quousque in hac lege recedatur a vetere doctrina actionum arbitrariarum. Jussum Judicis in rei vindicatione, præcedere condemnationem principalem, est in hac *ipsa lege 68. versiculis, si vero; si vero:* Sed hoc ex eadem colligitur, Judicem non semper fuisse progressum ad condemnationem, ob contumaciam non restituendi, sed aliquando jussum suum in continenti executum esse, quo Petitor sine mora rem suam recuperaret, ut sententia principalis de accessionibus tantum sequeretur. Sed in hoc præcipua difficultas vertitur, unde manus illa militaris, & unde illa Judici? Manum militarem veteribus incognitam fuisse, atque a Triboniano Legibus intrusam, contendit Faber. Sed nihil admodum, quo id probet, in medium profert, nec cur *legem* quoque *tertiam D. Ne vis fiat ei.* dicendum sit esse corruptam, ubi sic habetur; *Extra ordinem quis, jure suæ potestatis exequi oportere decretum suum, etiam per MANUM MILITAREM;* quia non cohortes aut legiones, sed ministri Prætoris armati, qui sunt instructi fustibus & gladiis, intelliguntur, vel etiam *adminiculum militare* quod dicitur, in *l. ult. C. de his, qui Latron.* & adhibetur, quoties *Civile adminiculum* ad executionem faciendam non sufficit, ut ait Martianus *in d. l. ult.* Sed tamen quod Judicis officio *in d. l. 68.* manus militaris adscribitur, non caret suspecti nota, quando satis constat, exequendi vim manumque armatam penes solos fuisse Magistratus, quem etiam ponit *d. l. 3. Ne vis fiat &c.* Nec ausim temere per Judicem heic, Prætorem intelligere, ut aliquando fieri, satis alioqui constat *ex l. 1. & l. 81. de Judic.* Nam jussu Judicis jubentis rem restitui, quam sequitur ablatio rei per manum militarem, dicuntur, ejusdem esse *Judicis officii*, quorum prius sine dubio fuit Judicis proprie dicti atque pedanei; nec Prætoris interventus heic usum, ut videtur, habere potuit. Aut igitur Judicem hac in parte Prætoris opem imploraſſe, quod Bachovius ponit, aut manum agnoscere Triboniani oportet. Prius nullam habet probationis auctoritatem, & dicitur manus militaris *officio* Judicis adhiberi: quod multo melius juri Græco, quo Magistratus ipsi Judices sunt, quam veteri Latino convenire, non potest negari; utcunque Bachovius *helleboroſos*, qui *in d. l. 68.* quicquam novi animadvertunt, appellet. Quicquid hujus rei sit, doctrina Juris, quæ est de Actionibus arbitrariis, quo minus ita se habeat ut olim fuit, per hanc *l. 68.* nihil impedimento est. Sed ego ita existimo: Ex hac *l. 68.* cum aliis textibus collata, naturam actionum arbitrariarum, hoc modo fuisse comparatam; Primo jussus Judicis, jubentis rem restitui, interveniebat, quod est *Arbitrium*, unde nomen huic generi actionum: Si possessor jussioni, quam nisi causa plene cognita fas non fuit interponi, pareret, pro sententia habebatur; Si non pareret, Judex animadvertebat, an in promptu esset, exequi Arbitrium. Si videret, rei copiam haberi posse, vim adhibebat armatam, ac ab invito possessionem auferebat, secutura dein sententia de fructibus & accessionibus. Si restitutio non posset fieri, per dolum possessoris præsentem, vel præteritum, damnabatur ille, secundum jusjurandum in litem; si absque dolo, in id quod vere Actoris interfuerit: nec enim in Rei vindicatione, sicut in Actione Quod metus causa, adversus eum, qui arbitrio Judicis parere recusat, certa mulcta statuitur. Hæc sunt in *d. l. 68.* Et hoc addendum iis, quæ olim de Arbitrariis actionibus scripta sunt; *inprimis*, haud semper contumaciam non parentis arbitrio Judicis, pecuniaria condemnatione, sed & præsenti executione vindicari.

14. Verum quid si Possessor condemnatus ad restituendum, executioni se opponat, non vi, sed prætextu juris pignoratitii, ususfructus, superficiei, aut similis? Non potest evitare præsentem restituendi necessitatem, sed huic quidem sententiæ parere cogitur; suum vero jus, quod ipse adhuc habere se putet, nova, ac ut vulgo loquuntur, actione *cruda* persequi debet, ut sancitum est a Justiniano *in Nov. 18. c. 10.* quam vocat, ποινὴν ἐν μεταξάσει τῆς νομῆς περιεχομένην, *pœnam in translatione possessionis consistentem.* Vereque de illa prædicat, eam esse μετρίαν καὶ φιλάνθρωπον, *mediocrem ac humanitatis plenam.* Nec aliud hodieque volunt Statuta, quæ jubent omnia defensionis media simul proponi; ne lites ex litibus prorogentur; quin nec aliam juris antiqui sententiam esse, *d. l. 68.* & rigor executionis, nec eludendæ vigor sententiæ suadere videtur; etsi lege certa forte minus terminatum, verum

ςασιασθὲν ἐν δικαςηρίοις, *in foro varie disputatum*; ut ait in *pr. d. cap. 10.* Justinianus. Quod fieri solen-ne est in rebus, & ad compendia litium & præcidendas causidicorum ἀμφιδολεσχίας introductum.

TIT. II.

De Actione Publiciana.

I. Non esse Publicianam actionem e dominio Prætorio. II. Publicianam dari his, qui possunt usucapere. III. Conciliatio l. 9. § 4. h. t. cum l. 31. § ult. de Action. empt. IV. Differentiæ hujus actionis a Rei vindicatione. Aliæ remissive.

AD præcedentem titulum diximus, Rei vindicationem esse directam, vel utilem. Quid hisce terminis in Actionum doctrina contineatur, jam pridem explicitum tenemus. Directam esse Rei vindicationem, quæ datur ex dominio rei singularis, tam jure Gentium, quam jure Civili, est in *l. 23. de R. V.* Cum autem hæc Actio Publiciana sit in Rem Prætoria, posset aliquis ita existimare, dari illam ex dominio, quod juris Prætorii dicatur: sed non est ita; nam Publiciana datur ei, qui rem a non domino bona fide nactus, amisit, antequam dominio potiretur, *l. 1. in pr. h. t.* Estne igitur utilis Rei vindicatio? Nusquam ita, quod sciam, appellatur; nec est etiam talis; quoniam utilis saltem ex jure aliquo in Re proficiscitur, ut est superficies aut emphyteusis, de quibus *ad tit. sequ.* Dicendum igitur, quod sit in Rem scripta, & ex Æquitate a Prætore introducta, fere ut in *l. 32. de Reb. Cred.* & quemadmodum reliquæ Prætoriæ in Rem, de quibus agitur *in tit. Inst. de Action. Parte I. n. 7.* ubi de fundamento & de reliquis hujus actionis requisitis satis actum copiose, nec quod ibi dictum, hic animus est repetere. Si quid omissum, vel concisius dictum, videamus.

2. A parte Actoris eadem requisita, quæ sunt in usucapione, adesse debere, significat Ulpianus ex Marciano in *l. 7. § 2. h. t.* dum eum, *qui a furioso emit, ignorans eum furere, posse usucapere. Ergo*, ait, *& Publicianam competere, l. 7. § 1. h. t.* Sicut requisita bonæ fidei, justi tituli, & Traditionis factæ recensentur, & ante traditionem Publiciana dari negatur, in *§ ult. d. l. 7.* qua sine possessione nulla est usucapio, *l. 25. de Usucap.* Sicut igitur, qui est in statu usucapionis, non potest esse dominus; ita nec vero domino qua tali, Publicianam dari, res ipsa loquitur, nisi ille diuturna prescriptionis tempus præterire velit, se jure possessionis justæ, quam domini professione nitur, ut dictum *ad l. 1. §.* & secundum quod ea, quæ Wissenbachius *ad h. t. n. 23.* a cum ult. t. accepta, facile in rectam partem accipi possunt.

3. Contra quos detur hæc actio, satis & antea dictum, nisi quod de possessore b. f. cum titulo diximus, cum non teneri Publiciana, quia cum Actor nihilo plus habeat quam bonam fidem titulumque, possessor habens tantumdem, melioris est conditionis, qua semper in pari causa gaudent possidentes. Tantum si contingat, duos ab eodem non domino rem esse nactos, cui priori res est tradita, hunc præferri, & Publiciana rem a secundo evincere posse, traditur in *l. 9. § 4. h. t.* cui opp. *l. 31. § fin. de Act. Empt.* a i quam responsum *apud Institutores* conflixeram D. Themisio, qui ἀντικειμένων esse dixerat; etsi cum in *pos. gen. ad h. t.* responsio collocata sit, ad eam ipse nihil annotaverit. Neratius in *d. l. 31. § ult.* sic ait: *Uterque nostrum eandem rem emit a non domino; cum emptio venditioque sine dolo malo fieret, tradita que est, sive ab eodem emimus, sive ab alio, is ex nobis tuendus est, qui prior jus ejus apprehendit*, id est, *cui primum tradita est.* Mihi sic responderi posse videtur. In *l. 9.* § 4. non memorari eundem casum, qui reperitur apud Neratium, nam hic non dicitur *alterum ex emptoribus possidere*, sed uter præferatur, is ne, cui priori res est vendita, an is, cui primum tradita fuit, sc. *adversus tertium possessorem*, ut casus fingi potest, quia non proponitur alius. Respondet indistincte, *qui prior rem apprehendit, primas habet partes*, sine discrimine, ab eodem, an a diversis non dominis rem sint adepti. At in *l. 9.* § 4. ponitur, alterum esse possessorem, hunc esse potiorem, si a diversis non dominis, uterque rem traditam acceperint: Eundem si habeant auctorem, non jus possessionis, sed factæ traditionis esse spectandum; quam distinctionem Neratius negligit, si neuter in præsenti possideat, sed de πρωτοτοκίᾳ contra tertium laborent. In hac responsione magis est ut requiescamus, altera in *Positionibus* collocata minus, ut nunc est, confidendum videtur.

4. Postremo negligenda non est differentia Publicianæ a rei vindicatione, quod illa de rebus incorporalibus etiam datur, ut est usufructus & servi-

servitus prædialis, de quibus usucapionem esse nullam, satis constat, & in loco dictum est, *l. 11. § 1. b.* in quibus idcirco non nisi improprie traditionem intervenire, res loquitur, & ab Ulpiano scriptum est in *d. § 1.* Reliqua pete sis ex Parte priore *loco demonstrato.*

TIT. III.

Si ager vectigalis, id est Emphyteuticarius, petatur.

I. Exemplum utilis in Rem actionis heic tradi. II. Definitio emphyteuseos per articulos exposita. III. Ad utrum spectet Thesaurus in fundo emphyteutico repertus, ad dominum, an emphyteutam; disputatur pro domino. IV. Utile dominium minus recte appellari; argumenta adversa refelluntur. V. Personæ, quibus emphyteusis acquiritur. VI. De modis emphyteusin constituendi. VII. Quomodo emphyteusis exercenda sit. VIII. Quatenus præscriptione acquiratur. IX. De duratione emphyteuseos. X. Modicitas pensionis, an propria sit emphyteusi, nec dari remissionem vectigalis ob casus fortuitos. XI. De modis finiendi emphyteusin. XII. Continuantur modi finiendi. XIII. An finitæ emphyteusi, meliorationes emphyteutæ debeantur.

SEquitur exemplum actionis in rem utilis, quæ datur *Emphyteutis*, quos non esse dominos, sed tamen in rem actione gaudere, scriptum est in *l. 1. § 1. b.* alias a nobis ex parte probatum. Utile dominium qui vocant, non tam analogia juris, quam proprietate vocum terminorumque peccare, similiter demonstratum est ad *tit. I. de A. R. D. n. 25.* Ager Emphyteuticus in *Rubr.* dicitur *vectigalis*, a pensione, quam *vectigal*, præsertim in locationibus publicis, quæ frequentius quam privatæ in Emphyteusin cadunt, appellari constat; non minus quod Emphyteusis πρὸς τὸ ἐμφυτεύειν, i. e. *ab implantando* nuncupatam esse; manifestum est.

2. Definitur Emphyteusis, *contractus consensualis, quo dominus prædii sui fructum, & jus dominio proximum, alteri concedit exercendum, quamdiu pensionem solvet, § 3. inst. de Loc: cond. & l. 1. b.* Placet singula recensere verba, diligentius quam in *parte priore* factum, *Lib. 3. tit. 25. n. 5.* CONTRACTUS. Esse contractum medii generis inter emptionem venditionem & locationem conductionem, adeoque consensualem, bonæ fidei, denique juris gentium originis, potius quam Juris Civilis, & quæ ad harum rerum exegesin pertinent, exposita *Parte I. ad t. I. de Loc. Cond. n. 5.* non est quod hic repetamus. QUO DOMINUS. Sic enim est, quod Emphyteuta dominum habeat, *d. § 3.* quod ipse dominus non sit, *d. l. 1. b.* quod opponantur Emphyteuta reique dominus, *l. 1. & seqq. C. de Jur. Emphyt.* quicquid de usu Principum Græcorum, hos Emphyteutas prædiorum dominos appellantium, probetur ex *l. 2. pr. in fine, & l. ult. C. de Fund. patrim. dix. Parte I. lib. 2. tit. 1. n. 15.* PRÆDII. Sic est in *d. § 3.* sed hujus tit: Rubrica meminit *agri* duntaxat. Prædium constat esse rusticum, vel urbanum, sed Emphyteuseos vocabulum ab ædificiis, in quibus nil potest ἐμφυτεύεσθαι, *plantari*, alienum esse videtur, atque in agris hoc genus Contractus plerumque frequentari, vox, & res, ac usus loquitur, & nigrum hujus tituli non minus quam Rubrica. Justinianus tamen in *d. § 3.* indistincte loquitur de prædiis perpetuæ fruitioni datis, ut & in *l. 2. C. de Jur: Emph:* verb. *Licere eum a prædiis Emphyteuticariis repellere*, sed in *l. seq:* quod de emponematis cæterisque præstationibus habetur, ad agros potissimum pertinet. Rursus idem in *Nov: 120. § 2.* expresse domus Emphyteuticæ meminit, quemadmodum & ædes vectigales memorantur in *l. 4. § 26. D. de damn. inf.* Unde resultat hæc sententia, Emphyteusin proprie & ab initio pro fundis introductam, usu temporum ad domos fuisse productam, maxime veteres & crebris reparationibus obnoxias, ut est in *d. Nov: 120. c. 1. § ult.* Sic etiam Thomasius *ad pos. 4. h. t.*

SCHOLIUM.

Distinguenda sunt tempora. Ab initio equidem concedo emphyteusin in agris fuisse celebratam. Sed successu temporis mores eum contractum extenderunt etiam ad alias res immobiles, ex quo natura contractus etiam convenit ædibus. Wissenbach. ad l. 1. C. de jure Emphyt. p. m. 872. Struv. ad ff. h. t. *th. 25.*

3. FRUCTUS. Sub voce *fructus* intelligimus & usum, & jus percipiendi quicquid ex fundo & ejus occasione, maxime a plantationibus provenit, *l. 2. C. de jur: emph. d. § 3.* De Thesauro pertinet ad hunc locum Quæstio, ad em-

emphyteutam, an ad dominum pertineat, de qua prolixe disputat Vinnius pro emphyteuta, ad *§ 39. Inst. de R. D.* ubi & nos, sed *remissive*. Wissenbachius noster in contrarium tendit ad *tit. ff. de A. R. D. n. 13.* vultque dividi thesaurum inter dominum fundi ac inventorem, Emphyteuta præcluso: duplici ratione. 1. Quod Emphyteuta non sit dominus. 2. Quod jus habeat usufructus, & Thesaurus ad fructum non spectet. Refellit ibidem argumenta dissentientium, quæ sunt ab utili dominio, & analogia damni particularis, quod cum Emphyteuta ferat, lucrum particulare non sit ipsi invidendum, cum utrumque sit a fortuna, tam Thesaurus, quam fatale damnum, *l. 63. § 1. de A. R. D.* Est hæc e quæstionibus, de quibus in utramque partem *διαλεκτικῶς* ambigere & differere possis, ut a nobis indecisa relicta sit *in Parte I. lib. 2. tit. 1. n. 30.* Memini, alias evenisse, ut magis in Emphyteutæ partes inclinare videremur. Rationes tamen pro domino minime spernendæ sunt; 1. Quia cum Thesaurus juxta inventorem ad dominum spectet, nec Emphyteutæ Domini nomen convenire, superius probatum sit, vix est, ut Juris Auctores thesaurum huic destinasse credantur. Accedit gravis autoritas Ulpiani in *l. 7. § 12. Sol. matrim. fin.* ubi negat, thesaurum in fundo dotali repertum cedere marito, sed partem ejus dimidiam jure dominii perceptam uxori esse restituendam, idque ideo, quod Thesaurum in fructu non computari, sit manifestum: Atqui Emphyteutam, ubi de prærogativa dominii agitur, plus juris habere, quam maritum in fundo dotali, difficile dictu est, quatenus huic rotunde, secus ac Emphyteutæ, dominium adscribi constat, ex his quæ ad *tit. Inst. Quib. al. lic. n. 7.* exposita sunt. Cui addas velim, quod Emphyteuseos & vox, & institutum, propius ad usumfructum, quam dotale jus mariti accedit; proinde contra Emphyteutam fortius militat ratio de fructu, respectu thesauri, quam adversus maritum, in cujus tamen præjudicium Ulpianus hac ratione potissimum concludit; quod Thesaurus non sit in fructu. Parum refert, quid nos sentiamus; verum, ut nunc est, magis inclinat animus in partes domini, quam emphyteutæ; præsertim, quia rationes discrepantium vim juridicam minorem, quam dialecticam, habent. Nam quod ait Vinnius ad *d. § 39. I. de A. R. D. ad Emphyteutam plenissima pertinet utilitas pari jure, quoad dominum*, minus valide respectu Emphyteutæ applicatur Thesauro, quam respectu mariti, ad quem nihilo minus plena pertinet utilitas, non modo pari jure, quo ad dominum, sed etiam ut ad dominum; non tamen ad jus thesauri valet, quia non censetur in fructu. 2. Vinnius. *Utilem in rem actionem habet Emphyteuta, etiam adversus ipsum dominum.* Sed tu respondes, Maritum habere non utilem, sed ipsam rei vindicationem directam, nec in illo tamen hanc rationem efficere, ut Thesauri parte, quæ dominis competit, augeatur. 3. Vinn. *Emphyteuta longe distat a fructuario.* Sit ita, non magis vero quam maritus, & tamen huic ideo negatur Thesaurus, quia non est in Fructu. Habeant plus juris in aliis, in Thesauro non habere, satis ex hisce rationibus patet. Placet addere Mynsingeri ad eundem § 39. argumentum, quod prima facie blanditur, sed ubi contrectas, frangitur. Desumptum est ex *l. 47. de Procur.* ubi procurator in *rem suam* habet utilem actionem, qua præfertur domino, cui directa datur: ergo similiter Emphyteuta, qui est utilis dominus, præfertur ei, qui dominium habet directum. Si valet sonus verborum plus quam rei momentum, valeret hæc ratio. Sed quid? Is, qui cessit actionem, alienavit eam, sola subtilitate juris sibi salva, qua non potest uti adversus eum, in quem omne jus suum transtulit. Hic autem Emphyteutæ dominus suum dominium ita retinuit, ut ei, in quem transtulit Emphyteusin, nec ipsum dominii nomen adscribatur.

4. Sequitur in definitione, ET JUS DOMINIO PROXIMUM. Sic loqui maluimus, quam utile Dominium, cum vulgo Doctorum, * per ea, quæ dix. *Parte I. de R. D. n. 15.* ut tamen de re minus quam de nomine sit quæstio. Verum non est de nihilo, servare proprietatem sermonis juridici. Utiles *Actiones* vocari, legalis est doctrinæ, causas actionum *utiles* vocari, non est Juridicum, ut illic probatum est: Sed contradicitur, satis Latinum esse nomen a re ipsa desumptum, quia contineat *omnem rei utilitatem.* Ve-

* Communis tamen fere Doctorum sententia est, Dominum Emphyteuseos habere directum, Emphyteutam utile dominium, idemque placuit D. August. *P. 2. C. El. 39. pr. verb.* Jndem so wird allein die erbliche Nutzbarkeit des Guts, utile Dominium, in den Erbzinsmann, Emphyteutam, gewandt, und behält der Lehn-Herr den Grund-Eigenthum, directum dominium, aber solches beydes, nemlich directum & utile dominium, hat ein ieglicher schlechter Zinsmann in allen solchen seinen Gütern. add. Carpz. *ad d. C. def. 1.*

rum

rum hanc etymologiam oppositio *directi* dominii perspicue refellit. Notum est, utiles actiones directis opponi, quia non directe veniunt e verbis legum propriave negotii natura, sed ad similes casus *utilitatis causa* producuntur: hoc nihil ad utilitatem perceptionis, quæ Emphyteutæ tribuitur, nisi & utiles leges, & utiles contractus, e quibus utiles dantur actiones, comminisci velis. Duæ rationes contra tendunt; Prima, Emphyteuta rem, in qua jus ei competit, vindicare potest, etiam contra ipsum dominum principalem, *l. 1. h. t.* ergo & ipse dominus est. Sed videamus textum. Paulus; *Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus; quamvis non efficiantur domini, tamen placuit, competere iis in rem actionem adversus quemvis possessorem, sed & adversus ipsos municipes*, hinc ita colligunt; Cui datur actio in rem *utilis* contra dominum, hic etiam *utilis* est dominus. Respondeat Paulus: *Emphyteutæ competit in rem actio*, hæc est thesis, quam ponit; ei vero opponit hanc, *Emphyteuta non est dominus*, eamque perinde habet pro certa; sed negat hæc inter se pugnare, quia sc. actio in rem latius patet quam dominium, ut liquet ex Juris principiis, quæ docent, eam ex quolibet jure, quod *in Re* constitutum est, nasci & exerceri. Ratio altera, quam objiciunt, his verbis constat: *Emphyteutæ omnem rei causam omnemque fructum, non propter aliquam conventionem, uti contingit in locatione, sed ob jus, quod in re acquisivere, capiunt, commodumque in alios transferre possunt, quibus rebus dominii exercitio consistit.* Verum enimvero, si hæc usufructuario tam evidenter applicari possunt, ut nihil sit dissimile, satis constabit, exinde Emphyteutæ non posse dominium adscribi; Atqui usufructuarius capit omne rei emolumentum, non magis propter conventionem, quam Emphyteuta, & æque propter jus in re constitutum, æque etiam sui commodi in alium transferendi habet potestatem, quæ omnia sunt illius objectionis contenta. Atqui fructuarius tamen non dominus; ergo nec Emphyteuta. Si quis instet, Fructuarium non posse jus suum transferre in perpetuum, secus ac Emphyteuta; serviet responsio, quod perpetuitas ad dominii differentiam non spectet. Dominium est jus perfecte disponendi, quo caret Emphyteuta obnoxius alteri, sine cujus voluntate suum jus alienare nequit, *l. ult. C. de Jur. emphyt.* Quid magis dominio reclamat, quam conducere, præstare mercedem, amittere jus suum non soluto canone, neglecto consensu in alienando? Non negamus alioqui, jus Emphyteutæ aliquando validius esse quam Fructuarii, licet iste gradus non variet speciem. Plane aliud discrimen se non prodit, quam quod a periculo damni particularis Emphyteutæ incumbentis dependet, eique respondet *l. 1. in fin. C. de jur. Emphyteut.* Unde nec eum ob impensas majores rem derelinquere posse, quod usufructuario licet, facile colligitur, *d. l. 1. in fin. & l. 64. ff. de Usufr.*

5. In definitione, ALTERI. Hac voce personæ, quibus Emphyteusis acquiritur, designantur. Atque ea parte tenenda distinctio, quod Emphyteusis vel simpliciter, vel certis personis constituatur. Quando simpliciter constituitur, transit ad quosvis hæredes, sicut in omni jure, quod in perpetuum conceditur, juris esse constat. Exceptio est in Ecclesiis domibusque religiosis; in quarum favorem constitutum est, ut emphyteusis earum alii concessa, non transeat ad heredes, nisi filii vel nepotes existant, ut nec ad tertium gradum specialiter extendi possit; excepto rursus, quod vir acquirens Emphyteusin, uxorem, & uxor virum comprehendere possit, ita ut Justiniano placuit, in *Nov. 7. c. 3. pr.* Quando Emphyteusis certæ familiæ relinquitur, cum ista familia durat, nec ultra personas ejus gentis extenditur, sic tamen, ut familiæ appellatio ad feminas etiam, atque ex feminis prognatos extendatur, arg. *l. 195. pr. & § 4. de V. S.*

6. Sequitur, CONCEDIT; per Conventionem, *arg. § 3. I. de loc. Cond.* Scriptura valde quidem usitata, non tamen absolute necessaria est, ut probat D. Wissenb. *ad l. 1. C. h. t.* Testamento constitutæ Emphyteuseos, nescio an exemplum in Jure nostro detur. Non est dubium tamen, quin Testator emphyteusin fundi sui per modum legati relinquere, & ita jus in re sua constituere queat, *arg. l. 26. de Pign. Act.* utrovis autem modo stabiliatur, danda est opera, ut diligenter a Locatione distinguatur, quod inprimis fit perpetuitate temporis, modicitate pensionis, melioratione & translatione periculi, quod est e damnis particularibus. Si tamen has pactiones non ita contingat exprimi, sola vox *Emphyteuseos*, in conventione vel Testamento adhibita, qualitates illas continet, aut si vernacule concipiatur,

ut

ut cuique linguæ proprium est ; Belgis vocatur *Erf-pacht*, * *d. §3. l. 1. C. de Jur. emphyteut.*

7. AB EO EXERCENDUM. Exercitium emphyteuseos huc tendere debet, ut res melior fiat, idque definitioni a multis inseritur, nec potest negari, hoc fine Emphyteuses ab initio fuisse constitutas; ut agri steriles ac deserti a dominis in perpetuum colendi fruendique permitterentur, ut meliores fierent, eoque pertinent modica pensio, longum tempus, & jus dominio proximum, quod nemo facile modico in rem suam alteri concedit, nisi spes melioritionis id compenset. Non est tamen, quod de essentia hujus contractus id esse dicatur, utcumque Jus emphyteuticum simpliciter *melioratio* appelletur, in *l. ult. C. de Jur. Emph.* Sed quo minus locationi conductioni pactum meliorandi accedere possit, nihil impedimento est ; ideoque ad specificam emphyteuseos differentiam referri non debere, palam est, ut recte demonstrat Sandius 3. 6. 10. vers. *opponunt Biltani.* Exemplum emphyteuseos, quod sine mentione meliorationis, & sine nomine emphyteuseos agnitum a Curia nostra Suprema, refert Nauta noster, esto hujusmodi ; Curatores pauperum Bolswardienses, habebant aliquot jugera agri in prædio Sirxmano apud *Arum.* Eorum usum perpetuum concesserant possessoribus prædii Sirxmani, pro vectigali duorum ducatonum (valde modica pensione,) annuorum immutabili, sub lege commissi, ni solverent, absque ulla necessitate renunciationis faciendæ, id est ipso jure. Nomen contractus non erat expressum, nec meliorandi facta mentio, tamen habita est pro Emphyteusi. Nauta *decis. 130. MS. in fin.*

8. Ad exercitium quoque pertinet id quod quæritur ; an solum exercitium, per longum, aut longissimum tempus continuatum, sit causa juris Emphyteutici acquirendi? Quod adfirmandum, quatenus omne jus 30. vel 40. annorum præscriptione potest acquiri, *l. 3. C. de Præscript. 30. ann.* modo adsit fundamentale requisitum omnis præscriptionis, etiam ejus, quæ longissimi temporis dicitur, ut possessor *animum sibi potius, quam alteri possidendi*, præ se ferat, *l. 2. C. eod.* Proinde si quis titulum conductionis per tempus utcunque longissimum, quin per quinquaginta vel amplius annos, prætulerit, hic Emphyteusin nullo modo acquirit, *d. l. 2.* cujus rei usum vidimus insignem superioribus annis in Frisia, cum pretia mercedesque agrorum, tempore primi & secundi belli Anglicani intermedio, notabiliter crevissent, plerique Rectores Ecclesiarum & Pastores, suis colonis, qui longissimo tempore mercedem ipsi eorumque antecessores solverant æquabilem, obnunciaverant agros, ni majores darent pensiones : hi præscriptionem & æqualitatem pensionis per immemoriale tempus opponebant ; sed quia in cunctis eorum contractibus, seu consulto sive errore juris, conductionis titulus inveniebatur, omnes frequenter *condemnati* sunt. Alioqui, si titulus iste conductionis in monumentis contractuum non extitisset, æquabilis & uniformis pensio longi temporis, ad arguendam & acquirendam Emphyteusin sufficiura fuisset, ut Sandius probat *d. l. 3. tit. 6. def. 10.* versic. *Sane si de titulo.* quem in hanc rem videsis etiam atque etiam.

9. In definitione, QVAMDIU : Spectat durationem Emphyteuseos, quæ in hoc comparata est, ut quamdiu pensio solvitur, jus ejus continuetur, *d. §3. l. 2. C. de off. rer. priv.* nec tamen hoc ita dixeris ad essentiam requiri, ut Emphyteusis nunquam ad tempus constitui possit, tametsi præter solitum & negotii consuetudinem, temporis accedat conditio, ut & Sand. noster probat *d. def.* v. *Quia a Sax.* Quin nec perpetuitas ita Emphyteusi naturalis est, ut locatio conductio in perpetuum facta cum Emphyteusi coincidat. Contrarium docet JCtus in *l. 1. § 15. D. Exerc. act.* Ubi conductio tam ad tempus, quam in perpetuum fieri dicitur ; quæ tamen idcirco non fit Emphyteusis, ut Sandius quoque notat *d. Def.* in fine.

10. Definitio subjicit, PENSIONEM: aliter Canonem, aut vectigal, ut in hoc tit. appellatur. Ex instituto Emphyteuseos, quod fere ad melioritionis finem comparatum est, satis apparet, modicam plerumque pensionem, sicut est, esse debere ; cui accedit ratio periculi, quod Emphyteuta fert, de quovis damno, præter universum rei interitum, *l. 1. d. tit. C. de Jur. Emph.* quam rem secus in locatione conductione se habere, notum est. Nec tamen hanc differentiam ex iis esse, quæ semper locum habeant, existimandum est, si quidem pro meritis circumstantiarum fieri

* Saxonibus ; Erbzins, Erbzins Gut, quo nomine Emphyteusis distingui solet a simplici censu, von einem schlechten Zins, oder Zins-Gute, v. *P. II. Constit. 39.* ubi in dubio fundos pro censiticis magis habendos esse, quam pro Emphyteuticis, constituitur. Veteri tamen Jure Germanico, inter Erbzins-Güter & Zins-Güter, non fuisse differentiam, docent Beyerus & Thomasius *ad h. t.*

potest,

potest, ut locatio conductio minorem quam Emphyteusis mercedem recipiat, quemadmodum vel exusu nostræ Provinciæ constat. Raras habemus Emphyteuses agrorum, qui fere locationibus conductionibus exercentur, ut tamen domus agris impositæ frequenter ad colonos pertineant, quarum pretia domini finita locatione solvere coguntur, quæ in præsenti vilitate *agrorum fæpius* horum pretia adæquant. Quorum ut evitent solutionem, non gravantur domini veteres colonos exigua mercede retinere, ut Emphyteuteos liberæ pensio facile superior sit. Interim ex his verbis, *quamdiu pensionem*, sequitur, non licere domino vectigal augere, quandoquidem hoc semper uniforme censetur, cui primæva conventio perpetuum jus præscripsit ac stabilivit, *d. § 11. & d. l. 1.* Sandius in dicta Decisione *vers. Quia a tempore.* Vox *pensionis* etiam requirit, ut moneamus, Emphyteutam in eo a conductore discrepare, quod hic ob insignem sterilitatem aliamve fortuitam causam, mercedis remissionem impetrare possit, quam Emphyteutis permitti, ratio non patitur, quia damnum particulare, quod citra totum rei interitum accidit, Emphyteuta fert, *d. l. 1. C. h.* quod procul omni dubio ad sterilitatis incommodum est referendum. Nec obstat *l. 15. § 4. ff. Loc.* ubi de remissione sterilitatis causa cum agatur, hæc verba sequuntur; *idem & in vectigalis damno:* nam hæc verba ad ultimum præcedentis periodi membrum pertinent. Nec enim ibi de remissione ex necessitate facienda; sed de revocanda remissione facta, comparatio instituitur. In hypothesi sit equidem, ut durius aliquando habeatur, emphyteutam ad solvendum vectigal condemnare, quando casus fatales cum omni agrorum cultu prohibuerunt: qua de re cum in Senatu Supremæ Curiæ inter partes prænobiles ageretur, memini serio disceptatum. Emphyteusis erat agrorum paluſtrium, unde cespites effodiuntur in finibus Frisiæ, qui anno 1672. & 1673. infestati erant ab hostibus Groningam obsidentibus & Stenovicum tenentibus, ita ut agri penitus inculta jacuissent: Vectigalia tamen illorum annorum ab emphyteutis petebantur. Condemnari debebant, & condemnati sunt, verum ægre, non paucis existimantibus, apices juris in hypothesi non semper, neque tum urgendos esse videri.

11. Sequitur in definitione, SOLVET. Ad hoc ultimum verbum referri possunt modi finiendi Emphyteusin, qui sunt, 1. Si Emphyteuta, toto triennio non solverit vectigal, *l. 1. C. h. t.* In locatione conductione biennium præfixum est, *l. 56. de Loc.* Emphyteusis quo juris validioris, eo durabilior est. In Ecclesiæ tamen favorem, placuit etiam biennium in ipsa Emphyteusi, *Auth. qui rem. C. de S. S. Eccl.* ex *Nov. 7. c. 3. § 2. Nov. 120. c. 8.* Sic autem lex est; cessatione triennali Emphyteuta *jure suo cadit*, *d. l. 2. C. h.* nec aliud ad jus commissi, quam *si dominus eum expellere voluerit*, requiritur, in *d. l. 2.* Nec videtur admittenda, quam Wissenbachius habet ad *h. t.* exceptio, *nisi neget Emphyteuta, jus suum esse commissum.* Haud facile enim, qui non id obtendat, invenietur Emphyteuta reliquator; Atqui tum causæ cognitione, sententiaque opus est, * ait Vir Cl. quasi non eadem opus sit in omni nullitatis querela, ubi de facto disceptatur. Nec tamen deest usus nullitatis, in eo, quod cum Emphyteuta cadat jure suo vi legis ipsa, triennio elapso, moram nullo modo purgare potest, per *d. l. 2.* ut & *l. 2. C. de Fund. patr.* quod tamen aliter jure Canonico in Emphyteusi Ecclesiastica placuit, *c. potuit. X. Locati.* Quin ex eadem ratione dicendum, etsi dominus post triennium sine protestatione vectigal accepit, eum nihilominus Emphyteutam expellere non prohiberi, cum, quod ipso jure commissum est, ex postfacto sine valida causa restitui neque-

* Non est quod sine ratione hoc a Wissenbachio additum existimet Autor; multi enim JCti olim defenderunt, ipso jure Emphyteusin, non expectata judicis sententia, ob canonem suo tempore non solutum, amitti, v. *P. 3. C. El 38. verb.* Wiewohl fast vieler Rechtgelehrter Beschluß dahin gehet, daß ein Erbzins Mann in denen Fällen, da man gewiß ist, ꝛc. sich dessen ipso jure verlustig mache. In qua hypothesi fuerunt Jason *ad l. 2. C. de Jur. Emphyteut.* Jul. Clarus *Sentent. l. 4. § Emphyteusis. n. 9.* aliique citati Carpz. *ad d. C. def. 1.* Contrarium tamen rectius asseritur a Wissenbachio, idemque etiam Legislatori nostro placuit *d. C.* ex qua apparet, causam hanc privationis emphyteuseos, ordinario apud nos Processu esse tractandam, verb. Dißfalls ein Processus ordinarius und ordentlicher Sentenz, &c. ut & qualitas prædii Emphyteutici probetur, & emphyteutæ exceptiones suas allegare permittatur. Unde ne quidem Dominus Emphyteuseos, qui simul Dominus Jurisdictionis est, absque Processu Ordinario Emphyteutam expellere potest. Carpz. *def. 2.* qui & *def. 10.* monet, privationis pœnam cessare, si emphyteuta justas non factæ solutionis causas reddiderit, e. g. si adversus Dominum directum, tanquam debitorem suum, compensationis beneficio uti potuerit.

at. Quid autem, qui pecuniam sibi debitam recepit, an ille jus sibi quæsitum hoc ipso amittet? Contrarium satis clare scriptum est in *Nov. 70. c. 8.* ubi: *Damus licentiam, quæ debentur pro præcedente tempore, exigere: & ejicere eum, qui per biennium non intulerit, quod promissum est de Emphyteusi.* Nec quid D. Wissenbach. ex *d. l. 2.* in diversum collegerit argumenti, indicat ipse, vel perspici potest. Tutius igitur est, sequi dissentientes ab illo, non quod numero majore, sed ratione meliore nitantur. Caterum, quod de licentia expellendi Emphyteutas, si dominus velit, habetur in *d. l. 2.* non est dubium, quin de legitimo tramite viaque juris accipiendum sit, ut in toto jure singulis non conceditur, quod tumultus occasionem præbere possit. Carpz. *P. 2. constr. 38. def. 9.*

12. Opus est, reliquos addere modos Emphyteusin finiendi. Secundus igitur modus est, si Emphyteuta jus suum ejusve partem titulo venditionis, ignaro domino, in alium transtulerit,* *l. 3. C. h. t.* Si alio quam venditionis titulo transtulerit Emphyteusin, nulla commissi pœna reperitur in *d. l. 3.* sicut olim vectigales agros legari, donari, permutari, pignorari, in solutum dari, domino inconsulto, licuisse constat, *l. 71. § fin. de leg. 1. l. 17. § ult. de Pign. act. l. 28. de V. S.* nec deest ratio, cur venditionis titulus maxime sit prohibitus. Duplex enim jus debetur domino in casu translationis. Primo, quinquagesima pars pretii, quod pro consensu domino debetur, vulgo *Laudemium.*** Secundo, datur domino jus προτιμήσεως, sive prælationis ante alios omnes juris Emphyteutici licitatores: quibus privilegiis non nisi in emptione venditione locum esse, manifestum est. Tertio finitur hoc jus, si Emphyteuta non præstiterit *apochas publicarum functionum*, i. e. pro tumore eloquentiæ Tribonianeæ, si tributa fundi, perinde ac pensionem, publico non solverit, *d. l. 2.* Numquid etiam certi temporis solutioni Tributorum, & commisso ex hac causa, definitum habemus? Nihil apparet. Ergone & huic cessationi triennium videtur esse præscriptum? Die potius, ubi Fiscus ipsum prædium hac causa aggreditur, cedere commissum hoc, vel quando monitus instanter Emphyteuta, procax moræ deprehensus est. Postremo amittitur Emphyteusis, male utendo, ac rem faciendo deteriorem, quo nihil magis Emphyteutæ officio, ac hujus instituti, quod ad melioracionem spectat, scopo contrarium esse potest, *Auth. qui rem & Nov. 120. c. 8. arg. l. 3. in fin. C. Loc.*

13. Emphyteusi finita, si quidem absque culpa, præstandas ei esse meliorationes, i. e. impensas quibus res melior facta est, vult ratio, & *arg. d. l. 2.* at si per culpam jure suo cadat, amittit pariter meliorationes, sine distinctione, fueritne ad eas obligatus ex lege contractus, nec ne. Textus enim indistincte loquitur, *Nov. 70. c. 8.* ubi sic habetur: *Non valentem de emphyteuseos actionem aliquam movere*, ubi de finita per culpam Emphyteusi locutus erat. Vulgo tamen ex bono & æquo receptum est, ut meliorationes, quas supra legem contractus fecit, ei concedantur, qua de re vide Sandium *l. 3. tit. 6. def. 6.* Aliter D. Wissenbach. *th. ult. b.*

Si Dominus voluntatem suam de revocanda emphyteusi propter cessationem triennalem non declaravit, heredes ejus non esse emphyteutam expellere, statuunt Carpzovius *part. 2. Const. 38. def. 9.* & Berlichius *pract. Concl. P. 2. 46. n. 15.* Idem est, si Emphyteuta cessator sit mortuus, heredes ejus emphyteusi propter moram defuncti non possunt privari; Berlich. *ibid. n. 14.* idque a pragmaticis Scriptoribus unanimiter utrumque receptum esse, testantur: Etsi, cum jus hoc sit ex

* Hæc pœna apud nos haud facile obtinebit, cum enim ea locum non habeat, nisi alienatio traditione, & quidem jure Saxonum judiciali, plene fuerit consummata, Carpzov *P. 2. C. 38. d. 13. n. 5. & 6.* hæc autem resignatio dominii imprimis, quando dominus directus cum jurisdictione investitus est, ipso ignorante & invito, vix possit fieri, ante traditionem judicialem imperfecta adhuc alienatio, post eam vero valida, veluti Domino consentiente facta, censebitur, fac. *Dec. El. 61.* Struv. *Dec. Subb. 4.* Heig. *P. 2. qu. 18. n. 12. seqq.*

** Laudemii quantitas apud nos non ubique eadem, ac haud raro vigesima, imo & quandoque decima pars est pretii. Carpzov. *P. 2 C. 39. def. 12.* Id. *l. 1. Resp. 90.* Struv *Synt. Jur. Feud c. 10. aph. 12. num. 9.* Franzk. *de Laudem. c. 23. n. 13. seqq.* Ab illius autem præstatione Jure nostro liberantur descendentes, utputa prima investitura comprehensi. *Constit. El. Nov. 1.* § Desgleichen. Carpzov. *l. 1 def. 21.* Richt. *Dec. 83. n. 29 seq.* reliqui omnes, ut collaterales, ir. heredes extranei, legatarii & donatarii, non æque. *d. Const. Nov.* § Wann aber. § Solche. Struv. *Synt. Jur. Civ. Ex. 11. th. 60.* Carpzov. *l. 2. def. 19. & 20.* sculo tamen hic ad singulorum locorum consuetudinem respiciendum esse, idem monet *def. 22.* j. Menck. *Tract. Pand. Synopt. p. 124.*

lege

lege contractus, in diversam partem disputari posset. Illi hoc ut pœnam potius legalem & rem mere personalis affectionis considerant. Mynsing. *Centur. obs. 3. 97. n. 2. sub fin.*

Si quis per totos XXX. annos non solverit canonem, si titulum tamen non mutaverit, cum emphyteuta maneat, nec animum dominii præ se ferat, ejus quoque præscribendi initium facere non potest, ideoque manet tamen canoni in futurum solvendo subjectus, ut probat Wesenbec. *ad h. t. sub fin.* Fachinæus 8. *Controv. c. 99.* Ac ita consultus e Drentia in causa Revisionis respondi XII. *Jun. 1688.* Quin etiam pensiones præteritas annorum XXIX. peti posse, quia præscriptio pensionum annuarum longissimi temporis, ponenda non sit una, quasi juris universi; sed a singulis annis est ducenda, ut tot sint præscriptiones, quot sunt anni, * *l. 7. § ult. C. de Præscr. 30. ann.* Gail. *2. obs. 73. a pr.* indistincte, e contractu, an testamento sit. Mynsing. *cent. 2. obs. 13.* ac ita in dicta causa respondimus.

AD

LIB. VII.

TIT. I.

De Usufructu, & quemadmodum quis utatur fruatur.

I. Continuatio & remissio. II. Quo sensu Usufr. Pars dominii dicatur, & usus illius prædicati. III. Sententia quod sub legato fundo usufr. continetur, ab aliquot objectionibus liberatur. IV. Modi usumfructum constituendi plenius expositi. V. De usufr. sub conditione, & pro parte relicto. VI. De limitatione usufr. generalis, & an bona futura comprehendat. VII. De Solutione æris alieni hoc casu. VIII. An ususfructus mutetur in proprietatem data potestate alienandi, vel prohibitione illius. IX. Vel Servitutis altius non tollendi. Ubi de sensu L. 19. h. t. X. Officium & jus fructuarii in rebus exercendis. XI. An rem aliunde sustentare debeat usufructuarius, exemplo rei judicatæ, proponitur. XII. An impensas litium de fructibus ferre debeat. XIII. An ædificium extruere possit in fundo.

ABsolutæ sunt actiones in rem corporalem, sequuntur Servitutes, de quibus non modo actiones in rem, sed etiam *vindicationes* dari dicuntur, *arg. Rub. ff. si serv. vind.* Nota est differentia Servitutum in reales & personales, quarum tractatus ad *Institutiones* præsumptus & occupatus est. De realibus actum illic est primo loco, secus ac in Pandectis fieri videmus, quoniam hæc Rei vindicationi subjunguntur, ad quam fructuum & ususfructus consideratio notabilius quam ad *tit. de Servitutibus* spectat. Sicut e contra in *Inst.* post res incorporales Servitus realis, quæ simpliciter servitutis nomine designatur, proxime se offerebat.

2. Personales Servitutes sunt tres, Ususfructus, Usus, & Habitatio, nisi quartam addere velis speciem, quæ est, operæ servorum. De usufructu habuimus definitionem, ejusque exegesin, divisionem, modosque constituendi, & quibus finitur. Huc igitur de spicilegio videndum. Ususfructus adeo proprietati affinis est, ut etiam in multis casibus dominii pars esse dicatur, *l. 4. h.* id est non semper ut jus a dominio separatum, sed frequenter ut pars integrans dominii pleni consideratur, quemadmodum ad *tit. Inst. de Usufr.* demonstravimus, ut ita non obstet exceptio, quam D. Wissenbach. *th. 2.* movet adversus hanc responsionem, *non multis*, inquit, *ut ait l. 4. sed in cunctis casibus procedit, ut ususfructus eo sensu pleni dominii partem constituat.* Nobis Accursii potius, quam ille præfert, responsio textui repugnare videtur. Ait enim ille, sensum *d. l. 4.* esse, usumfructum in multis casibus similitudinem & effectum obtinere dominii, ut usufructuarius quandoque pro domino habetur. At hanc expositionem proprietas verborum, *pars dominii est*, nequaquam admittit. Prior explicatio pariter intellectum *Legis 63. h. t.* suppeditat, ubi Paulus; *Is, qui fundum habet*, inquit, *quanquam usumfructum non habet, tamen usumfructum cedere potest.* In promptu est objectio, non posse fieri, ut aliquis det, quod non habet, *l. 54. & 120. de R. J.* Sed habet

* In Saxonia tota obligatio una præscriptione, lapsu scil. annor. 31. 6. sept. & 3. dierum, tollitur, sive ea ex contractu, sive ex ultima voluntate descendat. *P. 2. C. El. 2.* j. Carpzov. *ib. def. 7. & 1.* ubi in præscriptione redituum annuorum, qui ex pacto de retrovendendo solvuntur, aliud ait obtinere, add. Heig. *P. 1. qu. 16. n. 55. seq.*

dominus usumfructum, qui pars dominii est; hic a dominio separatus & alteri concessus, fit servitus ejusdem nominis, in *quo formali*, ut sic loquar, dominus eum non habuit, ac ita quod non habuit, cedere dicitur in *d. l. 63.* quam ita de causali, quem vocant, usufructu intelligimus;

SCHOLIUM.

Si de causali *Usufructu intelligendus est JCtus* in d. l. 63. *tunc praesupponit casum, quo cedens solam proprietatem habuerit, alius vero usumfructum. Sed & hic tamen duplex poterit casus subintelligi: Unus, quo cedens, qui usumfr. non habet, possit tamen una cum proprietate cedere alteri usumfructum, hoc est, jus recipiendi usumfructum ad proprietatem, si penes usufructuarium iste fuerit extinctus. Alter, quod proprietarius, usufructu apud tertium nondum extincto, possit cedere cessionario eundem absque proprietate, ut servitutem, sed inchoandam demum, si eandem prior usufructuarius amiserit. Et hunc casum videtur in mente habuisse Autor.* Vide posit. 5. hic. *Verum simplicius* * *& forte commodius explicari potest* d. l. 63 *de usufructu formali, ut sensus sit: Dominum, qui una cum proprietate habet potestatem utendi re sua, quamvis usumfructum ut servitutem non habeat, posse tamen ad alterum cedendo transferre servitutem usufructus.*

RESPONSIO.

Nisi fallor, est nodus in scirpo, cujus explicatio desinit in nostrum sensum; quem modo explicitum dedimus. Videtur putasse Thomasius, me usumfructum, qui ceditur, in d. l. 63. *habuisse pro causali: Sed intelligo, cedentem non habere usumfr. formalem, quem cedit; habere tamen causalem, qui dicitur, atque ita non habere, quod ceditur, & tamen habere quod cedit.*

N. ADDIT.

Imo potius Autor parum apta applicatione usufructus causalis ad d. l. 63. *crucem mihi fixit, & in praesenti explicatione magis se implicat quam explicat. Si, ut nunc intelligo, mea explicatio ultima coincidit cum sententia Autoris, nihil mihi facilius erit, quam ostendere, Autorem mentem suam parum concinne exposuisse, dum dixit,* d. l. 63. *loqui de usufructu causali. Age videamus. Ait Paulus;* Is, qui fundum habet, quanquam usumfructum non habet, (*Hic non potest intelligi usufructus causalis, sed formalis. Nam causalem utique habet is, qui fundum habet, sed formalem, i. e. servitutem, non habet,*) tamen usumfructum cedere potest. (*Nec hic loquitur de usufructu causali. Etsi enim hunc habeat Dominus fundi, tamen eum non cedit, nam alias usufructuarius acciperet particulam Dominii; cedit ergo formalem*). *Et minus pertinenter salvare vult Autor doctrinam suam per distinctionem inter id quod cedit Dominus, & quod ceditur. Nam idem jus esse debet, quod alter cedit, & quod alteri ceditur. Neque enim aliud jus Cessionarius potest habere, quam quod alter ipse cessit. Rem declaremus alio exemplo, substituamus saltem servitutem praedialem loco usufructus.* Finge, Paulum dixisse: Is, qui fundum habet, quamvis servitutem itineris non habeat, tamen servitutem itineris cedere potest. *Hic sane recte quis ita loqueretur, & si nulla distinctio inter servitutem itineris causalem & formalem eo applicetur. Nimirum turbavit, ut apparet ex praecedentibus, Autorem regula juris, non posse fieri, ut aliquis det, quod non habet. Hujus vim ut tollat, putavit sibi opus esse distinctione inter usumfructum causalem & formalem. Sed absque urgente ratione. Simplicius respondetur, eam regulam valere saltem de dominio rerum corporalium, non de aliis juribus; Non de juribus aliis realibus. De servitutibus jam vidimus. De pignore eadem est ratio. De juribus ad rem similiter dicendum. Dominus rem suam non habet locatam, non depositam, &c. & tamen per consensum ejicit, ut alius depositam & locatam ha-*

* Paulus in d. l. *Quod nostrum non est, transferemus ad alios, veluti is qui fundum habet, quanquam usumfructum non habet, tamen usumfructum cedere potest.* Huberum rem hic magis implicare, quam explicare existimo. Illustr. Thomasio placet casus in Scholio ab ipso allatus tertio loco; Mihi ex reliquis secundus, quem a Gothofredo quoque in notis allatum video. De simplicitate casuum JCti illi parum fuere solliciti, & est hic ex Pauli libro singulari de Jure singulari. Forte & sua simplicitate idem gaudet, quod intricata distinctione & incommoda in usumfructum causalem & formalem, opus non habeat. Servitus ususfructus non est penes proprietatis dominum, cedit tamen eam tertio in spem consolidationis futurae, & ita quod ejus non est, transfert in alium. Sophista enim videtur Paulus ex dissentientium opinione explicatus: non habet usumfructum, (formalem,) cedit tamen usumfructum (causalem). Et hunc habuit; ergo fallit regula, transferri, quod quis non habet. Neque rectius dicent: non habere usumfructum (formalem,) cedi tamen (formalem). Quis quaeso ceder, quod non modo non habet, sed quod ne quidem est. *Quod nostrum non est*, ait Paulus; hoc vero est id, quod est aliorum, ut in nostro casu, ususfructus, qui jam est penes aliquem. Ex opinione adversae partis dici conveniebat, transferri ad alios quod non est.

beat,

beat. De jure personarum eadem ratio. Nemo habet jus paternitatis, item dominium in se ipsum. Et tamen per consensum in alium transferre potest jus paternitatis, item moribus Germanorum jus dominicum. Ita populus eligendo regem constituit hoc consensu jus Majestatis, etsi majestatem in se non habuerit ante. Latius ea de re disputavimus alibi.

Nec vero σχέσις illa, qua Usufr. pars fundi dicitur, usu caret; hinc enim qui pactus est, ne fundum petat, usumfructum petens exceptione pacti submovetur, *l. 27. § 8. de Pact.* & qui usumfructum fundi stipulatus est, si deinde fundum petat, perinde facit, ac si primo partem, deinde totum stipularetur, *l. 58. de V. O.*

3. His adde, quod cum uni legatur fundus, alteri usufructus fundi, legatarius in usufructu concurrat, *l. 6. de Usufr. ear. rer. l. 19. de Usufr. leg. n. 3. in f. de Usufr. acc.* ut jam diximus ad *Inst. h. t. l. 2.* At huic articulo videtur obstare, quod in judicio familiæ erciscundæ, quando judex uni fundum, alteri usumfr. adjudicavit, is, qui fundum habet, usumfructum non participat, *l. 16. § 2. Fam. erc.* Sed ratio differentiæ perspicua est, quod Judex æqualitatis servandæ causa rem ita partitur, ut unus proprietatem, alter usumfructum habeat, quod ni præcise servaretur, æqualitas divisionis everteretur. Ad objectiones alias ex *l. 10. & l. 19. de Usufr. leg.* respondet D. Wittenb. *th. 4.* verum ibi defecit responsio ad *l. 13. § 2. de Accept.* ubi, qui fundum stipulatus est, usumfr. acceptum ferre nequit, etiamsi fundo promisso, usufructus, ut diximus, debeatur. Hoc ideo fit, quia necesse est, acceptilationem convenire cum obligatione, quod non fieret, si is, qui fundum stipulatus est, usumfructum accepto ferret, quia usufructus nec ipse fundus est, neque pars fundi, proprie loqui ac formaliter, ut diserte habetur in *d. l. 13. § 2.* juncta *l. seq.* Cæterum, non eodem, quod usufr. sæpe dicatur pars dominii, referendæ videntur omnes Leges, in quibus sub usufr. dominium intelligitur. Id enim ex aliis potius testatorum verbis, quam usufr. vocabulo colligitur, velut in *l. 34. § 7. de Leg. 2. l. ult. de Usufr. ear. rer.* adde *l. 4. § 1. & l. pen. § 1. de Adim. leg.*

4. Porro, quæ confertim uno loco in *Parte I.* habuimus, ea per diversos sparsa titulos in hoc libro exhibentur. Præsens Rubrica duas continet partes, quarum prima de *Usufructu*, altera *Quemadmodum quis utatur fruatur.* Pars prima constat exegesi definitionis, divisionis, & modis, quibus constituitur ac finitur usufructus, de quibus omnibus dicta Parte priori, non repetimus. Verum de Constitutione usufructus articulum minus plene Justinianus peregit. Dicamus igitur, constitui Usumfr. bifariam, facto, vel lege sola, id est immediate. Factum hominis, quo usufructus statuitur, quadruplex esse videtur. Primo, per Testamentum aliamve ultimam voluntatem, *l. 3. pr. h.* Secundo pactionibus & stipulationibus *d. pr. l. 3.* Tertio, per cessionem in jure factam; qua de re Ulpianus *Fragm. tit. 19. § 10.* Quarto, per officium Judicis, quando in Judiciis fam. erciscundæ & communi dividundo, judex alii usumfr. alii proprietatem adjudicavit, *l. 6. § 1. h. t.* Per legem immediate constituitur usufructus, I. Præscriptione longi temporis, *l. ult. in fin. C. de præscr. long. temp. arg. l. ult. C. de Servit. l. 10. Si Servit. vind.* Joh. de Castill. *Tom. 1. lib. 1. de usufr. c. 63. a pr.* Idque sine scientia domini, quando titulus est a non domino, *d. l. ult. in fin.* secus, quando per domini patientiam acquiritur, *arg. l. Si ego. 11. § 1. de Publ. in rem act.* Castill. *ibid.* Brunnem. ad *d. l. ult.* Ita resp. de hereda, qui patrius erat, usufructuariam uti frui bonis sibi per fideic. restituendis, cum ipse haberet benef. inventarii, idque per 20. annos, 18. Aug. 1682. Patri in bonis liberorum adventitiis* & maternis, jure patriæ potestatis, *§ 2. Inst. Per qu. person. cuiq. acq. l. 6. § 1. & 2. C. de Bon. qu. lib.* II. Parentibus, qui ad secunda vota transierunt, ** usufructus legalis injungitur in rebus, quas a priori conjuge, vel prioris conjugii liberis

* Circa Usumfructum patris idem, quod Jure Civili constitutum est, in Saxonia obtinere, dictum fuit supr. *P. 1. p. 23.* Cæterum haud pauci Doctores contendunt, secundum Jus Saxonicum Commune, post mortem Patris Matri, quæ liberis alimenta suppeditat, eorumque tutelam suscipit, jus usufructus competere. *a. S. R. lib. 1 art 11.* Richt. *dec. 18. n. 11. seq.* Ja. *Velitat. Acad. Disp V. th 5.* Struv. *S. J. C. Ex. 12. th. 5.* Berlich. *P. 2. Concl 12 n 11. seq.* Schilt. *ad ff. Lx. III. th. 11. seq* donec secundas nuptias contrahat, Richt. *d. Dec. n. 40.* Sed licuti rationibus hujus opinionis diluendis sufficit Carpzov *Tr de Jur. Fœmin. singul. Disp. 2. pos' 4. & ad l. 2. Const. LI 10. def 13. 11. Libr. 6. Resp. 70.* ita in Electorali Saxonia usumfructum, tanquam effectum potestatis Patriæ, matri prorsus denegavit *Dec. LI. 62.* ad quam confer. Philipp. *Obs 1. n. 35. sqq.*

** Hanc pœnam secundarum nuptiarum in Saxonico foro non obtinere, monitum fuit *supr. P. 1. p. 24.* add. Carpz. *P. 3. C. 14. def. 5.* Brunn. *cent. 4. dec. 58.*

acceperunt, *l. 3. C. de Sec. Nup.* quod moribus quarundam gentium productum est ad omnia bona, quæ parentes binubi tempore secundarum nuptiarum habuerunt, quod appellant jus DEVOLUTIONIS in Brabantia vicinisque regionibus: unde celebris belli Gallo-Hispanici nostra memoria prætextus, quasi Philippus IV. Hispaniæ Rex, cum transiret ad secundas nuptias, ditiones, quas tunc habebat, dominio tenus amisisset, usufructu tantum retento, & proprietas filiæ ipsius regi Galliarum nuptæ cessisset, qua de re libri utrimque extant animosi. *

5. Modus constituendi Usumfr. duas recipit observationes: Primam, quod tam sub conditione, quam pure; Alteram, quod etiam pro parte constitui queat, *l. 5. h. t.* Quando autem sub conditione legatur, non potest alibi esse, quam apud proprietatem; unde si quis heredem instituerit & fundum legaverit, detracto usufructu, eundemque usumfr. tertio sub conditione reliquerit, quæsitum est, ubi pendente conditione, futurus sit ususfructus: Nam apud proprietarium esse nequit, quia fundus ei, detracto usufructu, legatus est, nec apud heredem esse potest, quia testator id noluit: At quia hic nec usumfructum nec fundum habet, ergo tamen apud legatarium residere debet, invitis verbis *detracto usufructu*, necessitate juris, quæ aut detegit aut supplet voluntatem testatoris, *l. 4. π. Si usufr. pet.* quam L. quod Bernardus Autumnus in Censura sua ad *l. l. 4.* arguit absurditatis, melius arguit ipsum in affectata Juris Romani censuræ gloria, absurditatis. Porro, quod pro parte constitui potest Ususfructus, *l. 5. pr. h.* etsi de servitutibus contra placuerit, *l. 11. pr. de Servit.* non habet obscuram differentiæ rationem; Servitus enim in patiendo vel non faciendo consistit, & incorporalis est, tam in sese quam in exercitio considerata, & sic divisionis incapax: Sed Ususfructus in se quidem JUS est, ideoque incorporalis; sed in effectu exercitioque totus corporeus, edens fructus palpabiles & divisibiles, cujus eventus ratione, dividuus ipse dicitur, *l. 19. de Us. & hab. l. 1. § 9. l. 81. ff. ad L. Falc.*

6. Divisionem Ususfructus in generalem & specialem cum prioris speciei limitationibus, habes *Part. I. ad d. t. I. n. 6.* quæ fuere, ne dodrantis æstimationem excedat, nec oneret Legitimam, ex *l. 29.* junct. *Nov. 18. c. 1.* Additur a quibusdam, ne minuatur portio conjugi superstiti ex Statuto debita, item, ne quid detrahatur bonis ex fideicommisso restituendis. Prior limitatio nullam habet difficultatem: posterior ab aliis non admittitur; utique si restitutio facienda sit hæredibus, qui voluntatem defuncti agnoscere coguntur, qua de re Sandius noster agit *l. 4. 4. 9.* Nec dubium est, quin si Testator bona fideicommisso subjecta heredique restituenda, differre sub usufructu generali comprehendat, heres ad parendum teneatur. Verum, quando Testator generalibus omnium bonorum verbis usus est, an tunc heres legatario ususfructus generalis, bona per fideicommissum sibi restituenda concedere debeat, commodius ad *tit. de Usufr. leg.* considerabimus. Illud heic addi velim de Usufructu, an sub illo bona futura comprehendantur. Distinguendum videtur, inter certarum rerum, & omnium bonorum usumfructum. Si prius, ut si dicat vestium mearum, auri argentique mei, vel librorum meorum, non videntur eorum generum species futuræ comprehendi, per *l. 7. de aur. arg. leg.* In usufructu omnium bonorum, distingue rursus, utrum post mortem constituentis, an eo vivo sit exercendus. Priore casu, non videtur esse dubium, quin sub omnibus bonis intellecta sint, quæ tempore mortis erant futura. Si vero fructuarius statim a constitutione ususfructus bona possidere, fructusque percipere debuerit, nulla causa est, ea, quæ deinceps acquirenda forent, comprehendendi.

7. Quæstio de æris alieni præstatione ac deductione, sitne ab herede, an a legatario facienda, si eventum inspicias, non potest habere difficultatem: Nisi quis ita putaret, usufructuarium æs alienum de fructibus suis solvere debere, quod ab omni ratione civili alienum est, etsi Bartolus ita senserit ad *leg. fin. ff. de Usufr. leg.* si modo ita sensit; nam ista sola Lex ultima sufficit ad probandum, quod æs alienum ex *bonis* deducatur eorumque

* Exemplum Ususfructus legalis etiam in Saxonia, suppeditant mariti, quibus in uxorum bonis jus administrandi & utendi fruendi, conceditur Jure Sax. Comm. L. R. *l. 1. art. 31. 45.* & Electorali *P. 2. C. El. 15 § f. Dec. El. 24.* Schilter. *ad ff. Ex. 17. th. 13.* Richt. *Dec. 22.* Carpzov. *P. 3. C. 29. def. 35. n. 6.* Struv. *S. J. C. Ex. 29. th. 56.* non tamen, vi hujus juris, in Electorali Saxonia proventus partium metallicarum, die Kuxe, ad ipsos pertinent, cum hi non fructuum, sed corporum instar apud nos habeantur, unde in iis usumfructum tantum habent, *P. 3. C. El. 25.* ibique Carpz. *def. 5. j.* Sand. *lib. 5. tit. 3. d. 2.*

rumque substantia, sive ex omnibus *rebus*, ut est in *l. 69. ff. ad L. Falcid.* Hoc vero certum est, debere fructuarium pati, ut ære alieno de bonis deducto, Ususfructus ejus consequenter minuatur, saltem si fuerit ususfructus generalis. Specialis ususfructus nullam prorsus diminutionem ob æs alienum, ne quidem pro rata, subire cogitur, *d. l. ult.* Si quæstio de jure actionis a Creditoribus instituendæ moveatur, nihil clarius est, quam heredem esse, qui ad solvendum tenetur, *l. ult. C. de her. vend. l. 1. & 2. C. Si unus ex plur. her.* Tamen si Usufructuarius cuncta possideat bona, cum adversus eum, vel saltem in ejus bona, dirigenda sit executio, nihil errabit actor, si pariter illum vocabit; cautionibus in venditione bonorum servandis, quas habet Sandius *5. 3. 1.* adde Wissenbach. *b. th. 6.*

8. Hæc ad partem primam *Rubricæ de Usufructu.* Sequitur altera pars; *Quemadmodum quis utatur fruatur.* Ea res spectat ad officium Fructuarii, de quo diximus in *Parte I. lib. 2. tit. 4. n 5.* Scil. quod debeat uti frui boni viri arbitratu, salvaque rerum substantia, conjunctim, quatenus hoc patrisfam. officio fieri potest; nam interitum rei naturalem, vel diminutionem temporariam præstari non posse, manifestum est. Sed alienandi, perdendi, detaque opera diminuendi facultas, ab usufructu penitus abest, adeo ut si Testator potestatem alienandi & diminuendi adjecerit, etsi fecerit *ususfructus* mentionem, *proprietatem* tamen reliquisse censeatur, ut unanimiter statuunt Interpretes, qua de re vide Fach. *5. Cont. 45.* aliosque *fusius.* sub onere scilicet fideicommissi, si post mortem alii heredes sint scripti.

SCHOLIUM.

Sed quomodo cum onere fideicommissi? An ut usufructuarius, cui simul potestas alienandi data, post mortem restituat heredi fundum? Sane huic opinioni contrarium est, quod potestas alienandi ipsi data sit, quæ frustra daretur, si fundum per fideicommissum restituere deberet. Ergo mallem simpliciter cum Fachineo d. l. *dicere, proprietatem plenam hic fuisse legatam, nisi aliud persuaderet Sande V. 3. 4. ad quem haud dubie respexit dutor.*

RESPONSIO.

Non magis ad Sandium, quam ad rem ipsam respexi, quæ nullo modo patitur, ut, cum usufructu remoto, alius post mortem usufructuarii heres institutus est, libera proprietas relicta censeatur. Potestas alienandi, quam urget Thomasius, id efficit, ut Fructuarius bona diminuere possit diutaxat ad dodrantem, ac ut sit proprietas, non ut omni parte libera sit proprietas.

N. ADDIT.

Dum dixi, Autorem ad Sandium respexisse, non excluso naturam rei ipsius, & rationes Sandii. Neque adeo oppositi quicquam contra rationes Sandii. Sed potius hæc responsio Autoris mentem meam clarius explicat.

Quin nec desunt, quibus similis transformatio facta videtur, cum Fructuario prohibita est alienatio, sed μετασχηματίσεις non sunt multiplicandæ absque necessitate. Multo potius dicendum, supervacuæ cautionis esse prohibitionem, vel potius, esse commonefactionem ejus, quod Testator scit, officium esse Fructuarii, ut recte Fachin. *d. l. c. 44.*

SCHOLIUM.

Dependet decisio hujus quæstionis a decisione sequentis, ut patet ex Fachinæo d. l. *Placet igitur & hoc casu Proprietatem legatam censeri*, arg. l. Proculus. ff. h. t. RESPONDEBIMUS *infra.*

Multo minus proprietatem dicemus esse legatam, quando Testator vetuit, ne servitus prædio fructuario imponatur: nam si prohibitio alienationis universæ non infert proprietatis argumentum, quod minus est, interdictum videlicet imponendæ servitutis, efficacius esse nequit, ut recte Fachin. *d. l. c. 43.* & D. Widenbach. *th. 3. ad h. tit.*

SCHOLIUM.

Momentum controversiæ hæret in explicatione d. l. Proculus. 19. ff. h. t. *quam contra Autorem & assectas defendi cum Strauchio* in notis ad dissert. 7. th. 33. p. 92. seqq. *Objectiones, quas movent dissentientes, pondus aliquod haberent, si quæstio ex præsumptione hominis foret dirimenda. Jam cum textus aperte nobis præsumptionem Legis ostendant, frustra asseruntur conjecturæ a præsumptione hominis desumptæ.*

RESPONSIO.

Omnibus excussis nulla causa videtur recedendi a sententia, quam posuimus. De ratione Thomasii liquebit ex sequentibus.

N. ADDIT.

Hic ante omnia opponenda illa nota ad Strauchium, ad quam provoco in Scholio. Ita vero dixeram: Verba textus: Proculus putat, insulam posse ita legari, ut ei servitus imponatur, quæ alteri Insulæ hereditariæ debeatur h. m. Si ille heredi meo promiserit, per se non fore, quo altius ea ædificia tollantur, tum ei eorum ædificiorum ulum-

usumfructum do, lego. Vel sic: ædium illarum quoad altius, quam uti nunc sunt, ædificatæ non erunt, illi usumfructum do, lego. *Contra Auctorem facit etiam, præter citatos, Dn. Struv.* Ex. 12. th. 10. *Sed placet tamen opinio Auctoris,* (*Strauchii*) *eaque, præter rationes ab ipso adductas,* (*contra quas non bene se tuetur Dn. Struv.* d. l. verb. neque obest.) *probatur eo, quod JCtus dicat: INSULAM h. m. posse legari, h. e. proprietatem plenam insulæ, non solum ejus usumfructum. Sub voce enim* (*fundi, cujus species est insula,*) *intelligitur plena proprietas,* L. 10. & 19. ff. de usuf. legat l. 58. de V. O. *Nec obst. casum istum satis vulgarem esse, quod testator possit diversis proprietatem legare diversarum ædium, & disponere, ut hæ illis serviant,* L. 1. & l. 6. ff. de servit. leg. l. 3. comm. præd. *jam autem Proculum singularem voluisse asserre speciem. Respondeo: manet casus singularis, & singularitas consistit in verbis: HOC MODO. Singulare scilicet est, quod, quamvis testator verbo ususfructus fuerit usus, tamen proprietas plena censeatur esse legata. Denique quod Dn. Struv. in allatis a Proculo duabus formulis duos casus distinctos contineri putat, nec in eo consentire possum. Putat quippe in prima formula ædibus usufructuariis imposita esse servitutem altius tollendi, seu dispositum, ut usufructuarius promitteret, per se non fore, quo MINUS altius istæ ædes ab herede tollantur. Verum τὸ MINUS in* d. l. *non extat & aliud utique est promittere, per se non fore, QUO ædes altius tollantur, h. e. se nolle cooperari, ut ædes altius tollantur, aliud vero, per se non fore quo MINUS altius tollantur, h. e. se nolle impedire ædium altiorum extructionem. Conf. Dn. Schult.* Exerc. 17. th. 47. 48. 49. Hactenus ibi. *Hoc supposito autem, Judicium Lectori relinquo: an a formulis, quas Proculus proponit, diversa sit quoad sensum illa, in qua Actor putat proprietatem non legari:* Usumfr. domus ei lego, sed altius eam tollere veto. *Ego non arbitror. Nam quas Auctor pro tuenda sententia sua allegat rationes, possent etiam adduci adversus formulas Proculi. Unde dixi in Scholio, præsumptiones hominis non esse opponendas præsumptionibus legum. Hoc vero obtento, eadem erit ratio casus in Scholio præcedente, si quis leget usumfructum domus & prohibeat ejus alienationem.*

9. Quanquam in hac Thesi consentimus laudatis auctoribus, difficultatem, quæ super hoc articulo in *l. 19. h.* se prodit, recte ab iis sublatam ideo non concedimus. Unum occupat argumentum Wissenbachius, quod est levissimum; *Nisi dicamus,* hæc est objectio, *proprietatem in istac specie legatam intelligi, frustra videbitur adjecta prohibitio, ne fructuarius domum altius tollat, cum etiam citra prohibitionem fructuarius id facere non possit, l. 44. h.* Facile respondet sæpe testatores & contrahentes ea, quæ de jure tacite intelliguntur, verbis adjicere solitos, juxta dictum Pauli in *l. 32. § 6. de Aur. leg. Non mutat substantiam rerum, non necessaria verborum multiplicatio.* Sed alia sunt, quæ obstant in *d. l. 19. h.* Primo, quod Proculus putat, *insulam ita* posse legari, id est *domum*, qua voce proprietas ipsa, non ususfructus significatur, & tamen ponit, usumfructum esse legatum, hac lege, *ne altius tollatur.* Secundo, quod Pomponius ait, hujus legati hanc esse vim, ut domui legatæ *servitus imponatur,* cujusmodi vera servitutis impositio in usumfructum nullo modo convenit, *l. 15. § 1. h.* Videndum igitur, ne non verba testatoris in hac lege vim habeant diversam a simplici prohibitione, ne tollat altius, *de qua est quæstio.* Etenim si hoc modo dicat, *Usumfr. domus ei do lego, sed altius eam tollere veto,* nihil puto esse dubitandum, quin non fiat proprietas, sed abundans sit cautio, ne quid Legatarius temere faciat. Sed formulæ apud Pomponium in *l. 19.* longe aliter se habent. Prima est hæc, *Si ille heredi meo promiserit, per se non fore, quo altius ædificia tollantur, tum ei eorum ædificiorum usumfructum do lego.* Tribuere vult legatario tale jus, quo ab ejus promissione pendeat, utrum altius tollere velit, nec ne, eamque promissionem supponit, ut conditionem legati ususfructus. Talis oratio tam signata, tam prægnans, haberi nequit pro adjectione supervacua, sed arguit, testatorem plus in animo habuisse quam simplicem usumfructum, etsi hoc verbo sit usus. Aliquando enim fit, ut vocabulum ususfructus ex his, quæ adjiciuntur, de proprietate capiendum sit, ut superius dictum, & amplius probatur a Sandio *tit. 3. def. ult. t. 1. def. 2.* Altera legati forma, quæ extat in *d. l. 19.* est hæc: *Ædium illarum, quoad altius quam uti nunc sunt, ædificatæ non erunt, illi usumfructum do lego:* hic ususfructus legatus suspenditur *ab,* vel potius continuatur, *ad* observantiam servitutis altius non tollendi: hoc non potest aliud inferre, quam proprietatem: nam ususfructus morte finitur, ejus autem quod heic legatur, jus durat, quamdiu ædes altius non tollentur, quæ est perpetua facultas.

Hac

Hac ratione communem Dd. ſententiam, de ſenſu legis 19. admittere, licet Wiſſenbachio aliisque ab eo citatis improbatam, nec tamen a Theſi, quam iidem Auctores propugnant, animus eſt diſcrepare. D. Thomaſius ad Strauch. *diſſert. 17. th. 33.* diſputat contra Struvium, qui ad *h. t. n. 10.* paulo aliter inſtituit. Nos in eo ſubſiſtimus, uſumfructum non fieri proprietatem, impoſitione ſervitutis prohibita; Poſſe tamen ejusmodi verbis uti Teſtatorem, ut colligi poſſit, Teſtatorem per uſusfructus vocabulum, intellexiſſe proprietatem, ſicut in *d. l. 19.*

10. Quomodo autem Uſufructuarius in re utenda verſari debeat, multis verbis & exemplis Julianus declarat in *l. 13. § 4. & ſqq. h. t.* quorum ſumma eſt; deteriorem proprietatis cauſam eum facere non poſſe, meliorem poſſe, dummodo qualitatem prædii non immutet, *§ 7 d. l. 13.* nec in alium, quam cui deſtinatum eſt, uſum, rem convertat. Hinc navis ad navigandum poteſt mitti, licet naufragii periculum immineat: ſi quidem navis ad hoc paratur, ut naviget, *l. 12. § 1. h. t.* quem § temere abrogandum ſtatuit Bernardus Autumnus *in Conſ. Gall. ad d. l. 13.* Sane, quod de periculo naufragii addit Ulpianus, ita capiendum, ut ne prudentis nautæ officium Fructuarius egrediatur; ſed ut alii mercatores ſolent, qui vix unquam ſine aliquo naufragii periculo merces & naves ſuas mari committunt. Similiter viridaria & deambulationes arboribus infructuoſis opacas atque amœnas non debebit evertere, ut hortos olitorios, vel aliud, quod ad reditum ſpectet, faciat, *d. § 4.* neque in ædibus cœnacula transmutare, nec domum altius tollere poteſt, *§ 7.* nec utile quid detrahere, quamvis melius repoſiturus ſit, *l. 7. in fin. l. § h.* nec ſtabula meritoria aut balneum facere, *§ 8.* nec arbores ſuccidere, niſi in cædua ſylva, aut in non cædua ad ſuſtentationem prædii, *l. 10. & l. 12. pr. h. t.* Tantundem de arboribus vi ventorum evulſis ſumet, quarum ſtipites ad dominum pertinent, *l. 19. § ult.* ſed demortuæ arbores fructuarii ſunt, modo novas ſubſtituat, *l. 18. h. t.* perinde ex ſeminario vendere poteſt, modo id ſemper renovetur, ut finito uſufructu ſit ſalvum, *l. 9. § 6.* Eadem gregis eſt ratio, quem integrum ſervare debet; ſubſtitutis loco demortuarum ovium aliis ex fœtu, quæ ſtatim proprietarii fiunt, ut carnes mortuarum, agnique reliqui, fructuario cedunt, *l. 68. & ſqq. h. t. § 38. I. de R. D.* Ita in grege eſt, nam qui ſingularum pluriumve pecudum habet uſumfructum ſeorſim, illis mortuis, nihil reſtituit, ſed jus ipſius & proprietas extinguitur, ut ſemper ſit rei interitu, quod *infra* videbimus. Secundum hæc, ædes etiam reficere tenetur, hactenus ut ſartas tectas habeat, nec immodica ſit refectio, *l. 7. § 2.* Si quid vetuſtate collapſum plus impenſæ requirat, hoc reficere non cogitur, *d. § 2.* An igitur dominus ad hoc tenetur? ne ille quidem, *l. 65. § 1.* Quid ergo? Dicendum videtur, poſſe utrumque, ſi velit; At fructuarius, quos fecerit ſumptus, a domino repetet, *l. 7. C. h. t.* heres ſibi imputabit, vel ſi dubium ſit, utrum in genere modicorum, vel contra ſint, arbitrium ſumet, a quo ſi modici judicentur, fructuarius eos præſtabit; cui tamen liberum eſt, ſi hoc malit, derelinquere uſumf. *l. 48. h. t.* Cæterum teneri fructuarium ad tributa & functiones publicas, certum & notum eſt ex *l. 7. § 2. in f. l. 27. § 3. h. t.*

11. Diximus uſufructuarium in locum eorum, quæ deficiunt, nova, quibus res ſuſtineatur, conferre debere; quatenus a rebus ipſis procedunt. Verum ſi hæc ſit rei natura, ut non niſi augmentis aliunde venientibus ſalva manere poſſit, alia fit ἀναθεώρησις. Huc pertinet ſequens facti ſpecies: Teſtator reliquerat filiæ ultra Legitimam, uſumfructum officinæ funibus nauticis faciendis, *een Lijnbaen*, ampliſſimi reditus; qui tamen pendebant a partibus exercitoriis navium, quarum plurium uſumfructum adjunxerat officinæ. His, cum navibus, paulatim pereuntibus uſufructuaria petebat; ut heredes in locum deficientium novas navium exercituras compararent, ut ſine quibus officina deficeret. Heredes ajebant, ipſam in locum deficientium novas ſubſtituere debere, exemplo ovium in gregibus, arborum in hortis demortuarum. *Curia* cenſuit, diverſam hic eſſe rationem, mediamque viam inivit, heredes juſſit comparare partes navium, quarum proprietas ad ipſos pertineret, uſufructuariam juſſit uſuras pecuniarum expenſarum ſolvere, *in cauſa Titiæ Thomæ contra N. N. die pr. Jul. 1641.* referente Nauta *Deciſ. Mſ. 71.*

12. Memini & hoc, quod eſt ejusdem generis, quæſitum, uter impenſas litis de bonis fructuariis ferre debeat, Proprietarius, an uſufructuarius? Et judicatum eſt, Fructuarium illas prorogare debere, ſed finito uſufructu in expenſas referre & deducere poſſe Proprietario, *in cauſa Luceæ Brinck contra D. A. van O. ante vigiliam Quadrageſimæ Anno 1680.* Sed de Patre, qui habet uſumfructum in bonis liberorum ſuorum, jam olim placuit,

cuit, eum teneri ad litium impensas de fructibus suis faciendas, sine ulla repetitione deinceps; *In causa Johannis Walrich, contra Curatores liberorum suorum, d. 22. Maji 1636.* idque per *l. 1. C. de Bon. Mat.*

13. De ædificio per Fructuarium agri extruendo vel consummando, vide conciliantem *l 13. § 6.* cum *l. 61. h. t.* D. Wissenbachium *ad h t.* Res huc redit, posse eum ædificare, quod ad fructus percipiendos sit necessarium, amplius non posse, ἀποτόμως, abscisse.

Tit. II.

De Usufructu Accrescendo.

I. Continuatio, & quid jus Accrescendi, remissive. *II. Differentia juris Accrescendi, quoad proprietatem & usumfr. III. In verbis tantum conjunctis habere locum jus Accres. probatur ex* l. 89. de Legat. 3. *quæ explicatur. IV. Argumenta quædam contraria refelluntur.*

Cum duobus ejusdem rei Ususfr. est legatus conjunctim, pars deficientis accrescit alteri conjuncto: Quid autem sit jus accrescendi, & quotuplex conjunctio. dictum est ad *tit. Inst. de Legat. n. 22. & seqq.* Hic observanda duplex differentia juris Accrescendi inter proprietatem & usumfructum legatum. I. Quod in proprietate jus accrescendi cessat, quam primum legatarii suam quisque partem agnoverunt; sed in usufructu locum habet jus accrescendi non tantum ab initio, verum semper, quocunque tempore fructuarii moriantur, *l. 1 § 3. h.* ubi & ratio redditur: *Quia ususfructus quotidie constituitur & legatur, non, ut proprietas, eo solo tempore quo legatur.* Est & alia ratio, qua solemus uti, magis popularis, quam & Thomasius adjecit.

SCHOLIUM.

Sed ratio ista, ni fallor, nimium subtilis est. Apertius est, si dicamus, differentiam hanc ideo obtinere, quod ususfructus non transeat ad heredes, & vero constet, testatorem voluisse, quod uterque usufructuarius præ herede usumfructum habere debeat.

Alterum discrimen est, quod in proprietate portio accrescit portioni, non secus ac alluvio adjicit incrementum fundo; proinde is, qui partem suam amisit, non gaudet hoc jure, *l. 33. § 1. de usufr. l. 14. § 1. de Except. rei jud.* sed in usufructu portio deficiens accrescit personæ, licet forte suam portionem amiserit, *l. 10. h. t.* Qua de re non pauca supererant inquirenda; sed exquisitas difficultates usu carentes heic prosequi, non fert ratio instituti: *Legi enim unquam,* ait Mornacius *ad d. l. 10. nec ab ullo audivi motas in id fuisse ullas Quæstiones, non dicam, in tribunalibus, in quibus quotidiana magis sunt, quæ præscripti cujusque regionis mores ferunt, sed ne quidem in cæteris, ubi pro lege est, si quid Masuri Rubr. notavit.*

2. Præter hæc, quæ fere in positionibus ad hunc tit. collocata fuerant, vix aliud occurrit quicquam, quod ad *Inst. de Legatis*, ubi de *jure Accrescendi*, dictum non sit: nisi quod ibi de his, qui verbis tantum sunt conjuncti, an inter eos Accrescendi jus obtineat, parcius dictum est: quia, quam ibi posuimus, sententia Affirmativa tam plana, discrepantes rationes tam sunt tenues, ut longa oratione, in re præsertim vulgari, opus esse non videretur. Quia tamen Auditores nostri id desiderare videntur, placet heic aliquanto latius eam rem exponere: Idque, ut res tota melius intelligatur, secundum verba Pauli in *l. 89. de Legat. 3.* Sic ait: *Re Conjuncti videntur, non etiam verbis, cum duobus separatim eadem res legatur,* ut, Primo Fundum Cornelianum, do, lego: Secundo eundem fundum Cornelianum do, lego: Hi Re sunt conjuncti, quia vocantur in eandem rem; non verbis, quia verbis commate distinctis, nullaque particula conjunctiva connexis, vocantur, ideoque disjuncti appellantur in *§ 8. in fine I. de Legat.* PAULUS: *Item verbis, non etiam Re; Titio & Sejo fundum æquis partibus do lego.* Addit Paulus, *Quoniam semper partes habent Legatarii*, ad occupandam objectionem hujusmodi: Qui habet partes ab initio, non sunt conjuncti, At verbis conjuncti habent ab initio partes. Respondet Paulus, hoc nihil obstat: *quoniam omnes Legatarii conjuncti habent partes*; scilicet, habita ratione concursus; Horum vero singuli habent, in casum alterius deficientis, ut distincte Celsus docet in *l. 80. d. tit. de Legat. 3.* Hæc res clara est; Duo non possunt eandem rem habere, si concurrant. Ergo hoc respectu, omnes habent partes: Rursus, in casum si alter deficiat, singuli habent so-

lidum

lidum; priorem casum exprimit Testator in *Verbis* conjunctis, posteriorem in reliquis speciebus.

3. His duabus speciebus propositis, pergit Paulus; *Præfertur igitur omnimodo cæteris, qui & re & verbis conjunctius est.* Ponatur schema omnium conjunctionum; *Primo & secundo fundum C. do, lego;* hi sunt Re & verbis conjuncti. *Tertio & Quarto eundem fundum, do, lego, æquis partibus.* Hi sunt verbis tantum, quia partium expressa fit mentio, respectu concursus, quem Testator præsumit. *Quinto fundum C. do, lego. Sexto eundem fundum lego.* Hi sunt Re tantum Conjuncti. Moriente Primo, secundus præfertur reliquis & partem ejus jure Accrescendi aufert. Si Quintus moriatur, an & Sextus reliquis præfertur? Negatur; Ita enim Paulus: *Quod si Re tantum conjunctus sit, constat non esse potiorem.* Quid ita? Quia omnes quinque reliqui sunt etiam Re conjuncti, ad eandem rem vocati; Ergo pariter admittuntur. Paulus porro: *Si vero verbis quidem conjunctus sit, Re autem non, quæstionis est, an Conjunctus potior sit: Et magis est, ut & ipse præferatur.* Cur ipse præfertur? quia *conjunctus* est, & quidem arctius quam Re conjuncti, alias non præferretur, quia Re tantum conjuncti non gaudent jure prælationis; etsi jure Accrescendi potiantur, ut in confesso est, *§ 8. I. de Legat.* Hinc clarum est, verbis tantum conjunctos habere prælative jus accrescendi, quia fortius id habent quam Re tantum conjuncti, ut Paulus docet, ob arctiorem conjunctionem in una periodo verborum, quæ voluntatis Testatoris indices sunt. Inane est, quod aliqui volunt, verbis conjunctos ideo præferri in *d. l. 89.* quia sunt etiam Re conjuncti ex accidenti, propter adjectionem Re conjunctorum: Atqui ad prælationem Re conjuncti nil conferre possunt, a qua ipsi sunt alieni, ut Paulus tam diserte inculcat. Non negamus, Legatarios partibus separatis, fieri posse conjunctos ex adjectione Re conjuncti, ut accidit in *l. 41. in pr. de Legat. 2.* Sed ad prælationem ea re conferri quicquam, æque repugnat *d. l. 41.* quam *legi 89.* Manet igitur hæc ratio Pauli; verbis tantum conjuncti præferuntur aliis in Jure Accrescendi, Re conjuncti non possunt præferri. Ergo verbis conjuncti per se habent prælationem; multo magis simplex jus Accrescendi, quando sunt soli. Idem firmatur ex *l. 66. ff. de Hered. Inst. & l. 15. § ult. de Legat. 1.* ubi quod de conditione aliqui conjiciunt, facilius negatur, quia non reperitur; quam adseritur quod non probatur.

4. Videbimus argumenta quædam adversantium, quæ præ manibus sunt, minusque ab aliis excussa videntur. Primo sic instituunt; Jus Accrescendi tunc obtinet, quando talis conjunctio est, ut tota hereditas vel tota legata singulis data videantur, partes autem concursu fiant, ut est in *l. 80. de Legat. 3.* quam præsumptionem & voluntatis conjecturam, cessare putant in conjunctione verbis facta, ubi ipse testator partes ab initio constituisse manifestum sit. Atqui hoc de omnibus conjunctis affirmatur, singulis totum esse datum, partes autem concursu fieri, *d. l. 80.* Ergo eodem modo de verbis tantum conjunctis; qui certissime sunt etiam conjuncti, *d. l. 80.* neque possent esse, nisi singuli in casum alterius deficientis haberent solidum, & partes concursu fierent, ut pluribus demonstrat D. Wissenbach. *ad h. t. n. 12.* Neque profecto contrarium ex ullis textibus liquet. Proferunt legem *1. h. t.* Ex qua verissime Thomasius in *Schol. ad posit. ult. h. t.* sententiam nostram liquidissime probari adseverat: Sic ait Ulpianus; *Quotiens ususfructus legatus est, ita inter fructuarios est jus Accrescendi,* si conjunctim *ususfructus sit relictus*; Atqui verbis tantum conjunctis etiam *conjunctim* relictus est ususfructus, *d. l. 89.* Pergit Ulpianus; *Cæterum, si separatim unicuique; partis rei ususfructus sit relictus, sine dubio jus Accrescendi cessat.* Quinam illi, quibus *separatim partes* relinquuntur; an verbis conjuncti? Juris valde incuriosum oporteat esse, qui sic opinetur. *Separatim* hoc modo partes relinquuntur; *Mævio fundi partem dimidiam do lego, Sejo ejusdem fundi partem dimidiam lego.* Inter quos si soli sint, non potest esse jus Accrescendi, *l. 41. in pr. de legat. 2.* idque pro certo & confesso habetur. Tales autem ab Ulpiano in *d. l. 1. in pr.* significari non potest clarius, quam illic expressum est, designari. Citatur adhuc Papinianus in *l. pen. h. t.* his verbis; *Cum singulis ab heredibus singulis ejusdem rei fructus legatur, fructuarii separati videntur; non minus quam si æquis portionibus duobus ejusdem rei fructus legatus fuisset. Unde fit, ut inter eos jus accrescendi non sit.* Sunt hic sane portiones æque, sed Conjunctionis nulla mentio; diserte separati dicuntur esse fructuarii, bifariam. Primo, cum a diversis heredibus ejusdem rei fructus legatur, sine mentione partium; hi tam separati esse dicuntur,

quam si partium mentio in separatione facta fuisset; Hæc, qui principia nostra legit, *d. tit. Inst. de legat. n. 22.* non potest ultro non intelligere. Quid autem sibi velit argumentum *l. 34. § 9. de legat. 1.* quæ similiter pro illa opinione laudatur, non animadverto, nisi ut argumentum nostræ sententiæ addat. his verbis; *Si conjunctim res legetur, constat, partes ab initio fieri.* Atqui inter verbis conjunctos constat ab initio partes fieri, ut dissentientes postulant, & nos concedimus. Ergo verbis conjuncti sunt etiam conjuncti. & jure, Accrescendi fruuntur, ut Ulpianus illic affirmat. Simul evidentissimum est e collatione *dicti loci & l. 80. de Legat. 3.* conjunctos omnes habere partes ab initio, respectu concursus, *d. l. 34. § 9.* & solidum singulos, in casum deficientis alterius, *d. l. 80.* quorum alterutri verba sua testator eventui adtemperat; Utriusque concurrentis casui in conjunctione verbali; deficientis alterius in ceteris, maxime in Reali duntaxat. Denique proferuntur *l. un. § 11. C. de Caduc. toll. & § 8. Inst. de Legat.* magis ad numerum, opinor, augendum, quam ad aliquid evincendum. Nihil enim aliud in hanc rem habent, quam *in conjunctis & disjunctis habere* locum *jus Accrescendi*; quod nobis obstare fatebimur, ubi, *verbis* conjunctos non esse re tantum conjunctis. *qui sunt ibi disjuncti*, oppositos, approbatum fuerit. Adde Wissenbachium ad *h. t. n. 12.* & diligentissime hanc rem ex aliis excutum Joh. Vertiegen *de usufr. obs. 14.*

Tit. III.
Quando dies Ususfructus legati cedat.

I. Cedendi vocis significationes ad sensum hujus tituli subordinatæ. II. Ratio, cur dies ususfructus legati statim a morte cedat. III. Alia ratio subtilior ex Ulpiano in l. 2. § 2. h. t.

Quanquam hæc quæstio *de Die ususfructus legati Cedente*, ut & præcedens de Jure Accrescendi, melius ad locum de Legatis referri poterat, & forte debebat, est tamen quod boni consulamus hanc methodum. Cedendi vocabulum multis modis in Jure & alias accipitur, variisque gradibus ad sensum, qui est *hujus tit.* venitur. Princeps significatio est, pro *abire* & alii locum facere. Ita *cedere* loco, fundo, *l. 2. de Aqu. & aqua pluv.* Cedere possessione, *l. 16. de Damno inf.* Cedere bonis, cedere foro, Cede meliori, *passim.* Cedere usufructu, *l. 17. § ult. de Nox. act* id est derelinquere usumfr. ut ait *l. 64. de usufr* II. Inde paulo fortior sensus vocis; derelictum jus in alium *transferre:* Ita *cedere* aliis actionem, servitutem, *l. 14. de S. P. R. l. 15. Comm. Præd.* aliaque passim. III. Gradus, Quando quæritur, ad utram rem aliquid pertineat; cum ab una specie removetur & ad alteram referrur, ei res *cedere* dicitur. Ita cedere penui dicitur, quod sub penu continetur, *l. 3. § 1. & seq. de Pen. leg.* cedere legato *l. 13. & l. ult. de supell. leg.* sic ædificium, frumentum *cedit* solo, *l. 9. pr. § 1. de A. R. D.* cedere commodo alterius, *l. 17. C. de Legat.* & Lucro *l. 17. Fund. dot.* Usuris *l. 102. § 1. de solut.* id est, refertur ad lucrum, ad usuras. IV. Gradus. Hinc cedere dies, hoc est incipit reputari in alterius commodum. Ita Legati dies cedit, quando incipit deberi cum effectu transmissionis ad heredem, *tot. tit. ff. Quando di. leg. ced. l. 25. & l. 68. de Legat. 1.* Obligationis dies cedit, quando nascitur obligatio, sed dies *venire* dicitur, quando peti potest cum effectu, *l. 213. d. V. S.*

2. In Legatis ita juris est, ut dies cedat a morte Testatoris, antiquissimo & novissimo jure, *l. un. § 1. & 5. C. de Cad. toll.* Cujus rei non tam ratio juris gentium, quam civilis esse videtur. Nam quia Legatum est donatio quædam *ab herede præstanda. § 1. Inst. de Leg.* res indicare videtur, id non habere facultatem, ut *cedat*, hoc est locum mutet atque ad alium pertineat, antequam extet heres a quo præstetur. Verum quia fit, ut hereditate diu jacente, Legatarius deficiat, antequam heres exsistat, oriebatur id incommodi, ut multa legata deficerent, voluntasque Testatoris exitu careret, atque alius, quam ille voluisset, legatis potiretur: Aut enim apud heredem manere debebant? aut Fiscus ea sibi vindicaturus erat, quod utrumque Testatorem fuisse aversatum, satis constabat. Ideo lege ita consultum est, ut dies Legati cederet in continenti a morte Testatoris; &, si Legatarius ei superstes fuisset, Legatum ad heredem suum transmitteret, veniret autem dies, ab adita hereditate, sicut jam prædictum est *ad tit. Inst. de Legat. pr. sit 78. & 83.* Ita & naturali rationi convenire videbatur, ne Legatum peteretur, antequam esset a quo præstari posset: & civili, ut dominium ipso jure transiret, ne Legatum deficeret. Porro; hanc rationem in uni-

usufructu cessare, manifestum est; quia, cum usus-fructus sit jus personale, quod cum persona extinguitur, nec unquam ad heredem transit, inanis metus erat, ne, si Legatarius ante aditam hereditatem moreretur, usumfructum Legatum non transmitteret ad heredem suum; utpote ad quem nunquam transmitti potest.

3. Ulpianus auctorem citans Julianum, reddit aliam rationem, in *l. un. § 2. h. t.* ubi; *Dies autem ususfructus, item usus, non prius cedet, quam Hereditas adeatur: tunc enim constituitur ususfructus, cum quis jam frui potest.* Hæc ratio illustratur alia ratione, quam habet in *princ. d. l. un.* Ususfructus ex *fruendo, id est fructu aliquo ejus, qui fruitur & utitur, consistit.* Quamdiu illud factum exerceri non potest, ususfructus non habet intellectum, ideoque nec prius cedet, nec Actio quidem ante aditam hereditatem. Hinc etiam ratio redditur, Cur, si ususfructus ex die certo legatus sit, actio ne quidem adita hereditate, cedat ante diem *venientem*; cum alioqui, dies obligationi & proprietati legatæ adjecta, non impediat actionem nasci, sed agendi solummodo facultatem differat, ut habuimus ad *tit. I. de Verb. Oblig. posit. 10. & seqq.* Nam quia ususfructus in facto percipiendi fructus consistit, ante diem vero fructus percipi non possunt, consentaneum est, eum nec cedere, priusquam existere possit: verum proprietate in diem legata, statim nascitur actio, quia dominium est juris, quod in continenti sine facto transire potest, ideoque transit etiam ad heredem: Dies statim cedit, non tamen venit ante diem elapsum. Ideo, qui petit ante diem, *male* agit, non agit *nihil*, *d. loco posit. 12.* Qui vero petit usumfructum ex die relictum, ante diem; cum is agat ante diem, non modo venientem, sed etiam ante cedentem, hic jam non modo *male*, sed *nihil* agit. Hoc vult apud Ulpianum Scævolæ dictum, *Agentem ante diem usus fructus, nihil agere: quamvis alias qui ante diem agit, male agit. d. l. un. in fin.* Cæterum, Annui dies cedit a morte, sicut reliqua Legata, qua de re dicendum *ad tit. ff. de Ann. leg.* Interim vide sis D. Wissenb. *ad h. t. th. 16.*

Tit. IV.

Quibus modis usufr. amittitur.

I. Expositio Rubricæ remissive. *II. Contrarietas, quæ videtur esse inter* l. 17. h. t. & l. 57. de Usufr. *tollitur, atque ad usum applicatur. III. Alia inter* l. 29. h. t. & l. 32. § 1. dt Acquir. poss. *IV. Quid juris, si pars rei intereat, exemplo quadrigæ declaratur.*

Quæ ad hunc titulum paratitlari modo explicandum pertinent, *in Parte I. lib. 2. tit. 4. n. 1. ad § pen. Inst. de usufr.* ordine justo prosecuti sumus; atque ut dicta repetere non est moris nostri, ita quod dictis addatur, nihil admodum occurrit, neque singularia, quæ habet nonnulla D. Wissenbachius, referre volupe est. De præscriptione Ususfructus alternis annis legati, qua de re prolixum Scholium apposuit D. Thomasius, quia cohæret hæc quæstio cum simili de servitutibus amittendis, eam usque in *librum sequentem* rejiciemus.

N. ADDIT.

Scilicet ad tituhm quemadmodum Servit. amitt. n. 3 *Cæterum ut eo melius ea, quæ ibi traduntur, expendi possint, an a Scholio nostro dissentiant, an cum eo conveniant, juvat hic & positionem Autoris & Scholium istud adjicere.* Dixerat Autor: *Si ususfructus alternis annis legetur, tempore etiam duplicato opus est*, l. 28. quib. mod. usufr. amittit. *Idemque de servitute aquæ & itineris, scriptum est in* l. 7. quem. serv. amitt. *etsi scrupulum moveat* l. 13. de usufr. leg. Ad ista adnotaveram: *Duplicem scrupulum movet* d. l. 13. *Primo enim quod in* d. l. 13. *dicitur, servitutem aquæ aut viæ, alternis annis legatam, esse servitutem unam, id videtur pugnare cum* l. 7. quemadm. servit. amitt. *deinde quod in* d. l. 13. *JCtus inter usumfructum alternis annis legatum, & viam alternis annis relictam, differentiam esse vult, satis aperte est contra* l. 28. ff. h. t. *vel potius contra ejus expositionem ab Autore hic traditam. Et certe malim Autor responsionem suam apposuisset. Nam mihi quidem, cur statuendum sit,* d l. 28. *velle, ut duplicato tempore præscribi possit ususfructus alternis annis legatus, ratio nulla subesse videtur. Quin potius aperte satis Paulus in* d. l. 28. *innuit: usumfructum ita legatum plane non posse præscribi, ad præscriptionem vero itineris & viæ, hoc modo legatæ, duplicato tempore opus esse*, d. l. 7. quemadmod. servit. *Rationem differentiæ autem tradit in* d. l. 13. de usu & usufructu legato. *Et hæc explicatio non solum*

lum tollit ſcrupulum poſteriorem, quem ſibi Autor ex d. l. 13. *movet, ſed convenit cum definitione Ulpiani in caſu ſimili,* l. 1. § fin. h. t. *inter quem alias & Paulum, abſque neceſſitate diſſenſus iterum eſſet ſtatuendus.* Adde Brunnem. & *omnino* Buſium ad d. l. 28. h. t. *Quod vero prius dubium concernit, ad hoc non difficilis erit conciliatio, ſi dicamus: Paulum in* d. l. 13. unam *ſervitutem opponere* pluribus; in d. l. 7. *vero* unam *uſurpare ſynonymice pro* quotidiana, *& adeo non opponere* pluribus *ſervitutibus, ſed* uni non quotidianæ, *quod facile patet ex verbis reliquis textus. An vero recte Paulus vocem* una *ita ſupponat, hic non diſquirimus, utinec philoſophiam ejus integram in* d. l. 13. *approbamus, præprimis quod ſervitutem viæ, alternis diebus legatam, ad ſervitutes quotidianas referat, quod mihi quidem ſatis videtur eſſe inconveniens.*

De ſpecie antinomiæ, quæ eſt inter *l. 23. & l. 24.* diximus *in Parte I. lib. 2. tit. 1. n. 37.*

2. Sed de Conſolidatione placet addere notabilem ſpeciem, quæ eſt in *l. 17. h. t.* quam in Prælectionibus ad *Julianum* tractavimus. Legatus eſt tibi pure certi fundi uſusfructus; proprietas ejusdem fundi, detracto uſufructu, legata eſt Tirio, ſub conditione, *ſi navis ex India venerit.* Antequam navis veniat, tu acquiris dominium fundi, cujus uſusfructus tibi legatus eſt, atque ita hic, ut apparet, conſolidatur. Deinde venit navis, & Titius petit fundum. Tu das ei fundum juxta teſtamentum, uſufructu tibi retento. Ille ſolidum fundum petit, uſumfructum ait eſſe extinctum, quem tu proinde, cum nullus ſit, retinere non poſſis. Et habet rationem ex ſententia Juliani; *Etenim*; ait, *dum tu proprietatem acquiris, jus omne legati uſusfructus amiſiſti.* Molinæus *ad Conſuetud. Pariſienſ. § 13. gl. 5.* iniquum cenſet hoc Juliani reſponſum, amplectendam eſſe contrariam ſententiam, ſi eadem unquam ſpecies proponatur. Idem cenſet Autumnus *in Cenſura Gallica ad h. l. 17.* Mornacius haud procul abit, qui dicit etiam, contrarium reperiri *in l. ſive rei. 16. & l. Officio. ſeq.* nec non *l. ſed etſi. 31. de Contrah. empt.* atque id *in eadem hypotheſi,* inquit, *Unde propterea implacabilis antinomiæ argumentum eſt ſtudioſis.* Bona verba, ſi hæ ſunt antinomiæ implacabiles, eædemque hypotheſes; aliter legerit, oportet, Mornacius in iſtis locis, quam nunc in iis eſt; argumenti non nihil inde poſſe deduci, verum eſt, antinomiæ nulla ſpecies. Magis obſtat *l. Dominus. 57. de Uſufr.* Legatus eſt tibi fundus, cujus uſumfr. habebas aliunde, ac ita conſolidatio facta eſt; Deinde filius per Querelam reſcidit Teſtamentum, in quo tibi fundus erat Legatus, eique tu fundum reſtituere coactus es; & tamen uſumfructum retines. Hoc ideo, quia per Querelam Teſtator redigitur ad caſum inteſtati, quaſi retro nullum fuiſſet teſtamentum. *l. 6. § 1. in fin. D. inoff. teſt.* ita conſolidatio pro non facta habetur. Sed in hac *l. 17.* is, cui uſusfructus eſt legatus, ante conditionem exiſtentem acquiſivit proprietatem; quæ acquiſitio non poteſt retractari, quaſi inde ab initio nulla fuiſſet acquiſitio, quia res alii ſub conditione relicta pendente ea, poteſt alienari, *l. 48. § 1. de Jure Fiſci.* ſed per conditionis exiſtentiam ad inutilitatem redigitur. Cum igitur conſolidatione vere facta, uſusfructus extinctus fuerit; ſine nova cauſa non poteſt reviviſcere. Neque Legatarius, etſi plane dominus ante conditionem fuerit, exiſtente ea, per ſe uſumfructum renovare poteſt; quia tum Legatarius proprietatis, ipſo jure dominus eſt, qui proprietatem nudam ſibi legatam vindicans, eamque cum uſufructu conſolidatam reperiens, quemadmodum eſt, ita conſequitur. Eſt tamen hæc legalis conſequentiæ ſubtilitas potius, quam æquitatis populare dictamen. Ideoque in iis locis, ubi hoc illi præfertur, poſſet fieri, ut aliter a judicibus acciperetur, quemadmodum de Gallia ſua non dubitant Mornacius & Autumnus. Mihi valde placet, quod idem ex Grimaldo Fiſci Andenſis Patrono *lib. 3. cap. 2. de Retractu* refert, Legatarium uſusfructus recte facturum, ſi, dum pendente conditione, proprietatem acquirit, ſe muniat proteſtationis auxilio; ſcilicet uſufructui ſibi Legato præjudicium ne fiat, in caſum exiſtentis conditionis; Proteſtatio enim conſervat jus, quod alioqui per apices juris interiret, *arg. l. 4. § 1.* verb. *niſi ſalva cauſa pignoris ſui conſenſit. D. Quib. ex cauſ. pign. ſolv.*

3. Non ut ceſſio in proprietarium facta finit uſumfructum, ut ad *§ pen. Inſt. de uſufr.* innelleximus, ita per Locationem ab uſufructuario factam in proprietarium, accipit finem; quid ni enim ipſi æque ac alii, meum jus locare poſſim? & poſſum, *l. 29. in pr. h. t.* ſed proprietarius, fundo ita conductoris titulo utens fruens, vendit eum Tertio, non deducto uſufructu, vel etiam locat eum ſuo nomine; an ejus factum mihi nocet, ut uſumfructum amittam; Ita reſponder Ulpianus in *d. l. 29.* uſumfructum amitti. Quod ſane mirum, jus in Re mihi conſtitutum, facto conductoris mihi auferri. Idque Juris rationi & æquitati adverſum eſſe, non immerito adfirmare videtur

tur Autumnus in *cenſ. ad d. l. 29.* Sed tu dic, non in continenti uſumfructum amitti, ſed præſcriptione longi temporis, quod in *l. 29.* non expreſſum, ex *Lege Præcedenti*, ipſaque rei natura, colligitur; etiam ex ea ratione, quam reddit Ulpianus, quod emptor *ſuo nomine* poſſideat, ſive utatur; quod eſſe requiſitum uſucapionis & præſcriptionis, conſtat ex *l. 2. C. de Præſc. 30. ann.* Quanquam & ita videtur obſtare *l. 32. § 1. de Acquir. poſſ.* in qua tamen eſt diverſa ſpecies; In *l. 29.* proprietarius eſt venditor, in *l. 32. § 1.* Conductor rem vendit: In *l. 29.* agitur de uſufructu amittendo; in altero textu de poſſeſſione rei ipſius, & de proprietate conſequenter amittenda, quæ diſparitates, ne hæc ſit antinomia, facile præſtabunt. Sed hac ſubtilitate forte nihil opus eſt, poſt *l. ult. C. de Acquir. poſſ.* per quam Juſtinianus ſtatuit, *factum conductoris, aut alterius, qui noſtro nomine ſit in poſſeſſione, nobis ad amittendam poſſeſſionem non obſtare*; ſed nos retinere poſſeſſionem, etſi conductor rem vendiderit. Quam deciſionem ad hanc ſpeciem extendendam eſſe, recte obſervat Autumnus, opinor, omiſſam a Cujacio *ad d. l. ult.* præſertim, quia ſpecies *l. 29.* fuit pars Quæſtionis Sabinianæ, quam Juſtinianus in *d. l. ult.* ſe reformare declarat. Hactenus bene Autumnus. Sed vide ſis, quam hac obſervatiuncula ſibi placeat, levi & tralatitia licet. Notato oblivionis Cujacio; *quod ſi nos*, inquit, *non* Interpretum *fungimur munere, ſed tuemur ea, quæ dicta ſunt ab iis*, Quos probamus, *eique noſtrum judicium & noſtrum ſcribendi ordinem adjunginus, quid habent invidi, cur præferant NOSTRIS ſcripta ab aliis?* Hoc ideo viſum eſt excerpere, ut animadvertamus, quo Spiritu indutos oporteat eſſe, qui Cenſuras juris Romani ſcribere in animum inducunt.

4. Porro de modis finiendi uſumfructum, tam realibus quam perſonalibus, ordine tractatum eſt *ad tit. Inſt. de uſufr. n. 11.* quos inter Rei interitus; de quo nota eſt Quæſtio; ſi res pro parte perierit, an partis, quæ ſupereſt, uſusfructus debeatur; & diſtinctio, utrum Pars, quæ ſupereſt, nomen totius retineat, an ſecus. Verum quod hoc uſque adeo valet, ut ſi quadrigæ uſusfructus ſit relictus, uno equorum percunte, reliquorum uſusfructus extinguatur, *l. 10. § ult. h.* dubitari poteſt, an noſtra lingua uſum habeat: Nec enim eſt nobis vocabulum, *quadrigæ* æquipollens. Certe, ſi uſusfructus quatuor equorum relinquatur, uno pereunte, etiam jure Civili manet in reliquis uſusfructus, *d. l. 10. § ult.* Atqui vix eſt, ut aliter hodie ſermone noſtro ejusmodi legatum relinquatur: Niſi non additur, *een geſpan*, copula tot equorum, tunc aliud dicendum ſit, unoque tum pereunte, reliquorum etiam uſusfructus tollatur. In proprietate quadrigæ legatæ, tunc unius interitus totum aufert uſumfructum, ſi ὁ καλλιστεύων, is qui demonſtrabat quadrigam, *præcipuus*, ſit mortuus, habetur in *l. 65. § 1. de Legat. 3.* Sed utrumque ſubtilius eſſe, quam ut hujus temporis ſimplicitate recipiatur, cenſent Autumnus & Grœnewegius ad *h. l. ult. & d. l. 65. § 1.* Quin etiam Mornacius, ita viſum eſſe Jurisperitorum Coronæ ad *Fori Columnam*, ſcribit ad *d. l. 10. § ult.* quod haud difficulter conceſſerim, non tam ob incivilem Romanæ prudentiæ ſubtilitatem, quam ob diverſam ſermonis noſtri proprietatem; cujus exemplum elegans refert Mornacius *ibidem*; quod cum advocatus quidam ſenior exemplo dictionis, quæ eſt in *d. § ult. ſi unus ex equis deceſſerit*; in Curia Pariſienſi dixiſſet, *le cheval eſtant decede*, ſpiſſæ riſum Coronæ ſuſtulerit. *Adeo unaquæque gens ſuas habet dialectos*, ait, *tam proprias, ut transmitti ad aliam ea proprietas non poſſit. Romanus enim ait*, equum decedere: *Gallus hoc videt.* Reliqua *apud Inſtit.* dicta ſunt; niſi quod de uſufructu civitati legato proditum eſt, cum finiri civitatis interitu, *l. 22. h. t.* & centum annorum ſpatio, *l. 56. de uſufr.* denique de præſcriptione uſusfructus alternis annis legati, agetur ad *tit. Quemadm. Servit. amitt.*

TIT. V.

De uſufructu earum rerum, quæ uſu conſumuntur, vel minuuntur.

I. Expoſitio Rubricæ remiſſive. II. An nominum ſit etiam quaſi-uſusfructus. III. Affine iis eſſe jus utendi fruendi animalibus ac utenſilibus, etſi verus earum rerum ſit uſusfr. quibus ideo liceat abuti ac adtrita vel mortua reddere. IV. Ridiculum hoc Pragmaticis videri, uſumque juris ejus incommodiorem videri. V. Si pactione res non redigatur ad inſtar quaſi-

uſus-

ususfr. posse fructuarium illo jure tamen uti. VI. Quando & qui in rebus immobilibus quasi-ususfr. constituatur. VII. Tali pactione non amitti jus testamentarium, quasi novatione facta.

Definitio Ususfructus, nota ex *Institutionibus*, indicat, in rebus, quarum substantia salva manere nequit, usumfructum constitui non posse; Proinde nec rebus, quæ usu consumuntur, vel minuuntur. Et tamen hæc Rubrica præfert ejusmodi rerum usumfructum, scilicet *improprie* dictum. *Non enim Naturalis ratio auctoritate Senatus mutari potuit*, ait Gajus in *l. 2. in fin. h. t.* Lege non potuit effici, ut ejusmodi rerum, quarum usus consistit in abusu, substantia salva manere diceretur: Ideo *Quasi-usumfructum* in ejusmodi rebus constitui, tradit Justinianus in § 2. *in f. I. de Usufr.* de cujus natura differentiaque a vero usufructu, actum a nobis est in *Part. I. lib. 2. tit. 4. n. 8.* ubi & res, in quibus hoc improprium jus constituitur, vinum, oleum, frumentum, pecunia numerata, &c.

2. His addit nomina sive obligationes Ulpianus in *l. 3. h. t.* contra sententiam Nervæ, secutus Cassium & Proculum; & tamen Nerva debitori ipsi Nominum quasi-usumfructum posse legari statuebat, cujus usus in hoc consisteret, quod debitori rem rerentur usuræ, *d. l. 3.* Quid igitur obstare potuit, quo minus & Tertio legaretur ususfructus nominum, cum hoc effectu, ut usuras ipse perciperet? An Nerva forte putavit, illum esse verum usumfructum, quando usuræ, salva forte, perciperentur, non improprium; Sed talem esse, cum debitori legatur nomen, quia tum ipsam ille sortem habet in potestate; quam consumere aut alibi collocare possit, ut tantundem finito usufructu restituat? Res ab hoc intellectu non est aliena; si ponamus, semper eodem loco manere sortem; quales sunt sortes, quæ debentur ab universitatibus aut a Republ. quæ tuto in eodem statu reperi possunt. Sed Proculus & Cassius usumfructum nominum ita accepisse videntur, ut ipsæ sortes in potestate Fructuarii essent, eo quo diximus modo. Atque hoc sensu nomina non nisi ad Quasi-usumfructum pertinere posse, tanquam usumfructum pecuniarium, manifesta res est. Unde sic videtur colligendum, fere ut diximus, Si ususfructus nominum in eodem statu relinquendorum sit relictus, nihil obstare, quo minus sit verus usu fructus, aut ejus exemplum. Si vero sortes ipsæ in arbitrio fructuarii sint, pecuniasque ipse exigere possit, opus est Cautione de restituendo tantundem finito usufructu restituat? Res ab hoc intellectu non est aliena; si ponamus, semper eodem loco manere sortem; quales sunt sortes, quæ debentur ab universitatibus aut a Republ. quæ tuto in eodem statu reperi possunt. Sed Proculus & Cassius usumfructum nominum ita accepisse videntur, ut ipsæ sortes in potestate Fructuarii essent, eo quo diximus modo. Atque hoc sensu nomina non nisi ad Quasi-usumfructum pertinere posse, tanquam usumfructum pecuniarium, manifesta res est. Unde sic videtur colligendum, fere ut diximus, Si ususfructus nominum in eodem statu relinquendorum sit relictus, nihil obstare, quo minus sit verus usu fructus, aut ejus exemplum. Si vero sortes ipsæ in arbitrio fructuarii sint, pecuniasque ipse exigere possit, opus est Cautione de restituendo tantundem quæ facit quasi-usumfructum, ut ad *Inst. d. loco* demonstratum est. Nam hoc est medium, quo res ususfructus incapaces, ad similitudinem ususfructus rediguntur; ut caveat Fructuarius, se non easdem res, sed tantundem vel æstimationem esse redditurum, ut ad *tit. ult.* hujus libri videri potest.

3. Quo exemplo res etiam aliæ, in quibus est verus ususfructus, mediante tali cautione ad instar quasi-ususfructus redigi possunt; quod fit in ejusmodi rebus, quæ utendo quidem non consumuntur, sed quæ paulatim deteruntur & obsolescunt, ut sunt animalia, vestimenta, utensilia, *§ 2. in pr. d. tit. Inst. l. 15. § 4. de Usufr.* Quæ res, finito usufructu, in eadem specie, licet detritæ, reddi possunt, *l. 9. § 3. Usufruct. quemadmod. cav. Atque adeo si usufructuarius velit, potest animalibus, veste, supellectile, aliisque rebus mobilibus uti ad extremum usque: proinde mortuis pecudibus, detritis vestibus, ceterisque mobilibus rebus, non tenetur fructuarius ad pretium earundem rerum, quod fuit prius; sed defungi potest, res eadem, ita ut nunc sint, reddendo*, verba sunt Corenii *decis. Cur. Holl. 7.* Nec potest aliter, si verus jumentorum mobiliumque rerum sit ususfructus; Bos enim reddi potest vivus aut mortuus, validus, infirmus, modo fructuarius illo boni viri arbitratu sit usus. Utensilia, vestimenta, quorum verus, ut diximus, est ususfructus, *adrita reddi* possunt, *l. 9. § 3. D. Usufructuar. quemad. cav.* idemque in aliis rebus, quæ adsiduo usu non imminuuntur, sed paulatim utendo deteriores fiunt, certissimi Juris est.

4. Sed dici non potest, quam hæc res nova pragmaticis nostris & ridicula videatur; Adeo ut jam quotidianus apud nos usus hoc modo ferat; Quando ususfructus pecudum, vestium, aliarumque rerum mobilium, seu specialiter, sive juxta usumfructum omnium bonorum generaliter est relictus, tum solet earum rerum æstimatio fieri; quam æstimationem usufructuarius cavet, se finito usufructu restituturum; idque sine ulla ipsorum contradictione, qui sic Juris esse non dubitant, instituitur; adeo ut vix unquam ejus sententiæ, quam verbis Corenii expressimus, usum apud nos extitisse putem. certe non meminerim. Etium vero ut plurimum praxin hujus juris incommodam esse, non negaverim. Quocirca & Jure

re Civili receptum videmus, ut bestiæ, quarum verus est ususfructus, numerentur; in hoc, ut eadem quantitas, finito usufructu, restituatur, cum alio qui fructuarius eas occidere non posset, alere vero semper, ineptum foret, *l. 62 §. 1. ff. de Usufr.* Haud dissimilis aliarum rerum incommoditas esset, mobilium inquam, si semper iisdem utendum foret, idque vel maxime experiremur in vestimentis, quæ ideo Tribonianus inter ea retulit, quæ materiam quasi-ususfructus constituunt adversus certam juris sententiam, quæ est in textibus modo adductis; quod ipse aliter scripsit in *§ pen. de usufr.* motus est, ni fallor, usu hominum & aptitudine rerum, in diversam partem. Id tamen ex hac observatione velim colligant hi, quorum interest, ut si fructuarii consentiant in æstimationem rerum mobilium, ne aliter eam admittant, quam multo infra verum cujusque rei pretium, quia per cautionem de pretio vel eadem quantitate restituenda, conditionem proprietarii longe meliorem, suam vero deteriorem faciunt. Nam dominus fit certus, se finito usufructu tantundem esse recepturum, ac ab initio fuit in patrimonio; cum si fructuarius uteretur jure suo, quod Leges ei tribuunt, haud parum inde mortibus animalium atque tritura aliorum corporum abscederet. Ipse vero Fructuarius æstimatione facta, recipit in se periculum rerum casu fatali intereuntium, quæ damna alioqui in proprietarium redundabant, juxta regulam communem; Dominus quisque rei suæ periculum fert, *l. 9. C. de Pignorat. act.* & æstimatio cum dominio semper quoque periculum transfert, *l. 5. & l. 19. C. de jur. dot.*

5. Quod si proprietarii æstimationem infra justum valorem admittere nolint, quemadmodum plerisque nostratibus id paradoxum videretur, ego ita existimo, fructuarium uti posse jure scripto, resque mobiles atque animales exercere posse, dum vivat, easque post mortem, ut sunt, domino reinquere colligendis. Quod ipsi forte quidem incommodius, sed domino longe damnosius futurum, ipsa res loquitur; Nec est, quod quis hoc jus usu contrario putet obsoletum esse; Magis est, ut hæc res pertineat ad observationem *l. 39. de Legib.* Quod *cum ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet.* Consuetudines fateor habere vim Juris abrogandi; verum ad illas non modo requiritur desuetudo & diversa popularis observatio, sed actus contrarii, & positivi, maxime judiciales, iique frequentes atque signati concurrere debent. *l. 34. d. t. de LL.* juncta *l. 2. C. Quæ sit long. consuet.* Simile exemplum habes apud Sandium *lib. 3. tit. 6. def. 8.* ubi; *Aliter*, inquit, *hactenus observatum in colono.... absque ulla contradictione ipsorum dominorum, qui ita juris esse non dubitarunt. At hic mos magis ex legum ignorantia, quam juris ratione est introductus.* Et deinde; *His consideratis, Senatus, repudiato & explosa stylo per errorem introducto &c.*

6. Potest etiam fieri, ut in ipsis rebus immobilibus Quasi-ususfructus constituatur, veluti in metallifodinis, quæ non renascuntur, & cespitifodinis, in his regionibus; quæ sic effodiuntur, ut substantia salva manere nequeat. In illis ita servatur, ut ejus, quod effossum est, fiat æstimatio vel distractio, caveatque Fructuarius, se pretium illud, finito usufructu, restituturum, ita ut ususfructus tum consistat in usu gratuito illius pecuniæ; quandoquidem rerum ipsarum Fructuarius tum fit dominus; æstimatione, dominii translationem arguente necessariam. *l. 4. & l. 10. C. de jur. dot.* qua de re vide Sandium *lib. 5. tit. 3. def. 2.*

7. Quæsitum memini, cum usufructuarius ejusmodi conventione de pretio post finem ususfructus restituendo, dominium rerum usufructuariarum adeptus esset, an nihilominus testamenti jus tanquam legatarius ex usufructu retineret, in casu deficientis alterius, ad jus accrescendi aliaque jura Legato connexa; ratione dubitandi; quod novatio totalis ususfructus in dominium, & ultima voluntas in obligationem transformata videretur. Sed verius est, hanc conventionem non ad novandum, sed ad exequendum jus Testamenti esse factam, & legatarium ususfructus, retinere jus Legati, atque ita *judicatum est a Suprema Curia in causa R. B. cum Soc. contra A. R. die 9. Junii 1689.*

TIT. VI.

Si Ususfructus petetur, vel ad alium pertinere negetur.

I. Continuatio, & ratio nominis Confessoriæ & Negatoriæ. II. Definitio Confessoriæ, & an Fructuarius possit vindicare servitutes, quæ de re concipiuntur l. 1. in pr. h. t. *cum* l. un. § 4. de Re-

Remiſſ. *III. Intentio & exitus harum actionum. IV. Actionem perſonalem de uſufructu ab hiſce diverſam dari.*

Poſtquam cauſæ, jus, effectus, & amittendi uſusfructus rationes ſatis expoſitæ ſunt, merito non putavit omittendam Juris conditor Actionem, qua uſusfructus peteretur, aut ad alium pertinere negaretur. Quibus verbis duplicem Actionem, confeſſoria quæ dicitur, & Negatoriam ſignificari, ex Inſtitutionibus pridem ſatis notum eſt. Enimvero confeſſoriæ nomine Juſtinianus in §. 1. *Inſt. de Action.* non utitur; ſed Ulpianus in *l. 2. §. 1. D. Si ſervit. vind.* & in *l. 5. §. ult. h. t.* Confeſſoriam & Negatoriam in uſu harum actionum inter ſeſe opponit. Alioqui Confeſſoria magis proprie dicitur Actio, quæ ex Adverſarii *confeſſione* datur, apud eundem Ulpianum, in *l. 23. §. ult. & l. 25. §. 1. ad L. Aquil. l. ult. de Interr. act.* Videtur autem inde productus vocabuli uſus ad Servitutes, quod cum Actio, qua ſervitus *negatur* ad alium pertinere, dicatur Negatoria vel negativa, ut Juſtinianus ait in *d. §. 1. de Action. in fin.* & confeſſio negationi ſolet opponi; hinc oppoſita Negatoriæ actio *Confeſſoria* diceretur. Nam alioqui vindicatio & Adſertio juris alicujus, minus proprie *Confeſſio* appellari videtur, quam tamen ἐμφασιν huic voci ineſſe, obſervant alii apud Calvin. in *Lex. ſub Voc. Confeſſoria.*

2. Eſt autem Actio Confeſſoria hujus loci; In rem actio, *qua quis contendit, ſibi eſſe jus utendi fruendi rebus alienis, adverſus dominum omnemque poſſeſſorem,* & quemlibet impedientem, *l. 5. §. 1. h. l. 10. §. 1. verb. quicunque impediunt. D. Si Servit. vind.* Unde, ſi qua ſervitus fundo fructuario debetur, fructuarius non tam ſervitutem, quam uſumfructum vindicare, & ſic agere Confeſſoria, debet, *d. l. 1. §. 1. & l. 1. in pr. h. t.* Sed huic adverſatur *l. un. §. 4. D. de Remiſſ.* ubi, *Juliano placet, fructuario ſervitutum vindicandarum jus eſſe.* Wiſſenbachius noſter *ad h. t.* narrat, reſponſionem Cujacii 1. *obſ. 16.* qua volebat, Juliani ſententiam in *d. l. un.* recitari, non probari, refutatam eſſe a Vultejo *diſcept. ſchol. c. 18.* Vultejum refutari iterum a Bachovio *not. Treutl. vol. 1. diſp. 16. th. 7. lit. C.* ut ita deſinamus in confeſſione antinomiæ. Ego in conciliatione Veterum acquieſcere malo, qui diſtinguebant, inter vindicationem principaliter concedendam, & per conſequentiam: maxime, cum Ulpianus utrimque ſit Auctor Legum, quas Bachovius & Wiſſenbachius antinomias ἐυχοντας ἐιναι. In *l. un. §. 4. & præced.* non id agitur, ut de vindicanda ab uſufructuario ſervitute quæratur, ſed an uſufructuarius opus novum nunciare poſſit. In eam rem ponitur Regula in *l. un. §. 3.* Jus *habet opus novum nunciandi, qui aut dominium, aut ſervitutem habet:* id eſt prædialem ſervitutem. Inde quæritur, an & Fructuarius novum opus nunciare poſſit; Adfirmatur ex hac ratione, quod, ut *Juliano placet, Fructuario ſit jus vindicandarum ſervitutum, ſecundum quod opus novum nunciare poterit vicino.* Rurſus in *l. 1. pr. h. t.* Ulpianus, laudato etiam Juliano, ſcribit; Fructuarium, ſervitutem quidem vindicare non poſſe; verum uſumfructum vindicaturum, ac per hoc vicinum, ſi non patiatur eum ire agere, teneri, quaſi non patiatur uti frui. Hæc eſt exacta rei definitio juris rationi conveniens, quæ ſervitutum jus a Fructuario removet abeſſe, *l. 15. in fin. de uſufr.* ſed tamen effectu vindicandarum ſervitutum potitur Fructuarius per conſequentiam, vindicato uſufructu: Quod ſufficit ad jus novi operis nuntiandi. Satis eſt, Fructuarium per vindicationem ſibi adſerere ſervitutes, ut nunciare poſſit; Formula vindicandi, & accuratio rei limitandæ, aliunde petenda eſt. Hæc ſaltem probabilis conciliatio mihi potior eſſe videtur, quam non modo Tribonianum Πανδεκτοποιὸν, ſed & Ulpianum, & fere Julianum ſibi ipſi, ponere contradicentes.

3. Intentio & exitus hujus judicii eſt, ut Uſufructuarius res ſibi ſervientes liberamque utendi fruendi facultatem, cum fructibus & eo quod intereſt conſequatur, *l. 2. d. l. 5. §. 3. & ult. h. t.* Iique adverſa eſt intentione & exitu Negatoria, quæ datur domino Rei, adſerenti prædio ſuo libertatem & neganti in eam alteri competere jus utendi fruendi, *d. §. 2. Inſt.* ubi plura de fundamento & intellectu hujus actionis. Vid. *Part. I. lib. 4. tit. 6. n. 5. ſeqq.* Poſſe dominum quoque per exceptionem effectum hujus remedii adipiſci, non eſt dubium; idque tum maxime, cum dominus eſt in poſſeſſione, locum habet. Actio movenda eſt, cum fructuarius poſſidet, & dominus res ab eo liberas evincere cupit. Poteſt tamen etiam qui poſſidet, agere Negatoria, *d. l. 5. §. ult. h. t.* cum hoc diſcrimine, quod tum de fructibus nulla ſit quæſtio, quos ſcilicet Poſſeſſor

ſeſſor ipſe tum percepit. Verum hoc tunc conſequitur dominus proprietatis, *ne inquietetur*, ait JCtus in *fin. d. l. 5.*

4. Hæ autem actiones cum ſint in Rem, dantur adverſus quemlibet poſſeſſorem, *l. 5. § 1.* Sed eſt etiam in perſonam actio, per quam is, cui ex conventione vel teſtamento uſusfructus debetur, agit adverſus heredem ſolum, ut ſibi uſusfructus præſtetur, cum eo quod intereſt ſua, per culpam aut factum heredis, *l. 2. h. t.* preſſius hoc videbimus ad *tit. ff. Si ſervit. vind.*

TIT. VII.

De Operis ſervorum.

I. Servi operæ an diſtinctam faciant ſervitutem, remiſſive. *II. Et uſumfr. & operas in facto conſiſtere, diverſo ſenſu, & effectu. III. Jus operarum ad bruta animalia non poſſe transferri. IV. An liberi hominis operæ promitti vel legari poſſint.*

Ingens copia & utilitas ſervorum apud Veteres fecit, ut de illorum *Operis* titulo peculiari ageretur; utpote, quæ nec uſus, nec uſusfructus erant, *l. 1. § 9. D. ad L. Falcid.* etſi ob affinitatem modo fructus, modo uſus appellentur, in *l. 4. & l. 5. h. t.* quemadmodum illos textus, ſine emendatione, ad quam alii confugiendum putarunt, conciliavimus, *ad tit. l. de uſu & habit. n. 4.*

2. Habent hoc proprium Operæ ſervi, quod *in actu* conſiſtunt, ut habetur in *l. 1. h. t.* hoc eſt in operatione ſervi; nec prius operarum Legatum in rerum natura eſſe creditur, quam dies venit, quo præſtandæ ſunt, *d. l. 1.* ſive a die petitionis, ut eſt in *l. 7. D. de uſu & uſufr. leg.* Quæ ratio eſt, quod capitis diminutione Legatarii, ut de uſufructu intelleximus, non pereant, *l. 2. h.* Actus enim operandi totam earum naturam abſolvunt, qui a mutatione juris in perſona ejus, cui debentur operæ, non pendent; ſecus ac Uſusfructus, qui etiam in facto conſiſtit, verum facto ejus, qui fruitur & utitur, *pr. l. ult. Quand. dies leg. uſufr. ced.* Hinc etiam petenda ratio, cur, uſucapto ſervo, Legatum operarum extinguatur, *l. 2. de uſufr. leg.* cum uſusfructus uſucapione non pereat, *l. 17. § pen. de Uſufr.* nempe, ſi dominus proprietatis rem ſuam neglexerit: Adde Wiſſenbachium *ad h. t. n. 27.* Nec tamen ideo, quod non in facto perſonæ, cui debentur operæ, ſed in actu ejus, in quo eſt ſervitus, conſiſtunt, hanc ſervitutem non eſſe perſonalem, ſequi, recte monet Struvius *ad h. t. in fin.* cum adhuc definitio ſervitutis perſonalis iis conveniat, quæ hæc eſt; quod res eam præſtat perſonæ, ut dictum *ad Inſtit. tit. de Servitut. n. 2.*

3. An hæc hodie ad operas jumentorum transferre licebit, quemadmodum pleraque de ſervis a veteribus prodita transferuntur ad jumenta pecudesque? Non videtur; nec in illis quicquam aliud, quam Uſus eſſe videtur, *§ 3. in fin. Inſt. de uſu & habit.* neque ſubtilitates, quas olim inter uſum operasque ſervi excogitarunt, & quas capere ſe non poſſe ſcribit Bachovius *in not. ad Weſenb. h. t.* ad animalia recte producentur; ſed quæ tantum ut machinæ ſerviunt operis exercendis: etſi, an nihil aliud quam machinæ ſint, ego non dixerim, qui phænomena de brutorum actionibus machinali ratione demonſtrare non poſſem.

4. Sed quid de operis liberi hominis videtur; An hæ non poſſunt legari? Minime equidem ut ſervitus; ſed quo minus aut heres juberi, aut quisque ſe obligare poſſit, ad operas vel ſuas, vel alterius præſtandas, nihil obſtare poteſt. Verum hoc nihil quam pecuniariæ æſtimationis Legatum, aut obligationem eſſe, manifeſtum eſt.

TIT. VIII.

De Uſu & Habitatione.

De hac Rubrica tam copioſe actum eſt ad titulum parallelum Inſtitutionum, ut nihil quod ad ejus expoſitionem pertinet, omiſſum videatur: poſtquam & antinomiæ ſpeciem, quæ eſt inter *l. 14. § 1. D. de uſu & habit.* oppoſitam *l. 5. § 1. D. Uſufruct. quemadm. cav.* removimus *in P. II. Digreſſ. l. 2. c. 16.* Etſi paulo aliter citati a Wiſſenbachio Cujacius, Coſtalius, Connanus, Pacius. Summa hæc eſt, ut dominium materialiter contineat proprietatem & uſumfr. ita Uſusfr. & uſum comprehendit & fructum; poteſt enim fructus ita conſtitui, ut penes alium ſit uſus, qui tum habet id quod neceſſitas poſtulat: fructuarius reliquum emolumentum; quin & nuda proprietas apud

tertium esse potest, *l. 14. § ult. h.* Quanquam si ususfr. simpliciter constituatur, usum quoque comprehendat, velut totum suam partem. Ita cape *l. 14 § 1.* cum quo sic non pugnat *l. 5. § 1. Usufr. quemadm. cav.* alioqui vocabulo fructus idem quod ususfr. significatur, *d. l. 14. § 1.* Reliqua de usu & habitatione diximus ad *tit. ejusd. Rubr. in Parte I.*

SCHOLIUM.

Ut ergo Autor conciliet d. l. 5. § 1. *cum* d. l. 14. § 1. *distinguit inter usumfructum & fructum, &c. Sed nescio, an non hæc distinctio sit contra mentem Ulpiani in* d. l. 14 § 1. *Simplicius dicemus, Ulpianum velle: Usumfructum legatum sine usu esse non posse, nisi collegatario usus reductus sit. Unde si legetur ususfructus deducto usu, heredem non prætendere posse usum, Usum vero regulariter esse sine usufructu, etiam si usuarius non habeat collegatarium, cui ususfructus sit relictus: & nempe hoc casu usumfructum esse penes dominum & heredem.* Conf. Wissenb. ad ff. h. t.

RESPONSIO.

Unde collegerit Thomasius hanc distinctionem a me conciliandis hisce legibus adhibitam esse, nescio, nec enim heic eam posui, & in Parte I. h. t. a pr. *ubi textus illi conciliantur, differentiam fructus & ususfructus diserte rejeci. Mea responsa & heic involuta & ibi explicita, non vetat responsionem Thomasii cum illa conjungi.*

N. ADDIT.

Igitur ratio reddenda, unde istam distinctionem collegerim. Nam, cum Autor ipse fateatur, hic suam responsionem esse involutam, & aliis locis explicitam, voluí eam distinctionem ex verbis antecedentibus conjicere: Cum vero in verbis antecedentibus deprehenderem, unum versiculum ita incipere: Potest enim fructus ita constitui &c. *in subsequente vero hæc verba tradi* Quanquam si ususfructus simpliciter constituatur &c. *inde putavi, Autorem distinguere voluisse inter fructum & usumfructum. Poterit etiam pro hac ulterius adduci, quod Autor obscuritatem responsionis nondum plene fistulerit. Allegatur quidem ubivis* l. 5. § 1. usufr. quemadm. caveat. *tanquam textus obstans; Ejus hæc sunt verba:* Sed si usus sine fructu legatus erit, adempta fructus causa, satisdari jubet Prætor, hoc merito, ut de solo usu, non etiam de usufructu caveatur. *Huic textui etiam respexim scholio meo. Sed cum jam Autor provocet ad partem I. prælectionum h. t. ibi plane alius textus tanquam obstans proponitur, ubi nempe Ulpianus dicat: Fructum sine usu obtingere posse. At vero hoc dictum Ulpiani non reperitur in* d. l. 5. § 1. *quamvis & ibi sic citetur, sed in statim subsequente* § 2. Ergo, *inquit*, etsi fructus sine usu obtigerit, stipulatio locum habebit. *Et tamen Autor hic arbitratur, responsionem meam cum sua conjungi posse. Quod ego facile ferre queo.*

TIT. IX.

Usufructuarius quemadmodum caveat.

I. Remissio ad partem I. An Heres, qui promisit, testamento se exacte pariturum, exigere possit cautionem in testamento remissam. II. Differentia inter usumfructum legatum & fideicommissum ad vitam. III. Reliqui casus, quibus hæc Cautio cessat.

Antequam exerceatur Ususfr cautio præstanda est, qua non præstita, nec fructus percipere, vel nomina fructuarius exigere potest, *l. 1. C. de Usufr l. 6. ut in poss. leg.* quod proinde heres tantisper faciet, *arg. d l. 7.* Si tamen fructuarius sit in possessione, quamdiu non petitur cautio, fructus retinebit, *arg dd. ll. l. 1. § 1. ut in poss. leg.* Repetantur quæ dix. *Part. I. ad tit. de usufr. n. 22. & seqq.* Nam etiam huic Rubricæ satisfactum ad *tit. Inst. de Usufr. n. 9.* Nisi quod casus, quibus cessat hæc Cautio, non sunt enumerat.. Testatorem eam remittere non posse, Heredem posse, jam dictum est illic. Quæsitum aliquando; an heres, qui promiserat, *se omnibus Testamenti articulis exacte pariturum*, exigere posset cautionem, quæ remissa fuerat in Testamento. Quod magis existimo licere; quia generalia verba non videntur extendi posse ad ea, quæ legibus adversa sunt. Disputatum ea de re apud Curiam Supremam in *causa* partium antea nominatarum *R. B. cum soc. contra A. R.* & remissa quidem est Cautio Fructuariæ; non propter illam promissionem, sed quia potestas erat data fructuariæ, *bona per causam necessitatis diminuendi*; quæ verba naturam ususfructus tollere, & fideicommissum efficere, diximus ad *tit. 1.* Res acta d. 19. Jun. 1680. Et tamen quia Fideicommissarius tenetur etiam ad Cautionem præstandam, naturæ fideicom-

commissi convenienrem, non potest hac causa negare descriptionem rerum ipli ad vitam relictarum, ut usus fert, & judicatum refert Nauta noster in *causa W. H. cum Soc. contra Catharinam Andreæ, viduam Gerardi Buma, 24. Mart. 1640.* convenienter ei, quod Sandius refert *lib. 5. tit. 3. def. 4.*

2. Hoc loco fieri potest, ut incidat alicui rogare, quid interfit, utrum quis habeat bona jure ususfructus an fideicommissii, cum onere post mortem restituendi? Responsio est, hæc interesse. I. De fideicommisso potest deduci Quarta Trebellii, de usufructuariis bonis nihil. II. Potest ei remitti confectio inventarii & Cautio, voluntate Testatoris, secus ac in usufructu. III. Pendente Conditione Fideicommissi, potest alienare bona, valerque alienatio, si conditio non existat. IV. Non tam facile amittitur & finitur Fideicommissum, quam ususfructus. Hæ sunt Positiones, quas partim habuimus, partim habebimus in doctrina de Fidei commissis, quibus ideo probandis heic non immorabimur.

3. Reliqui casus, quibus cessat hæc Cautio, sunt: I. Si Ususfructus alicui pure, & proprietas ejusdem rei ex die legata sit; quia tum certum est, proprietatem ad eum vel ejus heredem perventuram, *l. 9. § 2. h. t.* Nempe, si dies certus sit; Nam dies incertus facit conditionem, ante quam, si heres moriatur, deficit legatum, *l. 5. § 4. D. Quand. dies leg. ced.* II. Fiscus non solet satisdare, *l. 1. § 18 D. ut legat. serv. cauf.* proinde nec, si ususfructus ei competat; quia semper locuples est, aut intelligitur. III. Pater habens usumfructum * in bonis librorum adventitiis, non tenetur necessitate cavendi, satis per hypothecam in bonis ejus constitutam videtur esse cautum, *l. ult. § Sin autem C. de bon. quæ lib.* IV. Recte refertur huc casus; si quis omnia bona sua donaverit, retento sibi usufructu, Tum donatarius ab illo cautionem exigere posse non videtur, *arg. l. 28. de R. J.* Schotan. *exam. ad h. t.* Reliqua habuimus ad *d. tit. Inst. de Usufr. n. 9.* Testator remittit cautionem; Aut si exigatur, instituit uxorem ex semisse. Valere institutionem, respondi *XI. Septembr. 1690.*

AD

LIB. VIII.

TIT. I.

De Servitutibus.

I. Continuatio, & methodus libri VIII. cum observatiuncula ad definitionem Servitutis. II. Servientem non teneri ad reficiendum, nisi ex pacto speciali, demonstratur. III. IV. Eum, qui sic obligatus est ad reficiendum, posse tamen rem, si velit, derelinquere. V. Ex promissione ad reficiendum non nasci Servitutem, sed obligationem personalem. VI. An voluptatis causa Servitus constitui possit, determinatur. VII. Valere tamen ejusmodi conventiones jure obligationis, non ut Servitutes. VIII. An dominus proprietatis, consentiente usufructuario, Servitutem imponere possit, ubi de lectione l. 15. in fin. h. t. *IX. Quo sensu dies vel conditio, Servituti adjici negatur. X. Item, an discrimen Causarum & modorum acquirendi servitutem, moribus hodiernis adhuc frequentetur.*

Liber octavus, qui est de SERVITUTIBUS, eodem modo se nobis tractandum, quo præcedens de Usufructu absolutus est, offert; carptim selectisque rebus, & tamen oratione conjuncta, quod pæne difficilius est, quam universam e fundamentis educere materiam, quæ

* Si nostro quoque jure maritus usufructuarius bonorum uxoris, non tenetur cavere, teste Coler. *d. 222. n. 16.* Richt. *dec. 19. n. 12.* Carpzov. *P. 2. C. 10 def 9. n. 6.* ac viduam quoque, ratione dotalitii, ad cautionem præstandam non regulariter obstringi, rectius defendunt Rauchb. *l. 1. qu. 30. n. 8 ubi præjud.* Simon. Ulric. Pistor. *ad Hartm. Pist. Obs. 2. in f.* Berlich. *P. 2. Concl. 50. n. 68.* Schilter. *ad ff. Ex. 17. th. 21 sq.* Henel. *de Jure dotalitii, cap. 9. § 4. p. 263. sq.* Richter. *de dotalitio th. 27.* licet dissent. Hartm. Pist *l. 1.* Carpz. *P. 2 C. 42. def. 7. & l. 6. Resp. 55. n. 11.* Bechmann. *Ex. Feud. 15. n. 18.* conf. Menck. *Disp. de Quantitate dotalitii § 15. sqq.*

uno contextu plenaque manu in parte priore deducta, non patitur, ex instituto nostro, repetitas Lectiones. Methodus in hoc libro hujusmodi est, Definitio Servitutis, & modi, quibus constituitur, in *titulo I.* Divisio, singularumque specierum tractatio, in *Tit. II. & III.* Qualitates specierum communes in *Tit. IV.* Tum Actio de Servitutibus in *Tit. V.* Denique modi, quibus ususfructus finitur, in *Tit. VI.* ordine satis, ut apparet, idoneo. Est autem hæc Inscriptio *de Servitutibus*, non argumento tantum, dari titulos genrales; sed etiam, quod Servitus excellenter de Prædiali, cum & alia sit personalis, accipiatur, ut a Justiniano in *§ 9. Inst. de Legatis*, & alibi passim. Definitionem Servitutis posuimus hanc, *Est jus rei alienæ impositum, quo Dominus in commodum alterius aliquid pati in suo, vel non facere, cogitur.* ALTERIUS, personæ aut rei. *Personæ*; quod ad usumfructum cæterasque personales Servitutes attinet; *Rei*, quod a Prædiales: quarum respectu Thomasio suum scholium, quod est secundum ad *tit. Inst. de Servit.* concessimus; quod alioqui respectu definitæ Servitutis in genere, nihil erat necesse; cum hæc manifesto se ad personæ vel rei utilitatem referat.

N. ADDIT.

Vide, quæ supra adversus responsiones Autoris excepimus. Id saltem hic notandum, quod, ut novæ additiones ostendunt, & ipsæ positiones, ista scholia non tam addiderimus eum in finem, quasi communem doctrinam, (quod servitus in genere dicatur de utilitate rei & personæ, pro diversitate subjecti dominantis) ferre noluerimus, sed quod saltem voluerimus monstrare, voluptatem & commercium non esse excludenda ab utilitate personæ.

2. In eadem definitione sunt aliæ qualitates duæ, e quibus aliquid observationis colligendum supereſt. Prima, quod servitutis non ea natura est, *ut aliquid faciat quis*, sed *ut aliquid patiatur, aut non faciat*, ut docet Pomponius in *l. 15. § 1. h. t.* Unde colligendum videtur, eum, qui debet servitutem, non teneri ad reficiendum, si dominus rei servientis, quod ad suum usum attinet, refectione supersedere possit & velit: quod homines in usu populari praxeos nostræ secus interpretantur: sic enim fere existimant; si quis jus habeat eundi agendi per solum, aut per pontem tenum, servientem ab eo cogi posse, ut eum a. tem, vel id solum reficiat, quo dominans ire pos. e possit: quod ex ratione juris civilis non & age. videtur esse verum, non tantum argumento, sed etiam per expressos textus in *d. l. 15. § 1.* juncta *l. 6. § 2. D. Si Servit. vind. & l. 33. de Servit. urb.* qua de re, quia pertinet ad usum quotidianum, paulo diligentius agendum. JCtus in *d. l. 15. § 1.* de Natura servitutum ipsarum agens in genere, eas ad faciendum institui non posse docet, veluti, ut viridaria quis tollat, aut amœniorem prospectum præstet; Sed tamen hæc verba, *pati, non facere*, ad impensas quoque pertinere, tradit Ulpianus in *l. 6. § 2. D. Si Servit. vind.* Quæritur ibi de servitute oneris ferendi, uter parietem, in quo vicinus habet jus oneris ferendi, reficere debeat: Paulus in *l. 33. de Serv. urb.* ideo servientem ad reficiendum teneri scribit, quia in *lege ædium*, id est in pactione de Servitute scriptum erat ita; *Paries oneri ferundo, uti nunc est, ita sit*, quibus verbis satis aperte significatum erat, parietem in perpetuum esse debere in eo statu, ut onus impositum sustinere posset, idque eum, qui id in se receperat, ita promisisse videri. Ulpianus autor est in *d. l. 6. § 2* non defuisse, qui servitutem oneris ferendi ita non posse imponi statuerent, ut serviens reficere, hoc est ut *aliquid facere cogeretur*. Addit Ulpianus; *Nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adscrit, non ad eum, cujus res servit.* Hæc est regula generalis, ad regendam hujus quæstionis praxin. Subjungit tamen Ulpianus; *Evaluisse Servii sententiam* in *proposita specie, ut posset quis defendere, jus sibi esse, cogere adversarium, reficere parietem, ad onera sua sustinenda.* Est igitur exceptio Regulæ; si serviens se directe vel per consequentiam obligaverit ad reficiendum, tenebitur; non obstante, quod Servitus in faciendo consistere nequeat: utilitas enim & civilitas negotii facit, ut servitus non quidem in faciendo consisteret, verum *aliquid facti*, non sua natura, sed ex pactione speciali reciperet. Est igitur regula, *Servientem ad reficiendum non teneri.* Idque ita obtinere, memini in propria causa, cum vicini Domus meæ angiportum ad eam pertinentem, per quem ipsis iter erat, vetustate labefactum refici peterent. Cum ipse eo non uterer, respondi: quando mihi causa reficiendi non esset, me passurum, ut illi reficerent, si vellent. Tu dices, an is, cui servitus competit, angiportum pontemve Servientis, qui dominium ejus habet, reparabit? Respondeo, non cogitur; Sed, inquam, an dominus etiam cogitur rem suam, sine causa sui usus, reficere? Certe si promiserit; Si nihil quam servitutem promiserit, tenetur ad patiendum,

dum, vel non faciendum, prætereaque nihil, *ut dictum.*

3. Quid autem si domus, in qua vicinus habet servitutem oneris ferendi, ætate vitiove in eum statum veniat, ut Dominus eum derelinquere, quam oneri ferundo parem præstare malit, an hoc ei liberum erit? Ex *d. l. 33.* diceret aliquis, non liberari, *in fin. Si ea res, quæ servit, ut tuum onus ferret, periisset, alia in locum ejus dari debeat.* Ita Paulus. Sed Ulpianus *in d. l. 6. § 2.* definit in sententia Labeonis, *qui licere domino rem derelinquere* statuebat; hac ratione reddita, quod *servitutem non debeat homo, sed res;* saltem homo non aliter, quam per consequentiam rei, & quatenus rem habeat, est obligatus. Ac ita Paulus cum Ulpiano conciliari potest; Tenetur ad alium parietem præstandum, nisi totam domum derelinquere malit. Hoc igitur tenendum in universum: qui simpliciter debet servitutem eundi agendi per suum fundum, non tenetur ad faciendum, v. c. tenetur ut solum sit idoneum, per quod iter actusque præstetur: non ad clivos aut gradus faciendos, si aliter iri nequeat; sed ad patiendum, quo dominans faciat gradus aut clivos, dum ne quid ultra, quam quod necesse est ad itineris causam, demoliatur, *l. 20. § 1. ff. de Servit. præd. rust.* proinde nec omnino ad reficiendum, nisi in illa specie servitutis oneris ferendi, *d. l. 6. § 2.* aut ubi similis verborum formula similem inferat consequentiam.

4. Atqui nihil tale est in *l. 2. § 7. ff. de aqua & aqu. pluv. arc.* & tamen ibi sic habetur. *Plane si fossam jure factam, aut cujus memoria non extat, agi tecum posse aquæ pluviæ, ut reficias.* Cennanus *lib. 4. Comment. C. 7. § 3.* pro REFICIAS putat legendum REFICIATUR; Accursius, sine manu huic loco supplendum esse quod deest, ex eadem, *l. 2. § 1.* ut illud *Reficias* alternative accipiatur, *Reficias vel refici patiaris.* Sic enim est in *d. § 1.* ut aut *ipse purgaret, aut te pateretur in pristinum statum eam redigere.* Idque eo facilius admittendum, quod alter ille § 7. adeo concise descriptus est, ut sine collatione § 2. non possit intelligi. Nec enim agitur ibi de Servitute, sed de tali casu, quo aliquis fossam veterem habebat, quam non purgabat: fiebat, ut ex restagnatione ejus aqua fundo nostro noceret. Potest aquæ pluviæ arcendæ cum in eriore vicino agi, ut aut ipse fossam purget, aut me purgare patiatur. Posterius ut repeteret, videtur neglexisse, at tamen intellexisse Jurisconsultus, in *d. § 7.* Præter quod, ut dictum, de servitute ibi plane non agitur; sed de eo, quod faciendum sit, ubi ex alterius agro damnum vicinis infligitur.

5. Si quis igitur Servitutem, cujus præcipuum onus *in faciendo* consistat, acquisiverit, dicendum est, eam non esse servitutem. Quid igitur, nullumne habebit effectum ejusmodi Conventio? Habebit; erit Contractus, ac ita valebit, cum hoc effectu, ut actio detur adversus promittentem & ejus heredem, non adversus tertium, sicut e servitute datur. Intelligo, id argutum nimis atque ab usu alienum quibusdam videri; sed mihi non videtur hæc esse inanis subtilitas, verum exacta proprietatis rerum observatio: siquidem τὸ facere manifesto qualitas vel potius actio personalis est, qualis in rem, quam debere servitutem vidimus, nequaquam convenire potest: Ideoque hujusmodi Conventio servitutem nullo modo producere potest. Nec ejus rei soliditas ab usu hodierno aliena est. Detur exemplum, quod ex facto tractatum memini. Erant vicini *Primus & Secundus*, quorum antecessores, domini priores, ante LXX. annos contractum iniverant; quo Primi Antecessor impetraverat, ut canalem sibi ponere liceret inter suam & secundi domum, hac lege, ut ipse eum suo sumptu reficeret & sustentaret. Chirographum erat scriptum anno *MDCVI.* Ex hoc jam modo agebatur a Secundo, ut primus canalem reficeret. Hic opponebat præscriptionem, quæ judicata est non habere locum, quoniam canalis adhuc in eodem statu supererat, nec ullum contrariæ quasi-possessionis initium, quod ad præscriptionem requiritur, *l. 2. C. de Præsc. 30. ann.* institutum fuerat. Verum tamen quia contractus ille, quo promiserat se canalem sustentaturum, non faciebat servitutem, sed obligationem duntaxat personalem producebat, *per ea, quæ diximus*, hinc adversus Primum, qui non fuerat heres Contrahentis, agi non poterat. Etsi in illo casu, hæc etiam ratio accedebat, quod Primus docebat, ante hac reparationem communi quidem sumptu factam fuisse: Primus est absolutus, etsi non omnium eadem ratione Dominorum, in causa *Elisæ Georgii, contra Annium Gellii Lollema, XXV. Sept. 1680.*

6. Hic est effectus regulæ, quod *servitutem non homo debet, sed res* Nec minus tamen verum est, quod Thomasius *in schol. ad posit. Inst. de servit.* relatum *Parte priore lib. 2. tit. 3. n. 1.* monet, servitutes quoque prædiales *non homini deberi, sed rei;* quando satis constat, respectu ejus, cui

cui debetur servitus, eam dici Realem atque personalem, Prædialemque vocari ideo, quod prædio debetur. Ex utraque ratione conjuncta,(posteriorem ille solam heic applicat,) probavimus aliam nasci positionem; quod *Servitus voluptatis causa non possit constitui:* quam verbo attigimus, heic pressius considerandam: Intelliguntur autem tales servitutes, de quibus cum nihil rei inhæreat, ad voluptatem se tantum referunt. Paulus in *l. 8. h.t. pr. Ut pomum decerpere liceat, & ut spatiari & ut cœnare possimus*, (Adde, ut pila ludere, choreas agere liceat, & similia,) *servitus imponi non potest:* quia actus isti á natura servitutis alieniſſimi sunt; siquidem ejusmodi usus, Rei nullo modo conveniunt; nec, ut ei debeantur, cum res omnes omnis voluptatisque personalis sit incapax; nec etiam, ut res talia debeat, cum non habeant uniformem æquabilemque usum, sed a cujusque variabili inclinatione pendeant, ut quod alius magni facit, alius irridendum putaret: quod non ita est in veris & necessariis usibus, qui etsi ad personam quoque spectent, quarum causa omne jus comparatum est, *l. 2. in pr. de Stat. hom.* omnibus tamen hominibus conveniunt, & sic cum prædio durant. Non videtur hoc igitur esse jus summum, quod usu ac interpretatione Jurisconsultorum sit abolitum & contrario æquitatis modo receptum, ut alii volunt; siquidem internæ servitutum naturæ, populariter etiam consideratæ adversatur, ut Prædio, Rei, voluptuaria facultas cum effectu & exercitii aptitudine debeatur. Sed movetur *lex 1. § 11. & l. 3. in pr. D. de Aqua quotid. & æst.* In § 11. traditur, in Interdicto illius Rubricæ, non modo contineri aquam ad *agrum irrigandum* pertinentem *sed omnem, etiam eam, quæ ad quemvis usum & commodum nostrum.* Hactenus nihil de usu voluptuario. Sed in *l. 3. pr.* scribit Pomponius, hoc *jure nos uti, ut etiam non ad irrigandum, sed pecoris causa vel amœnitatis aqua duci possit.* Existimavi semper, *amœnitatem* a voluptate discernendam esse; quia voluptas est animi affectio, sed amœnitas est prædii qualitas. Aquæ ductus, si causam habeat perpetuam, ut in servitute requiri *infra* intelligemus, Rei prædioque semper adest, æquabilemque præbet usum. ideoque talis aqua fundum vere facit meliorem, quicunque fundum possideat aut vendere velit, & civilem recipit æstimationem: quæ omnia secus se habent in actibus hominum voluptuariis, quæ in cujusque patris familias imaginatione mentis, nec alibi, sedem habent, ut est spatiari, cœnare, pomum decerpere per *ἀπραξίαν* & animi gratia. Nam quo minus aliquid oneris prædio realiter imponatur, ut jus tigni immittendi, cui dominans aliquid ad amœnitatem, a qua voluptas abesse non potest, imponat nihil obstare potest, quomodo Ulpianus in *l. 8. § 1. Si serv. vind.* servitutem tigni immittendi agnoscit in hunc usum, ut super ea tigna *porticum ambulatoriam facere, superque eum parietem columnas structiles imponere liceat, quæ tectum porticus ambulatoriæ sustineant.* Sic igitur habendum; Servitus inhærens prædio & illud corporaliter adficiens, ut aquæductus, tigni immittendi oneris ferendi, non potest non esse vera servitus, etsi forte causam servituti magis dederit voluptas Patrisfamilias, quam utilitas: consideratur ut est in se, non pro intentione dominantis; quo sensu diximus etiam *in Part. I. loco citato*, servitutem imponi posse, *quæ non sit utilis*, videlicet, quæ sua natura & in genere quidem sit utilis, non tamen utilis sit hic & nunc. Verum servitus, quæ nihil fundo inhærens imponit, sed in mera patientia facti personalis consistit, ut hæc ad voluptatem absque civili utilitate dirigatur, ejusque modi voluptuaria facultas, sit jus prædium adficiens, & actionem adversus quemlibet possessorem producens, merito abs re & incivile judicatum est; nec adeo subtilitati juris, sed proprietati servitutis naturali popularique id adscribendum est.

7. Si quando tamen partes ita constituere velint, ut vicino liceat in alterius fundo spatiari, cœnare, ludere, quo minus illa conventio valeat, nihil obstat; ut conventio scilicet, minime sicut Servitus. Ideo qui constituit hoc jus, tenetur ad patientiam; Tertius possessor exinde non convenitur; idque generaliter verum est, quotiescunque jus aliquod naturæ servitutis minus conveniens, in speciem servitutis stabilitur, ut servitutes propriæ tunc esse desinant, juxta quam Ulpianus docet in *l. 13. in pr. D. commun. Præd.*

SCHOLIUM.

Hoc modo definere servitutem esse realem, concedo, plane definere esse servitutem, nego, sed erit personalis per d. l. 4. de S. R. *Quia autem servitutes reales sunt species nobiliores, unde JCti voce servitutis simpliciter posita intelligunt realem. Et hoc decepit etiam Tribonianum, ut l. 8. in hoc titulo collocaret.*

RESPONSIO.

Nullam causam esse notandi hac parte Tribonianum,

niani, videbimus ad tit. sequ. *ubi hoc genus plura dabuntur.*

N. ADDIT.

Ergo ibi etiam excipiemus. Interim repetantur illustrandi & confirmandi hujus Scholii gratia, novæ additiones ad Inst. tit. de Servitutibus:

8. Satis prolixe de prima tituli parte. Quod ad alteram attinet, quæ est de modis constituendi Servitutem, de hac egimus in *Parte priore tit. de Servit.* ubi causas a modis constituendi servitutem distinximus. In utrisque requiritur jus dominii; qui non est dominus, non potest servitutem rei imponere, ne proprietarius quidem, nisi qua fructuarii conditio non sit deterior, ut si concedat vicino servitutem altius non tollendi, quia fructuarius hoc nullo modo facere potest, *l. 16. de Usufr.* Quid, si fructuarius consentiat, an tunc dominus proprietatis non potest indistincte servitutem imponere prædio? Ratio plane postulat, ut id tum liceat, renunciante juri suo fructuario. Sed reclamat textus in *l. 15. in fin. d. t. de Usufr. Proprietatis dominus, ne quidem consentiente fructuario servitutem imponere potest.* Quid hoc? quid vetat, dominum & fructuarium consentientes uti pleno jure dominii? MORNACIUS *ad d.l. 15. Glossa fluctuat huc illuc. Bartolus omnino prætermisit. Baldus pauca quædam, sed Bartoli silentium longe melius & tutius. Sed Petrus Dalessæus putavit adeo absurdum esse, quod in hoc textu legitur, ut diceret, se reposuisse in suo volumine*, si quidem *pro*, ne quidem. Hæc scilicet est consuetudo, quæ infinitas lectionum varietates peperit in antiquis libris. Verum substitutio τῦ *si quidem* pro *ne quidem*, non bene descendit ad literam ejusdem & sequentis textus, ut legenti appareat. Connanus in *lib. 4. Comm. c. 3. n. 3.* cum modica emendatione, pro *ne* legit, *nec*, hoc sensu, *nec quidem consentiente fructuario*, id est, *etsi* fructuarius *non* consentiat. Quid, si nihil plane mutemus, hoc sensu? *Dominus proprietatis servitutem imponere potest*, hæc positio, *Ne quidem consentiente fructuario*, ampliatio est, *ut nec opus sit fructuarii consensu*, si modo *ejus conditio non fiat deterior*, ut ait *d. l.* sequens *16.* Ita melius, si fieri potest, quam pro *ne*, substituere dupl cem negationem, ut facit, optimo quidem sensu, Busius ad *d. l. 16* *.

9. Porro de usucapione, ac præscriptione servitutum, adhuc aliquid dicendum erit *ad tit. Comm. Præd.* Præterea constat, servitutes ipso jure non recipere diem aut conditionem, sed per exceptionem duntaxat, *l. 4. h.* De causis remotis hoc intelligi non potest: quia pacta & stipulationes indistincte diem conditionemque recipere, notissimum est; nec de patientia usus, quoniam illa terminos habiles temporis aut conditionis aperte respuit.

SCHOLIUM.

Expositio ista lucem accipiet, si ei præmittatur lectio Cap. 7. lib. 4. Digress. *Scilicet post conventionem. Nam de patientia sine præcedente conventione, quæ præscriptionem parit, agit* posit. sequ.

Nec de testamentis, quia legata omnigenas actiones recipiunt, *tot. tit. ff. de C. & D.* nec secus esse in servitutibus, probat *l. 3. de serv. leg.* ubi quidem non valere servitus sub conditione legata dicitur, sed ob aliam causam, quæ si abesset, valuisset servitus. Denique non potest hoc accipi de præscriptione servitutum; quia nec illa terminos habiles continet. Unde reliquum est, ut hoc tantum de Cessione, quæ in jure fit, usum habeat; hæc enim est actus Legitimus, quæ non recipit diem, vel conditionem, *l. 77. de R. J.* de qua plenius *d. l. 4. c. 7.* Ideoque non est necesse, cum Bachovio *ad tit. Inst. de servit.* dicamus, conventione nuda, cui soli prohibitio dici vel conditionis conveniat, servitutem hic constitui, qua de re diximus *ad lib. 4. Digress. cap. 7.* Jure civ. igitur pactum venditoris de servitute, non obligabat emptorem ad patiendam servitutem, nisi venditor cessionem vel patientiam præstitisset.

SCHOLIUM.

Ergo in servitutibus, quæ negativæ vocantur, v. g. altius non tollendi, semper de jure civili ex hypothesi Autoris, cessio ad constitutionem earundem erit necessaria, cum in iis nulla patientia possit locum habere, in non facto scilicet consistentibus, quod tamen an cum § 4. Inst. de Serv. *conveniat, disquirere nolo.*

* Adjice, sis, explicationem Gottlieb Gerh. Titii *in diss. de Servitute faciendi* § 12. prolatam. *Nescio*, inquit acutissimus JCtus, *an sententia Ulpiani eo tendat*; non absolute *impediri proprietarium cum consensu usufructuarii servitutem imponere, sed* ex hypothesi, *si scil. Usufructuarii jus integrum illibatumque manere debeat; nam hoc posito contradictionem regulariter involvit servitutis impositio, quæ adeo valere nequit.* Juvat, ni fallor, hanc explicationem limitatio, *in l. 16. de Usufructu* addita: nisi qua deterior fructuarii conditio non fiat, veluti si tale servitutem vicino concesserit, jus sibi non esse altius tollere, *cum enim talis servitus jus fructuarii non minuat, sine contradictione constitui potest.*

RESPONSIO.

In d. § 4. agitur de causis constituendi, non de modis acquirendi, de quibus hoc solis loquimur.

N. ADDIT.

Mirum effugium. Scio quidem, Dd. in exponendo d. § 4. eoque cum aliis textibus concil andо, illa distinctione inter constitutionem & acquisitionem servitutis uti. Quam bene, hic non disquiro. Sufficit, quod ea distinctione adhibita Autor non possit effugere objectionem nostram. De modis acquirendi, ait, hoc solis loquimur. Videlicet oblitus est, quod paulo ante in textu, ubi de Bachovio loquitur, eique contradicit, diserte adhibuerit vocem constitui. *Inde & ego in Scholio subjecto hac voce usus sum. Qua fronte ergo Autor jam negabit, sibi non esse sermonem de constitutione?*

Sed moribus hodiernis, quia cessiones raro in usu sunt, ita fere obtinet, ut si plene de Servitute convenerit, sine & usu juris expresso, tunc valeat servitus; maxime si traditio instrumenti aliave externa demonstratio accedat: Autores vid. apud Zutphen. *Tit. de Servit. § 9.*

SCHOLIUM.

Patientia tamen, tanquam alter modus constituendi servitutum affirmativarum, videtur esse necessarius, & adeo ea, quæ Autor hic disserit, tantum procedent de servitutibus negativis.

RESPONSIO.

Non venit in mentem nobis negare, patientiam usus hodieque esse modum acquirendi servitutem, nihilo magis quam præscriptionem esse talem constat. Servitutes negativas, quæ dicuntur a Thomasio, per cessionem in Jure fuisse acquisitas, arbitramur. Et cum cessio fuerit communis omnibus servitutibus, ad positivas æque pertinet observatio de die & conditione, quam ad privativas, quæ in non faciendo consistunt. Verum quod ultimo loco de usu hodierno dixi, servitutes nunc sola conventione acquiri; de negativis accipiendum esse, facile concesserim: In cæteris patientiam usus & præscriptionem adhuc vigere, omnino statuendum est, ad quam rem sequentia pertinent.

N. ADDIT.

Ergo pax hic inter nos est. Nisi quod petatur, quod est in quæstione, dum Autor hic repetit, servitutes negativas demum per cessionem fuisse acquisitas. Negamus hoc, & urgemus de negativis d. § 4. *Præprimis cum constitutio illi non opponatur modo acquirendi, ut patet exemplo testamenti, cujus ibi fit mentio.*

10. Discrimen, quod veteres habent inter causas & modos acquirendi servitutes, video quosdam hodie sic interpretari, quasi usum amplius non habeat, adeo ut pacta, quibus domini promittunt jura servitutum vicinis, non modo paciscentes obligent, sed etiam contra quoslibet possessores valeant. *Vid.* Carpz. *def. for. part. 2. Const. 41. def. 14.* Cum tamen jure Cæsareo nihil certius sit, quam jus in Re nuda conventione non constitui, ut probavimus *lib. 4. Digress. cap. 7.* Proinde ut ad dominum requiritur actus traditionis, sine quo personalis Conventio non afficit tertium, ita nec servitus ultra paciscentes extenditur, nisi præter pactum conventum patientia usus, Cessio in jure, aut alias præscriptio accedat, ut diximus ad *tit. Inst. de servit. posit. 28. & tit. ff. Si servit. Vind.* Pacta, contractus non tribuere actionem adversus eum, qui non pactus est, vel non contraxit, notissimi juris est, *l. 15. C. si cert. pet. l. 13. C. d. O. & A.* Unde & in *l. 3. C. de Servit.* ita demum servitutes ad emptores transire dicuntur, *si ea præcesserint, quæ servitutes constituunt;* ast nuda *placita tueri inter contrahentes debent*, adjicitur. Carpzovius pacta conventa, quibus servitutes promittuntur, vult in dubio esse pacta in Rem, idque probat ex *l. 9. ff. de Probat. l. 13. C. de contrab. & commit. stipul.* ubi id ita scriptum est. Quod ut ei concedamus, inde tamen minime sequitur, earum vim ad alios possessores, qui nec contraxerunt, nec heredes contrahentium fuere, produci; cum textus nihil aliud habeant, quam pacta in dubio non ad personas contrahentium solas, sed eorum quoque heredes pertinere. Denique, pacta in rem non eo sensu personalibus opponuntur, quod rem afficiant ubicunque sit, aut contra quemvis rei possessorem valeant; sed quia non spectant unam certamque personam, verum ad heredes quoque & fidejussores, at tamen nunquam ultra vim conventionis, ut diximus ad *tit. ff. de pact. posit. 8. 9. & 10.* Contenti simus igitur & hac parte jure Civili, quod recta solidaque ratione nititur, nec adversatur institutis nostris, excepto eo, quod de Cessione in Jure modo observatum est.

TIT. II. & III.

De Servitutibus Urbanorum & Rusticorum Prædiorum.

I. Expositio Rubricæ remissive. II. Servitutes prædiales posse quidem fieri personales, verum tunc non manere servitutes, probatur, & ab objectis vindicatur. III. Jus tamen ejusmodi perso-

personale testamento constitutum, efficacius esse, quam per contractum. IV. Rusticas servitutes posse quidem fieri urbanas in hypothesi, non vice versa, urbanas fieri rusticas. V. Servitutem luminum, esse jus habendi fenestram in alieno, vel communi pariete. VI. Vindicatur lectio communis l. 40. de S. U. P. *adversus Cujacium; & probatur,* Quemque *pariete aperto, in eo posse habere fenestram. VII. Quid si hoc per errorem a vicino Precario sit petitum. VIII. Fenestram in pariete proprio, a tempore immemoriali positam, a vicino obscurari posse; an etiam, si jus talem fenestram habendi sit concessum? IX. Notata D. Wissenbachii sententia contraria. X. De Protectis & suggrundis. XI. Jus Cloacæ, Rivi, fumi &c. XII. De Sterquilinio. XIII. Servitutes rusticæ obiter expositæ.*

Sequitur divisio servitutum in Rusticas & Urbanas, quarum descriptiones habuimus in *Parte priore ad tit. de Servitut. n. 2. & seqq.* Intelligi Servitutes Prædiales, *initio tit. Præced.* occupatum est, quas scilicet prædium debet Prædio, sive Res Rei. Doctores volunt esse tertium genus, quando persona serviat Rei, quo referunt speciem *l. 44. D. de manum. testam. & l. 71. § 2. de C. & D.* ad quam respondet D. Wissenbachius ad *tit. Inst. de Servit. Prædial. th. 4.* nec est necesse, plures heic loci statuere species servitutum.

2. Dignius quæsitu est, An servitutes prædiales ita possint fieri personales, ut maneant servitutes, pariantque actionem Confessoriam. Etenim personales fieri posse, cum hoc effectu, ut personæ soli debeantur, nec ad heredes aut tertium prædii possessorem transeant, non dubitatur, si Testator aut contrahentes usum & jus earum ad certas personas restrinxerint, *l. 4. in fin. & l. pen. de Servit. Rust. l. 32. de Usufr.* Hoc inquam constat, facta servitutum Prædialium ita posse constitui, ut certis personis debeantur. Sed quidam faciunt inde servitutes personales; pro qua sententia fuit Hugolinus Glossator, aliique laudati Sutholtio in *disp. 5. th. 15.* Nos in *posit. 3. ad h. t.* ita scripsimus; aliquando reales servitutes possunt fieri personales ex accidenti, si persona, cui debeantur, expressa sit; *quanquam vix est, ut illa proprie servitus sit.*

SCHOLIUM.

Sed cur non? Sane d. l. pen. de S. R. *potius est pro sententia contraria.* In l. 6. *vero* de serv. leg. *dicitur tantum, quod ejusmodi servitus non sit realis & ad heredes transeat. Nisi dicere velis, personales servitutes saltem esse usumfructum & reliquas in Institutionibus & Pandectarum* libro 7. *expositas; ubi tamen urgebo, non infrequens esse Imperatori, quandoque rerum species saltem nobiliores, recensere, non negatis tamen speciebus reliquis, quod exemplo quasi-contractuum & quasi-delictorum &c. facile intelligitur.*

RESPONSI *loco erunt sequentia*: I. Quia servitutes personales a Juris auctoribus sunt proditæ in *lib 7.* Ususfructus, Usus, Operæ, & Habitatio, a quibus facta prædialium servitutum aliena sunt. II. Quia si quid juris Prædio, quod servitus non sit, imponatur, id valet ut Conventio, vel ut Legatum, aut fideicommissum, non jure servitutis; Textus in *l. 13. in pr. D. Comm. Præd. l. 12 D. ann. leg. l. ult. de contrab. empt.* quæ debent addi *legi pen. de S. R. & l. 6. de Servit. leg. in d pos. 3.* adductis. Ajunt illi, sicut præter ordinarios Contractus & delictorum nomina, dantur species adfines, quæ vocantur quasi-contractus & quasi-maleficia, denique contractus innominati, sic etiam cum servitutibus esse comparatum. Sed hoc probari deberet; nec enim a Juris conditoribus idem in Servitutibus, quod in Contractibus & delictis, introductum esse videmus. Tu vide omnino Cujacium in *lib. 24. observat. cap. 22.* ubi species *d. l. 13. l. 12. & l. ult. § ult.* subducit & ad hanc quæstionem applicat.

N. ADDIT.

Regero ad I. sunt proditæ quidem personales servitutes frequentiores & nobiliſsimæ in lib. 7. *non exclusis tamen aliis, quæ per varias easque infinitas pactiones de novo introduci possunt. Ad II. Concedo rem, nego applicationem. Nam hic in quæstione est, annon id, quod imponatur prædio, sit servitus. Ad III. Non percepit mentem nostram. Cum mentionem feci quasi-contractuum & quasi-delictorum, id volui, JCtos in titulis de quasi-contractibus & quasi-delictis recensere species frequentiores & nobiliores, non excludere tamen alias.* Conf. infra notata ad tit de condict. ex lege. *Quod vero Autor hic instat, a nobis probari debere, quod idem hic sit constituendum in servitutibus, in eo miscet officia disputantium. Nos non argumentamur a pari, sed damus instantiam ad ejus repositionem primam & axioma, quod inde vult exstruere, cujus sit conclusio; Non esse alias*

ſervitutes perſonales, quam quarum meminerint JCti in lib. 7.

Eodem refertur *l. 14. § ult. de Alim. legat.* de qua nonnihil diximus *ad tit. Inſt. de Servitut.* Heic addimus, Reſponſionem eorum, qui *d. § ult.* ita legunt; *Perſonæ tamen ejus, qui vicinus non eſt, inutiliter relinquitur*, eſſe talem, quam res & neceſſitas exigit, ut ait Vinnius ad *§ 2. Inſt. de ſervit.* Quid enim hoc eſt, quod vulgo legitur; *Nam & hauſtus aquæ, ut pecoris ad aquam appulſus, eſt ſervitus perſonæ.* I u pone ſis, *punctum* poſt vocabulum *Servitus:* nec quidem hæc eſt emendatio; quia puncta & commata in Archetypo Florentiæ nulla, vel rariſſima extant. Si maxime fieri poſſit, ut aquæ hauſtus perſonæ debeatur, univerſa tamen ordine dici non poſſet, eam eſſe Servitutem perſonæ ut vulgatæ dictat; cum notiſſima proprietate ſeſe ad prædia referat, & aquæ hauſtus, inquam, & pecoris ad aquam appulſus, *l. 20. § 3. de Serv. pr. Ruſt.* adde Wiſſenbach. *d. t. th. 16.*

3. Hoc interim tenendum, efficacius ſervituti adſine jus eſſe, quod perſonæ alicui *teſtamento* relictum eſt, quam per modum *contractus* acquiſitum; Nam quæ jure contractus valent, ea rem nón adficiunt, ſed perſonas contrahentium & in jus eorum ſuccedentium obligant, *d. l. 13. in pr.* ſed quæ teſtamento conſtituuntur, ea non modo actionem perſonalem, ſed etiam in rem producunt, ut conſtant ex doctrina Legatorum, *§ 2. Inſt. de Legat.* Unde ex Ulpiano in *l. 5. pr. de Servit. Ruſt.* cum in *l. præced.* ſpecies ſervitutis realis ad certam perſonam reſtrictæ commemorata fuiſſet, ſubjicitur, ejusmodi jus perſonæ in teſtamento conſtitutum *vindicari poſſe*, ſcilicet adverſus tertium poſſeſſorem, quod de tali jure per Conventionem ſtabilito nusquam traditur. Tantum eſt de hoc quæſito & ad Scholium D. *Thomaſii.*

4. Paulo diverſa ratio eſt, in oppoſitione ſervitutum Urbanarum & Ruſticarum, quæ cum utraque ſit prædialis & rem adficiat, Ruſtici autem & Urbani qualitates aliquando inter ſe commutentur, nihil obſtat, quo minus aliqua Servitus, in ruſticarum habita numero, ad urbanas referatur & ædificio debeatur, ut factum videmus de itinere & actu in *l. 20. § 1. de ſervit. urb.* de aquæ ductu in *l. 11. § 1. de Public. in rem act.* rurſus de itinere in *l 7. § 1. l. 14. π. Comm. Præd.* neque in textibus illis nec in Juris ratione quicquam eſt, quod illas tum vere ſervitutes urbanas ſcilicet in hypotheſi, non in genere, faciat. Nusquam tamen urbanas ſervitutes poſſe ruſticas fieri legimus, non quod juris obſtet ratio, ſed natura ſervitutum urbanarum ejusmodi eſt, ut agris prædisque ruſticis deberi nequeant; quomodo enim jus tigni immittendi, oneris ferendi, altius non tollendi, luminibus non officiendi, ſimilesque deberi poſſent locis planis, aut domibus non habentibus alias ædes contiguas, quæ ſunt ruſtica prædia? Hæc igitur ratio diſparitatis eſt, quod ſervitutes urbanæ in ſuperficie, hoc eſt in ædificiis, conſiſtunt; ruſticæ in ſolo, *l. 3. de Servit. § 1. Inſt. eod.* & ruſtica prædia ſunt agri ac ædificia ſparſa per agros, ut demonſtratum eſt ad *Inſt. tit. de ſervit. n. 2.* ubi reſponſum quoque ad *l. 2. h. t.* ubi Neratius, *Ruſticorum prædiorum ſervitutes* ait *eſſe, licere altius tollere & officere Prætorio vicini, vel cloacam habere per vicini domum vel Prætorium.* Prætoria ſatis conſtat, eſſe domos ampliores in agris, maxime ad voluptatem, *l. 108. de V. S.* quæ ruſtica vocat Neratius a loco, *in d. l. 2.* ſecus ac in *l. 198.* fit; quamvis etiam ruſtica ſint, quando a cæteris ædificiis ſeparata ſunt, *l. 4. § 1. in quib. cauſ. pign. tac.* Denique, tunc illis non conveniunt urbanæ ſervitutes, ut altius non tollendi ſimilesque demonſtratæ. Atqui diverſum a prædictis indicat Paulus in *l. 12. Comm. Præd. Ædificia quoque fundis & fundi ædificiis eadem conditione ſerviunt.* Ergo reciproca debet eſſe commutatio ſervitutum urbanarum & ruſticarum. Reſpondebimus, juris rationem non obſtare, quo minus id ita ſe habeat: Sed res non ferit, ut ſervitutes, quæ urbanæ dicuntur, ruſticis prædiis debeantur. At ruſticæ, ut iter, actus, via, aquæ ductus, & reliquæ, poſſunt ab ædificiis deberi agris, & a fundis iterum ædificiis, *l. 14. d. t. Comm. Præd.* Ac ita vere dicitur, ædificia ſervire fundis, & fundos ædificiis, non tamen reſpectu ſervitutum, quæ urbanæ in ſuo genere dicuntur.

5. Hæc de affectione diviſionis hujus in genere. Debebat in *hoc tit.* ſequi ſingularum enumeratio ſervitutum, niſi illa jam occupata eſſet in *Parte priore.* Habuimus ibi ſervitutem Oneris ferendi, Tigni immittendi, Stillicidii recipiendi, aut non, Fluminis recipiendi aut avertendi, vel non, Altius tollendi, Luminibus officiendi, vel non, quibus adjecimus explicationem Servitutis Luminum & Proſpectus. Luminum eſſe, quando quis in parietem ſuum, ſive communem, poteſt fenestram ponere & alter id pati cogitur; Id enim nec in communem parietem

ſine

ſine ſervitute licet, *l. 40. de S. U. P.* Lumen in hoc uſu Cajus *l. 2. Inſt.* vocat *feneſtram*, bene ad hunc ſenſum, ſicut lumina tales feneſtræ apud Ciceronem 2. *ad Att. ep. 3.* Ut aliquis aperto pariete ſuo proprio feneſtram in eo collocet, etſi e feneſtra in vicini aream deſpicere poſſit, non eſt opus ſervitute; nihil enim erat, quo minus id jure naturalis libertatis permiſſum videatur, per *l. 9 h. t. & l. 8. §5. D. Si ſervit. vind.* Id etiam probat, & ab objectionibus vindicat D. Wiſſenbach. *ad h. t. n. 10.*

6. Verum diſſentit magnus Auctor Cujacius *l. 1. obſerv. C. 31.* Vult æque prohibitum eſſe parietem proprium aperire feneſtræ accipiendæ, quam alienum aut communem. Rationem ejus ex vetere philoſopho nihil intereſſe, *pedes an oculos in alienum inferas*, ut nimis philoſophicam minimeque forenſem, bene removet D. Wiſſenbach. Sed Cujacius tam levi argumento non veretur mutare Lectionem Florentinam, ut in *d. l. 40.* pro *Communi*, legatur, *cæco.* Quam, etſi rarus Criſeos, emendationem probat Mornacius *in Comment. ad d. l.* Sed quæ neceſſitas mutandi ſacram Lectionem Florentini libri? Res non jubet; nam de proprio pariete facere quod libet, licet, ſi non tangas alienum; de oculis, qui per feneſtram parietis noſtri in alienum ſolum conjiciantur, nugatorium eſt; illos enim paſſim vertere jus eſt, quo pedes non eſt. Sed Conſtantinus Harmenopulus *lib. 2. epit.* ita legit, ejusque verſio in baſilicos relata eſt: *ὁ μὴ ἔχων δίκαιον φωταγωγῶν θυρίδων, ἃ δύναται τυφλὸν τοῖχον ἀνοίγειν καὶ ποιεῖν θυρίδας. Qui non habet jus luminum, non poteſt cæcum parietem aperire & feneſtras facere.* E Græcis maxime baſilicis, multa juri illuſtrando erui poſſe certum eſt; ut tamen ad lectionem Florentinam valeant mutandam, non ſufficit auctoritas verſionis; neceſſitas juris rationum requiritur; quæ hic non modo deeſt, ſed in contrarium tendit. Græcos non *κατὰ πόδας* vertere, ſed *παραφράζειν* ut plurimum, ſuique temporis uſum aut opiniones aliquando legibus inferre, conſtat abunde, ſicut de Theophili verſione probatum eſt alias. Multa de ſervitutibus nova inque Juſtiniani jure incognita, habet Harmenopulus in *lib. 2. προχ.* inter quæ *num* 43. *περὶ θυρίων ἀνοιγμένων ἐν τυφλῷ τοίχῳ*, *de feneſtris in cæco pariete apertis*, ubi diſtinguit inter *θυρίδας φωταγωγὰς* & *παρακυπτικὰς*, *inter feneſtras lumen haurientes & e quibus reclinari queat corpus*, quarum illas non niſi trium & dimidii, has viginti cubitorum diſtantia ab adverſis ædibus, facere liceat, quod tamen nec ita convenit cum doctrina *d. l. 40.* Loca ſenſu inepta, vel juris rationi contraria, e Græcis emendare pulchrum eſt: De integris ſibique bene conſtantibus, non eſt quod laboremus.

7. Teneamus igitur, quemque ſuum parietem aperire feneſtræque locum facere poſſe, modo non ſit *παρακυπτική*, vel rejectitia ſupra ſolum alienum. Sed vicinus eadem libertate contra illam feneſtram ædificare, vel tignum ſuo commodo & arbitratu, ſi nulla ſervitute prohibeatur, opponere poteſt, *arg. dd. ll.* idque ſic in uſu hominum quotidiano ſervatur. Etſi nec deſunt *vulgo*, qui ſecus opinentur, & a vicinis hanc licentiam aperiendi parietem ſuum contra ipſorum aream petunt, idque ſe precario habere profitentur. Conſultus, an qui talem ediderat confeſſionem, jubente altero, feneſtram auferre cogeretur: Reſpondi, ſi hoc ſpecialiter non promiſiſſet, ad hoc eum non poſſe compelli; quia conceſſio precarii tantum ad jus concedentis pertineret; non tribueret, quod rogans jam haberet: Ergo poſt revocationem Precarii, licere vicino contra feneſtram ædificare vel tabulam ponere; cui juri per precarii conceſſionem renunciaſſe videretur. Quod etiam in eo, qui domum durante Precario emerat, obtinet, per *l. 8. § 2. de Precar.* Fuit emptor, qui ex tali Precario conventus, & condemnatus ad tollendam feneſtram, dein ſuum venditorem convenerat ad præſtandum id quod intereſt. Repulſus eſt, etiam in cauſa appellationis, a Curia; ſimulque obſervatum, ſi appellaſſet a prima ſententia, qua juſſus erat feneſtram tollere, potuiſſe non repelli ob rationem prædictam. Sed cum per illud Precarium nulla ſervitus impoſita fuiſſet, contra venditorem ea cauſa non competebat actio, *in cauſa L. Sapæi contra N. N. ante ferias O. S. 1679.* Quin ſi obligatus eſſet ad tollendam ad nutum vicini feneſtram, alibi aperto pariete, quo minus aliam feneſtram poneret, non prohiberi potuiſſe exiſtimo; quia nulla ſervitus domui aut parieti erat impoſita, nec contractus ultra id, quod ſpecialiter comprehendit, produci poteſt.

8. Conſultus ſum & alias e contrario, an is, qui vicino conceſſerat, ut ei feneſtram in ſuo pariete, & in concedentis aream deſpectantem collocare liceret, ipſe vel ejus heres contra illam fe-

neſtram ædificare, vel aliquid erigere poſſet, ſi modo feneſtram non attingeret. Reſpondi, bonam fidem contractus & probabilem partium voluntatem non permittere, ut lumen ejus feneſtræ penitus intercludatur: non magis quam heredi hoc licet in domum a Teſtatore legatam, *l. 30. de Uſufr. l. 10. in fin. de S. V.* Sed quo minus proſpectum, qui feneſtram poni conceſſit, intercipiat, non videri eſſe prohibitum. Nec enim is, qui vicino conceſſit in proprio pariete feneſtram ponere, ſe ipſum ad ſervitutem obligavit; cum ſpecies ſervituris, ut prædictum, illa non ſit. Hinc etiam tertius poſſeſſor domus, in quam feneſtra deſpicit, non prohibetur ejus lumini, pariete contra edu&to, penitus officere; quia nec Servitus domum, nec obligatio perſonam ejus habet devinctam: etſi *vetuſtiſſima* feneſtra. Reperioque ita judicatum in Suprema Curia apud *Nautam.* Erat, qui contra vicini feneſtram, in ſuas ædes hortumque deſpicientem, tabulam collocare parabat: quod alter ei non licere contendebat, dicens, ſe jus luminum immemorialı præſcriptione acquiſiviſſe. Probabat, illam feneſtram in eo loco fuiſſe ab antiquo; nihilominus repulſam tulit; quia feneſtram habere in proprio pariete, licet in alienum ſpectantem, non eſt ſervitus vicini prædii, ſed facultas utendi re ſua, quæ lapſu temporis non recipit murationem, nec domino jus, in vicini præjudicium, quo minus ille ſua libertate viciſſim uti queat, tribuere poteſt. Sic, inquam, judicatum eſt, eum, qui feneſtram in ſuo pariete, deſpicientem in alienum ſolum habuerat, a tempore licet immemoriali, non poſſe vicinum prohibere, quo minus contra ædificando vel tabulam præfigendo proſpectum illius feneſtræ impediret, modo nihil quod eſt vicini, tangeret aut imminueret. *In cauſa, Sake Sakes Broersma, contra Dominicum Oetſma, d. 27. Octobr. 1642.*

9. Ex his liquet, minus recte D. Wiſſenbachium videri accipere ſervitutem Luminum *in d. th. 10. ad h. t.* Fas *nobis eſt & liberum*, inquit, *feneſtras in pariete noſtro poſitas habere, luminis hauriendi cauſa. Sed vicinus opere juxta parietem noſtrum erecto, luminibus noſtris officere non prohibetur, niſi impoſita ſervitute luminum impediatur.* Imo hæc eſt ſervitus *altius non tollendi*, per quam vicinus prohibetur, opere exſtructo, meis luminibus officere. Luminum ſervitus nihil eſt aliud, quam quod Paulus ait in *l. 4. h. t.* qua vicinus lumina, id eſt feneſtras noſtras, excipere, ſive recipere in ſuo pariete cogitur. Non eſt Luminum ſervitus, pati vicinum habere feneſtram in ſuo proprio pariete, ſed eſt facultas libertatis naturalis; Verum promittere, non obſtructum iri lumen illud, eſt ſervitus, inquam, altius non tollendi, vel luminibus non officiendi; minime vero Servitus luminum. Dicta Wiſſenbachii rectiſſime alioqui ſe habent, & cum noſtris modo poſitis conveniunt.

10. Inter ſpecies ſervitutis in parte I. intactas, eſt Servitus *Projiciendi Protegendive, l. 2. h. t.* Projectum quid ſit, docet Javolenus in *l. 242. § 1. de V. S.* Scilicet, *quod ita provehitur ſuper alienum ſolum, ut nuſquam requieſcat, qualia mœniana & ſuggrundia*, quæ ædificantur ſuper trabes e noſtro ædificio ſupra ſolum vicini projectas. Hoc abſque ſervitute nullo modo fiet, juxta regulam, quod dominus ſoli ſit dominus cœli & ſuperficiei. An a *Projectis* differant *protecta*, quæritur, plerisque confundentibus. Sed diximus in *poſit. 2. h. t.* Protecta eſſe prominentias tignorum & tegularum ſupra ſolum alienum, ad parietem noſtrum contra pluviam protegendum; quod, ſi non excedat ſtillicidii nobis competentis rigorem, ſine ſervitute licet, *l. ult. § ult. h. t.* alioqui ſervitutis opus eſt, *d. l. 2.* Protecta igitur ſunt etiam projecta, non quævis projecta nomine protectorum veniunt, ut recte etiam monet D. Thomaſius ad *poſit. 1.*

SCHOLIUM.

Quæ differunt tanquam latius & anguſtius. Nam qui projiciendi ſervitutem habet, habebit & protegendi, ein Wetterdach zu bauen, *quia & hic aliquid projicitur. Non vice verſa, qui protegendi ſervitutem habet, poterit etiam extruere mœniana; hæc enim non protectionis, ſed proſpectus gratia habentur.* Adde poſit. ſeq.

Sub projectis comprehenduntur mœniana, ſuggrundia, quæ a protectis diverſa ſunt. Non videtur etiam recte Briſſonius ſuggrundia idem eſſe dicere, quod Græci vocant ὑποστηθίσματα. Nam hæc eſſe fulta columnis in ſolo vicino poſitis, vox indicat; ſuggrundia in alieno non requieſcunt, *d. l. 242. § 1.* ſed a domo habente jus ſervitutis *ſuggrediuntur*, ut monet Gœddæus ad *d. § 1.* niſi quis malit a *ſuggerendo* dictas; juxta quam Etymologiam poſſent etiam columnis in ſolo ſtantibus niti ſuggrundia, ſive ſuggrundæ, ut idem forent quod ὑποστηθίσματα, qualia ponendi in alieno jus, adhuc graviorem inferret ſervitutem. Mœniana certe columnis etiam fulcita fuiſſe, docet

cet exemplum ab Alciato ad *d. l. 242.* e veteribus Grammaticis relatum; fuisse Romæ *Mœnium* hominem prodigum, qui post omnia bona tandem vendiderit domum apud Forum, unica excepta columna, a qua deinde tigna projecit, quo amplius podium efficeret; unde gladiatorios ludos conspiceret.

11. Accensentur adhuc servitutibus urbanis, sequentes species. Servitus Cloacæ emittendæ, *l. 7. de Servitut.* hoc est, ut puto, Cloacam subterraneam emittendi per alterius fundum; nam Cloaca est locus concavus, per quam colluvies fluit, *l. 1. § 4. de Cloac.* Loci aperti & in longitudinem depressi, quos vulgus hodie Cloacas vocat, potius sunt rivi, *l. 1. de Rivis.* Cujus habendi jus per fundum alienum, est etiam Servitus, a jure Cloacæ distincta, *dd. ll.* An detur servitus, Foraminis ad proluendas sordes, & qualis illa sit, occurret nobis *in tit. Comm. de Servit.* Memoratur & servitus immittendi fumi in superiora ædificia, & immittendi aquam in inferiora, *l. 8. § 5. Si servit. vind.* Denique, jus aliquid positum habendi in alieno, vel in suo positum non habendi, ad hoc genus Servitutum pertinet, *l. 17. § 1. eod. tit.*

12. Etiam hoc; Juxta parietem communem liberum est facere, quod singulis commodum est, etsi paries inde humorem capiat, *l. 19. in pr. h. t.* An & sterquilinium, si paries inde madescat? Juxta alienum parietem non licet, *l. 17 § ult. Si servit. vind.* juxta communem videtur licere, *arg. d. l. 19.* nisi adfectatum minimeque necessarium sit, quo casu judicis officio malitia cohiberi debet. Alioqui, re sic ferente, quilibet in suo potest facere quod ex usu sit, dum nihil attingat alienum, ut notum ex *l. 8. § 5. Si Servit. vind.* Quod si vitio parietis communis damnum aut incommodum inde vicino oriatur, communi sumptu parietem reficiendum, nec alterum de damno, si nulla culpa præcesserit, teneri, juris rationi consentaneum est. Hæc ita, si lege vel statuto receptum sit, ut qui talia instituit, certo a vicinis intervallo abstineat, qua de re lex Solonis in *l. ult. D. Fin. regund.* æquitate sua notabilis est. De *κοπρωδοκείῳ, latrina*, tradit Harmenopulus, ejus murum tribus cubitis a vicino remotum esse debere, *l. 2. tit. 4. n. 91.* Quæ moribus ita non servantur. Semper tamen id observandum, *Ne alteri iniquam conditionem inferre permittatur*, quod, ubi legibus non limitatur, judicis officio gubernandum est, *l. 17. in fin. de Serv. Rust.*

13. Servitutes Rusticæ, ad *tit. Inst. de Servitut.* expositæ, sunt Iter, Actus, Via *; quarum definitionibus quæ objiciuntur, ea removimus in *Part. 2. Digress. Cap. 12. & sqq.* Enumeratæ & definitæ sunt etiam servitutes, Aquæ ductus, & Aquæ haustus. Reliquæ, ut pecoris ad aquam appulsus, jus calcis coquendæ, arenæ fodiendæ, jus pascendi **, non videntur egere multæ explicationis; nec quidem definitionis. In hoc Capite memorantur adhuc servitutes sequentes, Jus cogendi fructus in villa vicini, coactos habendi, pedamenta ad vineas ex vicini prædio sumendi; licere terram, rudera, saxa jacere, posita habere in alieno; lapides in alterius fundum provolvere, ibi positos habere, indeque exportare, *l. 3. § 1. & 2. h. t.* jus habendi tugurium in alieno, *l. 6. in fin. h.* Denique, servitus navigandi per lacum alienum, *l. 23. § 1. eod.* Nec dubium est, quin plures ex usu oppidanorum & agricolarum servitutes constitui possint; si modo Requisita proprietatis earum, quæ partim habuimus, partim in *tit. sequ.* nobis occurrent, observentur.

* De latitudine itineris in Saxonia vid. *supr. P. I. p. 131.* Circa servitutem actus monendum secundum *art. 47. L. R. l. 2.* licere cuivis per agrum incultum vehiculum agere, quod Jure Civili non nisi constituta servitute permittitur, *l. 11. C. de servit.* Zobel. *P. 2. diff. 35. n. 5.* Usu fori tamen *d. artic.* vix ubique observatur, saltim non quatenus agri damnum inde sentire possint. vid. *glossam ad d. art.*

** Jure nostro, quoties hæc servitus omni tempore competit, is qui eam patitur, non potest agros colere in præjudicium Domini, qui Jus pascendi in iis habet. *P. 2. C El. 41.* ibique Carpz. *def. 1. 5. & 6.* nisi servitus hæc sit tempore circumscripta, e. g. si tantum exerceatur zu offenen Zeiten und nicht bey geschlossenen Feldern. Carpz. *l. c. def. 3. & 4.* Dicuntur autem clausa prata a Calendis Maji usque ad Festum Michaelis, agri usque ad consummatam messem. Thom. *de noxa animal c. 15. n. 19.* & in dubio servitus hæc non quovis tempore, sed tantum zu offenen Zeiten, concessa præsumitur. Berlich. *P. 2. Concl. 49. n. 27.* Cæterum in eo quoque Jus nostrum a Communi abit, quod hoc quemlibet in suo pascuo pecus suum pascere ac pastorem ei constituere permittat, *n. l. 2. C. d. pasc. publ. & privat.* Reinh. *differ. p. 6. diff. 37.* Saxonicum non æque, nisi tres mansos, drey Huffen Acker, possideat. L. R. *l. 2. art. 54.* Berlich. *l. c. n. 38.* Carpzov. *P. 2. C. 41. def. 7.*

Ter.

Tit. IV.

Communia Prædiorum, tam Urbanorum quam Rusticorum.

I. Quinque Communia servitutum Urbanarum & Rusticarum e præcedentibus repetuntur. II. Sextum Commune, quod servitus sit incorporalis, ac inde plura sequi. III. Quid juris, si plures domini non simul cedant servitutem, & discrimen inter contractus & legata. IV. Quo sensu omnes glebæ fundi servire dicantur. V. Betur usucapio, an præscriptio servitutis. VI. De qualitate communi, quod omnis servitus causam perpetuam habere dicitur. VII. Quo modo intelligenda servitus Foraminis in l. 28. h. t. *cum qua comparatur aquæ haustus e cisterna, & servitus Fumi. VIII. Qualitas Communis, Quod unaquæque servitus requirat id sine quo exerceri non potest, ubi de Vicinia. IX. Ubi hæ proprietates non adsint, ibi non servitutem, sed obligationem esse, nec id usu plane abolitum esse discrimen.*

In hoc titulo Natura Servitutum, e qualitatibus utriusque speciei, tam rusticis quam urbanis Communibus, accuratius explicatur. Quasdam ex illis jam in titulo primo habuimus, scilicet, quod utraque servitus consistit in patiendo, vel in non faciendo, neutra in faciendo. Proinde in utraque, dominans tenetur ad reficiendum, quando serviens ultro non reficit. II. Utraque Servitus continere debet utilitatem dominantis, voluptatis causa non potest constitui. III. Utraque Servitus iisdem modis constituitur, modique illas constituendi habent easdem qualitates, scil. quod temporis vel conditionis adjectionem non recipiunt, *l. 4 de Servitut.* quod sine Prædiis promitti quidem possint, acquiri non possint, § *pen. I. de Servit.* IV. Iisdem quoque modis utraque servitus amittitur, qua in re diversitates quæ sunt aliquæ, ad *tit. hujus libri postremum* videbimus. V. Commune; Nulla servitus excedere potest usum prædii, nec valet commercii causa, quæ tamen observatio in urbanis exiguum habet usum, in rusticis frequentem. Ita calcis coquendæ, cretæ fodiendæ servitus, non ultra valet, quam quatenus ad eum ipsum fundum, cui acquiritur, opus fit, *l. 5. de S. P. R.* Ita figulinæ exercendæ Servitus valet, ut in iis ea vasa fiant, quibus fructus prædii exportentur, *l. 6. eod. tit.* Verum si, ut vasa venirent, figulinæ exercerentur, non servitutem, sed usumfructum esse, docet ibidem Paulus.

2. VI. Commune; Utræque Servitutes sunt incorporales, *tit. Inst. de Reb. corp. & incorp.* Hinc alia resultant communia, Quod servitutes sunt individuæ, *l. 72. in pr. de V. O.* de qua proinde plures in solidum tenentur & agunt, *l. 17. de Servit. l. 2. § 2. d. t. de V. O.* hinc pro parte servitus neque legari nec adimi potest, *l. 11. de Servit.* nihilo magis pro parte potest acquiri, *l. 5. in fin. h. t.* Unus ex dominis communium ædium servitutem illis non potest imponere, *l. 2. de Servit. l. 19. & l. 34. de S. R. P.* etsi pro parte retineri queat servitus, *l. 8. § 1. de Servit. l. 30. § 1. de S. U. P.* jam scilicet acquisita; Nam si promissa sit servitus, totum habenti fundum, isque partem fundi alienet, antequam servitus actu constituatur, promisso in irritum cedit, *l. 11. d. t. de Servit.*

3. Ergo, si plures domini servitutem cedant, ex novissima demum cessione superiores confirmabuntur; etsi, dum ultima expectatur, qui pro sua parte cessit, benigna ratione prohibeatur, uti jure cesso, idque cessionario permittere cogitur, *d. l. 11. de S. R. P.* Cæterum, si fundus plurium pro diviso communis sit, nihil vetat, singulis partibus imponi servitutem, *quia non sunt partes, sed fundi, l. 6. § 1. h. t.* Dixi, quando plures domini partibus indivisis, singuli constituunt servitutem, nihil agi, quamdiu omnes cessionem non peregerunt. Ultima peracta, consolidatur & absolvitur Servitus; reliquæ cessiones particulares tantisper, dum ultima superveniat, suspenduntur, *d. l. 11.* atque tum demum, ubi ultima peragitur, reliquæ cessiones cum hac novissima conjunguntur. Ideo si præcedentes vel una ex illis in eodem statu non substiterint, sed morte cedentis aut alienatione partis fundi mutationem receperint, ultima cessione nihil agitur. Atque ideo, si duo domini diversis temporibus mortui, legaverint servitutem, nihil agitur; quia non, ut actus viventium, ita & defunctorum actus suspenduntur, sed mors, quæ est ultima linea rerum, abrumpit conjunctionem, ut notabiliter docet Paulus *in l. ult. h. t.* addens tamen hanc limitationem; ut si utriusque domini, a quo legata fuit servitus per partes, hereditates eodem tempore adeantur, tum adhuc cessiones particulatim factæ conjungantur, ac ita servitutis constitutio convalescat. Hotom. 7. *obs.* 7. D. Wissenb. *ad h. t.* ubi meminit antinomiæ,

quam

quam vocat *atrocem*: Car. Molinæus, in *h. l. ult.* cum *l. 26. de Stipulat. serv.* sed melius sperandum, ut paucis verbis indicat D. Wissenb. & ipsa legis species monstrat. Differentiam hanc inter cessionem, quæ fit inter vivos, & legatum servitutis a pluribus dominis successive relictum, nostris moribus explodendam esse, censent Grœnewegius ad *d. l. ult.* & iisdem verbis Joh. Verstegen *dissert. 1. de Servit. Præd. n. 4. in fin.* Ego Romanos nihilo ineptiores nostri seculi hominibus arbitror fuisse; nec quod idonea ratione nititur discrimen, temere abolendum censeo; ni totum jus positivum facere velis arbitrarium. Hæc censura, cladis juri Rom. inflictæ, causa præcipua est & peremptoria.

4. Ex incorporali & individua Servitutis Natura, sequitur etiam, quod Servitus tota sit in toto fundo eademque tota in singulis partibus; adeo ut si fundus, cui Servitus debetur, particulatim vendatur, omnes partes servitus sequatur eaque singulis rede utantur; si modo res ita ferat, *l. 23. §3. de S. P. R.* Idem est in servitute passive considerata: Quippe, ita per fundum est dissita Servitus, *ut omnes glebæ serviant*, ait Javolenus in *l. 13. §1. de S. R. P.* Quod ita quidem subtiliter & quasi in *potentia* vere dictum, in actu tamen exercito civiliter accipiendum, ut qua parte fundi primum Servitus determinata est, ea parte constitat, cæteræque partes agri liberæ sint, *d. l. 14. §1.* Verum utri competit facultas determinandi, servienti? an dominanti? Celsus in *l. 9. de Servit.* dominanti videtur hoc jus adscribere, quo is *in infinitum ire agere* possit, ut tamen qui primum *viam direxerit, ea semper ire agere habeat, nec amplius mutandi potestatem debeat.* Paulus vero, *heredi*, id est servienti. *facultatem ait esse, per quam partem fundi vult constituere servitutem, l. 26. de S. R. P.* Ibique limitationem addit. *si modo nulla captio sit*, ut nec dominus per villam ipsam aut per medias vineas ire agere velit; nec serviens locum incommodum aut ambages demonstret. Quid ergo; sunt ne hæc contraria? Non videtur. Sed dicemus; utrique dari jus determinandi servitutem, uter id occupaverit. Si dominans usurpet locum servitutis, non incommodum servienti, hic opponere se non potest: si vero serviens alteri locum deneget & distinguat ad usum servitutis, hæc etiamsi malæ querendi causa, contentus sit oportet. Ita nulla contrarietas.

5. Denique Incorporalitas & hoc efficit, ne Servitus usucapi possit, quia res incorporales neque possessionem, nec usucapionem recipiunt, *l. 14. in pr. de Servitut. l. 43. §1. de A. R. D.* tametsi veteres vocabulum usucapionis improprie & analogice ad servitutes produxisse, liquet ex prohibita usucapione Servitutum, per Legem Scriboniam; quæ extat in *l. 4. § ult. de Usucap.* qua de re digressi sumus in observationes aliquas *Part. II. Digress. lib. 2. C. 17.* Servitutes igitur non possunt usucapi, ne quidem longo tempore, nisi cum prædiis, *l. 10. § 1. de Usucap.* verum tamen utilis actio datur iis, qui longo tempore aliqua servitute sunt usi, *l. 10. Si Servit. vind.* Denique longi temporis præscriptionem jure novo servitutibus applicari, non est dubium, per *l. ult. in fin. C. de Præscript. longe temp.* Sed ideo tamen minus accurate loquuntur, qui Servitutes hodie dicunt usucapi: Nam quod usucapio & longi temporis præscriptio leguntur esse adæquatæ, ad res mancipi & nec mancipi, non ad discrimen rerum corporalium & incorporalium hactenus tollendum pertinet, *l. un. C. de Usucap. transform.* Actiones, obligationes, cæteraque jura incorporalia, nusquam dicuntur usucapi sed illis hodie neque præscribitur: Usucapionis fundamentum manet possessio, quam nonne se rerum incorporalium, constat ex *l. 3. in pr. de Acquir. poss. d. l. 43. §1. de A. R. D.* In rebus tolli usucapio & longi temporis Præscriptio easdem habent proprietates, ita ut quæ res olim non poterant usucapi, sicut prædia Provincialia, quibus tamen longo tempore præscribi solebat, hæ post *d. l. un.* etiam usucapi possint. Ipsa præscriptio, tam longi quam aliorum temporum, non est sublata, sed usucapio ad illam producta. Vide Vinnium *ad tit. Inst. de Usucap. & nostr. prælect. ad d. tit. n. 4.* & videbimus ξυν Θεῷ, *ad tit. ff. de variis & temporal. Præscript.* Hæc ita quod ad terminorum proprietatem; Alioqui in effectis parum differentiæ relictum esse videtur. Nec tamen nonnihil: nam in usucapione requiritur titulus & bona fides, quæ requisita ad præscriptionem non esse necessaria, docet *lex 10. h. t.* qua de re *ad tit. Inst. de Servit. in fin.* egimus, & prolixe D. Wissenb. *ad h. t. n. 23.*

6. Hæc de incorporalitate Servitutum; Sequitur VII. alia communis proprietas Servitutum, quæ est hæc; *Quod omnes servitutes* prædiorum perpetuas causas habere debent, *l. 28. de S. P. U.* Quod ut intelligatur, explicat Paulus per hanc rationem, *Et ideo neque ex lacu, neque ex fluvio concedi aquæductus potest:* Quia lacus & fluvius possunt arescere & exinaniri, nec vita perpetuam durandi causam, id est aptitudinem habent. Id autem

autem merito placuit, ſervitutem rei inhærentem inter quoslibet poſſeſſores valituram, prædii naturæ eſſe congruam, adeoque durare, quamdiu res & prædium durat. Hoc igitur ſenſu omnes ſervitutes debent habere cauſam perpetuam; nec alias licet continuas, alias vocare diſcontinuas. Sed in uſu & exercitio verum eſt, plerasque ſervitutes urbanas habere continuum & æquabilem, Ruſticas interruptum uſum, ut idem Paulus indicat in *l. 14. de Servitut.* verum nec hoc perpetuum eſt, nec ad mutandam juris rationem pertinere videtur, ut probavimus *Parte II. Digreſſ. C. 17. n. 15.* Sed difficile explicatu eſt, quod Paulus in *præd. l. 28.* profert exemplum, in quo negat eſſe naturam ſervitutis, quia *non habet perpetuam cauſam*, & tamen ille perpetuitatis defectus in exercitio juris, non in aptitudine conſiſtere videtur; Eſt ſpecies, quæ uſum habeat. *Foramen*, inquit Paulus, *in imo pariete conclavis vel triclinii, quod eſſet pavimenti proluendi cauſa, id neque tempore adquiri placuit: hoc ita verum eſt, ſi in eum locum nihil ex cœlo aqua veniat; neque enim perpetuam cauſam habet, quod manu fit.* Hanc rem aliter ſe habere moribus hodiernis, auctor eſt Grœnewegius *ad d. l. 28.* rationem reddens differentiæ; *quia noſtrates mulieres ſunt*, ait, *mundiores, quam Romanæ fuerunt, quæ ſpongiis pavimenta detergebant, l. 12. § 22. de Inſtrum. leg. cum noſtrates ſcopis & aqua multo abundantiore ſordes per foramina proluant, adeoque multo major & frequentior ſit apud nos aquarum ea colluvies, quæ manu fit, quam quæ ex cœlo cadit.* Sed quam hæc αἰτιολογία parum adverſus Paulum faciat, ultro Lectori patere crediderim.

7. Grœnewegius putavit, foramen intelligi in pariete dominantis, per quod ſordes eluantur in vicini ſolum aut vicum. Verum cur hæc non æque poſſit eſſe Servitus, quam eſt ſervitus cædendi & provolvendi lapides, aliquid ponendi in alieno, vel tugurium habendi, de quibus *ſupra* intelleximus, nulla videtur ratione conſtare; cum hæ non minus requirant manum, quam ſervitus Foraminis, ut a Grœnewegio accipitur, quæ ſic utique aptitudinem ad uſum ſui æque habet perpetuam atque priores. Quid enim aliud eſt Servitus rivi aut cloacæ, quam jus aquam ſordesque noſtra familiæ in alterius rivum aut cloacam projiciendi? Accurſius & Gloſſa in *d. l. 28.* foramen intelligunt in pariete *ſerviente.* Caſum ita ponunt; *Conceſſiſti mihi tale jus, ut in tuo pariete eſſe foramen quoddam, per quod traheretur aqua ad lavandum pavimentum domus meæ.* Ratio gloſſæ videtur eſſe, quod foramen in proprio pariete nullam poſſit habere ſpeciem Servitutis, cum quisque parietem ſuum pro lubitu aperire queat: Onus autem accipiendi ſordes aut aquam vicini per illud foramen, non eſſet Servitus foraminis, ſed Rivi aut Cloacæ, inquam. Ergo ſervitutem foraminis oportet in ejus eſſe pariete, qui foramen pati cogitur, ut eſt omnium natura ſervitutum. Hæc quidem Accurſius & Vivianus non ſine ratione. Nec eſt tamen facile, ſpeciem uſus in tali ſervitute animo concipere: Ut ego habeam foramen in imo conclavi aut triclinio vicini mei, quod meo pavimento proluendo ſerviat: Niſi forte ita; ſi ponatur fons aut flumen in ædibus vicini, ex quo mihi liceat per foramen & tubum in ipſius vicini pariete, aquam educere mei pavimenti proluendi gratia. Si hoc jus ita exerceatur, ut in eum locum, ubi foramen eſt, aqua identidem manibus ingerenda ſit, negat Paulus, eam eſſe ſervitutem, cujus omnis uſus in manuali exercitio conſiſtit. Dantur quidem ſervitutes, quæ a dominante non niſi manuum pedumque opera poſſunt exerceri, ut ipſum Iter, Actus, Via, cæteræque modo nominatæ ſervitutes; ſed loci ſervientis natura ſemper ejusmodi eſt, ut ad recipiendum ſervitutis uſum parata ſit. At in hoc jure Foraminis, locus ſerviens non eſt aptus ad exercitium Servitutis, niſi aqua identidem manu in iſtum locum ingeratur. Hæc igitur inde reſultat obſervatio; *Servitus omnis debet habere cauſam perpetuam, hoc modo, ut loci ſervientis conditio ſemper idonea ſit ad uſum ſervitutis, nec ad illum procurandum manu ſit opus; Quo minus hi, quibus competit Servitus, manus pedesque moveant ad eam exercitendam, nihil vetat & neceſſarium eſt.* Hinc jam nulla difficultas eſt, quæ alias mihi viſa fuit; cur fumi immittendi Servitus, ad quam manu opus eſt, magis quam Foraminis, quia manum requirat, conſtitui poſſit, *l. 8. § 5. Si ſervit. vind.* Nam ad fumum immittendum manu quidem dominantis, ſed nulla ſervientium opus eſt. Quod ſi in locum Foraminis aqua de cœlo cadat, jam Servitus foraminis eſſe poteſt, *d. l. 28.* Quia, *etſi non adſidue fit, ex naturali tamen caſu fit, & ideo perpetuo fieri exiſtimatur*, habetque ſine manu perpetuam aptitudinem, ut quoties pluit, aqua per foramen & tubum in meum pavimentum derivetur, quo ſenſu *Stillicidii quoque immittendi naturalis & perpetua cauſa* dicitur in *d. l.*

d.l 28. in fine. Atqui in cisternam cadit etiam aqua de cœlo, & tamen e cisterna non potest servitus aquæ haustus constitui, *l. 1. § 4. de fonte. Quia*, redditur ibi ratio, *non habent perpetuam causam, nec vivam aquam, sed imbribus concipiuntur.* Quæres se prorsus eodem modo habere videtur in priore casu. Respondetur, in *d. l. 1. § 4.* agi de servitute aquæ haustus, ubi consideratur usus aquæ hauriendæ e cisterna, amplius nihil: unde veniat aqua, in hac servitute non consideratur: Locus serviens est cisterna, quæ non semper idonea est ad aquam hauriendam; si quis autem jus aquam derivandi in cisternam, in foramen, constituere velit, jam nihil obstat, quod non semper aqua in eam cadat; cum potentia & aptitudo semper adsit æquabilis, idque ad perpetuitatem causæ sufficit.

8. Ad postremum Communem Servitutum, pertinet hæc regula, quod unaquæque Servitus requirit id, sine quo non potest commode exerceri. Hinc is, cui Iter aut Actus per alterius aream debetur, solum serviens, si nimis altum aut inæquale sit, demoliri, & in clivos vel gradus distinguere potest, *l. 20. § 1. de Servit. Urb.* Qui aquæ haustum habet, iter quoque ad aquam habere videtur, *l. 3. § ult. de S. R. P.* Qui debet mihi servitutem stillicidii, non potest altius ædificare meo tecto; quatenus non impediat, ita potest, *l. 21. de S. U. P.* Hinc etiam quod de *Vicinia* quæritur, dijudicandum est; talem nec aliam requiri, quam natura cujusque Servitutis postulat. Nihil usquam minus necesse fuit statuere, quod aliqui volunt, Juris Auctores sibi non constare, quam in hoc articulo. Viciniam fundi dominantis & servientis, in universum requiri, indubitatum est, *l. 5. § 1. l. 24. de S. R. P.* sed immediatam requiri viciniam, nec in iis locis, nec alibi usquam scriptum est; nisi quam res ipsa postulat, ut in tigni immittendi, oneris ferendi, similibusque. Sed aquæ haustus concedi potest via publica interveniente, *l. 14. § ult. de Servit.* Via, flumine interjecto, *l. ult. de S. R. P.* quam vide tamen. Iter & actus, alio prædio interjacente, *l. 17. § pen. de Aqua & aq. pluv. l. 31. de Servit. rust.* Quin & in urbanis prædiis parvi referre, vicinæ sint ædes an non, habetur in *l. 6. h. t.* modo sit ejusmodi servitus, ut inter remota prædia exerceri queat, sicut exponitur in *l. seq.* Quid est evidentius, quam Servitutem prospectus inter prædia, non sine medio vicina, posse consistere? quippe qua continetur, *ne quid alteri officiatur ad gratiorem prospectum & liberum*, quod longiuscule extenditur in *l. 15. de S. U. P.* Etsi tam minime in longum quam volebat L. Fusius apud Ciceronem 1. *de Oratore*, quam enarravimus historiam *in Part. II. lib. 2. Digress. c. 16.*

9. Denique hoc est utrique Servituti Commune, quod is, qui uni constituit Servitutem, is in eodem loco similem alii servitutem concedere non prohibetur; modo natura servitutis ejusmodi sit, ut in usu pluribus sufficiat, *l. 15. h. t.*

10. Quod attinet ad usum horum requisitorum, diximus *supra* & sæpe *alias*, Auctores Juris Romani non secutos esse in hisce requisitis inanes subtilitates, sed exactam civilemque rerum & jurium considerationem: Quæ ubi demonstrari potest, non oportet nos esse faciles multiplicandis *legibus abrogatis*, in quo Auctores illius instituti nimis liberales sunt. De nostro usu nihil equidem dubito, quin heic valeat regula: *Quicquid Statutis non est abrogatum, nec re ipsa mutatum, hodieque valere.* Proinde quod pro parte servitus acquiri & amitti non potest, quod Servitus debet habere causam perpetuam, etsi Grœnewegius & alii abrogatum esse scribunt, non magis apud nos abolitum existimo, quam quod mox de vicinia collocavimus.

Ideo Servitutes, Aquæductus, Aquæhaustus, Pecorisque ad aquam appulsus, vix est ut in Frisia dentur, quia non habemus fontes, nec fluvios, in agris privatorum; e puteis autem, e cisternis, specubus, & stagnis privatis, quibus abundamus, concessæ facultates illæ servitutes non sunt, quia non habent causam perpetuam, *l. 1. § 4. ff. de Font.* obligationes tantum sunt, e quibus oritur actio in personam, non in rem adversus quemlibet possessorem, *arg. in l. 13 in pr. ff. Commun. Præd.* Neque turbat, quod Paulus in *l. 9. de S. R. P.* suggerit; *hodie* Servitutem aquæductus vel aquæhaustus ex *quocunque loco* constitui solere. Id enim de quocunque loco fluminis perennis accipiendum, quo pertinet etiam *l. 1. § 8. & 14. de Aqua quotid. & est.* Valent igitur jura qualitercunque, sine proprietate Servitutis constituta, sicut jure conventionis valere possunt, ut *supra* demonstratum est; Tuendi etiam sunt in possessorio, qui in exercitio jurium acquisitorum, etsi non sint Servitutes, de facto turbantur, officio Prætoris, *per l. 2. h. tit. l. 1. § 11. & 12. de Aqua quotid. & æstiv.* At si Tertius possessor, qui obligationis vinculo non continetur, judicio contendat, non esse jus vicino, aquam v. gr. e sua cisterna hauriendi, calcem in suo solo ultra prædii usum coquendi,

similinque jura (quatenus rem *sine lege* adficere non possiunt,) exercendi, nihil causæ video, cur expectandum non sit, ut alter ab hujusmodi juribus exercendis desistere jubeatur, salvo jure suo adversus eum, qui talia per contractum ei concessit atque constituit. Pessimo errore fit, ut jura in Re & ad Rem dicta confundantur, ac obligationis personalis vinculum in onus reale ac prædiale mutetur. Si juris ignoratio magis quam diversa Legis auctoritas id alicubi introduxerit, ubi Religio Juris Romani salva remansit, cavendum, ne exemplis temere editis jura subigantur.

Tit. V.

Si Servitus Vindicetur, vel ad alium pertinere negetur.

I. Expositio remissiva. II. De servitute dari actionem in personam, si nondum sit acquisita; deinceps in Rem, & hanc competere, si legata sit Testamento. III. Ratio intentionis in utraque actione, ut & in Negatoria. IV. Negatoriam recte dici vindicationem; nec tamen actorem huic ad probandum regulariter teneri. V. Aliquid de possessorio servitutis judicio, remissive.

QVo ad *hunc tit.* de Actione Confessoria & Negatoria minus multa dicenda sint, facit quod *ad tit. Inst. de Act. n. 5. & sqq.* collocavimus I. Definitionem & fundamentum actionis Confessoriæ atque Negatoriæ. II. Defendimus Justinianum in eo, quod dixit § 2. *d. t.* negatoriam *non* dari de rebus corporalibus, quia de his possessor nunquam agit, quod secus sit in negatoria, quæ datur *etiam* possessori Servitutum, non ait, eam *semper* dari possessoribus; Et tamen hoc etiam sano sensu dici potuisse, probatur *n. 6.* modo non de possessione prædii, sed de quasi-possessione Servitutis, de cujus jure agitur hac actione, capiatur. III. Egimus de famoso casu *unico*, in quo Possessor rei corporalis agat in rem, *n. 7.* IV. Quomodo fieri possit, ut actio Confessoria verbis constet negativis, & Negatoria verbis positivis, demonstravimus *ex l. 4. § 7. h. t.* Præterea quasi *ἀπὸ κοινῆς* repetendum, quod *ad tit. Si usufr. pet.* præcedente *libro* de ratione nominum Confessoriæ & Negatoriæ exposuimus *n. 1.* item quod accurate, an usufructuario detur Vindicatio Servitutum, est disputatum *num. 2.*

2. His præmissis, dicendum, e Servitute duplicem actionem dari, personalem, atque in Rem: quæ vindicatio dicitur in hac Rubrica, latiore vocis sensu. Actio in personam datur, quando Servitus nondum actu est *acquisita*, sed tantum *constituta* per promissionem, § *ult. I. de Servit.* junct. *l. 3. de O. & A.* Si testamento sit relicta Servitus, magis est, ut tam pro modo acquirendi, quam pro causa constituendi, legatum haberi debeat, adeoque tàm in rem, quam e testamento in personam, actio convenire videatur. De hac non est dubium; quando satis constat, actionem in personam e testamento dari de omnibus rebus legatis, juribus, ac etiam factis, § *1. in fin. & § 21. Inst. de Legat.* Actio in rem probatur exinde, quod *ea, quæ legantur, recta via ab eo, qui legavit, ad eum, cui legata sunt, transeant, l. 64. in fin. de Furt.* idque ipso jure, sine ullo heredis facto, *l. 80. de Legat. 2.* quemadmodum semper alias testamenti virtus ex eo cognoscitur, si actionem in rem pariat, quam conventio producere non potest, qua de re specimen exstat in prohibitione de non alienando, quæ facta per conventionem, nihil quam actionem parit in personam; sed per testamentum, rei vindicationem præstat, ut dictum est *ad tit. Inst. per quas person. cuiq. acquir. in fin.* Secundum hæc, Servitus legata statim vindicari posse dicitur, sine mentione traditionis, in *l. ult. de Servit. leg.* cum quo bene convenit, quod in *l. 19. § 1. Quib. mod. servit. amitt.* Via legata, legatarii propria fuisse dicitur, etsi acquisitam sibi esse nec dum cognoverat.

3. Quare qui Servitutem sibi promissam nondum patientia usus quasi traditam, petere vult a promissore, siquidem is prædium possideat, aut ejus heres; contendere potest, *ut possessor condemnetur ad patiendum, quo sibi liceat ejusmodi servitutem, qualis ei promissa fuit, in alterius fundo exercere, & actus ei convenientes instituere, cum fructibus & eo quod interest*, secundum *l. 6. § pen. h. t.* Si possessor jam non possideat fundum, in quo mihi Servitutem promisit, petere tamen possum, *ut condemnetur ad præstandam mihi servitutem, quam promisit, aut id quod interest mea*, quod mihi promissum non sit præstitum; ut ex omni promissione solitum esse agi, satis constat. Verum quando Servitus non modo est *constituta*

pactione

pactione vel ſtipulatione: (ſic conſtituendi vocabulum a Juſtiniano accipitur *in d. § ult.*) ſed etiam acquiſita per aliquem iſtorum modorum, quos antehac vidimus, ceſſione, patientia uſus, præſcriptione, vel etiam per teſtamentum; tum proprie competit actio *Confeſſoria*, qua contendit Actor, ut *prædium alterius ſuo prædio, tali aut tali ſervituti declaretur obnoxium, reusque condemnetur ad patiendum, ut ipſe tanquam poſſeſſor prædii dominantis, quoslibet actus iſti ſervituti convenientes libere exerceat, alterque ab omni impedimento ac oppoſitione deſiſtat, cum eo quod intereſt* &c. Etiam ab adverſario poteſt exigi cautio, de jure agentis impoſterum non impediendo ‡ aut diminuendo, juſta cauſa judicis officio æſtimanda, *l. 7. & l. 12. h. t.* Si quis prædium ſuum non putet eſſe ſubjectum Servituti, quam vicinus uſurpat, datur ei *Negatoria*, per quam contendit, ut *prædium ſuum declaretur liberum ab ea ſervitute, quam adverſarius uſurpat, isque condemnetur ab omni actu uſuque ſervitutis abſtinere, ſibique id quod intereſt præſtare, l. 4. § 2. & 7. h. t.* denique, judicis officio petitionem cautionis de non turbando ‡‡ in futurum adjicere poteſt, *d. l. 7. & l. 12.*

4. Hanc negatoriam non eſſe e Servitute, ſed ex libertate dominii, dictum eſt ad § 2. *Inſt. de Act.* eamque nec eſſe Vindicationem, monet D. Wiſſenbach. *ad h. t. in pr. arg. Rubr. Si ſervit. vindic. aut ad al. pertin. negatur.* eoque exemplo probat, non omnem in Rem actionem eſſe Vindicationem. Sed quod vulgo ajunt, negatoria quidem non vindicari Servitutem, ut eſt in hac rubrica, ſed aliquid tamen vindicari, id eſt libertatem jusque dominii, facile defenditur eo, quod Juſtinianus ait *in* § 15. I. *de Action. Appellamus*, inquit, *in rem actiones Vindicationes*, indiſtincte. Vindicare enim eſt in rem agere. Sed an exinde ſequitur, eum, qui agit negatoria, teneri ad probandam libertatem prædii, an vero locum hic habet regula communis, quod negantis per rerum naturam nulla ſit probatio, *l. 23. C. de Probat.*? Wiſſenbachius Myntingerum reprehendit, qui ſic ſtatuat *t. obſervat. 19.* nihil quam dominium negatoria agenti eſſe probandum. Atqui is ne quidem dominii probationem ſemper ei incumbere docet, non utique ſi poſſideat, verum tantum ſi poſſeſſione careat, & quidem recte, ut videtur. Multo minus qui negatoria experitur, ſimpliciter obligatus videri poteſt, ad probandam prædii libertatem, ut contendit D. Wiſſenbachius. Quippe ſi formam agendi conſideres, non eſt alia in hoc caſu actoris ratio, quam negare vicino ſervitutem, quam uſurpat, eam illi competere; quæ res in theſi collocata non recipit probandi facultatem; in hypotheſi quandoque poteſt, ut ſi dicat, fundum aliquando ſerviiſſe, verum extinctum eſſe jus ejus, tempore, non utendo; vel ſi dicat, ſervire quidem domum ſuam, at non ei, qui nunc agit, ut in ſæpe dicta *l. 4. § 7. h. t.* Ejusmodi caſibus non eſt quod recedamus a regula communi, unumquemque ad id, quod adfirmat, probandum teneri, actorem, aut reum; ſive intentio ejus prima & ſumma ſit poſitiva, ſeu negativa, *l. 19. in pr. de Probat.* qua de re ad *tit. de Probat.* Hujus rei obſervatio aliter in uſu negotii ſe habere non poteſt.

5. Cæterum ſi plures ſint, quibus Servitus debetur, aut qui debent Servitutem, ſingulos in ſolidum agere, atque teneri, cum res diviſionem non recipiat, jam dictum eſt *ſupra*, & habetur in *l. 5. § 4. h. t.* Notum eſt etiam, Judicia de Servitutibus eſſe petitoria, vel poſſeſſoria. Prioris generis ſunt actiones hujus Rubricæ. Poſſeſſoria dantur ex Interdictis, de quibus *in lib. 43.* quorum uſus frequentior eſt, quam diſceptationes pleni juris de ſervitutibus, quo pertinet, quod in civitatibus noſtris cognitores *politici*, ut vocant, ſunt conſtituti, qui de hujusmodi quæſtionibus inter vicinos cognoſcunt & ſententiam ferunt, ſuper *poſſeſſorio* tantum; ordine quoque ſummariſſimo; & datur ab illis appellatio ad Magiſtratus loci, ab his rurſus ad Supremam Curiam. Poteſt etiam qui victus eſt apud illos, miſſo poſſeſſorio, recte petitorium inſtituere, quod fit per Confeſſoriam vel Negatoriam, de quibus heic actum eſt. Sed lex methodi jubet, ut de poſſeſſorio in locum ſui Tractatus agere differamus.

‡ Jure Saxonico noviſſimo notamus, alterum condemnatum ad non faciendum, aut ad abſtinendum ſeſe ab re aliqua non cautione, ſed mulcta certa in caſum contraventionis conſtringendum, quam a contraveniente exiget judex, & iterare factum duplicata nunquam non mulcta vetabit. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 39. § 3.*

‡‡ Confer ea, quæ paulo ante ex *O. P. S. E. I. & E.* produximus.

TIT. VI.

Quemadmodum Servitutes amittantur.

I. Quinque modi servitutem amittendi. Primus, Confusio. *II. Remissio expressa, vel tacita. III. Negligentia, non utendo, & quid juris, ubi servitus alternis annis legata sit, ejusque cum Usufructu hac parte comparatio. IV. Quid si ut quinquennii singulis semel exerceatur? V. Non usu ex impedimento rei, servitutem non tolli. VI. In præscriptione urbanorum, secus ac rusticarum, requiri usucapionem libertatis, ejusque ratio. VII. In urbanis usucapiendis tempora non conjungi. VIII. De Rusticis secus, non utendo per modum. IX. De modo finiendi servitutes, per rei* interitum.

ULtimus locus est, ut esse debet, de modis amittendi Servitutem; qui sunt quinque numero, & sic exprimi possunt, Confusio, Remissio, Negligentia, Rei interitus, & Finitum jus concedentis. CONFUSIO est, quando idem utriusque prædii dominus fit, *l. 1. h. t. l. 10. in fin. D. Comm. Prædior.* Quid igitur est, *verba sunt* D. Wissenbachii *ad h. t. in pr.* quod Papinianus notat in *l. 18. de Servit.* In *omnibus servitutibus, quæ aditione confusæ sunt* &c. tanquam sint servitutes, quæ aditione non confundantur? Respondet D. Wissenbach, distinguendo inter legatum vindicationis, & damnationis, auctore Merillio *1. variant. ex Cuj. 14.* Aliter ex Accursio & Duareno; utrum fundus pure sit legatus, an sub conditione. Rectius ita dixeris; *Legem 18.* pertinere ad hanc quæstionem; si confusione semel facta, deinde fundus serviens & dominans divellantur, an Servitus etiam restituatur; qua in re distinguendum est, inter institutum confusionis perpetuum, & temporarium. Si hoc actum sit, ut fundus serviens & dominans perpetuo sit penes eundem, etsi deinceps alter sit alienatus, nulla sit restitutio Servitutis, nisi denuo constituatur, *l. 30. in pr. de S. U. P.* verum si serviens prædium ad tempus, in eundem, cujus prædium dominatur, alienatum sit, confusio quidem ipso jure perpetratur, sed revivitcit Servitus alienato fundo, ut in *d. l. 18.* Dominus prædii servientis heredem instituit eum, cujus prædio suum servit; at suum prædium serviens legat Tertio. Hic fundum legatum e manibus heredis petere debet, cujus aditione fit quidem Servitutis Confusio; Sed legatarius pati debet, ut servitus renovetur; alioquin obstat ei, legatum petenti, exceptio doli mali, ut Paulus ait. Imo vero, (hæc est *objectio.*) etsi perpetua sit translatio ex voluntate Testatoris, tamen altero fundo rursus alienatio, Servitus restituitur, *l. 9. Comm. Præd.* Respondetur, non agi in *l. 9.* de fundo alienato, sed de tota hereditate vendita. Emptor hereditatis, cujus aditione confusa fuit Servitus, debet iterum pati servitutem, quia per venditionem id agitur, ut emptor heres fuisse, nec confusio facta videatur, ut ipsa *lex* indicat.

2. Secundus modus amittendi Servitutem, est REMISSIO. Quæ vel est expressa, per declarationem animi de remissa Servitute, *l. 14. § 1. de Servitut.* vel tacita, quæ fit per concessionem actus alicujus naturæ servitutis contrarii, ut si stillicidii immittendi jus habeam in aream tuam, & permisero jus tibi in ea area ædificandi, stillicidii immittendi jus amitto. Et similiter, si per tuum fundum via mihi debeatur, & permisero tibi in eo loco, per quem via mihi debetur, aliquid facere, jus viæ amitto, *l. 8.* Sed addendam esse *huic legi* limitationem ex *l. 17. ff. Commun. Præd.* monet Thomasius *ad posit. 3.* quæ non tam est limitatio, quam diversi generis admonitio; si quis *precario*, servituti contrarium aliquid servienti concesserit, hoc non diminuere jus concedentis. Majoris momenti est limitatio ex *l. 21. de S. U. P.* Remissionem unius servitutis accipiendam esse sine præjudicio alterius servitutis eidem competentis, qua de re vid. Struv. *ad h. t. n. 55.*

3. Tertius modus, NEGLIGENTIA; committitur non utendo per tantum tempus,* quanto alioquin Servitus acquiritur, quod est de-

* Jure Saxonum uti personales Servitutes, vid. *supr. P. I. n. 142.* ita etiam reales amittuntur non usu 31. annor. 6. sept. 3. dies, *a. M. l. 1. art. 29.* Carpz. *dec. 288. n. 17. seq.* Richt. *dec. 86. n. 2.* Wesemb. *in Paratul. tit. Oecumadm. serv. amitt. n. 6.* In Servitutibus tamen urbanis apud nos quoque servitus non solo temporis lapsu & non usu exspirat, sed requiritur alterius prohibitio simileve factum, ut libertatis præscriptio initium capere possit. Wesemb. *l. c. n. 5.* Schœpffer. *ad ff. eod. tit. num. 9.* Berger. *ad Lauterb. p. 155.* atque ita *resp. Fac. Jur. Lipf. Mens. Febr. An. 1705.*

cenniorum,

cennium, *l. 13. D. Si servit. vind. l. ult. C. de Servitut.* verum si hoc modo constituta sit Servitus, ut alternis annis vel mensibus exerceatur, non nisi duplicato tempore amittitur. Quod non est ita, si alternis diebus, aut interdiu tantum, vel horis alternis utenda Servitus constituta sit; tunc enim *una servitus* intelligitur, & statuto tempore finitur, *l. 7. h. t.* Nam intermissio per horas & dies, tam frequens est in servitutibus, ut ejus conventio naturam earum non mutet, nec *unitatem* divellat, *d. l. 7. & l. 14. Comm. Præd.* Sed distinctio per annos & menses, insolita ac enormis est; ideoque talis conventio *servitutem* quasi *duplicem* facit, ut duplicatum tempus ad amittendum requirat, *d. l. 7.* ubi hæc verba, *una servitus est alternis diebus*, inferunt, *cum alternis annis est constituta*, duplicem esse servitutem. Atqui Paulus idem in *l. 13. de Usu & usufr. leg.* cum viæ Servitus alteruis annis legatur, tamen unam esse servitutem, docet; addita ratione, quod ad Viæ naturam pertineat intermissio. Hæc videntur esse contraria; nisi hoc modo distinguere liceat; Est una servitus actu primo, quatenus est jus eidem fundo inhærens, *l. 13.* est duplex, actu secundo & exercito, quia *tempus ejus* non est *continuum*, *l. 7.* Dicitur etiam *una*, cum oppositione Usufructus, qui alternis annis relictus, ita resolvitur, ut instar annui legati non unum, sed *plura* legata sint, *l. 28. Quib. mod. usufr. amittitur. l. 13. de usufr. leg.* juncta *l. 4. de Ann. leg.* Quare sicut annuum legatum universa præscriptione non tollitur, sed eorum tantum annorum, a quibus legitimum tempus est elapsum, salvis reliquis, ut ad *tit. de Annuis legat.* videbimus; ita quoque Usufructus alternis annis constitutus, non tollitur una præscriptione. Sed quamdiu vivit Usufructuarius, ille suum jus vindicare potest amissis tantum fructibus annorum, a quibus legitimum tempus est elapsum, *dd. ll.* vid. Bus. ad *d. l. 28.* & Thomasium *ad position. nostr. 1. tit. Quibus mod. Usufr. amitt.*

N. ADDIT.

Apposuimus jam istud Scholium in nova additione ad d. tit. *quod Autor omiserat, ne cogeretur fateri, se mutasse sententiam, quam ibi posuerat, quasi scilicet etiam ususfructus alternis annis legatus duplicato tempore amittatur, ut servitus aquæ & itineris. Hic enim diserte, relicta sua priore opinione, in sententiam scholii illius concedit.*

4. Quid si hoc pacto servitus itineris constituatur, ut singulis quinquenniis uno die liceat ire agere, an quot anni sunt intervallares, toties multiplicatur tempus amissioni præscriptum? Justinianus nec in hac quidem specie plus semel tempus duplicat & XX. annos præscribit, *in l. ult. C. de Servitut.* quod etiam competit absentibus in ordinaria præscriptione servitutum, quemadmodum constat, tempus longum esse *decem* annorum inter præsentes, *viginti* inter absentes, *d. l. ult.* Sed quia servitutes non ad personas, verum ad prædia inter se vicina, se referunt, ubi absentiæ non videtur esse tam obvia ratio, decennium in servitutibus fere pro consueto tempore ponitur, ut est *in l. 10. D. Si servit. vind.* Verum tamen est, absentibus hoc tempus duplicari, quo pertinent verba collocata in *posit. 10. Cujusmodi duplex tempus etiam absentibus conceditur.* Quæ verba *D. Thomasius* ita accepit, quasi putarem, absentibus obstare præscriptionem non nisi XL. annorum, quod me nunquam ita expositisse, norunt Auditores; nec est ita in verbis, utcumque positis concisius. Nostra Positio & Scholium ipsius ita se habent.

POSITIO.

Quæ alternis annis aut mensibus habetur servitus, ei duplici tempore præscribitur, *l. 7. h.* cujusmodi duplex tempus etiam absentibus conceditur, *l. ult. C. de Servitut.*

SCHOLIUM.

Ut hi scilicet præscribant per 40. annos. Mihi vero placet opinio dissentientium, arg. d. l. ult. C. de Servit. *per ea, quæ* Brunnem. ibid. & Struv. h. t. th. 57.

Est error Elenchi, quem dicunt.

N. ADDIT.

Mollius esset, si in prioribus terminis mansisset, me non percepisse suam mentem. Nam stilo communi error elenchi est vitium interpretis, vel opponentis: quod tamen an mihi hic sit attribuendum, & annon potius concinna brevitas Autoris huic errori causam dederit, judicet lector. Res plana fuisset, si verbo unico appositio dictum fuisset: cujusmodi duplex tempus, etiam *alias* absentibus conceditur.

5. Amissionem, quæ fit *non utendo*, per *negligentiam* committi diximus; Nam si causa non utendi ex prava rei constitutione fit orta; velut, si fons, unde aquæ ductus vel haustus debetur, exaruerit, & post constitutum tempus ad suas venas redierit, servitus quidem subtilitate juris est amissa, sed ob æquitatem manifestam Rescripto Principis,

Principis, aut officio judicis restituitur, *l. 34. §1.* cum *l. sequ. de S. R. P.* ac ita servientis prædii dominus antiquam servitutem renovare compellendus est, *l. 14. in fin. pr. h. t.* Alioqui impedimento rei sublato, intra tempus finiendæ servituti præfixum, non opus esset officio, verum Servitus ipso jure convalesceret, *d. l. 14. in pr.*

6. Sed observatæ sunt inter Urbanas & Rusticas, duæ in amittenda per negligentiam Servitute, differentiæ. Prima, quod Rusticæ Servitutes sola negligentia simpliciterque *non utendo* finiuntur, *l. 7. l. 10. §1. & l. 18. §1. h. t. l. 6. d. S. U. P.* sed urbanæ servitutes, *usucapione libertatis finiuntur, d. l. 6.* Est autem Usucapio libertatis, nihil aliud, quam Exercitium facti alicujus continuum & servituti contrarium, velut si is, qui servitutem tigni immittendi debebat, foramen, in quo tignum immissum vel immittendum fuit, obturaverit, & per constitutum tempus obturatum habuerit, *d. l. 6.* Ita qui debet servitutem altius non tollendi, non præscribit eo solo, quod alter per decennium non ædificaverit; verum ita demum, si ipse contra ædificaverit, & per legitimum tempus ædificium habuerit. Ratio differentiæ in plerisque non est obscura; In Rusticis solum *non uti* sufficit, quia servitutum illarum natura consistit in actuali exercitio eundi, agendi, vehendi, aquam ducendi, hauriendi, pascendi, coquendi, fodiendi, positum habendi &c. quibus actibus omissis, negligentia manifesto arguitur. Urbanæ servitutes, quæ in non faciendo consistunt, ut altius non tollendi, luminibus non officiendi, stillicidii aut fluminis non recipiendi, per rerum naturam non nisi per *factum* aboleri possunt, utpote quod unice contrarium est *non utendo*. Verum quæ servitutes in patiendo vicini *facto aliquo* consistunt, ut oneris ferendi, tigni immittendi, stillicidii aut fluminis recipiendi, cloacæ vel rivi emittendi, cur hæ non æque omissione facti alicujus amittantur, quam rusticæ, haud facile dictu videtur. Sed tenendum, intelligi servitutes acquisitas, onere jam imposito, tigno pridem immisso, tegulis prominentibus, cloaca, rivo excavatis: Quando igitur onus aut tignum ad tempus est sublatum, stillicidium avertum, cloaca obstructa, manet tamen in serviente prædio; vel super illud, indicia vestigiumque servitutis, & dispositio semper ad actum parata; quibus abolendis, facto opus esse contrario, judicatum est. Hæc ratio addenda priori, quæ communiter redditur. Struv. *ad h. t. n. 57.*

7. Alterum discrimen inter Urbanas & Rusticas Servitutes esse videtur, quod in amissione simplici, quæ fit *non utendo*, tempora venditoris & emptoris conjungantur, ita, ut si venditor quinquennio toto non sit usus, & emptor altero quinquennio cessaverit, servitus amissa sit, *l. 13. §1. h.* Hoc in urbanis contra se habet; usucapio antecessoris non prodest successori, verum huic integro tempore ad usucapiendum opus est, *l. 32. §1. de S. U. P.* Ratio differentiæ, quia *τὸ non uti*, non est personale, sed effectus ejus ad prædium spectat. Usucapio libertatis cum facti, imo factum mere personale sit, de persona ad personam non transit. Si quis tamen contendat, post Constitutionem Severi, qua in omni usucapione placuit, tempora possessorum sibi mutuo succedentium conjungi, *§ 8. Inst. de Usucap.* hanc quoque speciem usucapionis, etsi improprie, comprehendi, non habeo quod opponere velim. Thomasius etiam jure veteri, inter successores particulares hanc usucapionem continuatam fuisse putat; ideoque *d. l. 32. §1.* aliter explicat.

SCHOLIUM.

Sed d. l. 32. §1. non incommode intelligi poterit de eo, qui citra voluntatem, possessionem prædii amittit.

RESPONSIO.

Nihil est in textu, aut in juris ratione, quod hanc interpretationem injungat; maxime si consideres, conjunctionem temporum in universum esse juris novi; proinde suo dubio & in servitutibus.

N. ADDIT.

Mallem, ut Autor mihi non affinxisset alienam mentem hic in textu, quasi scilicet in Scholio id intenderim, quod jure veteri inter successores particulares hæc usucapio continuata fuerit: quod mihi non venit in mentem. Ita se habebat Positio Autoris. Neque tempora usucapionis inter emptorem & venditorem conjunguntur, *d. l. 32. §1.* quod tamen secus est hodie, *per § 8. Inst. de Usuc. l. un. C. de usuc. transform. Priori adsertioni* oppositeram Scholium. *Adeoque non disquisivi, utrum conjunctio temporum in universum juris veteri obtinuerit, sed utrum adsertio Autoris, quasi hic sit speciale aliquid in servitutibus, probetur per d. l. 32. §1. quæ duo valde differunt. Autor dixisset: Est error elenchi. Hoc supposito, fri-*

gram est, quod meæ assertioni, textum hunc non incommode intelligi posse, *opponitur; nihil est in textu, &c. quod hanc interpretationem injungat;*

gat: *opponi enim debuisset, esse aliquid in &c. quod hanc interpretationem* non admittat.

8. Quæ de non utendo diximus, ad temporis rationem pertinent: an non etiam amittitur servitus, non utendo *per modum*, scilicet præscriptum? Sane ita, si totius generis, ut ita loquar, sit mutatio: Quando is, qui servitutem habet, ut noctu solummodo utatur aqua, per constitutum tempus aqua diurna sit usus, nocturnam servitutem, qua usus non est, amittit. Idem est in eo, qui certis horis aquæductum habens, aliis usus fuerit, *l. 10. § 1. h. t.* Adhuc idem juris esse videtur, si quis viam vel actum habuerit, ut certo genere vehiculi uteretur, atque is alio genere sit usus, *l. 11. in pr. h.* Diversæ conditionis exempla sunt eorum, qui non tam aliud, quam plus egisse videntur, ut si plus oneris quam dictum erat, vexerit dominans, vel itinere latiore sit usus, aut plura jumenta egerit, & similia, *d. l. 11.* in qua hæc verba, *in omnibus istis*, non ad primum exemplum, de genere vehiculi, verum ad sequentia referenda sunt, ut videtur, *etsi aliter Glossa, aliique.*

9. Quartus modus finiendi servitutem, est *Rei interitus:* Qualitas enim fundi, hoc pereunte, necessario extinguitur: sed ex eo, quod *supra* diximus, servitutem pro parte nec oriri nec interire, si qua pars fundi supersit, etsi locus ad servitutis usum primo destinatus non extet, in ea tamen parte quæ supereſt, manet servitus, ibique renovanda est, per *l. 13. § 1. de S. R. P.* Si omne solum, cui servitus inhærebat, perierit, aliunde suppleri non potest, *l. 14. pr. h.* Reipubl. id est præcipuum, quod, si Viæ solum publicæ pereat, vicinus proximus novam viam præstare debeat, *d. l. 14. § 1.* Quod si temporarius sit Rei interitus, servitus in actu secundo quidem & exercito finitur, in actu primo manet: ideoque prædio restituto, servitus renovatur; quod usum habet in ædificiis dejectis, ac instauratis, quæ retinent eadem jura, quæ prius habuerant, *l. 20. § 2. de S. U. P.*

10. Postremo Servitus amittitur, *finito jure concedentis.* Exemplum: Testator legaverat, tibi fundum, *si navis ex India veniret.* Antequam navis venit, heres, ut dominus, imposuit fundo servitutem; venit navis, & fundus tibi præstatur; finita est Servitus, finito Heredis, qui concesserat eam, dominio, *l. 11. § 1. h. t.* Sic etiam a Vasallo constituta servitus in feudo, non durat ultra jus vasalli, *l. Feud. 8.* quod idem de Emphyteuta statuendum, *l. 1. § 1. Si ager vect.* deque Fructuario multo magis, *l. 15. § ult. de Usufr.* Addideram in *posit. 2. h. t. ita.* Quas statuunt Vasalli, emphyteutæ, fructuarii; has non esse *proprie dictas servitutes*, sed earum imitamenta. Servitus enim sua natura jus perpetuum est, *l. 4. de Servit.* Nec jus in Re ab alio, quam a domino, condi potest, nec adeo servitus, *l. 2. § 1. Si servit. vind. l. 23. pr. de R. V.* Thomasius in Schol. ad *d. posit. 11.* vult, utile *dominium sufficere ad jus in re* producendum. Atque nullum est utile dominium, ut probavimus ad *d. tit. Si ager vectig.* Equidem toleramus hanc divisionem Doctoralem, non facimus tamen legalem, ut dominii veri proprietas huic utili dominio, veteribus incognito, adscribamus. Sit igitur hoc jus temporarium.

LIB. IX.

TIT. I.

Si Quadrupes pauperiem fecisse dicetur.

I. Remissio. Causa actionis, quasi-delictum potius, quam contractus. II. Omnes quadrupedes intelligi, exceptis feris; quid si bipes? III. Quadrupedem jure civili non puniri; secus aliis legibus, exceptis canibus, iterum sub limitatione. IV. Alternativam agendi rationem non esse omnino moribus abolitam, nec utique in Frisia. V. Cum quibusdam tamen differentiis. VI. Dominum, qui non dedit quadrupedem, etiam in id quod interest teneri, disputatur contra Sandium, & re judicata firmatur.

FUerunt Judicia in rem; sequuntur actiones in Rem scriptæ; cujusmodi noxales, & propter affinitatem cum illis, Legis Aquiliæ judicium, & dein mixtæ, tam in rem quam in personam suo sensu dictæ actiones. Hac Rubrica, quam ordine justo executi sumus ad *lib. 4. Inst. tit. 7.* levi opera defungi nobis licet. Causam hujus actionis D. Thomasius ad *pos. t. h. t. Institut.* vult esse

esse quasi-contractum, laudans Autores, Struvium *ad h. t. th. 8.* & Pufendorffium *l. 3. de J. N. & G. c. 1. §6.* Ad quasi-delictum refert causam Schilterus *exerc. ad ff. 19. th. 2.* quod potius ad rem esse videtur, ob præsumptam Domini culpam; sive ipsius animalis; cui, ut quasi-*jus*, ita quasi-*injuriam* adscribi, non videtur ab usu loquendi alienum.

N. ADDIT.

1. *Si ego hæc dixissem, respondisset forte Autor, ita non loqui solere conditores artis.* 2. *Præsumpta culpa, quoties in jure de quasi-delictis prædicatur, semper supponitur factum aliquod hominis, aut alia circumstantia, in quibus præsumptio fundetur, quæ hic deficiunt. Imo totus titulus ostendit, actionem hanc cessare, & actionem Legis Aquiliæ dari, quoties culpa domini bestia damnum dedit.* 3. *Jam in Scholio, si integrum apposuisset, responsum erat ad hanc sententiam de quasi-delicto, eam videlicet forte magis ad mores Saxonum quadrare, quam ad legem XII. Tabularum. Nam apud Saxones dominus conveniri nequit, nisi ex receptu, si nimirum, postquam rescivit, animal suum dedisse damnum, id receperit, & non expulerit. Et tunc etiam tenetur in solidum damnum.*

2. Porro omnes quadrupedes, etsi non pecudes, etiam canes intelligi, monet Ulpianus in *l. 1. §2. & 5. h. t.* exceptis bestiis feris, quoniam hæ, quod nocent, contra naturam generis sui non faciunt, *d. l. 1. §10.* Si animal non quadrupes nocuerit, utilis actio datur, *l. pen. h.* Casum glossa refert hunc; *Gallina aliqua intravit domum alicujus Scholaris, ascendit librum illius Scholaris, & eum in Deeem deterioravit; quæritur, an Scholaris possit hac ratione agere.* Et resp. *quod sic; ut aut ille, cujus est gallina, det ei gallinam, vel damnum emendet a gallina datum.*

3. Dominus igitur quadrupedis multatur hac actione, vel quadrupedis deditione, vel damni æstimatione. Animal ipsum juris & injuriæ expers αἰδεέδικον, ut *Pindarus*, nihil refert puniri; etsi lege divina bos cornupeta, si hominem occiderit, exempli causa interficiatur, *Exod. 21, 28.* idemque Plato sanxerit in *lib. 9. de Legibus.* Idem de porcis apud Burgundos in usu esse, narrat Mornacius *ad l. 1. h. t.* qui tamen de canibus nihil ejusmodi traditum observat, quasi, quod infesti sunt aliis, id eorum virtuti adscribatur; quo facit, quod idem refert, priscos Gallorum Reges non aliis corporum custodibus, quam ingenti canum globo solitos fuisse uti, quod de Gallis etiam Strabo testatur, Κελτοὶ καὶ πρὸς τὰς πολέμους χρῶνται κυσὶν ἐπιχωρίοις, *utuntur etiam ad bella canibus sui soli & aliis.* Recte tamen excipit Mornacius, si quid horrendum aut insolitum canis admiserit. *Suspensus enim est*, inquit *concrematurque non ita pridem immanis molossus, una cum Castrodunensi muliere, quæ eo utebatur nefario ad infandam Venerem.* Cæterum, canes deditos, quo minus lætius arbitratu suo puniat, non est dubium videlicet.

4. Quamvis autem alternativam agendi rationem, *ut vel quadrupes noxæ dedatur, vel damnum præstetur*, his diebus obsoletam esse, plerique referunt; in Frisia tamen hac parte jus civile servatur. Distinguunt enim Statuta inter damnum a quadrupede secundum naturam suam *depascendo* * datum, & alias læsiones. Priore casu dominus tenetur ad æstimationem damni simpliciter, judicis arbitrio, & ad alimenta quadrupedis; quam non violenter expellere, verum interim custodire debet is, cui damnum est datum, *lib. 2. tit. 3. art. 3.* convenienter *l. 39. §1. ad L. Aquil.* In aliis læsionibus distinguitur, utrum pecus antea famosum lædendi fuerit, an secus; Si fuerit, æstimatur dimidio ejus, quod exigeretur, si ab homine datum fuisset damnum. Si non fuerit nota animalis ferocia, competit alternativa;

* Jus Saxonicum, quando animal alienum depascendo damnum dedit, pignorationem ejus, die Pfändung, permittit, vi cujus animal apprehensum legitime detinetur, donec damnum passo satisfiat, LR. *l. 2. art.* 40. 47. Quam ex Jure Civili quoque defendit Feltmann. *de inclusione animalium, c. 1. th. 14. seq.* Romano contra Jure prohibitam fuisse, censent Scotanus *ad ff. Disp. 28. th. 2.* Coler. *d. Proc. Execut. Part. 1. c. 3. n. 64. seq.* Reinhard. *P. 5. diff. 18.* Zobel. *P. 2 diff. 36. n. 1.* Jure Saxonico autem Electorali pecus, quod pignoris loco captum est, Domino Jurisdictionis tradi debet, *P. 2. C. El. 7.* ibique Carpzov. *def. 2.* Richter. *dec. 5. n. 7.* &, pro mora, singulas noctes, quibus pignus redemptum non est, si pignoratio legitime facta fuerit, eidem tres solidi 16 Pfennige sive 4 grossi, solvendi sunt. conf Richt. *dec. 34. n. 4. seq.* ac ipsum pignus, ubi quantitas solidorum in singulas noctes præstandorum ejus æstimationem æquat, repeti nequit, *P. 2. C. 27.* ibique Carpz. *def. 5. 6.* Legitime autem facta pignoratio etiam hoc efficit, ut præscriptionem ejus, qui jus pascendi longa possessione acquirere intenuit, interrumpat. *P. 2. C. El. 7.*

dedat,

dedat, aut farciat damnum, eo quo dictum est modo. Quam constitutionem esse juris Saxonici, arguit inscriptio *articuli 4. d. tit. 3.* in quo id, quod dixi, reperitur. DE WERGELDIO tamen huic applicando, si homo interfectus sit a quadrupede, nihil habemus; de quo copiose Schilterus *a.l h. t. th. 11. usque ad 39.* quemadmodum nec in Gallia tale quid servari, testatur Mornacius ad *l. 1. h. t.*

5. Distinctio animalis, famosæ, aut ignotæ violentiæ, non est juris Civilis; Nec etiam, quod pauperies dimidio damni ab homine dati mulctatur. Causam idcirco non habuit D. Herbajus in notis *ad h. t.* arguendi Statutorum compilatores, quasi nihil opus illis fuisset, ut ea Statutis insererent, quæ Jure Civili sic erant constituta. Aliud discrimen notat Sandius 5. 7. 5. jure Civili electionem dedendi quadrupedem, vel farciendi damnum, usque ad rem judicatam durare, verum Statuto, & jure Saxonico, electionem amitti per retentionem animalis, *d. art. 5.* Quo minus tamen ante litem contestatam durare facultatem eligendi statuamus, nihil in isto *articulo* extat.

6. Idem Sandius in *decis. prædicta*, si dominus quadrupedem non dedat, ad mulctam quidem Statuto expressam eum teneri, docet; non æque in id quod interest, ob impensas curationis & damna operarum, quibus ipse læsus caruit, ac ita judicatum esse refert *anno 1613.* Sed in notis MS. *D. Johannis Sackma* recessum ab illa Sententia reperio, judicatumque, dominum quadrupedis etiam teneri de damno & eo quod interest, *in causa Johannis Duconis contra Johannem Suffridi, anno 1618.* quam definitionem Sandius non commemorat. Quamvis autem pro sententia priore Sandius disputat, re tamen bene exacta, posteriores curas fuisse meliores, dicendum videtur. Primo, quia jure civili cautum est, dominum quadrupedis teneri nomine impensarum in curationem factarum, & operarum omissarum, quasque amissurus esset, inutilis factus, *l. 3. h. t.* Cur autem hac parte recessum a Jure Civili videatur; quod nisi expressum sit, nunquam apud nos intelligitur, ratio nulla videtur. Accedit, quod in *articulo 4. d. tit. 3.* sic habetur, *soo is de heere van dat beest de breucke en boete, inmaten, geiyk of het van een menschе gedaen ware, voor half schultig te betalen.* Primo in his verbis est comparatio damni a quadrupede & ab homine dati, ad eundem modum agendi. Atqui de damnis ab hominibus datis, etiam præstari impensas & id quod interest, ipse fatetur & exponit Sandius. Ergo idem juris est hac parte respectu quadrupedum. Dein in *d. artic. 4.* verbum *breuke*, significat mulctam; ideo, quod additur, *boete* ad præstationem damni, ne sit tautologia, referendum videtur, ut est hujus vocabuli significatio de quavis præstatione pecuniaria, culpæ causa puniendæ, ut *id art. 7. d. tit. 3.* Forsitan media quædam inter condemnationem & absolutionem impensarum sententia ex *isto articulo* resultet; quemadmodum mulcta damni quadrupedarii redigitur ad dimidium mulctæ, quam solvit homo ejusdem damni reus; *sic etiam in impensis & eo quod interest, mediatatem videri esse servandam.*

TIT. II.

Ad Legem Aquiliam.

I. Summa repetitio, & remissio ad Part. 1. item de damno ex incendio ædium dirutarum, & II. Conductarum orto. III. Contra quos detur hæc actio. IV. Quid juris, si alius lethaliter vulneraverit, alius interfecerit hominem. V. De chirographis deletis. VI. De damno ab inimicis alicujus dato, an hoc ipse ferre debeat. VII. Summa regula varios hujus tit. casus judicandi. VIII. De impuberibus. IX. De sævitia Magistrorum. X. De concursu actionis injuriarum & Legis Aquiliæ. XI. Damna in publicis licitisque ludis accepta non præstari, nisi genere, aut modo, lusus sit illicitus. XII. Imperitia medicorum L. Aquiliæ obnoxia. XIII. De cæde a pluribus, incerto percussore, facta. XIV. Quo sensu membrorum suorum negetur esse dominium. XV. De fructibus dejectis, & impensis hac occasione perditis remota difficultas. XVI. De lacu vini philologica observatio, & lectio l. 27. § f. adserta. XVII. Alia quædam obiter observata. XVIII. Modus agendi ex L. Aquilia hodiernus.

HOc etiam caput plena manu executi sumus * in *Part. I. l. 4. tit. 3.* Adde; Quod qui, arcendi ab se incendii gratia, vicinas ædes intercidit, Aquilia non tenetur, *l. 49. § 1.* sed interdicto

* Differentias Juris Saxonici & Civilis circa damnum datum, supra *ad tit. I. ad Legem Aquil. p. 367. seqq.* exposuimus. Hoc superest, ut adjiciamus, Jure Saxonico Comm. occiso animali voluptuario, vel animal

quod vi aut clam convenitur, si incendium illuc non pervenisset, *l. 7. § 4 quod vi aut clam.* Contributio vicinorum non videtur habere locum, nisi communi consensu, vel jussu magistratus, dejectæ sint ædes, *arg. d.l. ll.*

SCHOLIUM.

Communiter doctores committunt has duas Ulpiani leges inter se, quas Autor hoc modo conciliare videtur, quod l. 49. § 1. *loquatur de actione Legis Aquiliæ;* Lex 7. *vero* § 4. *de interdicto quod vi aut clam. cum tamen aperte* l. 7. *simul actionis legis Aquiliæ mentionem faciat. Placet igitur aliorum responsio, quod is, qui ædes alterius tempore incendii intercidit, non teneatur actione Legis Aquiliæ, etiamsi incendium eo non pervenisset, si scilicet metus justus affuerit, incendium eo perventurum esse.* l. 49. § 1. h. t. *quod si vero ex metu injusto id fecerit, teneatur dejiciens, si incendium eo non pervenisset,* l. 7. § 4. Quod vi aut clam.

RESPONSIO.

In d.l. 7. § 4. *fit quidem mentio legis Aquiliæ, sed non habetur, actionem ex ea dari in hoc casu, ut de aliis damnis. Ait, litem æstimandam simplo, veluti, cum vi vel clam agitur: Ergo ex Lege Aquilia non damnatur, & sic conciliatio constat. Vulgaris altera, quam Thomasius præfert, ponit, dejicientem absolvi, & si ignis eo usque non pervenisset; quod videtur esse contra textum: & æstimatio justi metus, quando eventus contra fuit, res admodum obscura est.*

N. ADDIT.

I. *Etsi non dicatur in* d.l. 7. *actionem hoc casu dari, ut in aliis damnis, sufficit tamen, quod in genere, de damno quovis dolo vel culpa dato, detur actio Legis Aquiliæ. II. Imo vero etiam hoc casu, ubi quid vi vel clam factum, actionem Legis Aquiliæ locum habere, diserte patet ex eodem loco in verbis:* Idem ait esse, si damni injuria actum foret. *Quæ quomodo Autor prætervidere potuerit, miror. Ita igitur conciliatio Autoris sibi non-dum constat. III. Etsi quoad meam, vel vulgarem, ut Autor vocat, sententiam assertio, quod dejiciens absolvatur, etsi ignis eo usque non pervenisset, videatur esse contra* d.l. 7. *sufficit tamen, quod expresse fundetur in* d.l. 49. *& ex hac simul ratio suppeditetur in verbis:* justo enim metu ductus, *conciliandi cum textum cum* d.l. 7. *IV. Si, ut JCtus vult, adversus eum, qui justo metu ductus alterius ædes diruit, non datur legis Aquiliæ actio, sive incendium eo pervenerit, sive minus, nulla alia est ratio, quam quod tum nulla injuria subsit, i.e. quod diruens nullum damnum dolo aut culpa dederit. At vero si hoc est, quomodo possit dici, in tali casu, ne obstet altera lex, dari interdictum quod vi aut clam? Quasi scilicet interdictum detur contra eum, qui nullam injuriam fecit. Cum tamen per interdictum hoc occurratur* calliditati *eorum, qui vi aut clam quædam moliuntur,* l. 1. § 1. quod vi aut clam. *V. Quod dicit Autor, rem admodum obscuram esse, quomodo justus metus æstimandus sit, quando eventus contra fuerit, id ex philosophia Juris (ut ipse sæpius loqui amat) desumptum est, quæ repugnat nostræ Juris arti. Nam hæc objectio me non ferit, sed ipsum Ulpianum in* d.l. 40. *Quamquam non desint argumenta Judicibus prudentibus & de eo judicandi, quæ exponere non est hujus loci.*

Quando igitur utilitate publica flagitante datum est damnum, ut in illo casu, actio Legis Aquiliæ cessat; quemadmodum fit, ubi temporibus belli diruuntur & evertuntur ædificia vel pomaria, nimia vicinitate civitati noxia, qua de re vide Sandium 5.7.4. qui tamen *decisione præcedente* damnum refarciendum esse e publico, disputat *arg. Legis Rhodiæ de jactu:* nec egotitis, quæ in utraque definitione traduntur, conciliare possum.

2. Ædibus incendio consumptis, culpa habitatorum præsumitur, * *l. 3. § 1. de off. Præf. Vig. l. ult. de peric. & commod.* ideoque tenetur

æque bonum, vel Wergeldum ejus præstandum; pro animali vero non voluptuario, simpliciter Wergeldum esse solvendum. Land-R. *l. 3. art. 47. & 51.* Cum vero nimium vilia sint pretia animalium, quæ *d. art. 51.* definit, ut puta qui pro anserе obulum, pro sue quatuor aut quinque, pro asino, bove & equa octo solidos, (solidus accipitur pro 16) præstare jubet; Hodie Wergeldi quantitas juxta verum animalium pretium, judicis arbitrio, definitur, ceu *resp. Fac. Jur. Lipsi Mens. Jul. An. 1700.* Thom. *de nox. anim. c. 5. num. 45.* Schilt *ad ff. Ex. th. 32* j. Hartm. Pistor. *Obs. 81.* & Carpz. *P. 4. C. 37. def. 8.*

* Sed cum nimis generalis hæc sit præsumptio, incendio exorto, adversus Patrem-familias, in cujus ædibus incendium cœpit, agi non potest ad damni restitutionem, nisi actor probaverit, ipsius id factum fuisse culpa. Hinckelth. *Obs. 89.* quod *Dec. El. 80.* apud nos confirmat. ad quam vid. Philipp. *Obs. 1.* Dissentiunt quoad Jus commune Vinn. *Sel. Qu. l. 1. c. 33.* Fachin. *Contr. l. 1. c. 87.* Conf. Mencke *Contr. Sel. Jur. Civ. Disp. IV. th. 5.* Carpzov. *Pr. Crim. qu. 19. n. 66.* Imo licet actor probaverit, inhabitantium & domesti-

conclu-

conductor, saltem ut probet, satis se diligentem hac parte fuisse; ad quod, si plures conduxerint, omnes tenentur; si dominus unum ex illis conveniat, hujus culpam probare debet. Sand. *d. tit. 6. def. 9.*

SCHOLIUM.

Imo non præsumitur: neque id probant textus adducti. Nam quamvis in d. l. 3. § 1. *Paulus dicat:* incendia plerumque fieri culpa inhabitantium, *non tamen inde sequitur: Ergo præsumitur etiam a Jure, quod culpa inhabitantium factum fuerit incendium.* Vid. Feltmann. ad d. l. 3. § 2. th. 3. *Lex vero* 11. de peric. & com. rei vend. *potius pro nobis militat. Et hanc sententiam etiam approbavit Serenissimus Elector Saxoniæ,* Decis. Novist. 80. *uti & aliam in controversia simili,* decis. novist. 79. *quod paterfamilias non debeat luere culpam familiæ suæ.* Adde Strauch. XIX. 11. & ibi notata p. 255. seqq.

RESPONSIO.

Fiat conjunctio harum sententiarum; Incendia plerumque fiunt culpa inhabitantium, si de δεῦ δίῳ non constet, d. l. 3. *Rursus, Incendia sine culpa fieri non possunt, si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi & diligentes præstare,* d. l. 11. *His collatis, non potuerit negare Jure-Consultus, hanc regulam inde recte colligi, Habitatorem teneri ad probandam diligentiam suam, cum præsumptio adversus eum consistat.*

Atque in hanc partem non obscure inclinat Sandius loco citato.

SCHOLIUM.

Sed ratio sententiæ supremæ Curiæ, quam Sande d. l. *refert, non tam videtur sita fuisse in eo, quod actor unum ex conductoribus convenerit, sed potius, quod in genere præsumptio non sit contra conductores. Vid.* Feltman. d. th. 3.

RESPONSIO.

Quæ fuerit ratio Decisionis, non est equidem expressum; Sandius toto capite, inprimis sub finem, satis indicat, sibi videri, conductorem teneri, nisi probet suam diligentiam; at si duo principales conductores sint ejusdem domus, ut in illo casu, necessario personam alterius conductoris esse demonstrandam, ejusque culpam esse probandam, liquet e d. def.

N. ADDIT.

Regero I. *Ipse Autor in positionibus ad* h. t. *fassus est, præsumptionem, quod incendium culpa habitantium sit ortum, ex* l. 3. de offic. præf. vigil. *nimis generalem esse.* II. *Quod* h. l. *eam dicit esse sententiam* d. l. 3. *incendia plerumque fieri culpa inhabitantium, si de δεῦ δίῳ non constet, id quoad posteriorem hanc limitationem ex lege ipsa non est petitum, sed ex glossa Autoris, quam in positionibus ad* d. l. *fecerat. Adeoque committitur hic petitio principii.* III. *Hinc jam invertimus rem ex ipso Autore: dicitur quidem in* d. l. 11. *incendia sine culpa non fieri, & dicitur etiam in* d. l. 3. *quod fiant plerumque culpa inhabitantium, sed quia tamen præsumptio hæc nimis generalis est, ideo exinde contra inhabitatorem non potest aliquid inferri.* IV. *Quod vero ulterius urget ex* d. l. 11. *ad id commodissime responderi potest, verba textus huc apponendo: Ait Alfenus:* Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid juris sit? Respondit; quia sine patrisfamilias culpa fieri potest, neque si servorum negligentia factum esset, continuo dominus in culpa erit. Quamobrem, si venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam debent homines frugi & diligentes præstare, si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit. *Jam constat, autorem, dum ex his verbis legis facit hanc propositionem: Incendia sine culpa fieri non possunt, si venditor eam diligentiam adhibuisset &c. commisisse fallaciam compositionis, cum verba hæc ex diversis periodis sint conjuncta.* V. *Nullus etiam est sensus propositionis ita formatæ, & si sensus esse deberet, pro particula* si *debuisset poni* nisi. *At ita plane corrupta fuissent verba textus.* VI. *Textus perspicue dicit in verbis,* quia sine &c. *non præsumi, incendia culpa patrisfamilias facta esse, etiamsi servorum negligentia facta sint.* VII. *Quare verba finalia hunc habent sensum:* Quamobrem, si *modo alias* venditor eam diligentiam adhibuisset in insula custodienda, quam *in emptione venditione* debent homines frugi & diligentes præstare, *ita ut is, qui per incendium passus est, (sciret hoc loco emptor,) non ex antecedenti negligentia præsumptiones contra ipsum excitet, aut etiam circa incendium, de quo quæstio est, negligentiam ejus & dolum probave-*

corum culpam interveniſſe, patri tamen familias, ſive domino, ea imputari nequit, nec ipſe ad reſtitutionem damni obſtringitur, niſi propria culpa aut negligentia ipſius incendio cauſam dederit, aut de negligentia, ignavia, & imprudentia familiæ admonitus, eam dimittere noluerit, ſecundum *Dec. Ll. 67.* ibique Philipp. *Obſ. 2.*

rit; si quid accidisset, nihil ad eum pertinebit. *VII. Deceptus itaque est Autor, qui haec verba legis,* si venditor eam diligentiam adhibuisset, *intellexit ac si aequipollerent illis,* si venditor probasset, eam diligentiam se adhibuisse &c. *IIX. De Sandio quae ab Autore adduntur, eum parum juvant. Ego enim in Scholio non tam de ipsius Sandii doctrina, quam de definitione judiciali sum sollicitus. IX. Ratio ab Autore data non concludit. Sic enim conductor in genere tenetur, nisi probet suam diligentiam: tenebuntur etiam plures conductores. Si hi tenebuntur, non incumbit actori demonstrare, quis ex duobus culpam commiserit.*

Plerumque fit, ut aliæ præsumptiones accedant, pro vel contra alterutrum, qualis; si domus sit combusta, cujus paterfamilias solitus erat Tabaco fumigans transire domum, atque adesse fœnum frumentumque tractantibus. De qua specie consultus a vidua *Bernhardi Schotani* Viri Cl. non dubitavi respondere, colonum teneri ad probandum, sua culpa non esse ortum incendium. Quo responso factum, ut colonus cum domina fundi ac ædium transigeret, anno 1675.

3. Datur haec actio in eos, qui damnum dederunt, non in heredes, nisi locupletiores inde sint, *l. 23. §. 8.* contra plures damni dati participes in solidum singulos, tam, si constet omnes feciisse, quam si non constet; nam cum scimus, qui fecerint, hi soli tenentur, unius solutio reliquos non liberat, *l. 11. §. 2. & §. 4.* Idem est in actione furti aliisque delictis, *d. ll. l. 51. in fin. h. t.*

4. Si alius hominem mortifero vulnere percusserit, alius postea exanimaverit, prior de vulnere, de caede tenebitur alter, ut censet Ulpianus *d. l. 11. §. 3.* contra disputat Julianus *in l. 51. eod.* Sane, si continuis ictibus homo percussus sit, uterque reus tenebitur, *arg. d. l. 11. §. 2. & 4.* Sed uterque JC. ponit intervallum; Julianus addit, *si primo ictu certum esset, hominem moriturum;* hoc cape pro medio conciliandi: dicuntur enim & mortifera vulnera, etsi haud plane ἀμάχως; certum sit, non posse non sequi mortem.

SCHOLIUM.

Adde Wissenb. ad h. t. th. 13. 14. 15. *Distinctio vulnerum lethalium in lethalia per se, & ut plurimum; uti, ni fallor, nec omnibus Medicis nostris probatur, ita dubito, eam cognitam fuisse veteribus JCtis. Quin imo dissensum hac parte inter eos fuisse, ostendunt reliqua verba* d. l. 11. & d. l. 51. *& in specie Celsum a Juliano in quaestionibus de occisione servorum dissensisse, patet ex* l. 21. §. 1. eod. *Est autem Juliani sententia* d. l. 51. *firmioribus rationibus munita.*

RESPONSIO.

Qui judiciis interfuere, sciunt ex responsis Medicorum, quanta latitudo sit apud illos, saltem in hypothesi, vulnerum lethalium, & quam facile vulnus ab aliis pro lethali, ab aliis secus habeatur. Unum e multis proferam exemplum: Anno MDCLXVIII. hyeme brumali percussus erat in capite ictu lapidis, Vigilum Academiae praefectus, valetudinis homo fluxae & corpore cachectico. Is aliquot diebus postea, febre superveniente, extinctus est. Rector Academiae cum essem ejus anni, cadaver & locum vulneris cum Anatomiae Professore D. Frenzelio *& Chirurgis examinavimus; comperto, nihil quam cutem esse penetratam, intacto cranio, salvaque ipsa membrana tegente cranium, responderunt, vulnus non fuisse lethale, nec hominem ex eo fuisse mortuum. Procurator Generalis, deinde superveniens cum suis Medicis & chirurgis, responsum ab illis accepit, vulnus fuisse lethale, & hominem ex eo esse mortuum. Quod cum nobiscum Procurator Generalis communicaret, subridens* D. Frenzelius, *illa facile conciliari posse ait, distinctione vulnerum absolute lethalium & quae causam morti praebeant: vulnus hoc non fuisse lethale, sed fuisse causam febris, & febrim dedisse causam morti;* vid. l. 7. §. 5. h. t. *Videtur igitur satis esse civilis haec distinctio & conciliatio. Ut ἀντιφωνία sit; contrarietatem magis in arctum & in unum redigi oportet, quam hic fieri necesse est. In* l. 21. §. 1. *non eadem species dissensionis inter Julianum & Celsum est, nec eadem ratio ad hanc speciem.*

N. ADDIT.

I. Mirus dissensus medicorum circa vulnus lethale & non lethale, (cui addi potest aequalis dissensus circa determinationem vulnerum per se, & ut plurimum lethalium,) potius meam sententiam probat, quam ut probet, eam distinctionem fuisse JCtis cognitam. II. Quid sit; contrarietatem magis in arctum & in unum redigi oportere, fateor me non intelligere. Si is sensus est, contradictoria debere de uno eodemque casu loqui, sane quilibet, qui utrumque textum adspicit absque praejudicio, deprehendet, & JCtum utrumque de eodem casu loqui, & JCtos in hac controversia dissentire fuisse solitos. Et Ulpianus & Julianus adhibent terminum vulneris mortiferi, *quem apud Ulpianum de eo, quod ut plurimum tale esse solet, velle explicare, vel ad tale vulnus restringere,*

ſtringere, modus loquendi vix patietur. Similiter cum Julianus ait, ſi certum eſſet, hominem moriturum, *hanc periphraſin tanquam ſynonymum vulneris mortiferi adhibet, non tanquam ejus reſtrictionem. Neque τὸ certum eſſe ibi opponit illi, quod mortale eſt ut plurimum, ſed ei*, ubi quis confeſtim vita privatur. *III. Neque ego dixi, eandem ſpeciem diſſenſionis inter Julianum & Celſum eſſe* in d. l. 21. *neque ab illa ad hanc per argumentum a pari concludere volui. Sed ſaltem ſententiam meam illuſtrare volui ea ratione, quod in quæſtionibus affinibus Celſus a Juliano diſſenſerit. Ideoque ultima reſponſio Autoris accenſenda erroribus elenchi.*

5. De teſtamentis chirographisque deletis, datur etiam actio Legis Aquiliæ, vel furti, ſi quidem animus adfuerit furandi; ſcil. iis quorum intereſt, ut heredibus & Legatariis; teſtatori non datur, niſi forte injuriarum, *l. 41. pr. & § 1. h. t.*

6. Axioma generale; *damnum quod quis patitur ab inimicis ſuis, culpa ſua pati intelligitur*, educi ſolet ex *l. 25. § 4. D. Locati*, ut Wiſſenbachius in *h. t. n. 10.* colloçat, & illuſtrat ex Sandio. Limitatur ab iisdem ex argumento *l. 65. in pr. ff. ſolut. matrim.* Licinia Gracchi uxor, repetebat a Viri heredibus res ſuas dotales, quæ, Gracchi rebus ſeditione populari direptis, præſtari non poterant. Heredes tamen de illis teneri, reſpondit Qu. Mutius, *quia Gracchi culpa ea ſeditio facta erat.* Unde colligit Sandius *l. 5. tit. 7. def. 2.* Jarichium Liaukama, cujus domus odio ipſius combuſta fuerit, teneri ad pretia mobilium, inquilinæ ſimul combuſtorum, reſtituenda, quia culpam ejus mali Liaukama, Regi Hiſpaniæ militans adverſus Patriam, ſuſtinebat. Imo ne ſic quidem ſatis æqua videtur hæc ſententia, ut omne damnum, quod noſtri odio illatum ſit, aliis, ſi cauſam inimicitiæ dederimus, præſtare cogamur: Quem enim finem hæc res haberet, aut quæ ratio prævertendi damnum ab alio datum, *l. 19. ff. Commod. l. 41. D. Locati?* quas D. Wiſſenbach. ait eſſe contrarias, *d. th. 10.* nimis εὐχερῶς ἀντινομῶν. Textus, e quibus hæc regula educitur, agunt de his, qui tenent aliquas res, ad quas reſtituendas obligati ſunt. Si hæc reſtitutio, per vim alienam ipſorum odio non injuſto excitatam, impediatur, ſibi hoc imputare debent, ipſi nihilominus ad reſtituendum quod poſſederunt, tenentur: Conductor rem conductam, maritus res dotales; verum ut is, qui rem non poſſedit, nec ad reſtituendum tenebatur, damnum ab inimicis ſuis cuilibet alii datum reſarciat, incivile, & iniquum foret: Proinde, ut Locator, cujus domus ab inimicis ipſius eſt incenſa, teneatur ad pretia mobilium incendio perditorum, quæ non poſſedit, nec reſtituere debuit, nec cuſtodire potuit, inquilino reſtituenda, nullam videtur habere juris rationem, *arg. d. l. 19. & l. 25.*

7. Reliqua hujus tituli, non occupata *titulo parallelo Inſtitutionum*, in variis caſibus & hiſtoriis plerisque lectu non injucundis decurrunt, qui omnes hac regula dijudicantur; *Qui eſt in culpa, tenetur*; ejusque rei judicium e circumſtantiis facti colligendum eſt. De his, quæ ad moderamen inculpatæ Tutelæ pertinent, dictum eſt, & dicendum amplius ad Legem Corneliam, qualia de Furibus nocturnis in *l. 4.* de hominibus, *qui de veſperi vivunt ſuo*, ἡμεροκοίτους, interdiu dormientibus, ut noctibus inſidientur, ait Plautus in *Pyrgopol.*

8. Impuberes, ſi injuriæ capaces ſint, hoc eſt proximi pubertati, Lege Aquilia, ſicut & Furti teneri reſpondet Ulpianus *in l. 5. § 2. in fin. h. t.* In Lege Cornelia non eſt tam facilis ratio Juris adverſus impuberes, ut Mornacius ad *d. l. 5.* docet, & nos in loco videbimus.

9. Hiſtoria magiſtri Sutoris, *qui puero diſcenti ingenuo, filio familias parum bene facienti quod demonſtraverat, forma calcei cervicem percuſſerat, ut oculus puero perfunderetur, in d. l. 5. § ult.* ad quosvis Ludimagiſtros commonefaciendos recte applicatur, quos gravitate comi longe facilius, quam ſævitia *ſuperjumentaria*, ut non abſurde Claudius apud *Suetonium*, producere juventutem, ratione & experientia compertum eſt. Recte parentes conſilio Chryſoſtomi ad Matth. *Homil. 36.* Πολλάκις πατὴρ τῷ μὲν παιδαγωγῷ ὑβρίζοντι τὸν παῖδα κατ' ἰδίαν ἐπιτιμᾷ, λέγων, μὴ ἐσο τραχὺς μήτε σκληρὸς, τῷ δὲ νέῳ τὰ ἐναντία λέγει. *Pædagogum Pater quidem ſæpe ſeorſim, quando puerum indigne adfecerat, increpuit, dicens; ne eſto aſper neve durus eſto. Adoleſcenti contraria dixit*, ut metus maneret, malum ceſſaret.

10. *Interdum utraque actio concurrit, & Legis Aquiliæ & injuriarum, d. l. 5. § 2.* ſcilicet, quando animus contumeliæ faciendæ demonſtratus eſt, ideoque tum fiunt *duæ æſtimationes, alia damni, alia contumeliæ, d. § 2.* Operæ pretium eſt, animadvertere, quomodo hoc moribus hodi-

ernis

ernis conveniat. Nam ſtatutis & noſtris & aliarum fere gentium, de damnis ſine dolo & contumelia datis, tantum agitur in id quod intereſt, ratione detrimenti operarum ceſſantium, & impenſarum. Damnis autem dolo datis, quæ ſunt Injuriæ, certæ mulctæ ſunt impoſitæ, ſecundum genera vulnerum inflictorum, quæ longo ordine recenſentur in *lib. 2. Statut. Friſ. tit. de injuriis 2.* Sed cum hac petitione mulctarum legalium, ſemper conjungitur petitio impenſarum, lucrique ceſſantis, quæ ſunt præſtationes Legis Aquiliæ, ut etiam Sandius obſervat 5. 7. 5. Adeo ut injuriæ Realis actio ſemper cum Aquiliæ Legis actione conjungatur, quotiescunque damnum eſt, & dolum adfuiſſe conſtat; utique tacite id agitur ab Advocatis; ſi modo hi quidem opinentur eſſe duas actiones, & non magis petitionem ejus quod intereſt, atque ut appendicem actionis injuriarum conſiderent, a qua forte ſententia non abſunt Auctores Statuti noſtri, qui injurias corporibus hominum illatas cum damno Legis Aquiliæ confudiſſe, vel in unum compegiſſe videntur. Argumentum habeo, quod mulctæ amiſſi per injuriam oculi, auris, dentium, linguæ, labiorum, pedum, digitorum, non modo exiguntur ſi dolus, ſed etiam ſi culpa, quæ frequentius intervenit, ademptum vel læſum ſit aliquod iſtorum membrorum, ut innumeris judicatarum rerum exemplis conſtat. Atqui, culpa eſt Legis Aquiliæ, dolus ad injuriam pertinet. Ergo utriusque delicti ratio in iſtis continetur, & ſic petitio ejus quod intereſt, venit ex eadem Lege ſtatutaria, cum jure civili diverſa ſint utriusque petitionis principia. Extra mulctas illas ſtatuto certis damnis impoſitas, nihil quidem vetat, quo minus ita dicamus, ut habetur in hac *l. 5. §. 1.* ſeparatas eſſe actiones injuriæ & Aquiliæ, quæ junguntur, quando animus contumeliæ in damno dando adfuit.

11. *Si in colluctatione vel pancratio, vel pugiles dum inter ſe exercentur, alius alium occiderit, ſi quidem in publico certamine, ceſſat Aquilia: quia gloriæ cauſa & virtutis, non injuriæ gratia videtur damnum dediſſe.* Colluctatio fuit exercitatio gymnaſtica, in qua bini corpore nudi, uncti oleo & pulvere adſperſi, ſeſe brachiis complectentes, alter alterum humi dejicere contendebant, de qua vide Hieronym. Mercurial. *Art. gymnaſt. lib. 2. cap. 8.* Pugiles erant, qui pugnis ſtrictis, at plerumque munitis aut completis lamina vel ſphæra aliqua, ſe mutuo percutiebant, usque dum alter proſtratus aut victus manum daret. Pancratium fuit ex pugilatu & lucta mixtum genus exercitationis, quo alter alterum quovis modo ferire, comprimere & dejicere ſtudebat, ut docet Mercur. *d. lib. 2. c. 9.* Damnum hujusmodi occaſionibus datum, non parit actionem; quod hodieque de omnibus publicis & licitis ludorum generibus dicendum videtur; quo pertinet exemplum *Guilielmi Hagii JCti*, alias relatum, cui in ſemita ludi palmarii Hagæ comitis eliſum fuit crus, ex qua plaga, cum ferrum chirurgicum nullo modo admittere vellet, deceſſit. Quatenus tamen per naturam ludi poteſt, identidem proclamandum, *§. 5. I. h. t.* ut fit in ſphæriſteriis pedeſtribus, in manualibus non poteſt. Quid ſi gravi errore pilam aliquis plane deviam egerit in vultum, an culpæ nomine, ſi oculum perfuderit, tenebitur? Non videtur, quia textus hic non diſtinguit, & in ludum periti non magis quam imperiti veniunt; ſibique læſus imprudentiam, quod ſe commiſerit, vel adſtiterit, imputare debet. Idem de haſtiludio cenſuit Henricus II. Galliarum Rex, cum a *Mongommerio* Comite, haſtæ comminutæ fragmento læſus, aliquot diebus ſupervixeret, anno 1559. etſi vidua ejus, *Medicea*, non quieverit, donec alio prætextu auctorem piaculum faceret.

Luſus quoque noxius in culpa eſt, l. 10. h. t. Intelligе luſum genere vel modo illicitum, eventu noxium, qui ratione Legis Aquiliæ, parit actionem.

Mela ſcribit, *ſi cum pila quidam luderent, vehementius* quis pila percuſſa, *in tonſoris manus eam dejecerit, & ſic ſervo*, quem tonſor radebat, gula *ſit præciſa, adacto cultello*, in quocunque eorum culpa ſit, is L. Aquilia tenetur, *l. 11. in. pr. h. t.* Caſus ſatis exquiſitæ raritatis, quem hiſtoriam eſſe non dubitamus, cui tamen geminum apud nos haud facile exiſtet, quia tonſores noſtri non habent ſuas ſellas in publicis locis, ut olim, ſed intra domos. Ad ſimilia tamen interpretatio culpæ, quam in ſequentibus exponit JCtus, produci poteſt.

12. *Si medicus ſervum imperite ſecuerit, vel ex locato, vel ex lege Aquilia competere actionem; idem juris eſt, ſi medicamento perperam uſus ſit, l. 7. §. ult. & l. 8. in pr. ad L. Aquil.* Sub Medicis etiam Chirurgos & Pharmacopœos intelligi, ſatis conſtat e Briſſonio *lib. 2. Antiquit. & de V. S. voce; Medicis.* Idem hic locus docet. Nam prima pars

ad

ad Chirurgos, altera ad pharmacopolas pertinet. Secare Chirurgorum est, Uti medicamentis, est eorum, qui miscent & porrigunt. Ordinatores sunt, qui hodie tenent τὸ κυρίον artis, doctrina, dignitate, virtute præcellentes. Sed ista verba de hisce non loquuntur, An quod hi non peccent? Imo hi sunt, quos Plinius ait, *loquendo Imperatores vitæ nostræ necisque fieri. Discere periculis nostris, & experimenta per mortes agere, lib. 29. cap. 1.* ubi & hoc, *Soli Medico, hominem occidisse impunitas summa est.* Nimis vera, quam ut hodie usurpanda sint verba. Bonorum certe laus eo major, quo malos acrius pungunt, qui vel imperitia vel *novitate* remediorum *famam aucupantur, & animas negotiantur*, ut idem Plinius. De talibus enim hactenus. Cur autem Medici illi doctiores heic non notantur nominatim? Solent exemplis uti evidentibus JCti; at manualium Medicorum peccata manu teneri & demonstrari possunt. Rationalis medicinæ viæ & vestigia morte obruuntur, longeque plures habent anfractus. Verum est etiam, Locati actionem, quæ hic datur in Medicos, hodie non nisi in chirurgos convenire, vix Apothecariis, minime τοῖς κυρίοις Medicis. Aquilia adhuc contra omnes dabitur, imo etiam criminaliter accusari possunt; Et cum nemo id adfectare debeat, *in quo intelligere debet, imperitiam suam aliis periculosam futuram*, ut Gajus ait in *l. 8. in pr. h. t.* non immerito a Procuratore Generali nostra memoria Doctorem vidimus Medicum, a quo ægrotæ cuidam prætextu subtilioris medicinæ mors festinata credebatur, publico judicio fuisse postulatum. Sed hujus rei alius locus est, ut & sequentis dicti;

13. Si plures servum percusserint, nec appareat, cujus ictu perierit; omnes, quasi occiderint, tenentur, cum sit pœna, l. 11. §. 2. h. t. Vulgaris textus, de quo consule Wissenbachium ad *h. t. n. 13.* Quid in quæstione legis Corneliæ juris sit hac parte, ad alium locum pertinet: confer quæ scripta sunt in *pr. tit. De eo, per quem fact.*

14. Dominus membrorum suorum nemo videtur, l. 13. in pr. h. t. Grotius in *libro de Satisfactione*, negat hujus dicti hanc esse, quæ vulgo fertur, sententiam; quasi nemo liberam de suo corpore membrisque dispositionem haberet. Nam Ulpianus auctor hujus dicti, fuit Stoicæ philosophiæ, cujus hæc fuit notissima doctrina; licere *unicuique naturaliter in suum corpus sævire*, ut idem Ulpianus ait, in *l. 9. § 8. ff. de Pecul.* quod non de licentia boni & æqui, sed de facultate naturali accipiendum; quo pertinet, quod ejusdem disciplinæ Cato, apud Ciceronem 3. *de finib.* inter ea, quæ secundum naturam fiunt, mansionem in vita & excessum e vita refert. Mens igitur Ulpiani in hoc loco esse videtur, directam legis Aquiliæ actionem non dari cuiquam de damno suis membris illato; quia directa actio datur domino, cujus appellatio rem aliam, quæ sit in dominio, supponit: Quemadmodum autem nemo potest esse Servus sui ipsius, ita nec dominum esse quenquam sui ipsius, hoc est membrorum suorum, ratio permittit. Liberum sui ipsius, adeoque mortis, arbitrium non negat Ulpianus, ut de conciliatione ejusdem cum se ipso, de qua desperat Wissenbachius *h. t. n. 16.* nulla difficultas esse queat.

15. *Qui fructus alienos desecuit immaturos, hac lege tenetur. De maturis non tenetur, cum domino etiam impensas donaverit, l. 27. § 25. h. t.* Atqui in prædonis etiam persona rationem impensarum habendam esse, ut saltem necessarias deducere possit, pridem intellexímus ex *l. 38. de Hered. petit.* hæ autem impensæ erant necessariæ. *Nodus vere Gordius*, inquit Mornacius *hic.* Nihil verius, quam quod Cujacius suggerit, possessorem habere jus deducendi impensas, *l 38.* non hominem foris & furtim in agrum irrepentem, ut hic, *lib. 10. observ. cap. 1.*

16. Si tectori locaveris lacum vino plenum curandum, & ille cum pertudit, ut vinum fit effusum, in factum agendum, d. l. 27. § f. Cum per lacum omnes intelligerent vas, quod torculari supponitur ad accipiendum mustum, & in quo calcatur, Budæus pro *tectori* legendum vult *Victori*; quid enim tector ad vasa vel tinas, quas Nonius vocat? has curare *Victorum* est. Quis dubitaret, aut obloqueretur? Sed quam fluxa res est conjectura, præsertim a libro Pisano discrepans! Cujacius docuit *10. obs. 9.* laccos ac lacus esse cisternas vini, in terra defossas, quibus vinum, ubi copia erat, veteres occultabant; λάκκας κονιατὰς, *laccos incrustatos, tectorio inductos*, vocat Xenophon 4. *Cyrop. d.* Tector est κονιάτης, ut heic etiam a Basilicis vocatur, qui tectorium inducit. Quando hoc non bene curatur, sed aliqua rima supersit, vinum effluebat, aut corrumpebatur ingesto humore terræ, ut fit in nostris æque cisternis. Ita liquet, Tector quid sibi velit, & victori abire licet. Tales vini cisternas adhuc apud Aquitanos, Te-

Etosagas, & Provinciales in usu esse, testatur Mornacius *hic*. Addamus & hoc, Ejusmodi cisternam subterraneam potuisse videri λῆνὸν, sive ὑπολήνιον, de quo Servator mundi loquitur Matth. 21, 33. Marci 12, 1. non *torcular*. ut verus & novus interpres, nec etiam *wijnpersbak*, ut Belgæ aliique eodem sensu, Anglus *the vinefat*, Italus *un tino*, Gallus paulo ad rem propius, *une fosse pour un pressoir*; quæ tamen cisterna non est. Sed idem quod Hispanus *un fosso*, ante torcular fossam. Laccus fuit, arctissime clausus & depressus *infra* terram locus, ut plus satis indicat vocabulum ὤρυξεν. *effodit*, quo uterque utitur Evangelista. Suidas Cujacio citatus, vocat lacus vel laccos istos ἐρύγματα ὑπὸ τὴν γῆν εὐρύχωρα. καὶ ταῦτα κονιῶντες οἶνον ὑπεδέχοντο καὶ ἔλαιον εἰς ἀυτὰ, καὶ ταῦτα λάκκους ἐκάλουν. *Loca infra terram late defossa, quibus incrustatis vinum recipiebant ac oleum, vocabantque Laccos:* quales Atheniensibus aliisque ait in usu fuisse.

17. De navibus se mutuo adfligentibus, vide *l. 29. § 2. h.* & Wissenbachium *ad h. t. th. 20.* Adde *l. 30. § pen. h. t.* De his, qui stramenta ardentia transiliunt, est *l. 45. § 3.* more usitato in festo Palilium, & noto ex Ovidio, Tibullo, Virgilio, quorum loca refert heic Mornacius: Etiam inter Rusticos nostrates sæpe adolescens ejusmodi ludis adfuisse memini. Ut, tametsi de Festo Palilium non constaret, usus tamen doctrinæ, quæ traditur in *d. § 3.* quod *si alter alterum laserit, non agatur Aquilia*, sic satis intelligi possit: etsi mos antiquus locum imprimis illustret.

Si defendendi mei causa lapidem in adversarium misero, sed non eum, sed prætereuntem percussero, tenebor lege Aquilia, l. 45. § 4. h. t. De Cornelia *lege non paulo secus statuendum, ut in loco videbimus.*

Legem 52 § 1. & 2. legere & expendere oportet, exempli causa, quanta opus sit accuratione prudentiaque in quæstionibus facti jurisque simul examinandis.

18. Atque hæc de lege Aquilia sic satis copiose. Ex dictis hoc repetamus; modum agendi aliquando seorsim ad reparationem damni, aliquando una cum injuriarum actione conjungi. Æstimationem damni hodie non fieri retro, ut lex Aquilia dictabat, *l. 61. § æstimatio h. t.* sed ad veram rei æstimationem, cum eo quod interest circa rem: Notandumque, etsi nullum ipsi rei damnum sit illatum, nec pretio deterior sit facta, verum sumptus in restaurationem facti sint, posse tamen agi lege Aquilia. *l. 27. § Rupisse. 17. h.* De conjunctione cum actione injuriarum non opus est reperi, quæ paulo superius exposita sunt. Postremo id jam ad Institutiones dictum est, de affectionibus liberi corporis, quales sunt deformitas & dolor, nullam in Judiciis haberi rationem, utique non illic, ubi certæ in singulas injuriarum species mulctæ sunt impositæ; de quibus ad *tit. de Injuriis* aliquid dicendum supereſt.

Pœnam Legis Aquiliæ, ut præsertur, quanti res plurimi fuerit in anno præcedente, vel mense, ex æquitatis ratione, non habere locum moribus hodiernis, dictum est *alias*. Agitur simpliciter in id quod interest, æstimandum ita, quemadmodum ad *Inst. h. t.* dictum est: Nisi quatenus Statuta Gentium pœnam aliquam imponunt, ut apud nos, qui alienos agros depascitur aut metit, tenetur in duplum, si dolo; alias in id quod interest, *2. Stat. 3. art. 1. 2.* Qui fructus in agro perdit, aut malo more decerpit, invito domino, triduum includitur, pane & aqua macerandus, *ibid. art. 9.*

TIT. III.

De his, qui dejecerint vel effuderint.

DUo hic sunt edicta, quæ habuimus in Inst. *tit. de Quasi delictis.* Primum est in *L. 1. pr.* adversus eum, ex cujus habitatione aliquid solidi dejectum vel liquidi effusum est, *l. 5. § 5. h. t.* Alterum in *l. 5. § 6. § 8. & ult.* quo mulctantur, qui in suggrunda vel protecto positum aliquid aut suspensum habuere, quod, si cadat, alicui nocere possit. quando id, quod positum est actu decidit & nocuit, tum is, qui posuit vel suspendit, utili actione tenentur, *d. l. 5. § 12.* si non constat, quis posuerit, videtur utilis ex priori delicto dari, *l. 1. § 3. h.*

SCHOLIUM.

Mens Autoris videtur esse, quod hoc casu danda sit utilis actio de suspensis. Mihi vero videtur esse actio utilis Legis Aquiliæ.

RESPONSIO.

Ait Ulpianus in d. l. 5. § 12. *si quod positum erat, exci-*

exciderit & damnum dederit, ad exemplum hujus actionis *dari oportere actionem; Exponit autem tibi Edictum* de positis & suspensis.

N. ADDIT.

Concedo jam Autoris assertum. Sed nec meum tamen a veritate alienum est. Si quilibet de populo ad multam agere velit, erit utilis ex edicto, d. l. 5. § 12. *Si is, cui damnum datum est, ad id quanti res minoris retro fuerit, erit utilis legis Aquiliæ, quia dolo vel culpa ejus damnum datum est.*

Quamvis autem Actio de dejectis & effusis, sit Prætoria pœnalis, tamen est perpetua, *l. 5. §. 5.* contra regulam, quæ est in *pr. Inst. de perpet. & temp. act.* Id autem mireris merito, quæ sit ratio exceptionis. Nam ut hodie fert hominum existimatio, quæstiones hæ de plano judicumque arbitrio fere deciduntur. Forte non tam ut pœnam hoc duplum, ubi nullum delictum nec dolus, quàm ut definitionem ejus quod interest, quod ad summum duplo existimant Juris Auctores, consideraverint. In *L. ult. h. t.* est textus cum ratione Legis Aquiliæ communis; cicatricum aut deformitatis nullam fieri æstimationem, quoniam hæc in liberum corpus non cadat, quod etiam est in *l. 3. D. Si quadr. pauper.* De qua Grœnewegius ad *h. l. ult. Futilis mehercle ratio*, inquit, laudatque mores & sententias in contrarium, etiam Frisiæ nostræ ex *lib. 2. Stat. tit. 2. art. 15.* in quo nihil est aliud, quam vulnus in facie duplo lui, quod a Jure Civili non abhorret, quatenus a loco vulneris augetur pœna, § *Atrox. Inst. de Injur.* Alioqui constans in nostra Curia servatur ratio, propter dolorem & deformitatem, ne quidem si petantur, admittere æstimationem, etsi de Hollandia sua testetur aliter Grotius *lib. 3. Jurisprud. Holl. tit. 34. n. 5. & 6.* nec iniquum videatur, si non æstimationem, saltem aliquid solatii loco indulgere querentibus. Sed tale solatium magis est Attributricis quam Expletricis Justitiæ, nec adeo ad Judiciorum vigorem referri potest. Occurret iterum hic locus ad *tit. de Injuriis.*

TIT. IV.

De Noxalibus actionibus.

Etiam de noxalibus actionibus ex *Parte I.* constat, nec usum habent hodie, quia servis caremus, & in liberis jam olim cessavit. Diximus abunde ad *tit. Inst. de Noxal. action.* Hoc tamen indictum, si domino sciente & non prohibente, cum posset, servus deliquit, eum ad integram litis æstimationem, perinde ac si jussisset, obligari, *l. 2.* cum *3. ll. seq. h. t.* Ut etiam, si dolo servum possidere desiit, aut per mendacium neget, se habere eum in potestate, aut, deferente adversario, nolit jurare, se nec habere nec dolo illum habere desisse, *l. 5. & l. 21. § 2. & seqq. h. t.* Qui non est dominus, ad dedendum noxæ non tenetur, * quoniam dominium, quo caret, transferre non potest, *l. 27. § 2. ad L. Aquil.* tenetur tamen, ut servum dedat qualitercunque, *l. 13. h.* quos textus ita conciliare licet, *arg. l. 11. h. t.*

LIB. X.

TIT. I.

Finium regundorum.

I. *Continuatio. Quo sensu Judicia divisoria sint duplicia Judicia.* II. *Definitio actionis Finium regundor.* III. *Actionem esse in personam, remotis objectionibus.* IV. *Dari actionem inter socios. Expl.* l. 4. § 6. h. t. V. *Quid per fines intelligatur, & explic.* l. pen. C. h. VI. *Intentio hujus actionis.* VII. *De accessionibus hujus judicii, adjudicationibus, fructibus &c.* VIII. *Actionem esse arbitrariam.* IX. *De præscriptione hujus actionis.*

Post actiones in Rem, atque in Rem scriptas, sequuntur actiones mixtæ, ex qualitate Reali & personali, eodem sensu quo sæpe dictum & plenius expositum est in *Part. I. tit. de Action. n. 22.* Sunt autem *post Her. pet.* tres omnino id genus actiones, & quidem divisoriæ; Finium

* Hodie ergo, cum liberorum hominum operâ utamur, Domini ex eorum privatis delictis conveniri nequeunt, Brunnem. *ad l. 4. ff. de noxal. act. n. 1* Schœpffer. *Synops. Jur. ad d. tit. n. 5.* Jure Saxonico tamen residuum mercedis arresto affici potest, ut læso inde satisfiat. L. R. *l. 2. art. 31.* Carpz. *P. 4. C. El. 43. def. 7.* Coler. *dec. 208. n. 3. j.* Schœpffer. *l. c.*

Regundorum, Familiæ Erciſcundæ, Communi dividundo. Quæ ſunt etiam alio ſenſu *duplicia* judicia, quia par utriusque litigantis in his actionibus eſt conditio, *l. 13. de Judic.* cujusmodi judicia vocantur a Juſtiniano *duplicia, in § pen. I. de Interdict.* Quia ſingulæ perſonæ *duplex* jus habent, *agentis, & ejus quocum agitur, l. 10. h. t. Unusquisque heredum, & rei, & actoris partes ſuſtinet.* habetur in *l. 2. § 3. Famil. Erciſc.* Quo reſpectu mixtæ etiam hæ actiones dicuntur, *l. 37. § 1. de O. & A.* quanquam expedit, ut hæ qualitates actionum mixtarum & duplicium diſtinguantur, ita quemadmodum expoſitum eſt.

SCHOLIUM.

Mixta judicia dici videntur, non quaſi in iis uterque ſimul actor & reus ſit, quem ſignificatum in mente videtur habuiſſe Autor, ſed quod uterque ante intentatam actionem habilis ſit ſuſcipere perſonam actoris, ſi nimirum prior ad Judicium provocaverit. Et ſi vel maxime dicere velis, etiam in ipſo exercitio, utrumque ab altero aliquid petere, & ita ſimul actoris & rei vices ſuſtinere, tamen urgeri poſſet, ſecundum hanc expoſitionem, plures fore actiones mixtas, contra intentionem Imperatoris; cum facile & in aliis actionibus contingere queat, ut reus per modum exceptionis aliquid ab actore petat, ut in actione empti, locati, commodati &c.

RESPONSI loco ſervire poterunt ſequentia. Duplex illud jus utriusque litigantis in effectu magis, quam in modo procedendi conſiſtit. Nam hoc reſpectu, ut alter habeatur Actor, alter Reus appelletur, ad formam cujusvis judicii obſervatu neceſſarium eſt, ut traditur in *d. l. 13. de Judic.* adeo ut ſi tempore diſcerni nequeant, forte vices actoris Reique conſtituendæ ſint, * quando aliter forma judicii non conſtat, *d. l. 13.* In effectu & exercitio diſceptationis maxime ſpectatur duplicitas; quoniam utraque pars eandem habet intentionem diviſionis impetrandæ, easdem probationes facere debent, utrique vicini ſunt aut ſocii, ad utrosque diviſio æqualiter pertinet.

N. ADDIT.

Primum reſponſionis membrum probat magis priorem partem mei Scholii, quam ſententiam Autoris. Secundum vero non probat duplicitatem effectus per intentionem eandem litigantium &c. Nam intentio litigantium & effectus ſententiæ ſigniter differunt. Potius in effectu magna eſt differentia. Si enim poſt actionem inſtitutam uterque eſſet actor, uterque etiam teneretur probare fundamentum actionis. At hoc nunquam obtinet, ſed reus ſemper poteſt eſſe tutus, ſi actor nil probaverit. Quamvis non prohibitum ſit reo, (ut in omnibus Judiciis, duplicibus etiam,) ſuum intereſſe per modum reprobationis obſervare.

Nec tamen hæc ratio duplicitatis eſt perpetua; Nam ſi alter ſe læſum confuſione finium & rerum communium ſolus conqueratur, ὁ λυπούμενος, gravatus habet ſolus actoris partes, & alter, ut res ipſa loquitur, ſolus & ſimpliciter eſt Reus.

N. ADDIT.

Miror, cur Autor omiſerit meum Scholium. Ad hæc enim verba id notaveram: Ex præcedentibus (i. e. dictis in ſcholio modo præcedente,) vero ſimul patet, ita explicata natura judicii mixti, non opus eſſe, ut hoc caſu exceptionem ſtatuamus. Sufficit enim, quod alter ſi velit, (clarius ſi voluerit,) etiam ad Judicem provocare poſſit. (potuerit.)

2. Prima diviſoriarum duplicium que actionum, eſt *Finium regundorum*, quæ pacti inter cives cuſtodiendæ maxime neceſſaria eſt; quando nihil rixis & pugnis frequentiorem dare poteſt cauſam, quam finium incertitudo: quo pertinet, quod Plutarchus de *Romulo* narrat, eum noluiſſe fines urbis a vicinis diſtingui, ut ſemper eſſet litium bellorumque occaſio renovandorum. Actionem hanc definire licet hoc modo; *Eſt actio in perſonam, qua confines agrorum contendunt, ut veteres fines declarentur, aut novi judicis arbitrio conſtituantur, cum adjudicationibus, fructibus & eo quod intereſt.* Videamus ſingulos definitionis articulos.

3. *Eſt actio in perſonam*, quia datur *ex* facto confuſionis finium, & *ad* factum dirimendi fines confuſos, aut, ſi dividi nequeant, alios fines dirigendi, *l. 2. § 1. h. t.* Actiones autem, quæ ad factum tendunt, eſſe in perſonam, ſatis docet *l. 25. de O. & A.* cui accedit, quod in *l. 1. h. t.* diſerte ita ſcriptum eſt, *Finium regundorum actio in perſonam eſt.* Quo pacto autem verba ſequentia, *licet pro rei vindicatione eſt*, non adverſentur huic theſi, *ad tit. I. de Action. n. 22.* demonſtravimus. Summa eſt, occupari his verbis objectionem; quod actio finium regundorum

* Apud nos judicis arbitrio, ut ſupra de duplicibus interdictis & actionibus monitum fuit, *P. I. f. 456*, adde Zanger. *de Exception. Part. 2. cap. 1, n. 385.*

ſit

sit *loco rei vindicationis*, eundemque diversa intentione præstet eventum; hoc enim ipso, quod judex fines ad priorem terminum reducit, efficit, ut *alterum alieno abstinere jubeat, dominoque suum restituatur*, ut ait Ulpianus in *l. 3. pr. h. t.* tametsi hæc non sit forma sententiæ, quemadmodum nec fuit in Conclusione Actoris, qui de *finium confusione defert querimoniam*, ut est in *l. 3. C. h. t.* De facto queritur & ad factum contendit, quod etsi *proprietati cohæreat*, ut rursus in *d. l. 3.* non magis tamen est in rem actio, quam si quis commodati actione rem suam avocet ab eo, qui rem sibi negat esse commodatam, aut inficiatur depositum; quæ sunt actiones mere personales, sic tamen proprietati cohærent, ut cum judex inficiantem jubet restituere commodatum vel depositum, simul alterum alieno abstinere, dominoque suum restitui jubeat: Quibus accedit, quod in *l. 1. C. d. Annali except.* hæc actio, juxta Familiæ Erciscundæ & Communi Dividundo, pro Socio, Bonorum raptorum, inter mere personales refertur. Quod igitur alii fundamentum hujus actionis volunt esse dominium, non magis probatur ex *d. l. 8. in pr. & l. 3.* quam quod Depositi & Commodati actiones e dominii fundamento nascantur. Adjudicationes, quæ fiunt in hac & sequentibus judiciis, nihilo magis ad hanc mixturam pertinere probandam, evicimus, ad *d. tit. Inst. n. 22. sub fin.* idemque mox denuo patebit.

4. Sequitur in definitione, *Qua confines agrorum.* Habet enim hæc actio locum in Confinio prædiorum rusticorum. In prædiis urbanis finium regundorum judicio nullus est usus, quia domuum fines nulli sunt, nisi horrorum latitudo quandoque terminos habiles faciat; Ædificia parietibus distinguuntur & quidem plerumque *communibus*, habetur in *d. l. 4. § pen.* Quid si parietes domuum spatiis intermediis sint distincti? tamen nihil opus hoc judicio, quia parietes moveri nequeunt, ut ex illis finium confusio, sicut in agrorum limitibus, metuenda sit. Spatia, quæ inter insulas (ita vocari domos in jure, satis constat.) stillicidii causa relinqui solent, communia sunt pro diviso, ita ut quisque suam partem ædificando, (si modo stillicidium, ne in partem soli vicini caliter, avertat,) occupare possit, *l. 20. § ult. de S. V. P.* modo nec solum ejus alia servitute libertatem illam amiserit, *l. 20. in pr. de S. R. P.* Inter eos etiam, qui flumine viaque publica distinguuntur, non esse viciniam proximam, nec hujus adeo facultatem actionis, ipsa res loquitur, *d. l. 4. § ult. & seqq.* quod in rivo secus, & consequenter in itinere, licet publico, esse docet *l. 6. h. t.* Porro debent esse *Confines* tantum, non socii, nec qui fundum habent communem. *l. 4. h. t.* quoniam his competit actio pro socio, vel potius communi dividundo, nec committenda sit actionum confusio. Tu dices, quomodo inter eos, qui fundum habent communem, possunt esse fines, ubi nulla divisio? Dicendum, in *§ 6.* proponi regulam; in sequenti usum regulæ exemplo declarari, qui est, si alter proprium fundum juxta communem, situm habeat, *d. l. 4. § 7.* Atqui in simili specie, quando plures habent rem communem, dantur actiones de Servitutibus, in *l. 27. de S. U. P. l. 4. § 1. Si servit. vind. l. 6. § 2. 3. l. 11. § 5 de Aqua pluv. arc.* quid obstat, quo minus inter socios detur actio Finium? Respondeo, quoniam Servitutes præscriptione longi temporis acquiruntur, quod secus erat in finibus, ut explicat Cujacius *22. obs. 38.*

5. *Contendunt:* Hoc ita, ut modo diximus, intelligendum, quod uterque utplurimum eandem habeat intentionem, etsi quandoque secus in hypothesi fiat, unoque contendente, alter solummodo contradicat.

Ut veteres fines. Per fines intelligi spatium quinque pedum, quod olim inter agros vacuum erat relinquendum ex lege Manilia, quod nec usucapi poterat, omnes observant ex Cicerone *l. de LL.* Frontino de *limit. tit. de Controv.* ubi si de majore spatio locorum ageretur, causam proprietatis agendam fuisse Rei vindicatione, traditur. Sed postea constitutum est, *præscriptionem*, id est determinationem illam quinque pedum, esse removendam, actionemque finium regundorum, sine certa *præscriptione* spatii, *libere* peragi posse; quem sensum credimus esse legis *pen. C. h. t.* quam alii mire involvunt; *Quinque pedum præscriptione submota*, ajunt Impp. *finalis jurgii, vel locorum libera peragatur intentio.* Nihil facilius illo sensu exposito, nihil usui civili accommodatius. Quod olim quinque pedum spatio hujus actionis usus limitabatur, in id hodie non attenditur; sed quotiescunque fines & termini majoris quoque loci distantia dicuntur esse mutati, in præjudicium confinis agri, toties *finale jurgium*, lis de finibus *libera*, illimitata intentione peragi potest. Nec obstat huic expositioni *l. 4. C. fin. Regund.* ut Jac. Gothofred. in *Comment. ad l. 4.* & Struvius *ad h. t. n 67.* indicant. Qui præscriptionem intelligunt heic *exclusionem ratione temporis*, nec idoneum *legi pen.*

ſenſum dare poſſunt, & quinque pedum ſpatio antea potuiſſe præſcribi, ſupponere debent, quod verum non eſt, ut Cujacius *d. cap. 38.* probat.

6. *Declarentur*; Hic eſt, ac eſſe debet, primarius finis intentionis, ut fines mutati reſtituantur in eundem ſtatum, in quo prius fuerunt, *l. 3. de Term. mot.* quod eſt, *dirimere fines* confuſos in *l. 1. § 1. h. t.* in quem finem conſulenda vetera monumenta cenſusque, id eſt, cenſuales tabulæ ante litem conteſtatam ordinatæ, quatenus deinceps nulla, poſſeſſorum voluntate, mutatio facta fuerit. Adhibendi quoque agrimenſores & præſens quandoque inſpectio, *l. 8. & l. 11. h. l. 2. C. eod.*

Aut novi, Judicis arbitrio, conſtituantur. Si diremptio & renovatio ad veterem modum inſtitui nequeat, quæ eſt directa hujus judicii intentio, res ad officium deducitur, ut novi fines conſtituantur. Etiam aliquando, ſi maxime fines antiqui poſſint indagari, ſi tamen obliqui, impliciti & confuſionibus obnoxii ſint, poteſt judex evidentioribus agros limitibus diſtinguere, *§ 6. Inſt. de Off. Jud. d. l. 2. § 1.*

7. *Cum adjudicationibus.* In diſtinctione novorum limitum neceſſariæ ſunt adjudicationes, quibus alter condemnetur, particulas angulares agri ſui amittere, vicinoque prædio cedere, ut fines recta conſtituantur; & alter, pecuniam dare, qua judex amiſſas alterius agri particulas æſtimaverit, *§ 6. Inſt. de off. Jud. l. 3. h. t.* cujusmodi adjudicationes non inferre mixturam actionis in rem, non repetemus: probatum ad *d. tit. de Act. n. 22. ſub fin.*

Fructibus. Eodem modo fructus heic veniunt in condemnationem, quo in Rei vindicatione, pro qua cedit, & cujus effectum præſtat; quæ proinde ex *tit. de Rei vind.* pro repetitis haberi debent, juxta *l. 4. § 2. h. t.*

Et eo quod intereſt. Hujus quoque rationem habendam eſſe, docet æquitas, & textus in *l. 4. § 1. h. t.* ratione damni, per culpam, aut dolum, impenſasve ab altero factas: nec non ratione lucri ceſſantis, ut in *d. l. 41.* declaratur.

8. Ex hac definitione & ejus exegeſi colligendum ſupereſt, cujus generis hæc ſit actio, bonæ fidei, ſtricti juris, an arbitraria. Bonæ fidei non eſſe, probatur *ex argum. § 28. Inſt. de Act.* ubi, cum perfectus actionum ejus generis catalogus recenſeatur, hæc ibi non reperta, non poteſt pro tali haberi; Attamen inde non ſequitur, quod vult D. Wiſſenbach. *ad h. t. n. 5.* illam eſſe juris ſtricti, cum detur tertio, ut recte Thomaſius in *Schol. ad poſit. penult.* Arbitrariam eſſe, non tam probatur ex *l. 7. h. t.* ubi de modo agrorum *arbitri* dicuntur dari; nam ita judices etiam in bonæ fidei judiciis, quæ olim arbitria vocabantur, ut probavimus *d. tit. de Action. n. 25.* ut judices in illis, arbitri, *l. ult. D. Famil. Erciſc.* Sed inprimis, quia Judex heic primo juſſum edit, quo fines jubet reſtitui, vel pati, ut novi conſtituantur, quæque præterea finibus reſtituendis connexa ſunt: Si quis judici non pareat, gravius condemnabitur; quæ eſt ipſa veriſſimaque proprietas actionum arbitrariarum, ut expoſitum ad *d. tit. Inſt. de Action. n. 25.*

9. Denique tenendum, huic actioni tanquam perſonali, non præſcribi, niſi longiſſimo tempore XXX. annorum a tempore finium mutatorum, *l. ult. C. h. t. d. l. 1. § 1. C. de Annal. except.* quod tamen intelligendum, poſitis terminis habilibus, ſi fines quidem producti ſint atque mutati, ſed ager interjectus æquabili certaque poſſeſſione ab uno poſſeſſus non fuerit; hoc enim ſi factum ſit, non poteſt aliter, quam ut fines una cum fundo uſucapti intelligantur, *l. 2. § 6. in fin. ff. pro emptore.* Poſtremo & hoc notandum; Aliquando hanc actionem eſſe acceſſoriam judicii criminalis de termino moto, *d. l. 4. § 4.*

TIT. II.

Familiæ Erciſcundæ.

I. Utilitas hujus judicii. II. Definitio hujus actionis, & communes ejus qualitates. III. Quatenus qui agit hoc judicio, adverſarium fateatur eſſe coheredem. IV. Quæ res dividantur, & quæ non. V. Qua ratione nomina & obligationes dividi poſſe negentur, & tamen dividantur. VI. Præſtationes perſonales, in hoc judicium quæ non veniant. VII. Officium Judicis in deſcriptione bonorum, & hujus effectus. VIII. Ejusdem officium in bonis dividendis, ubi conciliatio l. 32. h. t. cum l. 2. C. eod. IX. Familiæ erciſc. judicium an plus ſemel inſtitui poſſit, & an differat hactenus ab hereditatis petitione. X. Non poſſe conjungi Hereditatis petitionem cum hoc judicio, quod tamen recte intelligendum.

Paci

PAci inter cives, inquam, custodiendæ judicia divisoria maxime conducunt; nusquam enim violentius ἡ πλεονεξία, *plus suo cupiditas habendi* sævit, quam ubi duorum pluriumve avaritia cedere nescia in iisdem rebus colliditur; ut Jocasta in *Phœnissis*, ad filios:

Μετέθετον τὸ λίαν, μετέθετον, ἀμαθίαν δυοῖν.
Εἰς ταὐθ' ὅταν μολητον, ἐχθιστον κακόν.
Mittite quod nimium est, mittite, duorum insolentiæ,
Quando in idem concurrunt, malum infestissimum.

Danda igitur opera fuit, ut hæc res accuratis legibus & actionibus regeretur; quo singuli parte sua contenti æqualitatem servarent, cujus neglectus injuriæ omnis initium est. Eadem ad alterum ex filiis.

Σὺ δ' ἐκ ἀνέξῃ δωμάτων ἔχων ἴσον
Καὶ τῷδ' ἀπονεῖμαι; κἀκ τὰ πᾶ ξὺν ἡ δίκη.
Si tibi domus dimidia pars non sufficit,
Nec alteram fratri sinas, jus exulat.

Fierique oporteret, quod inter illos, spectante matre, factum,

Θήκτῳ σιδήρῳ δῶμα διανεχεῖν τέδε.
ut
Manu familiam & ense stricto erciscerent.

Cujusmodi incommodis ne domus funestentur, Familiæ Erciscundæ judicium introductum est; Nam erciscere familiam nihil est aliud, quam *dividere* hereditatem, ab *Erciscere*, verbo vetere, cujus vestigium in Noverca, & *familiæ* antiqua significatione; qua familiæ *emptor* & in XII. Tabulis, Agnatus proximus *familiam*, & similia, de quibus Brisson. in *de V. S.* voce *Familia.*

2. Est autem Familiæ Erciscundæ Actio, *quæ datur inter coheredes discedere volentes a communione rerum hereditariarum, tam ut res hereditariæ dividantur, quam ut præstationes personales æquentur*, ut posuimus ad *tit. Inst. de Quasi-contract. n 6.* Qualitates actionis ibi non expressimus, ut quod *Civilis* sit, ex lege XII. Tab. *l. 1. h. t. Duplex*, ut ad *præced. tit. Mixta*, non ratione causæ, quod simul ex jure dominii & obligationis oriunda sit, ut toties dictum: sed ratione materiæ, ut diserte scribit Ulpianus in *l. 22. § 4. h. t.* Familiæ *erciscundæ judicium ex duobus constat, id est rebus, atque præstationibus, quæ sunt personales actiones.* Denique bonæ fidei hanc esse actionem, satis ex *§ 28. Inst. de Action.* constat. Has qualitates definitioni inferendas non putavimus, nec alias solemus; sufficit, eas e loco de Actionibus communi esse notas; nisi quando in certis actionibus singulari usu veniat.

3. *Datur inter coheredes*, volentes discedere a communione rerum hereditariarum, *l. 1. h. t.* unde sequitur, hoc supponi ab eo, qui agit familiæ erciscundæ, adversarium esse coheredem, quod etiam ex *l. 24. § 1. h. t.* satis liquet. At tamen Scævola in *l. 37. h. t.* sic ait, *Qui familiæ erciscundæ judicio agit, non confitetur, adversarium sibi coheredem.* In basilicis habetur ὁμολογεῖ, *confitetur*, absque negatione. Cujacius emendationem ex basilicis alioqui facillimus, heic tamen ἐπέχει, *subsistit.* Intelligit basilicos æque mendosos esse posse, quam Florentinum librum. Aliis ita videtur, *Legem 37.* de Reo esse accipiendam, qui respondens actori, de ejus intentione confiteri non videatur, *arg. l 9. de Except.* Habetur quidem in textu, *agit*; sed quia duplex hoc est judicium, in quo *uterque est actor & reus*, ut scribit Paulus in *l. 44. § 4. h. t.* nihil verat, reum *agere* dici. Simplicius, & forte rectius est, ita tenere; eum, qui familiæ erciscundæ adversus alium agit, videri quidem supponere, adversarium esse coheredem; at tamen id ipsum non directe *Confiteri*; ut eum effectu coheredem illum, si vere non sit, agnoscere cogatur: posse ab illo postea quoque hereditatem petere, tanquam ab eo, qui pro herede possideat, quæ fere est sententia Cujacii *lib. 9 obs. c. 46.* Sed Condictionem indebiti ad repetendum, quod falso coheredi in divisionis judicio cessit, non dari, Paulus disputat in *l. 36. h. t.* quia non est indebitum, quod ex causa judicati solutum est; id ipsum tamen, inquam, hereditatis petitione repeti posse, jus & æquitas dictare videtur, *arg. l 17. de Hered. pet. l. 1. ff. Si pars hered. pet.* Cæterum, ex eo, quod inter coheredes datur hoc judicium, adversus eos, qui pro emptore, pro donato, aliove singulari titulo rem tenent, non dari, nec ejusmodi res venire in hanc actionem, ultro liquet, *l. 25. § 7. h. t.*

4. *Tam ut res dividantur*; Hanc esse primariam hujus judicii intentionem e Quasi-contractu Communionis oriundam, satis constat. Idcoque exercetur in omnibus rebus divisionis capacibus, quales non sunt, quæ in dominium singulorum redigi nequeunt, ut loca religiosa, *l. 30. in fin. h.* venena, libri nefarii, & similia, quæ Judex statim corrumpere debet. *l. 4 § 2. h. t.* Similiter, quæ ex peculatu, vel ex sacrilegio acquisita sunt, vel vi, aut latro-

latrocinio, hæc non dividuntur, *d. l. 4. § 3.* Atqui talia lucra veniunt in hereditatis petitionem, & possessor inhonestos fructus ex hereditate perceptos, etiam restituere cogitur, *l. 52. D. de Heredit. pet.* idem fere de negotiorum gestorum actione habetur in *l. 8. § 1. D. de negot. gest.* Ratio differentiæ videtur esse, quod in his posterioribus judiciis, qui fecit inhonesta lucra, id agit, ut ea retinere possit, qua in re non est ei indulgendum, sed restituere debet, quicquid ut heres aut negotiorum gestor acquisivit. At in hoc judicio, turpia lucra Judicis officio dividenda forent, quod vigor publicæ disciplinæ non patitur; verum ille potius in publicum tal a denunciare debet. Idem erit in pecuniis ex alea stupris que conquisitis, *l. 59. § 1. Pro soc.* Proinde etiam in iis, quæ ex venditione publicorum munerum hereditati accesserunt; quatenus hæc nundinatio Legibus prohibita est. Usus hujus observationis venit, cum ejusmodi lucra vel in nominibus adhuc extant, vel ipsa nummorum corpora inde confecta, reperiuntur. Nam si tales pecuniæ in substantiam bonorum redactæ, aliquando ad defunctum pervenisse probari queant, non erit in hac actione Judicis officium, illas e bonis iterum exigere & segregare; quod potius ad fidei procuratoris officium attineret. Sunt etiam res, quæ divisionem per naturam suam non recipiunt, ut Servitutes, de quarum individuitate diximus *in loco*, & in hoc judicium per legem XII. tabularum non veniunt, nec adeo venire possunt, *l. 25. § 9. h. t.* Cautiones quoque, & instrumenta hereditaria, non dividuntur, sed apud eum, qui ex majori parte heres est, collocantur; aut si pares sint, sortiri oportet, vel ex *consensu*, omnium scil. unanimi, vel *suffragio* majoris numeri, apud tertium collocanda, aut in æde sacra deponi debent, *l. 5. h. t.* Primogenitus igitur ex fratribus nihil hic jure, ut videtur, sibi arrogare potest, *l. 5. C. Comm. utr. jud.* qua de re mores Gentium variant, vid. Morn. & Brunnem. ad *d. l. 5.*

5. Nomina quoque, id est obligationes & actiones, cum sint incorporales, dividi non possunt, *l. 4. in pr. l. 6. & l. 7. C. Famil. ercisc.* adeo ut si nihil præter nomina sit in Hereditate, cesset hoc judicium, *l. 25. § 1. in fin. h. t.* Quod de ipso jure actionis instituendæ, non de officio judicis implorando capiendum. Quippe nihil utilitatis est, quam obligationes & nomina dividi in ercisecundis familiis, ne sit necesse per partes exigi & exigere, quod sæpe non levia habet incommoda, *l. 3. h. t.* sed juris ratio per divisionem illam non mutatur. Quin creditores non contenti e coheredibus illo, cui suum nomen in solidum sit impositum, cunctos heredes pro partibus hereditariis convenire possunt: *libera potestas*, inquit Gajus, *manet creditoribus, cum singulis experiundi.* Quin nec ipse coheres ille, qui nomen aliquod *passivum*, ut sic loquar, hereditarium solus in se receperit, a creditoribus, vi conventionis illius inter coheredes factæ, postea invitus convenire potest; sed ita demum, si procuratoriam qualitatem pro cæteris cohered bus in se admiserit, *d. l. 3.* Qua similiter opus ei est, quando nomen adivum sibi in divisione adsignatum exercere debitoresque in solidum vult convenire, *d. l. 3. in med.* Magis tamen arbitraria facultas est in activis, quam in passivis nominibus, quatenus ex illis debitores inviti prompte conveniri atque ad solvendum solidum cogi possunt, vi clausulæ procuratoriæ, sive cessionis mutuæ in divisionis instrumento factæ, qua coheres, cui nomen aliquod obvenit, ait se petere v. c. centum a debitore hereditario, partim suo nomine, partim vi cessionis a coheredibus factæ. Verum in passivis nominibus, Creditores neglecta divisione clausulaque procuratoria, omnes & singulos heredes convenire possunt, quia debitores se creditori invito subducere nequeunt, *l. 1. C. d. Novat.* Qui tamen onus in se recipit solus ex coheredibus, quo minus ille pro cæteris intervenire judicatoque satisfacere possit, nihil, (scilicet sine præjudicio Creditoris,) impedimento est, *d. l. 3. in fine.* Cæterum quando singuli coheredes tantum de rebus defuncti, quantum ad Creditori satisfaciendum requiritur, possident, hypothecaria conveniri possunt, *l. 2. C. de Hereditat. act.* idque ut observari hic potest, sic *alio loco* tractari debet. Denique & hoc per se patet, debitum præstationis individuæ non posse ita inter heredes dividi, ut singuli pro partibus agere possint, quod exemplo declaratur in *l. 78. § 2. de Contrab. empt.* Instrumenta quoque hereditaria pro individuis hac parte habentur, de quibus vid. *l. 5. C. h. t.*

6. Postremum in definitione est, ut *præstationes personales adæquentur.* Quid sint præstationes personales, diximus ad *tit. I. de Societate, n. 7.* scil. quæ non immediate de rebus, aut ex rebus, sed ex facto aliquo personali oriuntur, veluti ex dolo culpave alterutrius, modo quasi ab herede factum sit: Nam si quis vivo testatore pecuniam sustulerit, aut aliud quid interverterit, vel commiserit, cum nondum heres erat, in familiæ erciscundæ

secundæ judicium cares non venit, *l. 16. §. 4. h. t.* Quæ autem ut heres fecerit, etsi alia de illis actio non desit, omnino in hac actione continentur, *d. §. 4 & seq.* Quicquid denique unus heredum ex rebus hereditariis percepit, stipulatusve est, in hunc censum venit, *l. 19. h. t.* Videndum autem, ut in omnium personis fiant adjudicationes illæ personalium præstationum; & ideo, si in alicujus persona fuerit omissa Condemnatio, in cæterorum quoque persona, quod fecit judex, non valebit, ratione ab unitate rei judicatæ petita, *l. 27. h. t.* Denique, prælegata coheredi ut præcipua adjudicanda, nec minus quod defunctus ei debuit; *l. 8. l. 4. l. 20. §. 1. & l. 42. h. t.*

7. Ex hac definitionis exegesi naturam hujus judicii cognoscere licuit. De officio Judicis præter ea, quæ in *Parte priore* dicta sunt, addere placet; Primo omnium, esse necessariam descriptionem rerum hereditariarum, cum oneribus & commodis, ut materia divisionis in conspectu sit: in quem finem coheredes, maxime qui domi *mortuarie* fuerunt, jusjurandum præstare debent, se *non ituros ad inficias*, nec quicquam suppressum iri, *l. 44. §. 4. h. t.* ad quod juramentum famulos & ministros etiam compelli posse, verius est, ut ex facto memini a Curia decretum esse, ad petitionem *V. Joh. S. in heredit. H. II. 15. Jul. 1680.*

Non habet tamen professio & declaratio ejus, qui fuit in hereditaria domo. & secuta descriptio vim probationis, sicut Professio & descriptio Inventarii a Testatore facta, respectu Pupilli habet efficacissimam, *l. ult. C. arbitr. Tut.* Hinc quæsitum fuit, an nomen sive debitum, quod unus ex heredibus erat professus, & quod inter onera hereditaria relatum erat, vim probationis, alia deficiente, haberet. Judicatum est, non habere: quia poterat esse solutum, aliterve sublatum; neque in hac descriptione cum Creditoribus, sicut in Inventario Tutelari cum pupillo, res agitur; etiam quia Tutor pro officii exactitudine rationes secundum Inventarium redditurus est, cum qui in familia erciscunda facit professionem, hoc ipso ad nullam rem sese obliget: unde licet creditor, cujus debiti jus unus coheredum professus erat, esset coheres, tamen hoc solo petitionem ejus subnixam rejecit Curia, in causa *Titiæ Friderici, contra Sophiam Friderici, ante vigil. Quadrag. 1682.* Porro hæc descriptio, si quidem ex heredibus aliqui minores, vel absentes sint, a Magistratu publice fieri debet, *l. ult. C. arbitr. Tut.* juxta obsignationem, ad tempus quatenus res ferre videatur. Si heredum nulli minores vel absentes sint, Judicis auctoritate ad descriptionem faciendam heredes non egent, sed ipsi omnia suo arbitratu recensere possunt; quo minus etiam juramentum exigere queant, maxime, si qua publica forte persona adfuerit, per quam exigatur, nihil obstat; quatenus nusquam ad jurisjurandi religionem requiritur auctoritas magistratus; Præter quod, in quam, Notarii similique charactere præditi, sæpius ex officio juramentum exigere possunt ac solent. Vulgus tamen secus arbitratur, & Magistratus commodi sui causa libenter eam fovent opinionem. In quadam civitate Frisiæ, quod memini, Notarium, qui descriptionem familiæ erciscundæ causa, exacto jurejurando, fecerat, Magistratus foro interdixerant. A quo cum appellasset Curiam, coacti sunt, & merito, illum restituere; Quin & Testator, pupillorum minorumque respectu, descriptionem judicialem prohibere potest, *ut fit quotidie*, qua de re in materia Tutelari locus erit agendi.

8. Descriptione facta, (quæ in parvis hereditatibus aliquando potest omitti,) procedendum ad divisionem. In qua primo Judex animum advertet, an aliquid a Testatore hac parte sit præscriptum, vel etiam conventione partium; quæ ut semper, ita hoc etiam dat legem negotiis; conventio quidem absolute, Præceptum Testatoris non aliter, quam Legitima Falcidiave salva, *l. 10. C. Famil. ercisc. l. 20. §. 5. D. eod.* ubi non modo in commodis, sed etiam in oneribus illa ratio servatur. Sed dubium est, quid faciendum, si quædam res a Testatore sint divisæ, quædam indivisæ sint relictæ, utrum indivisæ res æqualiter, an pari inæqualitate sint dividendæ, quam forte suo arbitratu testator in aliis rebus secutus est. Et respondetur, æqualiter, sine affectione ad hujus aut illius heredis personam, ut ita viriles sint partes; habita tamen proportione partium assis in institutione, quæ nullo modo negligi potest, ac ita servatis partibus hereditariis. Sic putabam posse conciliari *l. 32. h. t.* cum *l. 21. C. h. t.* ut partes *viriles* in *l. 21.* dicantur, oppositæ ad affectionem personarum, non oppositæ ad proportionem hereditariam, sive partium assis. Potest etiam hoc modo: Viriles partes sunt, quando defunctus nihil in ordine intestati mutavit; hereditariæ, si inæquales reliquerit partes, quomodo fere Thomasius respondet in Scholiis

ad *tit. Inſt. de Off. Jud. paſſ. 14.* Quatenus igitur nihil ſpecialiter expreſſum eſt, omnia, quanta fieri poteſt, æqualitate maxima eſſe dividenda, laudati textus docent; ſi quæ res æqualitatem illam non recipiant, veniendum eſt ad reciprocas adjudicationes, ut uni res, alteri pecunia, qua res fuerit æſtimata, detur. Poteſt etiam licitatio admitti, ut plurimum ex heredibus offerenti res addicatur, pretiumque in hereditatem communiter dividendum conferatur, quæ tamen ratio in inſtrumentis hereditariis, merito diſplicet: cum hæc maneat penes eum, qui majorem habet conſortii partem, cujus eſt, reliquis exempla dare; niſi ex cauſa placeat ſors, aut depoſitio inſtrumentorum in æde ſacra, *l. 4. ff ult.* cum *ſeqq. Famil. erciſc.* Cæterum, ad evitandas divitionum difficultates, noſtrati imprimis conſuetudine, res mobiles, quibus carere volunt, auctione publica diſtrahuntur, reliqua, poſt accuratam diſtributionem in totidem partes, quot ſunt heredes, adhuc ſorti ſubjiciuntur, ſive judicis arbitrio, vel etiam ſine judice res dividuntur, *l. 8. C. Comm. utr. judic.* Æqualitas huic judicio naturalis non fert, ut quod hodie in Saxonia * pluribusque locis aliis receptum eſt, major filius diviſionem inſtituat, minor electionem habeat, qua de re Struv. ad *h. t. n. 11.* quod apud nos etiam ignoratur: ut tamen Judex, ad rem componendam eorum jure inveniendum, ex officio, quæ jure prodita non ſunt, haud dubie pro re nata ſupplere queat; eoque pertinet, quod ſi res corporalis ſit, quæ diviſionem quidem naturaliter recipiat, at non commode civiliterque, Judex rem integram adjudicare poſſit, qui majorem partem obtinet, præſtita ceteris ſuarum partium æſtimatione, ut exemplo rationibusque firmat Sandius in *l. 4. tit. 11. def. 4.*

9. Sed hæc obſervatio communis eſt cum judicio Communi dividundo, ut alia plera que, de quibus *deinceps:* ſecundum quod, hujus judicii defectus per alterum ſuppleri poteſt. Scilicet, Familiæ erciſcundæ judicium eſt generale totum, de cunctis rebus hereditariis; in quo ſi quid omiſſum ſit, de rebus illis ſingularibus, hæc actio, quæ tantum generalis eſt, repeti non poteſt; ſed judicio communi dividundo, quod eſt ſingulare, ſupplentur omiſſa, *l. 20. § 4. h. t.* cujusmodi ſupplerio in hereditatis petitione nec fieri poteſt, neque ad rem pertinet; cum, ut ad *tit. Si pars Hered. pet.* intelleximus, Hereditatis petitio a parte quidem Petitoris ſit univerſalis, ſed a parte rei non pateat ulterius, quam a reo poſſidetur. Indeque non eſt mirum, Hereditatis petitionem ſæpius inſtitui poſſe, per *l. 10. de Hered pet.* Tametſi vix operæ pretium eſt, hac in re diverſitatis utriusque judicii rationem indagare, quod ex Accurſio ſatagit D. Wiſſenbach. *h. t. n. 14.* Nam hereditatis petitione contra eundem poſſeſſorem ſæpius uti licere, non memini ſcriptum, ſed contra diverſos hanc dari facultatem, indicat *d. l. 10.* Atqui cum diverſis heredibus diverſis temporibus uti familiæ erciſcundæ judicio, nihilo magis impedimento eſt, quam ut ab diverſis poſſeſſoribus hereditatis petatur. Dubitandum enim non eſt, quin familiæ erciſcundæ judicium & inter pauciores heredes ex pluribus accipi poſſit; ergo inter omnes, diverſis vicibus, *l. 2. § 4. h. t.*

10. Non eſſe locum huic judicio familiæ erciſcundæ, niſi conſter, petitorem eſſe heredem, alioqui exceptionem præjudicii obſtare, docet ratio & textus in *l. 1. § 1. h. t.* Sed an is, qui petit hereditatem, poteſt ſimul familiæ erciſcundæ agere? Probatum eſt ad *tit. de Edend.* poſſe duas actiones uno libello cumulari, modo idem bis non petatur, ſed natura negotii civilem recipiat ſubordinationem, quod an in conjunctione judicii hujus, univerſalis & generalis, fieri poſſit, conſiderandum eſt: Fit equidem hoc modo ſæpe, ut agatur in Foro; *Peto me heredem declarari pro ſemiſſe, reumque poſſeſſorem condemnari, ut mecum communicet inventarium omnium rerum hereditariarum jurejurando firmatum; conſequenter ut mecum procedat ad diviſionem bonorum, mihique dimidiam partem, e teſtamento vel ab inte-*

* Scilicet ſecundum *P. 3. C. El. 15.* quoties diviſio hereditatis fit inter duos coheredes, major natu dividit, minor eligit, ſive duo maſculi, ſive duæ fœminæ concurrant, Carpz. *add. C. def. 5.* Si vero maſculus cum fœmina concurrat, fœmina, ſine ætatis diſcrimine, cum Curatore partes conſtituit, ex quibus maſculus electionem habet. *d. C.* ibique Carpz. *def. 7. 11. & 12.* niſi pacto, ſtatuto, conſuetudine, aut teſtamento Patris hoc Jus optionis ſublatum fuerit, *d. C. § f.* Quod ſi vero plures, quam duo, coheredes adſint, Jus hoc optionis plane locum non habet, ſed diviſio inſtituenda eſt ſecundum Jus Commune, Schœpffer. *ad ff. tit. Fam. erciſc. n. 17.* niſi certa conſuetudo etiam hoc caſu filio natu minimo jus optionis relinquat, de qua vide Carpz. *def. 25. 31. add. C.*

ſtato ad me pertinentem reſtituat, cum fructibus, eo quod intereſt, ac omni cauſa. Quæri poteſt, an non hujusmodi concluſio pugnet cum eo, quod ad *Tit. D. Si pars Hered. pet.* obſervatum eſt, *non poſſe* nos *conſequi* per *hereditatis petitionem id, quod familiæ erciſcundæ judicio conſequimur, ut a communione diſcedamus*, ex *l. 7. Si pars heredit.* Exiſtimo, non adverſari præcedentem agendi modum huic *Legi* 7. Nec enim in præcedenti concluſione erat integra petitio, familiæ erciſcundæ judicio propria; quia per condemnationem, qua quis jubetur ad diviſionem procedere, non recedituir a communione, quæ eſt inter coheredes, in quo conſiſtit eventus judicii familiæ erciſcundæ; Sed poſtquam Reus poſſeſſor ad diviſionem procedere juſſus eſt, illud judicium adhuc, cum ſuis acceſſionibus variisque præſtationibus, ventilandum finiendumque ſupereſt. Condemnatio ad diviſionem inſtituendam, in ſupra dicta formula magis eſt ſequela hereditatis petitionis, quam novæ actionis accumulatio. Proinde ſi quis ita petens hereditatem concludat; *Peto me heredem pro ſemiſſe declarari, Reumque condemnari, partem ut dimidiam hereditatis mihi reſtituat; conſequenter ut res hereditarias mecum dividat, hinc inde præſtanda præſtentur cum fructibus &c.* in tali formula diſtinctis periodis foret hereditatis & familiæ erciſcundæ petitio, quas negat *l. 7.* poſſe conjungi. & quæ nec uſum civilem admittere videntur, ut quæſtio de jure hereditario, cum varietate rerum & præſtationum in diviſorio judicio, implicetur.

Tit. III.

Communi Dividundo.

I. Definitio hujus actionis, & inter quos detur. II. Diſcrimen ejus ab actione pro Socio. III. Communia utriusque judicii, inter quæ t. Exceptio. IV. Officium Judicis in dividendo. V. Numquid juris habeat alter, altero invito, in re communi. VI. Non valere Communionem in perpetuum etſi pacto ita conſtitutam; ad tempus valere, tam ex teſtam. quam ex pacto. VII. Huic actioni non poſſe præſcribi; poſſe tamen, terminis habilibus. VIII. Non ſemper de impenſis in rem Communem agi poſſe hoc judicio. IX. Modus peragendi judicia diviſoria. X. Quatenus detur reſciſſio illorum ob inæqualitatem, & læſionem.

Quod præcedens Judicium in hereditate præſtat, id Communi dividundo facit in rebus ſingularibus: Ideoque ſic definitur; Actio Communi dividundo eſt, *quæ datur inter eos, qui res ſingulares habent Communes, ad hoc, ut res dividantur, & præſtationes perſonales juxta diviſionem rerum adæquentur.* Non inculcamus apud definitionem, quod jam præſumptum oportet ex loco communi de Actionibus, & ex iis, quæ de præcedenti Actione diximus, eſſe hanc civilem, perſonalem, bonæ fidei, perpetuam. Mixtam non eſſe origine, ſed tantum materia ſubjecta, probat ejus initium, quod eſt Communio, quæ eſt e Quaſi-contractibus; *§ 3. Inſt. de Quaſi-Contract.* Sed toties demonſtrata non eſt quod repetamus. Tu videſis Wiſſenbachium *ad h. tit. n. 26.* Proſequamur definitionem, ut a nobis collocata eſt; *Datur inter eos, qui rem habent Communem*; generaliter, ſive contractu ſocietatis inita ſit Communio, ſive partes inciderint in Communionem, *l. 2. h. t.* quo ſenſu an recte dicatur, hanc actionem latius patere quam Quaſi-contractum Communionis, quæſitum eſt *ad tit. de Quaſi-contr. n. 5. & reſponſione ad Scholium ſubjectum.* Sed inter quos datur hæc actio, inter poſſeſſores, an inter dominos? Poſſeſſionem non requiri, docet *l. pen. h. t.* neque dominum, *l. 7. h. t.* ubi inter eos, qui vectigales habent agros, qui Publicianam habent, *pr. & § 2.* creditores ratione pignoris, uſufructuarios miſſos in poſſeſſionem a Prætore, *§ 7. 8. 10. 12.* datur hæc actio, *utiliter.* Forte igitur, qui *jus in Re* habent, eos hanc actionem inter ſe habere, non male dixeris; modo termini adſint habiles, qui an ſint in ſervitute, vid. *l. 9. § 2. & 4. h. t.* Sane colonis, depoſitariis, & precario rem tenentibus non datur: quia, licet juſta ſit poſſeſſio, *non pergit tamen in judicii vigorem*, habetur *in § 4.* junctо *§ 11. d. l. 7.*

2. *Ut res dividantur & præſtationes perſonales.* Hæc eſt mixtura hujus actionis, in materia ſubjecta conſiſtens; Res, & præſtationes perſonales. Sed quomodo cum hac mixtura conciliabimus ſententiam *leg. 1. h. t. Pro Socio actio magis ad perſonales invicem præſtationes, quam ad Communium rerum diviſionem pertinet?* Particulam *magis* ibi non συγκριτικῶς, comparative, ſed θετικῶς, poſitive accipiendam eſſe, probat D. Wiſſenb. *pr. ad h. t.* Unde ſic ſtatuendum erat; inter actionem

Communi dividundo atque pro Socio hoc interest: Illa pertinet ad divisionem rerum; hæc pro Socio ad præstationes personales, non ad divisionem, sicut illa nec ad præstationes, quæ personales vocantur. Potius oppositio in *h. l. t.* hunc habeat sensum; Pro Socio non datur ad divisionem, verum ad præstationes: Communi dividundo prorsus ad divisionem, an nec de præstationibus personalibus? Non ita, quemadmodum Pro socio; tamen etiam de præstationibus datur, ut ex *l. 1 h ? & passim* liquet: Exposuimus rem ad *tit. I. de Obl. ex qu. Contr. n. 5. post. Schol.* hac summa; Actionem pro Socio videri competere de præstationibus, quæ durante societate sunt adæquandæ; finita communione, licet de solis agatur præstationibus, tamen esse Communi dividundo judicium, *d. l. n.* Atqui ne hoc quidem dicendum videtur; *Nam etiam impendiorum nomine utile judicium* communi dividundo, de quo illic agitur,) *mihi dari debere in socium, etiam manente rei Communione*, scriptum est in *l. 14. in med. § 1. h. t.* Recte, inquam, si communio sit absque societate; nam *socios vocari* omnes, qui rem habent communem, licet absque societate, satis constat vel ex *§ 3. d. tit. I. de oblig. ex qu. Contr.* Subsistere igitur in hoc licere videtur, Actionem pro Socio dari de præstationibus e contractu societatis, absque divisione rerum adæquandis.

COMMUNIA FAMIL. ERCISC. ET COMM. DIVID.

3. Reliqua hujus tituli ad Communia judiciorum referri possunt: e quibus *Primum* sit, quod divisio se instar Venditionis habeat, *l. 1. C. Comm. utr. jud.* Proinde si pars uni e sociis decisa fuerit evicta, reliqui ad æstimationem tenentur, sine eo quod alterius intersit, cum heic nulla sit alterius culpa, *l. 66. § ult. ff. de Evict.* quod etiam in successione ab intestato locum habere, verius est per ea, quæ tradit Sand. *lib. 4. tit. 11. def. 2.*

4. II. *Commune*, quod officium judicis in rebus dividendis & præstationibus personalibus, utrobique eodem fere modo administretur, ut quæ sine causa ab uno e sociis alienata sunt, reliquis præstentur, inter quæ donatio bene refertur, quam proinde qui fecit, rei communi imputare non potest, ut judicatum in *Curia* die 4. Mart. 1681. *in causa S. V. B. contra J. a-B. cum soc.* Porro curandum, ut æqualitate divisio quam maxima fiat, *§ 3. I. de Qu. Contr.* sequatur tamen judex, quod omnibus utilissimum est, *l. 7. § 10. l. 21. h.* & si forte res commode non possit dividi, ut uni res tota adjudicetur, alter in certam pecuniam condemnetur, quod & domibus, etsi corporales & naturaliter dividuæ sint, usu venire, probat Sanctius *lib. 4. tit. 11. def. 4.* nec semel accidit, ut consulti, quid facto opus, ubi unus e pluribus domum communem habentibus, eam ingenti cum incommodo reliquorum, dividi vellet, responderimus; socium illum *transversarium* cogi posse, ut pro sua parte pecuniam acciperet, per ea, quæ tradit Sand. *d. loco.*

5. III. Est hoc Commune utriusque judicii, quod in re communi nemo dominorum quicquam, invito altero, facere possit; verum alteri jus prohibendi sit, antequam fiat; factum tollere socius non æque potest cogi, si alter prohibere supersederit; de damno equidem si quid datum sit, conveniri potest, *l. 28. h. t.* cum qua tamen confer. *l. 26. de S. U. P.* Hinc parieri communi non licet immittere lumina, sine servitute, *l. 40. de S. U. P.* Sed quæsitum memini apud Curiam; Cum paries duorum vicinorum communis esset in confinio utriusque soli, alter partem latitudinis dimidiam, quæ super aream suam erat, altius sustulerat, quod alteri displicebat: Quærebatur, an hic prohibere posset. Non videtur; nam etsi lapides promiscue communes videantur, paries tamen magis est, ut singulorum sit pro parte, qua solum cujusque premit, *arg. § 29. I. de A. R. D.* ideoque in sua parte cuilibet facere licet, quod alterius partem non faciat deteriorem, *l. 13. l. 19. & l. 36. de S. U. P.* Atque ita in illa specie judicatum fuit, *in causa appellationis inter Elkonem van der Hoef & Jarichium Valeri, ante vigiliam Quadragesimæ 1682.* Thomasius hunc articulum aliquot incommodis urget.

SCHOLIUM.

Hoc non dixerim. Nam 1. non videtur cohærere, Lapides indistincte esse communes, parietem vero pro parte, qua solum premit, esse singulorum. 2. Hæc assertio parum convenit cum l. 13. de S. U. P. 3. *Quod* arg. § 29. Inst. de R. D. *attinet, dubito, an a solo alieno ad confinium calent convenientia, quin potius arbor in confinio posita tota est communis,* § 31. Inst. eod. tit. *cum alias ex Autoris hypothesi dimidia tantum pars arboris, & ea, quæ meum solum premit, mea esse debeat. Ex aliis igitur principiis judicatum istud defendi debebit, & forte ex* d. l. 13. de S. U. P. *id fieri poterit.*

RESPONSIO.

Prima objectio est captio in voce communes.

Dixi

Dixi lapides indistincte videri communes, quia sic a fabris connectuntur, ut paries potius secundum latitudinem, quam secundum lapides separetur. Instantia ab arbore non valet, quae non ex superficie, verum ex radicibus aestimatur. Murus est in superficie, in hoc igitur habet locum argum. a solo ad superficiem, qua de re vid. quae dix. ad tit. l. de A. R. D. n. 27. *Argumentum* l. 13. *quod probat Thomasius, cum nostro conjungendum est.*

N. ADDIT.

I. *Quomodo posset esse captio in voce communis, & quomodo explicatio illa de communione lapidum posset objectionem tollere? Lapides ideo communes sunt, non quia promiscue sunt a fabris connexi, sed, quia quaestio est de toto pariete communi. Si paries est pro parte illa, qua solum premit, singulorum, tum totus non est communis.* II. *Ad secundam objectionem nihil respondet Autor, & ita tacendo fatetur.* III. *Ego quidem non dedi instantiam ab arbore: sed negavi, argumentum Autoris procedere a pari, & ostendi disparitatem: Atque adeo sententia haec mea magis confirmatur per responsionem Autoris.* IV. *Dubito, an Autor senserit, quodnam argumentum ex* d. l. 13. de S. U. P. *pro defendendo illo judicato formare voluerim. Scilicet id volui: In re communi quidem potior est conditio prohibentis, nisi quis re communi utatur cum in finem, ob quem est comparata, v. g. communi sepulcro ad sepeliendum, communi pariete ad superaedificandum &c. Hoc argumentum vero, cum plane ex oppositis principiis desumtum sit, quam responsio Autoris, scilicet fundatum in natura rei communis, cum haec sit desumta a natura proprietatis, non nisi inconcinne cum ista responsione jungetur.*

IV. Commune; Quod utrumque judicium non modo inter omnes simul, sed etiam inter pauciores e pluribus, ac ita saepius accipi & exerceri possit, *l. 2. § 4. Famil. erciſc. & l. 8. in pr. h. t.*

6. V. Communio, si quidquam aliud, est res liberae facultatis, ad quam non modo nemo compellitur ineundam, verum nec ad continuandam, *l. 26. § 4 D. de Condict. indeb. l. ult. C. Comm. divid.* Quod adeo verum est, ut nec pactum valeat, ne omnino divisio instituatur, *l. 14. § 2. h. t.* nec ulla in aeternum societas durabilis esse potest, *l. 70. Pro soc.* Ratio redditur in *l. 77. § 20. in fin. de Legat. 2.* quod Communio mater audiat discordiarum. Notum est Homericum illud: Οὐκ ἀγαθὸν πολυκοιρανίη. Et ex Epigrammate versus:

Πλεῖσχι ἐπεὶ ἔριδες μίσγ, ἐχθρεί τε κρυφαῖχι,
Οἷς τύχεν ἐν ξυνετῷ τ' ἔικῳ καὶ δικτὶ γενέσθαι.

Quippe frequens odium, lites, occulta simultas,
Communes agitare domus mensasque videtur.

Ad tempus valet pactum, *ne liceat e Communione recedere, d. l. 14. § 2.* Quod cum ita sit, non video, qua ratione Mornacius ad *l. 26. de Cond. ind.* & Wissenbachius ad *h. t. n. 23.* laudare queant Böerii sententiam *Qu. 87.* Quod etsi Pater communionem liberis ad certum tempus praecipiat, ea nihilominus ex justa causa dissolvi possit. Nec enim Patris voluntas minoris efficaciae, quam conventio esse videtur. Utuntur *arg. l. 7. de Alim. legat.* ubi quaedam dispositiones ad auctoritatem potius testatoris, quam praecepti necessitatem pertinere dicuntur: Auctoritate, sensu proprio accepta vereque latina, quomodo apud Tacitum *jubendi potestas & suadendi auctoritas* opponuntur in *lib. de morib. German.* ubi de priscis Germanorum regibus. Verum est, posse communionem hoc modo heredibus commendari, ut fit in *l. Lucius. 78. in pr. ad SC. Trebell.* At si pater exire prohibeat, intra certum tempus fieri divisionem rerum a se relictarum, difficile dictu est, id minus valere quam pactum. Si tamen longum tempus sit, cum hoc in Jure multos habeat effectus perpetuitatis, ut in *l. un. § 3. D. de Superficieb.* ubi; ad *non modicum tempus*; non videtur esse dubium, quin talis communio bonis quoque moribus adversa habeatur: quoniam immensae contentiones, ut ait *l. 26. de S. U. P.* plerumque faciunt, ut divisio inevitabilis sit. Quod tamen aliquando per consequentiam secus esse potest, ut si Testator fideicommissum rei singularis individuae, quae civiliter saltem dividi nequeat, proximis suis cognatis perpetuum reliquerit; Divisio institui non potest, tam ne posteris praejudicetur, quam quod domus saepe non possunt separari. Nec ejus rei exempla desunt apud nos, magnificarum nobiliorumque familiarum domuum, quas hac ratione misere neglectas & in ruinas sedisse videmus, cum plures in eodem conjunctionis gradu ad jus fideicommissi concurrerent. At tamen ex Juris publici ratione, Principis hoc casu dispensatio de fideicommissis implorari posset; Licet hoc jus a nostris Ordinibus non usurpetur, bono forte majore tamen, quam incommodo publico.

7. Hinc oritur aliud Commune utriusque Judicii, quod Divisionis facultas nulla temporis præscriptione tollatur, ne quidem, si communio per centum annos duraverit, quia nunquam initium habere potuit præscriptio, quamdiu partes in communione manent: Ideoque frustra opponitur, omni juri & actioni XXX. annis præscribi, consequenter etiam huic juri divisionis & actionibus divisoriis, *l. 3. C. de Præscript. 30. ann.* Procedit hoc, si termini habiles præscriptionis adsint, quos inter est inprimis animus sibi soli habendi in possessore, qui deest; quamdiu partes volunt rem inter se esse communem. At si alter ex sociis rem solus possederit, suam solius eam esse palam præ se ferens, jam his actionibus, ut aliis omnibus, præscribi, dubium non est; idque volunt citati a D. Wissenbachio *ad h. t. n. 23.* At quo tempore finitur hæc præscriptio? Sunt personales hæ divisoriæ actiones, & sic habent XXX. annos, *l. 1. C. de Ann. Exc.* Si tamen partibus fere æqualibus coheredes aut socii res communes possederint, & separatim coluerint fructusque perceperint, decem annorum inter præsentes, & viginti inter absentes possessione, præsumi factam divisionem, volunt Gloss. *ad l. 4. C. Comm. utr. jud.* Bartolus, & alii, quos secuta est Curia nostra, apud Sand. *l. 4. tit. 11. def. 3.*

8. Hoc etiam Commune habet utraque actio, quod ad Præstationes personales attinet; de expensis in rem communem factis, ita demum his actionibus experiri licere, si res non tulerit, ut quisque seorsim pro se expensas collocaret; Nam si illa facultas adfuerit, volunt Juris auctores, negotiorum gestorum esse agendum; forte quod hæc actio sit expeditior, & ne judicia divisoria, satis alioquin intricata, pluribus quam sit necesse præstationibus, implicentur, *l. 6. § 2. sub fin. h. t. l. 20. C. Fam. ercisc. l. 18. § pen. D. eod. l. 78. § pen. de Contr. empt.* Willenbach. ad *h. t. th. 15.* Haud raro fit, ut hujus rei discretio, sitne communi dividundo, an negotiorum gestorum actio, notabilem usum habeat; & habuit in hac specie. Primus dederat hujusmodi chirographum; *Fateor, Secundum participare obligationem octo millium flor. quos debet Tertius, instrumento in meum solius nomen facto, sed ita, ut dimidia pars ad quatuor millia sit periculo Secundi; & hæc obligatio nobis est communis, atque a me custoditur.* In solutum Primus acceperat quatuor millia, Secundus duo millia. Dein *Tertius* debitor erat mortuus, non solvendo. Primus suo nomine cum creditoribus cæteris, inconsulto Secundo, transegerat, ut de bis mille reliquis septingentos ipse cum usuris remitteret. Sic mille trecenti supererant, quos Secundo adsignabat accipiendos. Hic vero obligationem a Primo repetebat, & restitutionem damni, saltem pro parte dimidia. Primus, se accepisse quatuor millia pro sua parte dimidia: Partem alteram pro Secundo persecutum esse, ut negotiorum gestorum; de hac remissionem fuisse inevitabilem: nec se esse culpæ reum in eo, quod cuncti creditores etiam diligentissimi fecissent. Alter illum ut negotiorum gestorem egisse, negabat, sed communi nomine tanquam obligationis communis custodem egisse, & agere debuisse, contendebat. Quod etiam Curiæ visum est; non potuisse illum pro se solo accipere partem dimidiam, ubi nulla divisio facta erat: Quanquam in remissione nulla culpa ejus argui poterat. *Ergo* Ratione communionis, damnatus est primus ad damnum remissionis pro dimidia parte præstandum: ad quod ut negotiorum gestor non fuisset obligatus. In causa *Adrianæ Simonidæ, contra Gerardum Fortuin,* ante vigiliam Quadragesimæ 1681.

9. Utraque Divisio, tam Familiæ quam singularum rerum, fit vel sine judice, partium consensu, vel per judicem. Utroque modo vel præcedente judicis sententia de divisione facienda, vel sine illa, mero liberoque consensu inde ab initio: nec enim, ut *supra* vidimus, condemnatio ad divisionem faciendam, pars est hujus judicii divisorii. Quando judex adhibetur, tum vel ejus interventu partes consensu divisionem perficiunt, quo sensu *arbiter* ille vocatur, vel judex ortum inter socios aut coheredes *Jurgium* sine sententia perimit, *l. ult. D. Famil. ercisc.* In usu fori nostri, & omnium puro, ubi jurisdictio est penes integra Collegia, quando his judiciis agitur, inde ab initio dari debet *Commissarius*, qui dicitur, aliquis e Collegio Judicum, qui partibus *arbitri* fungitur, ut socios auctoritate consilioque dirimat; si non potest, verum partes ad jurgia procedunt ipse cum Judex solus non sit, ea decidere nequit; sed controversiæ ordinario more disceptantur atque in pleno Judicum Consessu dijudicandæ sunt, *ut fit.*

10. Hinc oritur ultimum Commune, quod in *Posit. ult.* his verbis collocavimus; *Utrobique* ob enormem læsionem, licet infra duplum, datur restitutio, si absque Judice res gesta sit; *secus si per judicem*, idque sive sententia sit dicta, sive judicis in-

interventu partes consenserint, *l. ult. ff. Fam. erciſc. l. 3. C. Comm. utr. jud.*

SCHOLIUM.

Diſſent. Wiſſenb. h. t. th. 24. *quod nimirum* l. 3. Comm. utr. judic. *non ſit intelligenda de læſione quavis, ſed de enormi ultra duplum, quod probabilius, & moribus noſtris etiam eſt receptum.* Vid. Carpzov P. 2. conſt. 34. def. 11 & Part 3. conſt. 15. def. 19. *Adde* Wiſſenbach. & Brunnem. ad d. l. 3. Cod. *Si enim a Judice diviſio facta aut confirmata fuerit, ne quidem læſio ultra dimidium reſcindetur.* Carpz. d. Part. 3. conſt. 15. def. 20.

RESPONSIO.

Wiſſenbachius ſententiam a nobis poſitam, longe receptiſſimam in foro eſſe fatetur, laudatis auctoribus. Argumentum ejus in contrarium ex verbis d. l. 3 *recipit, hanc reſponſionem; quod Judicia diviſoria inter ſocios, κατ' ἐξοχὴν* bonæ fidei *dicuntur, ob inſigne ſtudium æqualitatis in iis ſervandæ: unde ad cætera bonæ fidei judicia non valet conſequentia: quaſi in omnibus ex æquo talis reſciſſio locum habere deberet. Ne quidem ſi per ſortem facta ſit diviſio, & enormis inæqualitas reperiatur, omnino reſciſſionem eſſe negandam, volunt Mornacius* ad l. 3. C. Comm utr. jud. *Sandius* l. 4. tit. 11. def. 1. *ex ſententia Baldi & Caſtrenſis, licet infra duplum: quam tamen ſententiam Brunnemannus ad* d. l. 3. in fin. *veretur, multis litibus occaſionem eſſe daturam.*

N. ADDIT.

Utraque interpretatio eſt in utramque partem diſputabilis. Hinc elige, cui dicas, tu mihi ſola places.

TIT. IV.

Ad Exhibendum.

I. Quid ſit hæc actio, & cauſa ejus. II. Quibus detur, & contra quos. III. Scopus & uſus hujus actionis triplex. IV. Acceſſiones hujus actionis. V. An locum habere poſſit aliter, quam ante principalem actionem. VI. An & de rebus immobilibus obtineat.

ACtionibus in rem ſubſervit actio ad Exhibendum, cujus uſum perquam eſſe neceſſarium, & vim ejus conſiſtere in uſu quotidiano, adſerit Ulpianus in *l. 1. h. t.* quanquam hoc tempore minime quidem obſoleta, tamen adeo frequens in uſu Fori eſſe non videatur. Facta eſt ejus mentio ad *tit. Inſt. de Off. Jud. n. 9* & definita, quod ſit *Actio in rem ſcripta, quæ datur his, quorum intereſt, adverſus quemlibet poſſeſſorem, ad hoc, ut detur illis copia rei videndæ & explorandæ.* Actiones in Rem ſcriptas eſſe perſonales, quæ in hoc imitentur Naturam actionum *in Rem*, quod dentur adverſus quemlibet poſſeſſorem, dictum eſt alias, & conſtat ex *l. 9. § ult. D. Quod met. c.* Talem autem eſſe hanc ad Exhibendum, ex æquitate profectam, patet ex *l. 3. § 7. & ult. h. t.* ubi perſonalis dicitur, & in *§ 1. non ex dominio.* Quæ ſit ejus cauſa poſitiva, præter *æquitatem ex re ipſa*, utm *l. 32. de Reb. Cred.* nusquam eſt proditum; Sunt, qui ad quaſi-contractum referunt; ſed hi ſuo arbitratu numerum quaſi-contractuum, ubi lex tacet, multiplicant, ut differit D. Thomaſius ad *h. t. poſ. 3.* ex Philoſophia juris, quæ juris ipſius terminos egreditur.

N. ADDIT.

Hic primo ex Philoſophia Juris, ad quam provocavi in Scholio, explicanda eſt mens mea; cur non ſolum actionem ad exhibendum, ſed & aliam actionem, ad cujus exemplum hic provocat Autor, nempe actionem ex l. 32. de R. Cred. *revocem ad quaſi-contractus. Eſt quidem locus prolixior paulo, ſed cum tamen Autor ſæpius hanc chordam tangat, adjuvabit eum hic inſerere integrum. Ita vero dixeram in Philoſophia Juris* (*quæ eſt inter differt. Lipſienſes tertia,*) § 24. ſeqq. *Obligationes ex quaſi-contractu quod concernit, paulo diſtinctius conſiderandum erit, quid ſit quaſi-contractus, & ex quo fundamento oriatur ejus obligatio. Tribonianus* pr. Inſt. de obl. quæ quaſi ex contractu naſcuntur, *quaſi-contractum magis deſcribit, quid non ſit, quam in quo ejus eſſentia conſiſtat, qui titulus Inſtitutionum, ſi cum* l. 5 pr. §§ 1. 2. & 3. ff. de O. & A. *conferatur, patet, Tribonianum tum in definitione quaſi-contractus, tum in recenſendis ejus ſpeciebus, Caji veſtigia legiſſe, niſi quod inter quaſi-contractus* § 3. & 4. Inſt. d. t. *referat communionem rerum ſingularum & univerſitatis, de quibus Cajus* d. l. 5. *nec ne quidem memorat. Jam quia per deſcriptiones negativas rerum eſſentiæ non perfectè cognoſcuntur, ideo ſolliciti fuerunt Commentatores, in naturam quaſi-contractuum curatius*

tius

tius inquirere, & definitionem aliam tradere. Reperies tamen apud singulos fere autores singulas definitiones, quarum quasdam hic recensebimus. Quasi-contractus sunt, ubi consensus de jure saltem interveniſſe præsumitur. *Ita definit Franzk.* ad pr. Inst. de obl. quæ quasi ex contractu nasc. n. 1. Quasi-Contractus est ex Jure præsumpta conventio, qua mediante negotio aliquo inter ignorantes etiam & invitos obligatio inducitur: *Verba sunt Strauchii* Diss. Justin. 15. th. 14. *Girbanius* ad d. pr. Inst. d. t. *dicit, esse* negotium quoddam sine ullo tractatu, sine conventione habitum quod majorem cum contractu quam maleficio, cognationem habet. *Ludwell.* Dissert. ad Inst. 14. th. 5. *vult, esse* quasi-conventionem, cum ex facto aliquo actio producitur. *Biccius duplicem definitionem quasi-contractuum format* Aureorum sect. 4. th. 113. *simulque Vulteji & Boceri definitiones apponit. Nobis quemadmodum otium non supereſt, ut singulas hic examinemus, ita præprimis placet definitio Ulrici Huberi* ad d. t. Inst. de obl. quæ quasi ex contractu nascuntur, th. 1. *quod quasi-contractus sint* facta honesta, ex quibus (*id est quorum occasione*) sine conventione nascitur obligatio propter æquitatem. *Dico:* Facta honesta. *Nam in omnibus quasi-contractibus factum aliquod præsupponitur, honestum tamen, id est non injustum, alias ad maleficium vel quasi esset referendum. Dico:* sine conventione. *Conventio enim est duorum, vel plurium, in idem placitum consensus: Consensus autem est vel expressus, vel tacitus. Ille est, quando voluntatem suam contrahentes declarant per verba significantia. Hic est, quando contrahentes declarant voluntatem suam per facta directo tendentia ad hunc effectum, cujus respectu obligatio, vel etiam liberatio oritur. Hujusmodi factum est nutus,* arg. l. 4. § 1. de pact. *item patientia, ut alter pro me fidejubeat,* l. 6. § 2. l. 18. ff. mandati. *remansio in re conducta finita conductione, patientia ut alter finita locatione in re locata maneat,* l. 13. § ult. locati. *redditio chirographi,* l. 2. § 1. de pact. *acceptio usurarum futurarum,* l. 57. pr. ff. eod. l. 2. § 6. de dol. mal. except. Felun. de jure in re c. 30. § 49 sqq. p. 473. *permissio, ut is, qui servitutem debet, in suo contra servitutis utilitatem quid faciat,* l. 8. pr. ff. quemadmodum servit, amitt. *perceptio usurarum minorum quam debebantur,* l. 13. pr. de usur. *Quod si ergo facta directo non tendunt ad certum aliquem finem, sed eorum variæ possunt reddi causæ, ex iis etiam factis nec consensus elici potest, nec directo obligatio oriri. Tale factum v. g. est redditio pignoris, quod non directo tendit ad remissionem debiti,* l. 3. ff. de pact. *Ejusmodi facta sunt etiam, quæ intercedunt in quasi contractibus, nam si quis v. g. alterius negotium gerat, princip aliter hujus facti causa finalis non ista est, ut velit obligari, sed potius, ut beneficium alteri exhibeat, vel etiam alia quæcunque, & forte spes lucelli cujusdam &c. Causa ergo proxima in quasi-contractibus obligationem inducens, non est factum ipsum, sed hoc potius est saltem causa, sine qua non. Inde dixi, quod saltem* horum occasione *nascatur obligatio, quæ etiam mens est Huberi ipsius* d. l. *Neque etiam* consensus tacitus; *per modo dicta, quibus accedit, quod consensus tacitus quandoque sit causa verorum contractuum,* vide exempla in § 129. *quod item quasi-contractus etiam invitos obligent,* l. 2. ff. de cond. indeb. *& eos, qui alias non efficaciter, aut plane non consentire possunt, ut sunt pupillus, furiosus, &c.* l. 46. de O. & A. *Sed consensus a jure præsumtus, seu fictus, vel accuratius loquendo,* jus ipsum naturale, seu naturalis æquitas, *jure civili corroborata, unde poterit ad obligationem realem positivam, immediate ex lege venientem,* supra § 65. *referri.) Præsumit enim Lex civilis, cives consensuros esse, vel certe consentire debere, in id, quod naturalis æquitas dictitat. Et ita explica locutiones JCtorum, quando ex ipsa re in quasi contractibus obligationem oriri,* l. 46. ff. de O. & A. *aut ex quasi-contractibus tacitam oriri obligationem,* l. 13. § fin. ff. commod. *dicunt.* vide Felum. de jure in re cap. 31. § 1. & cap. 30. § 54. 55. Huber. ad pr. Inst. de O. & A. th. 1. *Subest hæc æquitas satis aperte, v. g. (ut unico saltem exemplo rem declaremus,) in contractu negotiorum gestorum. Nam actio directa ex principio nititur, quod culpa negotiorum gestoris non debeat nocere absenti; contraria illo, quod nemini beneficium suum debeat esse damnosum; utraque communi isto, & quod in reliquis quasi-contractibus fere omnibus locum habet: neminem cum alterius damno fieri debere locupletiorem.* vide supra § 65. *De speciebus quasi-contractuum, ex his præsuppositis facile judicari potest. Et quidem de negotiorum gestione, tutelæ administratione, hereditatis aditione, indebiti solutione, forte nullum restat dubium, cum Cajus* l. 5. ff. de O. & A. *satis aperte has species quasi ex Contractu venire, asserat. Cur autem Tribonianus* in Inst. § 3. & 4. d. t.

d.t. *communionem rei singularis & hereditatis adjecerit. ideo factum, quia vidit, Cajum in* d.l. 5. *magis exempli causa quatuor illa prius nominata genera afferre, quam ut species quasi-contractuum determinaret: quæsivit igitur alia exempla, & forte incidit* in l. 22. §. 4. fam. ercisc. *rem in* l. 25. § 16. vers. fin. eadem. ff. eod. l. 23. pro loc. l. 46. ff. de O. & A. *in quibus cum videret actionem familiæ erciscundæ, & communi dividundo, ad actiones personales ex conventione præsumpta & æquitate orundas referri, non putavit se peccare posse, si hæc exempla in primis elementis proponeret distinctius. Porro interpretes institutionum nonnulli, cum viderent, rationem Triboniani, quam in delineandis quasi-contractuum speciebus suppeditat* pr. Inst. d. t. *& in aliis exemplis, ibidem non expressis, adhiberi posse, passim alias quasi-contractuum species recensuerunt, ex volumine Pandectarum desumptas, quas omnes hic apponere tempus non permittit. Videantur interim* Huber. & Voet. dd. ll. Strauch. exerc. 15. th. 14. Giphan. ad pr. Inst. de oblig. q. q. ex contr. n. p. m. 526. Bicc. in Aur. sect. 4. § 114. seqq. *Breviter: quoties actio datur ex jure ad rem orunda, ubi tamen reus citra consensum suum, propter æquitatem, & præprimis ex regula illa, de qua* § 65. & 134. *actum, non accedente facto proprio illicito, obligatur, toties dic obligationem ex quasi contractu oriri, per rationes allatas, secundum quas exempla* § 122. *adducta facillime explicare poteris, & ad objectiones Feltmanni* de Jure in re cap. 32. § 11. seqq. *non magno negotio respondere. Si vero melioris doctrinæ gratia quasi-contractus subdividere velis, triplici via id commode fieri poterit. Vel enim 1. secundum diversitatem factorum, quæ in omnibus quasi-contractibus præsupponuntur, dices: Factum adesse vel utriusque eorum, qui quasi ex contractu obligantur, vel alterius saltem, vel omnino tertii,* (*declarationem hujus divisionis pete ex* Voet. ad pr. Inst. de obl. quæ q. ex contr. n.) *aut ad instar verorum contractuum subdivides quasi-contractus, 2. in unilaterales & bilaterales,* (vid. Bicc. in tab. 5. ad res quotid.) *aut 3. in nominatos & innominatos. Nominati exemplum est negotiorum gestio, innominati v. g. unde oritur conductio causa data, causa non secuta, & condictio sine causa. His ita ex Philosophia juris præmissis, jam credo, Autorem non ita sinistre de doctrina nostra sensurum fuisse, si hanc Philosophiam nostram legisset. Facta enim docere potest ex actis, id quod Gajus appellavit quasi-contractus, id ab aliis JCtis fuisse dictum, quod obligatio ex re ipsa, ex æquitate, ex lege veniat; quæ adeo sibi invicem non sunt opponenda, sed coordinanda.*

2. *Datur his, quorum interest,* l. 13. *& l. 19. h. t. Peculiariter*, est in *d. l. 13.* hoc est, ex propria & solida causa, non ex generali prætextu *ejus quod interest*, ut si quis petat, alienos sibi libros exhiberi, quo doctior inde fiat, *d. l. 19.*

SCHOLIUM.

Scilicet propter faciendam vindicationem, d. l. 3. § 14. h. *Si enim alio modo interest, vel plane non datur actio,* l. pen. hic, *vel saltem actio in factum, seu utilis,* d. l. 3. §. 13.

RESPONSIO.

Non modo propter vindicationem, sed & quamlibet restitutionem, dari hanc actionem, patet ex l. 3. § 3. & seqq. *In factum actio datur ei, cui hoc jus, cujus gratia vult ad exhibendum agere, non competit; sed aliam æquitatis rationem habet, ut cum petere vult rationes suas, aut meditationes in charta aliena conscriptas. Dix. in* Part. I. lib. 2. tit. 1. n. 26.

N. ADDIT.

Est error elenchi. Satis diserte vindicationem hic non oppono aliis actionibus realibus, sed ubi aliter quam ex jure reali interest. Aliud est rei vindicatio, aliud vindicatio simpliciter: Uti actiones personales generali nomine condictiones vocantur, ita reales dicuntur vindicationes, § 15. Inst. de act.

Sed ex patrimoniali causa, *pecuniarie*, ut legerunt aut exposuerunt *Basilici*, ὦ τινι χρηματικῶς διαφέρει, *cujus pecuniarie interest.* Unde multi in *d. l. 13.* pro *peculiariter*, legunt, *pecuniariter*; sensu optimo & auctoritate Basilica, ratione etiam suffragante, quod hoc verbum melius conveniat rationi reddendæ, quare ad liberum hominem exhibendum non detur hæc actio, *l. 3.* § 4. *de Hom. lib. exhib.* Nam potest, ut videtur, ad exhibitionem liberi hominis, causa *peculiaris*, id est propria & specialis existere, *l. 12. h. t. pecuniaria* non potest. Quia vero & vox *peculiariter* de eo, quod ad patrimonium spectat, accipi potest, nec adeo necessitas cogit mutare lectionem Florentinam, satius est τὸ ἀνώτερον, *nihil ut emendetur. Adversus quemlibet possessorem*, ut dictum, eadem latitudine, qua Rei vindicatio, *l. 9. de R. V.* ut omnes, qui *restituendi facultatem habent*, etsi tantum sint in possessione, comprehen-

hendatur, etiam commodatarii, coloni, depositarii, creditoresque pignoratitii, *l. 3. § ult.* cum *l. seq. h. t.*

3. *Ad hoc, ut detur illis copia rei videndæ & contrectandæ.* His verbis continetur scopus & usus actionis, qui est præparatorius actionum in rem, & quibus agitur ad rem restituendam, *d. l. 3. § 2. h. t.* Præparatio illa duplicem habet usum: Primo si quis dubitet, an ea res, quam reus possidet, illa ipsa sit, de qua est agendum, ut si quis servum petere volens eum *non recognoscat, aut nomen non teneat, aut aliter nisi ex præsentibus, destinare* possit an vindicanda sit, *d. l. 3. § 7.* Alter usus est; si res alii forte juncta per se vindicari nequeant, tum ad exhibendum agitur, ut ab illa re, cui est juncta, separetur, ac ita vindicetur, ut de gemma auro alieno, de sigillo candelabro incluso, traditur in *l. 6. h. t.*

4. Hic est duplex hujus actionis usus, & quidem ordinarius. Alius est extraordinarius, quo datur hæc actio in id quod interest adversus eum, qui dolo fecit quo minus exhibere possit, *l. 9. in pr. h. t.* Quo sensu de glandibus a suibus comestis, agitur ad exhibendum, *§ 1. d. l. 9.* & de tigno alieno mala fide suis ædibus juncto, *l. 1. § ult. D. de Tign. junct.* de quo tamen negatur ad exhibendum agi posse, in *l. 6. h. t.* scilicet, cum effectu actualis exhibitionis, & separationis ab ædibus alienis, quam lex XII. Tabb. prohibuit, *d. l. 1. in pr.* Aliquando & is, qui sine dolo possidere desiit, damnatur in id quod interest, si mora fuerit, nec res apud actorem æque peritura fuisset, *l. 12. § 4. h. t.* Sed ob dolum locus fit jurijurando in litem, *l. 3. § 2. h. t.*

5. Accedit Exhibitioni condemnatio in fructus, & in id quod interest, *§ 4. Inst. de Off. Jud. l. 9. § pen. h. t.* scilicet de utilitatibus circa rem. Etenim si res ipsa deterior facta sit, non ad exhibendam, sed in factum, aut ex L. Aquilia agendum esse, placuit *l. 17. h. t. l. 7. C. eod. tit.* Qui post litem contestatam possidere cœpit, *l. 7. § 4. & pen. h. t.* imo etiam heres rei, qui non possidebat, si post litem contestatam possidere cœperit, quasi possessor, non ut heres, condemnandus est, *l. 8. h.* Nam heredi & in heredem, qua tali taemve, non dari hanc actionem, constat ex *l. 12. § ult. h. t.* Quatenus sane locupletior factus est heres, eum teneri ce: tum est, *d. § ult.*

6. Ex his liquet, actionem hanc præparatoriam, ante principalem Restitutoriam esse movendam; *ei competit, qui in rem acturus est*, ait *l. 3. § 3.* Post actionem principalem institutam, non posse locum habere, palam est. Quod tamen non adeo videtur universale, quin aliquando causa cognita, pendente lite, actionem ad Exhibendum permittere liceat, quatenus rationes prædicti usus, quem habet hæc actio, conveniant. Exemplum; Socer a vidua generi sui varias res, quæ filiæ fuissent, repetebat; inter alia lineam margaritarum, quam vidua negabat eandem esse cum ea, quam possidebat, sed verbis ambiguis: Socer petebat, ut quam possideret, eam apud Commissarium Curiæ exhiberet recognoscendam. Suspicione malæ fidei hoc impetravit causa cognita sententiaque lata, ante natales *cɔ. ɔ.* 1681. *in causa D. B. a S. contra J. a J.* Non potest hoc esse ordinarium; actor enim paratus esse debet, & priusquam agat, instructus. An etiam potest conjungi hæc actio cum principali? Videtur, si agendum sit ad separationem, ut res seorsim posita vindicetur; tum nihil obstat, quo minus sic agatur, ut Reus condemnetur, gemmam v. c. ab annulo separare, sibique domino declarato, restituere. Sed quando ad exhibendum, propter dubitationem Actoris, agendum est, non videtur res ferre, prius ut agatur, quam id, quod cognitu ad actionem est necessarium, actione exhibendi sit præparatum; secundum ea, quæ de conjungendis actionibus dicta ad *tit. de Edendo n. 10.* De rebus immobilibus non posse dari hoc judicium, cum ipsæ per se pateant, res ipsa abunde loquitur. Vid. *l. 3. § fin. l. 5. § 1. & l. 6. h.*

SCHOLIUM.

Regulariter non dari, concedo, arg. l. 2. hic. l. 56. de Procur. *dari non posse, nego. Quid si enim mihi legatus sit fundus Cornelianus, quem ego, ubi situs sit, ignoro, heres vero scit?* Vide Lekhoet. h. t. *Non obstat* d. l. 56. *Namibi proponitur regula; hic exceptio.*

RESPONSIO.

Magis est, ut hoc in ipsa legati actione contineatur; scilicet, at heres condemnetur ad fundum legatum, ubicunque sit, præstandum; Actionem ad exhibendum ea gratia dari, ab Juris usu alienum videtur.

N. ADDIT.

Possem quidem regerere, me quoad usum juris Romani hic respexisse vel ad modum antiquum legandi per vindicationem, vel ad eum casum, si jure noviore, etiam in aliis legandi modis quis velit rei vindicationem instituere. Sed malo tamen, ut jam totum Scholium expungatur, cum ca-

sus,

ſus, qui ibi ſupponitur, vix ſit moraliter dabilis. Ceterum quæ a juris uſu non ſit alienum, rem immobilem, quamvis ficto modo, per glebam in jure exhiberi, docebit Cicero pro Murena & *Gellius* l. 5. c. 19.

LIB. XI.

TIT. I.

De Interrogationibus in Jure faciendis.

I. Interrogatorias actiones præcipue in perſonalibus, aliquando & in realibus habere locum. II. Quid ſint, nec eſſe proprias actionum ſpecies. III. Hodie neminem extra litem conteſt. de jure ſuo reſpondere teneri. IV. Quando, & quomodo hæ interrogationes hodie inſtituantur. V. Interrogationes non debere eſſe de novis factis, quorum antea nulla mentio ſit habita. VI. Per contumaciam interrogatos pro confeſſis haberi. VII. Quid juris, ſi Actor non adſit, cum proponendæ ſunt. VIII. Poſſe illas fieri quovis tempore, usque ad ſententiam. IX. Regulæ Juris de illis. X. De interrogationibus a Judice factis.

QUem uſum habet actio ad Exhibendum in Rei vindicationibus, eundem Interrogatoriæ Actiones fere præbent in Judiciis perſonalibus, ut, quoties Actor rei qualitates, ſine quarum notitia formulam agendi concipere non poterat, ignoraret, jus ipſi eſſet, Reum de qualitatibus illis interrogare, etiam *ante judicium*, quo hæc verba, IN JURE, ſignificant, ut ex *l. 1. §. 1. h. t.* & ex iis, quæ dicta ſunt *ad tit. de Judiciis n. 17.* intelligitur; apud Magiſtratus vel Judices, qui Tribunal habent, ἐν βήματι, ut Græci, *l. 4. §. 10. h. t.* Dicuntur autem interrogationes tunc eſſe neceſſariæ, cum in perſonam eſt actio, *l. 1. in pr. h. t.* quod tamen ex eorum genere, quæ ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστον, ut plurimum, non ſemper, obtinent, eſſe videtur: vel dicendum, neceſſarias eſſe interrogationes in perſonalibus, ob rationem in *d. l. 1.* redditam; ne plus petendo cauſa quis cadat; in actionibus autem realibus idem utile eſſe aliquando. Certe etiam in actionibus in rem, factas fuiſſe interrogationes, arguit *lex 11. C. de Heredit. petit.* ubi Reus, utrum pro herede, an pro poſſeſſore poſſideat, reſpondere debet, non etiam quota ex parte heres ſit; hoc enim de perſonali actore traditur in *l. 6. §. 1. h.* Cum etiam in Rei vindicatione ſit præcognitu neceſſarium, an Reus poſſideat, non videtur eſſe dubium, quin reſpondere debuerit interrogatus, utrum poſſideret, an ſecus, *l. 36. & l. ult. de R. V.* & aliquando etiam quota ex parte poſſideat, *l. 20. §. 1. h. t.* ad quod regulariter non tenetur, *l. 73. de R. V.* Diſſ. Struv. *ad h. t. n. 41.*

2. Quid ergo ſunt Interrogatoriæ actiones? *Sunt cujusvis generis actiones, munitæ reſponſionibus adverſariorum, ante litem conteſtatam factæ.* Ergo non ſunt diſtinctæ actionum ſpecies. Verum adjectitiæ tantum qualitates aliarum actionum. Hinc, qui in *Jure* interrogatus; ſuane ſit quadrupes? reſpondit, non eſſe ſuam, teneri dicitur in ſolidum eadem actione quadrupedaria, *l. 1. §. Si Quadrup. paup.* Nec obſtat, quod in *l. 11. §. 2. h. t.* ſcriptum eſt, eum, *qui interrogatus reſponderit, ſic teneri, quaſi ex contractu.* Nam etſi interrogatio & reſponſio ſpeciem quaſi-contractus facere poſſe videantur; hoc tamen nihil quam acceſſionem principalis actionis exhibent; Tenetur, ait textus, quaſi e contractu, *pro quo pulſabitur*, id eſt, ex quo paratur actio, non ex alio diverſi generis contractu.

3. Verum enimvero interrogatoriis actionibus hodie non utimur, habetur in *l. 1. §. 1. h. t.* Quæ verba non eſſe Calliſtrati, ſed Triboniani interpolantis, facile perſuadet D. Wiſſenbach. *emblem. Tribon. ad hanc l.* Simul evidens eſt ejus, quod ad *tit. de Orig. Jur. p. 523.* obſervavimus, exemplum hac in re; quod in Pandectas non pauca ſint relata, quæ tempore compoſitionis erant abolita, vel deſuetudine inumbrata; quemadmodum de his interrogationibus in *d. l. 1. §. 1.* habetur, *eas minus frequentari & abiiſſe in deſuetudinem.* Cujus rei præcipua ratio hæc eſſe videtur; Si quis plus minusve peteret, aut vitii aliquid in formula petendi committeret, is omni cauſa cadebat, *§ Si quis agens. 33. I. de Action.* Deinde vero ſublatis formulis, & ſolennibus actionum impetrationibus, in *tit. C. de formul. & impetr. ſubl.* ſi quid erratum eſſet, ſalva ejusdem judicii inſtantia,

poterat emendari, *§ 34. & seqq. eod. tit. I. de Action.* Atqui ita deinceps nulla causa fuit, quamobrem aliquis ante judicium litemque contestatam de jure suo respondere cogeretur; quod non esse juris, adfirmatur in eadem *l. 1. § 1.* Hoc igitur hodieque verissimum est, neminem ante litem contestatam de Jure suo quicquam respondere cogendum; quod operæ pretium est observari contra vulgi opinionem, quæ nonnullis locis fere in praxin abiit, ut aliquis de lite movenda cogitans, futurum adversarium, aut testes, vocet ad Magistratum, ubi respondeant ad articulos interrogationum, quos vocant *Præparatorios.* Nihil certius est, quam ad hoc neminem teneri, nec Magistratus officii sui partes ad cogendum hactenus ullo modo interponere debet; quod cum aliquando in civitate quadam Frisiæ contigisset, a Curia suprema memini fuisse improbatum, & rescissum.

4. Postquam igitur placuit, ante litem contestatam neminem teneri ad respondendum, alius interrogationum mos invaluit, in usum probationum, quem indicat *d. l. 1. § 1.* Nam quæ hoc modo ex *adversa parte expressa fuerint apud judices*, non egent ulterioris probationis, *d. l. § 1.* Gail. *1. obs. 82. n. 7.* Harum usus in plerisque Judiciis hodiernis est frequentissimus, etsi non desint etiam, ubi nullus, aut rarus earum usus existit, ut de Batavis & vicinis testatur Grœnewegius *ad pr. h. t.* etsi legibus institutum illarum esse præscriptum, idem testetur. De Saxonibus ita Thomasius.

SCHOLIUM.

Quamvis de Jure Saxonico usus interrogationum fere sit exiguus, solet tamen apud nos, v. g. in concursu creditorum, Judex ad instantiam partium, si debitor durante processu moriatur, heredibus ejus imponere, ut se declarent, an velint heredes esse, vel non.

Apud nos in usu adsiduo ac quotidiano sunt: & hoc modo exercentur. Post litem contestatam, non prius, ut habetur in *d. l. 1. § 1.* Actor petere potest a Judice, ut Reus ad interrogata sua respondeat, in quem finem *delegatio* decernitur, in aliquem ex Judicum collegio, ut hodie res sunt, quæ in nostro foro, κατ' ἐξοχὴν vocatur, *Commissio post litem contestatam.* At tamen hæc petitio ab Actore ultro facta, interrogationum causa, rarior est; nec temere fit, nisi quando petitor in mora periculum esse putat; plerumque partes expectant, dum Judex interlocutione sua, post disceptationem juris & facti, causam probationibus deleget; Tum qui probandum aliquid habent, intentionis suæ factique merita certis positionibus, (an hæ ab articulis differant, vid. Gail. 1. 79. *apr.*) complectuntur, easque judici offerunt, ut secundum eas adversarius interrogetur, præstito utrimque juramento calumniæ; quod olim initio litis, ante contestationem præstari solitum, in hunc locum usumque redactum est, ut diximus ad *tit. Inst. de pœn. tem. litig. n. 2.* Non est hoc juramentum veritatis, sed opinionis; qua ratione fieri potest, ut positiones utrimque contrariæ, sine alterius perjurio adfirmentur aut negentur, ut tamen, si quis sciens fefellisse deprehendatur, mulctæ pœnæve subjiciatur; quod Sandius exemplo rei judicatæ confirmat, *l. 1. tit. 9. def. 2.* Et cum hæc res ad secreta animi cujusque pertinear, si pater nomine filii, maritus de facto uxoris, Curator de facto adolescentis interroget, aut interrogetur, ipsi, de quorum conscientia quæritur, quatenus jurandi capaces sunt, ad hoc præstandum tenentur, *d. tit. 9. def. 3.* Si qui ad jurandum inidonei sint, pro his Curatores admitti, moris & necessitatis est.

5. Cum autem hæ interrogationes, Causæ, de qua litis contestatio & disceptatio facta est, inserviant, quo inter se omnia conveniant, non est faciendum, ut in illis nova facta, quorum in disceptatione prævia nullam fecere mentionem, inferant, quod nostris *Statutis* expressum legitur, in *lib. 3. tit. 18. art. 9. & 10.* Proinde, si cui talia proponantur, is ea silentio excipere potest. Sed quæsitum est, si adversarius ad ejusmodi nova facta, quæ transmittere posset, responderit, an judex eorum in judicando rationem habere possit. Exemplum hujusmodi erat; Filius hereditatem maternam aditurus, beneficium inventarii petebat; cui petitioni se Creditores opponebant, allegatis diversis facti rationibus, e quibus constaret, filium se miscuisse hereditati, quorum insecutis interrogationibus nullam speciem posuerant, verum in his alia omnia; & hæc ipsa filius tamen confessus erat: Si hæc pro non positis haberentur, erant actores repellendi; si admitterentur ea facta, filius erat condemnandus. Judicatum est, non posse transmitti a judicibus, quæ pars adversa, cujus intererat, agnovisset. Ait quidem Lex, Judicem non posse talium factorum, etsi probatorum, habere rationem, quasi posita non essent; verum Confessione secuta, adver-

versarius concedere, jurique suo renunciasse videtur, ac ita Senatus censuit, in causa *Tiberii Piersma cum soc.* contra *W. Groen, ante festum Omnium Sanctorum 1679.*

6. Quando se non sistit adversarius ad respondendum, accusatur de contumacia; tum denuo, tertiumque citatur, atque ubi toties accusatus fuerit, interrogationes habentur pro confessis, quod in Curia Suprema post alteram contumaciam decernitur. Nec tantum adversus absentes, sed etiam contra præsentes, qui jurare calumniæ causa recusant, ut fit aliquando adversus *Mennonitas;* quorum aliquos hæc occasione non leves causas perdidisse, vidimus. Nec tamen hæc ficta confessio tam valida est, quam vera & actualis esse debet ac solet; quin adhuc probatio ab eo, qui tale decretum de positionibus pro confessis habendis contra partem adversam impetraverit, exigi possit, ut a Curia Suprema judicatum refert Nauta, Decis. 125. in causa *N. Polman contra Johannem Coumans, d. 8. Junii 1643.* quod non abhorret ab iis, quæ Gailius hac de re scribit in *lib. 1. Observ. 80. n. 5.* meoque tempore scio, per sententiam, permissum fuisse Reo nobili, cujus præjudicio interrogationes adversarii pro concessis habitæ fuerant, illas ipsas reprobatoriis mediis refellere, *ante ferias natalitias 1679.*

7. Quid si Actor, qui Reum ad interrogationes citavit, ipse non compareat, Reus vero adsit, an hic petere potest, Judicium circumduci seque absolvi ab instantia, secundum *l. 73. § 1. & sequ. de Judic.?* Juris ratio non abhorret, cum, quia circumductionem, de qua in *d. l. 73.* post litem contestatam committi satis constat; tum, quia, cum Reus per absentiam confessione præsumpta perdat causam, Actorem instantia mulctari, æquissimum videtur. In nostro tamen foro magis hoc non esse receptum aut usitatum, quam improbatum, videtur. Mos impetrandi circumductionem instantiæ cognitus in principio litis, non æque post contestationem frequentatur. Nescio, an plusquam in id quod interest, impensasque refundendas, agi possit: etsi minus id ab iniquitate, respectu Rei, cujus alioqui causa favorabilior est, abesse videatur.

8. Positio interrogationum ita statim a lite contestata, sed maxime post judicis interlocutionem fieri solet, ut dictum; Verum tamen & alias, *ubicunque judicem æquitas moverit,* permittere potest, ut fiant interrogationes, adeoque etiam post conclusionem in causa, tam a Reo, quam ab Actore, *l. penult. h.t.* quam *Legem* non de vetustis interrogationibus, sed de probatoriis post litem contestatam factis agere, palam est; idque in usu Fori nostri quotidianum est admittere; sed tamen ita, ut Judicis officium sit, animadvertere, ne prætextu interrogationum pronunciatio sententiæ eludatur; ideoque rationes, quæ necessarias arguant interrogationes, nec prius illas fieri potuisse, probent, sunt exigendæ; alioqui petitionem interrogationum post conclusionem causæ recte negabit, ut factum a Curia, cum alias, tum *in causa Nissæ Nicolai contra heredes Annæ Thomæ,* ante ferias Caniculares 1681. Prudenter etiam consulunt, qui suspicantur, adversarium adhuc interrogationes propositurum, si per libellum petant, ut adversa pars, si quas habeat interrogationes, intra certum tempus eas exequatur, alioqui curia ex his, quæ apud acta sunt, ferat sententiam; secundum quam petitionem ordinarium est rescribi.

9. Cæterum, etsi interrogationes istæ probatoriæ, ab iis, quæ olim in Jure fiebant, usu modoque proponendi diversæ sint, regulæ tamen, quæ in hoc titulo de illis traduntur, cum nostris sunt communes, quarum præcipuæ sunt hæ; Interrogatus respondere debet, nisi justam recusandi causam habeat; qualis est, si in alia causa sibi responsione præjudicaret, ut exemplum est in *l. 6. § 1. h.t.* aut si quid nimis curiosum pudendumve proponatur; ad quæ merito dixerit, non teneri se ad respondendum, ut fit; de propriis factis nota est formula respondendi per verbum *credit,* vel *non credit;* non simpliciter, ajo, nego, quia non sunt responsa veritatis *in re,* sed opinionis *in se,* ut loqui sic liceat. De factis alienis, ad causam pertinentibus, probatum est verbum *Nescit;* etiam de propriis antiquis, & quorum probabilis ignorantia est. Sed de factis ad alios aliasque causas spectantibus, responsum abrupte negare licet, *l. 9. § 3. h.t.* potest etiam de suis factis ex causa, Reus petere tempus deliberandi, *l. 5. h.* Si quis generalius, aut dubie respondeat, iterum examinari potest, *l. 9. § 6.* ubi, *plenius responderi jubeat:* estque judicis, ejusmodi elusiones præcidere, & urgere simplicia responsa. Qui tacuit, cum tacendi causam non haberet, aut ambigua respondit, pro confesso habetur, *l. 4. in pr. & l. 11. § 4. h.t.* Si quis mentitus sit, mendacium contra eum vertitur; nunquam prodest; ita ut si heres ex quadrante, se dixerit heredem ex asse, Creditoribus ex asse teneatur, & qui ex semisse heres, dixit, ex quadrante,

diffiato mendacio, pro semisse conveniatur, *d. l. 4. l. 11. §. 2. 3. & seqq. h. t.* quam pœnam exolevisse, narrat Grœnewegius *ad d. l. 11. §. 3. h.* laudato etiam auctore Sandio *l. 2. tit. 9. def. 2.* qui pro arbitrio quidem judicis mulctari perjurium refert; Sed hoc nihil prohibet, illam pœnam, si quando usus veniat, usurpari: Licet exempla mihi non constent, rem tamen æquissimam apud nos abolitam esse, affirmare non ausim. Nec tamen adeo peremptoriæ sunt hæ Confessiones, quin justus error excusetur, *§ 10. d. l. 11.* deturque sine captione regressus ad pœnitentiam; quod maxime dicendum, si captiosa, aut obscura, vel peregrina sint verba; quomodo mulierem agricolam memini excusatam a Curia, quod interrogata, num esset heres *ab intestato*, (hæc ipsa verba latina fuerant in positione,) respondérat, *credit;* etsi notissimum esset, eam se abstinuisse Patris hereditate. Admissa est ejus purgatio, quod putasset, ea verba ad jus naturalis cognitionis pertinere. Denique, nunquam aliter, quam si juri atque naturæ negotii sit consentanea responsio, fidem ei par est haberi, *l. 14. in fin. h. t.* Postremo sciendum, Interrogationes & responsiones hactenus sese ut quasi contractus habere, quod nec ad tertium, nec ad aliam quoque litem pertineant, *l. ult. h. t.* nisi, ut aliquando fit, inter partes ita convenerit, ut responsiones in uno judicio factæ, valeant in alio simili, quatenus ii l natura negotiorum ferre queat. Alium quoque al i respondendo non præjudicare, ne defensorem quidem ei, pro quo intervenit, aut si ium Patri, pro quo agit, habetur in *l. 9. §. 4. & l. 19. h. t.*

10. Hactenus de interrogationibus partium inter se. Dantur etiam interrogationes Judicum, de rebus ad merita decisionum spectantibus, quibus partes supersederunt, quatenus sæpe fit, ut nec ipsi litigantes, nec advocati satis animum adverterint, in quibus articulis cardo negotii vertatur. Has interrogationes facere potest Judex quovis tempore, etiam sine post conclusionem causæ, quo pertinet dictum, *Judici nunquam in causa concludi, cap. X. sub fin. X. de fide instrum.* sæpe quidem per modum examinis & colloquii, aliquando per interlocutionem solennem; qua Judex declaret, se causam non invenire in eo statu, ut peremptorie definiri possit, ideoque se litigantibus ex officio præscripturum esse quasdam interrogationes, ad quas & ipsis respondendum, & probationes faciendæ sint; quæ vulgo in Foro nostro *puncta officii* vocantur, de quibus Gail. 1. *observat. 179. & 95.* Schotan. *Exam. ad h. t.* & nos in *Jurispr. hodiern. part. 2. lib. 2. cap. 33. n. 5. & seqq.*

TIT. II.

De quibus rebus ad eundem Judicem catur.

I. Continuatio, & quibus ex causis hæc Rubrica committatur. II. Desitio Reconventionis, & differentia a compensatione. III. Non habet locum in Executione, imploratione judicis officit, nec in criminibus, quod tamen limitatur. IV. Reconventum non posse uti Privilegio Fori. Quatenus Tutores & Procuratores reconveniri possint. V. Quo tempore facienda reconventio. VI. In quibus rebus cesset Reconventio; cessare in possessoriis & summariis Reconventionem ordinariam. VII. Non cessare in summariis & possessoriis ejusdem generis Reconventionem. VIII. Reum non posse apud alium conveniri, pendente priore judicio. IX. Regulariter utramque petitionem absolvi, non tamen semper. X. CONTINENTIA Causæ quotuplex, ubi sunt eædem actiones. XI. Etiam in diversis, sed quæ separari nequeunt. XII. An necessitas veniendi ad eumdem judicem ad exteros pertineat. XIII. Quis sit Judex communis, & an Judici inferiori competat jus hujus Rubricæ. XIV. De adjunctis alienarum litium. XV. De submissione aliquot observationes & res judicatæ. Idem XVI. XVII. XVIII. XIX. XX. XXI.

SUb finem tituli de *Judiciis*, aliquot numero causis, e quibus forum incompetens fiat *Competens*, ut vocant, recensuimus. Plures ad hujus rubricæ enarrationem remisimus, quæ proinde licet paucis a Justiniano transmittatur, nobis ampliorem dicendi materiam suppeditat: Agendum enim de Reconventione, de connexione rerum, diversitate Jurisdictionum, & si quæ res illuc præterea spectant. Primo, per Reconventionem fit, ut litigantes diversis Jurisdictionibus subjecti ab eodem

eodem Judice tractentur, eoque nunc instituto nihil est frequentius in omnibus foris Europæ, exceptis Saxonicis. *

2. Definiri potest RECONVENTIO, quod sit *Reciproca Actio, per quam Reus actorem apud suum* (Rei) *judicem, de alia causa convenire potest, contrahendi litis gratia.* Genus est, *Actio reciproca, l. 11. §. 1. D. de Jurisdict.* Mutuam petitionem alii vocant, ex *l. 1. § ult. D. de Extraord. cognit.* eodem sensu; verum quia compensatio dicitur etiam *mutua petitio*, in *l. 6. C. de Compens.* nos reciprocam actionem appellare maluimus, quam videri confundere, quod nimis in proclivi est, compensationem cum Reconventione. Quæ inter hæc est summa differentia? Compensatio fit *ipso jure*, non per actionem, vel exceptionem, ita ut effectum habeat, antequam in judicio sit opposita, *l. 4. D. & C. de Compens.* Reconventio est Actio, quæ non opposita nihil est, nec antequam opponatur, quicquam operari potest. Inde est, quod compensatio tantum fit de rebus fungibilibus, quarum una prompte alterius vice *fungi* potest, absque inæqualitate vel affectione sicut etiam de liquidis non controversis debitis. Reconventio fit de quibuslibet rebus, corporalibus, incorporalibus, liquidis aut controversis indistincte.

3. Porro exinde, quod Reconventio est ACTIO reciproca, sequitur, Reconventioni non esse locum in executione, probante Sandio *lib. 1. tit. 6. def. 2.* nec etiam in simplici imploratione Judicis officii, ut idem probat in *defin. seq.* modo non fiat imploratio per modum actionis, ut in *l. 1. § ult. de Extraord. cognit.* & sæpe alias fit.

QVA REUS. Reum actore magis esse favorabilem, docet regula juris in *l. 125. de R. J.* etiam hac in re, modo non sit reus criminis; nam hic purgare se debet, nec ante potest accusare, quam fuerit excusatus; nec enim relatione criminum, sed innocentia Reus se purgare debet, *l. 5. in pr. π. de Publ. jud. l. 2. & l. 19. C. de his, qui accus. non poss.* ut interea tamen inscriptiones accusati, adversus accusatores suos post absolutionem suam peragendas, deponere possint, *l. 19. C. de his, qui accus. non poss.* Hactenus respectu criminis, aut minoris, aut paris, *d. l. 19.* Si vero qui prior inscripsit in crimen levius adversus alterum, de gravior crimine mox accusetur, hic, prior ad respondendum tenetur, *l. 1. C. eod. tit.*

4. Cæterum, Actor vice mutua conventus, reum denuo convenire non potest, quia nec eodem favore quo Reus excipitur, nec res abire debet in confusionem, Speculat. *tit. de Reconv. § nunc. n. 13.* Ideo dicitur ACTOREM. Qui me convenit apud meum Judicem, hic, si alia actione mihi sit obnoxius, eundem judicem pati debet, quem ipsemet eligendo agnovit & probavit, ideoque vice mutua conventus, non habet exceptionem declinatoriam, nec judicis suspecti, quamvis alioquin habiturus, *l. 22. de Judic. l. 14. in fin. C. de Sent.* a qua generalitate non excipiuntur Studiosi in *Auth. Habita. C. Ne fil. pro Patre.* quin ipse conveniens oppidanum apud suos Magistratus, apud eundem vicissim conventus, respondere debeat, ut solide probat Thomasius ad Strauch. *dissert. 24. th. 10. pag. 356.* De moribus in contrarium idem non liquere probat: nec apud nos existimo secus esse receptum. In clericis idem juris & moris esse, testantur Mynsing. *2. obs. 76.* Gail. *1. obs. 37.* Sed actorem oportet esse, qui suo nomine convenitur; alieno nomine agentes, de propria causa reconveniri non possunt, veluti Tutores, Curatores, Procuratores, actores universitatum, & similes, nomine suorum pupillorum & mandantium agentes, de suis debitis eodem judicio respondere non coguntur, ne causæ eorum, quibus præsunt, retardentur, Berlich. *concl. pract. part. I. concl. 22. n. 12. & 13.* Carpz. *def. for. part. 1. const. 7. def. 6.* Sed eosdem pro suis pupillis & mandatoribus reconventionem suscipere cogi, res ipsa loquitur, & jam diximus *ad Tit. de Procurat. n. 5. vers. porro.* APUD SUUM JUDICEM, sive ille judex sit Reo competens, sive etiam incompetens, cui se reus tacite submiserit, non opponendo exceptionem declinatoriam; sed adversarium illic vice mutua conveniendo; qua re facta, uterque se judicio submisisse videtur; nec ullum, actoris aut rei, privilegium fori impedit jurisdictionem, ut modo diximus, & probat Faber *lib. 3. C. tit. 1. def. 11. & 39.* nisi obstet *Auth. Et Consequenter d. tit. C. de Sent.* verbis, *nisi apud eundem judicem, quisi displiceat, intra dies XX.*

* Quod non ita abscisse intelligas, ac si Reconventioni in nostris foris nullus sit locus, sed quod non sit ejus usus in iis causis, ut noster infra § 6. ipse loquitur, quorum motus reciprocus judiciis confusionem inferre potest. Confer. notata supra *p. 714.*

l. recusa-

recusari potest; Sed ex collatione *Nov. 96. c. 2.* patet, hæc verba tantum ad reum conventum, non ad actorem pertinere reconventum.

5. Porro ita fit apud Rei judicem Reconventio, ut non distinguatur in legibus, quo tempore sit instituenda, *d. l. 11. § 1. & d. l. 14.* Accursius tamen, Azo, Baldus, & Sichardus in *d. Auth. Consequenter.* eam fieri debere statuunt ante, vel paulo post litem contestatam, quos sequitur D. Matthæus *disp. 3. de Judic. th. 23.* & ante litem contestatam præcise, A. Fab. *lib. 3. Cod. tit. 2. def. 24.* quod, nisi intelligat *ante* pro *juxta* litem contestatam, quid sibi velit, nescio; nam qui *excipit*, nec ad conventionem respondet, quod est litem contestari, vice mutua nequaquam convenire potest. Ideo veriorem puto Bartoli in *ead. Auth.* sententiam, distinguentem inter effectus reconventionis; ut si Reconventio fiat juxta litis contestationem, tum pari passu cum ipsa conventione procedat; si vero fiat aliquamdiu post litis contestationem, tum Actoris conventio Reconventionem exspectare non debeat, ut tradit Christin. *ad LL. Mechlin. lib. 1. art. 24. n. 2. 3. 4. & seqq. & vol. 1. decis. 280. n. 1. & seqq.* Quam sententiam refert approbatam a Curia nostra, Gajus Nauta in *Decis. MS. 135.* Reus in duplicatione Reconventionem instituerat, postquam Actor in Replicatione jam concluserat, *nisi causam &c.* & Reum semel jam de non facta duplicatione accusaverat; dixit, se non teneri ad sustinendam reconventionem: sed rejecta est oppositio, hac lege, ne Conventione per Reconventionem retardaretur, *in causa Ruardi Abbema contra Poppium Bootsma, 14. Octobr. 1643.* Cæterum, si Accursius suum *paulo post litem contestatam*, ita interpretetur, *ante productiones testium*, vix est ut ea sententia discrepet a ratione Juris & ab usu Fori: quia vix est, ut Reconventio post interlocutionem ad probandum, sine confusione potlit admitti, nec ejus ullum credo exemplum dari. Sed etiam Baldi & Jasonis sententia recte se habebit, qui post juramentum calumniæ præstitum, negant Reconventioni esse locum: si modo juramentum illud eo tempore, quo apud nos in usu est, interponatur; scilicet, cum interrogationes in judicio fiunt a partibus, quæ non nisi post interlocutionem probandi causa factam usurpantur. Nam etsi submissio tacita, quam Actor, eligendo judicem, fecisse videtur, usque ad finem litis durat, Reconventio tamen post disceptationem partium & interlocutionem Judicis, vix civilem videtur habere facultatem, A. Matth. *d. Disp. 7. th. 24.*

6. DE ALIA CAUSA. Sine distinctione, qualis sit actio, in rem aut in personam, pœnalis an rei persecutoria, bonæ fidei an stricti juris; non tamen, si criminalis sit, ut modo diximus, & latius videri potest A. Matthæus *de crim. lib. 48. tit. 13. c. 10. pag. 169.* Nam debet etiam esse talis actio, cujus motus reciprocus judiciis confusionem inferre queat; Quæ res effecit, ut jure Saxoniæ valde in arctum redacta sit Reconventio, qua de re Thomasius ad *pos. 7.*

SCHOLIUM.

Quæ jure Saxonico recepta est reconventio, hoc peculiare habet, quod instituatur in causis saltem connexis, & finita demum conventione, Carpzov. Proc. tit. 6. art. 3.

Apud Saxones igitur sola spectatur tacita submissio, per quam Actor eum judicem, ad quem Reum vocavit, elegisse videtur; at tum nullum sit litigandi compendium, quod inprimis Legislator Romanus spectavit. Nec tamen ita compendio studendum, ut confusio inde oriatur, quæ lites intricaret, & longiores redderet: unde cessat in executione, quod diximus, cessat in appellatione, si omissa sit in prima instantia, Sand. *lib. 1. tit. 6. def. 1.* Cessat in judicio possessorio, nisi Reconventio sit ejusdem generis, & æque summaria.

SCHOLIUM.

Textum hic potissimum desidero. Jure Saxonico vero omnino reconventio Petitoria in possessorio non solum potest institui, sed etiam debet. Vid. *supra* not. tit. Inst. de Interd. *posit.* ult.

RESPONSIO.

Argumentum, opinor, textus sufficit. Hoc autem est, quod Possessoriæ causæ celeriter sunt terminandæ, l. un. C. si de moment. poss. c. dispendia. de Reser. in 6. arg. l. 21. de reb. cred. *iisque sua celeritas expeditionis per Reconventionem longioris processus adimi non debeat, quod esset directe Reconventionis introductæ rationi contrarium. Altera est ratio, quod possessorium præcedere debet Judicium petitorium,* l. 3. C. de Judic. l. 13. C. de R. V. *Conventio autem & Reconventio debent ita esse comparatæ, ut pari passu procedere & terminari possint, nec petitorium judicium rei vindicationis fundari potest, nisi de possessione constet,* l. ult. de R. V. *Dix.* ad tit. de Rei Vind. n. 3. in fin.

N. ADDIT.

Facile jam inter nos pax est, postquam Autor

mentem

mentem ſuam etiam per argumenta textuum explicavit.

His rationibus in noſtra Curia rectiſſime inſtitutum eſt, ne contra poſſeſſorium judicium Reconventio Petitoria inſtituatur, etſi directe contra praxin Saxonicam. Atque ita in contradictorio placuit Senatui, in cauſa *Annæ Catharinæ Gerardi cum ſociis Excipientis, contra liberos & heredes Jarichii Gerardi Exceptæ, 1. Maji 1678.* iterumque noſtra memoria, *inter A. L. & S. A. ſuper prædio Aelſumano apud Doccumium.*

7. Hinc etiam capit interpretationem aut correctionem, niſi fallor, quod vulgo negatur in poſſeſſoriis & ſummariis habere locum reconventio, Specul. *2. part. 1. tit. de Reconv. § nunc videamus. n. 5. & 11.* A. Matthæ. *diſp. 8. de Judic. 28.* Non habet locum in ſummariis Reconventio Proceſſus ordinarii, vel talis, per quam ſummaria conventio retardaretur; ſed quo minus æque ſummaria pari paſſu admittatur, nihil impedimento, imo ſæpe neceſſarium eſt. Quid enim aliud eſt *Reduplicatio* quam vocant, in Interdictis, niſi Reconventio ejusdem generis & æque ſummaria? qui turbatur ab alio, ſe poſſidere contendit, & qui de turbatione convenitur, ſe poſſidere affirmat, idemque alter ab altero petit. Similiter, quando is, qui alterum primo dejecit, iterum dejectus agit *unde vi*, tum qui prius erat dejectus, vicißim de vi agere poteſt, in ſpecie *l. 17. de vi & vi arm.* quæ revera nihil eſt quam Reconventio. Imo in Interdictis adipiſcendæ poſſeſſionis, quibus ordinario fere proceſſu agitur, nihil vetat, ejusdem generis admitti Reconventionem, ut *ante paucos annos memini inter partes Illuſtres eſſe factum, in celebri cauſa Amelandica;* Cum enim Heredes ultimi poſſeſſoris Inſulæ poſſeſſionem ingredi prohiberentur, agerentque adipiſcendæ poſſeſſionis cauſa, (ceſſat enim apud nos regula fori Gallici, quod vivus mortuum in poſſeſſionem mittat) Adverſarius ad Reconventionem adipiſcendæ poſſeſſionis, me Curiæ in cauſa Commiſſario, admiſſus eſt. Hoc etiam fundamento nititur obſervatio, quod conventus ex cauſa mercium minutim venditarum, non poſſit reconveniri ex cauſa feudali, ſimilive magni momenti. Zanger. *tract. de Except. part. 2. c. 1. n. 351.* Berlich. *1. concl. 22. n. 19.* idemque adeo in omnibus obtinet ſummariis, ne cautæ ordinarii proceſſus per modum reconventionis illis objiciantur: ut dictum. Vide citatos a Zutfenio *prax. Belg. tit. de Reconvent. n. 11.*

8. Sequitur in definitione, CONVENIRE POTEST. Non cogitur igitur reus actorem vice mutua convenire, quod in ejus favorem videtur introductum. Imo cogitur ex *Nov. 69. c. 2.* ubi Juſtinianus prohibet Reo convento, ne Actorem alibi quam apud eundem Judicem conveniat, quod ſi facere nolit *terminos litis ſibi illatæ expectare jubetur; ut poſtquam lis finem accepit, tunc ſuam cauſam apud alium, ſi velit, judicem proponat*, quod etiam, ſed obſcurius, eſt in Auth. *Et conſequenter. C. de Sent.* Cujac. ad *d. Nov. 96.* Neſcio, an hanc Nov. in conſpectu habuerint, qui aliunde probant, Reum, etſi pœniteat ipſum mutuæ petitionis, non poſſe coram alio judice convenire adverſarium, nempe ex *l. 30. D. de Jud. l. 4. C. de Jurisd. omn. Jud.* A. Matth. *d. diſp. 8. th. 31.* cum multo liquidior ſit probatio ex hac *Nov. 96. c. 2.*

9. Ultima definitionis verba ſunt; *lites contrahendi gratia.* Quem finem probavimus, & momentum ejus aliquoties rerum argumentis oſtendimus. Eique conſentaneum eſt, ut de utraque petitione mutua, de cauſa conventionis & reconventionis pariter ſententia feratur, quod tamen ſemper fieri non poſſe, demonſtratum eſt ex uſu rerum, idemque patet ex *l. 1. § ult. D. Quæ ſent. ſine appell. reſcind.* ubi judex in cauſa conventionis & Reconventionis, *alterum priorem condemnavit:* idque in noſtra Curia ordinarium eſt admittere, ſi cauſa Conventionis ſit juris, & Reconventio facti, ut ſæpe meo tempore factum; aliquantoque facilius quam ut ejusdem judicii, citra reconventionem, inſtantiæ ob hanc cauſam divellantur, imo & lites ejusdem inſtantiæ, cujus rei uſum & exemplum demonſtravimus ad *tit. de Judic. n. 26. in fin.* Sed hoc tum auctoritate *d. l. 1. § ult.* ſervatur, ut executio, donec altera cauſa ſimiliter finita fuerit, differatur: quod in exemplo *d. n. 26.* relato, *& alias ſemper* eſſe decretum, meminimus.

10. Hactenus de Reconventione: ſequitur CONNEXIO RERUM, a qua, licet *diverſitas juriſdictionem* uſu & effectu diſtingui poſſit, ut a nobis factum *in poſit. ad h. t. & Juriſpr. Hodiern. part. 1. lib. 1. c. 23. & ſequ.* ſimplicius tamen & compendioſius videtur, ambas conjungere. Nam quoties qui citandi ſunt ob eandem cauſam, habitant in diverſis juriſdictionibus, ratio vult, ut omnes ad eundem judicem veniant, *l. 1. & 2. h. t.* cauſa manifeſta, ſcilicet lites ut contrahantur, & quod una diſceptatione fieri poteſt, ne in plures diſtraha-

distrahatur, hoc est, *Continentia Causæ dividatur, l. 10. C. de Judic.* Ista causæ continentia bifariam consideratur; vel enim est *Identitas*, liceat ita loqui, vel *Conjunctio* causarum. Identias heic intelligitur, quoties adversus plures personas diversis jurisdictionibus subjectas, una competit actio, non modo si duplex sit, ut Familiæ erciscundæ, Communi dividundo, Finium regundorum, *l. 1. h.* sed etiam simplex, velut tutelæ contra diversos Tutores, *l. 2. h.* etiam empti ex eadem ratione, contra plures emptores, Mutui contra plures correos debendi, *Nov. 99.* & generaliter in omnibus Judiciis; ut secundum rationes juris civilis cautum est Statutis Frisiæ, *lib. 3. tit. 8. art. 2.* his verbis: *Si quando negotium adversus reos in diversis Jurisdictionibus accidat, poterit illud prima instantia ad Curiam vocari.* Nam communis Judex vix alius quam Curia suprema dari potest, ut etiam sit quædam constitutio Reipublicæ.

11. *Conjunctio* causarum non earundem intelligi debet; quando actiones ita inter se connexæ & colligatæ sunt, ut sine magno incommodo separari nequeant, ut tum de illis actionibus apud eundem judicem agatur. Hinc etsi judicium Petitorium & Possessorium diversam habeant originem & fundamentum, *l. 12. § 1. D. de acquir. possess.* quia tamen non modo in rem eandem concepta sunt, *l. 1. § 3. de Interd.* sed etiam probationes ita cohærent, ut fere ab una ad alteram applicari possint, merito placuit, apud eundem judicem, qui de causa possessionis cognovit, etiam de proprietate agendum, *l. 10. C. de Judic.* Huc etiam pertinet usus quotidiani observatio; Quod ubi debitor aliquis a Creditoribus invaditur, ejusque bona distrahantur, pecuniæque inter creditores dividendæ sunt, tum Creditores alibi quoque domicilium habentes ad eundem judicem venire debeant; cum aliter res sine confusione summoque detrimento administrari nequeat, *arg. l. 1. h. t.* Habent revera diversas actiones singuli Creditores inter se, de πρωτοπραξία sive prælationis jure certantes; sed in hoc concursu res ad instar divisorii judicii redigitur. Ex his exemplis desumilibus aliis judicari potest.

12. Verum Quæstiones his de rebus duæ tresve supersunt. Prima, an necessitas veniendi ad eundem judicem, pertineat etiam ad cives alienæ Reipublicæ. Respondeo, Cum necessitas veniat ex lege Civili & potestate superiori, per se non potest adficere subjectos alieni imperii: Sed quatenus negotia sunt inseparabilia, sic etiam ad hos, eodem modo pertinet hæc mutandæ jurisdictionis ratio, quam locus rei sitæ facit, ut alieni cives imperii se apud Judicem loci, ubi res sita est, defendere cogantur, ut diximus *ad tit. de Judic. n. 48. & seqq.* Quando igitur e duobus reis debendi, vel e pluribus ex quovis contractu debitoribus, unus aut aliqui habitant in vicinis provinciis, cum a singulis solidum, vel a singulis partes, sine confusione peti possunt, frustra id agitur, ut Reus diversi imperii ad nostra tribunalia citetur. Disputatum meminit, an saltem correus heic habitans, prima instantia ad Curiam, quæ heic est communis Judex, vocari possit, ideo quod alii essent correi in Hollandia, *propter verba modo allegata Statuti*, meritoque judicatum est, non posse, *in causa Advocatorum L. & H contra Elisabetham Indische-Raven, d. 15. Novemb. 1681.* quia Statutum homines extra Frisiam degentes non potest obligare; secus ac necessitas, ubi res aliter explicari non possunt. Veluti cum hereditas aut aliæ res heic sitæ, sunt dividendæ, vel bona debitoris inter creditores jure prælationis distribuenda sunt. Ejusmodi casibus non potest quidem directe cogi civis alieni imperii, sed magistratus ejus loci officium implorandum est; a quo si hoc negetur, & reus certior factus ultro non veniat, Judex loci, in quo res sitæ sunt, tanquam adversus contumacem procedere potest, ut sit, & *supra* aliquoties dictum est.

13. Altera Quæstio est, quis sit Judex Communis, ad quem diversæ partes venire debent; an tantum is, qui omnium litigatorum communis est, quales Supremæ Curiæ, an vero etiam Judices inferiores. Distinguendum inter causas primitus instituendas adversus omnes, & inchoatas adversus aliquem. Si primitus instituendæ sunt, fieri non potest, ut citatio aliter quam per Judicem, qui in omnes habet imperium, concedatur, & effectum habeat, *arg. l. ult. D. de Jurisdict.* Sed quando causa inseparabilis apud competentem judicem inchoata est; veluti, cum judicium familiæ erciscundæ inter aliquos heredes inceptum est, quod fieri posse, diximus ad *tit. Famil. erciscund.* tum reliqui ad eundem judicem venire debent, idque rescriptis Principum contineri, dicitur in *l. 2. h. t.* sine distinctione judicis, ideoque ad talem judicem hoc pertinet, apud quem lis ordine cœpta fuit disceptari: Apud nos ea de re sæpe dubitatum est, inprimis, quando Creditores in bona debitoris alicujus mili, de jure suo apud Judicem inferiorem disputare cœperant;

propter

propter verba Statuti modo Latine relata, quæ vernacule sic habent; *Soo wanneer een sake tegens Gedaegden in verscheidene Jurisdictien voorviel, sal de selve ter eerster instantie voor den Hove geroepen mogen worden.* Ex his verbis invaluerat praxis, neminem ad judicem non suum, qui inferior sit, vocari posse, propter rerum connexionem, vel jurisdictionum diversitatem, sed tantum ad Supremam Curiam; Imo cum res apud aliquem Judicem inferiorem inchoata est, si quis alibi habitans rem ad Curiam deferre velit, eum reliquos omnes ad supremam Curiam vocare posse: quia jus hoc, *ut omnes ad eundem judicem ire cogantur*, vi legis Statutariæ ad solam Curiam pertineat. Potest tamen ex his, quæ dicta sunt, distingui; ut si res primum incipienda sit, actorque velit omnes ad eundem judicem vocare, non nisi apud Curiam supremam id instituere possit, deque eo casu loqui Statutum: Si vero apud judicem competentem, licet inferiorem, legitime res inchoata sit, non esse in eam partem capiendum Statutum, ut a Judice competente res avocetur. Actum ea de re apud Curiam in tali specie: Apud Judices Schotanæ jurisdictionis facta erat derelictio bonorum, vulgo *abandon*; Creditores cœperant concurrere; vocatus erat unus inter eos Leovardiensis; qui Schotanis judicibus sistere se non cupiens, per libellum causam petierat avocari ad Curiam, omnesque Creditores illuc citari. Impetraverat Rescriptum, prohibens Schotanis ulterius procedere; sed per modum provisionis. Re deinde in pleno Senatu disceptata, visum est, Creditorem Leovardiensem contentum esse debere eo, quod reliqui obtulerant, ut ipsis se adjungeret, locumque suum illic secundum ordinem Prælationis obtineret, in causa *Jacobi Hoogiander, contra Stephanum Johannis, ante magnas ferias 1630.*

14. Ad hanc Rubricam rerumque connexionem, pertinet etiam haud dubie, quod omnes, qui se adjungere volunt processui litis alicubi inchoatæ, ad eundem judicem, ubi causa vertitur, etsi non sint ei subjecti, venire cogantur, ut sunt auctores, & omnes, qui de evictione tenentur, de quibus *ad tit. de Eviction.* agendum erit; tam si plane pro illis interveniant, quam si liti solummodo adsistant eique se adjungant: Et hoc quidem casu, quia tum pro accessoriis duntaxat habentur, ut adjuvent reum Principalem adjuncti, neque pro se mutuam petitionem, neque exceptionem opponere possunt, ut apud Curiam nostram *in notis meis* judicatum reperio, die XV. *Septembr. 1680.*

15. Per submissionem fit etiam, ut plures ad eundem judicem venire cogantur. Sed de hac egimus ad *tit. de Jurisd.* Heic certas duntaxat observationes, apud Supremam Curiam olim collectas adjungemus. Submissio, sive prorogatio de persona ad personam, ut appellata est *ad d. tit. n. 12.* cum sit conventio expressa vel tacita, non potest ad alios, quam qui ad illam se obligarunt, pertinere. Quare non fuit hæc species valde dubia, de qua tamen aliquoties ut dubia, disceptatum est apud Curiam. Debitor in instrumento mutui submiserat se Curiæ supremæ, sub hypotheca; & hujus hypothecæ possessor, deinde conventus est a creditore prima instantia ad Curiam. Opponebat declinatoriam. Actor urgere subjectionem debitoris, per quam ipsa hypotheca in eodem instrumento esset affecta. Judicatum est, submissionem non adficere hypothecam, cum sit Conventio, qua personam obligari, non rem contingi, nota satis est doctrina; rectissime ita judicatum, teste D. Saekma in causa *Cornelii Gellii contra Hesselium N. d. 17. Decembr. 1614.* Rursus ea de re tam speciose disputatum est, ut paribus sententiis exceptio fori declinatoria rejecta sit, *d. 11. Februar. 1680.* Sed deinde juris ratio fortius valuit, ut exceptio admitteretur *in causa Doctoris I. B. contra P. R. D. 10. Jul. 1681.*

17. Ex eadem ratione, quod submissio sit conventio, sequitur, heredes ejus, qui prorogavit jurisdictionem in certo negotio, teneri sistere se in eadem causa ei Foro, cui se defunctus submisit, per *l. 59. de R. J.* ac ita judicatum refert Sandius *lib. 1. tit. 1. def. 3.* idemque de uxore ejus, qui submisit se, tradit ex Argentræo, *d. loco.* quod non habet difficultatem, si una cum Viro citetur, quia non habet forum a Viro seorsim. Si vero sola, vel post mortem ejus vocetur, diversa, opinor, est ratio: In casu mortis ideo non tenet uxorem Viri submissio, quia nec est heres Viri, nec jam communione Fori aut bonorum involvitur: Nec quidem, vivo marito, sola si conveniatur, uxorem Viri submissione teneri, nec id actum esse in dubio, dixerim. Tu dices, recte ita ex Jure civili, ubi nulla est communio bonorum conjugalis, ubi vero hæc obtinet, uxor teneretur ex obligatione principali; Proinde etiam ex submissione, quæ est accessoria. Respondeo, dispar est ratio; De principali tenetur, ob societatem, quæ est inter conjuges. Atqui Socium teneri ex submissione

ſocii alterius, cum pro ſua parte ſeorſim convenitur, nemo dicet, opinor: Hæc ratio igitur ne uxorem quidem tenet. An qualitas Curatoris id efficiet? Sane ita, quando maritus uxoris rem gerit, & in qualitate Curatoris: non, quando uxor jure ſocietatis pro parte convenitur. Denique Fori Communio non poteſt huc applicari; quoniam hæc venit ex cohabitatione, cum qua nihil habet commune ſubmiſſio, facta ſub Judice non proprio mariti.

17. Ex eadem natura Conventionis, per quam fit ſubmiſſio, judicata fuit hæc Quæſtio; Duo ſocii cum Tertio contractum iniverant, partesque ſe Curiæ ſupremæ ſubmiſerant: accidit, ut illi duo inter ſe contenderent, ac alter alterum vi ſubmiſſionis factæ ad Curiam vocaret. Cum alter ſe opponeret, eo quod contractus ille ſubmiſſionis inter ſe ambos & Tertium eſſet initus, alter clauſulam ſubmiſſionis inſtrumento ſubjectam ad omnes perſonas in eo comprehenſas pertinere diceret, Curia cenſuit, eos ſolos, qui ſe ut partes contrahentes geſſerant, ſubmiſſione facta teneri, non eos, qui nihil inter ſeſe egiſſent, etſi in inſtrumento commemoratos atque conjunctos, *ad libellum ſupplicem D. Donna Paſtoris Rypenſis, die 2. Mart. 1680.*

18. Porro fit ſubmiſſio vel certo, vel quovis ſub judice. Prior fit plerumque ſub Curia ſuprema, quamvis etiam ſub inferiore nihil vetet eam inſtitui, ſed accidit rarius, quia minorem uſum præbet. Ea, quæ ſub omnibus fit judicibus, pertinet ad cuncta tribunalia, ſub quorum jurisdictione pars adverſa reperitur. Sed quæritur, an hæc ad Supremam quoque Curiam pertineat. Non video cautam, cur minus, niſi aliter Lege ſpeciali ſit cautum, ut apud Batavos *art. 6. Inſtruct. ampliat. Cur.* Noſtrates Notarii hac gratia verbis generalibus, *Allen Gerechten* ſolebant addere, *ter eerſter inſtantie juſticiabel*; quibus Curiæ, reſpectu civium & agricolarum ſatis excluduntur.

19. Habent in more poſitum noſtrates, ut compendio verborum utendi ſtudio, Clauſulam ſubmiſſionis ita exprimant, in fine inſtrumentorum, *met ſubmiſſie ſoo naer Rechte*; id eſt, cum ſubmiſſione ita ut juris eſt, idque admodum frequentatur. Qualem his verbis ſubmiſſionem intelligemus; generalem infra omnes judices, an ſpecialem? Verba nihil præ ſe ferunt, quam ſubmiſſionem reſpectu omnium juris remediorum, quæ adverſus loquentem inſtitui poſſint. Et quamvis hoc potius agendum ſit, ut verba valeant, quam pereant, tamen & hoc certum, nihil in judiciis divinandum. Ac ideo Curia cenſuit, his verbis, nec infra ipſam Curiam, (quam plerumque deſignari, veroſimile eſt,) nec ullum Judicem alienum, contineri ſubmiſſionem: quod ad commonefactionem adverſus errorem popularem valere debet. *In cauſa Annei Suffridi, contra Annam Rinneri Grettinga, d. 23. Septemb. 1680.*

20. Ad *tit. de jurisdict. n. 12. ſub fin.* a nobis ſcriptum eſt, non modo per litis conteſtationem fieri ſubmiſſionem tacitam; ſed etiam, quando quis citatus venit in jus, audivitque petitionem Actoris, nec quicquam Reus oppoſuit aut dixit; ſed rem totam actoris conſenſu diſtulit in ſequentem terminum, hoc ipſo in judicem conſenſiſſe videri, eique ſe ſubmiſiſſe; nunc addo, ita judicatum eſſe, in prædicta *cauſa Annei Suffridi adverſus Annam Grettinga.*

21. Poſtremo quæſitum memini; An Magiſtratus inferiores civibus aut incolis prohibere poſſint, ne ſubmittant ſe prima inſtantia Curiæ ſupremæ, quod aliquando factum, vel tentatum, eo quod omnia per hanc viam fere ad Curiam transmittantur. Sed cum hæc res a libero conſenſu & arbitrio domini in re propria pendeat, certum eſt, nihil hactenus a Magiſtratibus in præjudicium hujus libertatis ſtatui poſſe: niſi quod hoc minime a ratione alienum videtur, Tabellionibus injungere, ne quas ſubmiſſiones Inſtrumentis rerum actarum, niſi ſponte a partibus rogati, ſubjiciant, quod ita vel ſolum has prorogationes non leviter imminueret. Sed manum de tabula.

TIT. III.

De Servo Corrupto.

I. Continuatio, & conjectura, videri hanc rem ad caput ſecundum L. Aquiliæ pertinuiſſe. II. Argumentum tituli, cum limitatione ejus quod intereſt in hujus actionis nominibus. III. De utili actione propter liberos corruptos. IV. Proprietas hujus actionis.

IN duobus præcedentibus titulis expectatione prolixiores fuimus, quia non modo ad vetuſtatem doctrinæ, ſed ad uſum quoque Fori maxime pertinebant. In ſequentibus hujus libri titulis

lis, cum ad usum minus valide pertineant, brevioribus esse licebit; Videlicet sequuntur nunc alia, quæ tamen ad præcedentia pertinere videbantur. Sic actio servi corrupti est ἀποσπασμάτιον Legis Aquiliæ, nec inepta conjectura est, Caput secundum Legis Aquiliæ de servo corrupto fuisse conceptum.

SCHOLIUM.

Coërcet enim lex Aquilia damnum datum. Datur vero damnum vel corrumpendo corpus, de quo est cap. 1. & 3. *vel corrumpendo animum, de quo probabiliter fuit* Cap. secundum.

2. Qui servum alterius, corruptis moribus, dolo malo deteriorem fecit, in duplum tenetur, *l. 1. l. 3. in pr. l. 5. § 1. h.* cui tamen inest simplum, *l. 14. § 5. h. t.* nec tantum æstimatio fit ejus, quanto vilior servus est factus, sed etiam rerum, quæ hac causa perditæ sunt, *l. 9. § ult. & l. 19.* Vide tamen temperamentum in *l. 11. § 1.* velut, si quis chirographa debitorum, ab alio persuasus aboleverit, corruptor in id, quod interest nomine chirographorum, tenebatur; verum si consuetudine peccandi postea rationes cæteraque similia instrumenta subtraxerit, interleverit, dicendum erit, primum corruptorem posteriorum nomine non teneri. Unde colligi potest regula: Quemque teneri de damno, cui ipse causam, non occasionem e longinquo, ubi ipse non erat innexus, dederit. Quod compara fis, cum eo, quod ad *tit. de Lege Aquil. n. 6.* observatum est, non videri æquum, ut aliquis de damno ab inimicis suis alii dato, in rebus, quas ipse non custodiebat, teneatur.

3. De liberis corruptis, qui non sunt in patrimonio, non datur hæc actio; nisi quatenus damnum aut lucrum cessans inde recipit æstimationem; hactenus enim utilis actio competit, de eo quod interest, officio judicis æstimando, *l. 14. § 1. h. t.* Certe quidem magis interest nostra, animum liberorum nostrorum non corrumpi, quam servorum; sed quoad actionem, hoc differt, quod servi pretium corrupti minuatur; filii nullum sit pretium. Sed damna Patri illata, per aleam, furta, scortationes, symposia, filiis per alios corruptis, omnino peti possunt. Si, inquam, ætatem adolescentum lubricam & obnoxiam, ab aliis callidioribus corruptam esse constat, non si tantum socii nequitiæ fuerint; plerumque videmus, *corrumpere & corrumpi seculum vocari*, ut Tacitus ait, *lib. de mor. Germ.* Prætor *calliditatem ejus, qui persuadet, notat, l. 5. in pr. h. tit. & Princeps delicti* quærendus est, *l. 20. in fin. h. t.* Cæterum, dolor parentum, dignitas familiæ, spes ingenii, quod, si corruptum non esset, *jam in foro conspiceretur, jam militaret, jam illi uxorem quæreret Pater*, ut est apud Fabium *declam. 306.* sunt res, quæ æstimari nequeunt; ut nec virginitas sublata filiæ, si quis ei, ut stuprum pateretur, persuaserit, quod in ancilla daret actionem, *d. l. 2. h. t.* Tamen de liberis corruptis pecuniariæ actionis usum, mihi nullum videre contigit; cum, quia dedecus familiarum Parentes celare conantur, tum quod Corruptores fere decoctores, & nequaquam inopes esse solent, aut socii potius quam duces flagitiorum. Denique, nulla major in liberis corruptelæ causa, quam naturæ pravitas, quæ omnem parentum curam, severitatem, diligentiamque fallit & frustratur; cujus exemplum habet notabile Mornacius ad *l. 2. h. t.* & notum est illud Augusti, cujus hac parte sollicitudinem nulla vicit unquam Patris industria; Tamen hunc ipsum fidentem *disciplina domus, fortuna destituit*, ait Suetonius. Nocet quidem indulgentia, *sed natura metuenda est*, ut Cicero de Quinto filio, de Hortensio, aliisque perditis magnorum hominum filiis, Attico, de indulgentia notatus, respondet, *10. ep. 4.* Soli Deo naturæ Auctori, ut omnis laus honosque debeatur! Denique & ad corruptiones uxorum famulorumque ingenuorum, quatenus Patrifamilias damnum est illatum, lucrumve interversum, utiliter agi posse, non abhorret ab argumento *l. 14. § 1. h. t.*

4. Quamvis autem prætoria & pœnalis hæc actio sit, tamen est perpetua, quæ est exceptio a regula *§ 1. Inst. de perpet. & temp. act.* heredique datur, in heredem non datur, *l. 13. pr. h. t.* Atqui, occupat Wissenb. *si mixta est hæc actio, ut est revera, d. l. 14. § 5. saltem quatenus est rei persecutoria, in heredem danda erat. Ego*, inquit noster D. Wissenb. ἐπέχω. Mihi τὸ ἐπέχειν exigua apparet ratio. Dix. ad *tit. Inst. de perpet. & temp. action. n. 6.* Quippe, tametsi tota aliqua rei persecutoria sit actio, nihilominus ad heredem, quæ ex delicto est, nequaquam transire potest, eo quod in maleficiis heres defunctum nullo modo repræsentet, aut in locum ejus subeat, ut d. loco demonstratum est. Adde quæ dicta sunt *ad tit. D. de eo, per quem factum erit n. 4.*

Tit. IV.

De Fugitivis.

I. Continuatio, quinam Fugitivi. II. Pœna celantium fugitivos. III. Modus illos inquirendi, & applicatio ad fures, desertores, & famulos se operis subducentes.

POst generalem titulum, notantur duæ species corrumpendorum servorum, si quis suaserit fugere, & alea ludere: ita Cujacius *parat. h.* Est autem fugitivus, qui ea mente fugit, ne ad dominum redeat, *l. 17. § 2. de Ædil. Ed.* a quo differt Erro, qui non fugit, sed frequenter vagatur, & temporibus in res nugatorias consumptis, serius domum redit, *l. 17. § 14. de Ædil. Ed.*

2. Qui servum alterius fugitivum celavit, furti tenetur, *l. 1. pr. h.* secundum *l. 4. C. h. t.* ipsum fugitivum cum alio simili, vel cum XX. solidos reddere debet; secunda tertiaque vice, pœna duplicatur & triplicatur. Qui servum fisci celat, præter ipsum in XII. Libras argenti condemnatur, *l. pen. C. h. t.* Cæterum, modus inquirendi fugitivos, est in *l. 2. h. t.* nec sufficit non celasse, sed & producere alienos servos oportet, *l. 1. § 3. h.* idque in aliis rebus furtivis & furibus, usum habere potest.

3. Etiam militibus fugitivis & desertoribus, hæc applicari possunt, de quibus in loco. Aliquo modo etiam famulis, quibus utimur, ingenuis; quatenus Lege cujusque civitatis, vetitum est famulis, intra tempus conductionis sese operis subducere, * aut etiam, quando penitus venire recusant; quo utroque casu apud nos mulctantur XXV. florenis, & si aliquoties idem fecerint, in opus publicum dantur. Eum in finem, aut ad ministerium ut cogantur, inquisitio in illos fieri potest. Qui non exhibet, aut celat, erit obnoxius apud nos eidem mulctæ XXV. florenorum, qua tenentur, qui alienos famulos seducunt, ex Edicto Ordd. Frisiæ *d. 24. Mart. 1671.*

Tit. V.

De Aleatoribus.

I. Continuatio, & quid alea. II. Edicti de Aleatoribus Pars 1. & ejus defensio a Censura. III. Pars altera Edicti, ubi de usu coërcitionis Prætoriæ. IV. Pœnæ aleatorum variæ, & usus illarum. V. De ludis. VI. Ad quam usque summam ludere liceat.

QUanquam occasio hic agendi de alea, sit corruptio servorum filiorumque, *l. 26. de injur.* locus tamen de Alea generaliter hic tractatur, uti mos est Juris conditoribus. Alea est omnis ludus incerti eventus, sive ab sola pendeat fortuna, seu mixtus sit industria, *l. 1. h. & l. 1. C. h. t.* cujus variæ species non est quod heic recenseantur.

2. Edictum de Aleatoribus est in *l. 1. pr.* ubi primo negat Prætor, se judicium esse daturum de damno, furto, injuria, domi illorum, apud quos alea lusum esse dicetur, ** commissis. Idque non modo de pœna, sed & de rei persecutione intelligit, quo tamen non excluditur officium Præfecti Urb. cui hoc proprium est, ut in quotidiana maleficia animadvertat, *l. 1. pr. de off. Pr. Urb.* Hinc petitur responsio ad objectionem; quod hoc prætoris Edictum non modo sit παράδοξον, sed etiam

* Jure Saxonico famuli, qui, nondum finito conductionis tempore, a dominis discedunt, ne præteriti quidem temporis mercedem possunt petere, Landes-Ordn. *d. ann. 1550. tit.* Von Gesinde Lohn und Muthwillen. § Wir ordnen und wollen auch. *verb.* daß hinfürder kein Herr einigem Gesinde, das ausserhalb der Zeit seinen Urlaub verursachet, oder ohne (sic enim legi debet) rechtmäßige Ursache selbst nimmt, einigen Lohn zu geben schuldig sey. j. Land-R. *l. 2. art. 32.* Carpz. *P. 2. C. 51. def. 13.* Imo & arbitraria, e.g carceris, pœna coërcentur. Ii vero, qui alienos famulos sollicitant, aut durante conductionis tempore, subducunt, eadem ordinatio multantur. § Wiewohl wir die alte Landes-Ordnung. *verb.* bey Straffe, da es einer von Adel thäte, 20. der Bürger 10. Gulden, und der Bauer, so hoch sich das jährliche Lohn desselben Dienstboten erstrecket. *Corp. Sax. p. 29.*

** *Ordin. Pol. d. An. 1555. tit.* Tepler und Spieler. § So befinden wir. receptatores non minus quam aleatores, si magistratui rem non denunciaverint, coercere jubet. Ordinatio autem recentior *d. A. 1601. Tit. §.* Vom Spiel. § 3. eum, in cujus domo alea luditur, æque ac aleatores, 10. thaleris mulctat, ex quibus unus denuncianti cedit, ii vero, qui pecuniam solvere nequeunt, octo dierum, aut amplius, carcere puniuntur.

πεξι-

πρᾶξιν ἐνεμεν, ut Wissenbachius noster *ad h. t. in pr.* id est, non modo *videtur*, sed revera *est* iniquum; *Isto enim modo*, pergit, *invitantur homines ad furta, damna, injurias inferendas, promissa delictorum impunitate.* Imo etsi Prætor majestate imperii sui putat indignum, de damnis & injuriis inter Aleatores cognoscere, ταβλοδόχας, receptatores flagitiosi lusus; aversa quasi sella destituens, ideo tamen præfectus urbi, cujus est, quælibet flagitia & delicta coercere, *l. 1. de off. præf. Urb.* non negligit officium suum; ut adeo de impunitate criminum hac parte nihil sit, quod aleatores sibi polliceantur: non, si unum genus remedii civilis, quo patrimonio suo consulant flagitii auctores, negatur, ideo criminum publicorum vindicta penitus excluditur.

3. Pars altera edicti, est in *l. 1. § ult.* adversus eos, qui per vim homines ad aleam compellunt, quos punit Prætor pro jure suo modicæ coercitionis, ut aut pecunia mulctet, aut in latumias, vel in vincula publica duci jubeat, *d. l. 1. § ult. h. t.* ubi latumias habet liber Florentinus, recte, ut Cujacius probat *6. obs. 7.* etsi etymologiæ ratio, *latomias* exigere videatur. Sed locus hic notabilis est ad probandum, Prætoris officium quoque in maleficiis quotidianis versari puniendis, quatenus modicæ coercitionis rigor admittat, ejusque speciem fuisse deductionem in vincula publica, & in lapicidinas, ad tempus scilicet non longum: nam alioqui non leve supplicii genus illud esset, ut *ad Fit. de Pœnis* videbimus, *l. ult. C. h. t.*

4. Cæterum, usus aleæ prohibitus est, adeo ut nec peti possit, quod hoc nomine debetur, *l. ult. § 1. h.* imo repeti quod solutum est, eoque non repetente, qui solvit, quivis alius id condictione, maxime pater, vel defensor civitatis, exigere potest, *l. 1. § 2. C. h. t.* Igitur sanctio contra Aleatores his gradibus constat. 1. Qui receperunt aleatores, non habent actionem de damnis & injuriis. 2. Qui coegit alea ludere, mulctatur, ut dictum. 3. Domus aleatoribus præbita, fisco cedit, *l. ult. C. h. t.* 4. Qui vicit alea, non habet actionem ad petendum, quod ei hac causa debetur. 5. Qui perdidit, etiam repetere potest, quod solvit, * ut dictum, ci- annos quinquaginta.

5. Ex his prima sanctio non videtur hodierni juris esse; potius est, ut sine diferimine jus dicatur; etsi deformibus ganeonum, apud quos fere ludicur alea, rixis forum perstrepere, judiciorum gravitas haud sæpe permittat; nec adeo magnus hujusmodi causarum usus frequentetur. Secunda pœna contra eos, qui alios alea ludere coegerunt, quo minus hodieque locum habeat, nihil impedimento est, eaque tenebitur & is, qui jacturæ farciendæ spe alium, qui enorme lucrum tulit, ad continuandum adegit. Tertia de confiscatione domus, nusquam in usu, quod sciam, habetur. Quarta sanctio, quod actio negetur ad petendum, quod ex aleæ lusu debetur, certi usus & notæ observantiæ est. De quinta variant Interpp. Plerique negant, citati & laudati a Groenewegio *ad pr. h. t.* Perezius *ad h. tit. C. n. 7.* censet, liberum *esse perdenti, judicio adhuc dum experiri, cum contraria consuetudo sit contra bonos mores.* Quam sententiam Groenewegius concedit his casibus: 1. Si victor dolo malo sit usus. 2. Si non tam pecunia, quam vestis, aut supellex, in solutum data sit, *ut Antverpienses tit. 54. art. 18. 3.* Si quis in magnum familiæ suæ dispendium, ingentem pecuniæ vim perdiderit. Addendus est sine dubio 4. casus, si minor aut filiusfam. notabilem alea jacturam fecerit, quo casu pater, aut curator, sine dubio repetet, quod amissum, per *d. l. ult.* De rebus tamen modicis ludere, non est vetitum, *d. l. ult. pr. h. l. 3. C. h. t.* quod argumento est, non prohiberi aleam ob religionem sortis, sed ob incommoda consequentiæ: nam de sorte videtur dicendum, eam per se non esse illicitam, si fiat animo indifferenti, nec cum intentione nimis acri ad eatum determinandum.

SCHOLIUM.

Unde nec sponsiones, quæ sortis aliquid habent, & cum lusis incerti eventus aliquatenus conveniunt, illicitæ sunt, de quibus vide omnino Schutz. in Comp. h. t. p. 149.

Aliter Wissenbachius noster *h. t. n. 18. l. 17. § ult. de Præscr. verb. l. 63. de V. O. arg. l. 118. in pr. eod.* & quos ille laudat; *non valent*, inquit, *sponsiones vulgares, quæ fiunt in incertum rei eventum, Si Gallus vicerit Hispanum, si Leopoldus occupet albam Græcam*, Si intra tres & dimidium annos cessat persecutio in Ecclesiam, si Rex Angliæ Papatum in regno suo restituat, & similia. *Nullam in his*, ait Wissenbachius noster,

* Apud nos, vi consuetudinis, condictionem lusu perditi cessare, asserunt Carpzov. *lib. 6. Resp. 96 n. 16.* Petr. Heig. *P. 2. qu. 10. n. 35.* Eckh. *ad ff. tit. de aleator. § 2.* vide tamen Lyncker. *Dec. 462. in fin* Brunnem. *cent. 4. dec. 8.* saltim limitationes, quas Autor *post. 5. h. t.* subjicit, etiam apud nos admittendæ videntur.

noſter, *virtutis certamen inſtituitur, & lucrum inde captum pro turpi habendum.* Nobis ratio melior Curiæ noſtræ & Doctorum communiter videtur; ſponſiones ejusmodi non eſſe prohibitas, * ſi caſus in futurum mutuo certamine collatus, non ſit turpis aut noxius; pro quo merito fuit habita ſponſio Pontificii cujusdam hominis apud nos, qui anno LXXII. hujus ſeculi, ſponſionem inierat, ſi ante feſtum Jacobi, hoſtis patria potiretur, ſe *centum* daturum, & ſtipulatus erat contra: Accuſatus eſt a Procuratore Generali, ſed morte condemnationem prævenit. Sæpe fit etiam, ut laudabile honeſtumque certamen ſit, in divinatione rerum futurarum, quæ ex attenta conſideratione rerum hominumque, & ex comparatione præſentium ac futurorum inſtituitur, de qua Cicero præclare ad Cæcinam *l. 6. ad fam. ep. 6.* ubi hanc *divinandi artem ſe, tum ſapientiſſimorum hominum monumentis atque præceptis, plurimoque doctrinæ ſtudio, tum magno etiam uſu tractandæ Reipubl. magnaque temporum varietate conſecutum eſſe teſtatur:* Cui *quidem divinationi*, inquit, *hoc plus confidimus, quod ea nos nihil in his tam obſcuris rebus, tamque perturbatis, uniquam omnino fefellit.* Proinde hanc artem Chriſtianis, quæ præter eadem adjumenta, diligenter conſulunt oracula S. Script. non paulo equidem oporteret eſſe certiorem. In quo genere excellentem hiſtoria prodidit Hieronymum Savanarolam, Monachum Florentinum, qui cum in alta pace quieſceret Italia, nec ulla belli ſuſpicio animis hominum obverſaretur, ſub finem ſeculi decimi quinti, prædixit ea, quæ deinceps inopinatiſſima contigerunt; quæ poſtea faſtus eſt, non ex revelatione divina, ut prius creditum erat, ſed ex opinione propria ſacris literis fundata, a ſe fuiſſe prædicta, ut Guicciardinus teſtatur, *Le coſe predette da luy, eſſere ſtate predette, non per revelatione divina, ma per opinione propria fundata ſu la doctrina & obſervatione della Scrittura ſacra. l. 3. hell. Ital. in fin.* Quod ſtudium his diebus mirifice incaluit; ut non deſint, qui magnarum rerum eventus ad unguem demonſtrare ſe poſſe prædicent; quemadmodum ex adverſo ab aliis ſummæ incertitudinis arguitur, qua de re circa Viennenſis obſidionis exitum magna utrimque fiducia certatum meminimus. Turpe certamen eſſe, de his rebus in futurum judicandi, & Scripturas indagandi, ſi temeritas abſit, dici non poteſt: Nec eſt turpe civilis prudentiæ certamen, in aliarum rerum eventibus dijudicandis vel divinandis; nec denique Medicæ ſagacitatis in ſua prognoſi, quo referemus exemplum, quod Sandius habet in *d. lib. 3. tit. 9. defin. 1. in fine.* Titius dedit Sempronio centum, *ſi uxor ſua gemellos exiteretur*, & quæ ſimilia: Videatur dicto loco Sandius, ubi rationem aliam refellit, etſi parum diſtincte, Herbaji noſtri, ex intima ſubtiliſſimaque jurisprudentia petitam, *Tract. rer. quotid. cap. 1.* quam etiam probat Wiſſenbachius *ad h. tit. n. 18.* ſcilicet, hujusmodi ſponſiones ac ſtipulationes *eararere cauſa*, quales per exceptionem doli inutiles redduntur, *l. 2. §. 3. de dol. & met. except.* Nos hujus rei explicationem *ad tit. de condict. ſine cauſa*, ubi locus ejus eſt, rejiciemus; nec obeſſe huic ſententiæ, facile probabimus.

6. Ludi virtutis cauſa permiſſi, quinque recenſentur in *l. 2. §. 1. h.* ſi quis certet hasta, vel pilo jaciendo, item currendo, ſaliendo, luctando, pugnando. In *l. 1. C. h. t.* recenſentur etiam quinque ſpecies, ſed ab iſtis diverſæ, 1. curſus vel ſaltus ſine conto, μονόϭολον, 2. κεντομονόϭολον, id eſt ſaltus cum conto, 3. liberatio Quintiana, a quodam Quintio ſic dicta, cum aculeo & ferro, 4. Lucta, 5. Aurigatio ſive equorum agitatio. Haud tamen ultra unum nummum, ** ſingulis commiſſionibus interponere certandi cauſa licet, *d. l. 1. C. h. t.* in græco eſt νόμισμα, Interpres reddit aſſem, & rurſus,

* Noſtra quoque Ordinario Politica *d. Ann. 1661. d. tit. 8.* § nun ſtellen. ſponſiones permittit, ſi modo fiant, (1) de re honeſta, *verb.* ehrliche Wetten. (2) extra ludum, *verb.* ſo auſſer dem Spiele geſchehen. conf. Chriſtin. *V. 2 dec. 200. n. 12. ſeqq.* (3) modice. vid. præjud. ap. Finckelth. *Obſ. 33. n. 34.* Adde de licentia ſponſionum Mencken. *Contr. Jur. Civ. Diſp. IV. th. 12.*

** Ea de re dicta Ordinatione Politic. § iedoch. ita cautum deprehendimus: Daß einer von Adel über einen Thaler, ein vornehmer Mann, ſo Bürgerlichen Standes iſt, über 12. Groſchen, und ein Handwercksmann über 4 ein Bauer aber über einen Gr. auf einmahl nicht verſpiele, ſolches auch in einem Monat über einmahl nicht geſchehe. Cæterum, quod eadem Ordinatione *d. tit. §. f.* Ollæ fortunæ, der Glücks-Topff, ludis probibitis accenſentur, id ad ollas privatas, non publica autoritate conſtitutas, pertinet.

ſoli-

solidum; Atqui solidus est aureus, as facit quinque æreos minutissimos, *vyf doiten.* Igitur aureus intelligatur, quia Cæsar addit, ditioribus unum nummum interponere licere; quod de asse nimis putidum fuerit, maxime cum sequatur; *cæteris autem longe minori pecunia.* Cujacius scholium Βασιλικῶν l. 60. t. 8. ubi sic est: τὸ περὶ ἑνὸς νομίσματος ἐ κεῖται ἐν Βασιλικοῖ, vertit enim per solidum. Ergo nihil dubii, licet nummus νόμισμα, de asse plerumque sumatur. Materia Digressionis hic non deesset, sed minus juridicæ; & est modus in rebus.

TIT. VI.

Si mensor falsum modum dixerit.

I. Continuatio. Quibus, & contra quos detur hæc actio. II. An mores hic a jure Rom. discrepent. III. Sitne ex delicto, an e contractu hæc actio, quæque inde sequantur.

Hic titulus cum Cujacio, pro appendice judicii finium regundorum habendus est, in quo plerumque agrimensores adhibebantur, *l. 8. fin. regund.* juncta *l 1. pr. l. 3. § 4. h t.* Scilicet Mensores, qui in metiendis agris dolo malo falsum retulerunt, vel etiam lata culpa, tenentur actione prætoria in factum in id quod interest, *l. 1. pr. & § 1.* quæ extenditur ad omnes aliarum rerum mensores, *l 5. § ult. & l. 7. pr.* atque utiliter ad eos, qui non quidem mensi sunt, verum aliter in modo aut in computatione fefellerunt, *l. ult. § 2. & fin. h.* Datur act o non Domino qua tali, sed ei cujus interest, *l. 3. § 1.* contra eum, qui renunciavit, non qui mensus est tantum, *l. 1. § ult.* De cul, a levi non tenentur, quia solius actoris utilitas vertitur: quod enim accipit mensor, non est merces, sed honorarium; *d. l. 1. pr.*

SCHOLIUM.

Sed hodie si nostri mensores in tanta dignitate, ut olim, non sunt constituti, & eorum opera pro locari solita habetur, quod vult Dn. Schilt. Ex. 21. th. 24. *Itaque tenebuntur actione locati, etiam de culpa levi.*

RESPONSIO.

Atqui etiam hodie Agrimensores, mediam inter artium eruditarum Professores & mercenarios artifices conditionem obtinere videntur, ut nihil causæ videatur hac parte nostri moris & antiqui juris admittere differentiam.

N. ADDIT.

Non est hic sermo de dignitate & præcedentia Agrimensorum præ mercenariis artificibus, inter quos etiam gradus sunt, sufficit, quod apud nos tantæ haud sint dignitatis, ut erant tum temporis ii, quorum causa Prætor hanc actionem invenit; & quod consueta & communiter æstimabili mercede sint contenti.

2. Plures mensores singuli quidem tenentur in solidum, sed unius solutione reliqui liberantur, *l. 3. in pr. h.* quoniam est actio rei persecutoria, quia datur in id quod interest, pœna nusquam constitutra, ut dictum ex *l. 2. pr. & l. 5. § 1.* tales autem esse rei persecutorias, non pœnales, sæpe dictum, & constat ex *l 35. de O. & A.* Atqui id quod interest, non nisi semel peti potest, *l 57 de R. J.* Pœna vero singulos, ita ut unius solutio reliquos non liberet, coërceat, ut demonstratum est ad *tit. De eo, per quem fact. in f. pr.* Sed estne e contractu, an delicto? Struvium sibi hac parte contrarium esse, D. Thomasius animadvertit; nam ad *h. t. n. 61.* dicere, quod ex contractu sit; in *Exercit. 19 n. 21. in fin.* eam referre ad actiones e delicto. Hæc forte Paulus conciliat in *l. 4. h. t.* Initium rei est a suscepto negotio, actio venit ex circumscriptione, adeoque e delicto. Quod etiam eo confirmatur, quia non datur in heredes, *l. 3. § pen. h. t.* Atqui e contractu actiones, licet delictum in eo quoque versetur, in heredes tamen dantur, *l. 49. de O. & A.* quæ vero veniunt e delictis, quoniam in illis heres non repræsentat defunctum, in heredes, etsi rei persecutoriæ sint, dari non possunt, ut pluribus demonstratum est in *Parte 1. lib. 4. tit. 6. n. 20. & lib. 4. tit. 9. n. 6.* Verum est, eos, qui damnantur in id quod interest, in ejusmodi judiciis, nihil inde lucri percepisse; proinde speciem pœnæ videri esse, quod solvitur: sed hoc etiam obtinet in Commodato, Depositio, similibusque; damno dato, id quod interest, quasi pœnæ vice fungitur; neque tamen ideo judicium commodati aliud est, quam simpliciter rei persecutorium. Tu inde collige, quod & alias dictum est; quod aliqui actiones illas e delicto, quæ dantur in id quod interest, vocant pœnales a parte rei, id non, nisi improprie dictum, posse probari.

SCHOLIUM.

Quod si hodie mensor ex locato conveniri possit, daretur etiam hæc actio contra heredes.

RESPONSIO.

Atqui mensores ne hodie quidem mercenariis accensendos esse, diximus antea; nec heredes eorum teneri ex dolosa renunciatione, satis indubitatum est.

N. ADDIT.

Dependet tota res ab hypothesi de hodierna conditione mensorum, de qua mentem nostram modo declaravimus adversus responsionem Antoris.

Cæterum, adversus ipsum mensorem hæc actio, licet ex edicto Prætoris, tamen est perpetua, quia non est ad pœnam, *d. l.* 4.

TIT. VII.

De Religiosis, & sumptibus funerum, & ut funus ducere liceat.

I. Connexio, & remissio ad Partem 1. II. Divisio sepulchrorum. III. Prima actio ad tuendum jus sepulchri. IV. Secunda actio, de sumptibus funerum. V. Modus illorum. VI. Privilegium hujus actionis. VII. Tertia actio, pro libertate sepulturæ.

Titulus de Religiosis, vel est appendix Rei vindicationis, ut vult Cujacius, de qua proditum est antea, non dari illam de locis religiosis, *l. 34. de Religios.* vel quod propius est, Judicii familiæ erciscundæ, in quam non veniunt sepulchra, prout apparet ex *l. 6. h. t.* quam vide omnino. Rubrica tres hujus tituli partes indicat, quarum est 1. De Religiosis. 2. De sumptibus funerum. 3. Ut funus ducere liceat.

2. Quod ad primum attinet articulum, quæ loca sint Religiosa, dictum est in *Parte I. tit. de Rer. divis. n. 10.* Sunt autem hæc, sepulchra, quæ dividuntur in familiaria & hereditaria, *l. 5. § 6. h. t.* Priora, in quæ nemo potest inferri, nisi qui sit de familia. Hereditaria sunt pro cunctis heredibus. Nempe in dominio non sunt, aliquo modo tamen in bonis, quod ad usum: quia de illis jus & actio competit. vid. *l. 2. § 2. de Interdict.*

SCHOLIUM.

Hodie sunt utique, quamvis dissentiat Carpz. decis. 289. *usum tantum ad privatos spectare putans, dominium vero ad ecclesiam: nisi dicere velis, dominium privatorum esse utile, Ecclesiæ directum.*

Hodie igitur, restituta vel adempta hereditate, sepulchrorum jura simul adempta & restituta intelliguntur, contra *l. 33. h. & l. 44. § 1. ad Sc. Trebell.* nisi familiaria sint, Grœneweg. *ad l. 33. h. t.*

3. Primum de sepulchris edictum, est in *l. 2. § 2.* adversus eum, qui mortuum intulit in locum alieni juris, ille tenetur actione in factum, ut vel tollat cadaver, vel loci pretium solvat, *d. l. 2. § 2. in f.* ac insuper multari potest, *d. § 2. l. 2. h.*

SCHOLIUM.

Cujus hodiernus usus est, ratione sepulchrorum hereditariorum. Dn. Schilt. Ex. 21. th. 27. Carpz. Jurispr. Eccles. lib. 2. d. 395.

RESPONSIO.

Quidni etiam ratione familiarium sepulchrorum, quibus idem juris adserendis atque tuendis, quod in hereditariis competere, necne sit?

N. ADDIT.

Ego vero hereditaria sepulchra hic non opposui familiaribus, sed sepulcris communibus in cæmeteriis. Ergo nulla inter nos lis est.

4. Alterum edictum, est in *l. 12. § 2.* de actione funeraria, quæ datur ei, qui in funus alienum sumptus fecit, adversus eos, ad quos funus pertinet, ut sunt heredes *l. 14. § ult.* Restitui debet quicquid necessario impensum fuit, habita ratione temporis, & dignitatis, *d. l. 14. § 3. & 6.* Non aliter tamen datur hæc actio, quam si alia deficiat, *d. l. 14. § 12.* quia extraordinaria est, bono & æquo accommodata. Igitur, si heres mandaverit, actio mandati datur; qui tamen heredis quasi negotium gessit, is adhuc Funerariam habet, *d. l. 14. § 16.* licet Cujacius tum negotiorum gestorum det, sed imitatur illam Funeraria.

SCHOLIUM.

Imo revera & accurate loquendo, est species actionis negotiorum gestorum. vid. Struv. h. t. th. 55. *Quoniam tamen quibusdam hac parte dubium oriri poterat, nimiam subtilitatem spectantibus, voluit Prætor aperte actionem peculiarem constituere. Conf.* Dn. Schilt. d. Exerc. 21. th. 27.

5. Funerandi officium convenit alioquin ei, quem testator elegit, qui cessans tenetur de dolo, & amittit quod relictum est, & præterea extra ordinem compellitur a prætore, *l. 12. § 4. d. l. 14. § 2.* Debent tamen & hi modum servare civilem, etsi testator modum excedi voluerit, *d. l. 12. § 6.* nec ejus voluntati parere debet heres, si insepultum se relinqui, vel abjici jubeat, *l. 27. de Cond. inst.*

ipsi. Si vero homini locupleti modicum funus & sordidum duxerit, perdit actionem, *d. l. 14. § 10.*

6. Prædita est hæc actio insigni privilegio, ut præferatur omni credito, etiam hypothecario, & privilegiato, *l. 18. & 19 h. t.* idque omnes exercent, qui ad funus crediderunt, licet id non procuraverint: quod morbus hodiernis adsumptus in morbum defuncti factos extenditur, cum opinor, qui fatalis fuit.

SCHOLIUM.

Item cæteris paribus, in convivium funerale, & sumptus ornamentorum. Dn. Schilt. th. 29. 30. *Add.* Carpz P. 1. C. 28. d. 41. & 45. Berlich. P. 1. Concl. 64. n. 90. & l. 37. h. t.

7. Tertia pars rubr. est, ut funus ducere liceat.* quo pertinet *l. 38. h. t.* ubi Præsidis officium esse dicitur, providere, ne corpora aut ossa mortuorum dehonestentur, aut vexentur, quod etiam prohibitum est per *Nov. 60. c. 2. & 116. c. 5.* eaque de causa heredi actio injuriarum datur, *l. 1. § 6. de Injur.* Ad *tit. de sepulchro violato*, rursus hæc dicere videndum erit. Cessat hæc actio, si pietatis, non repetendi, animo impensum sit, quod tamen temperandum juxta § 7. *d. l.* item ex § 9. *d. l. 14.*

TIT. VIII.

De Mortuo inferendo, & de sepulchro ædificando.

Superiore titulo cautum est, ut funus ducere liceat. Edictum tamen in eam sententiam nullum reperitur; at hoc in *l. 1. h. t.* videtur esse relatum. Ex quo is, qui prohibetur, aut statim interdicto potest uti, aut alio inferre mortuum, & postea in factum agere in id quod interest, juxta *l. 9. tit. præced.* Ad illum igitur titulum pertinet actio in factum, quæ post prohibitionem datur: hujus rubricæ est interdictum in re præsenti, quod jam divimus. Daturque id etiam iis, qui jus inferendi mortuum non habent, modo locus sit ipsorum, proprietate nuda, vel communis, *l. 1. § 2. & l. 2. § 4. de Religios.* Nec enim merita causæ in hoc interdicto tam stricte examinantur; mos prohibendi sepulturam displicet Prætori: Summam ducit esse rationem, quæ pro religione facit, *l. 43. de Religios.* Struv. *Ex. 15. n. 94.*

SCHOLIUM.

Committuntur l. 2. § 1. ff. de Religiosis. & l. 6. § 6. ff. Comm. divid. *vid.* Strauch. Vl. 7. & ibid. not. p. 62. seqq.

RESPONSIO.

In l. 2. § 1. *habetur, socium, si ignorante socio, mortuum intulerit in locum communem, teneri judicio familiæ erciscundæ, vel communi dividundo. In* l. 6. § 6. *quanquam eo casu locus non sit factus religiosus, tamen in factum agendum contra socium. Hæc non sunt contraria. Actio communi dividundo datur in id quod interest, locum communem sepultura non esse inutilem factum, hoc est in* l. 2. § 1. *idque tamet, si locus non sit religiosus factus,* l. 6. § 6. *Concurrit actio in factum, sed quænam illa? Strauchius intelligit eam, quæ datur in extraneum, qui altero sociorum permittente, mortuum intulit. Eum refellit Thomasius Ipse cum Merillio & Struvio* exerc. 15 n. 94. *intelligit actionem in factum, quæ detur socio inferenti mortuum, adversus alterum id prohibentem. Nam ex iis, quæ diximus, quanquam socius, altero invito, non habet jus inferendi mortuum in locum communem purum, si tamen prohibeatur, habet actionem in factum, quæ est hujus tituli,* l. 43. de Religios. *Ego subsisto; nam actio in factum datur in id quod interest, non ad factum sepulturæ obtinendum. Ad hoc est interdictum, quod sane datur socio contra invitum socium, ne cadavera jaceant insepulta,* d. l. 43 & l. 9. eod. tit. de Relig. *sed actio in factum nulli, quam cujus vere interfuit, datur. Atqui non interfuit inferentis, quia nullum jus inferendi habuit, hoc fuit genes alterum, qui propterea communi dividundo agere potest. Ducamus igitur, in* l. 6. § 6. *dari actionem in factum socio, cujus ingratiis mortuus illa-*

* Occasione hujus tituli observare licebit, Jus Saxon. Electorale honestam sepulturam denegare, (1) Usurariis manifestis, *Mand. El. d. An. 1625.* von wucherlichen Contracten. § So wollen wir. (2) iis, qui in bannum Ecclesiasticum declarati, sine pœnitentia decedunt, *Ars. gen. 11.* § im Fall. Carpz. *Jurisp. Conf. lib. 2. d. 382.* (3) ei, qui aliquem in duello occidit & capite punitur, *Mand. El. d. An. 1665.* §. Welcher aber. *App. Corp. Jur. Sax. p. 35.* ei, qui in duello periit, non æque, *Mand. El. d An. 1670.* § Derjenige. *App. Corp. Jur. Sax. p. 37.* Quod mutatum est per *Mand. novis. Regium* von der Selbst-Rache und Duellen. § 30. *& 31.* ubi & occidentium & occisorum cadavera, si personæ sint nobiles aut nobilium privilegiis fruantur, extra cœmeterium in loco delinquentium sepulturæ destinato humari, alias furca suspendi jubentur.

tus est. ad id quod interest sua, secundum l. 3. *ut ea concurrat cum actione communi dividundo. Tum sensus erit in* d. l. 6. § 6. *Quanquam locus non sit religiosus, tamen qua summa ratio est sepulturæ, maneat cadaver, sed alteri salva sit actio in id quod interest.*

N. ADDIT.

Nos apponemus verba notæ ad Strauchium, ad quæ provocat Scholium, & judicium de tota controversia relinquemus lectori. Quæritur, quid si socius de facto intulerit mortuum invito aut inscio socio, quam actionem socius invitus habeat adversus socium inferentem? Videntur pugnare l. 2. § 1. de relig. & sumpt. funer. & l. 6 § 6. ff. comm. divid. *In priori enim dicitur, quod socius inferens conveniri possit actione communi dividundo, ut scil. pretium refundat; in* l. 6. *vero § 6. dicitur, quod etiam conveniri possit actione in factum, scil. de religiosis, non ut pretium solvat, sed ut mortuum illatum tollat. Respondet Autor,* Strauchius) l. 6. § 6. *non loqui de actione, quæ detur adversus socium inferentem, sed quæ detur adversus extraneum, qui consentiente uno socio intulerit. Verum hanc responsionem non admittunt verba initialia* d. § 6. si quis in communem locum mortuum intulerit, *quæ innuunt, mortuum non ab extraneo, sed ab ipso socio illatum esse. Placet ergo responsio Merillii: per actionem in factum non intelligi actionem de religiosis, sed de mortuo inferendo, adeoque* d. l. 6. *non loqui de actione, quæ detur socio invito adversus socium inferentem, sed quæ detur socio inferenti, aut inferre volenti, adversus socium invitum illationi contradicentem, aut illatum de facto ejicere volentem, cui responsum favet* l. 43. de relig. *eamque prolixius declarat* Struv. exerc. 15. th. 54. *fusè.* th. 77.

Digestorum seu Pandect. Pars Tertia.

LIB. XII.

TIT. I.

De rebus Creditis, si certum petatur, & de condictione.

I. Continuatio, & Crediti significatio cunctis propria Contractibus. II. Extendi ad delicta, sed improprie, sicut consensus in his non nisi improprie, ubi de emendatione Lipsiana in Tacit. lib. 12. c. 53. III. Strictius de Mutuo Creditum dici. IV. De hoc remissive: requiri dominium ad mutuum jure contrahendum: posse tamen & indirecte, ubi dominium cessat. V. Qua ratione Mutuum ex postfacto convalescat. VI. Omnes dare posse pecunias mutuo, etiam Magistratus provinciales, sed non sanebrem. VII. Ad l. 16. C. si cert. pet. *comment. VIII. Quæstio memorabilis de Mutuo Civitatum, & duplex eius consideratio. IX. Quinam possint accipere Mutuum, cum hoc effectu, ut bona civitatis publica devinciantur, & quando probandum sit, pecuniam in rem Civitatis esse versam. X. Non esse idem juris ad hunc effectum obtinendum, ut cives de suis patrimoniis solvere cogantur, idque ad hypothesin deducitur. XI. Communem esse distinctionem inter magistratus populum repræsentantes, & secus, eamque verissimam in civitatibus liberis, non in municipalibus. XII. Quia Magistratus municipales non repræsentant populos, quibus præpositi sunt, idque exemplo inducitur. XIII. Inde aliud nasci argumentum, quod magistratus municipales suos cives ex Mutuo obligare non possint. XIV. Conclusio Quæstionis. XV. De Actionibus pecunia creditæ.*

Incipit tertia Pars Digestorum Justiniani, in qua Cæsar, postquam de actionibus in Rem universalibus, singularibus, & incorporalibus, de mixtis, in Rem scriptis, earumque accessoriis actionibus egit, tractandum sibi proponit de Judiciis mere Personalibus, earumque Principiis, quæ sunt Contractus, & illorum adfectiones: quibus cum generaliter significatio CREDITI convenire videretur, placuit inde prima Rubrica, *de Rebus Creditis*, quarum vocum generalem sensum hoc valuisse, non patitur dubitare JCtus in *l. 1. h. t. Credendi, ut Celsus ait, generalis appellatio est; complectitur enim omnes Contractus, quos alienam fidem secuti instituimus: Ideo Prætor rerum creditarum titulum præmisit* GENERALEM. Est igitur *Credere*, nihil aliud quam alie-

nam

nam fidem sequi, ut Ulpianus *docet*; ac ideo maxime Contractibus adscribitur. Nam cuicunque rei adsentimur, alienam fidem sequuti, mox recepturi quid ex hoc Contractu, *Credere* dicimur, ait idem rursus in *fin. d. l. 1.* Sic etiam Plato *lib. 1. d. LL.* cum ex Simonide, jus esse dixisset, τ' ἀληθῆ λέγειν, vera dicere, mox addit, τὸ τὰ ὀφειλόμενα ἑκάστῳ ἀποδιδόναι, δίκαιόν ἐστι, *Jus est, cuique tribuere, quod ei debetur.* Contractus igitur observare, nihil est aliud quam τ' ἀληθῆ λέγειν, *vera dicere*, fidem servare, quam invicem secuti sumus.

2. Abiit deinceps, ut fit, vox Crediti in latiorem, inde in angustiorem significationem; Placet enim, Creditorum appellatione non hos tantum accipi, qui pecuniam crediderunt, sed omnes, quibus ex qualibet causa debetur, adeo ut etiam is, cui ex delicto debetur, Creditoris loco esse intelligatur, *l. 11. & 22. de R. J.* Contra quam thesin movet ac removet aliquas difficultates D. Wissenbach. *ad h. t. th 3. & 4.* Tametsi quod hanc significationem e consensu, qui fit etiam in delictis, illustrat, nihil aliud efficit, quam quod improprietatem hujus vocabuli in materia delictorum magis in conspicuo ponit. Ægre fert etiam, quod Cujacius emendationem Lipsii, in Tacito, qui scribit 12. *Annal. c. 53.* feminas, quæ cum servis, ignaro domino conjungerentur, habitum iri pro talibus, *quæ in servitutem sui consensissent*, probat & laudat. Quippe Lipsius eam locutionem, *in servitutem sui consensissent*, non potest concoquere; Emendat, *si consensissent*, καὶ τὰ ἐξῆς, quam lectionem *ne vert quidem ullam speciem habere*, dicit Wissenbachius, *ut ut summus eam laudibus extollat Cujacius*, inquit, *2. obs. 16.* Scilicet, laudare non didicerat Vir optim. s. præceptor ille noster; nec sciebat quam blanda vi id genus inventiones sedeant auctoribus, ut illas non laudare, salva amicitia, non magis liceat, quam ἀντιβλέψαι μαχέσασθαι. Cujacius Lipsii amicus durare cupiens, bene consuluit; etsi qualis esset emendatio, referre ne curæ quidem habuerit. Equidem laudandi sunt, qui hanc, omnia laudandi viam insistunt; etsi nescio, qui fiat, ut nec Wissenbachius, nec ei similes, hanc viam laudabilem usquequaque tenere queant; minimum malum est, non laudari vicissim: ast utinam hactenus!

3. Hæc igitur latissima significatio notam improprietatis habet. Alia strictior est in usu, *Crediti* appellatio, qua de *Mutuo* sumitur, sine diminutione, magis vero cum intentione proprietatis; Etenim in Mutuo sunt ejusmodi res, *quarum datione possumus ire in Creditum*, ut Paulus ait *in l. 1. § 1. h. t.* pro quibus tandem potest ac solet restitui, nec usquam mutuæ fidei relatio & usus est evidentior: Unde creditæ pecuniæ pro mutuo datis *passim*, tam apud alios, quam Juris auctores, *l. 5. & l. 41. in med. h. t. l. 9. fin. pr. de Act. tut.* Atque ea ratione de Mutuo sub hac Rubrica potissimum agitur, nec aliud fere quicquam.

4. Nos de MUTUO ad Institutiones egimus pleno contextu. Vid. *Part. I. lib. 3. tit. 15.* Habuimus definitionem, & ejus exegesin; Quæstionem Salmasianam, an mutuum fit alienatio; an in plus quam datum est, valeat obligatio; de mutatione monetæ quid juris; & an diverso genere nummorum solvere liceat; denique de Actione Mutui, quæ est condictio certi, adeoque cunctis Rubricæ partibus, defuncti esse videmur. Sed locus de personis, quæ mutuum dare, & accipere possint, superest. Dandi Mutui potestas, in genere competit dominis habentibus rerum suarum administrationem, *l. 2. § 4. h. t. § ult. in pr. Inst. Quib. alien. lic.* A quibus abest dominium, ab his mutuum datum non valet, nisi ex persona domini, non modo si mandaverint, sed etiam ex tacita voluntate, quæ intelligitur, quando filiusf. aut servus pecuniam profectitiam, quæ patris est, dominive, dant mutuo, *l. 4. § pen. h. t.* Quia tamen Mutui usus valde frequens est, nec ob repentinos usus subtilitate juris potest circumscribi, singularia quædam circa illud recepta dicuntur in *l. 15.* qualia sunt hæc frequentia: Petis a me pecuniam mutuo, non est ad manus; mitto te ad debitorem meum, ut is tibi det; Ille dat. Hi nummi nunquam mei fuerunt, tamen mihi datur Condictio, *d. l. 15.* Item; debes mihi pecuniam; Rogas, ut liceat eam tibi retinere mutuam, Permitto. Nummi non fuere mei; tamen esse mutuum non dubitat Ulpianus *in l. 15.* sed negat Africanus in *l. 34. Mandati.* disputans etiam, ut videtur, contra Ulpianum & ejus rationem impugnans, ut difficile dictu sit, eam non esse antinomiam: sed Ulpiani sententia civilior est eaque utimur, *d. l. 15.* Iterum, si meos nummos alii dedero nomine tuo, te volente, quanquam tu non fueris dominus, actionem Mutui tamen habes, *l. 9. § 8. h. t.* Imo etiam habes actionem, etsi quod a me actum est, ignoraveris; modo pecuniam tuo, inquam, nomine dedero, non tantum condictionem, sed & hypothecariam habes, *l. 2. C. per quas person. cuique acquir.* quæ procul ab ordinariis Juris regulis discedere, manifestum est.

5. Si dator mutui non sit dominus pecuniæ, nec eam nomine domini numeraverit, nullum est Mutuum inde ab initio; sed deinceps convalescere potest. duobus modis. Primo, per consumptionem bona fide factam, *l. 11. in fin.* cum *l. 13. h. t.* Secundo, per stipulationem de reddenda pecunia, *l. 2. C. Si cert. pet. l. 16. § 2. de Fid. juss.* Dominus ipse tum non habet actionem ex Mutuo, adversus eum, qui pecuniam ipsius a non domino accepit; nisi dator mutui & stipulator suum jus illi cesserit, *d. l. 2.* Vindicare tamen ipsa nummorum suorum corpora, si adhuc supersint, non prohibetur, *§ ult. in pr. Quib. alien. licet.* Quando igitur non dominus stipulationem reddendi pecuniam omisit, actionem ex Mutuo fundare debet in Consumptione, *d. l. 11. & 13.* quam tamen & domino quoque cedere potest, *arg. d. l. 2. C. h. t.* Eodem modo consumptionis, Mutuum convalescit, si pecunia data sit a dominis quidem, sed non habentibus rerum suarum administrationem, ut si pupillus mutuam dederit *d. § ult. in pr.* ubi diximus in *Parte I. lib. 2. t. 8. n. 4.* idem, si furiosus dederit *l. 12 h. t.* Denique, si cum daret quis pecuniam, dominus ejus non fuerit postea vero factus sit dominus, Mutuum convalescit; ut evenire declaratur in *l. 8 versatem ff. h. t.* ubi heres pecuniam legatam, cujus dominium erat penes Legatarium, mutuo dedit; eoque facto, Legatarius repudiavit, ac ita dominium rediit magis quam remansit apud heredem; etsi perinde sit ac si remansisset, quod indicat Pomponius his verbis; *quia heredis ex die aditæ hereditatis videntur nummi fuisse*, juncta *l. 80. de Legat. 2 & leg. 64. de Furt. in fin.* Denique, conditionis adjectionem instar aliorum contractuum recipere Mutuum, non est dubium, ut existentia conditionis sit etiam casus mutui confirmandi, *d. l. 8. in pr.*

6. Genus hominum a Mutuo contrahendo nullum excluditur, quia contractus est beneficus & generi humano inprimis amicus. Nemo prohibetur Mutuum dare, ne quidem Magistratus, & Præsides Provinciarum, eorumve ministri; quis enim prohibeat δανείζειν μηδὲν ἀπελπίζοντας, *mutuum dare nihil inde sperantes*; quale Mutuum Christus Dominus sectatoribus suis commendat? Quod igitur in *l. 33. h. t.* habetur, eos, qui Provincias regunt, quive circa eos sunt, mutuam pecuniam dare fœnusve exercere prohiberi, non disjunctim, sed ἐξηγητικῶς capiendum, *ne mutuam pecuniam fœnebrem exerceant*, quod addita prohibitio *negotiandi* confirmat. Rationes hujus prohibitionis variæ traduntur: I. Ne Magistratus imperio potius, quam debitorum commodo, pecunias fœnori obtrudant. *arg. l. un. C. de contract. jud.* II. Ne hoc prætextu corruptiones tegantur. III. Ne a publicis curis abstrahantur. Haud spernenda rationes; nisi convenirent etiam perpetuis Magistratibus eorumque officialibus, quos fœnebrem dare posse pecuniam, docet *l. 34. h. t.* Pertinet igitur ista prohibitio ad Præsides Provinciarum temporarios, quorum licentia tanto objectis infestior erat, quanto brevius se defuncturos intelligebant: Qui perpetuam in provincia sedem habebant, ab hoc usitatissimo exercendi patrimonii instituto, non poterant excludi. Denique, Recipere pecuniam fœnebrem, Magistratus nunquam prohibiti sunt, *d. l. 34. § 1.* nisi quod Honorius & Theodos. *in l. 16. C. Si cert. pet. Judici* fœnebrem pecuniam mutuare vetant, *qua judici*, ni fallor, ut interdictio ad litigantes solos pertineat, qua de re vid. D. Wissenbach. *h. tb. 15.*

7. Nec vero tamen omnino temere esse videtur, quod Salmasius proposuit *lib. de Usur. c. 5. pag. 106.* prohiberi illic Mutuum dari Judicibus, *in actum* atque in hunc eventum, *si Imperium Provinciæ illis sit prorogatum.* Verba sunt, *Quisquis Judici fœnebrem pecuniam mutuaverit, si in Provincia fuerit versatus.* Quid sibi volant hæc verba? Scimus, quid sit in Provincia versari, quod exponit D. Wissenbach: verum quid est, mutuam pecuniam alicui dare, *si in Provincia fuerit versatus?* hoc non est, *qua judici.* Salmasius legit *servatus*, ut mutuum intelligatur datum, *si Provinciæ imperium* fuerit *servatum*, id est, continuatum Judici; cui tum bene cohæret altera prohibitio, ne quis collectarius sive fœnerator, ambienti honorem det mutuum *in honoris pretium*, ob exilii pœna. Quod si hodie servaretur, næ ingens officiorum mundinatoribus repagulum imponeretur. Salmasii emendationem improbat D. Wissenbach. *ad h. t. th. 15.* sed his verbis, *si in Provincia fuerit versatus*, non admittet convenientem interpretationem. Doctrinam tamen, quod Judici qua tali, non liceat mutuari pecuniam, recte se habere, facile credimus Wissenbachio & citatis ab illo auctoribus, etsi hoc disserte non traderetur, *arg. l. 3. & ult. C. ad L. Jul. Repetund.* Huc etiam pertinet, quod apud nos Executoribus Litium prohibetur, mutuam dare pecuniam condemnatis, quibus ad solutionem compellendis delegati sunt; nec salaria sibi debita convertere in obligationem mutui, quod alioqui non est prohibitum, *l. 6. C. Si cert. pet.* Ita sancitum ab Ordinibus

dinibus Frisiæ decreto, quod est de *dié 3. Martii 1624. art. 8.*

8. De Mutuo Civitatum, est Lex 27. *h. t.* Ulpianus; *Civitas mutui datione potest obligari, si ad utilitatem ejus pecuniæ versæ sunt; alioquin ipsi soli, qui contraxerunt, non civitas tenebuntur.* Hac de re novissimis annis in Frisia celebris apud Curiam disceptatio fuit, adversus aliquot Civitates ære alieno longe supra vires publici patrimonii gravatas; ita ut Creditores ipsos Cives, ut de suo Patrimonio solverent, in jus vocarint; postquam Apparitor Curiæ, signo publicæ campanæ dato incolas cujusdam urbis, ut *alibi* dictum, voce quoque viva citasset. Res est magni usus, & dignissimæ observationis, de qua vir Cl. & Amplissimus *Sylvester Jacobus* DANKELMAN, olim Collega meus in Facultate Juridica honoratissimus, nunc Imperialis Cameræ Spirensis, nomine Serenissimi Electoris Brandenburgici Adsessor dignissimus, & ego, a Creditoribus consulti respondimus, & dein apud Curiam, meo tempore, sed ob præjudicium, me non suffragante, judicatum est. Quæstionis difficultas valde prævenitur, si duplicem ejus finem distincte consideremus, quod non fit communiter. Primus est hic; quatenus actio detur adversus universitatem qua talem, & executio fiat in bona publica Civitatis. Secundo, ut omnes & singuli cives conveniantur, deque suis privatis pecuniis, quod satis ad solutionem sit, conferre teneantur.

9. Quod ad priorem quæsiti intentionem attinet, distinguendum est, utrum Administratores, a Civitate rebus pecuniisque Reipublicæ præpositi, pecuniam mutuam acceperint, an hi, penes quos est τὸ πολίτευμα, *regimen Civitatis*, quales sunt Senatores, Tribuni plebis, & magistri Collegiorum, ajunt Struvius *ad h. t. n. 18.* & Thomasius *ad posit. nostram 5. h. t.* apud nos fere Consules & Decuriones eas partes occupant. Si administratores, veluti Quæstores, aliique præfecti, pecunias nomine Civitatis acceperint, nihil difficultatis est, quin non aliter civitas teneatur, quam si pecuniam in rem civitatis versam esse constiterit; quando illi nullam potestatem obligandi civitatem aliter quam ex Re, id est, ex eo quod ad illam pervenit, præ se ferre possunt. Enimvero si universitas speciale mandatum illis, de mutuo accipiendo dederit, nihil hærendum est, quin teneatur indistincte, licet pecuniæ in rem universitatis versæ non fuerint, quemadmodum in privatis ejusmodi mandatum edentibus, usu venire constat. Qui servum habet negotiationi mutuisque pecuniis accipiendis præpositum, tenetur, saltem utiliter, de mutuo dato, licet creditor probare non possit, mercium causa pecuniam fuisse creditam, *l. 13. de Instit. act.* Idem in exercitore navis obtinet, qui ex Mutuo Magistri conventus tenetur, etsi magister in suos usus pecuniam converterit, *l. 1. § 9. D. de Exercit. act. l. ult. eod. tit.* quia navi illum & transmarinæ negotiationi præponens scire debebat, eam rem sine potestate mutuam aliquando pecuniam accipiendi non posse regi, ut præpositio instar mandati fuerit. Ita de Mandato Universitatis judicatum est a Curia Suprema, apud Sandium *lib. 3. tit. 2. def. 3.* ubi Præfectus cujusdam Præturæ, acceptam mandato incolarum pecuniam in suos usus converterat. Ipsa universitas Creditoribus nihil ominus condemnata est, neque spernendum, quod habet eo loco monitum prudentiæ, Sandius e Mornacio. Nostro tempore similes non defuere casus, cum bello Anglo-Gallicano, publicæ Provinciæ fide quassata, Præturis & civitatibus injunctum est, pecunias quærere mutuas, & Provinciæ rursus credere. Sunt reperti mandatarii, qui Chirographa, quibus Præturæ rursus obligatam haberent Provinciam, venderent, pecuniamque dissiparent: Præturæ nihilominus ex suo mandato Creditoribus sunt condemnatæ. Quando autem Rectores cujusque civitatis, penes quos est plenum universitatis regimen, pecunias accepere mutuas, non cunctabimur idem adfirmare, quod de Magistris, qui universæ navi præponuntur, intelleximus, ut civitas inde teneatur, etsi pecunia in rem ejus conversa non fuerit, *arg. dd. ll.* & per ea, quæ *Struvius* aliique ab illo citati in hanc rem protulerunt.

10. Hactenus de primo hujus Quæstionis latere. Sequitur consideratio, an ipsi cives de suis bonis publica debita solvere debeant. Nam prædicti Auctores non videntur in hac Quæstione distinguere, inter universitatem qua talem ejusque bona, & omnes ac singulos cives; verum ubi mutuum per Rectores civitatis summos contractum est, ipsos cives, si aliunde solvi non possit, de suo ad solutionem conferre cogendos esse, non obscure statuunt; idque eos sentire, tam inde colligitur, quod universitatem absolute dicunt teneri, nec ullius meminere distinctionis, quam quod mutuo a Magistratibus & Tribunis sumpto, comparant casum, quo ipsi omnes cives convocati, (licet quidam non comparuerint, *l. 45. C. de Decuri-*

curion.) in mutuum accipiendum consentiunt, aut communibus suffragiis nominatim ad contrahendum auctorem constituant; quibus casibus, nemo negare potest, omnes ac singulos cives obligatos; *ut singuli ad exsolvendum es alienum Reip. portionem suam conferant*, ait Seneca de Civitatis debito, *lib. 6. de Benef. cap. 19.* Eodem modo volunt illi, Cives teneri, quando Rectores civitatum, penes quos est plenum ejus regimen, pecunias acceperunt, ac si ipsi consensu speciali, votis collatis, se ad restituendum obligassent. Nos tamen aliter respondimus, aliterque a Suprema Curia judicarum est, *in praedicta causa Creditorum Doccumanorum adversus ejus civitatis municipes*; Intentio Creditorum fuit, cum narrassent, Magistratus & Decuriones Civitatis Doccumanæ, repræsentantes ibi populum omnesque cives & incolas, ab aliquot annis negotiatos esse, & accepisse fœnori multa millia florenorum; pro quorum solutione cum Creditores agerent adversus Magistratus & Decuriones Civitatis, factum erat, ut illi demonstraverint, publica Civitatis bona nullo modo paria esse solutioni. Quapropter ipsi contendebant, ut omnes ac singuli cives & incolæ Civitatis condemnarentur, ad contribuendum & in commune conferendum, quantum post distractionem publicorum civitatis bonorum, suæ satisfactioni deesse compertum foret.

11. Consentiens fere distinctio ad hujus Quæsiti decisionem invaluit, quam etiam patroni Creditorum Doccumanorum in conspectu habuerunt, utrum Magistratus & Rectores Civitatis, qui Mutuum acceperunt, habeant qualitatem *populum repræsentandi*, an secus. Voce repræsentationis, designant ejusmodi qualitatem, per quam intelligamus, quicquid Rectores agunt, id ipsum populum agere censeri. Ita Harrm. Pistoris *lib. 1. Qu. 37. n. 5. & 6.* Maulius *thesaur. theor. pract. de Mut. tit. 4. n. 10.* Mevius *ad jus Lubec. lib. 1. tit. 1, n. 69. & 72.* Struvius ad *d. t. n. 16.* & quos ille præterea citat. Hanc distinctionem in thesi esse verissimam, non potest negari. Nam si ratio possit iniri, qua Mutuum per paucos contractum, perinde valeat, ac si ab omnibus & singulis esset initum, res ipsa loquitur, omnes & singulos etiam ad solvendum teneri, nec minus heredes suos relinquere obligatos, quin etiam successores & novos universitatis incolas; qui Civitati se aggregantes, oneribus ejus subducere se nequeunt. In applicatione distinctionis est difficultas, in quibus illa civitatibus locum habeat. Equidem in Republ. libera talem esse repræsentationem, inter omnes privati publici que Juris interpretes constat; ut quicquid Imperantes egerunt, id universus populus egisse videatur, quo fundamento jus belli, & repressaliorum, aliique plurima nituntur; Nec enim salva juris ratione Cives e Decretis factisque aliorum, laedi spoliarique possent, ut fit jure Gentium, si non quod Principes contraxerunt, admiserunt, id ipsi fecisse, contraxisse judicarentur. Quare quod Principes aut Rectores liberorum populorum, ex mutuo & quovis alio contractu debent, ad id populum sine discrimine solvendum teneri, fere est sine controversia, nec ad hunc locum pertinet. Hic videndum, an Civitates municipales, quæ sunt membra subjecta majoris imperii, habeant Rectores, in quibus sit ejusmodi vis repræsentandi, ut quicquid illi nomine civitatis agunt, contrahunt, hoc Civitas ipsa & omnia membra ejus agere videantur, quod fere illi scriptores volunt, sed quod nos jam negatum *ad tit. Quod cujusque universit. nom. n. 2.* heic loci paulo plenius excutiemus.

12. Populus naturaliter sui juris, nec ulla vi subactus, potest vel ipse res suas agere, summas per se, minora per ministros & mandatarios, (quæ est ratio popularis Reipubl.) vel tadio confusionis, omittere conventus imperii causa, suumque jus in optimates, aut singulos conferre, quitum libera potestate instructi, vere populum repræsentant, ut omnia, quæ lege prævia limitata non sunt, cum eodem effectu agere possint, atque si in quoque negotio Cives consensissent. Summa potestas ita jus suum a populo nacta, eumque sua voluntate repræsentans, ut ipse nullos imperii actus amplius exerceat, cum omnia per se administrare nequeat, magistratus & officiorum ministros, super universitates inferiores, civitates, pagosve constituit, iisque jura, limitesque potestatis in subjectos exercendæ præscribit, ita ut magistratus suum jus non a populo, verum a Summa potestate adipiscantur; quo pertinet, quod est in omnium ore Politicorum & juris interpretum, *nullam esse jurisdictionem, aut genus imperii, quod non a summa Potestate deflnat ac ab ea dependeat*; etsi forte populi singularum universitatum, adhuc aliquid juris in eligendis Magistratibus exerceant; hoc enim ad modum exercitii, non ad jus potestatis referendum est; populi singulorum locorum, ipsi a summa potestate dependent, & quicquid juris habent,

bent, si non lege fundamentali stabilitum sit, delegatione summæ potestatis exercent; utique facultates & limites imperii, quod datur Magistratibus a populo eligendis, ab summa potestate proficiscuntur: quod ad hujus quæsiti momentum sufficit. Hinc evidens est, Magistratus non repræsentare populum, a quo nihil potestatis accipiunt, sed personam & vicem summæ Potestatis; nec habere tantum juris, quantum populus iis dedit, sed quantum a Summa potestate acceperunt. Minimeque omnium dici potest; quicquid Magistratus & Rectores universitatum faciunt hoc populum quasi per se suaque voluntate facere videri; verum in omnibus illis videndum, an quod Magistratus egerunt, cum mandato, quod habent a summa potestate, conveniat: Populus subjectus, potestatis eorum limites neque extendere, nec coarctare potest. Exempli gratia; Populus alicujus civitatis Frisicæ cupit dare suis Magistratibus Jurisdictionem criminalem, quam non habent, jusve tributa & vectigalia imponendi. Certum est, non posse: simulque certum, potestatem Magistratuum cujusque loci, non profluere a singulis populis, nec ab illorum voluntate, sed unice a præscripto Summæ potestatis. Hoc jam propius ita nostræ hypothesi admovetur. Si magistratus cæterique Rectores municipiorum, cives suos per contractum Mutui obligare possint, hoc vel habent ex repræsentatione populi, propterea quod hic tale jus Rectoribus suis dederit, ut quicquid egerint, ipse populus id agere censeatur, omniaque suo arbitratu disponant; vel habent hoc ex Mandato summæ potestatis. Ex repræsentatione, tacitaque vel expressa populi voluntate, non habere Rectores universitatum illud jus, jam demonstratum est. Summa potestas dat Magistratibus potestatem exequendi sua mandata, res quotidiani regiminis administrandi, & de bonis Civitatis, commodo publico, disponendi; sub lege, reddendi rationes Principi. Non dat illis potestatem pecunias extra ordinem civibus imperandi, eosque cum suis patrimoniis privatis obligandi. Nihil tale possunt magistratus municipales, nisi ex speciali concessione Summæ potestatis, ne quidem summa alioquin urgente necessitate, ut recte Busius addit ad *l. 1. ff. quod cujusque univers. nom. n. 5.*

13. Inde novum oritur argumentum, quo probatur, Rectores municipiorum, cives obligatione mutui non posse complecti, ut ipsi de suo Creditoribus satisfacere cogantur. Nam imponere alicui necessitatem solvendi post annum, *ut in mutuo*, & injungere solutionem post octiduum, vel cis triduum, est ejus facultatis; qui posterius non potest, prius nihilo magis posse dicendus est. Atqui Magistratus municipiorum non posse populo suo imponere præstationem pecuniariam, sine auctoritate superioris, noti juris ac moris, ut dictum, & inter nos certæ observantiæ est. Si tu quæras; an populus municipii alicujus, Magistratui suo non possit facere potestatem in usus publicos accipiendi pecuniam mutuam, cum hoc effectu, ut singuli de suo teneantur ad solvendum? Respondeo, posse ad certas causas specialiter, non posse in universum; quoniam hoc non minus foret, quam tributi indicendi potestas. Sed consensus ille specialis, non est opus regiminis aut ordinis publici, in quo pluralitati suffragiorum locus sit, aut quo novi incolæ similiter obligentur; Non potest habere majorem vim, quam plurium de re ad commoda sua pertinente consensus habet: pluralitas suffragiorum non nisi a vi superiore, vel a prævia partium submissione, minorem numerum obligare potest, *l. 7. § ult. de Pact.* non obstante, quod Struvius habet ex Loseo *d. n. 18. h. t.* civibus convocatis, omnes teneri, *licet quidam non comparuerint*, idque probat ex *l. 45. C. de Decurion.* est *l. 46.* quæ agit de electione Curialium, quæ res cum ad regimen publicum spectet, nihil habet commune cum obligatione Mutui; Ac ita, quod in materia contractuum reique patrimonialis, non habeat locum Prærogativa numeri suffragiorum, tradit Bartolus ad *l. 7. ff. Quod cujusque universit. nom.* Peck. *tract. de jur. sist. c. 4. n. 17.* Busius ad *l. 1. D. Quod cujusque universit. nom.*

14. Res tandem huc redit, ut decisio Quæstionis in Bartoli distinctionem resolvatur, quam habet ad *d. l. 7. D. Quod cujusque Univers. nom.* inter Civitates, quæ jus Regalium & Superioritatis habent, quales sunt etiam Liberæ Civitates Germaniæ, ac inter municipales civitates, quæ superiorem agnoscunt; cum in illis potestas imperantium a populo immediate profecta, recipiat absolutam populi repræsentationem; in his repræsentatio, sicut potestas, non oriatur a subditis, verum a summa potestate descendat; quam distinctionem Loseus & Gailius, cæterique superius adducti sequuntur, ut & Busius *ad l. 27. D. de Reb. Cred. n. 6.* verb. *in Civitatibus Germaniæ Liberis.* Secundum hæc Creditores Civitatis Doc-cumanæ, & deinde Franekerensis, condemnatio-

nes adversus Civitates qua tales, & executionem in bona universitatis adepti sunt; adversus ipsos Cives, ut hi quod deesset conferre cogerentur, non est admissa Doccumanorum intentio, *in causa prædicta.*

15. Porro actionem ex Mutuo non aliam nasci, quam quæ datur ex omni Contractu, unde Certum petitur, & est ac vocatur Condictio Certi, diximus ad *tit. Inst.* Eaque datur ex ipso Contractu Mutui, id est numeratione pecuniæ, *pr. Inst. Quib. mod. Re Contrab. obl. fine pr.* juncta *l. 9. in pr. h. t.* Et hactenus instar beneficii præfert hic contractus; sed cum raresceret illa mutuo dantium generositas, accessit stipulatio de reddenda pecunia; quæ tam familiaris est facta Mutuo, ut vix unquam omitteretur, omissio autem pro insigni argumento negligentiæ aut generositatis haberetur; quo pertinet notum Attici exemplum Cornelio Nepoti *in ejus vita* memoratum, qui Fulviæ Antonii uxori, rebus eorum adflictissimis pecunias *sine stipulatione* credebat, quasi securus repetendi. Datur tamen condictio, licet absit stipulatio reddendi; datur condictio, licet mutuum Re non sit contractum, ut *supra* intelleximus ex *l. 22. C. Si cert. pet.* quæ res certissimo argumento est, mutuum & stipulationem de reddenda pecunia, esse diversos contractus, etsi quando in continenti junguntur, in unum coalescant, *l. 6. § 1. & l. 7. de Novat.* qua de re adversus Thomasium egimus in *d. tit. Inst. n. 4.* Quin etiam Condictio dari potest, ubi nec Stipulatio interposita, nec Mutuum Re contractum est, eo quod vel dominus non fuit is, qui dedit, vel jus alienandi non habuit; si tamen consumptio bona fide facta fuerit, datur Condictio, quasi Mutuo deinceps inito, *ex l. 11. § ult. & l. 12. h. t.*

Solet ad hunc quoque Titulum de obligatione Literarum agi: De qua tam prolixe in Institutionibus egisse videmur, ut heic silentium, Rubrica præsertim nihil exigente, sit innoxium. Ad usum negotii placet addere sequentia: Si quis privatum habeat chirographum, is primo scriptorem aut subscriptorem vocare debet, ut manum suam agnoscat; si neget, & dein convincatur, neque hanc exceptionem, nec quidem solutionem opponere potest, imo in duplum tenetur, aut si, juramento oblato, manum suam noscat, in impensas condemnatur, *Auth. Contra qui propriam. C. de non numer. pec.* Qui manum suam agnovit, moribus passim condemnatur ad deponendam in judicio pecuniam chirographo comprehensam, non modo ex mutuo, sed & quovis alio contractu debitam, quæ ab actore tollitur sub cautione de restituendo, si judicio principali, quod sequitur, alter absolutus fuerit. Imbert. *Inst for. l. 1. c. 29.* verb. *chirograph.* Sand. *l. 1. tit. 8. def. 1. & seqq.*

SCHOLIUM.

Moribus nostris (Saxonicis) ejusmodi dispositione & cautione non videtur esse opus. Vel enim reus agnoscens chirographum habet exceptiones in continenti demonstrabiles, & tunc audietur, vel non habet tales, tum iis in reconventionem rejectis, condemnabitur actori solvere pecuniam.

RESPONSIO.

Exceptiones in continenti demonstrabiles faciunt, ut Actori negetur petita consignatio. Sand. l. 8. 3. v. allegata. *Si statim probari nequeant, Reus condemnatur ad consignandum, & rationes in disceptationem principalem rejiciuntur (de Reconventione hic non agitur.) Ergo Thomasii dilemma non impedit usum hujus provisionis.*

N. ADDIT.

Est iterum error elenchi. Ego nullo dilemmate volui ostendere, quid in foris Belgarum fieri debeat, sed quid & qua ex ratione fiat in foro Saxonico, secundum cujus hypothesin etiam intelligenda est reconventio, non civilis illa, sed Saxonica, & quæ demum finito priore processu est instituta. Alii jam judicent, quænam praxis sit æquior, utrum ea quæ debitum, quod petitur ex chirographo liquido, actori plene, i. e. sine cautione adjudicat, si exceptiones non possint probari in continenti, an ea, quæ cautionem ab eo prius exigit.

Præterea, per hanc provisionem multis locis censetur abolita exceptio non numeratæ pecuniæ, & consequenter obligatio literarum, Grœneweg. *ad Grot. introd. l. 3. c. 5. n. 4.* (nam ὁ μέγας silet,) *& ad h. tit.* sed apud nos exceptio non numeratæ pecuniæ impedit *namptissementum*, ita vocatur illa *provisionalis consignatio*, ut sermo fert Fori, Sand. *d. tit. 8. def.* 3. ubi plures vide casus, quibus eadem cessat.

SCHOLIUM.

Moribus nostris, utraque in usu est: vid. Philipp. Ecl. 67. *Exceptis causis mercatorum.* Carpz. P. 1. c. 32. def. 69. *& literis cambialibus, in quibus exceptio non numeratæ pecuniæ opponi nequit,* Carpzov. l. 2 resp. 92. *(quamvis aliter forte aliud observetur, propter dissentientes, a* Carpz. d. resp. 26. n. 7. *&* Schütz. d. l. p. 133. *citatos.) Et hujus quidem ratio potissima est, quam* n. 15. *proponit*

proponit, per hanc exceptionem retardari executionem & ſolutionem, cum tamen literæ cambiales ſint inventæ, ut paratiſſimam executionem habeant.

Inter caſus, quibus hæc ceſſet Exceptio non numeratæ pecuniæ, gratis refertur, quod locum non habeat in inſtrumento depoſitionis certarum rerum, *d. l. 14. § 1. C. de non num. pec.* quia non eſt de regula; ſed habet exceptionis ſpeciem, quod is, qui ab Argentario ſe pecuniam accepiſſe faſſus eſt, in inſtrumento publice in foro compoſito, vel propria manu ſcripto ſubſcriptove, non poteſt opponere hanc exceptionem, *Nov. 136. c. 5.* De renunciatione dictum eſt, eam hoc efficere, ut qui faſſus eſt accepiſſe pecuniam, probare debeat, eam non eſſe numeratam, ex Sandio *lib. 3. tit. 1. def. 1.* Nunc addimus duplicem limitationem, quarum prima eſt; Si inſtrumentum manu aliena ſit ſcriptum, atque a debitore ſubſcriptum juris imperito, facile admitti cauſam ignorantiæ, ſi, quid illa renunciatio ſibi vellet, ignoraſſe declaret, nec probetur, cum fuiſſe, ut oportuit, edoctum. Altera; poſſe fieri, ut tametſi non numeratæ pecuniæ exceptioni ſit renunciatum, nihilominus tam probabiles ſint præſumptiones, quod numeratio facta non ſit, ut non obſtante renunciatione, probatio a Creditore, quod numeratio vere facta fuerit, exigatur. Exemplum; Tirius ambiens officium publicum, faſſus erat in chirographo, ſe accepiſſe aliquot millia mutuo, cum renunciatione hujus exceptionis. Probatum erat, pecuniam ſacculis incluſam fuiſſe in menſa exhibitam; dixiſſe debitorem, qui fuerat ebrius, eam ſe habere pro numerata; non conſtabat, ab eo receptam & ablatam; erant acerrimæ præſumptiones, pecuniam rediiſſe brevi manu illuc, unde venerat, idque in muneris empti ſolutionem; ſatis enim conſtabat, officium illud pretio fuiſſe comparatum. Actor nihil amplius probans, non obſtante renunciatione debitoris, repulſus eſt. In cauſa *Simonis de Wein, Q. Q. contra Alrichum Hajinga praetorem militarem, ante ferias Pentecoſt. 1680.*

Tit. II.

De Jurejurando, ſive voluntario, ſive neceſſario, ſive judiciali.

I. Continuatio; & an licitum jusjurandum, eaque de re ſententiæ Gentilium & Chriſtianorum. II. Jusjurandum eſſe bimembre, ſolam tamen invocationem Numinis, pro juramento fungi poſſe, non aſſeverationem Mennoniticam, aut per fidem Nobilis vel Principis. III. Non eſſe jusjurandum, niſi verba pronuncientur, ubi, quid ſit corporale juramentum. IV. Nonniſi per Deum eſſe juvandum. V. Diviſio ſumma juramentorum, & cur extrajudicialia non pariant actionem, nec promiſſoria, nec confirmatoria, exceptis aliquot ſpeciebus. VI. Species juramenti judicialis, & explicatio Voluntarii, Neceſſarii, Judicialis. VII. Collatio harum ſpecierum cum diviſione bimembri, in conventionale & judiciale, & cum uſu aliorum Interpp. VIII. In quibus rebus deferri nequeat Jusjurandum, quas inter Matrimonium. IX. Quinam poſſint deferre jusjurandum. X. Quibus deferatur, an etiam pupillis, Clericis. XI. Quibus caſibus negari poſſit juram. delatum, ubi de juram. in animam alterius. XII. De jurejurando judiciali, & an differat a ſuppletorio atque purgatorio. XIII. Has duas eſſe potius ſpecies juramenti judicialis, & de uſu illorum hodierno, ſuppletorium eſſe rarius. XIV. Quo tempore deferendum ſit jusjur. XV. Poſt ſententiam latam non eſſe deferendum juramentum. XVI. Effectus jurisjurandi.

In Codice, de *Rebus Creditis* & de *Jurejurando* ſub una Rubrica, heic, ut videmus, continuis titulis agitur: ideo quod æris alieni cauſa frequentiſſime adhiberi ſolebat ab improbis, ad tegendum & male ſanandum vulnus patrimonii; quo ſenſu Laberium audacem & inſolentem verborum, in *Mimo* ſcripſiſſe, ait Gellius in *lib. 16. c. 7. in f.*

Quid eſt Jusjurandum? Emplaſtrum æris alieni. Prima Jurisjurandi conſideratio offertur ſatin' pie ſanctèque præſtari poſſit; qua de re non modo a quibusdam Chriſtianis, quicunque literali obſervantia præceptorum Chriſti, diminutionem gloriæ gratiæque divinæ tegunt, ſed etiam inter Paganos, hæſitatum dubitatumque fuit. Quemadmodum (ut hodie, ſic olim) *nonnulli hominum faciles* erant *ad jurandum, contemptu religionis*, ita non deerant, *qui perquam timidi eſſent, metu divini numinis, usque ad ſuperſtitionem*, ut ſcribit Ulpianus in *l. 8. ff. de Condit. Inſtit.*

ſlit. Quod magis etiam Græcis ſapientibus ſedisſe videtur; ex eo, quod Iſocrates *Dæmonicum* hortatur his verbis: Ἕνεκα χρημάτων μηδένα θεῶν ὀμόσῃς, μηδ' ἂν εὐορκεῖν μέλλῃς. *Rei pecuniariæ cauſa, per nullum Numen jurato, ne quidem ſi recte vereque ſis juraturus.* Nos huic Quæſtioni ſententiæque de Jurejurando vindicandæ, poſt tot Theologos & Juris-Conſultos non immorabimur. Tu videſis Grotium *lib. 2. de Jur. Belli & Pac. tit. 13. n. 12.* & Wiſſenbachium *ad h. t. th. 1.* Probatio adfirmantis ſententiæ eſt *in Deuteron. 6. c. v. 13. & c. 10. v. 20. Eſaiæ 65. v. 16. Exod. 22. v. 11. Levit. 19. v. 12. 2. Cor. 1. v. 23. ad Hebr. 6. v. 16.* Pium eſſe jusjurandum pie uſurpatum, inde conſtat abunde: Sed hoc velim mihi ſuggerat aliquis, exemplum aut præceptum jurisjurandi, quod χρημάτων ἕνεκα, ad obtinendam rem pecuniariam, a Sanctis hominibus ſit præſtitum aut permiſſum, qui eſt uſus noſter judicialis; mihi nullum eſt in memoria. Forte non ſit vituperandus, qui tanti non habuit re carere, ut propter eam divini nominis invocationem cum execratione ſui, ſolenniter putet eſſe conteſtandam, quæ ratio fuit Iſocratis in ſententia modo laudata; Nec adeo vituperandi Mennoniſtæ fuerint, ſi hactenus conſiſterent: etſi ſumus in ea nos quidem ſententia.

2. Sed Jusjurandum nihil eſt aliud, *quam divini nominis invocatio, cum imprecatione noſtri, ſi fallamus, ad id quod agitur, confirmandum.* Nam plenum jusjurandum habet duas partes, Invocationem numinis & imprecationem ſui, quemadmodum ex antiquis jurisjurandi formulis conſtat, ut cum Jovem Lapidem jurabant, *Si ſciens fallo, tum me Dieſpiter, urbe arceque ſalva, bonis ejiciat, ut ego hunc lapidem,* de quo Cicero 7. *Epiſt. 1.* exemplum habet; Is jurare quum cœpiſſet, ait, vox enim defecit in illo loco, *Si ſciens fallo.* Utraque pars illa continetur in vulgari formula, quæ in noſtro uſu eſt, *Ita me Deus adjuvet!* Sæpe tamen ſola numinis invocatio exprimitur; imprecatione ſubintellecta, quæ vel ſeorſim aliquando ſubjecta, aut exacta ab adverſario, ſicut Ægiaelus in *Medea*, & cum illa verſ. 748.

Ὄμνυμι γαῖαν, λαμπρὸν ἡλίου τε φῶς
Θεούς τε πάντας, ἐμμένειν ἃ σοῦ κλύω.

Juro per terram ſplendidumque Solis lumen,
Omnesque Deos, ſervatum iri quæ dicis.

Subjicit Medea, ut fortius eum adſtringeret:

Ἀρκεῖ. Τί δ' ὅρκῳ τῷδε μὴ μένων πάθοις;
Sufficit, verum quid ſi jusjurandum violes, paſſurus?

Reſpondet ille,

Ἅ τοῖσι δυσσεβέσι γίγνεται βροτῶν,
Quæcunque hominibus impiis eveniunt,
Scilicet κακῶς ὀλέσθαι, *male at peream.*

Ita plenum & explicitum erat jusjurandum, quod tamen prioribus verbis erat incluſum. In Mennonitis noſtratibus uſum habet hæc obſervatio; Antiquiores illorum, repudiato jurejurando, non recuſarunt tamen Deum teſtem invocare, quod Statutis noſtris merito illis eſt indultum; quando qui Deum invocat teſtem, hoc ipſo percipit ac aliis intelligendum præbet, ſe non invocare teſtem otioſum, ſed talem, qui *vindicem habet oculum*, ex Heſiodi ſententia

Ἔχει θεὸς ἔκδικον ὄμμα.

Recentiores & ſubtiliores ex illis, hoc animadverterunt; ideoque jam pridem invocationem ipſam Dei adhibere noluerunt. Ordines noſtri exemplo libertatis, qua vicini erga ſuos utuntur, indulſerunt illis, ut defungi poſſint adſeverationе ſimplici, ſub pœna perjurii, ſi fefelliſſe deprehendantur, idque ita in rebus ad jus publicum pertinentibus obſervatur; Sed a Suprema Curia non potuit adhuc impetrari, ut vetus formula, qua Deus teſtis invocatur, illis remittatur: ideoque nec litigantes, neque teſtes, aliter admittuntur: Nec id ſine ſumma ratione; tametſi non deſint, qui talem adſeverationem Mennoniticam, ut & Principum atque Nobilium *per fidem Principis & Nobilis*, haberi poſſe loco jurisjurandi exiſtimant. Etiam Præceptor olim noſter Antonius Matthæus, *diſp. de fid. n. th. 37.* ſimplicem adſeverationem, qua Mennonitæ utuntur, vim juramenti in judiciis habere poſſe judicat, & alter Præceptor Wiſſenbachius noſter, adſeverationem Mennoniticam loco juramenti putat in judiciis eſſe recipiendam, ad *h. t. th. 21.* idemque de fidei principalis adfirmatione concedunt, laudatis auctoribus Gailio 2. *obſ. 59.* Mynſingero 1. *obſ. 17. & cent. 5. obſ. 6.* Auctoritas maximorum hominum non eſt plùris quam Ratio, quæ docet, jurisjurandi vim non conſiſtere in metu incerto pœnæ ab hominibus ſuſtinendæ, verum in præſente metu divinæ juſtitiæ & omniſcientiæ, in concurſu Mentis & Linguæ, Rationis & orationis, quæ præcipue, dum ſit invocatio Numinis, intenditur. Eo momento idea ſummi Numinis, in hominibus non obduratis,

mentem

mentem sibi conscíam acerrime penetrat, afficitque vi secreta, cujusmodi nihil est in metu pœnæ judicialis, aut reputatione honoris. Hæc ratio cum auctoritate Curiæ nostræ, facile prævaleret egregiis illis nominibus Jurisconsultorum. Huc etiam pertinet, quod Sandius habet *lib. 3. decis. tit. 11. def. 3. his verbis*; Juramentum *a muliere corporaliter, ut loquuntur, & in forma est præstandum, non sufficientibus his verbis*, by hoogster waerheyt en Adelijcke troue of eere.

3. Quin ideo dicendum est, ad naturam juris jurandi necessarium esse, ut ipsa verba Dei invocandi sibique imprecandi enuncientur, nec sufficere, si publicus scriba vel notarius verba concipiat & prælegat ei, ad quem pertinet jurare, licet is etiam subscribat: quia deficit ipsa jurandi forma, quæ est numinis invocatio mente & ore facta, quod Tabelliones bene oportet animadvertant, quando mulieribus Senatus Consulto Vellejano renunciaturis prælegunt verba jurisjurandi, ab iisque subscribi, non pronunciari curant. Et memini, fuisse matronam, cujus heredes, cum hoc modo renunciatione defuncta esset, SCti beneficium recuperare satagebant; & recuperassent, opinor, vel potius retinuissent, nisi Notarius sibi metuens operam dedisset, ut lis transactione sopiretur. Quia vero quæ in oculos incurrunt, animum quoque movere possunt, pleræque gentes externum alicujus rei contactum jurantibus addiderunt, ut Veteres *aram*; unde tactis aris jurare, moris notissimi: Virgilius 2. *Æneid.*

Tango aras, mediosque ignes & Numina testor.

Ad hunc morem spectavit Symmachus in *lib. 10. Epist. 54.* Omnia *quidem*, inquit, *Deo plena sunt, nec ullus perfidis tutus est locus; sed plurimum valet ad metum delinquendi, etiam præsentia religionis urgeri.* Sublatis aris, Christiani *tactis* sacrosanctis *Evangeliis* jurare cœperunt, *l. 14. §1. C. de Judic.* vel *ante judicem positis, l. 2. fin. pr. C. de jurejur. propt. cal.* Nusquam tamen externus ejusmodi contactus ad essentiam jurisjurandi, puto, requiritur, nec adeo, quod aliquando legitur, *Jurejurando corporaliter præstito*, ad ejus modi externa additamenta, ut fit, referendum videtur. Si *jurejurando corporaliter* præstito *confirmasti*, habetur in *l. 1. C. Si adversus vendit.* idem in *l. 3. in fin. C. Si min. maj. se dix.* Minor amittit beneficium restitutionis in integrum, si majorem se dixerit, jurejurando *corporaliter* præstito. Est, puto, jusjurandum actu corporali præstitum, ore gestuque corporis ad decus invocandi Numinis composito, & opponi potest juramento duntaxat prælecto atque subscripto; non negamus, id, quod fit aræ, aut Evangelii, vel crucifixi, sceptrive Academici, (ut novi Doctores jurant in Academia Palatina,) contactu, esse corporale juramentum: sed putamus, quod apud nos fit ore, digitis oculisque sublatis, id etiam pro *corporali* ex sententia legum omnino esse habendum. Sic etiam Sandius *lib. 3. tit. 11. def. 3.* Aliter D. Wissenbach. *ad h. t. th. 26.*

4. Definitio indicat, & ratio firmat literæque sacræ, non nisi per Deum esse jurandum, qui solus est καρδιογνώστης, viscerum animorumque scrutator, qui vindicem habet oculum, & irasci & punire potest. Quod qui facere nequit, hunc frustra invocamus in metum perjurii. Cicero ad Trebatium *lib. 7. Epist. 12.* *Quomodo autem tibi placebit*, inquit, *Jovem lapidem jurare, quum scias, Jovem iratum esse nemini posse?* Sed ut Trebatius ira cum Epicuro senserit, alii secus arbitrati, quod Jupiter irasci & male mulctare posset, eum juramentorum custodem & vindicem nominabant. Eurip. *Medæa v. 169.*

Ζεὺς ἔρκων θνητοῖς Ταμίας νενόμιται,
Jurisjurandi retributor mortalibus Jupiter habetur.

Deo soli quoque invocationis honorem deberi, sacræ literæ docent, iis locis, quæ superius adducta sunt, ad probandum Jurisjurandi usum & religionem. Neque potest non ægre ferri, quod jam tempore Justiniani sæculo sexto, inoleverit hæc jurandi καινοφωνία, quam præfert in *Nov. 8. in fin.* Juro *per Deum omnipotentem, & filium ejus unigenitum, & per sanctam gloriosam Dei genitricem, & per Sanctos archangelos Michaelem & Gabrielem.*

5. Sed pergamus ad vim usumque judicialem; quod ut ordine fiat, species jurisjurandi partitionis beneficio, detegendæ sunt. In universum Juramenta vel litis causa, vel citra litem præstantur. Quæ sunt hujus generis, mirari liceat, tam exiguam habere vim, ut nec obligationem actionemve producant, neque tollant; nisi quatenus id pacto fieri possit, quia nec vim habent majorem quam pacta nuda, vid. *l. 95. §4. de Solution.* paucis casibus exceptis, qui mox collocabuntur; vid. A. Matth. *disp. de Judic. 19. th. 3. & 4.* Atqui Stipulatio parit actionem, quæ est solennis verborum conceptio; Jusjurandum magis est solenne, verbisque conceptis Deique appellatione com-

ponitur, neque tamen habet parem cum Stipulatione poteſtatem. Inter nævos juris hoc refert Vir Cl. Cyprianus Regneri ab Ooſterga, in *lib. de injuſt. LL. Rom. cap. 2. & 6.* ſed nos facile probavimus *ad tit. de Action. n. 14. & in par. 2. Digreſſ. lib. 1. c. 3. n. 4.* & ex ſuperioribus colligi poteſt, hoc ita a Romanis inſigni reverentia & honore jurisjurandi eſſe receptum; Nam ſi modus obligationis ordinarius fuiſſet Juramentum, non minus frequentes fuiſſent invocationes Numinis in Foro, quam pacta ſtipulationesque fuerunt; quæ res multo magis procul abfuit a gravitate Romanorum, quam pridem abfuit a levitate populorum, qui Chriſti nomen referunt. Vis tamen major quam ſimplicis pacti, adſcribitur juramento, quo libertus jurabat olim, ſe patrono donum, operas, munus præſtiturum: nam inde naſcebatur obligatio, *l. 7. ff. de oper. libert.* Jusjurandum minoris annis 25. adimit ei beneficium reſtitutionis in integrum, *Auth. Sacram. pub. C. Si adverſ. vendit.* qua de re diximus *ad tit. ff. de minor. n. u. ſub fin. & ſeq.* denique, jusjurandum transactioni adjectum, ſi non ſervetur, peculiarem habet ſanctionem, de qua dix. *ad tit. de Transact. n. 10. verſ. poſtremo.* Alioqui non putamus eſſe diſtinguendum inter vim juramenti extrajudicialis Confirmatorii, & Promiſſorii, cum D. Wiſſenbachio *ad h. t. th. 39.* quaſi hoc quidem nudi pacti vim duntaxat haberet, illud autem tolleret atque produceret actionem.

SCHOLIUM.

Nam Doctores alii circa quæſtionem, an de jure civili juramenta contractibus adjecta obligent, inter promiſſoria & confirmatoria diſtinguere ſolent, ſecundum ea, quæ habet Struv. h. t. th. 21. ſqq. *ſed rectius Autor negat, ex hypotheſi juris Civilis hanc diſtinctionem eſſe admittendam, cum leges in genere loquantur, nec diſtinguant. Igitur quamvis diſtinctio iſta moribus forte ſit convenientior*, (*vide tamen quæ notavi ad Strauch.* d. Ex. 25. th. 25. p. 374.) *non ea tamen habebimus opus in Jure Civili, modo notaverimus exceptiones, de quibus Autor* in poſit. præced.

Veriſſimum eſt, nullum actum aut Contractum jure Gentium vel Civili invalidum. jurejurando poſſe confirmari, ut probatur ex *l. 6. § 16. D. de Pactis. l. 112. § ult. D. de Legat. 1. l. 5. C. de Legib. in fin.* quibus derogatum eſſe per *l. 1. & Auth. Sacram. Pub. C. Si adverſ. vendit.* aut *legi 1. per d. l. 5.* nulla ratione ſtatuitur, ut *ad d. tit. de Minor. n. 12.* dicere occupavimus. Sed juris Canonici diverſam auctoritatem eſſe, qua vult, omne juramentum, cujus obſervatio non eſt adverſa ſpei ſalutis æternæ, cuſtodiri, ſatis conſtat ex *cap. ſi vero. 8. cap. cum contingat 28. de Jurejur.* ſub pœna perjurii, *c. brevi 16. cod.* An igitur tanto major Pontificibus quam Cæſaribus Jurisjurandi religio conſtat? Cæſar vetat ea, quæ Legibus ſunt prohibita, ſacramento firmari, *d. l. 5. in f.* hoc eſt, non, præbet ſe quidem perjurii auctorem, ut ait Alexander in *d. l. 1. Si adverſ. vend.* ſed privat ejusmodi juramentum omni effectu legali & judiciali, quod licere Principi, non eſt dubium: Nec enim ferendum erat, ut Leges, jurantium temeritate everterentur. * Poſt etiam Princeps, ob cauſas juſtas ei, cui jus aliquod ex alterius juramento acquiſitum eſt, huic adimere ſuum jus; vel jurantem ob cauſas publice utiles eximere pœnis perjurii, *id eſt, gratiam facere jurisjurandi, in l. ult. in pr. D. ad Municipal.* Cæterum, moribus hodiernis etiam promiſſoria juramenta vim actionis habere, quam etiam nuda pacta habent, ſatis indubitatum eſt.

6. Jusjurandum, quod litis cauſa interponitur, habet iterum varias ſpecies. Interponitur enim vel judicio ſiſtendi cauſa, de quo egimus *ad tit. Inſt. de Satisd.* vel calumniæ cauſa, de quo *ad tit. I. de pœn. tem. litig.* vel teſtimoni dicendi, quod *infra tit. de Teſtibus* occurret; vel æſtimationis ergo, de quo *ad tit. ſequ.* vel denique litis decidendæ gratia. Atque hujus, de quo nobis heic loci agendum, tres ſpecies indicantur in Rubrica; *Voluntarium, Neceſſarium, & Judiciale*, quomodo autem hæ ſpecies diſtinguantur, in nigro non legitur expreſſum, ideoque varie ſumuntur, aliterque a Græcis, aliter a Latinis, quorum ex recentioribus alii hos, illos alii ſequuntur. Nec Græcorum ſenſus eodem modo referuntur, Baſilici *lib. 22. tit. 5.* in Rubrica, voluntarium vocant προχειρετικὸν, τοῦτ' ἐστὶν ἔπακτον, *id eſt, delatum.* Stephanus interpres *ad l. 1. h. t.* Ὅρκοι δὲ βουλευτάριοί εἰσιν οὓς ἔξω δικαστηρίου καὶ ἐκ προχειρέσεως ἐπιφέρουσιν ἀλλήλοις οἱ λιτιγάτορες. *Voluntarium juramentum eſt, quod extra judicium & ex conſenſu, ſibi mutuo deferunt litigantes.* Βουλευτάριοί δε εἰσιν, pergit idem Stephanus, οὓς ἐν δικαστηρίῳ τινὸς τῶν λιτιγατόρων ἐπὶ τὴν τοῦτο δόντες ἐπα-

* Confer Diſſertationem Jac. Frid. Ludovici, de genuino Intellectu Brocardici vulgaris: Omne juramentum ſervandum eſſe, quod ſalva ſalute æterna ſervari poteſt. Halæ 1705. editam.

γωγὴν

ἡωγὴν ὁ δικαζὴς ἐπιφέρει, *Necessarium juramentum est, quod in judicio Judex, imo litigatorum ad alterius delationem dante, imponit.* Ἰδιοπάλιον δέ ἐστιν, ὃς ὁ δικαζὴς αὐτὸς, οὐκ ἐξ αἰτήσεως, ἀλλ' ἐξ οἰκείας κινηθεὶς προαιρέσεως ἐπιφέρει. *Judiciale est, quod ipse judex non rogatus, sed ex proprio voluntatis motu defert.* Vult igitur, voluntarium esse, quod defertur extra judicium, sive ante, vel postquam judicium est inchoatum, ut postea se explicat idem Stephanus, in verbis τὰς ἀξιώσεις ἤδη δικάζεσθαι. Necessarium, quod defertur aut refertur in judicio, cuique judex addit necessitatem. Judiciale, quod in dubiis causis alterutri litigantium ultro a Judice defertur. Male igitur Wesenbecius *ad h. t. n. 7.* quem sequitur D. Matthæus *d. disp. 10. th. 6.* refert, Græcos non facere voluntarium, quod extra judicium ex conventione defertur, sed quod in judicio alter litigantium alteri defert. Latini plerique voluntarium vocant, quod extra judicium ex conventione præstatur. Necessarium, quod judex inopia probationis imponit, & Judiciale, quod pars parti in judicio defert, referente D. Matthæo *d. th. 6.* Ex his liquet, in describendo voluntario revera non discrepare Græcos & Latinos; sed quod illi Necessarium, id hos Judiciale vocare, & contra: quæ varietas æque in recentioribus offenditur, ac observanda est.

7. Gajus in *l. 1. h. t.* duas species agnoscit, Conventionale, & Judiciale jusjurandum. Illud, quod ex pactione litigatorum, hoc, quod ex auctoritate judicis præstatur. Conventionale rursus est duplex, Delatum, atque Relatum. Prius habet locum, quando quis juri suo diffidens, aut tædio litis, adversario defert hanc conditionem, ut si juraverit, vincat. Idque vel fit extra judicium, vel in judicio, cum hoc discrimine; quod defertur extra judicium, non est necesse referri, *l. 17. in pr. h. t.* Delatum in judicio, vel præstandum, vel referendum est, *l. 38. h. t.* Quod autem est relatum, id vel præstandum, vel causa perdenda est, quia denuo referri non potest, *l. 34. § 7. & sequ. h. t.* Hinc superest, Judiciale non posse aliud esse, quam quod ultro a Judice defertur alterutri litigantium, de quo *infra*. Ut cum hac partitione terminos Rubricæ conferamus, misso Græcorum & Latinorum conflictu, dicamus, Voluntarium esse, quod ex pactione sive consensu litigantium alteri ab altero defertur, sive in judicio sive extra judicium: quia & hoc voluntarium jure vocari potest, quatenus non modo libere defertur, sed etiam præstari vel non præstari potest, ut voluerit is, cui delatum est. Consequenter Necessarium erit, quod refertur, quoniam hoc vel præstandum est, vel causa perdenda necessario, *d. l. 34. § 7.* Judiciale, quod solum judicem habet auctorem. Sic etiam Præceptores nostri A. Matthæus in *d. disp. 10. th. 7.* & Wissenbachius *ad h. t. n. 22.*

SCHOLIUM.

Scilicet, communiter a Doctoribus juramentum litis decisorium, dividitur in voluntarium, judiciale, & necessarium, secundum ductum rubricæ h. t. *Voluntarium vocant, quod extra judicium defert pars parti, Judiciale, quod in judicio a parte defertur, Necessarium, quod Judex ex officio imponit. Autor vero rubricam aliter exponens (ita videlicet edoctus a præceptore suo Wissenbachio, quem vide* h. t. th. 22.) *id quod pars parti in judicio defert, partim voluntarium esse dicit, quatenus nimirum defertur, partim necessarium, quatenus refertur. Judiciale vero vocat, quod Judex defert. Quemadmodum autem in verbis erimus faciles, ita tamen dubito, an delatum in judicio commode ad voluntarium referri possit, quia libertas, quam Autor hoc casu dicit esse penes eum, cui id in judicio delatum est, ut nimirum absque dispendio causæ præstari possit, aut non præstari, est longe minor ac in voluntario extrajudiciali. Hic enim ille, cui defertur, simpliciter id recusare potest. Ibi vero regulariter recusari nequit.* vid. *posit.* 19. & 20. *Sed aut præstari debet, aut referri, imo quandoque nec referri potest, sed necessario præstandum est, nisi quis causam amittere velit,* l. 34. § 8. h. t. *Adde* Schütz. in comp. hic, p. 143. lit. E. *& pluribus* Donellum lib. 24. c. 16.

RESPONSIO.

Quid est civilius, quam judiciale vocare, quod a judice defertur, & voluntarium, quod ex voluntate partium est? Tale utique est delatum in judicio, & habet exitum voluntarium non necessarium, etsi minus liberum; gradus non variat speciem: alternativa, jurandi vel referendi, relinquit arbitrium eligendi. In l. 34. § 8. *quam Thomasius objicit, est exceptio, quæ nunquam tollit regulam.*

N. ADDIT.

Ut dixi, in verbis simus faciles. Alias facile regeri posset, magis civile esse, si necessarium vocetur, quod judex ex officio imponit, & in quo nulla est libertas, & judiciale adeo, quod in judicio quidem, sed non a judice defertur. Caterum occasionem

litis

litis inter ultramontanos & citramontanos de explicatione rubricæ h. t. vide ap. Anton. Fabr. in rational. ad l. 1. h. t.

Est igitur hoc modo jusjurandum, πάσης ἀντιλογίας πέρας, *terminus omnis contradictionis*, Paulo c. 6. *ad Hebr. 16.* Τελευταῖα καταφυγή, *ultimum refugium* Justiniano in *Nov. 72.* Deficientibus omnibus aliis probationibus, qui jusjurandum defert, audiendus est. ait Paulus in *l. 35. pr. h. t.* Etiamnum, si deferens nihil probaverit? Ita videtur; modo ipse prius de calumnia juret, se non vexandi animo inferre litem, & deferre jusjurandum, *l. 35. § 1.* D. Wissenb. *th. 23.* Quod tamen hoc sine dubio recipiet temperamentum, ut si nulla species sit probationis, & manifesta calumnia, judex temeritatem a religione præcludat, neque delationi hactenus vim sit additurus.

8. Continetur igitur in Jurejurando a partibus delato proprietas conventionis, & potestas de rebus suis disponendi; quando qui juramentum alteri defert, juri suo renunciat, causamque non minus quam projicit suam, vel suspendit ab hac conditione, *si alter juraverit*; eoque sensu transigendi vis in delatione jurisjurandi inesse dicitur, *l. 2. h. t. l. 12. de Dol. mal.* Unde sequitur, eam non habere locum, nisi in causis, quibus renunciare, & a quibus desistere licet, cujusmodi inter alia matrimonium non est; * contra quod propterea non habet locum jurisjurandi delatio, quæ fiat voluntate partium, quia non est in potestate contrahentium dissolvere matrimonium, ut dixerit, ac probat Gailius *lib. 2. Obs. 34. n. 13. & seqq.* Sed quo minus pro matrimonio deferatur juramentum, nihil est impedimento; quia tum quasi novo consensu contrahi videtur, ut recte Gailius *dicto loco*, etsi aliter D. Wissenbachius, paulo involutius ad *h. t. th. 27.* Exempla non semel edita sunt, quod sciam, apud supremam Curiam. Unius expositione res fiet clarior: Puella contendens sibi fidem matrimonii esse datam a Juvene, neque litem super ea re committere cupiens solennem, offert libellum supplicem, quo matrimonium inter se, data fide mutua, contractum exponebat, quod ille negaret factum, vel adimplere nollet. Declarabat ad lites præcidendas, se paratam esse ipsi deferre jusjurandum, ut si juratus negaret, matrimonium esse contractum, ipsa missum illum faceret; alioqui se paratam esse jurejurando confirmare, matrimonium esse contractum. Curia jussit ad hoc respondere juvenem; Si is juramentum puellæ retulisset, hæc ad jurandum admissa fuisset, ut matrimonium procederet; At cum ille non modo rem ita gestam negaret, sed & juramentum negativum acceptasset, Curia rescripsit, viam ordinarii processus esse ineundam, nec juramentum matrimonii derogatorium admisit, in causa *Lolk Haukes* contra *Gerryt Pieters, 24. Febr. 1678.* rursus in causa *Frouk Samuels* contra *Lovis Michiels, 16. Septembr. 1679.* Paulo post accidit, ut cum par notabilius hominum simili modo apud Curiam extra ordinem de fide matrimonii data contenderent, postremo apud Curiæ Commissarios alter alteri intentionem suam remitterent, seque invicem missos facerent. Quod cum relatum esset, Curia illos, nullo decreto interposito, dimisit, quasi quod ipsi egissent, pro non facto & intacto habens. Sed hoc ad jusjurandum non pertinet: de juramento judiciali hac parte postea videbimus. In delictis, quatenus ad pœnam pecuniariam agitur, nihil vetat, juramentum deferri, & probatur ex *l. 13. § 2. & l. 28. § 5. 6. 7. h. t.* verum ubi criminaliter agitur ad coercitionem publicam, ratio non

* Doctores communi fere consensu Jure Canonico per *c. f. X. de transact.* prohibitam esse jurisjurandi delationem contra matrimonium, contendunt, Gail *l. 2. Obs. 94. n. 15. seq.* Borcholt. *de jurejur. c. 5. n. 23.* Mev. *P. 5. dec. 110. n. 4.* Hillig. *ad Don. l. 24 c. 17. lit. i.* quam sententiam tamen dubio non carere, apparet ex iis, quæ pro contraria opinione urgent Stryck. *Tract. de Dissens. sponsal. Sect. 3. § 33.* Brunn. *Jur. Eccles. l. 3. c. 5. § 1.* Jo. Sam. Stryck. *Diss. de delatione juramenti in matrimonialibus.* Illustr. Born. *D. ff. de Juramento judiciali c. 4. § fin.* Interim in Electorali Saxonia sententia negativum juramentum, hoc est contra matrimonium delatum, improbans, non modo perpetuo fori usu recepta est, de quo Carpz. *Jur. Eccles. l. 2. def. 233. n. 6. l. 3. def. 44.* Id. *P. 1. C. 12. def. 30 & Lib. 3 Resp 57. n. 3. seq.* Richter. *dec 8. n. 28.* Bruckner. *Dec. Matrim. c. 2. n. 4.* Herg. *P. 2. qu. 16. n. 4. seqq.* Berger. *Elect. Proc. Matrim § 23.* testantur, sed & saltim eo casu, quo super clandestina desponsatione juramentum defertur, Ordinatione Ecclesiast. rubr. gen. von Ehe-Sachen. *Special.* von Ehegelöbnissen. §. Wo auch zwo Personen. *verb.* wie denn auch sonsten solcher heimlicher Verlöbniß halber im Fall, da die vernehmet werden, die Gewissen zu beschweren, nicht zugelassen wird, confirmata videtur, eademque ob perjurii metum & sponsaliorum clandestinorum odium, rationibus validissimis non destituitur.

patitur

patitur, ut juramenti delatio recipiatur; quia res controversa non pendet a dispositione litigantium, sed ad Rempubl. spectat. Quod a Judice defertur, hoc etiam non habere locum, alia ratione constat, ob manifestum perjurii periculum. Gail. 1. *obs.* 89. *n.* 12. Wissenbach. *ad h. t. th.* 13. A. Matth. *disp.* 10. *th.* 17. nec tamen qui dissentiant, desunt, D. Matth. *d. loco th sequ.*

SCHOLIUM.

Scilicet, Autor loquitur de juramento a parte delato, quod communiter judiciale appellari diximus. Num Judex in criminibus quotidie juramentum purgatorium imponit. An & suppletorium? Minime. vid. Wissenb. h. t. th. 29. not. ad Strauch. XXV. 31 p. 381. *De delatione Jurisjurandi in actione injuriarum, quid Juris sit, dix. ibid.* ad differt. 19. th. 15. p. 260.

RESPONSIO.

Imo etiam de purgatorio loqui animus erat, in quo locum habet idem metus perjurii, ut Wissenb. d. th. 28. *& gravissime A. Matth.* in de crimin. l. 47. tit. ult. c. 1. n. 6. *Estque ea fori nostri sanctissima praxis, nullum a Reis criminum exigere jusjurandum. Nec usquam validior est regula;* Actore non probante, Reus absolvitur. *Injuriarum civilis actio hinc aliena est.*

N. ADDIT.

Non est dissensus. Loquor enim de foro nostro, Autor de suo.

9. Ex eadem ratione sequitur, eos, qui juramentum deferunt, esse debere tales, qui de rebus suis libere disponendi habeant potestatem, alioquin obstat exceptio, quod *deferenti rerum administrandarum jus non competat, l. 17. § 1. h. t.* Non possunt igitur deferre prodigi, furiosi, mente capti, nec pupilli sine tutorum auctoritate, *l. 35. § 1. h. t.* Minores annis viginti quinque si deferant jusjurandum, valet ipso jure delatio, *l. 9. § 4. h. t.* Attamen servari non oportet, quod ad effectum diminuendi Patrimonii, si Curatores habeant, *l. 3. C. de in int. restit. min.* si Curatores non habeant, tenet valide juramentum, sed datur restitutio, si læsio probetur, *d. l. 9 § 4.* convenienter ei, quod de obligatione Minorum diximus *ad tit. de Minor. n. 2.* Tutores, Curatores, Procuratores omnium bonorum, & cæteri, qui rebus alienis præsunt, eatenus deferendi jus habent, quatenus alienare possunt, hoc est, ex evidenti utilitate eorum, ad quos res pertinet, aut ex necessitate, *deficiente omni alia probatione, d. l. 17. § 2. & 3. l. 20. & seqq. h. l. 35. in pr. & § 1. h. t.*

10. Porro consideratio, quibus deferri possit jusjurandum, † non a potestate eorum, quibus defertur, disponendi de rebus suis; nec etiam a gravitate religiosa jurisjurandi, verum adhuc a libera dispositione de rebus eorum, qui deferunt, æstimari debet. Etenim qui defert juramentum, hoc modo instituit; *Si tu,* sic ait adversario, *juraveris tibi deberi, solvam tibi,* vel *missum te faciam:* Quando igitur ille, cui hoc modo locutus est, juravit: impleta Conditione, qua se causam largiri dixit, nihil superest, quam ut solvat, vel a lite desistat; tametsi forsitan is, qui juravit, alioquin ad jurandum habilis idoneusque non sit, quo sensu in *l. 26. in pr.* legimus, *nihil referre, cujus sexus ætatisve sit, cui juramentum defertur,* adeoque licet *pupillus* sit; etsi perjurii capax ille non habeatur; adversus eum tamen, qui contentus fuit pupillo, cum ei deferret juramentum, omnino custodiri debet, ait Paulus in *d. l. 26.* cum quo non pugnat Ulpianus in *l. 34. § 2. h. t.* cum ait, *Pupillo non defertur jusjurandum,* ‡‡

† Universitatis nomine jurant illi, quos rem omnium optime nosse præsumitur, qua in re est liberrima deferentis electio, ita ut Syndicum quoque, aut scribam Universitatis, licet Collegii membrum non sit, eo nomine excitare liceat. Ita & illi, qui universitatis jure non gaudent, Hüfner, Anspänner, Gärtner, Häusler, Handfröhner, per tres aut quatuor sui ordinis jurant, &, si diversa hi loca incolant, ex horum unoquoque deferenti duos aut tres evocare licet. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 18. § 5.*

‡‡ Minores, exacto anno ætatis XVIII. immo & XVI. si causa sit matrimonialis, aut de stupro actio, sufficiente admonitione prævia, jurare tenentur. Ex pluribus etiam litis consortibus minoribus, unus alterve XVIII. annis major, suo & reliquorum nomine, atque hactenus de credulitate jurare tenetur, reliquis plane parcendum est. Extra hos casus Tutor de credulitate juraturus admittitur, parte etiam altera invita, licet jusjurandum ipsi defuncto sit delatum, aut ab eo; nisi graves causæ judici suadeant, juramentum ad majorem usque ætatem differre. Tutores juramentum deferentes, jusjurandum calumniæ, aut relatum, etiam pro re nata de veritate, præstabunt. Idem dicendum de Curatoribus mente captorum, furiosorum, absentium, & similium personarum. Tutores aut Litis consortes, quod jurare nequeunt, aut juramentum deferuere, iis, qui illorum curæ commissi, vel reliquis consortibus, nihil nocent. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 18. § 4.*

cum effectu scilicet delationis consueto, ut vel jurare, vel referre cogatur, ex *l. 38. h. t.* adeo ut pupilli juramentum magis sit facti quam juris. Deferens causam suspendit a facto jurandi; si *pupillus* juraverit, solvam, *ait:* Facto jurandi præstito, impleta est conditio; de jure, quo præstitum est juramentum, hactenus non agitur: Ulpianus autem in *d. §. 2.* de jure, non de facto loquitur; Qui enim de facto negare posset, juramentum pupillo deferri, quod & delatum & præstitum esse constat.

SCHOLIUM.

Communis est conciliatio, quam Autor hic habet l. 26. pr. h. t. cum l. 34. § 2. cod. *quæ ut mihi semper suspecta visa fuit, cum inscriptiones dictorum textuum præ se ferant Paulum & Ulpianum, data opera fere semper sibi contradicentes, ita conjectura hæc mea egregie juvatur per* l. 4. pr. De in litem jurando, *quæ Lex si non probat, pupillum nec volentem quidem ab Ulpiano ad juramentum admitti, nescio quid probet aliud. Mores ita observant; Potest pupillo juramentum deferri & cogitur pupillus id vel suscipere vel referre, vel conscientiam suam probationibus defendere. Si vero suscipere velit, non ante ad præstationem admittitur quam post pubertatem; Etiamsi sponte & ante sententiam id susceperit, ac ante jurare velit. Hunc enim puto esse sensum præjudiciorum, quæ refert* Carpzov. part. 1. Const. 12. def. 42. & Const. 24. def. 11. *Nam quod Carpzovius arbitratur* d. def. 42. *pupillum, si velit, ante pubertatem ad præstationem juramenti admitti, non solum menti Dominorum Scabinorum videtur esse adversum, sed & Juri Canonico, quod alias in processu potissimum sequimur,* arg. c. 1. C. 4. qu. 3. Conf. Struv. h. t. th. 15.

RESPONSIO.

Præjudicium de contradictionibus Pauli & Ulpiani minime ad jura liquida, cujusmodi hæc res est, producendum. Lex 4. D. in litem jurando, *nihil ad rem pertinet, quia nostra Thesis agit de jurejurando ab adversario volente, pupillo delato, sed juramentum in litem adversus invitum præstatur. De moribus non valde repugnem; gravitati judiciorum minus convenire, pupillos admittere adjurandum. Si tamen deferente adversario & connivente judice, pupillus juraverit, non est dubium, quin hodieque deferens causam sua voluntate perdat, ob factum jurandi, a quo ipse victoriam suspendit. Quin si pupillus pubertati proximus & juramenti bene sit gnarus, non video quid absurdi sit in Carpzovii sententia, si judex pupillum ad jurandum, adversario deferente, admittat: nam in eo, quod ipse defert judex, alia plane ratio est.*

N. ADDIT.

Sed ratio prohibitionis in d. l. 4. *non specialis est, sed generalis, quod videlicet pupilli non habeant judicium. Quod vero Autor in textu dicit, Ulpianum non loqui de facto, sed de jure, partim petit principium, partim pro nobis est. Principium petitur, dum ait, Ulpianum de facto non loqui, quia constet, pupillis delatum & præstitum esse juramentum. At unde hoc constat? Neminem credo tam stultum fuisse, ut a pupillo juramentum postulaverit, aut futurum esse, ut id petat. Pro nobis est, nam si Ulpianus loquitur de jure, id est, quod pupillis de jure non deferatur juramentum, habemus quod volumus. Ergo præstitum nullum habet effectum juris. Denique quod defensionem Carpzovii attinet, quam Autor tentat, opus est, ut declaremus, quid intellexerimus, dum diximus, ejus sententiam non convenire Juri Canonico, ut quod tres comites juramenti postulat, veritatem, justitiam, judicium, Pupillus vero tale judicium non habet. Huc pertinet ipsius Pauli dictum* d. l. 26. pr. pupillus non videtur pejerare, quia sciens fallere non videtur.

De Clericis tamen Marcianus Imperator testatur, *Ecclesiasticis regulis & Canone a beatissimis Episcopis antiquitus instituto clericos jurare prohiberi, l. 25. § 1. in fin. C. de Episc. & Cler.* quod olim quoque in Sacerdotibus Vestalibus & Flaminibus Edicto perpetuo fuisse insertum, testatur ex Varrone Gellius *lib. 10. c. 15.* idque etiam insertum juri Canonico, *caus. 1. Qu. 5. C. 2. 3. & 4.* ubi ratio; *manus, per quam corpus & sanguis Christi conficitur, juramento polluetur? absit.* Potius erat, reverentiam ordinis sacri præferre, quæ causa prætori fuit in Edicto & Athenienſibus olim Xenocrati jusjurandum remittendi. Rationem aliam reddit Pontifex in *d. cap. 4. Cum Dominus in Evangelio discipulis suis, quorum vicem nos indigni in sancta gerimus Ecclesia, dicat, nolite omnino jurare.* Est nova interpretatio verborum Domini, cum satis manifestum sit, Dominum ad omnes suos auditores & sectatores esse locutum. Sed *cap. illud 4.* de juramento purgationis tantum loquitur; In juramento Calumniæ & testimonii dicendi causa, discrimen hoc volunt servari Pontifices, ut Episcopus juret propositis, non tactis, ut alii, Evangeliis, *cap. ult. X. de Jurejur. Cal.*

11. Porro, qui defert juramentum, primo, ut jur-

jam diximus, jurat de calumnia; *quo præstito, alter jurare debet aut referre, **aut solvere, vel causa cadere, *l. 34. § 4. & 7. l. 35. in pr. l. 39. h. t.* nisi videlicet justam recusandi causam habeat; qualis est, I. Si probabilis sit ignorantia, quo casu vel remittendum ei jusjurandum, *** absque necessitate referendi adversario; vel spatium dari debet, ut certioretur ac ita juret, *l. 34. fin. pr. h.*

* Si enim deferens juramentum de calumnia præstare recuser, principale juramentum habetur pro præstito Jure Civili, *l. 37. ff de jurej.* & Saxon. *P. 1. C. El. 12. § f.* imo hoc quoque, si deferens in termino jurandi non comparuerit, L. R. *l. 2. art. 11.* Carpz. *l. 3. Resp. 51.* Id. *ad Proc. tit. 11. art. 7. n. 15. sq.* Sed &, si principale juramentum deferenti relatum sit, calumniæ juramentum & relatum simul præstare compellitur. *O. P. S. tit. 18.* § ferner. Carpz. *P. 1. C. 14. def. 5* quod Jure Civili non obtinere contendit Hillig. *ad Don. lib. 24. c. 21. lit. r.* Conf. Martin. *ad d. § n. 101. sqq.*

** Jure Saxonico is, cui delatum est juramentum, id aut refert aut acceptat aut conscientiam per probationes defendit. Relatio Jurisjurandi fieri potest vel antequam super delatione sententia lata est, vel postea, dummodo id fiat intra octiduum ex tempore, quo sententia in rem judicatam transiit, computandum, *Ord. Pr. Sax. t. 18.* § ferner. Carpz. *P. 1. C. 14. def. 2.* Quoties acceptatur jusjurandum, oblatio ad ejus præstationem intra idem octiduum ‡ sub pœna desertionis fieri debet, *d. tit. 8.* Wenn nun also, qua juraturus simul petat terminum præfigi ad jurandum adversariumque citati ad videndum jurare, conf. *Mand. El. d. An. 1682. de oblatione ad jurandum*, quo in termino si non comparuerit, pariter juramentum pro deserto habetur. *d. Tit.* § Wenn nun. Carpz. *l. 6. Resp. 120.* Nicol. *Res. 20.* nisi justum impedimentum, quando pars adversa de desertione queritur, docere queat. *Dec. El. 18. in fin.* Ad defensionem autem conscientiæ per probationem. Vertretung des Gewissens mit Beweis, admittitur, ‡‡ si intra idem octiduum se declaret, ac postea intra Terminum Saxonicum articulos probatorios offerat. *O. P. S. t. 19.* Carpz. *P. 1. C. 14. def. 17.* ubi, ne lis tardetur, adversario nec reprobatio nec interrogatoria ad causam permittuntur. *P. 1. C. El. 14.* ibique Carpz. *def. 16. Dec. El. 19.* ibique Phil. *Obs. 1.* Is vero, qui jurandi necessitatem per hanc probationem declinare voluit, si intentionem suam non obtinuerit, nihilominus ad juramentum adhuc admittitur. ‡‡‡ *O. P. S. tit. 19. § 1.* Carpz. *P. 1. c. 14. def. 18.*

‡ Celebre illud fatale oblationis ad jurandum intra octiduum, jure novissimo penitus est sublatum; potius, postquam sententia super jurejurando lata in rem judicatam abiit, judex intra octiduum, vel parte alterutra preces fundente, vel ex officio, terminum ad jurandum, concesso juraturis spatio Saxonico præstituet; si is, qui vel malitiæ, vel principale, vel utrumque præstare tenetur, non comparuerit, aut jurare detrectaverit, contumacia ab adversario accusata, pro re nata jusjurandum aut pro deserto aut præstito habebitur. *O. P. S. E. I. & E. Tit. XVIII. § 7.*

‡‡ Nota, hoc non licere in causis perquam summarie componendis, de quibus *O. P. S. E. I. & E. Tit. 1. § 8.*

‡‡‡ Novissimo jure, qui jurisjurandi necessitatem per probationem declinare voluit, nec declinavit, ad juramentum non amplius admittitur, nisi in probatione eatenus fidem fecerit judici, ut ad suppletorium aut purgatorium probantis res redeat. *O. P. S. E I. & E. Tit. 19. § 1.* Ex § 2. adjicimus, Articulos pro exoneranda conscientia probatorios, intra spatium Saxonicum a tempore rei judicatæ porrigendos, ad ipsum factum, super quo jusjurandum delatum, non ad exceptiones pertinere debere; posterioris generis articulos vel a judice ex officio, vel per JCtorum sententiam rejiciendos, post illorum rejectionem probaturum ab regressu ad juramentum arcendum, reprobationem in hoc negotio, aut interrogatoria de causæ meritis non admittenda esse. Adde quæ ibid. *Tit. 29. § 3.* constituta.

*** Jure Saxonum hoc casu quandoque ad juramentum credulitatis admittitur, si de veritate jurare nequeat ac causa conscientiæ, scientiæ & notitiæ ipsius commissa sit, in sein Christliches Gewissen, auch Wissenschaft und Wohlbewust gestellet. ‡‡‡ Hujusmodi juramentum præstant heredes, quando defuncto per sententiam jusjurandum injunctum fuit, & is ad id se nondum obtulit, nec tamen id recusavit aut deseruit *P. 1. C. El. 24. j. O. P. S. Tit. 18.* § Weil es aber & L. R. *l. 3. art. 11.* Carpz. *ad d. C. def. 1. & 3.* Jure Civili hoc jusjurandum heredum non obtinebat, *l. 12. C. d. R. C.* Christ. *Vol. 3. dec. 3. n. 3. sq.* Bach. *ad Treutl. V. 1. disp. 21. th. 10. lit. b.* conf. Mev. *P. 5. dec. 46. n. 2. sq.*

‡‡‡ Qua formula usi sint deferentes, ob sie die Sache bloß ins Gewissen, oder auch zugleich auf Wissenschaft und Wohlbewust gestellet, nihil attinet, sed secundum distinctionem in facta propria, aliena, & communia, est ex officio pronunciandum; immo sufficit, si pars dixerit, se super hoc vel illo capite adversæ parti jusjurandum deferre. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 18. § 3.*

Hinc est, quod Procurator jurare non cogitur, *d. l. 34. § 3. cum iniquum sit, de alieno facto alium jurare, ut est in l. 11. § pen. de Act. rer. amot.* Religio quoque jurandi, quæ in conscientia mentis & conjunctione sermonis consistit, non habet facultatem in causa aliena, nec est bonum ludere cum sacris: denique eædem rationes, quibus juramentum ab alio scriptum & prælectum & agnitum per subscriptionem vim jurisjurandi habere negavimus, locum in hac specie reperiunt. Ideo nec potest laudari institutum jurandi in animam alterius, * quod ex jure Canonico fluxit in mores hodiernos ex *cap. fin. de juram. in 6.* etiam apud nos, saltem calumniæ causa, ut refert magis quam probat Sandius in *lib. 1. tit. 8. def. 1.* Adde Gailium *1. obs. 83.* Rarius tamen apud nos usurpatur, nec video, quid nostros, Juris Civilis & rationalis tenacissimos, non æque movere debuerit, ad hanc jurisjurandi manifestam temerationem omittendam, quam apud Saxones institutum est, Mollero teste 4. *Semestr. C. 40.*

SCHOLIUM.

Jure Saxonico juramentum in alterius animam non est receptum, quamvis id contra juris Romani principia esse haud videatur, arg. l. 9. § penult. h. t. vid. Schüz. in compend. h. t. p. 134. Struv. h. t. th. 16. conf. Wissenb. th. 32. *Moribus tamen Imperii, ut & Saxonicis juramentum fidelitatis fere per procuratorem præstari solet.*

RESPONSIO.

Lex 9. loquitur de jurejurando a parte adversa delato, in quo non jus sed factum spectatur, ut antea diximus; Reus adversarius dixit procuratori meo, solvam tibi, si jures me debere tuo domino. Ille juravit; jam deferens tenetur, bene an male juratum vel pejeratum sit, nihil refert.

N. ADDIT.

Jam omnino facio cum Autore, juramenta in alterius animam esse inventa juris Canonici. Ergo quæ de jure civili dicta sunt in scholio, jam possunt expungi.

II. Casus, quo recusare licet delatum jusjurandum, est hic; si formula sit improbatæ religionis; cujusmodi juramentum cum etiam præstitum pro non facto habeatur, multo magis delatum recusari potest, *l. 5. § pen. h. t.* III. Si deferentes non habeant jus deferendi, ut sunt omnes sub Curatoribus agentes, *l. 35. § 1.* ut & si delatum sit ei, qui jurandi sit incapax, ut de pupillo dictum, *l. 34. § 2.* IV. Si is, cui delatum est juramentum, non habeat forum illic, ubi delatio fit; si, inquam, non sit subjectus ei judici, ad quem jurandi causa vocatus est, *d. l. 35. § ult.* Necessitas enim præstandi vel referendi est a Jurisdictione, cum extra judicium cesset, ut *superius* dictum. V. Casus est. si jam semel juratum sit, quia superfluis abstinendum, & uno juramento jus adversarii sublatum est, *l. 17. h. t.* VI. Huic similis est casus, si jam aliunde quod saris est, probatum sit; quia tunc supervacua est religio, quam in vitio collocant Juris auctores, *arg. l. 8. D. de Condit. instit.* Potest etiam fieri, ut a juramento quod delatum est, non referendo, ex justa causa detur excusatio, *l. 34. § pen. h. t.* Qualis est, si mulieri rerum amotarum causa, deferatur juramentum, non potest hoc referre marito, *l. 11. § ult. D. Rer. amotar.*

12. Sequitur tertia species Jurisjurandi, quod *Judiciale* diximus, alii necessarium vocant; quæ terminorum discrepantia nullam in rebus varietatem, sed confusionem aliquam, nisi diligenter advertas, efficere potest. Est autem judiciale Jusjurandum, quod Judex in dubiis causis alterutri litigantium defert, *l. 31. h. t. l. 3. C. de Reb. cred.* Dubia causa est, ubi dubites, quid sequare: quod accidit, cum utriusque probationes æquipollent exitumque judex quærit nec invenit. Ita causa dubia apud Ciceronem *pro Ligario*, Quæstio *dubia*, apud Modestinum in *l. 10. de Jur. Fisci.* Cœna dubia apud Terent. & Juven. Ita Præceptores nostri Anton. Matth. *disp. de Judic. 10. th. 21. & seqq.* Wissenb. *ad h. t. n. 28.* explicant inopiam probationum, in *d. l. 3. C. de reb. Cred.* negantque ad hanc speciem pertinere juramentum suppletorium, quando semiplene probatum est, veluti per unum testem omni exceptione majorem; ideo, quod actore non probante, reus sit absolvendus, etsi nihil probaverit, *l. 4. C. de Edend.* unus autem testis sit nullus, *l. 9. C. de Testib.* non foret autem nullus, si accedente jurejurando ple-

* Nec permittitur nostro jure per Procuratorem jurare, *O. P. S. tit. 18. § fin.* licet speciali mandato instructum. conf. præter allegatos a Thomasio *in Schol. ad h. § 11.* Schilt. *ad ff. Lx. 23. § 31.* add. L. R. *l. 1. art. 46.* verbis: Wo es aber den Frauen zu eyden kömmt, die sollen sie selber thun, und nicht ihre Vormünder. Excipitur tamen homagium & juramentum fidelitatis, quod per procuratorem, qui speciale eo nomine mandatum habet, præstari potest. *Mand. El. d. An. 1657.* wegen Suchen der Lehn § und anfänglich. *Append. Corp. Sax. p. 25.* Rauchb. *P. 1. qu. 8. n. 23.* Moller. *Sem. l. 4. c. 20. n. 4.*

ne

ne probaret: Reliqua diligenter removet argumenta contraria D. Wissenbachius *d. th. 24.* Idem a Jurejurando, quod a Judice defertur in dubiis causis, distinguunt juramentum purgatorium, quo Reus ab actore non convictus, sui tamen purgandi causa, jubente judice, rem ita ut dixit, se habere confirmat, ex Donello *24. Comm. c. 10.* A. Matth. *d. disp. th. 22. & 58.* Wissenb. *d. loco.* Alii contra juramentum, quod a Judice defertur, (sive judiciale sive necessarium voces) distinguunt in Suppletorium & Purgatorium: Præceptores meos libenter sequerer, si usum & species causarum dubiarum & juramenti, quod Judex defert, in Judicio discernere possem, ab eo, quod suppletorium & purgatorium vocant Interpretes atque in Foro usurpant.* Nec unquam mihi causæ species dubiæ obversata est, quin aut Actoris probationi valde quidem prægnanti aliquid tamen deesset, aut minus prægnante, Reus tamen valde gravaretur. Priore casu juramentum suppletionis, altero, purgationis deferri ordinarium est. Neque adhuc aut videre vel audire mihi contigit exemplum, quo Judex partibus juramentum deferret, nisi ad usum istum alterutrum: Nec aliter docere, quam intelligere detur, in animum inducere possum; etsi alioqui cum Præceptoribus libenter loqui sum solitus.

13. Velim igitur dividere liceat juramentum illud, quod Judex in dubiis causis alterutri litigantium defert (nos Judiciale, Necessarium alii vocant) quod sit vel *Suppletorium* vel *Purgatorium.* Illud, quod actori defertur, qui sic probavit, ut Judex non dubitet, quin res ita se habeat, nec sit tamen omnibus numeris plena probatio, *tot versterkinge van syn aengeven*, loquuntur nostri. Purgatorium, quod Judex reo defert, non victo, sed præsumptionibus gravato, *tot syn ontlastinge*, ut ajunt in foro nostro. Et quidem hoc intellectu atque usu frequentissimum. Prius est ac esse debet rarius, prævalente plerumque dicto, *l. 4. C. de Edendo, Actore non probante, Reus absolvitur: etsi aliter Thomasius.*

SCHOLIUM.

In foro nostro (Saxonico) suppletorium juramentum æque in usu est ac purgatorium.

Imo rectissime statuunt laudati Auctores studiorum nostrorum, Jure Romano non posse hunc unius testis effectum esse hoc jusjur. nec etiam Divino, quod os duorum vel trium testium agnoscit: denique nec ratione, propter fidei mortalis lubricitatem: idque præsertim in causis gravioribus atque ubi in arbitrio fuit, plures adhibere testes: Sed juxta unum testem, oportet alia concurrant argumenta, quibus confertim accumulatis, Judici sit integrum aliter existimare, fere ut observat D. Matthæus *d. disp. 10. ex* Duareno *2. disp. anniv. 33.* Donello *14. Comm. 19.* Cujacio *22. obs. 28.* Fabro de *error. pragmat. dec. 19. err. 1.* Convenienter huic doctrinæ non solet in nostro Foro, nec potest, ubi recte consulitur, a Judice ad unius testimonium deferri jusjurandum litis decisorium: nisi concurrentibus aliis præsumptionibus, idque adhuc in causis levioribus. Sed nec ita quidem mea memoria, potuit obtineri, ut aliter quam ægre & luctantibus suffragiis daretur juramentum suppletorium Actori. Demus, etsi res non est difficilis, exemplum, quo accidit, ut delatum fuerit ad unius testimonium. Vir Amplist. *Horatius* KNYFF, meus in Senatu Supremo Antecessor, locaverat agrum cuidam agricolæ. Instrumentum locationis nullum extabat. Curatores filii ejus *Godescalki a* KNYFF, dignissimi nominis non magis quam virtutis & doctrinæ paternæ heredis, cum agrum melius locare possent, eum post triennium alii addixerant, sub conditione, *si liber esset ager a Lege conductio-*

* De Usu juramenti suppletorii ‡ in Saxonia satis ex *O. P. S. tit. 30. & P. 1. C. El. 23.* constat, quæ judicem, ex officio aut petente parte, hoc jusjurandum jubet decernere. De Juramento Purgatorio ‡‡ præter *P. 1. C. El. 22. Dec. El. 81.* videri potest, quæ Juramento prohibet onerari eum, qui stuprum confessus promissionem matrimonii negat, aliisque præsumptionibus non gravatur. Carpz. *Jur. Conf. l. 3. def. 47. & P. 1. C. El. 22. def. 4.*

‡ Ad usum hujus juramenti porro pertinet, juraturum de veritate præferendum juraturo de credulitate, quod & in purgatorio, re ita ferente, servandum. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 30. § 1.* Postquam sententia de suppletorio lata in rem judicatam abiit, judex vel petente parte alterutra, vel ex officio intra octiduum, observato spatio Saxonico, terminum præstituet, in quo si non compareat juraturus, aut comparens se juraturum negat, jusjurandum pro deferto habendum; parte altera non comparente, tamen præstandum est. *d. Tit. § 2.*

‡‡ Videri etiam potest *§ un. Tit. 32. O. P. S. E. I. & E.* ubi probationem pro exoneranda conscientia, in purgatorio locum non invenire constitutum est.

nis. Primus conductor se opponebat, unum producens testem Pastorem ejus pagi, in quo situs erat fundus, qui se præsentem audivisse testabatur, cum ad quinquennium ager a defuncto addicebatur huic colono. Pastor ille non erat alioqui amicus, sed in alia causa adversarius ejusdem rustici. Curatores dubitationem suam ipsi, adjecta conditione, fassi videbantur. His adjuvantibus circumstantiis, impetravit, ut juramentum, quod efferebat, ei delatum fuerit; nec tamen nisi exigua suffragiorum prærogativa, fuitque certum & tunc & alias, non fore, ut in causa majoris Patrimonii, id tam facile impetraretur. Causa *Jarich Jelles* contra *A. S. & B. F. & c.* ante ferias Natalitias 1681.

SCHOLIUM.

Sed an juramentum suppletorium quoque in causis matrimonialibus locum habeat, quæsitum fuit: Negativam defendit Carpz. part. 1. const. 23. def. 10. *Sed contraria eaque verior in supremis Judiciis Electoralibus approbata fuit, quam etiam tuetur idem* lib. 3. Respons. 57. *& in Jurispr. Eccles. d. l. def.* 46.

RESPONSIO.

Favor matrimonii insignis vergit in eam sententiam. Rursus periculum invitos circumveniendi, in re maxima non minimum est. Sicut contractum sanctissime observandum, ita pro contracto ni certissime constet, minime est habendum matrim. Itaque apud nos ut delatum non memini unquam, ita delatum iri difficile creditu est, certe non ad unius testimonium, nisi insuper exquisitis circumstantiis.

N. ADDIT.

Ita est, ut Autor dicit, favor irrationalis matrimonii eam sententiam, quam in Scholio commendavi, peperit: scilicet est conclusio fluens ex principio juris canonici, quod matrimonium sit sacramentum. Huic juri etiam totum juramentum suppletorium debetur. Igitur verior quidem est illa sententia Scholii secundum doctrinam juris canonici. Verior Autoris secundum sana Evangelicorum principia.

14. Tempus quo deferendum præstandumque sit juramentum, a Justiniano designatur in *l. 12. C. de reb. cred. & jurejur.* Statuit enim Imper. *ut omne juramentum sive a partibus illatum, vel in principio litis, vel in medio, vel in ipsa definitiva sententia, sub ipso judice detur, non expectata vel ultima definitione vel provocationis formidine.* Ex quibus verbis non modo post conclusionem in causa, sed etiam in ipso momento ferendæ sententiæ * juramentum deferri posse dicendum est. Variare tamen Interpp. super hoc tempore narrat A. Matthæus *d. disp. 10. th. 27.* Ipse concludit, tam judiciale quam voluntarium recte deferri post conclusionem, judiciale vero etiam in ipsa definitiva sententia, *ex d. l. 12. & l. 11. C. de sent. & interl.* in qua tamen nihil est aliud, quam Judicem non debere jusjurandum deferre duntaxat, absque definitione, quid fieri oporteat, si juramentum recusetur. Laudat Donellum ad *d. l. 12.* & Duarenum ad *tit. ff. de Jurejur. C. 3. in fin.* Neutrum de tempore deferendi jurisjurandi loquentem invenio; sed Wissenbachius noster, tantum post conclusionem in cau-

* Secus est Jure nostro, quo Actor Jurisjurandi delatione uti potest ‡ ante præstitam Guarandam litemque pure contestatam, *O. P. S. tit. 18. pr.* adeoque, postquam per sententiam ipsi injuncta probatio, aut ubi in probatione defecit, reo jusjurandum deferre nequit. Super replica tamen etiam post Guarandam præstitam ipsum juramentum ab altero exigere posse, supra *num. 42.* monitum, idemque ratione articulorum elisivorum, quibus rei exceptiones eliduntur, ipsi licere putat Berger *Diss. quousque in Saxonia liceat deferre jusjurand. th. 4.* Reo vero jus deferendi jusjurandum post litem contestatam statim, aut in articulis probatorialibus salvum est, unde Jurisjurandi delatio ipsi per sententiam solet reservari, ‡‡ conf. prolixe hæc prosequentem Berger. *l. c. § 16. sqq.*

‡ Novissimo jure jusjurandum in ipso libello est deferendum, nisi, hoc neglecto, malit, refusis impensis curare, ut reus denuo citetur; delato jurejurando reus, in ultima saltim positione, quid sibi e re sua videatur, declaret, si hoc insuper habuerit, aut retulerit juramentum super iis factis, in quibus relatio locum non invenit, ad præstationem juramenti præcise tenetur. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 18. § 1.* Super articulis elisivis replicæ vim habentibus, si non ipsi libello hæc inserta, in ipsa probatione jusjurandum deferre licet, ad quos, ut respondeat reus, sub pœna confessi & convicti citandus est, ut hoc fiat, preces fundendæ sunt ab actore articulos probatoriales porrigente, sub quinque thalerorum pœna; si neglexerit actor, ex officio citatio ita concipienda; quod ad responsionem rei attinet, idem, quod *§ præced.* constitutum, servandum. *d. Tit. § 2.*

‡‡ Sive hoc factum fuerit, sive non, reprobaturo vel reo, vel actori, reo etiam probaturo exceptiones, juramenti delatione uti licet. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 21. § 2.*

ſa juramentum deferri tradit ad *h. t. ib. 32.* Ad Legem vero *12. C. h. t.* idem nihil habet de tempore. Forte dicet aliquis, rem ipſam loqui, in definitiva ſententia non niſi a Judice deferri poſſe juramentum. At ego non video, quid vetet, litigantes paulo ante ſententiam alterum alteri deferre juramentum, idque ſub judice præſtari & inſeri ſententiæ, ut diſerte in hac Lege 12. conſtitutum eſt.

15. Additur, jusjurandum delatum, *ſub ipſo judice*, id eſt, apud eundem judicem, etſi appellatum fuerit, eſſe præſtandum, nec opus eſſe, ut expectetur *ultima*, ſcilicet, appellati judicis, *definitio;* quo præciditur, quod in *l. præced.* ſcriptum erat, poſt ſententiam non poſſe revocari juramentum, *ſi provocatione ſuſpenſa non ſit.* Ergo ſi provocatum fuiſſet, revocari poterat juramentum delatum. Ac ita liquet, id tunc in *l. 11.* ſub *ipſo judice* priore non fuiſſe præſtitum, ut Donellus etiam obſervat ad *d. l. 12. in pr.* quod hodie ſecus eſſe debet, ut cautum *l. 12.* Duarenus hoc tamen negat ad *d. tit. de Jurej. c. 3.* & contendit, hodieque ſententiam definitivam, ſub conditione, *ſi juraverit*, recte ferri, quam Veteribus ait in uſu fuiſſe, producens exemplum ex Seneca 4. *Controv. c. 13.* ſed longe melior eſt ratio Juſtiniani, ſubeſſe periculum, ne non hi, *qui jusjurandum præſtare ſunt juſſi, ab hac forte luce ſubtrahantur,* *quid tum juris, an obtinebit judicatum, qui ſub hac conditione vicit, an irritum erit? Scio, quæſitum eſſe hac de re in quadam Suprema Belgarum Curia, etſi quid definitum ſit, non intellexerim. At hoc ſcio, longe prudentius & menti Juſtinianeæ convenientius in noſtra Curia ſervari, ut juramentum *ſub ipſo judice*, id eſt, durante judicio præſtetur, ſententiæque inſerantur hæc verba; *gehoort den eedt:* non ut aliquando factum erronee, opinor, *des doende den eedt* &c. Nullam judex conditionem ſententiæ definitivæ inſerere debet, *l. 1. d. l. 5. D. Quando appell. ſit.* nihilomagis *ſi juraverit*, quam *ſi probaverit*, ut hoc etiam fit aliquando: verum hæc ſunt Interlocutionum, ut non ita pridem hac de re, inter alia, conſulti e Drentia reſpondimus, in cauſa quadam Reviſionis; verum hæc res alio pertinet *ad tit. de Re Judic.* De reliquis *d. l. 12.* contentis vid. Donellum & Wiſſenbachium ad *d. l. 12.*

16. Effectus Jurisjurandi eſt, 1. recuſati condemnatio, *l. 34. § 6. h. & l. 31 h.* Præſtiti aut ab adverſario remiſſi effectus eſt victoria; ſic, ut nihil probandum ſit, quam juratum eſſe, *l. 5. § 2. h. l. 28. § ult. h.* Hoc ſenſu juramentum tamen dicitur ſpecies quaſi novationis, *l. 26. § ult. h.* nam quod vere novatio non ſit, patet ex *l. 9. § 1. & 2. 3. l. 13. § 5. h. l. 7. § 7. de Public. act. l. 25. § 1. de Conſt. pec.* ut prolixe probavimus *ad I. de Actionib. n. 15.*

SCHOLIUM.

Imo patet etiam ex ipſa l. 26. *ult.* hic, *in qua Paulus dubitanter loquitur, juncta* l. 30. pr. eod. *ubi aperte dicit, poſt jusjurandum, priorem actionem manere integram. Hæc enim conjectura ſi non adeſſet, haberemus novum exemplum diſſenſus inter Paulum & Ulpianum, cujus ſunt* d. l. 13. § 35. h. & d. l. 7. § 7. ff. de Publ. act.

Proinde actio ex Jurejurando non tam eſt ſpecies actionis novæ, quam adventitia qualitas aliarum, *dd. ll.* Dix. in Prælect. ubi copioſe diſputatum eſt *ad tit. I. de Action. n. 15. & de Except. n. 6. & ſeqq.*

SCHOLIUM.

Contrarium aſſerui ad Strauch. XXII. 4. p. 300. Conf. & Wiſſenbach. h. t. th. 40. *confuſe tamen & dubitanter hanc quæſtionem tractantem.*

RESPONSIO.

Tres hac de re ſententiæ ſunt. I. Per jusjurandum conventionale, veterem actionem plane tolli, quam Wiſſenbachius defendit th. 40. h. t. *contra quam diximus* locis citatis. II. *Non tolli veterem, ſed eam ſupereſſe, adjecta mentione præſtiti, aut remiſſi jurisjurandi, quæ eſt noſtra, quam & Struvius habet* Ex. 17. th. 51. III. *Quod actio ex jurejur. ſit nova actio, nec tamen novatio veteris; verum quod utraque detur, actoris arbitrio eligenda, quæ eſt Thomaſii & quos ille ſequitur* d. loco, *qui volunt, hanc actionem ſemper eſſe per-*

* Apud nos ſi is, qui ad juramentum delatum ſe legitime obtulit paratusque fuit ad ejus præſtationem, ante terminum juratorium deceſſerit, juramentum habetur pro præſtito, ‡ ſive ſit litis deciſorium ſive ſuppletorium aut purgatorium, Svend. *ad Vibig p. 1327.* Imo ſi, interpoſita contra ſententiam appellatione, eventualiter tantum ad jusjurandum ſe obtulit, idem obtinebit juxta *Mandat. Elect. d An. 1682. de oblation. jurisjur.* conf. tn. Carpz. *l. 6. Reſp. 120. n. 20. ſqq.* Stryck. *Diſſ. de Morte loco jurisjurandi c. 2. & 3.*

‡ Quod in Juramento, & judiciali, & omnibus aliis nunc ſecus eſt, heredibus ad de credulitate jurandum obligatis. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 18. § 8.*

ſonalem,

ſonalem, etſi prior in rem fuerit: ſed probatione laborant. Thomaſius laudat Schützium id probantem, Comp. ad tit. de Jurejur. p. 141. *Nos Lectorem ad citata* ſuperius n. 15. *ad Struvium* d. loco *remittimus.*

N. ADDIT.

Parum abeſt noſtra ſententia a ſententia Autoris, certe in effectu. Et eo minus ea de re jam diſceptandum eſt, poſtquam hodie nomen actionis in libello ponendum non eſt, ſed ſufficit ſimplex facti narratio & petitio.

Validius tamen eſt conventionale Juramentum, quam judiciale, cujus ratio & uſus eſt in *l. 31. in f. h. l. ult. de Appell.* ubi ſententia lata ex conventionali propter inſtrumenta noviter reperta non poteſt retractari, ſecus ac in Judiciali. ‡

SCHOLIUM.

Ad ea, quæ hoc & duobus ſeqq. numeris Autor ponit, intelligenda, repetendum eſt, eum per judiciale intelligere, quod Judex in Judicio defert, per conventionale vero non ſaltem id, quod pars parti defert extra judicium, ſed etiam quod in judicio.

RESPONSIO.

Non valde opus erat hac Scholii admonitione, per ea, quæ ſuperius dicta ſunt.

N. ADDIT.

Non quidem neceſſe erat iſta admonere, ſed opus tamen eſt ſemper admonere lectores de ſignificatibus ambiguis vocum, ne male autores intelligant.

Item a ſententia lata ex Jurejurando conventionali non poteſt appellari, quod de Judiciali contra ſeſe habet, *d. l. 31. & l. ult.* Ratio utriusque, ex eo, quod delato jurejurando, transactum videtur, *l. 5. h.* & quod in jurejurando conventionali ſit duplex vinculum; Religio & conventio, ſive renunciatio juris ſui, per quam fit, ut abſit omnis injuriæ interpretatio, quæ per judicem, ſi ſententia ex eo lata nullo modo retractari poſſet, inferri videretur: Quod diſcrimen tanti eſt, ut conventionale ne quidem probato perjurio, retractetur, *l. 21. & ſeqq. de dol. mal.* eoque pertinet, quod dicitur in § 4. *Inſt. de Except. Iniquum eſt de perjurio queri*, de quo diximus abunde *ad d. tit. Inſt. de Except n 8.* etſi perjurium non ſit penitus impunitum, *arg. l. 23. de dol. mal. l. ult. de Stellion. l. 41. C. de Tranſact. l. 13. C. de Teſt.* qua de re locus erit alius agendi. Verum quod diximus, conventionale juramentum, nec probato perjurio, retractari, recipit exceptionem ex *l. ult. C. h. t.* Si quis, herede deferente, juraverit, legatum ſibi relictum poſteaque nihil eſſe relictum conſtiterit, ab eo repeti poteſt legatum; addit rationem Juſtinianus; *ne cui ex delicto impium ſibi lucrum aſſerre, noſtris legibus concedatur.* Quæ ratio parum abeſt, quin generalem faciat regulam, quod approbato perjurio, ſemper quod flagitioſe quæſitum eſt, reperi poſſit, ut cenſet etiam Faber *dec 19. error. Pragm. 5. n. 6.* ac ita judicatum refert apud Sabaudos, *l. 4. tit. 1. def. 2. & def. 24.* At vero cum in *d. l. ult.* ſpecies una tradatur, tutius eſt, hanc ut exceptionem conſiderari & ſtare regula quæ eſt in *l. 2. d. tit.* Cauſa jurejurando conventionali deciſa perjurii prætextu retractari non poteſt, *niſi ſpecialiter hoc Lege excipiatur.* Sed graviter in hanc doctrinam Juris invehitur Græwegius *ad d. l. 1. C. h. t.* & ſanctionem *Legis ult.* vult eſſe debere generalem, nec ſine auctoritate multa. Nos veteribus Romanis non minorem jurisjurandi rationem quam nobis habitam eſſe novimus; Sed vicit Transactionum & finiendarum litium favor. Ideoque Lex Romana, ubi non eſt abrogata, ſervanda videtur.

‡ Ibi enim contrarii probatio adhuc locum habet, ſed non, niſi per documenta noviter reperta. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 30. §. 3.*

TIT. III.

De Jurejurando in litem.

I. Quid ſit hoc Juram. & male dividi in veritatis & affectionis. II. Quo ſenſu pietate ſalva, veritas a jurejur. in litem removeatur. III. A quo deferatur, præſtetur, & ex qua cauſa. IV. In quibus cauſis locum habeat. V. Uſum ejus forenſem eſſe variorem, non tamen abolitum, exemplis declaratur. VI. An juramenti veritatis in Litem ſit aliquis uſus.

Supereſt una ſpecies Juramenti Judicialis, quod appellatur IN LITEM. *Præſtatur ab Actore, deferente Judice, ad æſtimandam rem, quæ per dolum aut contumaciam rei non reſtituitur, l. 1. & l. 2. § 1. h. t.* Vulgo diſtinguitur, quod ſit *aut veritatis aut affectionis:* Sed abs que Lege: nam ubicunque de jurando in litem agitur, videmus id opponi veritati, ut in *l. 2. § 1. h. t.* unde miror, hanc

diſtinctio-

distinctionem probare dissentientes; namque ibi, cum dictum esset, *interdum quod interfit agentis solum æstimari*, subjicitur; cum vero dolus aut contumacia &c. *quanti in litem juraverit actor. In* l. 8. *Quanti res est, an quanti in litem juratum fuerit. In l. 2. C. h. t. Si vero neque dolus neque lata culpa &c. omissa jurisjurandi facultate judex de veritate cognoscet.* Ergo male se habet divisio in veritatis & affectionis.

SCHOLIUM.

Forte bene; nam objectioni Auctoris responderi potest ex dictis ad Strauchium 26. n. 14. p. 399. & seqq.

RESPONSIO.

In eo loco nihil responso aptum reperio, quam juramentum affectionis esse speciem nobilissimam, unde sæpius, voce juramenti in litem absolute posita, notetur. Sed nullum habet textum Thomasius, unde probet æstimationem ejus, quod vere interfuit, fieri per jusjurandum in litem, ὅπερ ἔδει δεῖξαι, quod erat demonstrandum. Struvius adfert l. 5. h. t. § ult. *quæ nihilo magis ad rem facit, quam* l. 197. de V. S. *quam reliquis jungi vult textibus.*

N. ADDIT.

Jam diu mutavi illam Scholii sententiam & jam cum Autore sentio. Deduxit hanc quæstionem fusius ex doctrina mea Dn. Phil. Reinh. Hecht in dissert. inaugurali de pretio affectionis in res fungibiles non cadente, anno 1701. sub Præsidio meo habita cap. 3. § 3 seq. *Locum integrum huc apponere utile duco, cum ea dissertatio sit in paucorum manibus, & cum illa deductio contineat non ubivis obvia. Tralatitium est, inquit, juramentum in litem duplex esse, aliud* affectionis, *aliud* veritatis. *Illud vocant, quando res æstimatur per juramentum, non quanti revera est, sed quanti valet ex singulari affectione Domini: hoc vero, quando res æstimatur ex veritate. Et hæc est communis Interpretum, Pragmaticorum præsertim, opinio, judice Hunnio* de rerum æstimat. Sect. 2. q. 5. *Sed sicuti jam Faber infinitos errores Pragmaticorum annotavit: ita me crimen nullum admissurum puto, si & hanc distinctionem, canonisatam licet tot interpretum autoritate, iisdem erroribus involutam esse existimem. Quanquam enim Juramentum in litem affectionis fundatum in jure esse haud dubitem, juramentum tamen veritatis ad prædicata Hippocentauri referri utique meretur, h. e. quod non sit in rerum natura,* § 1. I. de inutil. stipul. *Et quid opus esset juramento veritatis, cum in iis casibus, ubi de vero pretio præstando agitur, judex ipse æstimet, actor plane non juret, id quod jam textibus Juris civilis liquidum reddere necesse est. Initio ex* l. 1. ff. de in lit. jurand. *constat, jusjurandum in litem unice ab Ulpiano definiri, ex eo, quando* ex contumacia lis æstimatur ultra rei pretium, *quod fit, ubi ob affectionem æstimatio crescit. Et Paulus* in l. subsequ. 2. § 1. eod. *id ipsum evidentius declarat: Duas enim ibi propositiones format. Prima est.* Interdum quod interfit agentis, solum æstimatur. *Quomodo, & a quo? Non per Juramentum, id enim verba sequentia non admittunt, nec doctrina communis Jctorum, qui, quoties culpa non restituitur res, æstimationem judici relinquunt, uti mox dicemus. Ergo, ubi solum interesse æstimatur juramentum cessat. Huic ex adverso opponitur altera Propositio.* Cum vero dolus aut contumacia non restituentis punitur, æstimatio fit, quantum in litem juraverit actor. *Et hoc demum est juramentum in litem. Sed progrediamur ad reliquas leges hujus tituli.* In l. 3. *Ulpianus negat referri posse jusjurandum in litem ob nummos depositos, cum certa sit nummorum æstimatio, & præterea affectionem non recipiant. Idem tamen asserit, posse deferri juramentum, si quis jurare velit de eo, quod sua interfuit, nummos sibi suo die redditos esse, veluti, si sub pœna pecuniam debuit, aut sub pignore, quod, quia deposita ei pecunia abnegata est, distractum est. Hic igitur forsan inquis, juramentum in litem veritatis erit? Imo forsan non erit. Non enim Ulpianus dicit, deferri hoc in casu juramentum in litem, de quo tamen casu nobis unice sermo est. Alioquin enim omnia juramenta judicialia & necessaria huc referre posses, ubi itidem veritas rei asseritur, id quod tamen hactenus nemini, ut puto, unquam in mentem venit. Jurat hoc casu actor sibi tantum abesse, & sic de fundamento suæ assertionis, quod alias probare in judicio debeat, per juramentum Judici fidem facit. At hoc non est juramentum in litem. Idem Ulpianus* in l. 4. pr. eod. *negat, tutores esse cogendos ad subeundum hocce juramentum. At quale intelligit? Sine dubio affectionis. Id enim evincunt verba sequentia:* Grave enim videbatur & ignorantes *affectionem, quam pater pupillorum erga rem habuit, & pupilli habere possunt,* & invitos tutores sub alieni compendii emolumento, *dum ultra verum rei pretium ob affectionem æstimatio crescere debeat,* etiam perjurium anceps subire, *si forsan non tantam erga rem affectionem habuerit pater pupillorum, quanti juraasset. Et ne forsan*

forsan dubium aliquod superfit, concludit hanc legem § ult. *Ulpianus hisce verbis, sententiam nostram apprime firmantibus:* Ex culpa autem non esse jusjurandum deferendum comtat, sed æstimationem a judice faciendam. *Id quod etiam Marcianus suo approbat calculo,* in l. 5. § 3. eod. *inquiens.* Sed in his omnibus ob dolum solum in litem juratur, non vero ob culpam, hanc enim judex æstimat. *Equidem* in § seq. 4. *hæc assertio videtur esse limitata, & exemplum juramenti veritatis positum, ad quod etiam interpretes incaute provocare solent, dum ratio a JCto ponitur, cur in actionibus stricti juris aliquando in litem juretur, quia sc. judex non possit æstimare rem, quæ non extat, sine delatione Juramenti. Judex enim de veritatis pretio æstimat. Si ergo Judex ad hoc inveniendum juramentum in litem defert, dabitur utique juramentum in litem veritatis. Sed ad hoc dubium infra commodior respondendi locus erit. Ergo adesse jubemus Marcellum* in l. 8. eod. *qui aperte a nostris stat partibus. Exemplum ibi affert de Tutore rem adulti, quam possidet, restituere recusante, quæritur itaque, utrum* quanti res est, *an* quanti in litem juratum fuerit, *condemnari debeat? Respondet, non æquum esse,* pretio, (*vero nimirum*) litem æstimari *sc. a Judice,* cum & contumacia punienda sit. *Et Marcellum in verbis, ubi negat,* pretio litem esse æstimandam, *non respexisse ad juramentum in litem; sed ad taxationem Judicis, patet ex oppositione verborum sequentium:* arbitrio potius Domini rei pretium statuendum esse, potestate petitori in litem jurandi concessa, *quam ipsius Judicis, secundum veritatem litem æstimantis absque ullo petitoris juramento. Quid vero Javolenus* in l. 9. eod.? *Ille tantum solicitus est, ut formulam Jurisjurandi in litem in materia conditionis furtivæ explicet, ut sc. dum actor affectionem suam jurejurando in litem exprimere velit, & vero in formula conditionis videat, se jurare debere,* tanti *rem fuisse, non hæsitet ac cogitet, in jurejurando in litem jurari de tali summa, qua* pluris *rem æstimat jurans, quam* quanti *res communiter vendebatur. Respondet enim Javolenus: Quod res* pluris *est, utique* tanti *est, sc. ex affectione ejus, cui res furto est ablata. Forsan Callistratus* in l. 10. eod. *dissentientibus aliquod patrocinium afferet? sed leve erit, si examinetur accuratius: Quæstio ibi solvitur de instrumentis non exhibitis, actorique permittitur* in litem jurare, quanti *sua interest, ea proferri, ut tanti condemnetur reus. Ergo inquis, habebimus juramentum in litem, ubi pretium veritatis attenditur, Minime vero. Nam lex de nudo pretio loquitur. Instrumenta enim, quia merx non sunt, nec pretium affectionis habent, nec verum pretium. Ergo ex natura rei non poterit aliter res æstimari, quam quanti interest. Denique agmen claudat i allus* in l. 5. eod. *qui evidentius firmat nostram hypothesin dicendo.* De perjurio ejus, qui ex necessitate juris in litem juravit, quæri facile non solere. *Si de vero pretio juraretur, facile posset de perjurio quæri, quia facile posset ostendi, tanti rem non fuisse, cum juretur de affectione, quis me facile convincet, me falso juravisse? Nec nova hæc opinio est de solo Juramento affectionis, cum jam dudum Wissenbach. & Huber.* ad ff. h. t. *hanc eandem sovisse conjiciat. Fortius vero contra nos pugnare videntur Marcus Lyclama* in comm. de ineund. rei debitæ æstimat. ad l. 27. de R. Cred. n. ult. *& Joh. Corasius* 6. Miscell. 1. *qui omne Juramentum affectionis negant, & unicum solummodo Juramentum veritatis stabilire conantur. Verum ex hactenus dictis tela eorum facile rumpi & repelli poterunt. Putidum enim fundamentum est, quod petitur* ex l. 63. pr. ff. ad L. Falcid. *ubi Paulus (qui tamen,* ut ex anteced. §§ *constat, tam perspicue pro juramento in litem affectionis pugnat,) ita:* Pretia rerum non ex affectu, nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur. *Exinde colligere volunt, ergo non datur juramentum in litem affectionis. Quid vero inde aliud evincitur, quam quod, ut c. l. jam prælibavimus, in civitate rarius, & non nisi ex necessitate, imo extra ordinem recurratur ad pretium affectionis, ordinarie vero respiciatur ad pretium legitimum. Quis autem hoc negat? Regula non excludit exceptiones. Porro dicunt, in operis servorum æstimandis, negat Ulpianus* in l. 5. ff. de oper. serv. *æstimationem haberi vel utilitatis vel affectionis, veluti, si dilexerit servum dominus, aut in pretio habuerit. Ergo &c. At vero hic non agitur de dolosa denegatione restitutionis, ubi juramentum in litem affectionis demum locum habet: Termini etiam habiles in omni casu supponendi sunt. Neque huc commode applicari potest* l. 1. § 15. ff. si quid in fraud. patron. *ubi patronus non auditur revocare volens rem justo pretio a liberto venditam, propterea quod dicat, rem quidem justo pretio venisse, verum tamen hoc interesse sua, non esse venundatam, neque hoc esse fundem, quod venierit possessio, in quam habet patronus affectionem vel opportunitatis, vel vicinitatis, vel cæli, vel quod illic educatus sit, vel parentes*

tes sepulti. Respondet enim ipse Ulpianus, hic non agi de restitutione rei dolose denegata, ne quidem fraudem in hoc casu, ubi justo pretio res vendita est, concipi posse, cum demum tum fraus subesse credatur, si damnum pecuniarium subsit, id quod tamen cessat, ubi justo pretio res venit. Ad l. 33. ff. ad L. Aquil. *infra commodius respondebimus, disquisituri, cur in L. Aquil. non juretur in litem. Caterum quæ ulterius dicti Autores formant argumenta contra juramentum in litem affectionis, ea partim petunt id, quod est in principio, veluti, quod nunquam legatur, ex affectione sola æstimationem rei crescere, item quod juramentum in litem deferatur ratione ejus, quod pecuniariter actoris interest, damnum autem pecuniarium in affectione non consistere. Partim vero ad ea jam supra responsum,* te. ad l. nummis. 3. & l. in instrumenti 10. ff. de in lit. jurand. *partim etiam aperte falsa sunt, velati, quod alioquin duo Specialia circa eandem rem concurrant, scilicet actor constituatur judex & testis in propria causa, & simul juret de propria affectione, nam hoc non inconveniens esse in jure nostro, apparet* ex § 5. I. de adopt. *ubi aut ex filio concubit. vid. Huber.* in polit. ad l. cit. tit. § 8. *Denique duo reliqua argumenta minus ponderis habent. Si enim inferunt*, ex contumacia crescit æstimatio, non crescit ex affectione. *Negamus enim consequentiam, cum ejusdem rei plures possint esse causæ. Crescit æstimatio ex contumacia, h. e. dolus Rei causa est, cur juretur in litem, & tamen simul crescit ex affectione, h. e. actor juratus jurat de affectione sua, quæ pluris est, quam pretium vulgare. Et illud oppido falsum est quod jurare ultra veritatem ex affectione sit pejerare. Naturam perjurii, & juramenti in litem affectionis, sine dubio non intellexit Corasius, dum hæc scripsit. Reliqua huc pertinentia vid. apud Hunnium* de rerum æstimatione, S. 2. quæ t. 2. *Ut vero mentem nostram, quam de Juramento in litem explicando leges singulas, dedimus, explicemus, addere illa lege occasionem inquirendi, qua ratione commodius jusjurandum in litem dividi posset. Et tum rei natura tum consensus Legum Romanarum nos eo deduxit, ut asseramus, jusjurandum in litem rectius dividi posse in* regulare & irregulare. *Illud vocamus, quod præstatur de rebus, quarum pretium est, & quæ mercium vicem possunt sustinere in emptione venditione. Atque hoc semper affectionis est, quia tales res supponit, in quas cadit affectio. Juramentum vero in litem irregulare vocamus, quod præstatur de rebus, quæ mercium nomine non veniunt, ut sunt res incorporales, jura, servitutes, & quæ in facto consistunt, ut exhibitio inventarii, harum rerum proprie non est pretium, multo minus aliquod pretium affectionis, nec sunt objectum emptionis venditionis ordinarium, unde hic juratur necessario, quanti interest. Et sic facilius forsan jam intelligi potest* l. 7. ff. si servit. vindic. *Ubi: si non præstetur in actione confessoria, quod præstandum erat, neque caveatur, tanti reus condemnandus, quanti actor in litem juraverit. Quis vero dixerit, hoc casu adesse pretium veritatis? Similiter, ratione instrumentorum non exhibitorum permittitur actori jurare in litem, quanti sua interest, ea proferri* l. 10. ff. de in lit. jur. *Quamvis itaque hoc casu dolose denegetur exhibitio, non tamen regulare Juramentum in litem præstari potest, ob deficiens objectum affectionis, sed quanti actoris interest. Hanc distinctionem dum neglexerunt Doctores, in erassum ineiderunt errorem, ut putaverint, hoc in casu adesse juramentum veritatis, quod semper locum habeat, si culpa res non possit restitui, cum tamen in casu culpæ plane non juretur, sed ipse judex rem taxet. Quid vero, si ex hypothesi communi in illis casibus, ubi irregulare locum habet, non possit adesse juramentum veritatis, cum circumstantiæ casuum ibi propositorum indicent, non de culpa, sed potius de dolo agi? Ast de dolo non præstatur veritatis, sed affectionis juramentum, etiam ex communi hypothesi.*

2. Sed difficile explicatu videtur, quo sensu juramenti religio salva pietate, veritati opponatur. At tu dic, etiam in ipso, quod excedit veritatem, jurejurando, veritatis tesseram posse servari; nam & in affectione veritas non minus, quam in pretio rerum consistit: si quis mihi nolit restituere vas fictile trium assium, quod a carissimo amico profectum ego tribus aureis amittere nolim, vere in tres aureos jurari potest, etsi verum pretium excedat. Nam hæc affectionis æstimatio non habet terminos, abit in infinitum, *l. 4. § 2. in pr. h. t.* quod tamen civiliter accipiendum, non excluta judicis moderatione sive taxatione, quæ vel sequi potest, vel etiam præcedere, *d. l. 4. § 2.* cujusmodi taxationem prævium magis in foro servari, testatur Grœnewegius *ad h. t.* neque tunc alia taxatio, post juramentum præstitum, adhiberi potest, *d. § 2.*

3. Defertur a Judice, non ab alio, *d. l. 4. § 1.* Præstatur ab eo, qui litem suo nomine contesta-

tus est, *l. 7.* Tutores & curatores inviti non jurant, *l. 4. pr.* Causa est dolus vel contumacia, *l. 2. § 1.* culpa excluditur, *l. 5. § 3.* ut tamen lata culpa pro dolo habeatur, *l. 2. C. h. t.* nisi cum Struvio distinguendum sit, inter obligationes ejus quod interest, & alias restitutiones, *ad h. t. n. 66.* de dolo defuncti adversus heredes non obtinet, nisi lite cum defuncto contestata, *l. 4. & 5. C. h. t.* Locum habet in actionibus in rem, ad exhibendum, & in b. f. judiciis, quibus de restituendo agitur, *l. 5. pr. h. l. 3. § 2. Commod. l. 1. § 26. Depos. l. 43. § 1. Locat.* Etiam in judiciis strictis possunt esse termini habiles, ut in *l. 5. § ult.* non tamen regulariter, *l. 6.* Termini autem habiles sunt, cum species debetur, eaque periit & mora facta est, *d. l. 5. § ult.* Denique in instrumentis, quæ quis non exhibet, actori permittitur in litem jurare, quanti sua interest, ea proferri, *l. pen. h.*

4. Quod ad usum hujus juramenti attinet, * Zypæus *notit. jur. Belg. tit. de Jurejur.* negat, hanc speciem jurisjurandi in Galliis & plerisque Belgii locis frequentari; neque mihi constat, ullum in nostro foro exemplum ejus extare; nec adeo putem, etsi dolus aut contumacia intercedat, si tamen judex argumentis liquidis veritatem investigare possit, ut est in *l. 2. C. h. t.* hanc effusam jurandi licentiam locum inventuram. Quod si veritas nullo modo sciri queat, non video posse absolutam censeri rationem *l. 5. § ult. h. t. Judex, sine delatione jurisjurandi æstimare non potest rem, quæ non extat, & quæ dolo Rei periit.* Quid enim, si quis cistam rebus pretiosis & instrumentis rerum creditarum plenam apud alium deposuerit, isque dolo cuncta interverterit, an reus absolvendus, ideo quia judex æstimare non potest quod ignoratur? Imo quid juramentum in litem hoc casu impediret, nihil proferri potest, ac ita D. Bokelmanus & ego rogati, Leidæ respondimus anno 1676. mense Junio; cum Prætor Hagiensis ille famosus *van Banken*, cistam ejusmodi apud ipsum a matrona, quæ a viro diffidebat, depositam, perfide intervertisset.

5. Aliud exemplum anno 1680. G. Sp. Advocatus senior apud Curiam Frisiæ, acceperat, *a Johanne Wiersma* Codicem rationum, cum mandato exigendi nomina & in jus vocandi reliquatores. Idem a matrona quadam similem acceperat librum, quem penitus excussum, ut nihil valoris amplius contineret, domina vetus ab eo repetierat. Ille de Bibliotheca sua Codicem Wiersmanum protulit, eumque non inspectum tradidit matronæ; quæ putans suum esse librum, dedit eum non examinatum filio venditori tabaci, a quo discerptus & in loculos tabacinos erat consumptus. Wiersma deinde suum requirente librum, Advocatus errore cognito, convenit matronam, ut redderet librum, aut id quod interesset sua, ratione petitionis Wiersmanæ præstaret. *Illa cum filio, simplicitatem ingenuam præferentes, nec ulla doli suspicione, me referente, absoluta est, repulso cum impensis Advocato:* Qui manebat obnoxius Wiersmanis, ipso defuncto, heredibus. At hi nullo modo probare poterant, quantum ex reliquis libro suo contentus exigi potuisset, æstimabant tamen nescio quot millibus florenorum. Advocatus, quod librum ex causa mandati creditum, supina negligentia, non inspectum tradidisset, sine dubio latæ culpæ reus erat, quæ in materia mandati, accedente publici officii exactitudine debita, pro dolo habenda fuisset, per *d. l. 2. C. h. t. l. 1. § 2. Si mens. falsum mod.* nec ullus, nisi juramento in litem medio, exitus inveniri potuisset: Sed causa mortibus aut transactione sopita, non pervenit ad rem judicatam. Temperamentum sane taxationis judicialis, quod leges

* Nec apud nos usus hujus Jurisjurandi deficit. Aliud tamen Juramentum circa damnum per vim ablativam vel expulsivam datum, Jure Saxonum est introductum, quod diminutionis sive Minorationis, der Verminderungs Eyd ‡ appellatur, vi cujus reus, qui damnum dedit, actore super ejus æstimatione juramentum deferente, nisi quantitatem ab actore expressam præstare velit, eam jurejurando suo minuere tenetur. vide *O. P. S. tit 31. j. & R. l. 3. art 47. & 51.* conf. Schilter. *ad ff. Ex. 23. § 58. seqq.* Atque hoc juramentum a reo actori nequit referri, Martin *ad d. tit. 31. n. 24.* Langius *Proc. c. 35. n. 93.* declinari tamen per probationem contrariam, quo casu reo regressus ad jusjurandum non denegatur. Richt. *P. 1. dec. 5 n. 21.* Svend. *ad Fibig p. 559. seqq.* Cæterum diversum esse hoc juramentum a Zenoniano Sacramento, docet Carpzovius *P. 1. C. 23. d. 18.* non tamen hoc apud nos, per illud sublatum esse, ostendunt præjudicia adducta a Horn. *Disp. de Sacrament. Zenoniano. § penult.*

‡ Hoc jure novissimo plane est abolitum. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 31. § 1.* Neque tamen idem dicendum de Juramento in litem, aut Zenoniano, ita quidem, ut & in Saxonia nostra contra prius illud nulla admittatur probatio. *d. Tit. § 2.*

ſuggerunt, diligenter hodieque ſervaretur, quo ſalvo, non eſt ut hoc juramentum ab uſu remotum videri poſſit.

6. Diximus, juramentum *veritatis* in litem e legibus probari non poſſe; ſed tamen an nullus ejus uſus detur, quæri poteſt. Qui enim e contractu ad reſtituendum obligatus, per levem culpam fecit, ut reſtituere non poſſit, v. gr. rem depoſitam vel commodatam, ſi veritas ejus quod intereſt, nullis probationibus declarari queat, an hoc caſu juramentum, quo non liceat excedere veritatem pretii, deferre licet actori? Non dubitat Struvius *n. 69. h. t.* & quicunque diſtinctione juramenti in litem, quod ſit affectionis, aut veritatis, utuntur. Sed leges, quæ citantur, nihil habent ejusmodi; Et in Foro, quod ægre de caſu doli & contumaciæ receptum videmus, ex cauſa levis culpæ admiſſum minime conſtat: Maxime, quia, cum res non extat & probationes deficiunt, juramentum veritatis ad ipſa rerum pretia referri non poteſt, ſed ad conſcientiam æſtimantis; quæ ſpecies a juramento affectionis in uſu atque eventu non admodum diſcreparet, ſuppoſito ſemper judicis arbitramento. Nihil igitur eſt, quo hujus ſpeciei uſus, aut ex legibus, aut in uſu fori demonſtretur. Quod aliqui volunt, in Actione Empti venditi ceſſare juramentum in litem, non habet rationem, cum hæc ſit princeps bonæ fidei actionum, in quibus huic jurijurando datur locus inprimis, *l. 5. h. t.* Nam quod in *l. 4. C. de Action. Empt.* habetur; id quod intereſt, emptionem eſſe completam, arbitrari Præſidem, primo non ad æſtimationem rei deperditæ, ſed ad omne id quod intereſt pertinet, quod non æſtimatur jurejurando in litem: dein nulla eſt actio, quæ jusjurandum in litem recipit, quæ ſimiliter judicis arbitratum non admittat.

TIT. IV.

De condictione cauſa data, cauſa non ſecuta.

I. Condictio in genere, & hæc in ſpecie quid ſit. II. Quando locum habeat. III. Quæ ſit hujusce condictionis cauſa. IV. Quid Juris, ſi caſu fortuito cauſa non ſit impleta. V. An hodieque uſum habeat condictio ob pœnitentiam. VI. An hæc etiam heredibus competat. VII. De fructibus &c.

COndictionis vocabulum late quamlibet actionem in perſonam ſignificat, *§ 15. I. de Act.* ſtricte ejusmodi perſonales, quæ non habent nomen ſpeciale: quales in argum. hujus tituli & ſeqq. tractantur, qua de re copioſe diximus ad *tit. I. de Action. n. 23. & ſequ.* ubi naturam condictionum & differentiam ab actionibus in Rem fuſe proſecuti ſumus.

2. Locum igitur præcipue habet in contractibus innominatis, qui a datione inchoantur, non qui a facto; cum factum infectum fieri nequeat, niſi tale factum ſit, addit Thomaſius *in Schol.* quo aliquid ad alterum pervenit, ut in *l. 4. h. t.* junct. *l. 15. in pr. de R. J.* Cæterum, quæ data ſunt, quamdiu alter non fecit, revocari poſſunt, non modo, ſi neglexerit, verum etiam, ſi non potuerit facere, vel etſi dantem pœnituerit, *l. 3. § 2. h. t.*

3. Fruſtra quæritur aliunde cauſa hujus actionis, quam ex ipſo contractu innominato; cujus hæc præcipua a nominato differentia eſt, quod non habeat terminos ſtabiles, & quod ideo retractari poſſit, quamdiu res ab utraque parte non deſiit eſſe integra.

SCHOLIUM.

Sed actio ex contractu non tendit ad contractus reſciſſionem, præprimis, ſi ſit contractus ſtricti juris, uti contractus do ut facias.

RESPONSIO.

Eſt hæc ratio Bachovii. Mea ſic eſt; Omnis contractus parit actionem naturæ ſuæ convenientem, quæ ſi talis ſit, ut libertatem, re integra, a negotio diſcedendi contineat, actionem in hunc quoque finem producit, ut actio empti ad reſciſſionem, l. 2. C. de Reſcind. vend. *Pro ſocio, mandati, Depoſiti, ad revocationem,* § 4. I. pro Soc. § 9. I. Mand. l. 1. § 45. Depoſ. *Inſtantia Thomaſii de ſtricti juris contractibus, in contrarium vertitur. Nam fides in bonæ fidei contractibus ſanctius ſervanda eſt; Proinde, ſi in his detur actio ad revocandum, in ſtrictis multo magis dabitur.*

N. ADDIT.

Regero I. Ex meis principiis moralibus ſic edoctus ſum, fidem in omnibus contractibus, ſive ſint bonæ fidei ſive ſtricti juris, æque ſancte eſſe ſervandam, eamque in ſtricti juris & bonæ fidei contractibus eſſe differentiam, quod cum hi ſint bilatera-

les, illi vero unilaterales, in illis nil ulterius præstandum, quam fuerit promissum, in his autem, quia proportio mutuæ præstationis non potuerat verbis promissi ad punctum exprimi, bona fides exuberantior (id est præter verba æstimanda) requireretur, (quam bonam fidem exuberantiorem Autor misceat cum fide sanctiore,) propterea etiam in judiciis stricti juris officium Judicis pedanei adstrictum erat ad formulam & verba promissi, in b. f. judiciis vero officium erat laxius, ut & ipse judex ex bona fide, i. e. ex æquitate præter vel etiam contra verba promittentis, secundum naturam contractus posset judicare. II. Hinc vero fuit ratio, cur etiam in judiciis bonæ fidei admitterentur a quibusdam JCtis veteribus, (nam: nec hic omnes consensisse, ex variis textibus Pandectarum patet,) actiones ad rescissionem contractus tendentes sub nomine actionis ex contractu; at in judiciis stricti juris nullus unquam JCtus dixerit, actionem ex contractu stricti juris, dari ad ejus rescissionem. III. Unde sunt etiam ex Commentatoribus ad l. 2. C. de Resc. vend. *qui ipsam formulam* d. l. 2. *non volunt esse actionem empti venditi, sed condictionem ex lege.*

Bachovius *not. paratit. h. t.* causam hujus condictionis vult esse quasi-contractum; sed, ut videtur, absque ratione.

SCHOLIUM.

Imo non sine ratione, per ea, quæ Struv. h. t. th. 4. Schütz. h. t. p. m. 252.

RESPONSIO.

Fundamentum eorum est in l. 13. § 2. in fin. D. Commod. Plerumque id accedit, ut extra id quod agitur, tacita obligatio nascatur. *In contractu do ut facias, id agitur expresse, ajunt, ut causa sequatur;* in final vero, *Struvius*, id tacite agitur, ut si causa non sequatur, repetere datum liceat, *atque in ea lege volunt esse quasi contractum. Nos i. l. quod tacite agi tradunt, non negamus in hoc contractu* do ut facias, *verti, sed quasi-contractum inde non magis admittimus, quam in* d. l. 13. § 2. Commodati *ex eo, quod tacite in commodato agitur,* quasi-*contractum misceamus cum vero contractu. Multa necimus inesse naturæ contractum tacite, e quibus si toties quasi-contractus facere velimus, in immensum excrescimus. Do ut facias æque est verus contractus, quam Commodatum: In utroque præter id quod expresse, aliquid tacite agitur. Tam quod tacite, quam quod expresse, pars est veri contractus, ac inde parit actionem: non expedit jura confundere, verosque & quasi-contractus a conditoribus Artis secretos, in unum compingere.*

N. ADDIT.

Unica responsione cadent omnia, quæ hic differuntur contra Struvium, scil. Autorem miscere naturam contractuum stricti juris cum contractibus b. f. secundum ea, quæ modo diximus. In Contractibus b. f. fatemur ea, quæ tacite extra id quod agitur in obligationem veniunt, parere actiones ex vero contractu ille, inde in d. l. 13. § 2. *JCtus aliquis forte dicit, ex commodato ibi agi. Sed eadem lex docebit, aliud esse in contractibus stricti juris. Solvendi, quasi deberem, non debeo, idem est ac si mutuo dedissem. Sed an hic dabitur condictio certi ex mutuo? Annon condictio indebiti est ex quasi-contractu? Et tamen JCtus in* d. l. 13. § 2. *illum casum commodati comparat cum Condictione indebiti. Cur non hic etiam Autor ursit: Mutuum æque est verus Contractus ac Commodatum? Imo hoc intuitu Autor ipse recte alibi,* d. l. 13. § 2. *quantum ad solutionem indebiti attinet, & similes actus, emendat, & loco* tacitæ *obligationis vult substitui obligationem ex æquitate a lege* præsumptam, *quæ est natura quasi-contractus.* vid. Autor in prælect. ad Inst. tit. de obl. quæ quasi ex contr. n. 1. & nostram novam addit. ad eund. tit. n. 8. item ad Pand. supra ad tit. ad exhib.

4. Igitur, si dolus, culpa, mora, vel factum ejus, qui accepit, arguatur, non est dubium, quin repetat is, qui dedit; Si casus fortuitus obstiterit, multis modis distinguitur, ut videre licet apud D. Wissenbach. *disp. 25. part. 1. Pandect. th. 3.* Tu conferas *l. ult. vers. & ideo. h. l. 15. § 6. Locat.* Dicendum videtur, in permutatione, si res prore vicissim non detur, licet ob casum fortuitum, esse repetitionem, secundum *l. ult. h.* de qua vid. Wissenb. *n. 5. h. t.* non obstante *l. 5. § 1. de Præscr. verb.* ad quam respondebimus ad *tit. de præscript. verb.* In cæteris regulam esse, condictionem ejus quod superest cessare, nisi impedimentum fortuitum a parte ejus, qui accepit, profectum sit, aut inde sit locupletior cum damno jactura, *l. 3. l. 5. pr. h. & l. pen. C. h. t.*

SCHOLIUM.

Quæ hic Autor in synopsi tradit, latius exponuntur per distinctiones Struvii, h. t. th. 9. 10. & pr.

5. In foro cessare condictionem ex causa pœnitentiæ, tradit Schotan. *exam.* & Grœneweg. *a. h. t.*

SCHOLIUM.

Nec forte sine ratione. Nam de jure Romano pro-

promissio contractus innominati per se non producebat actionem, sed considerabatur ut pactum nudum, nec antequam unus implevisset, contractus dicebatur. Jus igitur Romanum, ante unius adimplementum utrique concedebat pœnitentiam, postea soli illi, qui adimpleverat, licebat pœnitere, & cum effectu quidem, ut per actionem præsentem datam repetere possit. At hodie moribus nostris, ex pacto nudo datur actio, unde videtur fluere, quod in promissis ad contractum innominatum tendentibus, etiamsi neuter adhuc aliquid impleverit, pœnitentia in utroque cesset; ita ut uterque alterum per condictionem, ad promissum ex sua parte adimplendum cogere possit: minus igitur licebit ei, qui ex sua parte satisfecit promisso, rem datam repetere, cum alias deterior futura esset conditio possidentis quam non possidentis, quod absurdum.

RESPONSIO.

Si nihil in contractu innominato, quam promissio facti & datio ad illam relata spectatur, ratio Thomasii, quæ est eadem Schotani & Grænewegii, procedit; verum si teneamus, in datione propter causam, id agi tacito partium consensu, ut quamdiu causa non est secuta, liceat revocare quod datum est; nihil profertur, cur hæc tacita conventio hodieque vim suam non habeat.

N. ADIT.

1. Mirum, quod Autor plane nihil respondeat ad objectiones in Scholiis propositas, sed saltem alia objectione thesin suam probare intendat. Ad quam ll. facilis est responsio, eam supponere falsam propositionem, quasi in datione propter causam id agatur tacito partium consensu, ut liceat revocare. Est enim hic consensus a lege præsumptus, adeoque non verus nec tacitus proprie dictus, ter ea, quæ latius docentur in locis ad finem n. addit. præcedentis citatis.

Magis est igitur, ut cum Grotio dicamus *Introd. Jur. Holl. l. 3. c. 31. n. 10. Quamdiu vicissim non est datum aut factum, in hujusmodi negotiis pœnitentiæ locus est, quoniam hi contractus rei interventu proprie suam perfectionem consequuntur. Verum si in tali conventione diserte fit dictum, omnem pœnitentiam excludi, hæc conventio statim apud nos plenum haberet effectum;* adde, *etiam jure civili;* Mant. *de ambig. convent. l. 1. tit. 8. n. 17. cum seqq. pr. l. 3. C. de Rer. permut.* Æquitatem hujus doctrinæ plenius exequitur Mæstert. *de just. LL. Roman. dubit. 38.* Denique apud Nautam nostrum *Decis. MS. 50.* sic reperio, fuisse Curiæ Supremæ Judicium; posse eum, qui dedit, repetere, quamdiu alter non fecit aut dedit vicissim: ut nec cogatur agere ad implementum facti aut dationis reciprocæ, adversus alterum. *In causa Jelle Gerks Appellantis, contra Ruird Hendriks . . . . 1638.*

6. Plane, si eventus causam frustratus sit, eo casu repetitionem dari, neminem ambigere constat, ut diximus; velut, si matrimonii causa datum aliquid, nec id secutum sit, culpa dolove promissoris, cui datum fuit, *l. 3. in pr. h. l. 2. & l. 6. C. h. t.* eaque sine dubio datur etiam heredibus actio. An iisdem jus revocandi, quod defunctus non exercuit, ex pœnitentia competit? Negat Struvius, *ad h. t. n. 16.* At si verum est, hoc tacite inter partes agi, ut quamdiu causa non est secuta, liceat repetere quod datum est, nihil causæ videtur esse, cur in heredibus ex natura omnium conventionum, non sit permittendum, ut Jason & *citati ab ipso Struvio* statuerunt.

7. Denique, fructus & accessiones rerum pariter in condemnationem veniunt, *l. 7. § 1. & l. 12. h.* non etiam usuræ, per *l. 4. C. de condict. ob turp. caus.* nec enim est ex bonæ fidei judiciis, in quibus usuræ sine stipulatione debentur, *l. 32. de usur.* qua de re plura Struv. *h. n. ult.*

TIT. V.

De condictione ob turpem vel injustam causam.

I. Qualis hæc condictio; an differant turpis, ac injusta causa. II. Quænam ejus origo & fundamentum. III. In eo, quod meretrici datum est, unius an utrius que sit turpitudo. IV. An qui judicem in bona causa corrupit, repetere possit. V. Ipso jure nulla sit promissio turpis, an per exceptionem elidatur.

CONDICTIO hujus Rubricæ datur ei, *qui ob turpem vel injustam causam, ipse turpitudinis expers aliquid dedit, adversus eum, qui turpiter aut injuste accepit,* exemplis hoc titulo passim obviis: ut puta; Dedi tibi, ne sacrilegium facias, ne furtum, ne hominem occidas, *in l. 2. h. t.* Turpem ab injusta causam distinxisse videntur auctores juris; & hac Rubrica secretis vocibus, & dua-

duabus in Codice distinctis inscriptionibus; *de Condictione* ex lege, & sine causa, *vel injusta causa*. At quo sensu, mire variant Interpretes. Alii *turpe* respectu futuri, *injustum* respectu præteriti intelligunt, ut Struvius *th. ult. ad h. t.* Aliter Franzkius ad *h. t. n. ult.* Aliter Thomasius ad Strauch. *diss. 22. th. 9.* qui tamen magis Schiltero adsentitur, nullum stabile *discrimen agnoscenti*, ut nec Græci, Stephan. *ad l. 6. h. t.* τὸ δὲ ἐξ injusta causa καὶ τὴν αἰσχρὰν αἰτίαν περιέχει, ὥσπερ ἂν καὶ ἡ αἰσχρὰ αἰτία τὸ ex injusta.

N. ADDIT.

Apponam jam integrum locum ex notis ad Strauchium. Condictionem ex turpi vel injusta causa diversas faciunt, Schütz in comp. h. t. p. 155. *Struv.* exerc. 18. th. 28. *Franzk.* h. t. num. ult. *Perez.* ad Cod. de cond. ex Lege, n. ult. *Cui sententiæ favere videtur* l. 6. & 7. ff. de cond. ob turp. caus. *& rubricæ duæ Codicis, una* lib. 4. tit. 7. de cond. ob turp. caus. *altera* tit. 9. de cond. ex injust. caus. *Adducuntur etiam exempla duo, unum condictio eius, quod ex coacta stipulatione solutum est*, l. 7. ff. de cond. ob turp. caus. *alterum condictio fructuum a malæ fidei possessore consumptorum*, l. 3. C. de cond. ex lege. *Si autem inquiras, quanam sit differentia inter causam turpem & injustam, nihil solidi deprehendes. D. Struv.* d. l. *enim inter condictiones has duas differentiam videtur facere, quod condictio ob turpem causam detur, si quid datum sit ratione alicujus præstandi in FUTURUM, quod intuitu accipientis sit turpe; condictio vero ex causa injusta, si accipiens quid consecutus fuerit, ex causa injusta PRÆTERITA. Franzkius contra* d. l. *condictionem ob injustam causam, tam a condictione ob turpem causam, quam a condictione ex injusta causa differre putat: ab hac, quod condictio ex injusta causa respiciat præteritum, ob injustam causam vero futurum: ab illa, quod condictio ob injustam causam in se quidem singularem aliquam turpitudinem non contineat, sed simile quid, ob quod justum & æquum sit fieri restitutionem*, l. 1. h. t. *v. c. si quid propter vim futuram sit promissum. Ut meam sententiam aperiam, cum Dn. Schiltero sentio* Ex. 24. §16. *non esse solicite distinguendum arbitrante, inter turpem & injustam, quum injustum etiam turpe sit, saltem civiliter, & turpe quoque injustum: Cui simul distinctionem inter rem futuram & causam præteritam rejicit.* conf. Oldend. class. 6. act. 7. *Scilicet mihi videntur & loci veterum JCtorum non recte intellecti Tribonianum decepisse, & loca Triboniani decepisse Juris interpretes. Latet homonymia in voce INJUSTI. Quemadmodum enim JUSTUM sumitur vel sensu ajente pro eo, quod est honestum, vel sensu negante pro eo, quod non est turpe.* vide Grot. de J. B. l. 1. c. 1. § 3. *ita cum contrariorum eadem sit ratio, & vox INJUSTI sumitur in sensu positivo pro turpi, in sensu negativo pro eo, quod non est honestum. Dum Tribonianus* tit. 5. lib. 12. Pand. *inscribit* de cond. ob turpem vel INJUSTAM causam, *per injustam causam intelligit turpem in sensu ajente. Quando autem in Cod.* lib. 4. tit. 9. *rubricam fecit,* de cond. ex lege, & sine causa, *vel INJUSTA causa, per injustam causam intelligit in sensu negante insufficientem & inhabilem, adeoque condictio injustæ causæ ibi est synonymon condictionis sine causa. Et valde suspicor, Ulpianum quoque hanc sine causa condictionem in mente habuisse, adeoque male ejus locum* in l. 6. h. t. *ad hanc rubricam a Triboniano fuisse translatum; cui conjecturæ meæ maxime favet locus ejusdem Ulpiani in* l. 1. § 3. de cond. sine c. *Deinde Pomponius quidem* in l. 7. h. t. *ex ea pecunia, quæ per vim extorta esset, si exacta esset pecunia, repetitionem esse ait: Quomodo vero repeti debeat, non addit. De cond. ob turpem vel injustam causam Pomponium non sensisse, (adeoque nec hanc* legem 7. *commode sub hac rubrica a Triboniano recenseri,) arbitror, sed potius de actione quod metus causa. per* l. 9. § 3. quod metus caus. *verb.* si post stipulationem & numeratio facta est, *item:* Et Pomponius scribit. *In Codicis* lib. 4. tit. 9. *nulla lex continetur, quæ de condictione quadam ex injusta causa, a condictione ex lege vel sine causa distincta loquatur, nec opus est condictionem fructuum a malæ fidei possessore consumptorum ex* d. l. 3. C. eod. *eo trahere, cum* d. l. 3. *commode de condictione sine causa intelligi queat.* Vid. Eckolt. de cond. sine c. *Franzkii exemplum de eo, quod propter vim futuram sit promissum, ideo non quadrat, quia acceptio promissi ob vim futuram, (avertendam, de hac enim procul dubio loquitur,) æque in se turpis est, ac acceptio dati ob vim futuram avertendam, quam acceptionem dati ad exempla condictionis ob turpem causam, refert ipse Franzk.* ibid. n. 6. *Quin imo etiam sola cautio & promissio, per condictionem ob turpem causam repetitur, per* l. 1. C. de cond. ob turpem caus.

Certe quod ad effectum attinet usumque actionis,

nis, nullum esse discrimen, satis constat. In usu verborum dicere possis; Injusta esse, quæ Justitiæ particulari, circa patrimonium, adversantur; Turpia, quæ cum reliqua honestate pugnant. Sic, si dedero, ut rem mihi reddas depositam apud te, vel ut instrumentum meum mihi restituas, erit injusta causa; Turpis autem, ne furtum aut adulterium committas, *d. l. 2. in pr. & §. 1.* & similia. Verum in eo conveniunt turpis & injusta causa; quod condictio non datur alii, quam qui nullam turpitudinis partem attigit, *l. 1. h. t.*

2. De fundamento hujus condictionis ambigitur, sitne ex delicto, an contractu, vero, vel quasi tali. Struvius ex quasi-delicto repetit, *th. 20.* Alii, ex quasi-contractu, ut Hahn. *n. 3.* Neutrum probat Thomasius, & recte; nam quasi-delicta non habent dolum, qui hic adest: Quasi-contractus sunt facta honesta; ut in parte prima *suis locis* demonstratum est; hic factum in honestum vertitur. Excipit Thomasius, imo factum esse honestum, quia datio debet esse sine turpitudine, ut actio nascatur. Ego, inquam; datio innocentis non est causa, sed acceptio turpis est causa obligationis. Tentat igitur Thomasius, hanc condictionem esse ex vero delicto: sed repugnat actionis proprietas, quod sit rei persecutoria in heredem, & cætera condictionibus solita, a delictis aliena. Mihi cum hac condictione videtur esse comparatum, uti cum condictione furtiva, quam Bachovius *not. paratitl. de cond. F.* non absurde, magis ait esse *dativam*, quam *nativam*; hoc est, non tam *nasci* ex certo aliquo Artis principio, quam a Lege *dari*, ob æquitatem & corrigendam inæqualitatem, qua caveatur, ne quis cum aliena jactura sit locupletior. Hæc est causa obligationis, ait Celsus, *quia pecunia mea, quæ ad te* sine justa causa pervenit, *cum mihi a te reddi bonum & æquum est, l. 32. in fin. de Reb. Cred.* quod genus admodum varias causarum figuras complectitur, ut Cajus dixit in *l. 1. pr. de O. & A.*

N. ADDIT.

1. *Apponenda nota integra ad Strauchium, ubi sic dixeram: Hanc condictionem ex quasi-delicto esse, statuit Struv.* Ex. 18. th. 20. *Ex quasi-contractu contra Schütz.* in comp. p. 154. *cum Hahno* hic n. 3. *& aliis. Ex quasi-delicto ideo non potest esse, quia ad illud culpam, non dolum requisivi*, in philosoph. Jur. §. 142. *Hic autem turpiter accipiens in dolo est. Nec obstat ratio Domini Struvii* d. l. *ita inferentis:* Quamvis enim non invito rem sive cautionem extorqueat, adeoque non prorie ex maleficio obligatus sit accipiens, tamen quia delinquit ob turpem causam accipiendo, quasi ex maleficio obligatus intelligitur. *Nam respondemus, non solum illum qui invito rem eripit, ex vero maleficio teneri. Ubi enim maneret damnum injuria datum, quod & tunc committitur, si alterius rem ab eo sane mihi commodatam dolo malo corrumpam? Porro nec ex quasi-contractu videtur hæc actio esse, quia ad quasi-contractum requisivi facta honesta*, in philosoph. jur. §. 128. *Hic autem adest factum inhonestum, sc. acceptio ob turpem causam. Sed respondeo: Accurate loquendo & hic adesse factum honestum, sc. dationem ob turpem causam. Nam ut datio honesta sit, necesse est, cum, si datio sit inhonesta, cessat actio.* vid. Auct. in seq. *Acceptionem vero magis ad passiones, quam ad facta esse referendam. Vel si hæc responsio non placeat, posses dicere, actionem hanc oriri ex vero delicto, quia reus dolose accepit, esse tamen ratione finis irregularem, cum reliquæ actiones ex delictis oriundæ, semper aliquid pœnæ admixtum habeant*, §. 18. Inst. de Act. (*vide tamen Autorem* th. 10. hic.) *hæc autem actio sit mere rei persecutoria, per definitionem Autoris.* Conf. Struv. Ex. 18. th. 27. *Patet vero ex hoc loco sic in integrum restituto, quod non improbem eam sententiam, quæ statuit, hanc actionem oriri ex quasi-contractu. Unde II. facile potest satisfieri exceptioni Autoris.* Datio, *inquit*, innocentis, non est causa, sed acceptio turpis est causa obligationis. *Ego vero regererem: acceptio turpis est causa sine qua non actionis, quatenus nimirum alias non esset, quod repeteretur. Cur vero datio innocentis non possit esse causa obligationis, non video. Ideo enim, quia hic dedit innocenter, turpiter accipiens obligatur ad restitutionem. Nam si non innocenter dederit, haud repetit. III. Notum est, haud paucos JCtos actiones dativas non agnoscere, h. e. incivile his videri, concedi actiones quasdam a lege, quæ non possint deduci ex certo aliquo artis principio. Id enim non vergeret in honorem artis nostræ. Et facile secundum principia hactenus posita de natura actionum ex quasi-contractu & quasi-delicto possunt omnes illæ actiones, quæ dativæ dicuntur, ab his autoribus referri ad alterutrum horum generum, & eo etiam pertinent illæ omnes, quas Cajus* d. l. 1. pr. de O. & A. *dicit oriri ex variis causarum figuris.*

3. Dictum, si dantis vel solius, vel juxta accipientis turpitudo versetur, non dari condictionem. Ergo qui dedit meretrici, non potest re-

petere, an ideo quod utriusque turpitudo versatur? sic veteres putabant. Ulpianus vero, quod solius dantis, *l. 4. §. 3. h.* nova ratione inquit; *illam enim turpiter facere, quod sit meretrix; non turpiter accipere, cum sit meretrix.* juxta illud scilicet, *Ne sis parum leno;* & simile; *Qui semel verecundiæ fines transgressus est, eum gnaviter oportet esse impudentem*, ut Cicero *epist. ad Luccejum.* Potuisset Ulpianus hac novitate supersedere. Nam sine dubio turpitudo, quæ est in prima meretricis professione, durat in singulis actibus. Struvius tamen *n. 22.* & Thomasius, aliique defendunt Ulpiani *αἰτιολογίαν*, eo quod olim *lupanaria tolerata fuerint.* Atqui turpia quoque tolerantur, nec ideo desinunt esse turpia: si quis alteri dederit, ut sese inebriet; est utriusque turpitudo, licet ebrietas toleretur.

N. ADDIT.

Ut eo melius lector judicare possit de iis, quæ hic disputat Autor, apponenda erit nota integra ad Strauchium: Nihil in sententia Ulpiani subest absurdi, cum tempore Ulpiani lupanaria fuerint tolerata, Struv. Ex. 28. th. 22. *Ac perinde est, ac si dicerem: turpe est quidem homini ingenuo, carnificinam exercendam suscipere: verum digesto eo pudore, mercedem pro ista opera accipere turpitudine vacat.* Dn. Pufend. de J. N. & G. lib. 3. c. 7. § 8. p. 369. *Adeoque & hodie respectu nonnullorum locorum, ubi tolerantur lupanaria, hic nihil immutatum arbitror. At in illis locis, ubi hujusmodi meretrices publice non tolerantur, aliud accendum, statuendumque, quod & his casibus turpiter accipiat meretrix. Cæterum, an hæc locorum disparitas disparitatem quoque afferet ratione condictionis nostræ? Nequaquam, quia utrovis modo condictio cessat, sive solius dantis, sive etiam simul accipientis adsit turpitudo. Afferet tamen in aliis quæstionibus affinibus, distinctio an tolerentur lupanaria, an non, haud parum utilitatis. Et nimirum Hahnius* h. l. n. 2. *proximioribus & fisco, repetitionem ejus quod meretrici datum est, concedit,* l. 1. C. de nat. lib. *& cum eo Perez.* ad Cod. de cond. ob turp. caus. n. ult. *Dn. Schilt.* Ex. 24. § 33. *Quod fiscum attinet, concedo, assertionem in illis scil. locis, ubi lupanaria non tolerantur, non quidem* arg. d. l. 1. C. de nat. lib. *quam huc non spectare mox ostendetur sed quia Fiscus habet persecutionem eorum, quæ scelere quæsita sunt,* l. 9. ff. de jure fisc. *At in illis locis, ubi lupanaria tolerantur, & ubi meretrices nomen suum apud magistratum profitentur, & vectigalia pro arte meretricia solvunt, fiscus nihil repetet. Qui enim tolerat, id quod tolerat, punire nequit. Proximiores autem quod concernit, veluti fratrem, aut post fratrem alios proximiores, quos afferunt Hahn & Perez.* dd. ll. (*de parentibus & tutoribus hæsito, an non in locis, ubi meretrices non tolerantur, iis repetitio concedenda sit, ob jus potestatis?*) *indistincte iis repetitionem denego, cum nunquam hæc potestas in jure ipsis concedatur, neque argumentum ex* d. l. 1. C. de natural. lib. *quicquam probet. Agit enim* d. l. 1. *non de eo, quod meretrici donatum est, ut explicat Perez.* d. l. *sed de eo, quod* UXORI *tali qualis recensetur ibidem, datum est, per verba expressa* d. l. 1. Sed etsi UXORI tali quodcunque datum &c. *Deinde* d. l. 1. *per* authent. Sed novo jure. *statim subjectam, hodie est abrogata. Conf. Brunnem.* ad d. l. 1. *Denique nec extensio ejus ad meretrices procedit, cum ratio ibi non sit posita in turpitudine accipiendi sed potissimum in specula dignitate personarum donantium per verba initialia* d. l. 1. *adeoque, etiamsi* d. l. 1. *expresse de scortis harum personarum ageret, tamen ob specialem rationis ad ea, quæ ab aliis personis donata sunt, meretricibus, extendi non poterit, ne graviter in regulas doctrinæ de interpretatione delictus impingere. Porro & illud a Dd. quari solet: An promissum meretrici nec datum, eadem a promittente exigere possit? Affirmat Struv.* d. Ex. 18. th. 22. *Negat Hahn.* ad h. t. n. 4. fol. 411. *per* l. 1. & l. 5. C. hic. *Struvii opinionem secundum doctrinam juris civilis, & ea loca, ubi lupanaria tolerantur, probabiliorem habemus. Hahnii vero procederet in iis locis, ubi meretrices puniri solent. Conf. Franzk.* h. t. n. 10. *Schütz.* in comp. p. 155. *Denique an repeti possit datum meretrici ob usum corporis, si eundem deneget postea? Datum reddi deberi, omnes concedere asserit Hahnius,* ad Wesenb. d. l. *ex Johanne de Lugo. Ego non puto, sive consideres castitatem temporum nostrorum, sive rationem Juris Justinianei. Utrobique enim adest turpitudo dantis. Qua igitur actione hic repeteret? Non condictione ob turpem causam, quia adest turpitudo dantis, neque condictione ob causam dati, quia hic non adest causa honesta. Conf. Struv.* Ex. 18. th. 3. & 5. *nisi dicere velis, in locis, ubi lupanaria tolerantur, causam hanc pro honesta non haberi, adeoque competere hoc casu condictionem causa data &c. quod tamen adhuc sententiendum linquo. His præmissis jam paucis videndum, quid adversus objectionem D. Huberi sit respondendum. Scilicet, distinguendum esse inter tur-*

turpitudinem, quæ opponitur pudori, decoro, honestati, & turpitudinem, quæ opponitur justitiæ, i. e. actionem, quæ est contra leges in republ. receptas. Condictio ob turpem causam hic denotat, ut ipse Autor supra concessit, turpem causam, quæ est æquipollens injustæ. Igitur ut clarius repetam mentem Ulpiani, meretrix quidem facit turpiter, i. e. indecore, impudice, inhoneste, quod sit meretrix, non tamen agit turpiter, i. e. non peccat contra leges apud Romanos receptas, * *cum tolerentur lupanaria, quod pecuniam accipiat. Eadem jam applicanda erunt ad instantiam Autoris de Ebrietate.*

4. *In l. 2. § ult.* exemplum est, quo diverso respectu factum aliquod jus actionis habet, & alias punitur. Nam condictio datur ei, qui dedit argentum, ut secundum se in bona causa judicetur; idem nihilominus plectitur jactura litis.

SCHOLIUM.

* *Simplicius erit, si dicamus, non dari condictionem.* Est quidem relatum, *inquit Ulpianus*, condictioni locum esse. Sed hic quoque crimen contrahit, judicem enim corrumpere videtur. *quæ verba posteriora cur non accipi debeant pro correctoriis priorum, causam non video.*

RESPONSIO.

Essent correctoria, si posterior regula cum priore consistere non posset; atqui potest. Ergo stat utraque regula. Qui dedit in bona causa, metu judicis malitiæ, potest condicere; Quia quod ad ipsum attinet, datio est innocens: at publico respectu mali exempli & puniendæ res est, ut sit.

N. ADDIT.

Ex dictis vero facile ostendi potest, in quo aberret hæc Autoris responsio. Scilicet falsum est, quod Autor supponit, dationem esse innocentem. Quomodo enim possit esse innocens, quæ punitur, & quæ adeo legibus receptis est prohibita? Et si vero Græci ita acceperint, non tamen est novum, Græcos sæpe aberrasse a philosophia veterum JCtorum. De Theophilo Paraphraste Institutionum, res ex variis exemplis, ab aliis alias adductis, est evidens. Conditores Basilicorum non fuere eruditiores, pro statu illorum temporum, Theophilo.

Sic etiam Basilici acceperunt *d. l. 2.* ut detur repetitio dati, at repetens amittat jus suum actionis. Verba sunt; Εἰ δὲ καλὴν δίκην ἔχων παρέσχω τῷ δικαζῇ ἐπὶ τῷ ὑπὲρ ἐμοῦ ψηφίσασθαι, εἰ καὶ ἀναλαμβάνω, ὅμως ἔγκλημα πλημμελῶ, τὸν δικαστὴν ὑποφθείρων, καὶ ἐκπίπτω τῆς δίκης. Id est: *Si bonam causam habens aliquid dedero judici, ut pro me sententiam dicat, etsi recipio quod dedi, tamen committo* maleficium, eo *quod judicem corrumpo, ideoque causa cado.* Cyrillus *in Scholio;* Τὰ μὲν δοθέντα ἐπιτιμᾶται, ἐγκλήματι δὲ ὑποπίπτει: *Quæ quidem data sunt, repetit, crimini vero subjicitur.* Duaren. *comm. ad d. tit. c. 3. in fin.* Arumæ. *disp. 11. ad Pand. th. 15.* Dissent. Wissenb. *ad h. t. th. 1.*

5. Promissio turpis ipso jure nulla est, *l. 26. & 123. d. V. O.* imo non est, quia per exceptionem petitio repellitur, *l. 8. h. t.* Dic, si res dubia sit, *arg. l. 9. pr. de jurej.* Aliter Wissenb. *hic.*

SCHOLIUM.

Dic tamen etiam, l. 26. esse Ulpiani, l. 8. vere Pauli. Sed hodie hæc quæstio cui usui? vide quæ notavi ad Instit. quib. mod. tollit. oblig. posit. 2.

RESPONSIO.

Oppositio Ulpiani & Pauli tantundem est Thomasio ac antinomiæ confessio. De usu differentiæ inter ea, quæ sunt ipso jure nulla, & per exceptionem eliduntur, videbimus ad tit. ff. de Exception.

Scholium, quo remittit Thomasius ad partem I. illic omissum fuit; erat autem quod sequitur.

SCHOLIUM.

Nervum hujus distinctionis optime exponit Autor in Prælect. d. t. n. 1. & omnino ad tit. de Except. n. 2. n. 10. *Originem sumsit ex mera juris subtilitate. Et allaborant quidem Doctores passim, ut ostendant ejusdem effectum in praxi. Sed vereor, ne hodie nihil interfit, ipso Jure quis actionem non habeat, an ea per exceptionem infirmetur,* l. 112. de R. J. *juncta* l. 42. § 1. de O. & A. l. 8. eod.

RESPONSIO.

Haud plane usum hujus discriminis evanuisse moribus hodiernis, videbimus ad tit. de Except. *& forte prius. Est autem obiter, hoc etiammum, ut opinor, discrimen. Qui ipso jure non tenetur, etsi nullitatem non alleget, tamen condemnari non potest: Qui exceptione se tueri potest, si non utatur ea, plerumque condemnabitur.*

*Liceat annotare locum Taciti L. II. Annal. c. 85. *Eodem anno gravibus Senatus decretis libido fœminarum coercita, cautumque, ne quæstum corpore faceret, cui avus, aut pater, aut maritus, eques Romanus fuisset. Namque Vistilia prætoriæ familiæ genita, licentiam stupri apud Ædiles vulgaverat; more inter veteres recepto, qui satis pœnarum adversus impudicas in ipsa professione flagitii credebant.*

N. ADDIT.

Neque in tit. de exceptionibus alia differentia affertur, quam cujus hic mentionem facit Autor. Ad quam regero, I. rationem dando effati Paúliani, cur amplius nihil interfit. Quia olim tota differentia hæc dependebat a distincto officio Prætoris & Judicis pedanei, ita ut de modis tollendi obligationem ipso jure, summariter cognosceret Prætor, & re sic deprehensa, ut allegabat reus, non daret actionem, de modis vero, qui ope exceptionis, daret Judicem pedaneum concessa actione. Hac igitur differentia jure Justinianeo jam sublata, quomodo poterat aliquid diversi remanere? II. Ut tamen pragmatici Dd. aliquam differentiam darent, effinxerunt eam, cujus hic meminit Autor. Sed effinxerunt, nam revera nullum sensum habet. Ut res pateat, primo constat, solutionem esse modum tollendi obligationem ipso jure, metum vero esse modum eam tollendi ope exceptionis. Jam videamus. Qui ipso jure non tenetur, ajunt, etsi nullitatem (v. g. solutionem) non alleget, tamen condemnari non potest. Quomodo vero, inquam ego, absolvere potest Judex reum, qui nihil memorat de solutione? Sane Judex divinator non est, aut hariolus. At, dicere solent, ita non intelligimus, sed quod exceptiones, sint formaliter opponendæ, ut in dato casu: oppono exceptionem metus. At si modus tollendi obligationem ipso jure, etiam adducatur sine illa formalitate, v. g. si saltem obiter quasi reus in petitione sua mentionem solutionis injiciat, tunc Judex tenetur reum absolvere. Quasi vero non idem dicendum sit, si obiter saltem dicat, se metu adactum esse ad promittendum. Est enim petitio principii, quod ajunt, formulas intuitu exceptionum requiri, nec convenit analogiæ Juris Justinianei, ut quo tempore totum Jus formularium jam dierat sublatum, & intuitu actionum, & intuitu exceptionum. Ergo hæc tota res, quam a quanta est, ad figmenta Pragmaticorum erit referenda.

TIT. VI.

De Condictione Indebiti.

I. Quid hæc Condictio; & causa, remissæ. II. Dominium indebiti soluti esse translatum; quid inde sequatur, aut non sequatur. III. Cur translatio Dominii per errorem indebiti soluti, per in integrum restitutionem, non retractetur. IV. Differentiæ Condictionis indebiti. V. De proprietate hujus indebiti. VI. Cur usura indebita sortis debitæ concubet. VII. An ipsum indebitum usuras recipere possit.

DE Condictione Indebiti locum habuimus proprium ad *tit. Inst. de Quasi-contract. n. 8. & seqq.* Illic primo fundamentum ejus vidimus Quasi-contractum, ejusque causam non adeo tacitum consensum, quam manifestam æquitatem, & correctionem inæqualitatis. Errorem interveniisse oportere, satis constat; facti quidem errorem potissimum, juris tamen etiam intelligendum esse, remotis dubitandi causis, probavimus; extra quam si non de vitando damno, sed de lucro laboretur, aut si qua justa naturalis debiti, licet inefficacis, causa subsit, ut pluribus illic demonstratum est. Nullo errore dantis interveniente, non fit repetitio; per regulam: Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est, *l. 53. de R. J.* Unde, si quis sciens indebitum *hac mente* dederit, ut postea repeteret, nihil agit repetendo, *l. 50. h. t.*

2. Condictionem hanc, sicut omnes aliæ, actionem in personam esse, notum est ex *§ 15. Inst. de Action.* unde sequitur, eam non dari contra tertium, licet ei profuerit solutio, sed eum contra tantum, qui pecuniam solutam accepit, *l. 4. § 3.* Etiam hoc inde sequitur, in accipientem dominium rei solutæ esse translatum, quia cui datur condictio, ille non est dominus, *§ 14. d. tit. de Action.* Accedit argum. *l. 36. de A. R. D.* ubi error in causa solutionis, non impedit dominii translationem. Nec tamen inde recte colligas, ideo non posse ad hanc rem applicari dictum *l. 7. de Jur. & fact. ignor.* quod juris error non noceat *suum* repetentibus: Quasi qui indebitum errore juris solutum repetit, non contendat de damno rei *suæ amittendæ*, sed *amissæ*, aut D. Wissenbach. *ad tit. ff. de Jur. & fact. ign. n. 41.* ut inde concludat, juris ignorantiam non facere locum huic Condictioni: sed regula *d. l. 7.* non recipit ejusmodi cavillum ex voce *sui.* Vult juris ignorantiam esse innoxiam, quoties de vitando damno certatur, quod sane fit in repetendo indebito; ita ut SUUM, quicquid in patrimonio nostro est, vel inde abscessit, comprehendat; sicut in definitione Justitiæ. *suum* cuique tribuendum, indubitate accipitur.

3. For-

5. Forte alicui in mentem veniat rogare, si per errorem solutione facta dominium rei solutæ amittitur, annon sit opus in integrum restitutione ex causa justi erroris, ad dominium recuperandum, de qua vidimus in *libro 4. tit. Ex quib. caus. maj.* sicut in omnibus restitutionis speciebus res amissa Prætoris auxilio recuperatur. Respondio est, etsi dominium sit amissum, actionem tamen ad dominium recuperandum nullam esse amissam; quod ad excludendam in integrum restitutionem sufficit; cui accedit, quod indebiti solutio non habet naturam contractus, qui per remedium restitutionis sit rescindendus, sed quod gestum est, magis distrahendi animo factum est, ut tradit Justinianus in *fin. pr. I. Quib. mod. re contrah. obl.*

4. Divisionem Indebiti in Reale & Personale, (quorum illud dicitur, quando quod solutum est, plane non debetur; hoc, quando solutum debetur quidem, at non ab eo, qui solvit, vel non ei, cui solutum est,) executi sumus *ad d. tit. Inst. n. 9.* Sed est alia distinctio Condictionis Indebiti, quod vel certi sit, vel incerti; Illa, quando rem ipsam; hæc, quando jus possessionis, pignoris, aut simile circa rem consistens persequimur, quæ species, *Incerti* condictio vocatur in *l. 12. § ult. de Condict. furt.* Exemplum ejus est in *l. 15. § 1. h. t.* Quando quis non rem ipsam, sed possessionem, falso debere se existimans, alicui tradidit, eam hac condictione repetere potest: etiam, quod notandum, post impletam præscriptionem longi temporis; quia condictio indebiti non excluditur, nisi præscriptione longissimi temporis, & effectus usucapionis non absorbet alias actiones in vel ad rem competentes, ut de jure pignoris constat, id etiam post impletam usucapionem durare, *l. 44. § 5. de usucap.* quæ de re actum, & agendum *suo loco.*

5. Porro ad explicationem hujus condictionis maxime pertinet, cujusmodi oporteat esse indebitum, de quo detur condictio, quod expositum *d. loco n. 10.* ubi summa regula: Quod est naturaliter indebitum, *id* solutum condici potest. Natura vero debitum condici nequit, sub limitatione duplici: I. Si naturale debitum sit obligationis, jure Gentium duntaxat efficacis, ut est exemplum pacti nudi, & mulieris sine mariti consensu aliquid contrahentis. Forte etiam huc pertinet obligatio confitentis se debere *centum*, sine mentione vel probatione causæ debiti; Nam ex tali obligatione non dari actionem, merito receptum est, per *l. 2. § 3. de dol. & met. except.* Si tamen quod in ejusmodi chirographo continetur, solutum fuerit, non dari condictionem, sed causam satis agnitam videri, ratio suadet, ac ita Supremæ Frisiorum Curiæ placuisse non semel, etsi exemplo non superstui, a Viris Amplissimis accepi; quia confessio talis debiti, naturalis saltem obligationis sit argumentum; qua de re in *titulo sequ.* Si vero naturalis obligatio ne quidem jure Gentium sit efficax ad exigendum, non potest impedire condictionem indebiti, qualis est obligatio ejus, qui beneficium accepit, ad remunerandum, quæ naturalis vocatur, sed penitus inefficax, in *l. 25. § ult. de Her. pet.* Altera limitatio est, nisi Lex obligationem naturalem jure gentium satis efficacem, sua virtute suisque effectis privet, ut fit in obligatione pupilli majoris infantia, quæ ratione effectus illius cessantis ne quidem naturalis esse dicitur in *l. 41. h. t.* Idem est in obligatione mulieris intercedentis, *l. 40. h. t.* Cur autem secus obtineat in filiofam. respectu Mutui, non repetimus dictum in *loco laudato*, nec etiam casus, quibus hæc Condictio cessat, aut non cessat, quos in fine *tituli prædicti* videbis.

6. Quorsum autem referemus, quod debitor sortis, usuras indebitas solvens, eas repetere non potest, si modo sors debita fuerit? Intellige, si debitum natura sua non fuerit usurarium; nam si quis usuras ideo solverit indebitas, quod jam solutæ fuerant, is sine dubio repetere potest; Sed casum ponere debes, quo aliquis *ex. gr.* mille florenos mutuo accepit simplici chirographo, absque stipulatione usurarum; is oblivionis errore solvit usuras; quæritur, an repetitio detur? Non datur, *d. l. 26. in pr.* Atqui nulla subest naturalis obligatio: Nam etsi potest obtineri, usuram promissam non adversari juri naturæ; nemo sane dixit, Mutuum, quod est contractus natura sua beneficus, usuras recipere, jure naturæ. Sed valet hic pro naturali obligatione mos gentium, qui usuras ita recepit, ut vix diligens paterfamilias reputetur, qui notabilem pecuniæ summam elocet absque usuris. Non est etiam aliena res a tacito pacto, vel ejus præsumptione, quando usuræ sortis debitæ, a debitore solutæ, & a Creditore acceptæ sunt. Ideoque juris hic apex, facile in usum forensem recipiendus, aut receptus videtur; nec dubitatum in Curia nostra, quin debitor usuras ita solutas repetere nequeat, utpote non sine causa utilitatis a parte debitoris præstitas, *in causa Petri Annii Reen contra Magistratum Harlingarum*

num, 27. Octobr. 1636. ut in MS. decisionibus refert D. Nauta sæpe laudatus.

Porro indebitum recipitur cum fructibus, *l. 5. in pr. h.* at sine usuris, *l. 1. C. h. t.* quia Contractus est stricti juris, *arg. § 28. I. de Action.* in quibus ex mora usuræ non debentur, *l. 3. C. de Usur.* nisi quod post litem contestatam usuræ in omnibus causis debentur, ex communi Dd. sententia, ex male an secus intellecta *Lege 35. de Usuris.* Sed quæsitum est apud Curiam nostram, si quis ex causa bonæ fidei, in qua ex mora debentur usuræ; indebitum acceperit, an hic ad usuras ex mora teneatur, perinde ac si causa vera fuisset. Exemplum tale fuit: Franciscus a Scheltema a colono suo plus debito acceperat: Hoc creditores coloni, ex ejus persona repetebant, cum usuris, ex quo pecunia percepta fuerat: ille non nisi a tempore litis contestatæ se teneri, contendere; condemnatus est ad usuras inde ab initio; quoniam ipsemet usuras ex mora, si quid ei vere debitum fuisset, accepturus fuerat: quæ est notabilis limitatio, (sic de jure dubitari non possit,) ejus sententiæ. *In causa Fr. a Schelt contra Aukjen Feykens &c. 27. Octobr.* 1647. *Nauta decis. 101.* Hæc recensio juncta iis, quæ prædicto Institutionum titulo commemoravimus, ad particularem hujus loci declarationem inductionemque sufficit. Exquisitiores difficultates nodosque legum intricatos, in quibus nulla vel exigua ad usum applicatio conspicitur, non est instituti nostri subtiliter exequi: Nec adeo famosam *L. frater a fratre.* post tot Interpretum labores heic enucleabimus. Wissenbachii nostri commentarius ad *d. Legem*, insertus Disputationi ad *h. tit.* & Struvii expositio *n. 3. h. t.* sunt in omnium manibus; quo Auditores remittemus.

TIT. VII.

De Condictione sine causa.

I. Condictio sine causa, sensu generali. II. Alia specialis & hujus Rubricæ. III. Per causam quid proprie intelligatur. IV. An sponsiones de rebus futuris causa careant. V. Conditionem obligationis, causam ejus esse non posse. VI. Sponsiones tamen illas non esse invalidas, nec causa carentes. VII. An chirographum causa debiti carens, repeti possit; & cautio circa repetitionem pecuniæ inde solutæ negandam.

COndictio, quæ *sine causa* dicitur, prioribus subjicitur, quia reliquarum quasi complementum est, idque duplici sensu. Nam primo in id comparata est, ut omnibus illis casibus, quibus reliquas obtinere diximus, usurpari quoque possit. Veluti, quando aliquid ob causam est datum, causa vero vel finita, vel secura non est, *l. 1. § 2.* Item quod ex causa non justa, sive illa turpis, sive non sufficiens ad debitum sit, est datum, hac condictione repeti potest; Etenim turpis causa est ipso jure nulla, ut dictum *pridem*, & Indebitum ideo vocatur, quia nulla causa debiti est, ut *similiter dictum.* His igitur casibus, vel condictiones istæ speciales, vel hæc generalis adhiberi possunt.

2. Proprio jure, Condictio sine causa vocatur, repetitio ejus, quod revera *sine causa* de nostro penes alium est. Nam quod turpis & injusta causa, dicitur esse nulla causa, id eventu juris inspecto adfirmatur, de facto verum non est. Huc igitur pertinet exemplum, quod est in *l. 2. h. t.* Fullo amissis vestimentis, domino pretium restituit, & deinde vestes recuperatæ sunt. Pretium, quod jam sine causa penes dominum est, hac condictione repetere potest. Eodem refertur dotis datio, propter matrimonium jure prohibitum, quam potius ad nullitatem, quam ad turpitudinem putat referendam Papinianus in *l. ult. h. t.*

SCHOLIUM.

Sed puto in d. l. 5. *Papinianum non loqui de condictione sine causa speciali, verum generali, nempe de ipsa condictione ob turpem causam, sensumque esse, quod, quamvis condictio ob turpem causam hic cessare videatur, quia & mulieris turpitudo subsit, tamen respectu mulieris, non turpem esse dationem, sed nullam, adeoque ex parte accipientis saltem remanere turpitudinem, qua casu sane condictioni ob turpem causam erit locus.*

RESPONSIO.

Ponamus in conspectu petitionem mulieris; Si condictionem ex turpi causa moveat, hoc modo agere debet; Quando tibi avunculo seu vitrico meo dedi dotem, & matrimonium inter nos turpe foret, peto ut reddas, quod turpiter accepisti: *Valde fallor, si Papinianus non neget hoc modo agi posse. Vult in hunc modum agi;* Quando tibi vitrico dotem dedi & matrimonium inter nos se-

qui

qui non poteſt, ac ideo dos ſine cauſa penes te reſidet, peto ut eam mihi reſtituas. *Papinianus ſeparat turpitudinem a promiſſione dotis, eamque refert ad matrimonium; Qua non commiſſa nuptiisque non ſecutis, non tam conſiderat turpitudinem in negotio, quod matrimonii cauſa geſtum eſt, quam quod cauſa dationis ſecuta non eſt. Non poteſt mulier ſano juris ſenſu turpitudinem dationis urgere contra accipientem, & ab ſe amoliri turpitudinem, quæ juri gentium repugnat, ut Papinianus ait in* §1. h. t.

N. ADDIT.

Quamvis hic regerere poſſim, turpitudinem juris gentium ex caſu §1. *non eſſe trahendam ad caſum, quem memorat Papinianus in principio, cum conjugium cum avunculo, vel cum ſororis filia non ab omnibus gentibus fuerit pro inceſtuoſo habitum; adeoque pro ſalvanda mea nota afferri poſſit, Papinianum ſupponere, quod mulier non dederit turpiter in caſu principi, quia mulieribus licuerit ignorare jus civile in cauſa damni evitandi. Nolo tamen hic quicquam movere, ſed conſentio jam interpretationi Autoris, idque ob eundem* §1. *quem tum non inſpexeram. Ex hoc vero conſtat, Papinianum etiam dediſſe condictionem ſine cauſa, ubi mulier haud dubie turpiter dederat, tanquam in caſu, qui aperte juri gentium repugnaret.*

3. Per cauſam igitur ſatis liquet intelligi, negotium habile ad obligationem producendam, qua deficiente, ſi quis petat quod promiſſum eſt, exceptione doli mali repellitur, *l. 2. §3. de doli & met. except.* Quod tamen ita capere noli, quaſi nunquam valeat promiſſio, niſi cauſa, hoc eſt negotium aliquod ſeparatum, præceſſerit: Nam qui nullam habens cauſam, ſciens volens promiſit, ille donationis cauſa promiſiſſe videtur, ex *l. 21. de V. O. l. 47. de Op. libert. l. 53. de R. J.* Sic etiam quando pecunia ex empto debita quaſi ex Mutuo in ſtipulatum deducitur, etſi nulla mutui cauſa intercefſerit, ideo tamen obligatio non impeditur, ſed ipſa debiti ſubſtantia, quæ vere adeſt, pro cauſa habetur, *l. 6. C. Si cert. pet.* ut luculenter probat Parladorius, *2. rer. quot. c. 2. n. 55.*

4. Hoc etiam ſponſionibus ſuper rebus honeſtis, de quibus ad *tit. de Aleator.* actum, applicatur. Qui negant eas valere, utuntur hac ratione, quod ejusmodi ſtipulationes *cauſa* careant, ut videre licet apud Sandium, quamlibet ita non ſentientem, in *lib. 3. tit. 9. def. 1.* Wiſſenbachium ad *tit. ff. de Aleator. n. 18.* & inprimis apud Herbajum *rer. quotid. c. 1.* Qui vero adfirmant, ejusmodi ſponſiones eſſe validas, tenent pro regula, quod omnis conventio facta ſub conditione, cenſeatur habere cauſam ſufficientem, ut conditio, inquam, ſit cauſa, quamvis alioqui non interſit impleri conditionem ſtipulatoris, ut probat idem Sandius *d. defin. 1. verſ. Hoc tamen non obſtante.*

5. Hanc ſententiam refellit Herbajus noſter, hac inprimis ratione non inſubtili: Conditio, inquit, non poteſt eſſe cauſa; quoniam hæc adjecta facit, ut in pendenti ſit, quod ſtatim valere potuiſſet, ſi abſque conditione fuiſſet promiſſum. Proinde neceſſum eſt ad valorem obligationis, ut præter conditionem ſubſit aliud quid, ex quo remota conditione, valere queat obligatio. Non poſſumus huic rationi non adſentiri: Proinde faceſſat hoc, quod conditio ſit cauſa; Nec tamen ideo, ſponſiones fortuitas juris effectum habere, negamus.

6. Nobis ita ſedet, ſtipulationem de re non turpi, animo deliberato initam, ſatis cauſæ habere in fide data, in voluntate contrahentium, denique in negotio ſubjecto, quod non tantum pro natura ſua, verum pro intentione quoque certantium æſtimari oportet. Illud ſtudium, quo partes expectationem ſuam ad certum eventum determinant, pro cauſa ſufficere debet: Accedit, quod plerumque divinationes futuri habent aliquid artis atque providentiæ, ut ad *præd. tit. de Aleator.* demonſtratum eſt. Fere etiam ita venit, ut primo ſponſiones iſtæ vulgaribus verbis concipiantur, dein ſtipulationes in forma ſubjiciantur, ut nihil quam pacta ſtipulatione confirmata, quæ facultatem juris habent, eſſe videantur, *l. 45. de Pact. l. 33. fin. pr. de S. R. P.* Primo vulgaribus verbis ſponſionis materiam conſtituunt, dein ſtipulantur: *Si pax inter Cæſarem & Regem Turcorum eis annum ineatur, centum mihi dare ſpondes? ſpondeo: Si non ineatur, tu mihi tantundem, vel duplum. Si Antichriſtus ante annum futuri ſeculi decimum quartum ruet, & ſimilia.* Dico, ſtudium & intentionem partium circa hos eventus ſatis eſſe cauſæ. Etiam ubi de præſentibus, incertis rebus eſt quæſtio, ut inter ſtudiosos non raro ſuper juris quæſtionibus accidit, *Si datur in Codice titulus de verborum ſignificatione*, vel ſi non datur, memini per ſponſionem aliquando rogari. Κεῖται ἢ οὐ κεῖται, hoccine *habetur in Legibus, aut non habetur?* erat veteris Ulpiani quæſtio. Plane ratio nulla eſt, quamobrem ex ejusmodi ſponſionibus

bus actio danda non foret. Recteque in Curia noſtra judicatum apud Sandium *loco prædicto*, ubi Auctores. Tu vide omnino Parladorium *d. cap. 3. n. 55. & ſeqq.*

7. Poſtremo, non pecunia tantum ſoluta, ſed & obligatio, cujus nulla eſt cauſa, vel cujus cauſa deſiit, hac condictione repeti poteſt, ut liberemur, *l. 1. in pr. & l. 3. h. t.* An igitur & chirographum, quod ſine ulla cauſa continet debiti confeſſionem? Eſt quidem hæc juris ſententia, ſi chirographum ſine cauſa debiti ſcriptum ſit, eum, in cujus favorem loquitur, cauſam debiti probare debere, *l. 25. § ult. de Probat.* Parlador. *l. 2. rer. quotid. c. 3. n. 55. in pr.* Si tamen vir prudens ſcripſerit, non videtur ei danda condictio, niſi errorem probaverit: etſi conventus e tali cautione ſolvere non cogatur, niſi actor aliunde cauſam debiti probaverit, *d. l. 25. § ult.* facilius enim damus exceptionem quam actionem & reus in dubio eſt favorabilior, *l. 125. de R. J.* Quod autem ad *tit. præcedentem* diximus, eum, qui ſolvit, quod tali chirographo continetur, non habere condictionem, ita capiendum eſt, niſi probare poſſit, revera nullam debiti ſubeſſe cauſam. Etenim condictio negatur, quia cauſa per ſolutionem agnita præſumitur; quod probatione contraria refelli poteſt. Quod ſi plane cauſam abeſſe probatum fuerit, argumentum hujus tituli deeſſe non poſſet, adtribuendam condictionem; Ut enim dixi, Inſtrumentum obligationis ſine cauſa debiti non habet vim probandi. Nec aliter in foro ſervatur, ut ſæpius a Curia judicatum; nominatim in cauſa *Johannis Sibrandi Nautæ cum ſoc. contra Auguſtinum Poſpii, cauſa appellationis.* Chirographum his verbis conceptum erat; *Ik bekenne ſchuldig te zyn aen Oege Alles vier honderd ryxſtien guldens.* Actum &c. Repulſus eſt Creditor, ante ferias Caniculares 1680.

LIB. XIII.

TIT. I.

De Condictione furtiva.

I. Quo ſenſu hæc Condictio detur domino, ſingularis ratio. II. Definitio hujus condictionis, & origo negative & poſitive. III. Cui, & contra quem detur, & diſcrepantia juris hodierni, ac ejus ratio, alia, quam vulgo &c. IV. In quem finem detur hæc actio.

SIngulare, quo fures habentur, odium fecit, ut multis actionibus tenerentur, quales ſunt, accuſatio criminalis ad coercitionem publicam, Furti in duplum aut in quadruplum actio, Rei vindicatio, & actio ad Exhibendum, ad ipſum rei furtivæ corpus recuperandum. Denique, ad hoc odium refert Juſtinianus in § *ſic itaque. 14. Inſt. de Action.* quod cum nemo dominus rem ſuam condicere poſſit, quia condicere eſt ad dandum agere, & dare eſt dominium transferre; furtivarum autem rerum fur non eſt dominus, ſed actor, idem fur tamen condictione teneatur, *d. § 14.* Ad hæc Wiſſenb. noſter, *Fateamur, quod res eſt*, inquit, *verbotenus condictione furtiva agi ad dandum, revera autem agi ad reſtituendum, nemo condicit rem ſuam furi proprie loquendo. Etiam JCtis non raro contingit in re ſeria nugari. pr. ad h. t.* Sed nugandi quæ ratio, quod pretium; quare ad rem furtivam recuperandam opus fuit condictione, cum Rei vindicatio in promptu eſſet, quam ipſam contra fures dari, Juſtinianus in *d. § 14.* monet? Egimus hac de re in *Parte I. ſuo loco*, e quibus, hoc vel repetimus, vel indictum adſimus. Actio ad ſimplicem reſtitutionem, qualis eſt Rei vindicatio, contra fures non ſufficiebat, quia ſæpe fit, ut res perierit aut deterior facta ſit; quo caſu ad æſtimationem agendum erat, quod non eſt vindicationis, ſed perſonalis actionis, quæ eſt condictio, *d. § 14.* Et cum ad rem ipſam intruere perſonalem actionem, tralatitium ſit, poterat eſſe condictio, quæ utrumque præſtaret, & rei ipſius reſtitutionem, & pecuniariam æſtimationem, quæ datio eſt. Sic in condictione furtiva utrumque reperitur, & datio, & qualitas Dominii, quanquam diverſo reſpectu. Licet igitur dicere, condictione furtiva ad dandum agi, Dominum condicere rem ſuam furi: hæc melius ex definitione & ejus exegeſi intelligentur.

2. Condictio furtiva eſt, *qua Dominus rei furto ablatæ, agit contra furem, vel ejus heredem, ut aut rem aut ejus æſtimationem reſtituat.* Genus in hac definitione *Condictio*, tacite ſatis intelligitur, &

quod

quod actio in personam sit, jam præsumptam ex *d. l. 14.* Quæ sit ejus origo, non tam facile adfirmare, quam negare licet, eam non esse e delicto. Ulpianus; *Quotiens ex maleficio oritur actio, ut puta ex causa furtiva cæterorum que maleficiorum,* si de ea pecuniarie agitur, compensatio locum habet. *Idem est, si condicatur ex causa furtiva, l. 10. §. 2. de Compensat.* Condictio furtiva diserte opponitur actioni ex maleficio. Huc accedit ratio, quod non sit famosa, *l. 36. de O. & A.* furtum autem cum sit delictum maxime famosum, *l. 1. de his, qui infam. not.* actio inde orta non posset non esse famosa. Denique adversus heredes e delicto actiones nullæ dantur, etsi rei persecutoriæ, *l. 4. in fin. & ll. seqq. ff. De Alienat. jud. mut. causa.* sed hæc condictio adversus heredes in solidum datur, *l. 9. h. t.* Enimvero dari hanc actionem de delicto & occasione delicti, res ipsa loquitur, quo respectu factum aliquando, ut pinguiore loquendi modo, respectu aliarum condictionum actionumque rei persecutoriarum, actio furti appellata fuerit, ut sane fit in *l. 71. D. furt.* Quam igitur dicemus originem esse Condictionis furtivæ? Thomasius, qui fere ubique potest invenire quasi-contractum aut quasi-delictum, nihil heic adducit: Sane quæ ratio docet alteri præstare, quod nostro facto ei abest, heic deesse non potest. Competebat adversus furem actio mere pœnalis, ei cujus intererat; Accessit rei vindicatio pro domino: Compertum est, hanc deficere, quando ad æstimationem rei agendum erat; quo casu tamen cum æquum esset, actionem dari, addita est rei vindicationi hæc condictio. Tam manifesta æquitas non patitur nos esse solicitos de fundamento hujus actionis, quatenus quod tu mihi intervertisti, id a te mihi reddi bonum & æquum est, *l. 32. ff. de reb. Cred.* Adde D. Wissenb. *h. t. n. 2.* Dissent. Struv. *h. n. 50.* & alii.

N. ADDIT.

Causa hujus dissensus est, quod si unquam actio, certe hæc sit valde irregularis, etsi æquitas, qua nititur, sit aperta, & quod adeo non possit commode ad genera summa reliquarum actionum referri. Unde & ipsi JCti veteres non videntur in omnibus hic conspirasse. Quare non debebat mihi insultare Autor, quod, cum fere ubique potuissem invenire quasi contractum aut quasi-delictum, hic nihil adduxerim. Adduxit tamen jam alibi alius, ex mea doctrina huc pertinentia, & simul tangentia Autorem, quamvis in alio loco. Scilicet sic scripserat, qui anno 1693. de usu actionum pœnalium juris Romani in foris Germaniæ dissertationem, *sub meo præsidio defenderat respondens*, cap. 1. §. 4. *Videamus nunc, an condictio furtiva meliori jure inter actiones ex delicto rei persecutorias referatur. Est utique rei persecutoria*, l. 7. § 2. ff. de Condict. furt. *sed non est ex delicto, quia hic non agitur de dolo, sed ex mera æquitate inventa est, ut dominus habeat actionem, qua æstimationem rei suæ a fure, qui absque dolo desierat possidere, recipere possit, unde & in heredem datur in solidum*, d. l. 7. § 2. l. 8. h. t. *Nec obstat, quod actio rerum amotarum, cum condictione furtiva his comparetur a Paulo*, l. 6. § 4. & l. 21. § penult. ff. de act. rer. amot. *actio rerum amotarum autem adversus heredes datur, saltem in quantum pervenerit*, l. 3. C. rer. amot. *Torsit hæc antinomia valde illustrem Huberum, ut ad ea, quæ Dominus Præses adversus ejus conciliationes regessit ad* Tit. rer. amot. Posit. 6. lit. d. e. *nihil reposuerit in* Prælect. ad Pandect. d. tit. *Quid si ita dicamus? Paulum* in d. l. 6. § 4. *& Ulpianum* in l. 9. de condict. furt. *nequaquam dissentire, sed utrumque velle, quod tam actio rerum amotarum, quam condictio furtiva, (non considerato fonte diverso unde oriantur,) debeant dari adversus heredes in solidum, quia sunt rei persecutoriæ: Sane Ulpianus in* l. 7. de cond. furt. *condictionem furtivam in heredem dari asserit, non, quod ex quasi-contractu oriatur, sed quod sit rei persecutoria, & Paulus in* d. l. 21. § penult. *comparationem inter utramque actionem: instituit, quod nimirum sint rei persecutoriæ, & ideo post annum dentur. Imperatorem Diocletianum autem diversum a Paulo dispossuisse in* d. l. 3. C. rer. amot. *vel, quod inconcinnum esse arbitratus fuerit, actionem ex delicto in heredes dari, vel alia ex ratione. Hactenus ex illa dissertatione. Venit alio tempore in mentem, annon condictio furtiva sit inventa eo tempore, quo rei vindicatio nondum dabatur adversus eum, qui dolo desierat possidere. Nam hæc qualitas rei vindicationis olim ignorabatur, ut diserte patet ex* l. 27. §. 3. de R. V. *Neque huic conjecturæ obstat, quod condictio furtiva etiam detur, si sine dolo malo & culpa interierit res*, l. 16. de Cond. furt. *Nam id vel intelligendum in specie de casu commodatarii, vel de dolo speciali in amissione commisso. Nam generaliter fur quandocunque amittens rem, censetur dolo eam amisisse, quia, quamdiu non restituit rem, in perpetua mora & dolo est*, l. 20. eod.

3. Qua DOMINUS REI, est in definitione. Datur enim hæc condictio ad supplendum rei vindicationis *defectum*; quæ cum soli domino detur, hanc quoque soli domino dari consentaneum est, & quidem si res ei surrepta sit, ac tempore litis contestatæ dominus fuerit, *l. 10. § 2. & 3. h. t.* ut tamen si quis dominus non sit, verum aliter ejus interfit, detur incerti Condictio, *l. 12. § ult. h. t.*

CONTRA FUREM: Qui vere rigideque Fur sit, & rem corporaliter abstulerit, non adversus eos, qui cum fures non sint, actione tamen furti tenentur, ut sunt hi, quorum ope consiliove furtum est factum, *l. 6. h. t.* Ratio, quia condictio furt. non respondet actioni furti, sed, ut dictum, corrigit defectum rei vindicationis, quam solummodo adversus rei ipsius possessores dari, nota res est. His igitur casibus cessat condictio: Nec est tamen, quod non dominus cujus interest, aut ipse dominus agens adversus eum, qui rem non contrectavit, at ob dolum furti tenetur, non est, quod hi conquerantur, inquam, habent enim actionem furti in duplum, vel quadruplum. At hoc quod dicam, ab arbitris antiqui & hodierni juris haud dubie probabitur; Quia nunc in duplum & in quadruplum actiones cessant, adversus omnes, qui furti tenentur, dandam esse condictionem furtivam, nec non omnibus eam competere, quibus actio furti competit, statuendum est. Ita quoque Mornacius ad *l. 1. h. t.* non hac ratione, quam nos demonstravimus; Verum ideo, quia mera subtilitas juris civilis sit, cujus ratio reddi nequeat: *Subticet Cujacius*, inquit, *& alii præter Wesenbecium, qui tamen nihil exerit, quod sit satis.* Spero, causam a nobis redditam esse clariorem, quod hæc condictio se non referat ad actionem furti, quæ datur omnibus quorum interest, verum ad rei vindicationem: & quod non domino jure civili competat actio furti pœnalis etiam contra eos, qui rem non contrectarunt: quæ pœnalis actio cum hodie cesset, inquam, res jubet, ut condictio furtiva tam late pateat, quam actio furti. In quod Autumnus & Grœnewegius heic loci consentiunt; ideo, quod hodie *Actionum nomina libellis non inserantur.* Qua ratione si contentos esse oporteat, sufficit unum actionis nomen in genere, nec in singulis speciebus laborandum. Rectius consulunt, qui utcunque nomen actionis libello non inserendum sciant, nihilo secus tamen, quæ singulis negotiis actio conveniat, perspectum habere volunt, ut in conclusione formanda instar exempli propositam habeant.

ET Ejus HEREDEM. Idque non modo, quatenus ad heredem pervenit, sed etiam in solidum, ut validissime adfirmat Ulpianus in *l. 9. h. t.* quæ de re cum dixerimus ad *tit. Inst. de Oblig. ex del. in fin.* copioseque eandem rem agat Wissenbachius ad *h. tit. n. 5.* & Struvius *n. 54.* qui in omnium manibus sunt, nihil est, cur nos actum agamus.

4. *Ut AUT REM, AUT EJUS ÆSTIMATIONEM;* secundum ea, quæ in principio ad *h. t.* Res ipsa existens præstari debet, ut nunc est, sine deductione impensarum; imo si perierit, æstimatio facienda est, non quatenus in re fuit tempore furti, sed prout postea, sumptu quoque furis aucta & ornata fuit, *l. 13. h.* ubi notabile exemplum: id est, quanti res unquam plurimi fuit, *l. 8. § 1.* Non obstat *l. 2. § 3. de priv. del.* Tempus enim judicii accipiendi illic est, quo judicium debuit accipi. Addantur, quæ dixi *in Prælect. ad § ult. Inst. de oblig. ex del. & ad § 14. de Action. & § 1. de perpet. & tem. Action.* Sane si fur aut ejus heres rem furtivam obtulerit, eaque deinde perierit, * cessare actionem ad æstimationem, docet Lex *8. h. t. in pr.*

* Jure Saxonum nonnulli contendunt, res furtivas a fure Magistratui restitutas, si dominus intra annum dominium suum non probaverit, pro derelictis haberi, adeoque Magistratui cedere, *a. L. R. l. 2. art 31.* Richter. *Dec. 90. n. 109. sq* j. Schilt. *ad ff. Ex. 24. sb 15.* Lyncker. *Dec. 672.* Sed cum *Ord. Crim. a. 113.* Magistratum res furtivas asservare, & Domino restituere jubeat, idemque *P. 4. C. El. 33. f.* cautum deprehendatur, vix est, ut id hodie obtineat, unde etiam post annum res furtivæ dominium probanti restituendæ sunt. *j. L. R. l. 2. art. 25.* sic *pron. Fac. Jur. Lipf. Mens. Nov. Ann. 702.* Pingizer. *Ill. Quæst. 19.* Carpz. *P. Crim. qu. 80. n. 19. seq.* Berlich *P. 5. C. 45. n. 29. sq.* Zobel. *P. 4. differ. Jur. Civ. & Sax. ff. 30. n. 11.* Non vero locum habere apud nos condictionem furtivam, quoties fur laqueo punitur, aut pœna corporis afflictiva coercetur, dictum est *supr. P. I. p. 355.* adde Carpz. *Pr. Cr. qu. 80. n. 140. sq.* Berl. *P. 5. Concl. 45 n. 16.*

Tit. II.

De Condictione ex Lege.

I. Quid hæc condictio, & origo ejus. II. Exempla ejus. III. Usum ejus esse frequentissimum; contra Grœnew. IV. Habere etiam locum in actionibus, quæ dantur ex consuetudine.

QVoties Lex obligationem producit, neque actionem dicat; toties condictio ex lege oritur, *l. un. h.* quemadmodum ex Edicto Prætoris actio in factum descendit, *l. u. de præscr. verb.*

SCHOLIUM.

Cujus fontem forte non incommode poteris ad quasi-contractus referre. Quod enim in veris contractibus, sunt innominati, & præscriptis verbis actio, id in quasi-contractibus æquitas Lege roborata est, & condictio ex Lege.

RESPONSIO.

Contenti simus origine hujus actionis, quam Lex ipsa dedit, eaque est LEX. An negotium, cui lex vim dedit obligationis, ferre queat nomen quasi-contractus, *in singulis videndum: In universum non potest hujus Actionis causa ad illam speciem referri.*

N. ADDIT.

Eadem vero autoritate, qua Autor nobis contradicit absque ratione, nitemur in nostra sententia, & imo meliori, quia nostram sententiam supra corroboravimus, & rationibus ex analogia juris desumptis, & textibus. Vid. nov. add. ad tit. ad exhib.

2. Exempla habemus in donatione nudo pacto facta, *l. 35. § ult. C. de Don.* actione ad supplementum Legitimæ, *l. 30. C. de inoff. test.* actione condictitia contra executores litium, *§ 25. I. de Act.* item contra plus petentes *§ 24. eod.* Plura vid. in *l. 2. & l. 3. C. de jur. emphyt. l. ult, § 10. C. de jur. delib.* ubi creditor jure prior agit adversus posteriorem creditorem, quia ab herede inventarienſi pecuniam accepit, antequam accipere deberet. Aliud in *l. 1. C. h.* ubi fiscus agit ante tempus ex causa primipilari; quin infinita earum exempla esse possunt, quoties novæ leges a Principibus conduntur.

3. Grœnewegius ad *h. t.* negat, hujus condictionis nomen in judiciis frequentari, auctoremque laudat Mornacium, qui tamen pluribus exemplis Gallici Fori, usum ejus confirmat. Quin etsi hodie nullius actionis nomen in judicio exprimatur, hanc tamen condictionem esse nominandam, præ cæteris omnibus, recte dixeris. Nec enim potest conclusio vi novæ legis, nisi nomine Legis expresso, formari. Denique, sicut nulla civitas aut Respubl. est, ubi non sæpius novæ leges ferantur, unde actio petitioque dari potest, nullam condictionem majoris & liquidioris usus esse manifestum est; exemplis ubique redundantibus.

4. Quin potius de ampliando ejus usu consentimus Struvio, qui etiam ex consuetudine, quæ vim legis habet, dari monet hanc condictionem, *in fin. ad h. t.* Ita, cum prior colonus, qui sementem fecit, a successore suo petit dimidiam, vel tertiam partem fructuum, pro more cujusque loci, quemadmodum fit in hac provincia, vix est, ut alia quam hæc condictio, quæ necessario nomine suo designanda est, dari possit, & ejusmodi sunt, inquam, tot species, quot novæ leges patrimoniis civium gubernandis feruntur.

Tit. III.

De Condictione Triticaria.

I. Quid hæc condictio, & ejus origo. II. Quo sensu actio sit arbitraria; an sit aliarum semper accessio. III. Quæstio de tempore modoque æstimationis ineundæ difficilis. IV. Inde removeri debet æstimatio per juram. in litem. V. Removetur hinc etiam casus, quando partes inter se convenerunt. VI. Proponitur species quæstionis; cum æstimatio facienda, sine conventione partium, eique adhibetur distinctio inter judicia b. f. & str. juris. VII. Plerosque textus occupari posse, dicendo, tempus litis cont. & rei judic. non spectari in puncto, sed ut terminos ad quos; idque probatur legibus. VIII. Idem rationibus evincitur. IX. Remoto, quod movetur in contrarium. X. Limitatio dicti, quod æstimatio fiat, quanti res plurimi, inde a mora, & quam difficilis sit æstimatio rerum, quæ non extant. XI. Aliæ duæ limitationes. XII. Quæ rursus ipsæ limitantur. XIII. An aliquis hujus tit. supersit usus.

legitur, sed ejus prudentiæ committitur, *l. 4. §1. & seq. d. tit.* Ideoque juramenti in litem,& meri judicis officii distinctio maneat,ut est, ab hac quæstione separata, sicut etiam inde separatur in *l. 3. §2. D. Commod.* in qua primo dicitur, *in* commodato locum habere jusjur. in litem, *terminis habilibus* ex *d.tit.de jur.in lit.* petendis: dein pro æstimatione *quanti res vere sit*, traditur regula bimembris, quam mox videbimus.

5. Non miscemus etiam cum hac Quæstione casum, quo certa rei æstimatio in obligationem deducta est, quia tunc non quæritur, utrum creverit æstimatio, vel secus; verum simpliciter, in quam se debitor obligavit, in eam condemnandus est præcise.*l.28.ff.de Novat.* Idque satis videtur esse positum extra controversiæ statum. Proximum huic, neque tamen cum eo confundendum, hoc est; si convenerit, ut certo tempore merx solveretur, neque tamen soluta fuerit; nam & hoc satis expeditum est, promissæ mercis æstimationem esse considerandam, quæ fuit eo tempore, quo convenit ut solveretur, neque exinde, mora licet commissa, crescere æstimationem, *l. 22. de Reb.cred. l.ult. de Trit. act.l.37.ff. Mandati. l.22.de O.& A.l.59.de V. O.l.11.de Re Judic.* a qua liquida Juris antiqui sententia licet Doctores communiter dissentiant, gaudeo tamen nostram Curiam prætulisse juris civilis doctrinam, apud Sandium *lib.3.tit. 4. Defin. 8.in fin.*

6.Remotis igitur his articulis,ut alienis, aut expeditæ decisionis, plurimum est allevata difficultas propositæ Quæstionis, ad hos terminos redactæ; Si quis non restituerit rem, ad quam præstandam sine tempore certo erat obligatus, eaque perierit, aut deterior facta, veroque pretio æstimanda sit, cujus temporis habendi sit ratio: Distinguendum, *In bonæ fidei judiciis rei judicandæ tempus observatur, in strictis spectatur tempus litis contestatæ, l.3. § 2. D. Commod.* quam regulam male nonnullos ad casum juramenti in litem referre, modo demonstratum est; fit quidem in *d. §* 2. juramenti illius mentio; sed opponitur ei æstimatio quanti res sit, de qua est hæc distinctio, ut sic oppositio illa declaratur in *l. 1. 2. 3. & tot. ff. tit. de In lit. jur.*

7. Verum huic distinctioni opponitur agmen textuum, quos recenset, & suo more conficit Wissenbachius noster, ad *tit. de Reb. cred. n. 11. & 12.* sed quorum numero multum derogare potuisset, si in mentem ei veniisset, quod ratio negotiique natura omnino exigere videtur, etsi Vir Cl. aliique cum eo disputent in contrarium. Scilicet, tempora Litis contestatæ & Rei judicatæ non esse accipienda, *in puncto*, sed ut terminos, quos ad usque fiat æstimatio, ut reus, qui est in mora, teneatur ad id pretium, quo res plurimi fuit a tempore moræ, usque ad litem contestatam *in strictis*, & in bonæ fidei judiciis *usque ad sententiam.* Hoc est, quod Ulpianus ait in *l. 2. h.t.* cum dixisset, condemnationis tempus spectandum, subjungit *in fine*, reducendam æstimationem *ad tempus moræ.* Idem Ulpianus in *l. 8. § 1. de Condict. furt.* Quæritur, *cujus temporis æstimatio fiat, placet*, inquit, *id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit.*

8. Non minus evidenter ratio & natura negotii, hancce laxiorem suggerit interpretationem. Nam primo, si dicamus, in strictis præcise tempus litis contestatæ spectandum, in bonæ fidei judiciis tempus rei judicatæ, non quod ante sententiam fuit, tum mora longior debitoris conditionem non faceret deteriorem, sed æque ad ejus commodum quam ad damnum pertineret, quando non minus vilissimum in illis punctis temporum, quam maximum potuit esse pretium; at secundum explicationem nostram, mora semper ad deteriorem debitoris conditionem pertinet, juxta regulam, Unicuique sua mora nocet, *l.173. § 2. de R. J.* si, inquam, in id quod res unquam plurimi fuit, cunctator teneatur. *Secunda* ratio, Mora perpetuat obligationem, *l. 91. § sequitur. de V. O.* Quando igitur ante litem contestatam, mora commissa, res fuit pluris, eo tempore debitor in eam æstimationem, quæ tunc est in præsenti, tenetur, atque hæc obligatio semel constituta per moram continuatur,nec adeo decrescere potest,ut sæpe fieret,si temporis ante litem contestatam ratio non haberetur, sed tantum ejus momenti, quo litis contestatio peragitur. Non opus est, ut dicamus, per moram induci novam obligationem, quæ est instantia D. Wissenbachii, quasi contra *l. 44. de Oper. libert.* ubi per moram dicitur quis in obligatione *retineri*: nihil opus nova, sufficit obligatio continuata ad hunc, quem volumus, effectum. *Tertia* ratio: Quandoquidem in hac quæstione fit oppositio inter judicia b. f. & stricti juris, *d. l. 3. § 2. Commod.* atque illorum natura sit, ut præstationes multo pleniores & effusiores habeant, quam stricti juris actiones, quod demonstratum est *supra Part. I.* non potest fieri, ut hæc distinctio tali effectus differentia careat. Si æstimationis alia sit in judiciis bonæ fidei

fidei, quam est in strictis ratio, necessarium dictu est, pleniorem esse præstationem in prioribus quam in posterioribus: Et est plenior in τοῖς bonæ fidei, arctior in strictis hac parte præstatio, si in his reus teneatur, ut nos putamus, quanti res plurimi fuit usque ad litem contestatam; in bonæ fidei judiciis insuper usque ad rem judicatam, ut si pendente lite creverit æstimatio, hactenus etiam mora noceat debitori. Si vero tu puncta temporum illorum duntaxat consideres, nihilo plus est in bonæ fidei judiciis, quam in strictis; quia non minus evenire potest, ut res sit plurimi, quando litis contestatio sit, quam quo tempore sententia ferenda est.

9. Hæ rationes facile sufficiunt, ut tueamur sententiam nostram de æstimatione facienda, (quando nihil conventione determinatum,) quæ est eadem veterum Doctorum communis, teste Fabro *4. Cod. t. 2. def. 7.* adversus ipsius aliorumque rationes; etiam adversus hanc, quam dixi, quod obligatio per moram non augeatur, quam Faber urget inprimis: Nec enim obstat, quo minus æstimatio crescat; ita enim separat Paulus argumentum obligationis ab incremento æstimationis. *Nec major sit*, inquit, *obligatio, quod tardius agitur: quamvis crescat, si vinum hodie pluris sit.* Addens: merito, *quia sive datum esset, haberet emptor, sive non, quoniam saltem hodie dandum est, quod jam olim dari oportuit. l. 21. § cum per venditorem. 3. ff. de Action. empt.* Quæ verba ad continuationem ejusdem æstimationis, ex mora, demonstrandam egregie faciunt. Si vero hæc, quæ dicta sunt, Legibus & factis occurrentibus applicentur, forte sperare licet, tantopere celebratam hujus actionis difficultatem longe minorem esse, quam a nonnullis intricatur.

10. Interim præcedens interpretatio, quod Reus in id teneatur, quanti res unquam plurimi fuerit, ubi nihil certe convenerit, usque ad litem contestatam, vel sententiam, capit aliquot limitationes: Quarum prima, Quod, si res petierit ante litem contestatam, ultra quam in rerum natura existit, ejus æstimatio crescere nequeat; cum utique τὰ μὴ ὄντος, *ejus quod non est*, affectio nulla detur: Tunc igitur a mora usque ad rei interitum, durat incrementum æstimationis, ut traditur in *l. 2. h. t.* Sed est difficilis in hypothesi æstimatio rerum, quæ perierunt, præsertim si mobiles & multæ sint; nec enim aliter quam per testes de qualitate rerum pretioque fides fieri potest; quæ probatio, rebus non extantibus, admodum lubrica & incerta est; quod exemplo memini comprobatum hujusmodi. Anno 1680. *Antonius Jennenia* Consul Doccumanus, condemnationem nactus adversus colonum suum, cum executionis causa res ejus auctione publica esset dissracturus, mandatam dilationis, quod Colonus a Curia impetraverat, in ipso momento venditionis faciendæ sibi insinuatam, contemserat. Rebus distractis Colonus condemnationem adeptus ad restitutionem, damni illati ex eo, quod res præcipiti venditione sub vesperam diei, contra mandatum Curiæ, multo minoris quam valerent, venditæ essent; per testes singularum rerum æstimationem probare instituit, eaque via enormem pecuniæ summam, supra modum facultatum ejus, confecit. Habent enim æstimationes rerum pro singulorum judicio, præsertim rebus ipsis in medio non extantibus, ingentem latitudinem: Nec tamen alia ratio, nisi per testes hoc casu, vel si testes deficiant, & contumacia dolusve arguatur, jurandi in litem a Judice potest iniri: Neque tamen dubitandum, quin Judex, ut jurisjurandi enormitatem, sicut antea dictum, moderari potest, ita quoque testium arbitrarias æstimationes, ad fines probabilitatis reducere queat, & debeat.

11. Hoc etiam pro limitatione dicti, *quod æstimatio fiat, quanti res unquam plurimi fuerit*, tenendum; ipsum pretii augmentum, non consequentiam lucri aut damni inde provenientis, esse considerandum. Si vinum vere sit pluris, hoc præstandum, non quicquid vino vendito, per negotiationem lucrari potuisset. Frumentum quanti fuit in foro, tantum præstari debet; non damnum, quod ex fame familiæ aut jumentorum inde fuit ortum, *d. l. 21. § 3.* Huic affinis est hæc observatio, quod non fortuiti & exquisiti casus, quibus res justo majore pretio vendi potuit, sed æstimatio communis & forensis, ut ita loquar, inspicienda sit, quod indicat Jctus in *d. l. 21. § 3.* verbis; *omnis utilitas emptoris in æstimationem venit, quæ modo* CIRCA REM ipsam consistit.

12. At hæc limitatio rursus limitanda videtur, nisi dolo vel contumacia Rei non fiat restitutio; tunc enim quicquid utilitatis interceptum est, videtur adjudicandum, ex *l. 13. in pr. de Action. empt.* & ex *argumento* in litem jurandi, quod in infinitum respectu omnium utilitatum, permitti-

tur

tur ob dolum vel contumaciam. Sed videndum, ne non æstimationis rationem, cum eo quod interest, misceamus, de quo regulas aliquot habuimus ad *tit. I. de Action. num. 19.* & de quo locus *ad tit. de Usur.* iterum nobis occurret.

13. Cæterum, Condictionis Triticariæ nullum amplius usum supereſſe, tradunt Mornac. Autumn. Grœneweg. ad *h. t.* quibus contradicit Ant. Merenda *d. lib. 13. c. 23. n. 11.* Nempe, si rem & usum æstimationis spectes, nihil adhuc usitatius; si formulam agendi nomenque requiras, dicere licet, omnes actiones esse sublatas in usu fori.

TIT. IV.

De eo, quod certo loco dari oportet.

I. Quid hæc Condictio, & qualis locus intell. II. III. Qua ratione hæc actio e str. jur. transformetur in arbitrariam, & cujus utilitas vertatur. IV. Non opus esse tali mutatione in b. f. judiciis. V. Paraphrasis L. Centum Capuæ. h. t. VI. Casus, quibus hæc actio cessat. VII. Usus ejus hod.

COndictio de eo, quod certo loco est; Qua id quod certo loco promissum dari debuit, alio loco petitur, facta commemoratione loci, quo dari debuit. Cujac. *parat. h.*

SCHOLIUM.

Non quovis, sed domicilii, vid. not. ad Strauch. XVII. 3. p. 186. & XXIV. 19. p. 355.

RESPONSIO.

Dic potius, ubicunque Reus forum habet legitimum, sive domicilii sive contractus, vel submissionis, modo reus in eodem loco reperiatur. Satis enim hoc intelligitur, eum, qui certo loco dare promisit, non posse quovis loco infinite convenire. Ex eo, quod nos addidimus, responderi potest ad l. 43. de judic. l. 6. § 1. de Const. pec. l. 21. de Condict. Indeb. l. 137. § 2. de V. O. *Adde* Struv. n. 69. h. & in resolut. ibid.

N. ADDIT.

Tres sunt sententiæ circa hanc quæstionem. Una, posse convenire eum, qui certo loco promisit, quocunque in loco, etiam alias incompetente, per l. 43. de judic. *Secunda, posse convenire eum in quocunque foro alio competente, cujuscunque generis sit, quam defendit Autor, & sine qua non putat responderi posse ad alium textum obstantem* d. l. 43. (*Nam cum reliquis textibus facilius transigitur.*) *Tertia, quod ille alius quic. locus, de quo loquitur* l. 43. *sit intelligendus saltem de foro domicilii, (sub quo tamen etiam comprehendi debent fora privilegiata quasi-domiciliorum, ubi quis degit functionis vel dignitatis causa,) quæ sententia est nostra. Probamus initio sententiam nostram, adducendo loca in scholio allegata. Postquam enim & Strauchius ita præiverat, forum in hac actione competens, dicens esse forum domicilii, adjeceram: Recte, non in quovis loco indefinite. vide Struv.* Ex. 18. th. 69. ibique in resolut. *ubi respondet ad* l. 43. de judic. l. 16. § 1. de constit. pec. l. 27. de cond. ind. l. 137. § 2. de V. O. *Contra rationem rectam quippe est, ut adjectio loci in contractu, contra intentionem contrahentium efficiat, ut ipsi in foro plane incompetente conveniri possint. Nec obstat ulterius, quod forum domicilii generale sit omnibus causis tractandis. Conf.* Struv. Ex. 9. th. 35. *adeoque si actio de eo, quod certo loco, tantum ad forum domicilii restringi debeat, plane non opus fuisset, ut ea a prætore peculiariter introduceretur: Respondeo enim, distinguendo inter actiones b. f. & stricti juris. In istis sufficiebat forum istud domicilii generale, in his autem, cum judex regulariter non deberet verba transgredi, non poterat citra peculiarem prætoris concessionem, actio in foro domicilii institui.* Vid. l. 7. de eo, quod certo loco. Struv. Ex. 18. th. 67. *Addideram porro in loco secundo: Si igitur quis in alio loco quam domicilii, & plane inconveniente, actionem instituerit, eum non solum jure veteri causa cecidisse, sed etiam jure noviori in triplum fuisse condemnatum, arbitror* arg. § 33. Inst. de action. *potissimum verbis:* Sin autem quantitate, vel alio modo. *Adde quos citat Philipp.* in usu Pract. Inst. lib. 4. Ecl. 57. n. 6. *Moribus nostris opponeretur in hoc casu exceptio fori incompetentis, reusque ab instantia absolveretur, & in expensas condemnaretur, salvo tamen jure actoris actionem debito in loco instituendi. Dicis: at vero hæc loca non probant, quod est in quæstione. Oppugnant enim saltem sententiam priviam, quam & Huberus oppugnat, non autem oppugnant secundam, nec ergo probant præcise tertiam. Respondeo: Neque tum putabam esse plures sententias duabus, adeoque refutata illa prima, credebam non opus esse*

esse ut aliquid adderem. Jam vero postquam Autor illam tum ignoratam sententiam defendit, ostendendum est paucis, eam repugnare sensui communi, id est, si in lege illa 43. verba, alio quoc. loco, *semel explicentur*, alio quoc. loco competente, *non posse per alium locum competentem quemcunque alium intelligi, quam locum domicilii, vel ubi quis degit tanquam in foro privilegiato; Cum de alio fori genere non sit casus dabilis. Nempe quatuor sunt fora ordinaria, domicilii, contractus, rei sitæ, delicti commissi. Forum contractus hic non intelligitur per* alium *locum, quia, si quis certo loco dare promisit, is ipse locus, ubi dare promisit, est locus contractus; ut ex primis principiis notum est, ergo non potest sub nomine* alterius *loci in* d. l. *intelligi. Forum delicti commissi, etiam non potest obtinere, quia hoc saltem obtinet in actionibus ex delicto. De Foro rei sitæ par est ratio, quia forum rei sitæ locum saltem habet in actionibus realibus, vel interdictis. Ergo quid amplius restat? Nullum forum, nisi forum domicilii. Jam facile cadit doctrina Autoris*: Ubicunque, *inquit*, Reus forum habet legitimum, sive domicilii, (*bene,*) sive contractus, (*atqui forum contractus est illud ipsum, ubi solvere promisit,*) vel submissionis. *Ad hoc vero respondemus: I. Bene, quod Autor ipse agnoscat, forum rei sitæ & delicti hic esse impertinens. II. Forum submissionis, quale fori ordinarii genus? Credo, Autorem novum terminum & effinxisse, & substituisse, ut saltem haberet quid, quod dicis gratia afferret: Neque enim supra, ubi de foro competente plena manu agit, quicquam de hoc foro submissionis deprehendere potui. III. Si intelligit forum incompetens, sed cui reus sponte se submisit, quidem initio non merebatur collocari inter genera fori legitimi, ut de quibus hic diserte agit Autor; deinde etiam non poterat afferri in quæstione de foro, ubi quis tenetur respondere invitus.*

2. Notum est, discrimen inter actiones bonæ fidei & stricti juris, consistere in hoc potissimum, quod in actionibus strictis judex non potest excedere terminos conventionis inter contrahentes factæ, & quod in opposita specie judex habet liberam potestatem æstimandi ex bono & æquo, quod alter alteri dare præstare debeat, etiam ultra expressam conventionem, ut declaratum est in parte priore *p. 410. n. 25.* Quando igitur aliquis ex stipulatu, aliove stricti juris contractu, alteri *certo loco* debere cœperat, si quidem eo loco, qui expressus erat a partibus, actio movere-

tur, nihil ad ejus naturam accedebat, sed ut stricti juris erat, ita exercebatur. Verum si contingeret alio loco fieri petitionem, etsi Reus ibi forum haberet, tamen actio procedere non poterat, quia judicis officium egredi nequibat terminos conventionis, quæ certi loci meminerat; præsertim quia præstationes ex varietate locorum redundantes, sæpe magni erant momenti, ut Gajus exponit in *l. 3. h. t.* Quare ut id, quod ratione loci intererat, salvo juris ordine petieretur, opus fuit actionis naturam non adeo mutari, quam aliquid ejus qualitatibus superaddi; Hoc erat, ut judex ejus quod interest, ex varietate loci rationem habere posset; nec ita partium conventioni adstrictus, ex æquitate condemnationem moderari posset, quo sensu placuit hanc actionem non amplius stricti juris appellare, sed arbitrariam, in *l. 14. §. 1. & 2. tit. h.*

3. At hoc loco rursus observandum venit, Arbitrariam vocari hanc actionem non eo sensu, quo arbitrariæ speciem faciunt oppositam bonæ fidei & stricti juris actionibus, idque ab arbitrio, id est, a jussu Judicis rem jubentis restitui, cui si non pareatur, sequi solebat condemnatio in aliquid majus, ut ad *tit. præcedentem* observatum est; sed ab illo arbitrio æstimandi id, quod ratione loci interest, in ipsa ultima sententia. Proinde cum arbitrium non inferat differentiam specificam, sed qualitatem adjectitiam, manet in se quæ prius fuit, adeoque stricti juris adhuc est actio. Si, ut plerumque fit, agatur ex stipulatu, manet eadem e stipulatu actio, & judicis officium ampliatur, *l. 2. §. 7. & 8. h.* Idem est, si e testamento, quæ est etiam stricti juris, mota sit actio, *l. 5. h.* & liquidius, condictio certi e mutuo, *l. 6.* Cæterum, datur hæc actio stipulatori quidem, non tamen semper in ejus utilitatem, sed tam in commodum rei, quam actoris, si per hunc steterit, quo minus certo loco solveretur, *l. 2. pr.*

4. Ex his facile colligitur, quod in b. f. jud. hæc adjectitia qualitas necessaria non est: quia natura illorum facile id quod interest complectitur, licet extra conventionem, *l. 7. pr. h.* nisi respectu stipulationis alicujus accessoriæ, *§ 1. cod.* Denique nota, eum, qui alio tempore petit, quam quo convenerat, nullam qualitatem novam inferre judicio, quoniam id, quod hactenus interest, actione ex stipulatu per se potest peti, *l. 114. de V. O.* Ratio differentiæ inter locum & tempus videtur, primo, quod adjectum tempus non solet alias mutare naturam actionis, neque vim ejus suspen-

dere; neque tollere, ut dix. ad § 2. & 3. *Inst. de V. O.* tum, quod utilitas ratione temporis, multo promptius æstimari potest, quam locorum diversitas, quatenus pretia rerum & usuræ pecuniarum singulis fere locis variant, ut ad § 35. *Inst. de Action.* Theophilus exponit.

5. Quod si is, qui certo loco, veluti Capuæ, stipulatus est, fidejussorem acceperit, ea pecunia similiter a fidejussore ut ab ipso promissore, peti debebit; id est, ut si alibi quam Capuæ petatur, actio fiat arbitraria, ut æstimetur id quod ratione loci interest, & hoc præstet fidejussor. Nec ideo necesse est, ut dicamus; *obligationem* fidejussoris augeri eximde, quod debitor principalis Capuæ non solverit, ita quemadmodum obligatio fidejussoris ex causa usurarum augetur; nam hæc causa dissimilis est. Etenim usura debetur in contractibus strictis ex stipulatione speciali, (*l. 3. C. de Usur.*) Et proinde cum fidejussor in omnem causam obligatus tenetur ad usuras, jure obligationis teneri intelligitur; hic autem una est obligatio pecuniæ creditæ: & æstimatio ejus quod interest ob mutationem loci, non venit ex obligatione propria, sed ex officio Judicis. Atque hujus differentiæ manifestissimum argumentum est hoc; Qui centum Capuæ stipulatus est, si post moram debitoris partem pecuniæ acceperit, respectu ejus quod accepit, non potest agere in id quod interest: verum qui sortis usurariæ partem accepit, usuras in stipulationem deductas nihilominus, etiam de parte sortis quam accepit, recte petet. *Hæc est paraphrasis Legis Centum Capuæ. 8. h. t.* quæ inter difficillimas habetur: sed difficultas e commentariis Interpp. prolixis magis intricatur. Nihil est potius, quam intendere animum ad ipsa verba textus, quæ non videntur esse tam obscura, quam prædicantur. Positiones ea comprehensæ ad *tit. de Usuris, & de fidejussoribus*, iterum nobis occurrent, heic sufficit intelligere mentem Africani in *d. l. 8.*

6. Sunt casus, quibus hæc actio cessat; quorum Primus esse videtur, si quis factum promiserit; hoc enim ut sine adjectione certi loci non valet promissum, ita non potest alio loco peti, quia non esset idem factum, *l. 2. § 5. h. t. l. ult. de V. O.* II. Si alternative, aut Ephesi aut Capuæ, sit promissum, & per actorem steterit, quo minus Ephesi petitum sit; Capuæ tamen peti potest, ut actio non fiat arbitraria, quia potuit actor, utro loco vellet, agere: Nam in alternatione locorum placet actoris esse optionem, cum in alternativis rerum electio sit debitoris, *l. 2. § 3.* ubi ratio differentiæ practica redditur a Scævola; quin, hoc ipsum juris esse contra omnes, qui duplex forum habent, inde observatum est. III. Si creditor post moram debitoris acceperit pecuniam, sine protestatione, cessat hæc actio, quia pœnam remisisse videtur, *l. ult. fin. h. t.*

7. Moribus hodiernis, hæc mutatio qualitatis e stricti juris in arbitrariam actionem, nullam videtur habere facultatem, etsi Grœnewegius hic taceat, secus ac Mornacius; Etenim si maxime differentia stricti juris & bonæ fidei actionum non sit ubique sublata, ut apud nos fane plerique durant effectus, arbitrariæ qualitatis nomen & usus ignorantur: Simpliciter ex stipulatione factove, dabitur actio in id quod interest, tam ratione loci, quam temporis respectu. Summa tamen rei ferme eodem redibit, ut judex arbitretur, quanti interfit alterius, per quem non stetit, quo minus loco convento petitum fuerit.

TIT. V.

De Pecunia Constituta.

I. Quid Constitutum, & fundamentum obligationis ejus. II. An sit Contractus. III. Constituti usus pro alio, discrepans adhuc a fidejussione. IV. Constitutum pro nobis ipsis, quem usum habet, tam in quam extra judicium. V. Constituenti pro alio, dari beneficia fidejussorum; non tamen ordinis, si quis ad tempus certum constituerit. VI. An hodie intelligenda sit novatio in casu constituti ad certum tempus. VII. Tralatitiæ Constituti proprietates. VIII. Cessare actionem constituti, si Creditor in mora fuerit, salva actione Principali.

QVando homines id agere volunt, antequam res in judicium veniat, ut petendi facultas alio vel loco, vel tempore, constituatur, in eum finem Constituta comparata sunt, *l. 3. § f. l. 4. & l. 5. h.* Est Constitutum, finiente Cujacio, nihil aliud quam conventio, qua quis spondet citra stipulationem, se soluturum esse, quod ipse, vel alius debet. Fundamentum hujus actionis recte a Dd. pactum geminatum statuitur, in quo cessat ratio prætoris, ne quis temere promisisse videatur,

tur, quemadmodum in muliere, quæ post biennium repetiit intercessionem, cessat imprudentiæ præsumptio, quæ causam sanctioni Vellejanæ præbuit, *l. 22. C. ad Sc. Vellej.*

2. Sed non opus fuerit ambigere de ratione, quam propter actionem pariat Constitutum, si verum sit, quod Cujacius in *parat. h.* statuit, Constitutum esse *contractum*, pro qua sententia minime spernendum videtur hoc argumentum; *Conventio habens nomen ad materiam habilem obligationis, est contractus, & quidem nominatus: Atqui Constitutum est ejusmodi conventio.* Respondetur, non tam Artis ingenium, quam usum Juris facere, ne Constitutum pro contractu sit habendum. Nusquam refertur inter contractus: quo minus referri posset, ego quid obstet, non admodum videre me fateor: Nisi tu dicas; hanc Conventionem non vocari certo nomine *Constitutum*; ubique pluribus verbis, pactum *constitutæ pecuniæ* circumscriptum videmus: Ut adeo forte an certi nominis hanc esse conventionem, ac ita contractum, negari possit.

3. Quid sit *Constitutum*, (ita compendio appelletur,) quid differat actio Constitutæ pecuniæ ab actione receptitia, dictum jam est in *Parte I. p. 401.* Sed ad Usum ejus paulo presslius; Ex definitione liquet, id eo esse comparatum, ut vetus debitum vel nostrum, vel alienum, in nos recipiamus. Et quidem quo fine alienum debitum alius in se recipiat, per se manifestum est, cum idem inde fructus, qui ex fidejussione, redundet; imo hanc Constituti speciem moribus hodiernis cum fidejussione confundi, sublato ejus unico discrimine, quod est stipulationis & pacti, æque manifestum videtur, & jam observatum est *Parte I. l. c.* idemque monet Gudelin. *l. 3. jur. noviss. c. 11. v. fidejuss.* Grœneweg. *ad l. 4. C. h. t.* Videndum tamen, ne non adhuc diversæ res esse queant, veluti: Uxor sine viro promisit; Vir deinde recepit etiam absque novatione; non est fidejussio, sed est Constitutum. Sic etiam si quis aliud promittat, quam Reus principalis debet, fidejubendo non obligatur, *l. 8. § 7. & 8. de fidejuss.* At qui pro alio rem aliam, quam is debet, promittit soluturum, ex Constituto obligatur, *l. 1. § 5. h. t.* nec dubito, quin hodieque teneatur. At quomodo, roget aliquis, in usu vernaculo discernemus Constitutum a Fidejussione? Nomina distincta satis usitata sunt; *Acte van aenmeninge*, Constitutum, *Borgtogte*, fidejussio. Proinde, si quis ita scripserit aut dixerit; Ego recipio *neme aen*, soluturum me esse Calendis proximis mille florenos Titio, quos Cajus ei debet ex causa tali, erit Constitutum, non fidejussio, nec etiam Novatio, si nihil aliud exprimatur. Nuper accidit mihi ipsi, & sæpe usu venit hæc species. Primo debebat Secundus Centum, Tertius fidejussor accessit: Quartus, creditor Secundi, hoc volente & adsignante, accepit Constitutum a Tertio, in hanc sententiam: *Ego* Tertius *constituo*, neeme aen, *me soluturum* Quarto *eis mensem, mille Florenos, quos* Secundus Primo *debet, pro quibus ego* Tertius *Primo fidejussi.* Erat constitutum bene distinctum a fidejussione; nam in tali specie Constitutum fieri posse, legibus proditum est; sufficit enim, esse debitum quod constituatur, etsi nec Constituens sit debitor, nec is, cui sit constitutum, Creditor, *l. 5. § 2. & seqq. h. t.* quomodo in isto exemplo se res habebat. Fidejussionem eo modo facultatem habere, nusquam legitur, nec res *ita* ferre videtur: Multum igitur abest, ut fidejussio non differat amplius a Constituto pro aliis, etsi ita communiter omnes; idque bene observandum.

4. Porro Constitutum pro nobis, quem usum habeat, edisserendum. Etenim si nihil quam confirmatio prioris debiti sit, angustam ejus utilitatem esse oporteat. Igitur primo, Quod naturaliter tantum debetur, etsi inde non datur actio, tamen constitui potest, ut effectum actionis habeat, *l. 1. § 7. h. t.* Exemplum; Scripsisti, vel antecessor tuus, debere te centum Cajo, sine mentione causæ; non potest inde agi, ut superius dictum; Si vero constituas, te soluturum, actio sine dubio dabitur. II. Quando id agere volunt partes, ut aliud pro alio solvatur, in eum finem Constitutum utiliter adhibetur, *d. l. 1. § 5.* III. Quando in diem debetur, per Constitutum id agi potest, ut pure, vel citeriore die solvatur; *l. 3. § ult. & l. sequ.* IV. Quod pure debetur, per constitutum a Conditione suspendi potest, *l. 19. § 1.* V. Qui est in mora solvendi, potest in certum diem constituere, se soluturum; cui plerumque aliquid ad certiorem creditoris expectationem accedit, ut adsignatio rei, vel personæ, unde solutio profectura sit, vel submissio sub alium judicem, aut subjectio voluntariæ condemnationis, quæ est in usu apud nos quotidiano; verum ita ut plerumque apud acta judicii declaretur. Quo facto, si Reus constituto non pareat, elapso tempore, denuo citatur, ut videat, Constitutum executioni subjectum declarari, ut vulgo loquuntur, non secus ac re judicata. Id fit apud Curiam nostram

ſtram, extemporanea declaratione Commiſſarii ad audientias, ſive ad *Rotulam.* Idemne fieri poterit, ſi Conſtitutum cum tali pacto condemnationis ſubeundæ, privatim celebretur? Ita videtur, per ea, quæ de pacto executivo tradit Sandius *Lib. 1. tit. 12. defin. 3.* Pacto enim, judicis auctoritas per ſe nihil roboris addere poteſt, ſed majoris adhibetur certitudinis cauſa. Solent autem cum hoc effectu conſtituta debitorum pro ſe ipſis celebrari; quo minus pro aliis æque fieri poſſint, nihil quidem obſtat, ſed rarius uſu venit.

5. Si vero uſu veniat, ut plures pro alio conſtituant, beneficium diviſionis inter plures conſtituentes locum habere, ſicut in fidejuſſione, vult ratio, & *lex ult. C. h. t.* nec dubium, quin beneficium cedendarum actionum, ſolventi non minus in conſtituto, quam in fidejuſſione ſit dandum, per *l. 76. de Solution.* Idem de beneficio ordinis ſive excuſſionis obtinere, licet Conſtitutum in *N. 4. c. 1.* non contineatur, quia ratio tamen eſt eadem, non dubitatur, Rittershuſ. *part. 3. ad Nov. c. 2. n. 15. & ſeqq.* Attamen quia plerumque Conſtituta ſic hodie fiunt, ut quis ad *certum diem* ſe recipiat ſoluturum, quod alius debet, maxime ſi voluntariæ condemnationi, ſi intra tempus illud non ſolvat, ſe ſubjiciat; cujus effectus eſt parata executio: ſatis evidenter id agitur, ne tum excuſſionis prætextu ſolutio differatur. Imo in ſuperiori exemplo, cum Tertius conſtituit, ſe Quarto cis menſem ſoluturum, quod Primus debebat, etſi abſque tali ſubmiſſione, nihil minus cogitatum eſt, quam de ordinis ſive excuſſionis beneficio. Idem eſt manifeſtum in exemplo, quod eſt in *l. 24. h. t.* Titius Sejo epiſtolam miſit in hæc verba; *Remanſerunt apud me quinquaginta ex credito tuo, ex contractu pupillorum meorum, quos tibi reddere debebo, idibus Majis probos.* Si ſtipulatio intervenerit, dicitur eſſe reus pupillorum loco, id eſt novatio, quo certe caſu non eſt locus ordinis beneficio. Si non proceſſerit ſtipulatio, dicitur eſſe Conſtitutum; cujus præſtatio eſt eadem & æque aliena ab ordinis beneficio, maxime quia additum erat; *Si ad diem ſupra ſcriptum non dedero, tunc dare debebo uſuras tot.* Reſpondet Marcellus; In cauſa ſtipulationis, valere ſimpliciter obligationem novam. Absque illa, ſi nihil quam Conſtitutum ſit, teneri ſcribentem quoad ſortem, non de uſuris, quia debitum non fuerat uſurarium; Conſtitutum autem non valere, niſi quatenus pure debetur, jam intelleximus *in Parte I. l. c.* ex *l. n. h. t.* alias, ſi debitum fuerit uſurarium, valet etiam Conſtitutum in uſuras, *l. 27. h.*

6. At vero cum hodie diſcrimen Stipulationis & Pacti in uſu eſſe deſierit, an ex *d. l. 24.* non eſt dicendum, fieri ſemper novationem, quando quis alienum debitum recipit, *ad certum tempus* ſolvendum? Reus enim in locum pupilli, *d. l. 24.* videtur eſſe Expromiſſor, qui Novandi animo alienum debitum in ſe transfert, ut declaratum quoque eſt *in Parte I. p. 351. n. 6.* Subſiſto; Videtur enim, quando novus debitor interponitur, eſſe novatio, ad quam hodie ſtipulatio non poteſt requiri, cum in uſu non ſit. Nec tamen uſus Fori talis eſſe videtur, ut Conſtitutio ad certum tempus, quod fere ſemper adjicitur, primus debitor liberetur; magis hoc agitur, ut Conſtitutor inſuper obligetur, alterque maneat obligatus, ut jure civili cautum eſt *l. 15. § ult. & l. 28. h. t.* Cenſeo igitur, in hac ſpecie locum etiam habere conſtitutionem *l. ult. C. de Novat.* non intelligi novationem factam; niſi id expreſſe actum ſit inter partes, etſi quoque proceſſerit adſignatio Primi Creditoris in alium. Si debitor exhibita adſignatione, conſtituerit Alii certo tempore ſe ſoluturum, nec ſolvat, aut per Alium ſteterit, quo minus ſolveretur, actionem primam nihilominus integram manſiſſe, non poteſt dubitari. Novatio demum facta videbitur, quando Primus ſuum jus crediti in alterum plane tranſtulit; & tunc promiſſio facta novo Creditori non eſt Conſtitutum, ſed nova Principalis obligatio, quod addi velim iis, quæ hac de re dicta ſunt *ſupra in Parte I. ib. n. 7.* & dicenda erunt ad *tit. ff. de Novat.* Cæterum, qui conſtituit, ſe pro alio ſoluturum intra certum tempus, videtur intra tempus illud, debitorem principalem ad ſolvendum ſeque liberandum convenire poſſe, *arg. d. cap. 1. Nov. 4. verb. Det tempus interceſſori volenti principalem deducere &c.* Habeat igitur locum in Conſtituto beneficium ordinis; Sed quia vix unquam in uſu hominum Conſtituta ſine certo tempore contrahuntur, dicamus, id in conſtituto vix uſum invenire, certe nunquam in iis, quæ apud Acta vim paratæ executionis acceperunt.

7. Hoc etiam ad uſum negotii pertinet, quod etſi differentia pacti, & ſtipulationis ſive interrogationis & reſponſionis ſolennis, quæ eſt juris civilis, hodie ceſſet; Conſtitutum tamen æque ac fidejuſſio, verbis ineundam eſſe habentibus vim obligandi perſpicuam, in hanc ſententiam ſol-

tem;

tem; *ego recipio me soluturum.* Ἐγὼ ἀποτίσω, ἐγὼ Παῦλος τῇ ἐμῇ χειρὶ ἔγραψα. *Ego restituam, ego Paulus manu mea scripsi*, quod est constitutum Pauli pro *Onesimo ep. ad Philem. v. 19.* Ik neeme aen te betalen, *ut supra.* Si quis impersonaliter dixerit, *satisfiet, daer wort angenoomen*, non obligatur, qui his verbis usus est dicto vel scripto, *Auth. si quando C. h. t.* Quod cum evidenti ratione differentiæ constet, Autumnus ad *d. loc.* censens, illam *Auth.* usu abrogatam, non habet rationem, sed optimam Grœnewegius ad *cand. Auth.* hoc temperamento addito; *nisi ex præcedentibus aut sequentibus verbis, aliusve circumstantiis appareat, respondentem de se promisisse:* Quod nec Justinianum puto adversaturum; siquidem in conventionibus voluntatem potius contrahentium, quam verba spectari, jura præcipiunt, *l. 219. de V. S.* ut id quod actum potius, quam quod scriptum est, sequamur, *l. 34. de R. J.* adde *l. 1. § 2. de V. O.* Cætera, quæ communia sunt Constituto cum aliis conventionibus, ad locum communem de *Pactis* alibi collocatum pertinent; veluti, quod tam inter absentes quam præsentes, etiam per nuntios, *l. 14. § ult.* fieri potest, aut per epistolam, ut modo dictum; denique nec alii per alium constitui potest, *l. 5. h. t.* non obstante *l. 14. § ult. & l. 15. h. t.* & si qua id genus alia sint.

8. Cessat hæc actio, si die constituto, vel etiam antea per Actorem steterit, quo minus debitum acciperet, etsi per casum fortuitum actor sit impeditus, modo reus in mora non fuerit, amittitur hæc actio, inquam, re quamlibet extante, *l. 16. § ult. & l. 18. in pr. h. t.* Quod quibus durum videtur ex argum. *l. 91. § 3. de V. O.* reminisci debent, heic rei ipsius non verti jacturam, sed actionis tantum hujus accessoriæ; Quia satis constat, principalem & originalem actionem post Constitutum, adeoque etiam post moram Actoris, manere salvam, *l. 18. § ult. & l. 28. h. t.*

TIT. VI.

De Commodato.

I. Usus verbi vetus & vernaculus. II. Definitio Commodati remissive. III. An plures Commodatarii, & Conductores, singuli in solutum teneantur. IV. An aliquando ante usum rei finitum; agi possit Commodati.

POst Mutuum, ex quo datur Condictio, cujus occasione de Condictionibus actum, sequitur *Commodatum*, cujus explicatio non est difficilis, ait Ulpianus in *l. 1. § 1. h. t.* augetque facilitatem, quod vix ulla moris hodierni a Jure Civili hac parte differentia conspicitur: * nisi quod de usu vocabuli observare licet, non valere nunc, quod Ulpianus ibidem refellit opinionem Labeonis, qui tradebat, commodare & utendum dare differre ut genus & speciem: Hoc enim more loquendi omnium fere gentium, etsi aliter ac Labeo volebat, est certissimum discrimen. Utendum dare generali vocabulo dicitur *leenen*, Gallis *prester*, cæterisque populis æquivalente verbo; Hoc autem fit tribus modis, ut ad certum finem utamur, ut ad libitum concedentis, ac ut abuti liceat. Prius Commodatum, alterum est Precarium, Tertium nihil aliud quam Mutuum; ** vernacule melius quadrat; *Bruik-Beed-Verbruik-leeninge*, quemadmodum in *Jurispr. Vernac. lib. 3. c. 10. in Comp. & cap. 16. maj. tract.* exposuimus. Quin nec Labeonis interpretatio, qui res immobiles dari

* Sunt tamen, qui Jure Saxonico in Commodatarium dominium, aut possessionem saltim transferri, existimant per L. R. *l. 2. art. 60. lib. 3. art. 5.* Hahn. *ad Wesenb. tit. de commodat. n. 7.* Carpz. *P. 2. C. El. 26. def 5. n. 2.* Coler. *Dec. 7. n. 7. seqq.* Zobel. *P. 2. diff. 32. n. 14. seq.* Sed contrarium rectius tuetur Schilter. *ad ff. Ex. 25. § 5. seqq.* Textus enim des Land-R. *l. 2. art. 60.* ad commodatum irregulare pertinet, in quo partium conventione id actum, ut possessio in accipientem transiret; *lib. 3.* autem articulus 5. de rei commodatæ culpa deterioratione accipi potest conf. L. R *l. 2. art. 36. l. 3. art. 22.* Adde Hertium *in Præm. Juris Germani* L. I. *Præm. XVIII.* & Sam. Frid. Willenbergii *dissert. de Abusu Canonis Juris Lubecensis*: Hand muß Hand wahren. Gedani 1707. ed.

** Dicitur & Germanis leihen, lehnen, & est latissimæ significationis vox *omnem usus concessionem* denotans vel *gratuitam*, ut in commodato, precario, mutuo, pro diversitate rerum fungibilium, non fungibilium, & harum, sive ad certum finem aut tempus, sive ad libitum, ut recte Noster Auctor, vel *non gratuitam*, ut in locatione conductione, & singulari ratione in fundis. Conf. Schilter. *Institut. juris Feudal.* c. 1. § 1.

quidem utendas, non tamen commodari putabat, ab usu hodierno populorum abhorret: nec enim de fundis & domibus usitatum est vocabulum *leenen:* Etsi tempore Ulpiani, Commodati vox ad immobilia quoque producta fuerit, ut ipse testatur *in d. §* 1.

2. Definitionem Commodati, & actionem inde oriundam, executi sumus in *Parte I. p. 283. sq.* ut & præstationem doli & culpæ, * *ibidem n.* 10. junctis, quæ ad *tit. de Susp. Tut. p.* 75. præmissa fuerant. Ad usum negotii forensem pertinet hæc observatio; Re duobus communi periculo commodata, singuli pro partibus tenentur, sic ut alias semper, quando plures contraxerunt, ut docet Africanus in *l.* 21. § 1. *h.* quanquam & duo quodammodo rei debendi in Commodato constitui queunt, si duorum fidem in solidum commodans secutus fuerit, ut Ulpianus *l.* 5. *§ ult. h. t.* Wissenb. *th.* 10. 10. *ad h. t.*

SCHOLIUM.

Adde Struv. h. t. th. 9. *Bene esset, si aut Ulpianus diceret, quod amborum fidem in solidum secutus fuerit commodator, quod præsupponit Wissenbach.; aut Africanus assereret, ex pacto magis adjecto vasa ibidem communi periculo fuisse, quam ex natura contractus. Jam disputatio prolixior Celsi apud Ulpianum, ostendit, dissensum fuisse inter JCtos.*

RESPONSIO est in sequentibus.

Res hæc ingentem usum habet, non modo in rebus Commodatis, sed etiam in locatis, ut bene observat Mornacius ad *hunc locum;* addens, quæstionis ejus usum longe majorem esse, postquam currus pensiles & locabiles *in sumptuosa Lutetia adeo sunt multiplicati*, ut iis personent urbes, fere ut fragosis mare tempestatibus: quod in nostras quoque urbes majores, sero licet, penetravit, novissimis difficillimisque potissimum temporibus: Est enim hæc justissimo Dei judicio perversa rerum humanarum consuetudo, ut quanto major bellis aut vilitate rerum, unde pecuniæ rediguntur, est paupertas publica, tanto magis invalescat luxus & profusio; quæ est prudentissima Mezeraji in regno Henrici III. observatio, perpetua omnium seculorum animadversione confirmata. Sed præter sumptuosas carrucas, in rebus etiam vilioribus hac de re quæritur; An si pluribus idem vehiculum, eadem vasa commodata, locata sint, in solidum singuli, an pro parte sua teneantur. Mornacius tamen nihil ad difficultatem, quæ est inter leges diversas, profert. Connanus ad *h. locum* distinguit inter actionem ad rem restituendam, & ad doli vel culpæ luitionem, quæ est Bartoli doctrina; sed etiam refellit judicii exactissimi JCtus Anton. Merenda in *lib. 8. controv. c. 16. n.* 12. ubi hæc verba; *Sicut enim obligatio restituendi inde oriens, quod quis rem alterius acceperit; ad id, quod accepit, restringitur; ita obligatio oriens ex dolo vel culpa alterius, eatenus se extendet, quatenus custodire & restituere tenebatur; si autem non tenebatur restituere in solidum, cur in solidum custodire tenebatur? quod si pro parte custodire & restituere tenetur, cur tenebitur ex culpa & dolo alterius?* Quæ sit Ulpiani *d. l.* 5. Autoris sententia, patet ex *l.* 9. *de duob. reis.* collata cum *d. l.* 5. *§ ult. in fin.* ubi, *Eandem rem apud duos pariter deposui, utriusque in fidem solidum secutus; vel eandem rem simul commodavi; sunt duo rei promittendi.* Non ait, de commodato inter partes convenisse, ut fidem utriusque in solidum dominus sequeretur; hoc in Depósito, cujus alia ratio est, obtinere; sed in Commodato ex eo ipso, quod res duobus simul commodata fuit, id intelligi statuit, quod idem est in *§ ult. in fin.* remota Celsi objectione. Ratio diversitatis inter Depositum & Commodatum est, quod in hoc usus rei vertatur, qui potest esse penes unum in solidum, etsi alter non utatur; Depositarii re deposita non possunt uti. Quia vero in locatione similiter usus vertitur, independens unius Conductoris ab altero, idcirco & ibi tenet obligatio singulos in solidum, secundum *l.* 13. *C. Locati.* cujus hæc verba sunt; *Si divisa condictio fuit, & in singulis pro partibus facta, alieno nomine eos conveniri eos oportet.* Similitudo rationis, quæ est in Commodato, facit, ut a contrario sensu omnino colligendum sit, locatione non facta divisim & pro partibus, singulos utriusque nomine teneri, hoc est in solidum. Quibus ita constitutis, nihil ambigendum, quin verba, *communi periculo, in d. l.* 21. de

* Casus enim fortuitus a commodatario non præstatur, *l. C. Comm. § 2 l. quib. mod. re contr. obl.* At, quamvis contrarium Jure Saxonico obtinere, *a. L. R. l.* 3. *art.* 5. *Gloss. L. R. l.* 3. *art.* 10. ; Specul. Svev. Jur. *cap* 243 § 2. existimet Schilt *ad Inst. Ex.* 25 § 18. *seq.* Thomas. *Diss. de Usu culparum Practico. c.* 2. § 18. plerique tamen Juris nostri & Communis consensum etiam hac ex parte tuentur, Carpzov. *P.* 2. *C. Ef.* 20. *def.* 6. Coler. *dec.* 7. *n.* 16. *seqq.*

conven-

conventione expressa sint accipienda, ut Busius *ad d. l. 5. § ult.* & plerique omnes.

N. ADDIT.

Ut ingenuus & impartialis Lector eo melius de hac Autoris responsione judicare possit, apponendi sunt ipsi textus, de quibus agitur. Ita vero Ulpianus loquitur in d. l. 5. § ult. Si duobus vehiculum commodatum sit, vel locatum simul, Celsus filius scripsit libro sexto digestorum, quæri posse, utrum unusquisque eorum in solidum, an pro parte teneatur? & ait, duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse, nec quemquam partis corporis dominum esse: sed totius corporis pro indiviso, pro parte dominium habere. Usum autem balnei quidem, vel porticus, vel campi uniuscujusque in solidum esse: neque enim minus me uti, quod & alius uteretur. Verum in vehiculo commodato, vel locato, pro parte quidem effectu me usum habere, quia non omnia loca vehiculi teneam: sed esse verius ait, & dolum & culpam, & diligentiam & custodiam, in totum me præstare debere, quare duo quodammodo rei habebuntur, &, si alter conventus præstiterit, liberabit alterum, & ambobus competit furti actio. *Contra Africanus* in l. 21. § 1. eod. In exercitu contubernalibus vasa utenda communi periculo dedi, ac deinde servus meus subreptis his ad hostes profugit, & postea sine vasis receptus est; habiturum me commodati actionem cum contubernalibus, constat, pro cujusque parte. *Tertius locus, quo Autor hic tanquam medio conciliandi, uti vult, est Papiniani in* d. l. 9. pr. de duobus reis. Eandem rem apud duos pariter deposui, utriusque fidem in solidum secutus, vel eandem rem duobus similiter commodavi, fiunt duo rei promittendi: quia non tantum verbis stipulationis, sed & cæteris contractibus, veluti emptione venditione, locatione conductione, depositio commodato, testamento, ut puta si pluribus institutis testator dixit, Titius & Mævius Sempronio decem dato. *Jam videamus responsionem Autoris. I. Quæstionem, de qua agitur, ingentem usum habere, nil facit ad conciliandam antinomiam. II. In textu positionum Autor putavit, Wissenbachium secutus, Ulpianum loqui de speciali pacto. Ad quam responsionem regessimus in Scholio, de ea nullum vestigium apparere in textu Ulpiani. Sensit Autor vim responsionis, adeoque jam vult, Ulpianum loqui de natura obligationis simpliciter consideratæ in materia commodati, eumque in finem adducit textum Papiniani in d. l. 9. Sed hic regerimus III. Autorem sequi in recensendis verbis Papiniani editiones glossatas, quæ τὸ* similiter commodati *habent, cum Florentina, Haloandrina, & recentiores, rectius & cum contextu verborum convenientius, legant* similiter commodavi, *i. e. ut in præcedentibus verbis de deposito memoratum erat, adjecto pacto, utriusque fidem in solidum secutus. Igitur IV. tantum abest, ut Papinianus differentiam illam agnoscat inter depositum & commodatum, quam latius exponere hic allaborat Autor, ut potius illud* similiter *eam omnino rejiciat. Ita vero V. manet antinomia inter Africanum & Ulpianum. Nam etsi Autor dicat, his ita constitutis nihil ambigendum esse, quin verba in* d. l. 21. *Africani,* communi periculo, *de conventione expressa sint accipienda, tamen sublatis illis, ita constitutis de differentia inter commodatum & reliquos contractus, & sic ipsa responsione corruente, subest magna ratio ea de re ambigendi, ut etiam in Scholio jam fuit notatum.*

Moribus hodiernis, ex communi interpretatione *Nov. 99.* locum in eo casu habiturum esse beneficium divisionis, non est necesse monere; quo tamen non penitus tollitur usus hujus observationis, quia frequenter evenire constat, ut beneficium divisionis cessaret; qua de re ad *tit. de fidejussoribus,* dictum est *in Parte I.* & inferius dicendum veniet. Adde Carpzov. *Jurispr. for. part. 2. Const. 26. def. 1.*

4. De actione Commodati notabimus, Rem quidem ante finitum usum repeti non posse juxta doctrinam *l. 17. § 3. h. t. Quod primo est voluntatis, postea fit necessitatis:* Videri tamen exceptionem admittendam, nisi dominus improviso casu in eum statum veniat, ut sine ingenti incommodo re sua carere nequeat, *arg. l. 3. C. Locati.* Zoes. ad *h. tit. n. 20.*

TIT. VII.

De Pignor. actione.

DE hac actione, tam directa, quæ est ad pignus repetendum, quam contraria, ad impensas, quod satis est ad paratitlarem tractatum, egimus supra in *Parte I. p. 291.* At de pignore variisque specie-

ſpeciebus ejus, expectat nos locus utiliſſimus *in libro vigeſimo*, ad quem pro majori utilitate Auditorum cuncta referri, quam res connexas divellere, ſatius arbitramur.

LIB. XIV.

TIT. I.

De Exercitoria actione.

I. Continuatio. II. Cur ex alienis contractibus alius non teneatur. III. Qui ratione officii contraxerit, an is finito officio teneatur. IV. Adfirmans indiſtincte ſententia refellitur. V. Cujacii quoque diſtinctio inter officium privatum & publicum refellitur. VI. Probatur, non dari actionem poſt finitum officium de eo, quod ex officio geſtum. VII. Cautio & limitatio ejus ſententiæ. VIII. An & quatenus e delictis Exercitores teneantur. IX. Differentiæ quædam moris hodierni a jure civili.

POſt conditiones, quæ aliud nomen non habent, ut erant condictio certi, triticaria, & cæteræ, tranſit Imperator ad conditiones, quæ oriuntur e contractibus nominatis, primo realibus, quorum unum, ſcil. Mutuum, præmiſerat. Dein commodatum & pignus explicavit. Sequebatur Depoſitum; ſed prius agitur de accuſſoriis qualitatibus actionum. Ratio obſcura eſt hujus methodi, Pacius & Cujacius nullam ſciunt; Gothofredi nihilo melior, & rurſus huic quæſtioni obnoxia eſt, cur ita potiſſimum in Edicto perpetuo fuerit diſpoſitum. Videtur, quia pignoratitius eſt acceſſio contractuum aliorum, occaſionem ſumpſiſſe conditor Juris, de reliquis acceſſoriis actionibus agendi, quemadmodum ſæpe fit, ut proximorum titulorum magis, quam materiæ univerſæ, appareat connexio.

2. Ratio juris eſt, quod per alium nihil juris, ſive dominium ſive actio ſit, acquiratur, nec per alium alius obligetur, niſi parentes & ſi qui præterea ex facto ſuo, quaſi tacito conſenſu, vinculo obligationis implicentur, quod fundamentum eſt actionum, quæ hoc *lib. & ſequ.* traduntur. De ratione, quod alii per alium non acquiratur obligatio vel dominium, diximus *ſupra in Parte I. p. 160. & 303.* ubi & de exceptionibus.

3. Prima omnium, quæ datur ex alieno contractu, eſt Actio Exercitoria, cui fere per omnia ſimilis eſt Inſtitoria, de quibus intelleximus, quid ſint ipſæ; quid Exercitores, quid Magiſtri, & Inſtitores, e quorum contractibus adverſus Exercitorem navis, dominumque terreſtris negotiationis, actiones de rebus, quibus præpoſiti ſunt, dantur, ſupra *Part. I. p. 426. ſq.* Navis cujusmodiſit, nihil refert, etiam fluviatiles huc pertinent, & ſchediæ, rapti n factæ *naves l. 1. § 6. h.* quomodo navicularia ſtatariæ, quæ apud nos de oppido in oppidum viatores vehunt, ſæpe per miniſtros exercentur, ideoque recipiunt exercitores & magiſtros. Habuimus etiam plerasque proprietates harum certis poſitionibus comprehenſas, inter quas hæc repeti meretur ob uſum frequentem Quæſtio, an magiſtri & inſtitores ſuo nomine finita quoque præpoſitione ſua teneantur iis, cum quibus contraxerunt.

4. Haud temere adfirmare videntur, qui ſubtilitati Juris inſiſtunt, ut dictum ſupra *Parte I. p. 426.* Pro adfirmante poſt Cujacium, Duarenum, Bachovium, aliosque, ſtat Wiſſenbachius noſter *ad h. tit. n. 19.* & profert *l. 7. § 11. ad SC. Macedon.* unde ex eo, quod filiusfam. inſtitor juvatur exceptione Scti Macedoniani, infertur, eum, ſi ſui juris eſſet, recte conveniri. Verum præter quod hoc inde nequaquam ſequitur, nihil eſt in eo textu, quo conſtet, actionem poſt finitum filiifam. inſtitoris officium fuiſſe motam. Idem reſpondetur ad *l. 1. § 17. de Exercit. act.* quam pariter objicit D. Wiſſenbachius. Multo minus efficitur illis textibus ad probandum, quod Magiſtri & Inſtitores finito officio teneantur, quam adverſa ſententia firmatur ex *l. ult. de Inſtit. Act.* Inſtitor poſt mortem Patroni, non teneri dicitur ex eo, quod ſcripſerat, alium *habere denarios mille penes menſam patroni ſui:* verum enim eſt, illis verbis non contineri obligationem: ſed tantum proteſtationem, ad fidem menſæ declarandam. Quanquam ſane argumentum in illis verbis eſt hujusmodi, quod ea, quæ aliquis ex officio facit, officio finito illum non tenent: etiamſi, qui ita nomine proprio ſcripſiſſet, ſine dubio fuiſſet obligatus; quia vero tanquam inſtitor ex officio ſcripſit, ideo non tenetur. Magis ad rem pertinet Ulpia-

ni

ni responsum, ex *libro 2. Respons. Procurator, qui prædiorum, quæ vendidit, fidem suam adstrinxit, etsi negotia agere desierit, obligationis tamen onere, Prætoris auxilio non levabitur. l. 67. de Procurat.* Sunt heic termini quæstionis nostræ; Obligatio contracta per procuratorem pro domino; finis officii procuratorii; duratio obligationis deinceps. Quod & ratione, quam posuimus *d. l. Part. I. pag. 426.* confirmatur, obligationis vim esse perpetuam, & personæ obligatæ quasi ossibus inhærentem, *§ 3. I. de V. O.* juncta *l. 3. in pr. de O. & A.*

5. Hæc adeo res Cujacium movit, ut in procuratore privato ita, non æque in Procuratore Reipublicæ, juris esse statueret, *l. 20. obs. 39.* idque ex *l. 3. § pen. de Administr. rer. ad civit.* ubi Administrator, finito officio, teneri dicitur, *si novationem fecerit.* Unde liquet, absque novatione eum postea non teneri. Verba *l. 67.* Cujacius ait esse desumpta ex *libro 1. Respons.* Papiniani, unde etiam est *l. 3. § 2.* secutus Haloandrum potius recentesque editiones, quam Florentinum ἀρχέτυπον, qui librum *1. resp.* præponit *l. 67.* suo arbitratu pro hac hypothesi: Verum sit ita, quod utraque Lex sit ex eodem libro; An ideo sequitur, esse oppositos sensus? dixerim potius, inde continuationem ejusdem sensus esse videri; modo id verba ferant. Atqui non habetur quidem in *l. 67.* novationem esse factam, ut in *l. 3.* nec opus erat, ut iisdem verbis, idem sensus brevi intervallo repeteretur. Sed hæc verba *Procurator fidem suam adstrinxit;* item, *pro domino vinculum obligationis suscepit,* quæ extant in *d. l. 67.* non suggerunt hunc sensum; Procurator qua talis, & officii ratione contraxit; sed hunc potius: Non modo ex mandato egit pro domino, sed fidem quoque suam pro domino specialiter interposuit; quæ si novatio non sit, quod ad hunc effectum necesse non est, vim tamen eandem, quod ipse nomine proprio teneatur actione directa, cum dominus utiliter tantum teneatur, continet.

6. Hæc igitur sit vera juris sententia; Qui egit, contraxit, obligavit se, ut Magister, ut Institor, ut Procurator, etiam qua talis conveniendus est, & cum desiit esse talis, non potest conveniri; nec enim aliud inter partes contrahentes actum videtur, juxta vulgatum illud; Actus agentium non operari ultra eorum intentionem, *ex l. 19. & l. 20. D. Si cert. pet.* Utilitas civilis hanc interpretationem valde commendat; ne homines a suscipiendis rerum alienarum administrationibus deterreantur, & ne officium cuiquam sit damnosum, ultra quam æquitas & partium intentio ferre videatur. Ideoque in Foro nostro rectissime viget hæc sententia, ut heredes procuratorum & institorum ne teneantur, apud Sandium *d. lib. 3. tit. 7. def. 1.* nec ipsi Procuratores & Institores, de suo, nec adeo postquam id officium deposuerunt, ut deinceps non semel judicatum memini.

7. Quando etiam Procurator & Administrator se ipsos obligant, oportet id expressis verbis dispositive faciant, non per modum clausulæ vulgaris, ut plerumque fit, hoc modo; *In fidem prædictorum me meaque bona obligo:* Nam si in ipso tractatu non aliter quam ut Procuratores egerint & locuti sint, vix est, ut illa clausula majorem vim habeat, quam relativam ad prædicta, quod tanquam procurator sit obligatus, & hactenus sua bona subjecerit hypothecæ; proinde si Administrator esse desierit, ipse vel heredes ejus non tenebuntur. His convenienter accipiendum, quod electio nobis esse dicitur, utrum exercitorem, an magistrum convenire velimus, in *l. 1. § 17. h. t.* Scio tamen, Curatorem fuisse condemnatum, ad solvendam de suo pecuniam, sibi ut Curatori creditam, post finem Curæ, vi clausulæ talis: *Sub obligatione meæ propriæ personæ & bonorum, juxta personam & bona minoris mei;* verum antequam rationes ejus essent comprobatæ, *in causa Petronellæ del'Elsen* contra *O. B. V. M. ante feriat O. S. 1681.* qua de re plenius *tit. Quand. ex fact. Tut. & Cur.*

8. Ex definitione hujus actionis, & ex *§ 2. Inst. Quod cum eo, qui al. pot.* satis constat e contractibus hanc actionem dari, non ex delictis, veluti ex piratica, ut Grotius observat *l. 3. c. 1. n. 5.* & a Curia Hollandica judicatum, testatur Grœnewegius ad d. Grotii *locum.* Quid igitur est, quod in *l. 1. § 2. h. t.* scriptum est: Ex delicto cujusvis eorum, qui in nave sunt, datur actio in Exercitorem? Intelligendum hoc de ejusmodi delictis, quæ per causam navis navigandæ, hoc est, in officio quod est intra navem, committuntur; idque non proprie ex hac actione, sed ex Edicto Prætoris, quod habuimus *de Nautis, Cauponibus, Stabulariis.* Unde etiam hæc disparitas, quod cum e contractibus Magistrorum plures Exercitores in solidum teneantur, ut alias dictum ex *l. 1. § ult. h. t.* de delictis eorum, qui in nave sunt, quilibet exercitor pro parte tua duntaxat teneatur, *l. ult. § pen. D. Naut. caup. Stab.*

9. Exercitores porro, ut eos descripsimus, cf.

se distinctos a Mercatoribus, quorum merces in navibus continentur, æque manifestum est, adeo ut hi Exercitores, sicut alii contrahentes, habeant obligatos. Exercitores vocantur *Reeders*, Mercatores isti, *Bevrachters*. Et tamen de his mercatoribus receptum est usu negotiantium populorum, ut per ipsos quoque magistros obligari queant, si peregre agentes ex causa necessitatis, vera, vel speciosa, res aliquas illorum vendant, ut Grotius probat *lib. 20. cap. 5. § Een Schipper. & lib. 3. c. 1. n. 47.* idque ex necessitate potius, quam ex aliquo voluntatis principio. Ex quasi-Contractu, diceret Thomasius noster; ego hoc inter singularia juris hodierni retulerim; juxta illud, quod Exercitores hodie non modo singuli in solidum non teneantur, sed quisque pro parte sua duntaxat; Verum etiam, quod ultra quam habent in illa nave, non teneantur; quæ res invitandis ad navium exercitionem hominibus reperta, tam utilitatis, quam æquitatis ratione, præfertur a Grotio juri Romano, *l. 2. de J. B. & P. c. 11. n. 13.* Romani tamen æquitatem præferunt hanc, quod non sit æquum, in plures adversarios exercitores eum distringi, qui cum uno magistro contraxerit, *l. 2. h. t.* Atqui Grotius, *naturalis æquitas satis habet, si pro suis singuli partibus conveniantur.* Bene, quando cum pluribus contractum est: hoc etiam Romani sequuntur, quando plures per se navem exercentes contraxerunt, *l. 4. in pr. h.* quando plures unitatem fecerunt, æquitatis illa ratio cessat. Utilitas publica, mercantiumque favor potius, quam æquitatis simplicitas, hanc Juris & Usus discrepantiam introduxit.

9. Quæ ad hunc locum præterea pertinent, ex parte priore petenda; quædam adhuc *ad tit. de Inst. act.* per occasionem differentiarum, quæ inter illam & Exercitoriam observatæ sunt, occurrent.

Tit. II.

Ad L. Rhodiam de Jactu.

I. Continuatio, & de lege Rhodia. Partitio tituli. II. Qualis esse debeat jactus, & quid in eo servandum. III. Cum jactu comparantur alia damna pro communi utilitate facta, non casus mere fortuiti, quos inter an direptio piratarum. IV. Nave pereunte regulariter non fieri contributionem ab his, qui res suas servarunt. V. Quæ res in collatione computentur. VI. Modus ineundæ æstimationis. VII. Actio, quæ detur ad hunc effectum. VIII. Quando cesset. IX. De dominio rerum jactarum. X. Ad L. Ἀξίωσις Commentarius.

Superiore titulo fuit actum de negotio, quod magister navis cum aliis hominibus contraxerit, super iis rebus, quibus ille magister fuit præpositus ab Exercitore, qui ex sua facto præpositionis tenetur: Sed in navigando fieri potest, ut res incidant, quæ nihil ad præpositionem ab Exercitore factam pertinent, verum ad vectores, aut dominos mercium inter sese, aut cum magistro solo, spectant; inter quæ luctuosus eminet casus, si ad evitandum naufragii periculum jactus mercium sit factus; qua de re agitur in *h. tit.* secundum Legem Rhodiam; qua Romani hac parte propter æquitatem ejus, & receptam navigantium observationem, usi sunt, quæ nec potuit, nec meruit ab illis rerum potitis aboleri, nisi in certis articulis, de quibus nominatim legibus deinceps cautum est, ut Antoninus Imper. rescribit in *l. 9. h. t.* Nomen Legis Rhodiæ non simpliciter fuit *De Jactu*, sed *de re nautica.* Νόμος Ῥοδίων ναυτικὸς inscribitur, ut extat in jure Græco Romano *tom. sec. in fin.* atque ita citatur ab Antonino *in l. 9. h. t.* De Jactu, περὶ ἐκβολῆς, præcipuum in ea lege caput fuit, idque solum in *hoc titulo* tractatur; Ponenda sunt hac de re verba Pauli in *l. 1. h. t.* Lege *Rhodia cavetur, ut, si levandæ navis gratia jactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est.* Vulgo Avaria vocatur, aliter *Haverie*, quoniam in portu *Haven*, Havre, fieri solet contributio. Duæ sunt hujus Legis partes. Prima collocat factum, de cujus merito agitur, quod est *jactus mercium, levandæ navis gratia* pro omnibus factus. Secunda, jus super illo facto, *ut omnium contributione damnum sarciatur.* Videamus singulas partes.

2. Jactus debet esse factus navis levandæ causa, laborantis naufragii periculo, *l. 2. in pr. & l. 5. h.* quod de mercibus quibusvis, etiam arbore cæsa, intelligendum, *l. 5. h.* Præcipit autem Lex Rhodia, ut Primo *vectores, quibus in nave sunt merces, interrogentur,* ἐπερωτάτω τὲς ἐπιβάτας εἰς χρήματά ἐστιν ἐν τῷ πλοίῳ, inquit. Quid si illi contendere nolint? Magister tamen ex consilio majoris partis nauta-

nautarum, faciet jactum, juramentis deinde, quod necessitas ita flagitaverit, confirmando. In ipso jactu opera dabitur; ut res maximi ponderis, minimi valoris, ejiciantur; in quem finem, qui res pretiosas cistis aut involucris habet inclusas, id profiteri debet; alioqui in contributione facienda tantum æstimabuntur, quanti extrinsecus apparent; etsi credibile est, in repentinis ejectionibus urgentes nautas & tumultuantes, illam exactitudinem haud perinde ubique servare, quemadmodum Italus ille suo incommodo expertus est, apud Erasmum *in Naufragio*. Sic Jura maritima nostratia, apud Grotium *l. 3. c. 29. n. 12. & seq.* & Grœnewegius *in notis ibidem*.

3. Quicquid denique communis salutis causa damni vectores, vel ipsi nautæ passi sint, id in contributionem venit, ut si arbor, aut aliud navis instrumentum, removendi communis periculi causa dejectum, *l. 3.* vel navis a piratis redempta sit, lytrum communiter restituendum, *l. 2. §3.* Quod vero prædones ultra abstulerint, placuit eum perdere, cujus fuerit, sicut nec ei, qui suas merces seorsim redemit, conferendum est, *d. § 3.* Posterius quidem indubie; sed in lege Rhodia secus reperio de his, quæ Piratæ promiscue abstulerunt; Id enim conferendum est, ut Lex eadem dictat his verbis: κατὰ τᾶτο δὲ καὶ ἐὰν χρήματα ἁρπαγῇ ἢ ὑπὸ πολεμίων ἢ λῃστῶν ἢ πειρατῶν, σὺν τῷ κοινῇ διαφέροντι τοῖς ναύταις, καὶ ταῦτα εἰς τὸν συμψηφισμὸν ἐρχέσθω καὶ κατὰ τὸ αὐτὸ συμβαλλέσθω. id est; *Secundum hæc, si quæ merces direptæ sint ab hostibus, latronibus, aut piratis, una cum rebus ad nautas communiter spectantibus, hæc quoque veniant in computationem atque in unum contribuantur:* Sane si quis navigandi vel navis defendendæ causa, vulneratur, mutilatur, aut moritur, damnum & id quod interest, cum impensis sepulturæ, venire in contributionem, placuit nostratibus; ut testes sunt Grotius & Grœnewegius ex Edictis Ordd. & Weitsenio *de Avariis*. De rapinis, magis est ut Jus civile sequamur, easque pro Avariis non habeamus, ut Grœnewegius ex eodem Weitsenio testatur, ad *d. l. 2. §3.* dissentiente licet Autumno *ibidem*; Limitationes aliquot rarioris usus, suggerente Peckio *ad hunc l.* & Vinnio *in notis ibidem*. Jus civile secutus est Senatus Parisiorum, ut testis est Mornacius *ad hunc locum*. Ratio differentiæ est, quia vulnus & latio pro tuitione navis, in rem communem fiunt; direptio rerum, nihil est quam infortunium, quod nemo pro alio ferre tenetur. Sicut is, cujus merces aspergine aquæ aliove casu deteriores factæ sunt, nihil imputat, sed ipse pro illis in jactum conferre debet, *l. 4. § 2. h. t.* Idem est, si navis adversa tempestate, fulminis ictu arborem aut armamenta amiserit, nihil confertur: nisi factum aliquod pro salute communi deinceps accesserit, ut si arbor a funibus pendens navem quatiat funesque præcisi fuerint, datur contributio, ut Grœnewegius ad Grotium *d. cap. 29. n. 20.* & Weitsen. *de Avar. pag. 21. 22.*

Cæterum, non est de nihilo, quod Doctores hujus Legis argumento, monent, quicquid in Republ. pro salute communi singulis damni datum est, id a communitate proportione Rhodiensi esse restituendum, cujusmodi plures species responsis & præjudiciis firmatas, habet D. Beckman. *ad h. t. n. 70. & seqq.*

4. Amissa nave, nulla fit contributio, tametsi quorundam merces servatæ, vel per urinatores extractæ sint, nil enim tunc in communem gratiam factum, *l. 5. h. t.* verum si scapha, *een lichter*, in quam merces quædam levandæ navis causa conjectæ sunt, perierit, salva nave majore, locum habet collatio; quæ non habet, si navis pereat, scapha cum mercibus ea contentis salva, *l. 4. in pr. h. t.* Quid si ista in scapham exoneratio facta sit cum fructu, & deinceps alio in loco navis perierit, nonne jam fiet contributio? Sane, si jactus in mare sit factus depellendi communis periculi causa, navisque deinde alio in loco perierit, tum qui merces e naufragio servarunt, contribuere debent pro jactu antea ob communem utilitatem facto, *d. l. 4. § 1.* hoc est jus mercium, quæ perierunt pro salute communi, quod jus interitu navis postmodum eveniente, non potest ab illis auferri. Ergo quæ servatæ sunt communis utilitatis causa, debent idem jus pati? Non valet consequentia; nam quæ merces in scapham conjectæ sunt, non ideo sunt jactæ, ut ipsæ manerent salvæ, verum ut navis salva maneret. Ergo in scapham conjectæ nil debent reliquorum consilio, sed fortunæ, hoc est divinæ bonitati. Weits. *sect. Nu is de questie contrarie.*

5. Hactenus de facto subjectæ quæstionis, de qua prædicatur, quod damnum pro omnibus datum, omnium contributione sit farciendum, qua parte videndum, primo quæ res in collationem veniant, dein quomodo fiat computatio. De primo articulo habemus regulam, conferuntur

omnia, quæ sunt in nave, quæ domini interfuit servari, *l. 2. § 2.* videlicet etiam pro ipsa nave, at in corporibus liberis non vertitur id quod interest, quoniam hoc habet rationem pecuniariam, quam liber homo non recipit, *d. § 2.* Quæ consumendi causa in nave sunt, etiam non conferuntur, ut cibaria, vel ideo, quia in casu necessitatis ea fiunt communia, *d. § 2.* In vestimentis & annulis vertitur etiam ratio ejus quod interest, *d. § 2.* quod tamen moribus hodiernis non placuit; exceptis gemmis & pretiosis ornamentis. Grot. *d. cap. 29. n. 18. & 19.* Pro talibus igitur fit etiam contributio, quamvis ad onerandam navem nihil contulerint, quia dominorum æque, respectu talium rerum interest navem esse salvam ac aliarum ponderosarum, *d. § 2.*

6. In modo æstimationis ineundæ, distinguitur inter res, quæ perierunt, quæque servatæ sunt. Illarum pretia spectantur, quatenus emptæ sunt, etsi jam pluris vendi possent, quia non lucri, sed detrimenti ratio habetur; Verum quæ superstant, æstimantur quanti venire possunt, *d. l. 2. § 4.* Moribus hodiernis, simplex ratio recepta est, ut tam quæ periere, quam quæ servatæ sunt, eo pretio quo vendi possunt illic, ubi destinatæ erant, æstimentur, ut Grotius *d. cap. 29. n. 15.* De pecuniæ æstimatione non est laborandum; tenent tamen, internum ejus valorem esse spectandum, ut Grotius *ibidem n. 17.* & quia sicut nunc in Europa res sunt, ingens sæpe discrimen est inter valorem, quo species nummorum suo loco, & alio expendi possunt, ratio loci, quo nummi destinabantur, habenda videtur, secundum quod de aliis rebus est dictum. Nostratibus Edictis datur optio mercatoribus, utrum velint æstimari navem, an universam mercedem pro transvectione mercium promissam, teste Grotio, *prad. cap. 29. n. 16.* Omnibus rebus ita in unum æstimationis cumulum redactis, tam quæ periere, quam quæ servatæ sunt, inquam, ponitur calculus, quantum perierit, & quantum supersit, quantumque de singulis florenis jacturæ ferendum sit, arbitrio peritorum bonorumque virorum, *d. cap. 29. n. 16.* ita ut si quis e mercatoribus casu non solvendo factus sit, hoc non magistri, qui primus tenetur, sed commune damnum habeatur, *l. 4. § 6.* quem locum Struvius accipit, *n. 27. b.* de naulo, quod vectorum aliquis solvere non possit, quasi hoc reliqui vectores dare cogerentur; plane contra jus locationis conductionis, & notissimam, ut existimo, praxin.

7. Ut hæc contributio ad effectum deducatur, Magister Navis retinere potest, & debet, merces quæ supersunt, donec Collatio facta fuerit, nam vectores & mercatores ipsi cum inter se nihil egerint, non habent actionem adversus se invicem: Verum hi, quorum interest, agere possunt locati, si merces locaverint transvehendas; vel conducti, si navem aversione conduxerint, ad quid? ut magister sive nauclerus, merces reliquorum servatas tantisper retineat, donec contributio re ipsa perpetrata sit, quam & actione locati ipse ab illis petere potest, *l. 2. in pr. h. t.* quæ in hac specie præbet similitudinem Arresti, in actione, quæ tendit ad detentionem rerum. Quid autem si magister forte colludens cum reliquis cum detur, an hi, quorum merces sunt ejectæ, non possunt adversus reliquos agere immediate? Æquissimum est, posse, nec adeo dubitem, quin Condictio incerti, aut ex Lege, lege Rhodia dari possit. In foro non admodum de nomine laborabimus, nec de re ipsa dubitabitur, quin actio de re tam signate Legibus stabilita competat: nihil opus esse nomine, quod exprimatur, satis constat.

8. Cæterum si jactus naufragii vitandi causa factus quidem sit, omniaque requisita contributionis adsint, mercatores autem, quorum merces sunt salvæ, probare queant jactus necessitatem naviculario culpa evenisse, qui navem male muniverit, aut enormiter onerâverit, aliove modo auctor mali extiterit, manifestum est, naucleram non habiturum esse actionem, nec adeo contributioni locum esse futurum, sed magistrum & exercitorem ad damnum resarciendum fore obligatos, ut monet Grotius *d. c. 29. n. 20.*

9. Hæc ita de jactu & jactura; Merces interim ipsæ manent eorum, a quibus ejectæ sunt, quia pro derelictis habitæ non sunt, hoc est, quia non habent ejicientes mentem, quod merces illas amplius in dominio rerum suarum esse nolint, verum ut vitæ suæ consulant, ideoque dominium retinent, quamdiu sunt ejus animi, ut, *si res ejectas invenerint, eas auferre velint, l. 1. § ult. & l. 8. h. t.* qua de re diximus *in Parte I. pag. 100. n. 27. & sequ.* ubi contra Grotium, qui amitti vult dominium, quando recuperandi spes abjicitur, & desiit quæri. Cujus sententia ex juris Romani ratione, per *d. l. 8. & l. 44. de A. R. D.* refellitur, *loco citato.* Jure Gentium, vel more juris hodierno, magis esse videtur, ut Grotii sententia prævaleat. Hoc omni modo concedendum, si longum aut longissimum tempus sit elapsum, ex quo

res

res ejectæ vel naufragæ in profundo delituerunt, eas tunc inventorum fieri: quo jure nuper Angli naufragium Hiſpanicum vetuſtiſſimæ deſperationis, ſtupenda urinandi ſolertia, ſuum fecerunt, inexpectatiſſimo diteſcendi exemplo. Cæterum, qui res naufragas deprædati ſunt, eos jubebat Lex Rhodia βασανίζεσθαι καὶ τὴν προσγενομένην ζημίαν ἀπολογεῖσθαι κατὰ τὸ διπλάσιον, *tormentis ſubjici & duplo multari.* Hac de re locus erit ad *tit. de A. R. D.*

AD LEGEM ΑΞΙΩΣΙΣ.

10. Placet ad L. Ἀξίωσις. IX. *h. t.* notabilem magis quam intricatam, breves collocare notas. Ἀξίωσις Εὐδαίμονος Νικομηδέως, Supplicatio, ſive libellus ſupplex, potius quam Deprecatio, ut vulgò, Eudæmonis Nicomedienſis.

Πρὸς Ἀντωνῖνον βασιλέα. *Ad Antoninum Imperatorem.* Pium, an Marcum, non facile dixerim. Utriusque enim tempore floruit Mæcianus; e cujus libro eſt hoc excerptum, teſte Capitolino in vita Pii, juncta *l. Divi. de jure Patron. l. 27. de liber. cauſ.* magis tamen eſt, ut ſit Pius, uti mox videbimus. Græcos vocare Cæſares Βασιλεῖς, Reges, ſatis conſtat; unde paulatim in Latinum fluxit ſermonem, non quidem ut Impp. ipſi Reges vocarentur, ſed res ad eos pertinentes hoc nomen participarent, ut Adoptio *Regia*, Capitolin. in *Hadr.* Lex *Regia*, & id genus alia.

Κύριε βασιλεῦ Ἀντωνῖνε. *Domine Rex Antonine.* Tonitrua verborum hæc fuiſſent in auribus Auguſti, qui Domini & Dictatoris, nedum Regis nomen, nudo pectore deprecatus eſt a populo, *teſte* Suetonio. Sed adſuetudine ſerviendi, primo a Græcis, dein haud diſſimilia a Romis admittere didicerunt.

Ναυφράγιον ποιήσαντες. *Naufragio facto.* Dominantis linguæ Romanæ uſus Græcis etiam obrepſit, ut ſermonem ſuum corrumperent; etſi nihil prius erat quam ναυάγιον ποιήσαντες. Nolim tamen emendare textum, ut pro ναυφράγιον, legatur ναυάγιον, ut Vinnius ad Peckium & *hanc L. 9.* Tu vero nota, quam ſine præfatione, λακωνικῶς & ſimpliciter, incedebat ſtylus libelli ſupplicis, Imperatori orbis terrarum oblati, quem hodie Regulus aliquis panaceus ægre ita ſimpliciter admitteret.

Ἐν τῇ Ἰταλίᾳ. *In Italia.* Interfui olim collegio Pandectarum, quo Vir Celebris explicans hanc Legem, nulla criſi admiſſa, cum moveretur ab auditoribus, quo modo in Italia, ubi nullum mare, naufragium eſſet factum, monſtrabat aliquot lacus & flumina, quæ videlicet naufragio faciendo ſufficerent. Probabilius adhuc paulo, quam D. Beckmannus ad *h. tit. n. 57.* nihilo magis admittens criticam manum, qui naufragium *in Italia*, intelligit in Mari Italiæ ſubjecto, ſive Imperatori Italiæ domino, quale fuerit etiam mare Cycladum. Bona verba! Non, ſi valde criticos eſſe non expedit, Jurispr. ad ἀκρισίαν deflectere oporteat. mox ea de re. Διηρπάγημεν ὑπὸ τῶν δημοσίων. *Direpti ſumus a Publicanis.* δημόσιοι *miniſtri publici*, publicani; alii pro δημοσίων, τῶν δημοσιωνῶν. Hinc veteres notarunt, naufragorum bona Lege Rhodia pertinuiſſe ad fiſcum, & hujus nomine ad Publicanos; quod merito diſplicet Vinnio in *d. loco:* nec enim probabile, Rhodios, apud quos mercatura vigebat, & quorum intererat, mercatores humaniſſime tractari, tam acerbæ ſanctionis auctores ſe tuliſſe. Sed neque locus hic ei ſententiæ favet, nam ſi id ita Lex tuliſſet, non auſus fuiſſet Eudæmon dicere, διηρπάγημεν, *direpti ſumus*, ſi jure fiſci, hoc eſt, nomine Principis, vi Legis id inſtitutum fuiſſet. Vinnius igitur, *Credibile eſt*, inquit, *Publicanos bona naufragorum, quorum Dominus intra certum tempus, Lege præfixum, non apparebat, ſibi ceu fiſco vindicaſſe: cæterum ea aſſervare ſolitos, proque ea cuſtodia jus habuiſſe partem eorum bonorum, dominis ea tempeſtive repetentibus, retinendi, tantum nimirum, quantum Lege Rhodia definitum erat.* Heic conjecturæ, nihil enim auctoritatis profertur; obſtat triplex ratio. Prima, Publicani vectigalia conduxerant, atque in hiſce jus fiſci habebant, naufragia nihil ad conductionis cauſam; ut hodieque res illæ ſunt diſtinctiſſimæ. II. Si publicani habuiſſent jus bona naufraga retinendi, non fuiſſet direptio appellata ab Eudæmone. III. Quod Publicani non habuerint tale jus, indicat *l. ult. de Incend. ruin. naufr. Unicuique naufragium ſuum licet impune colligere*, idque *Imperator Antoninus cum Divo Patre Suo reſcripſit*, ait Ulpianus; non quaſi ex novo jure, quod per Reſcriptum novum fuiſſet introductum, ſed convenienter veteri æquiſſimo juri. Etſi recentius eſſe Reſcriptum illud in *d. l. ult.* quam hoc Reſponſum Eudæmoni datum, facile concedimus: ſecus ac putat D. Wiſſenb. in *fin. th. 17. ad h. t.* putans eundem Antoninum utriusque Reſcripti auctorem eſſe;

in quo fallitur; Antoninus, qui in *d.l. ult.* nominatur, est Antoninus Caracalla, quia cum Patre dicitur rescripsisse, qui fuit Septimius Severus; Præter quem nemo Antoninus cum Patre imperavit; cui accedit, quod Mæcianus, auctor L. IX. sub Antonino Pio & Marco Antonino floruit, ut dictum, non sub Caracalla, plus 30. annis juniore: Quin propius est, ut Pius, 50. annis major, Eudæmoni responderit. Nam quia Mæcianus sub hoc floruit, & Marcum docuit; hic autem primos novem annos cum Vero imperavit, non est credibile, post mortem Veri Mæcianum scripsisse: & antea nullus fuit Antoninus solus, qualis hic est in nostra L. IX. Si conjecturis locus, proximum videtur, Publicanos, cum Eudæmon naufragii reliquias collegisset atque in unum locum convexisset, prætextu vectigalis non soluti, aut professionis non factæ, contendisse, merces in commissum cecidisse, quæ propterea ad ipsos pertinerent, eaque illos *diripuisse*, id est violenter invasisse, quomodo apud *Suetonium* Cæsar Julius in Prætura dicitur *lectis* supellectilem *diripuisse*; quatenus officio magistratus violenter usus fuerat, ut est audacia & impudentia publicanorum, *l. 2. de Publican.*

Τῶν τὰς Κυκλάδας νήσους οἰκούντων. *Qui habitant in Cycladibus insulis.* Dum Viro illi Claro Juris Antecessori, de quo *superius*, objiceretur, quomodo Publicani Cyclades insulas habitantes, naufragos in Italia diripere potuissent, idque in officio, duobus maribus & universa Græcia interjectis, regerebat ille; Nescitis, quam sagaces, quam sit proximum diabolo id hominum ubique volitantium genus? Sed tu noli dubitare, quin verissima sit emendatio Grotii, *in florum sparsione*, pro ἐν τῇ Ἰταλίᾳ, *in Italia*, ἐν τῇ Ἰκαρίᾳ, *in Icaria*, scilicet thalassa, seu mari, quod est juxta Cycladas insulas, & noti nominis ab Icaro Dædali:

Icarus Icariis nomina fecit aquis.

Plinius; *Mox, cum e militia rediens in Icaria insula ventis detinerer, Latinos elegos in illud ipsum mare ipsamque insulam feci. lib. 7. epist. 4.*

Ἀντωνῖνος εἶπεν Εὐδαίμονι, *Antoninus respondit Eudæmoni.* Fuit totus Eudæmonis libellus sine petitione certa, cujusmodi libellus hodie supplicanti sine responso redderetur, nec quicquam valeret. Sed erat hæc ejusmodi narratio, quæ conclusionem tacite, quin satis expresse contineret; Quis enim non intelligeret, hoc velle supplicantem; Rogo, ut jubeantur mihi res meas restituere, meque indemnem præstare? Ἐγὼ μὲν τῶν ὅλων κύριος. *Ego quidem mundi dominus.* Satis magnifice! pro modestia optimi Principis Antonini; nescio an ulli præcedentium Imperatorum adeo tumida vox, & a veteri disciplina Romani Imperii abhorrens exciderit. Nihil quidem usitatius est, quam ut Imperium Romanum, orbis terrarum, & Princeps hyperbolice *Rector orbis terrarum, generis humani, appelletur*, sed ideo non est decorum, ipsos ita loqui. Sapit hoc insolentiæ aliquid exoticæ. Haud absimile fuit complementum, quod titulis suis Hispaniæ Rex subjicere solebat, *Dominator in Asia & in Africa*; cujus tandem & illos cepit satietas: nondum Galliæ Regem sui minus barbarici, *Car tel est nostre plaisir*, de quo tamen vide, quod notavimus ad *tit. de Arrestis, pag. 600.*

Quanquam autem vulgaria mirari non solemus, nec quicquam vulgarius est, quam, quod horum occasione verborum disputatur, an hodieque Cæsar Imperator totius mundi sit dominus, non possumus tamen quin miremur accidisse, ut Interpretes super interpretatione horum verborum, *quæstionem deduxerint in centum opinionum myriadas*, ut loquitur Peckius ad hanc *L. 9.* nec minus, quod ipse earum numerum augere voluerit, sententia tanto viro indigna, nec ullius cedente absurditati. *Ego sane*, inquit, *in eorum sententiam transeo, qui Imperatorem respectu universalis regiminis, de jure, mundi dominum esse declarent, & quamvis alia ad particulares Principes pertineant, universitas tamen de jure ad Augustum solum. Igitur etsi diversa regna diversi Reges obtineant, & tamen omnes, nisi speciali privilegio exempti reperiantur, Imperatori non secus subesse, quam Pontifici Cardinales, cæterique Ecclesiastici ordines videantur.* Nihil est simplicius & certius, quam Antoninum se mundi dominum vocasse, primo per hyperbolen, partis insignioris, non maximæ, pro toto, quia satis constat, Romanos nunquam partem mundi tum cogniti tertiam, (ne longe minorem dicam,) habuisse sub imperio. *Præterea*; locutum esse Antoninum de jure suo præsenti, non de eo, quod plura post secula futurum esset, & tempore Baldi vel Peckii fuit. Quid enim infimius, quam Imperium Romanum habere nunc idem jus, quod fuit tempore Augusti, possit excogitari, non animadverto. Certe non est absurdius statuere, quod Reges Romani æque domini mundi fuerint,

ac Imperatores deinde fuerunt. Nam si jus suum Imperatores jure belli amittere non potuerunt, nulla ratio fuit id primum acquirendi; adeoque tam semper id eos habuisse oportet, quam deinceps suum jus amittere non potuisse credantur.

Ὁ δὲ νόμος τῆς Θαλάσσης. *Lex autem maris.* Laboratur hac connexione; *Ego sum mundi Dominus, Lex autem maris.* Sensus idoneus variis emendationibus quæritur, quas videre licet apud Vinnium *loco citato*, & Wissenbachium *th. 12. & 13. h. t.* Alii conantur explicare verba, ut habentur; Et quidem Alciatus Wissenbachio laudatus *th. 14. h. t.* universi textus & sensus rationem satis perspicuam exponit: hunc vero peculiarem contextum; *ego sum mundi dominus, Lex autem maris*, non inducit apposite. Plerique emendant, Struvius *in fin. h. t.* laudat Michaelem de Luna, qui sic acceperit; *Ego sum mundi dominus, & idem ego sum lex maris.* Obstat, ni fallor, græcismus, ἐγὼ μὲν τὰ κόσμα κύριος, ὁ δὲ νόμος τῆς θαλάσσης. Hæ particulæ, ὁ δὲ, novam personam inferunt, non patiuntur ejusdem personæ continuationem, si quid judico: præter quod durius hoc est, *ego sum lex maris.* Neque tum bene cohærent hæc, *Ego sum lex maris*, judicetur Lege Rhodia; Cur Lege Rhodia? quia ego sum lex maris? est omnino hæc abrupta ratio. ὁ δὲ νόμος τῆς θαλάσσης. Igitur adde sis, τῶν Ῥοδίων. hoc sensu; *Equidem sum mundi dominus. sed Lex maris, est Lex Rhodia.* Nihil tamen addere velim textui; Levis transpositio sufficit, hoc modo; Ἐγὼ μὲν τὰ κόσμα κύριος, ὁ δὲ νόμος τῆς Θαλάσσης, τῶν Ῥοδίων. τῷ νόμῳ κρινέσθω τῷ ναυτικῷ &c. Id est, *Ego quidem mundi sum dominus, Lex autem maris, est Rhodiorum; Judicetur Lege nautica.* Alias ita loquitur; Ἐγὼ μὲν τὰ κόσμα κύριος, ὁ δὲ νόμος τῆς Θαλάσσης. Τῷ νόμῳ τῶν Ῥοδίων κρινέσθω τῷ ναυτικῷ. Apparet, nulla opus esse litera mutata, modo τῶν Ῥοδίων ponatur ante τῷ νόμῳ: Nec opus est poni bis τῶν Ῥοδίων, quia Lex Rhodia per excellentiam nautica dicta est. Reliqua dicta Legis Ἀξίωσις, in quibus nihil est observationis nostræ particularis, heic omittuntur.

TIT. III.

De Institoria Actione.

I. Continuatio, & quid Institor. II. Quid differat a Procuratore negotiationis. III. Differentiæ inter Exercitoriam & Institoriam duæ. IV. Tertia, in solidum detur, an secus, actio in Exercitorem. V. Quarta differentia, circa substitutum. VI. Postrema circa Mutuum.

Hic titulus in *Parte I. p. 426.* conjunctim cum Exercitoria actione tractatus est, quia proprietates utriusque iisdem ferme regulis constant: Quatenus tamen subjecta materia, nonnullis etiam effectis discrepant, locum hunc *Institoria* seorsim accepit. Definitio est in *Parte I. p. 426. n. 4.* & datur iis, *qui cum institore contraxerunt de rebus negotiationis terrestris, quibus est præpositus, adversus dominum negotiationis.* Institor ab instando dictus, non modo is est, qui tabernæ, sicut exercitor navi, præponitur, *l. 3. h.* qui tabernarius vocatur in *l. 4. § 7.* sed cuicunque alii negotiationi: qualis est insularius, qui ædificio præpositus est, vestiarius, lintearius, qui vestem, qui linteum pro aliis circumferunt, vulgo circitores, *l. 5. § 4.* Erant etiam, qui præpositos fabris & fullonibus habebant, § 6. qualis fullo & faber Ciceronis, nec non Demosthenis pater, fuisse traditur, apud Plutarch. *in vit.* qui & Crassum ejusmodi fabros institores habuisse, refert in *illius vita.* Quin & sartores, pistores, & aurigæ institores erant, qui per alios illas artes exercebant, denique & libitinarii sive sepultores, §§. 6. 8. 9. *d. l. 5.* Proinde & Agriculturæ præpositi tales erunt, quos nostri vulgo *Tetmeyers* appellant.

2. Cum autem æque possint esse liberi homines quam servi, *l. 1. h. l. 1. § 4. de Exercit. act.* quæro, qualis contractus sit inter institorem & præponentem; Mandati actionem, aut Negotiorum gestorum dari, auctor est Ulpianus in *l. 1. h. t.* Atqui si mand tum interveniat, Institor erit Procurator, *l. 1. in pr. de Procur.* Quid est igitur, quod procurator & Institor opponuntur, diversis etiam effectis, ut de eo, quod procurator egit, mandans tertio non teneatur, quod ut Institor egit, de eo plane teneatur, *l. 4. § 10. h. t.?* Dicendum videtur, Procuratorem quidem semper constitui Mandato; non omnes tamen, qui mandatum accipiunt, dici Procuratores: Qui mandat alii pecuniam credi, fidejussoris instar habet, *tit.*

de

de Fidejussor. Mandator. At creditorem illum, qui mandator est, vocari Procuratorem, non memini. Qui mandato domini curam alienæ negotiationis ut officium suscipit, eamque ita exercet, is est Institor; qui vero ab amico rogatus oculos animumque advertit alienæ negotiationi, vel aliquid eo spectans curat, non ut officium, sed extra ordinem, hic Procurator esse videtur. Sic hodie Institores sunt non modo, qui tabernis præficiuntur, sed omnes, qui se dedunt huic officio, curandi alienas negotiationes, vulgo *Makelaers*, qui sane ad singula negotia Mandato constituuntur, *by commissie*, nec tamen sunt Procuratores, verum qui hanc professionem præ se non ferentes aliorum mandatu aliquid negotiati sunt, hi sunt Procuratores, *d.* § 10. Ubi differentia admodum notabilis, inquam; Mandans ex eo, quod Procurator egit, conveniri non potest; Ex institoris facto tenetur, directe scilicet, ex subtilitate juris; nam ex æquitate placuit, utilem mandati & contra mandantem dari actionem; ad exemplum institoriæ, *l. 13. § Si Procurator. 25. de action. empt.* Adde *l. 15. h. tit.* quæ discrimen, modo quod dedimus, illustrat, quatenus docet, hanc præpositionem morte non finiri; sed etiam in heredem dari, quod est contra naturam mandati, ut constat ex § *ult. I. Mand.*

3. Placet addere differentias hujus actionis ab Exercitoria, postquam parte priore convenientias vidimus. Præcipuæ differentiæ sunt hæ: I. Exercitoriæ major est utilitas, quia ad summam Rempubl. navium exercitio pertinet; Institoris non est idem usus, *l. 1. § 20. de Exercitor.* II. Magistri navis debet esse major potestas, quia locorum distantia non patitur Exercitores consuli; Institorum conditio facilius cognosci, & officium ejus limitari potest, *d. l. 1. in pr. de Exercit. act.*

4. Hinc oriuntur differentiæ speciales. III. Exercitor, quo volente magister negotiatus est, tenetur in solidum. Institor tantum ratione mercium, in quibus est negotiatus, *d. l. 1. § 2.* idque ob hanc rationem, quod exercitionis navium major sit utilitas. At hæc eadem ratio, moribus hodiernis, contrarium introduxit. Nam Exercitores navium, ob utilitatem mercaturæ magnariæ & transmarinæ, tantum tenentur, quod attinet ad merces nave contentas, ut *superius* intellectum est; meliore, ni fallor, ratione, quam Romanis placuit. Magis autem mirandum, quod e contractu Institoris hodie, si recte puto, dominus negotiationis in solidum tenetur: Qui contraxit, inquam, per institorem, *door een Makelaer*, absolute tenetur, & minime tantum quoad illas merces. Adeone mores Juri veteri e diametro adversi? Potius ita dicendum: Si quis tabernæ sit præpositus institor, dominus, quo volente præpositus est, ultra merces non tenetur. Idque forsitan aliter nec moribus hodiernis obtinebit, *d.* § 20. Verum si quid ex speciali mandato domini contrahat Institor, ex eo non potest dubitari, quin mandans in solidum, tam jure civili quam moribus hodiernis teneatur, ac ita res in priore parte differentiæ subsistet.

5. Quarta differentia; Exercitor æque tenetur e facto ejus, quem Magister sibi substituit, quam ex ipso illius contractu; etiamsi Magistrum hac lege dederit, ne liceret ei alium sibi substituere, *l. 1. § 5. h. t.* ubi secus esse dicitur in Institore; *facilius hoc in Magistro, quam in institore admittendum dicitur, propter utilitatem*, rei scilicet exercitoriæ navalis. vox *facilius* non tam suspendere, quam adfirmare videtur oppositionem inter magistrum & Institorem, ut in *l. 1. in fin. pr. de pignor. & hypoth. difficilius actio dabitur, sed facilior erit retentio.* continetur absoluta positio & negatio, confer. Brisson. *de V. S. voc. Facile.* Adjuvatur hæc positio, ratione, quæ redditur in *pr. d. l. 1. Cum sit major necessitas contrahendi cum Magistro, quam cum Institore; quippe res patitur, ut de condictione quis institoris dispiciat, & sic contrahat: in navis magistro non ita.* Non est dubium tamen, quin valeat in ipso Exercitore exceptio, quæ de Institore posita est in *l. 11. § 2. & seqq. h. t.* Ut si palam proscriptum fuerit, ne cum alio quam cum certa persona contrahatur, ita ut prohibitio facile a quovis intelligi posset, eo casu contractus a substituto Magistri initus non obliget exercitorem.

6. Quinta differentia circa Mutui usum consistit, scilicet Magister mutuam pecuniam accipere potest in usum earum rerum, quibus est præpositus, nec creditor plus probare debet, quam ita convenisse, & rem in tali statu fuisse, licet magister pecuniam eo non converterit, *l. 1. § 8. & l. 7. de Exercit. act.* De institore nihil tale reperio, sed eum mutuis pecuniis oportet esse præpositum, *l. 13. & l. 19. de Inst. act.* vid. *d. l. 7. in fin.* Addi possunt, quæ habuimus *ad tit. de Reb. Cred.* Atque hæc de Institoribus observata, quo minus hodieque obtineant, nihil obstare videtur.

TIT.

Tit. IV.

De Tributoria actione.

I. Tributoria, unde dicta, & ejus natura. II Usus ejus hodiernus. III. An, quod alii creditores aliis præferuntur, secundum merces, in quas crediderunt, hodieque valeat. IV. Distinctione discrepantia Dd. expeditur.

Tributoria actio datur etiam ex alterius Contractu adversus alium, sicut exposita est in *Parte I. p. 427. n. 6.* Dicta est a TRIBUENDO *suum cuique:* creditorum scilicet; Habet enim usum, Quando pater vel dominus merces, in quibus filius aut servus est negotiatus, male divisit inter se & creditores, ad hoc, ut divisio iniqua corrigatur, & *suum cuique* tribuatur: Scilicet, ipsam divisionem hac actione non peti, sed dolum male factæ divisionis corrigi, adeoque ex delicto actionem esse rei persecutoriam, *loco citato* probatum est. Sane quando Prætor male factam divisionem corrigi jubet, hoc ipso efficitur, ut divisio recte fiat; Intentio est, ut divisio male facta corrigatur, exitus est, ut inde sequatur rectitudo divisionis; ac ita si quis dicere velit, divisionem ipsam per hanc actionem perpetrari, licet equidem hoc illo sensu dicere. Verum ut divisio primitus hac actione petatur, non habet facultatem; supponitur divisio male doloque facta, ut ita facta corrigatur, *l. 7. § 2. & l. ult. h. t.*

2. Moribus hodiernis, hujus actionis non magnum esse usum, * colligi potest inde, quod cum servis non utamur, filiifamilias autem per separatam negotiationem consensu patris factam, jure patriæ potestatis liberentur; ut probat Grœnewegius ad *l. 3. C. de Emancip. lib.* manifestum sit, Tributoriam actionem, quæ potestatem patriam vel dominicam supponit, in iis locis institui non posse. In hac provincia cum habitatio & negotiatio seorsim instituta, non solvat potestatem patriam, teste Sandio *l. 2. tit. 7. def. 6.* non est hæc actio remota a facultate fori, tametsi rarius exerceatur.

3. Neque tamen deest, quod ex argumento Legum, quæ sunt in hoc *tit.* ad usum, ab his ipsis, qui negant usum ejus esse, colligatur. Servus aut filius habuit diversas negotiationes, sagariam & linteariam, alios habuit creditores in his, alios in illis mercibus: Hi non sunt confundendi; sed ut diverse crediderunt, ita separatim in tributum vocantur, *l. 5. § Si plures. 15. & sequ. h. t.* Quæritur, an hæc distinctio locum habeat in aliis mercatoribus diversas negotiationes habentibus, ita ut qui ratione hujus negotiationis, aut tabernæ, credidit, is in mercibus eo spectantibus præferatur aliis creditoribus, qui respectu diversæ negotiationis vel tabernæ crediderunt. Ita communiter tradunt, ut probat, Auctores laudans, Struvius ad *h. t. n. 47.* Negat hoc juris esse, Grœnewegius ad *h. l.* Mornacio nitens auctore, Curiæque Batavicæ præjudicio, quæ censuit, omnes omnino creditores, ubicunque bona debitoris inveniantur, promiscue pro rata ejus quod cuique deberur, *penning penningz gelyk*, ut Grotius; *au sol, a la livre*, ut Mornacius; in tributum esse vocandos.

4. Rectissime in illa specie, quando debitor plures tabernas sive negotiationes, ipse per se exercuit, ut casum uterque ponit. Verum hoc mihi potius *argum. d. l. 5. § 15. & sequ.* colligendum videtur; Si quis diversas tabernas, sub diversis institoribus habuerit, isque solvendo esse desierit, tum creditores, ut quisque credidit, in hanc aut illam tabernam, esse præferendos. Hic enim textus, qui de actione ex alieno contractu nata loquitur, ad obligationes ab ipso debitore immediate contractas, non debet produci; quo minus ad eos, qui per alium celebrati sunt, extendatur, nihil obstare videtur: maxime si verum est, quod ad *tit. præced.* observavimus, e contractu institoris tabernæ propositi, non teneri præponentem in solidum, sed quatenus est in taberna, per *l. 1. § 20. de Exercit. act.* Secundum illam distinctionem respondet etiam Bekman. ad *h. t. n. 83.* Jacob. Schult.

* Schilter. *ad ff. Ex. 27. § 47.* existimat, posse eam applicari apud nos ad filiumfam. qui, peculiari œconomia nondum instituta, in peculio a Patre concesso negotiatur, imprimis si pater sibi in filium potestatem expresse reservet. Dissent. Hahn. *ad Wes. tit. de action. tribut. n. 1.* Idem Schilterus *l. c. § 51. l. 5. § 15 16.* ad negotiationes liberorum hominum applicat, ac merces inter cujuscunque negotiationis creditores separatim vult distribui, conf. Decian. *V. 2. Cons. 108. n. 29. sq.* sed quia cum libero homine contrahentes, personæ magis quam tabernæ fidem sequuntur, *a. l. f. § f. ff. de contrab empt.* Grœnewegii sententiam potiorem videri, monitum fuit a Mencken. *Contr. Jur. Civ. Disp. VI. th. 5.* add. Huber. *h. l. § 3.*

Quæst. pract. qu. 64. n. 27. Intelligendum hoc autem de creditoribus personalibus, non de iis, qui dominii reservati vel hypothecæ jus habent, ut docet eadem prædicta *l. 1. § 18. h.*

TIT. V.

Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur.

I. Continuatio. II. Sententia tituli. III. Ratio beneficii filiisfam. indulti. IV. Casus, quibus cessat. V. Usus ejus hodiernus.

HÆc Rubrica in Institutionibus, continet omnes, quæ ex facto eorum, qui sunt in aliena potestate, competunt actiones, Exercitoriam, Institoriam, Tributoriam, Quod jussu, de in rem verso, & de peculio. Heic eadem loco inter illas actiones medio collocatur, ratione, quam reddit Gajus in *l. 1. h. t.* Prætor enim in Edicto cum tres actiones e contractu eorum, qui in aliena potestate sunt, maxime frequentes, ob utilitatem *promiscui usus*, id est mercaturæ, ut habet *l. 17. § 2. de Inst. act.* proposuisset, considerans eas posse deficere, subjicit ad defectum illum supplendum, aliquot actionum species, de Peculio, de in rem verso, & quod jussu: Præmisso tamen loco generali in hac Rubrica; licet ea non expleat rubrum nigro; sed limitationem collocat, applicandam obligationibus eorum, qui sunt in potestate patria.

2. Nam etsi filiusfam. jure civili æque obligetur ut paterfamilias, *l. 39. de O. & A.* publica tamen utilitas fecit, ut æquum censeret Prætor, quo filiifam. novi patres familiarum facti, nec in re ampla constituti, haberent beneficium, ne teneantur *ultra quam facere possint*, respectu obligationum, quas dum erant in potestate, contraxerant, etsi jam condemnati fuerant, *l. 2. in pr. & l. 6. in pr. h. t.* ubi explicatur, quando hoc beneficium illis proprie indulgeatur. Nempe, si emancipati fuerint, aut morte quidem Patrum sui juris facti, sed exheredati, vel hereditate patris abstinere coacti, aut etiam ex minima parte heredes instituti, juncta *l. 2.* Minima pars videtur esse Legitima, nec enim citra exheredationem minor pars relinqui potest, *l. 8. § 8. de Inoff. Testam.* forte etiam aliquanto majori parte relicta, dabitur beneficium, *l. 4. in pr.*

3. Ratio privilegii non est alia, quam dixi; Curam Veteres Romani præcipue, multoque majorem quam hodie publico malo, præsides civitatium, habuere, ne familiæ dissiparentur; quod eventurum videbant, si recens emancipati, patrimonio adhuc apud Patrem existente, vel eo mortuo nihil aut parum ex bonis paternis aucti, in solidum e contractibus antea initis excuterentur. Quid enim aliud quam ut domus ab illis ægre constitutæ super novos dominos ruerent, expectari poterat? Visum igitur rectissime, dandum illis aliquod levamentum, saltem ut consistere possent; ne in amplius, quam *facere possint*, condemnarentur, hoc est, ut tantum iis relinquatur, ut NE EGEANT, *l. 19. in fin. de Re Jud.* hoc est, ne ad extremam paupertatem redigantur; Egestatem enim plus esse quam paupertatem, aliquoties dictum est. Relinquendum iis est, quantum ad honestam vitæ exhibitionem requiritur; cujus moderatio quomodo accipienda sit, ad *tit. de Re jud.* dispiciendi locus erit.

4. Cessat hoc beneficium, quando favoris illius ratio cessat, quemadmodum, si post multos annos agatur, quia tunc Filiusfam. satis invaluit, aut si adhuc miserationis egeat, adjuvari non potest, certe non debet, cum alieni juris præjudicio, *l. 4. § 4.* II. Si exheredatus, deinde receperit hereditatem ex fideicommisso, aut per Querelam, *l. 5. § 1.* III. Si contrahens filiusfam. se patremfamilias esse simulaverit, *l. 4. § 1. & l. 6. h. t.* IV. In delictis non habere locum hoc beneficium, ratio manifesta dictat, *l. 4. § 2.* V. Si pater mandaverit, ut filio crederetur, habet creditor electionem, utrum heredes patris in solidum, an filium in solidum convenire velit; ut tamen si filius conveniatur, is in quantum facere potest, condemnetur, *l. 7. h.*

5. Moribus hodiernis usum ejus cessare, tradit Groenewegius *ad l. 9. h. t.* quia singularis illa Romanorum patria potestas in desuetudinem abierit, cum suis effectis peculiaribus, idemque adfirmat Autumnus *Cens. Gall. in l. 5. h. t.* Ad hæc prima ratio est; non ubique illam cessare patriam potestatem ejusque effectus, utique non apud nos. Dein, ubi maxime cessat peculiaris illa patria potestas, ibi profecto adhuc usum invenit ratio

tio πολιτικωτάτη in *pr. h. t.* expoſita; parcendum eſſe novis patribusfamiliarum: quia non minus intereſt noſtrarum Rerump. domos integras ſervari, quam veteris Romæ intereſſe credebatur. Quamvis igitur abolitus non ſit, rarior tamen uſus eſt hujus privilegii, quia contractus filiorumfam. ante nuptias, quibus ſolvitur Patria poteſtas, non ſunt frequentes, aut notabiles.

Tit. VI.

De Scto Macedoniano.

I. Origo hujus Sc̃ti. II. Sententia ejus remiſſive. Et uſus ejus hodiernus. III. An pertineat ad filiosf. in dignitate conſtitutos. IV. Quid ſi locupletior ſit filiusf. aut pater. V. Condictionem ſoluti ex SC. non dari. VI. An ſalva conſcientia uſurpari queat. VII. An ſi exceptio non opponatur, Judex Sc̃ti rationem habere poſſit, remiſſive.

Alexander ab Alexandro *lib. I. genial. dier. c.* 7. narrat, ſe incidiſſe in quasdam antiquas leges ereptas e naufragio, ac inter eas inveniſſe vetus Senatusconſultum, cujus verba citat, eadem quæ ſunt in Scto Macedoniano, quod eſt in *l. 1. h. t.* atque hoc vetus populi Rom. Sctum a Claudio & a Veſpaſiono fuiſſe repetitum, narrat in fine *prædicti capitis.* Stupore dignum erat, hominem vetuſtatis gnarum, ignoraſſe Macedonianum Sctum, quod erat in Pandectis ejus ævo notiſſimis, & ex naufragii reliquiis eruiſſe, quod in omnium manibus erat. Ex illo ſcilicet vetere Scto explicat dictum Terentii in *Phorm.* ubi pater male contentus, filium quaſi lege coactum indotatam uxorem duxiſſe, ſervum increpat, quod non potius dotem dediſſet, quo legi ſatisfacere potuiſſent, & ſi pecunia deerat, potuiſſe fœnori ſumere; Cui ſervus reſpondit: *Hui! pulchre dixiſti, ſi quidem quisquam crederet te vivo.* Hujus dicti rationem petit Alexander ex illo vetere Scto, quo jam antiquiſſimis temporibus cautum fuerit, Ne filiofam. mutua pecunia crederetur. Atqui Senatusc. eſt ipſum illud Macedonianum, tempore Claudii vel Veſpaſiani conditum, antea quod conſtet, ignotum. Ad Claudii principatum refert Petrus Faber *1. Semeſtr. ult.* Cui favet Tacitus *11. Annal. 13.* referens, Claudium lege lata caviſſe inter alia, *ne in mortem parentum pecunias filiisfam. fœnori darent.* Briſſonius aliique ad imperium Veſpaſiani referunt, auctore Suetonio in *Veſpaſ. cap. 11.* verbis: *Auctor ſenatui fuit, decernendi, ne filiorumfam. fœneratoribus exigendi jus crediti unquam eſſet; hoc eſt, ne poſt patrum quidem mortem.* Hæc loca ſententiasque Faber ita conciliat, ut Claudii tempore putet Sctum & legem de Mutuo non dando filiisf. eſſe factum, eſſe latam. Veſpaſianum autem ante Principatum, pro libertate relationis Senatoriæ, ſuaſiſſe Senatui, ut ejusmodi Conſultum fieret, quod cui hat veriſimile! Non eſt dubium, quin bis eadem de re cautum fuerit, ſemel Lege, rurſus Scto tantum, & poſtremo plenius. Lex Claudia tantum vetuit Mutuum dari, ut habet Tacitus, *in mortem parentum;* hanc Legem fœneratores, & facile princeps eorum Macedo, novis commentis eluſerant; quorum unum fuit, ut *incertis nominibus* crederent, ſicut eſt in textu Sc̃i. *Incertis nominibus,* explicat Struvius *in pr. h.* non expreſſa quantitate ex verbis, *ne quid amplius diceretur,* vel de indefinito ſolutionis termino, *ne in patris mortem creditum videretur.* Simplicius videtur, *incertis nominibus* eſſe, fictitiis nominibus, colluſione mutua, & occultis cautionibus, e quibus poſt mortem patris ageretur, quod Lege Claudia non videtur fuiſſe prohibitum. Verba, (*ne quid amplius diceretur,*) alias Macedonis fraudes & machinationes, quas recenſere longum erat, ſpectare videntur. Quid vero ad locum Terentii dicemus, unde Alexander antiquitatem Senatusc. fere XII. tabulis parem colligit? nihil aliud, quam non fuiſſe expectandum, ut adoleſcens, patrimonio peculioque carens, vivo & invito patre, fidem pro notabili pecuniæ ſumma inveniret: Etſi enim id genus callidi audacesque fœneratores aliquando inveniebantur, id tamen non fuiſſe ordinarium & inventu facile, res ipſa loquitur. Poteſt etiam objici locus Ciceronis *Orat. pro M. Cæl. Nam quod æs alienum*, inquit, *objectum eſt, ſumptus reprehenſi, tabulæ flagitatæ, videte, quam pauca reſpondeam,* TABULAS, QVI IN PATRIS POTESTATE EST, NULLAS CONFICIT; *verſuram nunquam omnino fecit ullam.* Atqui nominum & mutui obligatio, per tabulas fere conficiebatur, ut ad *tit. l. de liter. oblig.* dictum, ubi & vide Hotomannum. Quod ſi tabulas filiusfam. non habuerit, nec Mutui facultatem habuiſſe videtur contrahendi. Sed non unica fuit, per tabulas ſive rationes collatas, mutui con-

trahendi ratio; potuit etiam per chirographa & kalendaria argentariorum, quomodo filiosfam. oportet obligatos fuisse; Quia tabulas accepti & expensi, e quarum collatione fiebat obligatio nominum, soli patresfamil. habebant, ut heic M. Tullius scribit. Idem negans, Cælium nec versuram feciſſe, id est, pecuniam fœnebrem accepisse, Mutuum aliter etiam, quam in tabulis contrahi potuisse declarat. Teneamus igitur, olim filiosfam. difficulter mutuas accepisse pecunias, nulla tamen Lege fuisse prohibitos. Extitisse fœneratores, qui iniquissimis conditionibus, illis credere sint soliti; Quod Lege Claudia & Senatus-Consulto Macedoniano fuerit interdictum.

2. Hæc de origine Sti paulo prolixius, quia cum argumentum ipsum supra in *Part. I. p. 429.* occupatum sit, heic brevioribus esse licet. Quem usum habeat hodie, non magis est prætereundum, quam origo ejus ab antiquo. Locum adhuc habere Sctum in filiisfam. minoribus annis 25. statuit Grœnewegius ad *pr. C. h. t.* non habere locum in majoribus, quoniam hi desinunt hodie esse filiifam. Unde sequitur, sicubi ætate non finitur Patria potestas, ut apud nos, hunc modum ignorari, & Sctum etiam in majoribus locum esse habiturum; modo non contraxerint matrimonium: quoniam hoc ubique Europæ finem Patriæ potestati imponit. De separata habitatione, quanquam apud nos per eam non solvitur Patria potestas, nec filiusfamilias desinat esse talis; valde tamen probabile est, si pater separationi œconomiæ consenserit, eum simul mutui contrahendi potestatem dedisse videri; Quanquam hic casus inter eos, quibus cesset hujus Sti beneficium, non recensetur, ideoque dubius videri potest. Quod etiam Ulpianus in *l. 1. § ult.*, tradit, in filiofam. nihil dignitatem facere, quo minus Sctum Macedonianum locum habeat, id & jure novo & moribus hodiernis hactenus mutatum esse, quatenus dignitates hodie tollunt patriam potestatem, ratio juris omnino dictat.

3. Est & aliud, in quo Autumnus & Grœnewegius Romanum jus abrogandum censent; Quod in *l. 9. § 2. h. t.* scribit Ulpianus, *nihil interesse*, quod ad usum Sti, *consumpti sint nummi, an extent in peculio*; quin nec de filiæ mutuo dari actionem, quæ alioquin æque Scto quam filiusfam. continetur, etsi ornamenta pro nummis comparaverit, hæc ita absolute accepta, merito illi ut iniquissima improbare videntur. Sane, si hoc vult Ulpianus, patrem filiumque lucrum illud in peculio posse retinere, nullo remedio creditori dando, non potest negari, eam esse rem injustam: Sed tu dic, actionem ex Mutuo per Sctum excludi, non æque condictionem, quatenus filius est locupletior. Nam si hæc actio datur adversus pupillum, ex causa Mutui, cujus obligatio est ipso jure nulla, *l. 5. in pr. de Auctor. Tut.* multo magis dabitur adversus filiumfam. qui & naturaliter & civiliter est obligatus, eum per Exceptionem se tueri debeat, *l. pen. & passim h. t* qua de re Wissenbachius *ad pr. h. t.* etsi Bartolus & Salicetus, eosque secutus Bachovius *not. Par. ad h. t. n. 5.* negant, per jus novum, quo dignitates liberant a Patria potestate, mutata esse, quæ in favorem filiifam. introducta sunt; Atqui hoc SC. non simpliciter in favorem filiifam. introductum, aliquoties dictum est; Cui accedit, quod actus prodigentiæ & insidiarum in Patrem, non conveniant iis, qui publicis munerum officiis digni sunt habiti. Adde Bachov. *not. ad Tr. D. 20. th. 6.*

4. Cætera ex prædicto loco ad Inst. petenda; junctis iis, quæ *ad tit. I. de Obligat. ex quasi-Contr. n. 10. pag. 346.* dicta sunt, quamobrem Condictio indebiti filiofam. soluta pecunia non detur; eo quod scilicet in odium fœneratorum potius quam favorem filiifam. sit introductum; Atqui tamen *subveniri* dicitur *filiofam.* hoc Senatus-Consulto, *l. 7. § 3. h. t.* Nempe rei veritate inspecta consulitur filiisfam. præcisa ipsis prodigentiæ facultate; Sed non est ejusmodi favor ille, qui rem in arbitrium filiifam. conferat, cum potius ad cohibendum illum comparata sit.

5. An filiusfam. salva conscientiæ integritate Senatus Consulto possit uti, videbimus in simili ad *fin. tit. de SC. Vellejano.* Wissenbachius Noster usum hujus Sti damnat, ad *h. t. n. 32.* nimis abrupte usus argumento juris naturalis, cujus obligatio in hoc Scto manet, *l. 10. h. t.* Nam facultates naturales, quæ ad patrimonium spectant, lege gubernari possunt, ejusque dispositiones a civitate receptæ, videntur esse sponsiones civium, per *l. 1. & 2. de LL.* quibus si invicem utantur, non faciunt mutuas injurias, sed exercent publicas conventiones, qua de re dix. *ad tit. de LL. n. 2.*

6. Postremo, si exceptio in judicio non opponatur, an judex Sti rationem habere debeat; item quod etiam post sententiam opponi potiit, videbimus infra *de SC. Vellej. n. 7.*

LIB. XV.

TIT. I.

De Peculio.

I. Continuatio, & remissio ad Partem primam. II. Species adventii peculii, quarum jus plenum ad filium pertinet. III. Παραλειπόμενα actionis de peculio. IV. Usus hujus actionis hodiernus. V. Observatio de peculio adventitio.

Excepta Mutui causa, quæ SCto Macedoniano filiusfam. interdicta fuit, ex omnibus aliis filii contractibus Pater & quasi talibus & veris actione de peculio tenetur, quemadmodum etiam dominus e contractibus servi, aut si peculium desit, & pater aut dominus aucti sint e contractu, datur actio de in rem verso; si nec hoc quidem, jusserit autem pater, tum postremo loco *Quod jussu* agitur, in quibus hic totus liber consumitur. Actum est de illis in Parte I. *tit. Quod cum eo, qui in al. pot.* de peculio, de in rem verso, & quod Jussu, postquam de Exercitoria, Institoria, quæ sunt etiam apud illum *titulum Institutionum*, absolvimus. Institutum peculii, quid & quotuplex sit, accepimus apud alium *Partis I. titulum, per quas personas cuique acquir. pag. 160. & seqq.* De peculio castrensi, vere & quasi tali, nihil hic habemus adjungendum.

2. Sed Adventitium, quod a Græcis ridicule satis, ἀπεδημητικὸν, quasi a *peregrinando* vocatur, recipit hoc discrimen; quod, etsi jure Codicis proprietas ejus sit liberorum, ususfructus autem patrum; non tamen nulla sint bona, quorum ususfructus ad patrem non spectat, verum quæ pleno jure sint liberorum, distincta tamen a castrensibus & quasi-castrensibus. De his capienda videntur esse verba *Nov. 22. C. 34.* ubi; Οἱ δὲ τῶν ἰδιοκτήτων καὶ quasi-castrensium peculiorum ἐξαιρείσθω λόγος καὶ ἑτέρων τινῶν, ut verba citat Balduinus *ad hunc §.* Haloander vertit; *Excipitur tamen ab his castrensium & quasi-castrensium peculiorum, & item quorundam aliorum ratio.* Scrimgerus & Gothofredus, pro ἰδιοκτήτων habent castrensium, verba autem καὶ ἑτέρων τινῶν, *quorundam aliorum*, non agnoscunt. Est tamen ita, quod præter castrensia & quasi-castrensia, quædam alia conditionis alioquin adventitiæ, de quibus jam loquimur, pleno jure liberis acquirantur, ut quæ relicta sunt liberis, sub conditione ne pater usumfructum habeat, *Nov. 117. cap. 1. in pr.* Unde *Auth. Excipitur.* sub *d. l. 6.* minus recte descripta est, quæ parentibus id tantum licere vult, cum in fine *d. princ.* cuivis personæ, *παντὶ προσώπῳ* id permittatur. II. Hujus generis sunt bona, quæ filiusfam. una cum patre ex successione fratris intestati capit, *N. 118. c. 2.* III. Pater, qui divortium instituit illegitimum, amittit bona sua, quæ pro triente monasterio, cui includitur, pro bosse liberis pleno jure cedunt, *Nov. 134. c. 11.* ubi vulgatus interpres habet hæc verba; *quoniam Pater rerum filii in potestate positi non habet usumfr.* quæ neque sensum habent idoneum, neque in Græco extant, nec ab Haloandro agnoscuntur; quod miror a Gothofredo non animadversum, & magis quod ipse aliique hinc colligunt, injusto divortio solvi patriam potestatem, quod sane hoc loco minime sancitur. IV. Res donatæ a Principe instar castrensis peculii sunt, *l. 7. C. de bon. quæ lib.* V. Si filius invito Patre hereditatem adierit, vel rem aliam acquisierit, quod cum olim non posset, hodie permittitur, ita ut Patri inde nec lucri spes neque damni metus immineat, *l. ult. pr. C. de bon. quæ lib.* VI. Jam olim ejusdem Juris legatum militiæ fuit, *l. 3. § 7. in f. de minor.* id est, functionis agentium in rebus, quorum schola vocabatur militia, & erat in commercio. Brisson. *de V. S. verb. Militia.* VII. Si pater in bonis per fideicommissum filio restituendis, fraudulenter se gerat, multo magis in adventitiis, omne jus suum & usumfr. perdit, nisi quod egenti præstanda alimenta, *l. 50. ad Sc. Trebell.* ubi filium hac parte militi comparandum ait JCtus, nempe quod ad plenum jus Dominii; unde & Glossarium græcum illa bona pro quasi-castrensibus habet, in voce *πεκύλια.* Sic etiam *Lex 7. C. de bonis quæ lib.* appellat res a principe donatas; sed de reliquis potius est, ut adventitiis connumerentur. Nam alioqui adventitia magis ea bona quam castrensia sunt, quod effectum in jure testandi habet, de quo *ad tit. I. Quib. non est perm. fac. test.* Castrensia enim ea tantum habentur, quæ vere in bello atque castris quæsita sunt.

Quod si aliunde relinquatur legatum vel donatio, tametsi nominatim expresso, *ut in castrensi peculio sit*, pro adventitio tamen habetur, *l. 8. de castr. pecul.* Neque etiam quasi-castrensia sunt ea, quæ modo memoravi; hæc enim dicuntur, quæ in officiis publicis & dignioribus acquiruntur, *l. ult. C de inoff. test.* Proinde castrensia vera & quasi, a paganis non jure dominii, sed causa acquirendi distinguuntur; quanquam & effectus, inquam, dispar est: Nam castrensia utraque sunt adeo plene filiorumfam. ut tam inter vivos, quam mortis causa, de iis libere disponant, *§ ult. Inst Qui test. fac. d. l. ult. C. de inoff.* De adventitiis usufructui paterno exemptis, possunt quidem διαιτᾶν, inter vivos disponere quovis modo, *Nov. 117. c. 1. §. 1.* sed διατιθεσθαι, *testari* non æque, ut latius *alibi.*

3. Quid sit actio de peculio, quid differat a Tributoria, & quod tantum de profectitio detur, expositum est in prædicto *Inst. titulo, Quod cum eo, qui in al. pot. n. 7. pag. 428.* Ex delicto filii non competere hanc actionem, docet *l. 1. § 7. de his, qui effud. vel dejec.* nisi quatenus Pater inde factus est locupletior, *l. 3. § pen. de Pecul.* verum tamen si filius sit condemnatus, actio rei judicatæ datur in Patrem, vi litis contestationis, per quam quasi-contrahi dicitur in *l. 3. § ult. h. t.* qua de re satis notabili, apud *tit. de Judic.* egimus. Est tamen, ubi sine contractu datur actio de Peculio propter omissionem non absimilem delicto, si filiusfam. duumvir pupillo rem salvam fore, caveri non curaverit; etsi Patris voluntate decurio factus non sit, *l. 3. § ult. h. t.* quin si voluntate Patris Filius decurio sit factus, & a duumviris Tutor sit datus si male gesserit Tutelam, Pater in solidum pupillo tenebitur, *l. 1. C. Quod cum eo, qui in al Pot.* qua de re D. Wissenb. *ad h. t. th. 10.* Ratio, cur Pater in illo casu de peculio teneatur, in *d. § ult.* redditur hæc; quia *salvam fore Remp.* præstare *pater obstrictus est.* Ideo cum voluntate sua pater filio dederit peculium, hujus facti obligatio pertinet etiam ad rem, cui bonus civis subducere se non potest, ut ad publicas etiam causas teneatur, cum quidem delictis nullum voluntatis ejus argumentum applicari possit.

4. Quod ad usum hujus actionis spectat, de servis quidem, ut ad hanc actionem referuntur, nihil attinet dicere; cum, illis jam incognitis, de illorum peculio quæri non possit. Pro famulis, quibus utimur, ingenuis, domini non tenentur, nullo jam potestatis vinculo, quod jure civili conciliat obligationem. Nec admitto exceptionem, quam habet Grœnewegius ad *pr. h. t.* nomine famulorum, ait, hodie non tenemur: *nisi, quatenus eorum merces se extendit*: Actionem in dominos hodie dari ratione mercedis, nullo modo dicendum est; per modum Arresti, sicut alia debita, mercedes famulorum detineri possunt, immediatum agendi jus, ne in illas quidem datur, & de hoc eventu capiendum puto Grotium *lib. 3 introduct. cap. 38. num. 9.* Jam de filiis, non est dubium, quin Pater iis adhuc quidem dare queat peculium; sed vix unquam id accidit aliter, quam vel contracto matrimonio, vel ut separata negotiatio & plerumque separata œconomia a filio instituatur; Quibus casibus in plerisque locis solvitur Patria potestas, & matrimonio quidem ubique; Soluta vero patria potestate peculii ratione nihil finiri, manifestum est. Apud nos in Frisia, nec Negotiatio, nec habitatio quidem, ut sæpe dictum, tollit Patriam potestatem, quod attinet ad jus contrahendi matrimonii, condendi testamenti, ususfructus Paterni in bonis adventitiis, aliisque effectis. Proinde si pater filio det aliquot millia, negotiandi, vel artificium aliquod exercendi causa, in peculium de suo, rebus male cedentibus, si dicere velit, peculium id suum esse, quemadmodum est re vera, nihil obstat, quo minus creditores actionem de peculio adversus Patrem instituere possint, ita quemadmodum Jure civili proditum habemus.

5. Atque ab hac actione, tam jure Romano, quam moribus, opinor, nostris, distincta est actio, quæ datur adversus Patrem de peculio adventitio; cum de hoc teneatur ut Legitimus Curator, hac actione nequaquam, ut ex tot. *ut. de bon. matern. & de bonis quæ lib.* est manifestum, idque jam probavimus, *in Parte I. d. pag. 428.* Qua parte nullo modo admittere possum, quod Grœnewegius habet, *ad princ. h. t.* Patres e contractibus filiorum non modo teneri de peculio, *sed*, inquit, *simpliciter conveniuntur, condemnantur, & condemnari ex universis bonis filiorum persolvere compelluntur.* Hoc de illis, quæ pleno jure sunt filiorum, concedere licet; de communibus adventitiis, quorum ususfructus ad patrem spectat, non magis potest, quam quilibet fructuarius ex usufructu suo persolvere cogitur, quod proprietarius debet.

TIT. II.

Tit. II.

Quando de Peculio actio annalis est.

Actio de peculio cum rei persecutoria sit, est perpetua, secundum ea, quæ ad tit. *Inst. de perpet. & temp. act.* dicta sunt *n. 2.* Verum quia Patria potestate finita, Peculium quoque finitur, cessabat ratio, cur actio Prætoria diutius quam Prætoris officium, durare deberet. Ideoque morte vel emancipatione filii, aut servi ejusdem manumissione vel alienatione, fit annalis actio de Peculio, durans annum utilem, qua de re est Prætoris Edictum, atque ejus explicatio, in *l. 1. h. t.* Quod respectu filii in casu superius exposito, quo minus hodieque locum habere possit, etsi raro eveniat, nihil obstare videtur. Quæstiunculas aliquot antinomiales habet D. Wissenbachius, de quibus nihil habemus præcipuum adnotandum.

Tit. III.

De in rem verso.

I. Remissio ad partem primam. II. Usus actionis hodiernus. III. An etiam ex hominis liberi contractu detur.

Si tantum non sit in peculio, quantum Creditor petit, videre & inquirere debet, an nihil e contractu servi aut filiifam. in rem, id est utilitatem, Patris vel dominii sit versum, & hactenus habet actionem *de in rem verso*. de qua egimus in *Parte I. pag. 428. n. 8.* Ad hunc locum pertinet Observatio, ex eo, quod hæc actio de in rem verso ad respectum patriæ vel dominicæ potestatis referrur, an, si quid in alterius rem versum sit e contractu hominis liberi mecum inito, mihi non detur actio adversus eum, in cujus rem versum est. Amicus tuus emit a me frumentum, ad alendam familiam tuam. Ille mihi non solvit; quæritur, an tu tenearis ad solvendum. Sic enim formanda est quæstio, non ut Grœnewegius, qui hanc actionem confundit cum Actione Negotiorum gestorum; an is ipse, qui frumentum emit, habeat actionem. Jure civili *casu nostro* non datur actio, nisi in Patrem vel dominum, e contractu servi aut filiifam. ut *hoc tit.* videmus: Inter alios nulla est causa obligationis, vel actionis, cum nihil inter sese egerint. Produci tamen hanc actionem ad Conjuges: imo ad omnes hominum liberorum contractus, per quos alii sunt locupletiores, hodiernis moribus, observat ex Schultsio & Hahnio Bekman. *observ. pract. ad h. t.*

2. Dicamus ita potius, ex ipso jure civili; Si revera, actu Alius ex meo per contractum tertii sit locupletior, & Tertius, qui mecum contraxit, non sit solvendo, ex æquitate contra Alium dandam in subsidium actionem, quia quod de meo ad te pervenit, hoc a te mihi reddi, bonum & æquum est, *l. 32. de Reb. Cred.* ac ita Grotius *introduct. lib. 3. c. 30. n. 49.* Sed quia hæc actio non oritur ex aliquo facto ejus, in cujus rem versum est; verum ex eventu utilitatis perceptæ, *uit baettreckinge*, ut Grotius, ideo, si frumentum in superiore casu corruptum sit vel arserit, non videtur hæc actio dari; secus ac *de in Rem verso*, quod est hujus tituli, traditur in *l. 3. § 7. & § ult. h. t.* quanquam ipse Negotiorum gestor, si utiliter rem gesserit, etsi male res ceciderit, nihilominus actionem habeat, ut si quis insulam fulsit, aut ægrum servum curavit, & insula exusta est, vel servus obiit, *l. 10. § 1. de Negot. gest.*

Tit. IV.

Quod Jussu.

I. Remissio ad partem I. & quid sub Jussu comprehendatur. II. Ex contractu hominis sui juris mandantem non teneri. III. Quid moribus.

Actionem Quod JUSSU, vide sis expositam *ad tit. Inst. Quod cum eo, qui in al. pot. n. 2.* Jussus equidem proprie loquendo differt a Mandato, fere ita ut vult etymologia, vel si mavis, alusio, quod Jubere sit *jus habere*, & Mandare *manum dare*. Jussus est superioris, & continet parendi necessitatem, ut heic inter Patrem Dominumque & servum filiumque; Mandatum fit inter

ter pares, ac est utrimque liberum: Sed quia ratio hujus actionis consistit in voluntate Patris & Domini, nihil refert, quo pacto illa voluntas exprimatur, per jussum, an per mandatum, etiam ex postfacto, per subscriptionem, aut ratihabitionem, *l. 1. § 3. & seqq. h. t.*

2. Quemadmodum autem ex Mandato constat, obligationem inter solos Mandantem & Mandatarium nasci, nec obligationem egredi personas contrahentium; sic etiam is, qui cum mandatario contraxit, non habet actionem adversus ipsum Mandantem e contractu Mandatarii, sine hujus cessione, *l. 49. § ult. de Acquir. poss.* Excipiuntur jussiones factæ filiis & servis propter vinculum potestatis, e quibus actiones in solidum contra jubentes competunt, ut in *h. tit.* exponitur; Eademque exceptio firmat regulam modo traditam, quod jussio vel mandatum, ex quo liber homo contraxit, non producat actionem extra personas contrahentium.

3. Sed moribus hodiernis, ex eo, quod sui juris homo jussu alterius gessit, dari actionem utiliter inter jubentem & eum, quicum Jussionarius egit, notat ex Oldendorpio & Habnio D. Beckman. *obs. pract. ad h. Tit.* Forte nihil hactenus a Jure Civili discrepat Usus, modo distinguatur, utrum is, qui jussum accepit, suo nomine egerit & contraxerit, an nomine Mandantis & tanquam ejus Procurator. Priore casu non datur actio in jubentem sive mandantem, nisi ex usu *hujus Tit.* Posteriore casu datur etiam utilis jure Civili actio adversus mandantem; Si quis, inquam, ut Procurator eamque præ se ferens qualitatem, contraxerit, non est dubium, quin etiam inter Mandantem & eum, quicum mandatarius egit, utiles actiones nascantur, ut docet *l. 13. § si procurator. 25. de Action. empt.* Verum si tu jusseris alicui, ut pecuniam pro se mutuam acciperet, tu simpliciter non pro me acceperis; nulla ratio vel textus Juris, opinor, actionem Creditori contra te porrigit, nec quidem moribus hodiernis, quod existimare possim.

LIB. XVI.

TIT. I.

Ad Senatus-Consultum Vellejanum.

I. Continuatio. Institutum & ratio hujus Scti. II. Intercessionis duæ species, participatio, & translatio debiti alieni, tam veteris quam novi; de participatione prius. III. Translationis exempla. IV. Applicatio & animadversio horum modorum; an & quenam esse pro intercessione habeatur. V. Effectus Scti, exceptio, non etiam nullitas, addita conditione soluti. VI. Duo casus, quibus intercessio mulierum nulla est, exceptis speciebus Lege sanctis. VII. Differentia effectus inter Nullitatem & oppositionem Exceptionis. VIII. Quia via Juris Creditori, amota muliere, consulatur, nec opus esse restitutionis actu. IX. Casus, quibus cesset SC. ratione causæ. X. De speciebus quibusdam dubiis, quas Pragmatici ad intercessiones muliebres referunt. XI. Casus, quibus cessat SC. ex facto alieno mulieris. XII. Conciliatio Legis 28. h. t. cum l. 13. C. eod. XIII. Species aliæ intercessioni similes, quibus cessat SC. XIV. Renunciare posse mulierem huic SCto. XV. Faciendam esse renunciationem in publ. instrumento tribus testibus munito, aut jurejurando. XVI. An privata instrumenta tribus testibus munita, ad renunciationem sufficiant. XVII. Recollectio prædictorum. XVIII. Ad renunciationem Auth. Si qua mulier. *requiri & formam publicam cum testibus, & juramentum. XIX. Diversam esse rationem vulgaris intercessionis. XX. An mulier, quæ renunciavit Vellejano, adhuc uti possit* Authentica, Si qua mulier. *XXI. Ultimus casus, quo cessat SC. Vell. si mulier heredibus suis uti illo prohibuerit. XXII. An usus Scti Vell. & Maced. rectæ animi conscientiæ adversetur.*

Quanquam de Senatus Consulto Vellejano, quod prohibet intercessiones mulierum, commodius apud Titulum de Fidejussionibus agi potuisse videbatur, heic tamen post tractatum de servorum & filiorum familias obligationibus imperfectis, etiam de mulierum inutili Intercessione, ut personalia obligationis impedimenta continuarentur, visum fuit tractandum. Quam adducte mulieres apud Veteres Romanos habitæ, quam dein effusa fit earum licentia, Cato jam ille prisCus

priſcus apud Livium querebatur, *lib. 34. a pr.* Cujus ſpecimen ille etiam habuiſſet, quod *intercedere pro aliis, ac ita virilibus officiis fungi non* verecrentur, ut Senatus loquitur in *l. 1. § 1. h. t.* Hæc igitur prima & præcipua ratio eſt in Senatus Conſulto, quod interceſſio pro aliis, virile munus & ſexus verecundiam excedens videretur. Alteram ſuggerit Ulpianus in *l. 1. in fine pr.* Quod interceſſione *periculum rei familiaris* mulierum verteretur; Cum enim

Per mille poſſim currere exempla, ut probem
Prædes vadesque pœnitudinis reos:

In mulieribus ea res majori ſubjacet diſcrimini, quia, ut Seneca ait, *Omnium imperitorum animus, maxime tamen muliebris, in lubrico eſt. Lib. de Remed. fort.* Quæ lubricitas in exorabili facilitate ſuccurrendi blandientibus, ubi nihil expendendum venit, maxime conſpicitur. Sunt enim fere tenaces adverſus præſentem alienationem, quo fit, ut raro donent, *l. 16. C. de Donat. ant. Nupt.* Sed tantum prudentiæ non ſupereſt illis, ut vim oraculi Delphici valide ſatis præſumant; *πέλευς πάρα δ' ἄτη*, SPONDE, NOXA PRÆSTO EST, Sunt tantum ſex literæ, dicebat ille: facile emittuntur, ſed tanto acerbiorem ſæpius exitum habent, quanto nihil gravius eſt, quam luere quod non commiſeris.

2. Veniamus nunc ad SCtum; quod eſt *de Obligationibus mulierum, quæ pro aliis rea fierent, l. 2. § 1. h. t.* Quo modo pro aliis rea fiat mulier, explicatur his verbis; *Quod ad fidejuſſiones & mutui dationes pro aliis, quibus interceſſerunt feminæ, pertinet.* Duo ſunt obligationum genera pro aliis, *fidejuſſio*, & *mutui datio*; Fidejuſſio eſt participatio debitorum alienorum; Mutui datio eſt receptio obligationis in ſeſe. Hæc eſt ſumma partitio; Sed ex omni interpretatione colligendum eſt ita; Quando mulieres intercedunt, hoc fieri vel obligationem totam in ſe recipiendo, vel participando. Utrumque tam in veteri, quam in nova obligatione fieri poteſt. Participant obligationem veterem mulieres, ſi fidejubeant, vel conſtituant pro alio, *l. 2. § 1. h.* ſi res ſuas pignori vel hypothecæ dent, *l. 5. l. 7. & l. 12. C. eod.* Si quem in judicio defendendum ſuſpiciant, *l. 2. § ult. h. t.* quod D. Wiſſenbach. *n. 2. 3.* ad obligationis in ſe translationem refert totalem. Idque eſt verum, ſi reus principalis judicio eximatur, quod non ſemper evenire, patet ex his, quæ de Defenſoribus ad *fin. tit. de Procuratoribus*, dicta ſunt; alioqui ſit ejusmodi translatio & exemptio in ſpecie *l. 2. C. de Pactis.* Denique participatio novæ obligationis fit, quando mulier pecuniam alicui credi mandat, quam ſpeciem D. Wiſſenbachius refert *d. th. 2.* ad veteris debiti communionem, ſaris contra negotii naturam, niſi fallor; ſiquidem eo tempore, quo mandatum alii pecuniam mutuo dandi editur, adhuc nihil debiti contractum eſſe, perſpicuum eſt.

3. Modi, quibus obligationem mulier in ſe totam recipit, de veteri quidem ſunt: I. Expromiſſio, quando mulier novandi animo alienam obligationem ita in ſe recipit, ut primus debitor plane liberetur, quam eſſe vim expromiſſionis, probavimus ad *tit. Inſt. Quib. mod. toll. obl.* Exemplum ejus in muliere dat Lex *8. § 8. h. t.* II. Defenſio ad hunc articulum quoque referri poteſt, ſi, ut dictum, reus originalis judicio eximatur. Receptio totalis, novæ quoque obligationis, eſt ea, quæ in textu SCti habetur, *Mutui datio pro alio*; quando cum alius mutuam pecuniam quæreret, interpoſita ſit mulier, quæ acciperet, ut alii deinceps traderet, *l. 8. § 14. h. l. 4. & l. 19. C. h. t.* Thomaſius in Scholio ad *Poſit. 4. h. t.* animadvertit, fidejuſſionem quoque tam ad novam, quam ad veterem obligationem poſſe referri, *quatenus ſcilicet fidejuſſio præcedere poteſt obligationem principalem*, inquit *§ 3. Inſt. de Fidejuſſor.* At hoc nimis eſt ſubtile, quia Fidejuſſio præcedens nullam habet vim, niſi principali obligatione perfecta, & ab eo tempore cenſetur Fidejuſſio prius conteſtata, jam exſtanti obligationi accedere.

N. ADDIT.

Dixerat Autor in poſitionibus: Uxori hic prohiberi tam interceſſionem pro obligatione veteri, ad quam refert fidejuſſionem mulieris, quam pro nova, ad quam refert mandatum mulieris de ſolvendo alii, allegans eam in rem, rubricam tituli de fidejuſſ. & mand. Quod fidejuſſionem attinet, addideram illud ſcholium. Nimiam ſubtilitatem vero quod concernit, quam hic Autor objicit, de ea lector judicet. Nam quæ declarationis cauſa addit, ea ſimili modo poſſunt applicari ad mandatum mulieris, quod tamen ad genus novæ obligationis retulerat Autor. Nam & mandatum præcedens nullam habet vim, niſi ſubſecuta ſolutione perfecta, & ab eo tempore cenſetur mandatum prius ſuam vim exerere.

4. Hæ ſunt ſpecies interceſſionis, eo melius & diſtinctius obſervandæ, quod ſæpe in earum applicatione non imperitos homines, & quibus Scti

Vellejani ſententia probe cognita videbatur, opinionis errore verſatos vidimus: veluti cum mulier adiret Creditorem, petereteque pecuniam ſuo nomine mutuam, ut alii traderetur, aut in ejus uſum converteretur, non putabant eſſe intercessionem, etſi hoc agi Creditores non ignorarent. Quin nec raro accidiſſe vidimus, ut idem putarent, ubi mulieres, ne pro ſe mutuari crederentur, id ipſum obligationis inſtrumento inſeri curaverant, pecuniam in alterius uſum fore convertendam. Eundem applicationis errorem in expromiſſione aliquando verſari, exemplo declaravimus ad *tit. de Juſt. & Jur.* Hæc non ideo, quod ex Arte ſint dubia, commemoramus; ſed ut videant Auditores, quam ſit neceſſe, fundamenta juris bene percipere, & exprompte in uſu Fori habere in conſpectu. Quid ſi mulier cum alio ſe in ſolidum obligaverit & corream debendi ſe conſtituerit, an videtur intercesſiſſe? Non eſt intercesſio proprie loquendo, quia ſinguli correi pro ſe ipſis, non pro ſe mutuo obligantur; ut ad *tit. Inſtit. de duobus reis*, traditum eſt, niſi quando pro ſe mutuo fidejuſſerunt, quos vocat ἀλληλεγγύας Imperator in *Nov. 99.* Verum tamen, quia mulier correa, ſolutione totius debiti Correum ſuum liberat, non eſt alienum dicere, quod etiam hæc ſpecies ſub verbis SCti, *quæ pro aliis reæ fierent*, comprehendatur; *niſi in rem ſuam verſa ſit* tota obligationis ſubſtantia, quæ eſt exceptio deinde memoranda. In foro certe non dubitatur, quin mulieres ſe cum Viris ſuis in ſolidum obligantes, æque intercedere videantur, quam ſi fidejubeant præſertim poſtquam diviſionis beneficium ad Correos etiam productum, ac ita illi fidejuſſoribus adæquati ſunt, ut ad *d. tit. I. de duobus reis*, obſervatum eſt.

5. Sanctio SCti eſt, ne in Mulieres ex interceſſione detur *actio, neve petitio detur.* Quod eodem ſenſu, quo pridem de Macedoniano intelleximus, accipiendum. Neque enim ipſo jure nulla eſt mulieris obligatio, quia per exceptionem mulieribus ſuccurri dicitur *paſſim, l. 6. l. 7. & l. 8. § 4. h. t.* aut, quod idem eſt, per replicationem, ſi mulieri agenti objiciatur intercellio, ut exemplo declaratur in *l. 17. § 1. & l. ult. § 2. eod. tit.* Notum eſt autem, in Arte Juris modos tollendi obligationem ipſo jure & ope exceptionis opponi, ut docetur *ad pr. I. Quib. mod. toll. oll.* Quid ſi mulier non modo fidem interceſſionis dederit, ſed etiam ſolverit pecuniam, an datur ejus repetitio? de Macedoniano ſuperius dictum eſt, non eſſe repetitionem, quia naturalis obligatio maner, *l. 10. de SC. Maced.* Atqui mulierem tenet etiam ſine dubio naturalis obligatio, civili tantum obligatione non tam ſublata, quam enervata & effectu actionis privata, *d. l. 1. § 1. h. t.* Sed eſt alia ratio; Mulier interceſſione liberatur ſuo ſolius favore, Filiusfamilias obligationi ſubducitur, odio magis Creditoris. Hinc factum, ut tametſi Filiusfamilias ſolutum non repetat, mulier tamen indebiti condictione, quod ſolutum, repetere poſſit, *l. 40. de Condict. indeb.* Aliud exemplum actionis, qua mulieri ſuccurritur, re ſic ferente negotiique natura, vide ſis in *l. 8. § 3. h. t.*

6. Cæterum, jure novo nulla is ſanctio acceſſit a Juſtiniano duobus caſibus. I. Si mulier interceſſerit aliter, quam in inſtrumento publice confecto, & a tribus teſtibus ſubſignato; *ſin aliter facta ſit interceſſio, pro nihilo habeatur ſcriptura, vel ſine ſcriptis obligatio, tanquam nec confecta nec penitus ſcripta, ut nec Senatus-Conſulti auxilium implorctur. l. Antiquæ 23. § 2. h. t.* Alter caſus eſt, ſi mulier pro ſuo marito intercedat; * *jubemus hoc nullatenus valere, ſed ita, ac ſi neque ſa-*

* Jure Saxonico Electorali, uxores pro Maritis bona ſua dotalia, donationes propter nuptias, & doralitia, non aliter valide obligant, quam accedente corporali juramento, adhibita formula: So wahr mir Gott helffe, und ſein heiliges Wort! adeoque clauſulæ interceſſionibus additæ, An Eydes ſtatt, it. bey dem Worte der ewigen Wahrheit! non ſufficiunt, ac ipſa jurata interceſſio non niſi judicialiter, prævia admonitione & certioratione SCti Vellejani, accedente Curatoris conſenſu fieri debet. *Dec. El. 25.* Philipp. *ad d. Dec. Obſ. 1. n. 2. ſq.* Conf. Carpz. *ad P. 2. C El. 16. def. 5.6.* Bona autem Paraphernalia, mulieres etiam pro maritis absque juramento obligare poſſunt, & pro extraneo, citra diſtinctionem bonorum, interceſſio licet injurata a fœmina majore judicialiter cum Curatore facta, valet. *d. C. 16. §* Ob nun. *d. Dec. 25.* Imo ſecundum Statutum Lipſienſe, ab Adminiſtratore Saxon. Sereniſſ. Friderico Wilhelmo, una cum aliis Torgaviæ *d. 21. Febr. 1593.* confirmatum, injurata renunciatio etiam quoad dotalia bona ſufficit. Cujus Statuti mentionem faciunt Moller. *ad P. 2. C. El. 16. n. 11.* Carpzov. *ad eund. def. 8.* Philipp. *ad Dec. El. 25. Obſ. 1. n. 7.* Zanger. *de Exception. P. 3. c. 11. n. 189.* Valent. Franc. *de fidejuſſ. c. 2. n. 202.* Rauchb. *P. 1. qu. 34 n. 74.* Ipſum ſtatutum exhibetur in Leipziger Statutis oder Willkühr *n. 29.* Leipzig Statuta und Privilegia *p. 155.* ex quo apparet, eam renunciationem SCti etiam non aliter, quam ſi cum curatore judicialiter facta ſit, ſubſiſtere.

ctum quicquam, neque ſcriptum eſſet, habetur in *Auth. Si qua Mulier. C. h. t.* qua tamen conſtitutione non tollitur obligatio conjugis unius pro altero, quæ lege ſtabilita ſit, qualis in favorem cauſæ primipilaris, pro qua dos uxoris etiam tenetur, *l. 3. C. de Primipil.* ut etiam Vir tenetur pro Tutela uxoris, geſta ſuper liberos prioris matrimonii, contractis ante redditas rationes nuptiis, *l. 6. C. In quib. cauſ. pign. tac.*

7. Eſt igitur alias Exceptioni, alias Nullitati locus; Si quæratur, in eventu quæ ſit differentia inter hanc utramque viam, nullitatis & exceptionis, videtur hæc eſſe, non levis momenti. Si mulier ex interceſſione conventa, non utatur exceptione, Judex eam ut naturaliter ac civiliter obligatam condemnabit, quia tacite renunciatum videatur Senatus-Conſulto, quod eſſe in poteſtate mulierum, *infra* videbimus. At cum interceſſio eſt ipſo jure nulla, tametſi nulla utatur allegatione beneficii muliebris, Judex nihilominus eam abſolvet, *d. l. 23. § 1. & d. Authent. Si qua mulier.* De exceptionum quidem hac parte differentia, num Judex omiſſas ſupplere poſſit & debeat, non ſunt eædem omnium ſententiæ; Tu vide Sandium *l. 1. tit. 7. def. 2. verſ. Et ſane ut judex.* cum *def. ſeq.* quem locum inferius *ad tit. de Exceptionibus*, excutiemus. De mulierum interceſſione non vidi in Foro dubitatum, quin, ſi mulier aut heredes non provocarent ad auxilium SCti, ſed alia ex cauſa ſe opponerent, condemnatio fieret. Enimvero condemnata, poſt ſententiam quoque adverſus executionem tueri ſe poteſt auxilio Senatus Conſulti, *l. 11. D. ad SC. Macedon.* quæ ſic argumento ſatis eſt, non oppoſita exceptione Senatus-conſulti, tam a filiofam. quam a muliere, fieri condemnationem. Quippe ſi perſeverat in proceſſu litis non uti Senatus-Conſulto, nihil præſumi poteſt, quam nolle, & fidem præferre, quod ſine dubio poteſt, nec juſtam ſubeſſe condemnandi rationem negare fas eſt, *arg. l. 1. in pr. de Pact.* Preſſius ea de re agendum erit *in d. tit. de Except.*

8. Quando igitur mulieris interceſſio per hoc auxilium amota eſt, videndum, quo pacto Creditori ſuccurratur: Inprimis, ſi mulier totam in ſe receperit obligationem. Nam in cauſa participationis non magna eſt difficultas; quando muliere ſubducta, creditori in Veterem debitorem integra ſervatur actio, tam in Fidejuſſione, quam in Conſtituto, Oppignoratione rerum, Mandato ſolvendi, defenſione Judiciali, & ſimilibus, *l. 1. § 2. h. t.* Verum ubi mulier aut novam obligationem in ſe recepit, Mutuum accipiendo, quod mox alii dederit; aut veterem in ſe tranſtulit, expromittendo, res utroque latere non caret ἀναδάνωσει. Nam qui Mutuum a muliere rurſus accepit, is Creditori, a quo mulier ſumpſit, non eſt obligatus. Sed Lex eam difficultatem tollit, dando actionem in eum, qui ſe pro muliere conſtituit reum, *d. l. 1. § 2.* Si vero per novationem prior actio ſublata ſit, tunc in Veterem debitorem actio reſtituitur, licet ille per acceptilationem quoque ſit liberatus, *l. 8. § 7. & ſeq. h. t.* ubi reſtitutoria actio vocatur & *reſciſſoria*, in *l. 16. C. eod.* idque magis ab effectu, quam a modo agendi, opinor. Potius enim eſt, ut reſtitutio illa fiat ipſo jure per legem, ut volunt Accurſius & Cujacius, contra quos Hotomannum & Donellum ſequitur D. Wiſſenbach. *ad h. t. th. 4.* quaſi opus eſſet judiciali reſtitutione in integrum. Me non tam movet *l. debitor. 24. h. t.* quæ actionem *ſtatim* in priorem debitorem competere dictat, (cum τὸ *ſtatim* opponatur ibi expectationi condictionis a muliere faciendæ,) quam quod nullum Edictum aut remedium Prætoris implorandum proponitur, & quod Textus ſimpliciter loquuntur, *Datur in Veterem debitorem priſtina actio. d. l. 1. § 2. l. 8. § quoties. 7. h. t.* Uno loco ſcriptum eſt, *a Prætore reſtitui priori debitori Creditorem*, *l. 16. in fin. h.* ſcilicet, a Prætore ut miniſtro legis & tribunal habente, non ut auctore Edicti, vel remedio Reſtitutionis a ſe reperto, ut in hac ipſa quæſtione docet Paulus in *l. 29. fin. pr. h.*

9. Reliqua in *hoc titulo* tradita, referri poſſunt ad Caſus, quibus ceſſat Senatusconſ. Vellejanum, quos memoriæ cauſa ad duas ſummas redigimus. Aut enim Cauſæ reſpectu æſtimantur, vel ex facto muliebri oriuntur. Ad cauſæ rationem pertinent ſequentia. I. Si ſervus domino, ut manumitteretur, certam quantitatem promiſerit, mulieremque dederit fidejuſſorem: Vellejus in hoc caſu tacet, *l. pen. C. h. t.* II. Si pro muliere nubente dotem, promiſerit mulier annis 25. major, ut hæc ætas generaliter ſupponitur, (alioqui minoris ætatis privilegium hoc beneficium reddit ſupervacuum,) ceſſat auctoritas SCti, *l. ult. C. eod.* III. Si mulier in rem ſuam & ad obſervandum id, quod intereſt ſua, intervenerit, veluti pro ſuo procuratore, vel pro marito ſuo, quando fundus dotalis ab ea peritur, *l. 8. § 1. π. Qui ſatisd. cog.* Item ſi defendat eum, qui damnatus regreſſum adverſus eam habeat, veluti emptorem, cui de evictione tenetur, aut venditorem hereditatis, quam ipſa

emit, *l. 3. h. t.* Propria causa mulieris etiam est, quando fidejussori extat heres, quo casu non suæ, sed defuncti personæ respectu convenitur. *l. 8. § 13. h. t.* IV. Si mulier intercedendo pro alio, se pro minore annis XXV. obligaverit, si primus debitor non sit solvendo; hunc enim potius ætatis, quam illam Senatus-Consulti privilegium adjuvat; alioqui si principalis debitor, pro quo mulier spopondit, solvendo sit, ut minor actionem restitutoriam adversus eum habeat, is perinde atque cæteri, per exceptionem submovetur, *l. 11. in fin.* cum *l. sequ. D. de Minor.* Huc etiam pertinent species factorum, quæ similes intercessionibus, non tamen sunt tales. Sic, etsi pignoris datio pro alio faciat intercessionem, non est tamen intercessio, si creditrix mulier rem pignoratam reddiderit debitori. * *l. 8. in pr. h. t.*

SCHOLIUM.

Si nimirum creditrix mulier rem, quam pignori acceperat, debitori liberaverit, quamvis id ea intentione fiat, ut debitor per novam hujus pignoris oppignorationem ab alio novum debitum contrahere possit, quæ erat ratio dubitandi.

Item si mulier apud Tutores filii sui intervenerit, ne ad prædia ejus distrahenda procederent, iisque indemnitatem hoc nomine promiserit, *d. l. 8. § 1.* Quanquam alioqui matrem pro filio intercedentem non destituat Vellejani auxilium, imo nec eum, qui mandatu matris pro filii defensoribus fidejusserit, quia regressum adversus matrem haberet, *l. 6. h. t.*

10. Traduntur adhuc alii casus, quibus uxor pro marito, & vicissim maritus pro uxore, *moribus hodiernis*, cessante SCto Vellejano, teneantur, ut si communem negotiationem, mercaturam, vel cauponariam exerceant; si maritus duxerit obæratam, vel contra, ut ait D. Wissenbach. citatis Auctoribus ad *h. tit. th. 10.* nescio an satis accurate. Nam ex illis casibus mulier quidem per virum, sed non pro viro obligatur; verum pro sua parte, tanquam socia, vi Legis, quod nihil habet commune cum Vellejano: Neque Sandius a Wissenbachio relatus Senatus-Consulti in hoc casu meminit, sed Gailius ad casus Senatus-Consulti cessantis hunc etiam refert, *lib. 2. observ. 90. n. 4.* ut & Perezius *ad tit. C. Ne ux. pro mar. n. 2.* Quæ tamen auctoritates non facient, ut exceptiones sint ejusmodi casus, qui ad regulam non pertinent; Mulier per Virum obligatur duplici causa, Curationis, quia Vir hodiernis moribus est Legitimus Curator uxoris, & jure societatis, qua mulier tenetur de omni contractu durante matrimonio inito, pro parte sua dimidia, in qua specie non magis est intercessio, quam in eo, quod mulier suum maritum ubique fere obligat, pro parte media ex contractibus a se initis in re familiari, vel etiam in negotiatione communi, est intercessio viri pro uxore sua. Denique, nec in eo quod maritus obæratam duxerit, qui sic de ære mulieris alieno teneatur, quem casum illi inter exceptiones etiam collocant, est species intercessionis muliebris; deberet esse maritalis. Si cubi juris sit, ut mulier etiam nubens obærato, de ipsius antiquo ære alieno teneatur, ut scribit Perez. *d. n. 2. in fin.* hæc quidem intercessionis haberet similitudinem. Sed est hoc valde remotum a ratione juris, ut per contractum nuptialem conjuges Contractibus ante matrimonium initis illigentur, meritoque a moratioribus populis in alia omnia itum est: Modo constet de origine debiti antenuptialis in quem finem recte Vir & uxor consulunt, si exacto inventario sibi caveant; Maxime, qui viduas viduosque adsciscunt, id operam dare debent: alioqui rebus in commune collatis cum alter urgetur executione, res alterius difficulter seorsim custodiuntur. Sed inquam, nihil hoc ad intercessionem; ad titulum de Societate, ubi & de Societate conjugali videbimus, hæc melius referuntur.

11. Sequuntur casus, quibus Senatus-Consultum ex aliquo mulieris facto cessat; e quibus primum sit, quando mulier accepta pecunia pro alio intercessit, idque vel in publico instrumento confitetur, aut aliunde probari possit, *l. 23. in pr. C. h. t.* multo magis, si omnem pecuniam, pro qua fidejusserat, a debitore acceperit, *l. 16. h. t.* Secundum mulieris factum inferens jacturam SCti, est, si mulier post biennium repetat intercessionem; Tunc enim magis pro sua quam aliena re laborare videtur, ait Imperat. in *l. 22. C. h. t.* saltem obfirmatæ animi intentionis argumentum non patitur, ut lubrico sexus eam ad intercedendum provectam fuisse credamus, *d. l. 22.* Tertius casus est, si callide sit versata mulier, animoque doloso intercesserit, in quam rem Severi Græcum citatur Rescriptum in *l. 2. § 3. h.* Ταῖς ἀπατώσαις γυναι-

* Apud nos remissio hypothecæ in favorem mariti, quin & ipsi marito ab uxore majore, in judicio cum Curatore facta, non est invalida, *P. 2. C. El. 10. § Db nun.* Berlich. *P. 2. Concl. 20. n. 5. sqq.* Zanger. *de Except. P. 3. c. 11. n. 42. sqq.* Carpz. *ad d. C. def. 12. sq.*

ξί τὸ δόγμα τῆς συγκλήτε βελῆς ἐ βοηθεῖ, cujusmodi impoſturis non impar eſſe mulierum genus, ipſa mulier dixit:

Κακῶν δὲ πάντων τέκτονες σοφώτατοι
Πεφύκαμεν.

Malorum quidem omnium natæ ſumus artifices Callidiſſimæ.

Exempla referre longum eſt; Unum narrat Mornacius haud ſpernendum, ad *h. l. 3. §. 3.* matronæ Pariſienſis, quæ marito peregre agente, filiam matrimonio elocaverat, illicio dotis viginti millium coronatorum promiſſæ; ſcriptis interea literis ad virum, ne ratum haberet, quod ipſa ejus uxor egiſſet.

12. Ad hanc cauſam pertinet tralatitia fraudis via, quando mulier pecuniam ut in ſuos uſus accipit, revera id agens, ut alii credat; idque deinde præferens, & Senatus-Conſultum objiciens, non juvatur; ſiquidem Creditor id ignoraverit, *l. 11. h. t.* nam ſi Creditor ſciverit, non negat Vellejus auxilium, *l. 12.* idemque juris eſt in translatione veteris alienæ obligationis, *l. 1. C. h. t.* cujus obſervationis, in hypotheſi ſatis propter diverſitatem circumſtantiarum intricatam eſſe difficultatem, & textus & uſus rerum docent: quæ omnia non proſequemur: habet quædam D. Wiſſenbachius *h. t. th. 11.* Sed contrarietas, quæ eſſe videtur inter *l. 28. §. 1. & l. 13. C. h. t.* cum ſit valde *fragmatica*, non poteſt præteriri, ut videamus, an aliqua civilis concordiæ ratio iniri poſſit, quando Wiſſenbachius noſter ἀπορίαν eſſe deſperatam, nullus dubitat, ad *h. t. th. 14.* Species *l. 28.* hæc eſt; Maritus ex conductione debens Sempronio centum, huic fundum uxoris obligat. Uxor volens maritum liberare a Sempronio, adit Numerium, petit ab illo centum mutuo ſua fide, ut Sempronio ſolvat, & eundem fundum a Sempronio liberatum obligat Numerio, bene ſcienti quid ageret, quid egiſſet mulier; Locus eſt Senatus-Conſulto. Jam Lex *13. C. h. t.* ſic ait; *Si fœnebris pecunia juxta fidem veri a Creditore tibi data eſt; ſive tota quantitas fœnori, ſive pars ejus in uſum mariti proceſſiſſe proponatur, decreto Patrum non adjuvaris, licet Creditor cauſam contractus non ignoraverit.* Contradictio ſatis, ut apparet, evidens. Utrobique Creditor ſciens interceſſionis, modo tenetur, modo non tenetur. Puto reſponderi poſſe hoc modo: In *Lege 13.* fuit ſcientia generalis non certa, ſed quæ fallere poſſet; In *l. 28.* erat ſcientia non modo conſilii muliebris in futurum, ſed & præſens notitia rei in actum deductæ. Numerius ſcivit, fundum uxoris jam eſſe obligatum pro marito; uxorem velle Creditorem viri Sempronium, removere per ſolutionem; pignori a muliere accepit eundem fundum, qui Sempronio obligatus erat; in medio matronæ conatu liberandi maritum a Sempronio, dedit ei pecuniam in hunc finem: Erat infallibilis ſcientia. E diverſo in *l. 13.* nihil eſt aliud, quam Creditorem, ad quem mulier acceſſit, non fuiſſe ignarum, eam velle marito ſuccurrere, cum id ei aliunde conſtaret; nec enim mulier id præ ſe tulit: ſed pecuniam pro ſe petiit, Creditor ei in proprios uſus dedit, juxta fidem veri omnia ſunt geſta; deinde apparuit, pecuniam omnem, vel ejus partem, in uſum mariti proceſſiſſe. Creditori agenti mulier opponit SCtum; Creditor replicat, in uſus tuos accepiſti pecuniam, non pro marito. Mulier duplicat, Pro marito deſtinavi pecuniam, idque tu non ignoraſti. Triplicatio Creditoris; Sciebam, te in animo habere, marito ſuccurrere: Sed non fui curioſus in re aliena, forte an non hanc pecuniam alio converteres, marito aliunde conſuleres; Poteras ita inſtituere, poteras mutare conſilium, ut varium & mutabile ſemper eſt fœmina. Plane ſcientia propoſiti alieni de re futura, in eo, qui non verſabatur in ipſo negotio, cum nihil adhuc mulier, interceſſioni connexum, egiſſet, qualis eſt in *l. 13.* non poteſt comparari cum præſente ſcientia rei, quæ jam geri cœperat, & quam Creditor non proſpiciebat, ſed in medio negotio perſpiciebat, qualis fuit in *l. 28.* Hæc minime ab uſu rerum hominumque videntur eſſe aliena, & quemadmodum minima circumſtantia variat jus, ut vere vulgo loquuntur, ita facere poteſt, ne diverſæ Leges idem ſubjectum tractare videantur; Oportet igitur, ſpecies utriusque legis eſſe diverſas.

SCHOLIUM.

Sed cur hoc oportet? An non potius dicemus, legibus Pandectarum eſſe derogatum per l. 13. C. hic? *Sane Codex Pandectis derogat. Derogat utique, ſi modo conſtet, quod derogare velit, & aperte adſit contrarietas. Hic vero, quamvis verba* d. l. 13. *ſatis ſint generalia, tamen non præſumitur Imperator in eadem indiſtincte voluiſſe, ut exceptio SCti ceſſaret, ſi uxor nomine ſuo contractum celebraſſet, etiamſi creditor ſciviſſet, ſubeſſe interceſſionem. Foret enim tunc conſtitutio hæc contra rationem generalem introducti Scti, quod præ reliquis interceſſiones pro maritis pro maxime odioſis habet, & hoc pacto via monſtraretur decipere fœminas volentibus,*

lentibus, quomodo in fraudem SCti contrahere efficaciter possent.

RESPONSIO.

Bene est, quod ait, Leges Codicis ita derogare Pandectis, si constet, *quod derogare velint. Nihil huic ejusmodi; Nec credibile, quod in re populari novum jus Impp. sancire voluerint, nec id expresserint. Non putamus etiam, quod Impp. indistincte voluerint,* ut SCtum cesset, etiamsi Creditor sciverit. *Sed quia Leges Codicis ad certas factorum species editas esse constat, credendum est potius, diversitatem facti subesse, quam jura esse contraria.*

N. ADDIT.

Uti Scholium meum non contradicit Autori. sed ejus mentem explicat; ita nec hæc responsio contradicit Scholio, sed saltem assensum Autoris declarat. Ergo nulla lis est hactenus inter nos.

Aliter D. Wissenbach. ad h. tit. th. 14.

SCHOLIUM.

Qui varias conciliationes recensens putat subesse antinomiam. Ad Autoris conciliationem proxime accedit Brunnem. ad d. l. 13. *Tu ergo inde disce, si creditor mulierem nomine proprio contrahentem conveniat, hæcque exceptionem SCti opponat, & scientiam suam prætendat, præsumptionem esse pro creditore, donec mulier scientiam ejus evidenter probaverit.*

13. Non referimus ad casus exceptos, quod mulieri donanti non subvenitur, *quia non est de regula*; nec si pecuniam mutuo sumat alii donatura, gaudet hoc beneficio; Senatus enim obligatæ mulieri succurrere voluit, non donanti; hoc ideo, quia facilius se mulier obligat, quam alicui donat, ait Ulpianus in *l. 4. h. t.* Est etiam donationis species, quando mulier non obligata nullaque intercessione facta, pro alio solvit, adeo ut solutum repetere nec possit, *l. 1. C. h. t.* cum ejus, quod obligata pro alio solvit, repetitio detur, *l. 40. de Condict. indeb.* Cur tam varie? Quoniam hoc ex intercessione solvit, at in *l. 1.* nulla obligatio prævia, nec intercessio intelligi potest. Non est etiam receptus apud nos casus cessantis SCti, si mulier publice exerceat mercaturam, * quod tamen ex Baldi sententia in Foro mercatorum servari, testatur Busius *ad l. 1. in fin. h. t.* & Græneweg. *ad pr. tit. C. h.* Quod si verum, in Hollandia, ubi passim mulieres in mercatura publice versantur, late patentem haberet exceptionem. Apud nos aliud creditur esse mercatura, aliud intercessio, & sine hac illam bene consistere posse; quando & jure civili mulierem posse institricem esse, constat *l. 7. § 1. de Exercit. act.*

14. Ultima cessantis Senatus-Consulti causa, est *Renunciatio*, cujus facultas ei libera permittitur, quia non ad odium alterius, sed ad favorem ipsius, ut ei consulatur, introductum est, ideoque casus hic est sub regula, Quemlibet favori suo libere renunciare posse, *l. 29. C. de Pact. l. 51. C. de Episc. & Cler.* Textus de muliere specialis, est in *l. ult. § pen. h. t.* his verbis; *cavere debebit mulier, se exceptione non usuram, & sic ad judicem ire.* Facit *lex 21. C. h. t.* ex qua monitum habemus; renunciationem esse angustæ interpretationis, nec ad alios contractus, quam de quibus specialiter actum est, extendendam. Forma renunciationis nulla peculiariter præscripta legitur, non utique opus est, ut in judicio fiat; antequam in judicium partes irent, factam esse vidimus in *l. l. ult. § pen.* etsi reluctatur Bachovius *t. ad Treutl. disp. 25. th. 4. lit. E.* Verum est, fieri posse, ut eadem facilitate renuntiet mulier, *ita objicitur*, qua ad intercedendum adducta est. At sciendum, mulieri non negari intercessionem quasi penitus incapaci; sed ne lubrico sexus abripiatur: ubi vero certior facta sui privilegii, (nam hoc ad omnem renunciationem requiritur, ut renuncians bene compertum habeat, quid juris sibi competat, cui renunciare parat,) sciens volens que renunciavit, tam determinata voluntas a persona sui juris profecta, non potest ita negligi, ut omni effectu destituatur. Valet igitur renunciatio, sicet extra judicium facta.

15. Sed animum tamen advertunt Interpretes quique in fori nostri peristyliis ambulant, haud injuria, ne renunciatio mulierum nimis obvia facilisque habeatur. Requirunt ad simplicem renunciationem Vellejani, ut facta sit in instrumento publice confecto, & a tribus testibus subsignato, Sande *lib. 5. tit. 11. def. 3.* Lex nulla specialis

* Nostra tamen Ordinatio Cambialis *n. 2.* fœminas proprio, non mariti, nomine mercaturam exercentes, intuitu negotiationis valide fidejubere, nec exceptione SCti Vellejani adjuvari, constituit, licet de hoc beneficio non fuerint admonitæ, nec ei renunciaverint, adeo ut etiam sine Curatore, ac a minorenne quoque mercatrice inita conventio, subsistat, eique restitutionis in integrum beneficium denegetur. § Welches denn auch krafft dieſen. § Allermassen auch die. Unde non dubitavit, mercatricis intercessionem validam agnoscere *Fac. Jur. Lipſ. An. 1704. Mens. Jan.*

ea

ea de re lata est, nostrique satis alioquin in confectione instrumentorum obligantium incurioſi sunt, ut *ſuo loco* videbimus; at tamen in renunciatione Vellejani præciſe requirunt formam eandem, quæ præſcripta est ipſi interceſſioni, in *l. antiquæ, 23. § 1. C. h. t.* optima ratione conſequentiæ, quam Bartolus & Baldus omnesque probant alii. Sed noſtris & Gallorum moribus, ait Grœnewegius ad *d. l. 23. C. h. t.* hæc ſolennitas non requiritur: ſufficit enim, ſi vel ex proprio chirographo, vel aliunde, mulierem de beneficio ſibi competente certioratam, huic SC. legitime renunciaſſe conſtet, Bugnon. *de LL. abrog. l. 2. ſect. 194.* niſi quibus in locis eadem ſolennitas Edicti in uſum revocata est, de quibus Chriſtinæ. *Vol. 3. deciſ. 37. n. 10.* De Gallorum autem moribus, quid hactenus velit, neſcio; cum ipſe referat ad *Princ. d. tit.* per Gallias Edicto Regio hunc titulum eſſe abrogatum, ex Autumno & Mornacio; quorum hic tamen in iſtis Galliæ, quæ jure ſcripto utitur, partibus, eam Conſtitutionem non fuiſſe receptam, teſtatur *ad pr. h. t.* Non æque conveniunt in eo; Si forma *L. Antiquæ. 23.* ſit omiſſa, privatoque inſtrumento comprehenſa fuerit interceſſio ſimul ac renunciatio, mulier tamen juraverit, ſe non uſuram SCto, an jusjurandum ſuppleat defectum formæ legalis. Baldus negat, Bartolus adfirmat; ille Juris Civilis, hic Canonici ratione fretus, ſicut ad *tit. de Jurejurando* didicimus: Sed Canonicam æquitatem propter horrorem perjurii, Mores fere ſequuntur, etiam noſtri fori inſtituto, teſte Sandio *d. tit. 11. def. 5.*

16. Porro, quoniam ex *Nov. 72. cap. 3.* Privata inſtrumenta, quæ habent trium teſtium ſubſcriptionem, eundem habent effectum, quem ea, quæ a perſonis publicis conficiuntur, non eſt a jure & æquitate alienum, hoc ad mulierum interceſſiones producere; quod maxime uſum habere poteſt, apud nos & ubicunque alibi mos invaluit, ut inſtrumenta ſcripta ab aliis, quam a publicis perſonis ad inſtrumenta conficienda ordinatis, *qui vulgo Notarii*, vim probandi in judiciis habeant, ut apud nos ſervatur, more tametſi non optimo. Exiſtimo, ſi mulier renunciaverit in inſtrumento a Procuratore aliave publica perſona, licet Tabellio non ſit, facto, modo tres adhibiti ſint teſtes; hanc renunciationem cum juris effectu ſuſtinendam: idque, niſi fallor, in hac provincia ordinarium est admitti.

17. Requiritur igitur ad renunciationem Vellejani, primo, ut mulier bene conſcia ſit privilegii ſibi competentis, alioqui non valebit; etſi in inſtrumento ſcriptum ſit, ut fere ſolet, eam fuiſſe doctam & informatam a Tabellione, cum tamen id ſæpe negligant, dum interim quod ſcriptum est, hactenus in inſtrumento pro veritate habetur, quamdiu contrarium non probatur, § *ult. I. de Fidejuſſ. & § 11. I. de inutil. ſtipulat.* De certiorationis neceſſitate, vide Gailium *lib. 2. obſ. 77.* Sandium *lib. 3. tit. 11. def. 3. in fin.* qui plures adducit ὁμοψήφους. Secundo requiritur, ut inſtrumentum ſit publicum, & a tribus teſtibus ſubſcriptum, ut modo dictum; Secus factum, etſi mulier manum ſuam agnoſcat, non valet, ut Curia noſtra definivit, apud Sandium *d. tit. 11. def. 2.* Hæc ſi adſint, juramentum non requiritur, quod de jure civili nullum habet dubium; etſi Interpretes, ratione juris Pontificii habita, quæſtionem ut valde ancipitem controverſamque tractant, ut videri licet apud Sandium *d. tit. 11. def. 6.* Rurſus, inquam, ſi juramentum adſit, publica forma numerusque teſtium non requiritur neceſſario, *def. 5.*

18. Verum mulieré nupta, quæ pro marito intercedit, quanto majus est periculum ab auctoritate viri & neceſſitudine conjugali, ne mulier ad intercedendum trahatur, tanto arctius adſtringitur renunciatio *Authenticæ, Si qua mulier.* quæ vetat interceſſionem matronæ pro marito proprio. Nam præter publicam formam numerumque trium teſtium, requiritur omnino jusjurandum, nec hoc defectum publicæ formæ teſtium ve, ſupplet hac parte, ex ſententia Baldi in *l. 3. in fin. C. de decur. lib. 10.* ut Sandium probare puto, *d. tit. def. 3.* Verum est, non haberi illic, quod utrumque ſimul requiritur. Sed hanc ejus eſſe mentem, liquet inde, quod in *defin. 2.* tradit, ad renunciationem Vellejani, publicum inſtrumentum & teſtes requiri tres. In *tertia*, ad Renunciationem *Auth.* jusjurandum requiri, jam ſuppoſito publici inſtrumenti requiſito. In *quinta defin.* defectum publicæ formæ & Teſtium ſuppleri per juramentum in renunciatione Vellejani; a qua diſtinguit renunciationem Authenticæ, *def. 4.* ideoque in hac ejusmodi ſuppletionem non fieri, indicat perſpicue. Fuit tamen aliquando ea de re diſceptatum in ſuprema Curia, cum ageretur de interceſſione mulieris pro marito facta inſtrumento per Notarium compoſito & jurejurando confirmato, ſed absque teſtibus. Ex hac obligatione agebatur hypothecaria in domum

mum mulieris, quæ in ſolidum ſe pro marito cum ſuis bonis obligaverat: Pars dimidia tantum eſt adjudicata propter defectum formæ & teſtium; etſi nonnullis Dominis ita videretur, juris-jurandi religione defectus omnes ſolennitatis ſuppleri. Sed obtinuit præcedens ratio, & Seniorum adſeveratio, hanc eſſe ab antiquo Curiæ praxin, ut ad renunciationem *Auth. Si qua mulier* pariter & jusjurandum & forma publica, ſane tres teſtes duntaxat requirerentur. Actum in cauſa *Tjenke Hanſſen cum ſoc.* contra *Rommert Folckerts*, cui ſe adjunxerat *Nicolaus Raerdt*, ambo *in q. q.* ante vigiliam Quadrageſimæ 1680. Sic etiam jurisconſultos Lipſienſis reſpondiſſe, ſecundum Conſtit. Elect. partis *2. Conſt. 16.* notat Beckman. *ad h. t. obſ. pract. n. 11.*

19. Alia eſt ratio Conſtitutionis in *d. l. antiquæ. 23. C. h. t.* quæ requirit publicam formam, & tres teſtes in vulgari interceſſione; a qua merito diſtinguitur Conjugalis, ut longe periculoſior, pro ſexus imbecillitate. Quare in illa vulgari interceſſione, defectus teſtium ſuppletur per juramentum, ut deciſum eſt apud Sandium in *d. tit. def. 5.* Hoc enim ſatis in eo continetur, quod Sandius antea docuerat, & nos aliquoties diximus, inſtrumenti publici formam & teſtium præſentiam jurejurando ſuppleri, quando eſt omiſſa in interceſſione muliebri, quæ non fiat pro marito, nec enim aliud eſt in *d. l. 23.* Tametſi illa *definitione 5.* abuſus eſt D. Nauta in ſua deciſione *Ms. 112.* ad probandum judicatum, quod ipſe Commiſſarius Curiæ dederat, inter Creditores, *Bernardi Epæi & Annæ Schellingeræ*, qua deciderat, mulierem, quæ pro Viro interceſſerat, in privato inſtrumento, ſine teſtibus, ſub renunciatione SCti Vellejani *jurata*, valide teneri, die 4. *Julii 1642.* provocat ad Sandium; male, niſi valde fallor, intellectum.

20 Prætereunda non eſt hoc loco alia frequentis uſus Quæſtio; Quando mulier interceſſit pro viro, & in forma debita renunciavit Senatus-C. Vellejano, numquid tunc adhuc uti poſſit beneficio *Authenticæ Si qua mulier.* Dicendum eſt, ſi renunciatio Vellejani facta ſit in ea forma, qua renunciatio *Authenticæ* fieri debet, tunc non eſſe dubitandum, quin mentio Vellejani SCti comprehendat Authenticam, quæ pars eſt & acceſſio facta Senatus-Conſulti. Verum ſi mulier pro Viro intercedens, ſine jurejurando tribusque teſtibus intervenerit, non poteſt fieri, ut renunciatio Vellejani generalis faciat, quod ſpecialis renunciatio Authent. efficere non poſſet, ut demonſtratum eſt. Quare igitur talis renunciatio ſimplex Vellejani non trahitur ad Authenticam? An ideo quia diverſa remedia ſint? Non certe. Verum quia requiſita, quæ in expreſſa Authenticæ renunciatione debent adeſſe, ab ea, quæ ſub generalibus verbis renunciationem *Authenticæ* complectitur, non abeſſe non poſſunt, quod velim teneri ad ea, quæ Sandius habet *d. def. 3.* recte intelligenda & applicanda ad uſum. Cæterum, renunciatio legitime facta, mulierem valide ac in ſolidum obligat, etiam quod ad bona, quæ forte non detulit ad maritum; Nusquam enim legitur hæc limitatio, & perſona obligata, in res ejus omnes agi poſſe, tralatitium eſt; etſi aliter reſpondiſſe Lipſienſes, forte ex ratione juris municipalis, notat Bekman. *ad h. tit. Obſ. pract. n. 13.*

21. Poſtremo ad cauſas ceſſantis SCti, referri poteſt hic caſus; Si mulier, quæ contra Senatus C. fidejuſſit, heredibus ſuis injunxerit, ut fidem ſuam liberarent, ac creditori ex bonis ſuis ſolverent; Etſi enim heredes ex mulieris perſona uti poſſe Vellejano beneficio, ſatis conſtet ex *l. 20. C. ad SC. Vellej.* nihil tamen eſt, cur hac in parte voluntati ejus contrariæ parere non debeant, æque ac omnibus teſtamenti Præceptis licitis ac honeſtis, Sand. *3, 11, 7.* Eſt alioqui in heredibus liquidior & frequentior hujus beneficii uſus, quam in ipſis mulieribus intercedendi reis; quas pudor & conſcientia proprii facti ſæpe retardat ab uſu privilegii, adverſus expreſſam voluntatis ſuæ declarationem; quæ ratio in heredibus ex alieno facto interpellatis, non movet tantam difficultatem.

22. Sed dices, an igitur mulieribus ſalva conſcientia non licet uti Vellejano? Diſtinguendum puto; ſi calliditate, blanditiis, reverentia mariti, aliorumque, ſuave imbecillitate & imprudentia ad intercedendum adductæ ſunt, videntur ſalva bonæ conſcientiæ teſſera, juris publici, quod ratione probabili ſubnixum eſt, beneficium adhibere poſſe; non etiam, ſi deliberato conſilio & determinata voluntate amicis ſuccurrere voluerint; idemque de Senatus conſulto Macedoniano conſtituendum. Plenius hunc locum, ut communem, tractavimus in Quæſtione de obligatione ex teſtamento imperfecto, quæ eſt in *lib. 4. Digreſſ. c. 35. & ſqq. part. I.*

TIT. II.

TIT. II.

De Compensationibus.

I. Remissio ad partem primam; quid differat a Reconventione compensatio. II. Res, quæ compensentur, debere esse tales, in quibus nulla sit inæqualitas. III. Debere etiam esse liquida, non controversa debita. IV. Nec operari Compensationem, nisi ab eo tempore, quo debitum vere liquidum est factum. V. Non Compensari, quod tempore judicii jure peremtum est, etsi olim tempore mutui debiti validum fuerit, quod exemplo declaratur. VI. Idem pressius demonstratur ad usum, remotis, quæ objecit Thomasius. VII. Genera debitorum, quæ non compensantur. VII. Quatenus in publicis debitis Compensatio locum habeat. IX. Neminem posse compensare in causa aliena. X. Procuratorem in rem suam tam facere, quam XI. Pati compensationem ejus, quod cedens, aut cedenti debebat, vel debebatur. XII. Etiam quod post cessionem debebat, debere cœpit ante intimationem cessionis debitori factam. XIII. Quid si facta sit post in jus vocationem cessio, & dein Compensatio objiciatur. XIV. An cesset Compensatio adversus cessionarium, qui habuit hypothecam generalem in bonis cedentis ante cessionem. XV. An aliud juris in cessione necessaria. XVI. Quo casu in deposito & invasione cesset Compensatio. XVII. Calus alii cessantis Compensationis.

Materiam de Compensationibus occupatam *ad tit. Inst. de Action. n. 29. p. 414.* more hujus instituti recensebimus. Habuimus ibi definitionem, quod sit *debiti & crediti inter se contributio*; explicationem, quare olim in actionibus stricti juris non obtinuerit, quomodo fiat ipso jure; denique in actionibus restitutoriis quo pacto applicari potuerit; Cur autem heic, medio contractuum loco, de illa agatur, non est difficile cognitu, quando nihil in mutuo cæterisque pecuniariis causis frequentius est, quam Compensatio; quæ dicitur etiam *mutua petitio in l. 6. h. t.* etsi minus proprie, cum vox illa potius Reconventioni, a qua Compensatio diligenter est separanda, conveniat. Nam Compensatio fit *ipso jure l. 4. h. t.* suum habens effectum sine ulla petitione, & ante omnem petitionem, ut *d. loco in parte prima* exposuimus; etsi ad ultimum effectum sine mentione ejus & oppositione, quæ fiat in judicio, perveniri nequeat; uti hoc sensu *mutua petitio* dicta fuerit, improprie & caute intelligendo verbo: ne quis *petitione* opus esse putet ad compensandum; cum etiam nullo actu, nullo facto intercedente fiat; Unde Procurator, qui nomine domini utitur jure compensandi, subtiliter *nihil compensare dicitur*, id est, actu aliquo compensandi jus acquirere; cum potius inde ab initio minus ab eo petatur, *l. 21. h. t.* Ponamus casum, ut hæc res, in qua cardo tituli vertitur, melius intelligatur. Cajus debere cœpit Titio *ducentos* aureos ante biennium, sub usuris, Titius post annum Cajo vicissim in *centum* obligatus est, sine usuris. Titius utriusque debiti gnarus, petit a Cajo centum aureos, quia novit alteros centum cum iis, quos ipse vicissim debet, a primo statim momento, quo suum debitum est ortum, fuisse compensatos & extinctos, ergo *non Compensat*, hoc est, actum aliquem Compensandi non instituit, *sed ab initio minus petit*, ut Paulus acute notat in *d. l. 21.* Nec quidem usuras illorum centum, a primo Compensationis momento debet; quia sorte extincta, palam est quoque, usuram in continenti extingui, quarum cursus, si Compensatio esset petitio, usque ab objectum in judicio debitum reciprocum duraret, *l. 11. h. t.* Manifestum est igitur, Cajum reum non debere, quod Titius creditor ipsi vicissim debet: ideoque si oblitus Compensationis totum solverit, non tantum ex suo credito, quod remansit, actionem instituere, sed etiam quod solvit, ut indebitum condicere potest, *l. 10. § 1. h. t.*

SCHOLIUM.

Sæpius diximus, distinctionem inter ea, quæ ipso jure actionem tollunt, & quæ ope exceptionis, hodie parum habere usus ratione processus nostri: At in Compensatione usus aliquis est. Si enim ope exceptionis tolleret obligationem, ut olim in stricti juris judiciis, non competerent ei effectus, quos nunc habet, de quibus vide Struv. h. t. th. 27.

RESPONSIO.

Bene est, quod tandem hujus discriminis aliquem intelligit usum supereſſe Thomasius: non deesse alios usus haud minus notabiles in ipso processu, jam demonstratum est ad tit. præced. n. 7.

N. ADDIT.

Illud bene est *non multum juvabit Autorem. Sed sententia nostra saltem limitationem accipiet. Nimirum manet verum: Differentia, utrum obligatio tollatur ipso jure, an ope exceptionis, nullam habet utilitatem, excepta doctrina de compensationibus. Ad illos alios usus vero, jam supra respondimus in novis additionibus ad finem tituli de condictione ob turpem causam. Exinde autem facile respondere possumus ad novam objectionem Autoris, quæ provocat ad* n. 7. *tituli præcedentis. Age videamus. Ita vero ibi ratiocinatur:* Si mulier ex intercessione conventa, non utatur exceptione, Judex eam ut naturaliter ac civiliter obligatam condemnabit, quia tacite renunciatum videatur SCto. At cum intercessio, de jure novo est ipso jure nulla, tametsi nulla utatur allegatione beneficii muliebris, Judex nihilominus eam absolvet, *d. l. Antiquæ. 23. § 1. C. h. d. Authent. Si qua mulier. eod.* De mulierum intercessione non vidi in foro dubitatum, quin, si mulier aut heredes non provocarent ad auxilium SCti, sed alia ex causa se opponerent, condemnatio fieret. *Ego vero ad ista respondeo, peti in hac assertione Autoris id concedi, quod est in principio quæstionis. Ajunt quidem istæ leges Codicis, nullam esse mulieris intercessionem, non ajunt, Judicem eam condemnare debere, si hanc exceptionem nullitatis non alleget. Imo Autorem opponimus Autori, scilicet verba statim sequentia.* Enim vero condemnata, post sententiam quoque, adversus executionem tueri se potest auxilio Senatus-Consulti, *(quod certe supponit casum, quod judex mulierem, non allegantem exceptionem, nullitatis condemnaverit.) l. 11. ff. ad Sct. Macedon.* quæ sic argumento satis est, non opposita exceptione SCti tam a filiofamilias quam a muliere, fieri condemnationem. Quippe si perseverat in processu litis non uti SCto, nihil præsumi potest, quam nolle, & fidem præferre, quod sine dubio potest, nec justam subesse condemnandi rationem, negare fas est, *arg. l. 1. in pr. de pact. Hanc contradictionem Autoris tuo quasi habitu proditam, conciliet qui potest, ego quidem nequeo.* *

2. Ex hac immediata virtute Compensationis, sine ullo dicto factove humano, quale genus rerum, quæ compensentur, esse oporteat, intelligi potest; scilicet, ejusmodi res, inter quas est perfecta æqualitas, ita ut una alterius vice prompte & expedite fungi queat, nec opus sit aut decisione quæstionis, aut taxatione disparitatis, vel affectionis, quæ discrimen utriusque facere possit: Cujusmodi exacta æqualitas vix aliis in rebus quam in his, quæ *fungibiles* dicuntur, & pondere, numero, mensura constant; imo forte vix aliter invenitur, quam in pecunia utrimque debita, vel in rebus ejusdem naturæ, quando in genere debentur, ut cum utrimque debetur equus, utrimque bos, non hic aut ille equus vel bos, sed bos vel equus in genere: Nam in hoc bove aut illo bove vel equo, semper aliqua est inæqualitas & affectio: imo inter vinum & vinum, oleum & oleum, frumentum ac frumentum, si in specie debeantur; vix unquam non aliqua est inæqualitas; quæ factum arbitriumque hominis requireret, quod, ut dictum, non admittit compensatio. Adde Wissenbachium ad *h. tit. th. 1.* ubi, quo sensu in actionibus restitutoriis, quæ de corporibus agunt, ut Rei vindicatio, Commodati, Pignoratitia, similesque, locum habeat compensatio, quod & a nobis explicitum *d. loco ad Instit.*

3. Immediata illa compensandi ratio, vult etiam, ne debita sint illiquida & controversa, cum alioqui factum hominis sit necessarium, ad æqualitatem utriusque debiti constituendam, quod vix operationis, quæ fit ipso jure, contrarium est, *l. ult. C. de Compensat.* Ideoque in talibus opus est Reconventione; Quod si in eadem instantia Compensatio moveatur, & res alioris est indaginis, Judex eam præteribit, & in aliam rejiciet instantiam, quæ est sententia *d. l. ult.* Forte nonnihil est discriminis inter illiquida & controversa:

* Tentabimus tamen conciliationem eorum quæ ab Autore hic dicta sunt. Mulier *duplici ratione* se tueri potest, & debet, aut *opposita exceptione SCti*, si pro marito non intercessit, sed pro alio, instrumento publice confecto & a tribus testibus subsignato, ex præscriptione scilicet, *l. Antiquæ. 23. § 2. h. ad SCtum Vellejanum; aut exceptione nullitatis*, in intercessione pro Marito, aut in alia non ex præscripto dictæ *l. 23.* facta. Effectus in utroque casu est talis: & quidem *in priore* Mulier ex fidejussione conventa non utitur exceptione; Judex eam condemnat, adhuc ea uti potest adversus executionem, & Judex succurrit; ast illa non utitur, & Judex sententiam suam exsequitur: *in posteriori casu*, Mulier nullitatem negocii opponit, Judex eam absolvit; ast mulier eam non opponit, Judex quod nihil actum esse videt, non condemnat. Videtur adeo adhuc superesse aliquis alius, quam ille, quem illustris Adversarius admittit, discriminis, inter ea quæ ipso jure actionem tollunt, & quæ ope exceptionis, usus.

troversa:

troversa: Illustratur tamen hæc res per ea, quæ sequuntur.

SCHOLIUM.

Moribus nostris, si actor petit debitum per processum ordinarium, etiamsi intentionem suam postea per documenta probaverit, reus tamen exceptionem compensationis probaturus, etiam per testes aut juri jurandi delationem id facere poterit. Si vero creditor per processum summarium executivum petat actorem, non nisi per alia documenta compensatio probari debet. Conf. not. ad Strauch. XVII. 10. p. 193.

RESPONSIO.

Ita Carpzovius P. 1. l. 8. D. 13. 4. 15. : *Apud nos quidem nihil certi præscriptum; vel, quod sciam, receptum est. Distinctio tamen inter processum ordinarium & summarium, sine dubio valebit; In summario non habebitur ratio Compensationis, nisi in continenti probetur, ut est notissima praxis, & probatur a Sandio* l. 8. 3. vers. Kel. quæ quoque except. *Hinc etiam in oppositione contra declarationem impensarum, non admittitur compensatio debiti, contradicente adversario, ut Curia rescripsit* ad libellum supplicem Bernardi Johannis de Vries, 13. Sept. 1679. *sed arresto pecunias detinere nihil vetitum est*, d. 21. Mart. 1680. ad lib. Ysbr. Just. Heins. *In ordinario processu videtur apud nos distingui, utrum Conventio, interlocutionis ad probandum egeat, an juris tantum sit, ut sine interlocutione statim definiatur. Si non fiat interlocutio propter conventionem, & Compensatio facti sit, propter eam non fiet interlocutio, sed ad aliam instantiam remittetur. Interlocutione facta, Reus ad probandam Compensationem indistincte per instrumenta vel testes admittetur, etsi actor nihil quam instrumenta produxerit, modo intra terminum probationi hinc inde præfixum, & debitum non sit illiquidum, hoc est incertæ quantitatis; quod plane viam Compensationis aversatur; Unde liquet, debita* controversa *posse compensari, si intra terminos ordinarii processus probata fuerint;* Illiquida, *quorum quantitas adhuc invenienda est, nullo modo posse Compensatione tolli.*

N. ADDIT.

Nulla hic lis inter nos. Loquor de moribus nostris, inter de suæ patriæ moribus.

Quod tamen requisitum ita non est accipiendum quasi quælibet contradictio rem faceret illiquidam: modo judex, sine longiori indagine rem cernere possit; inania κρεπδόξατα, quæ nunquam desunt, compensationem suffiaminare nequeunt. Ideoque potest etiam compensari, quod est hujus generis, etsi cum actore lis eo nomine contestata sit, *l. 8. h. t.*

4. Sed ut vere illiquida & controversa repudiant hoc remedium, ita nimis subtile est, quod aliquos ea natura compensationis, *ipso jure*, colligere, & in Foro contendere memini; postquam illiquidum & controversum debitum, Judicis officio decisum & ad liquidum redactum est, usuras debiti adversi & *liquidi*, extinctas intelligi ab eo tempore, quo in rei veritate mea pecunia jam fuit debita, tametsi causa mea controversiis & calculi tricis aliquandiu fuerat implicita. Sed merito non fuit admissa subtilitas illa in Foro. Compensatio enim effectum habere non potest ab eo tempore, quo debitum non erat habile ad compensandum: Atque ut fallacia hujus intentionis melius detegatur, observandum est, vim compensationis, qua operatur ipso jure non consistere in eo, quod aptitudo compensatoria debiti ex postfacto, ut loquimur, detecta retrotrahitur ad primum initium debiti; sed quod debitum ab eo primum tempore, quo vere fuit aptum ad compensandum, virtutem illam obtinuisse ponitur, eique tribuitur effectus extinguendi debitum reciprocum, antequam in judicio moveatur. Quod non est liquidum, non potest compensari; proinde ab eo demum tempore, quo liquidum est factum, vim compensandi habet; vis *ipso jure* operandi, non fingit fuisse liquidum, quod tale non erat, nec proinde effectum ei dare potest liquidi, quando non fuit liquidum. Debitum igitur antequam sit liquidum, non potest extinguere usuras adversarias; sed jus compensandi incipit a tempore, quo decisa controversia & incertitudo sublata est, eaque est sententia *d. l. ult. C. h. t.* nec aliter *omni die* servatur.

5. Ad illustrandam hanc viam operandi ipso jure, referemus exemplum, & quæstionem Juris inde resultantem, cujus similes frequenter usu venire possunt. Curator liberorum cujusdam mercatoris vinarii, petebat centum aut circiter pro vino a defuncto vendito; Heredes debitoris, qui fuerat conductor vectigalium, volebant compensare fere sexaginta florenos pro vectigali, quod defunctus adhuc debebat. Actor replicabat, ei debito esse præscriptum per legem generalem, vectigalium conductoribus præscriptam, *artic. 28.* qui dictat; Publicanos debita sua petere debere intra bimestre spatium; ni faciant, privari jure paratæ executionis; finita conductione,

debere adhuc peti intra idem tempus bimestre, sub pœna amissæ actionis, *by pæne van verstek.* Hoc autem posterius bimestre spatium, tempore judicii incepti in illa causa, pridem erat elapsum. Duplicabat reus: Quo tempore debitum vectigalis mihi competiit, tuum creditum jam natum erat: Ideoque eo ipso tempore, quo tu mihi vectigal vicissim debere cœpisti, tuum creditum ad concurrentem quantitatem extinctum est; itaque de præscriptione jam quæri non potest; sed tu quod ultra *sexaginta* tibi debetur, tantum petere potes, reliquum jam olim extinctum est. Τὸ κρινόμενον in hoc vertitur; An quod ipso jure fit compensatio, id in continenti, postquam vicissim deberi cœpit, in actum exercitum deducatur, an vero tempore petitionis id, quod mutuo debetur, pro soluto quidem habeatur, ut tamen eo tempore, quo petitur, ejusmodi esse debeat, ut nulla exceptione possit elidi. Quod verius: Nam quæcunque per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniunt, ait Ulpianus in *l. 14. h. t.* Idque indistincte, sive post nativitatem reciproci debiti, sive ante eam nata sit exceptio.

6. Quid enim? Debeo tibi centum ex mutuo; Inde post annum ex alia causa tu debere mihi cœpisti tantundem. Post mensem extorqueo tibi alios centum. Tu mox petis tuos centum: ego oppono compensationem. Excipis de vi facta, & ais; tuum creditum tibi non prodest, quia tantundem mihi per vim extorsisti; ac ita repelleris per exceptionem Quod metus causa. Ego; vis demum facta est inde post mensem, a concursu utriusque crediti tam mei quam tui; & tunc compensatio tuum creditum jam extinxerat: de mea vi potes alias agere, si libet, & est factum controversum. Hæc compensatio facta est ipso jure, debitum fuit extinctum ante vim factam. Ergo manet extinctum hodieque. Sic ego. Sed ratio vult, vis facta noceat auctori, nec is retro compensare queat debitum, quod justissima exceptione in irritum cesserit, ideoque exceptio quod metus causa compensationem excludet, *d. l. 14.* Ac ideo debitum compensandum tempore petitionis tale sit oportet, quod seorsim spectatum per exceptionem elidi nequeat: Quando ejusmodi est in præsenti, tum perinde habetur, ac si primo ortu debiti reciproci soluta esset pecunia, quod est *ipso jure compensari*: Verum si tempore petitionis, exceptione per se tolli queat, tunc illa reputatio non habet fundamentum. Sic igitur debitum Actoris in nostra quæstione, non fuit actu extinctum primo reciproci debiti momento: sed tempore petitionis quærendum fuit, an hoc reciprocum debitum esset habile ad petitionem: Cum non esset, inde ab initio reputari retroque currere non poterat. Atque ita judicatum, & omissa compensatione, Reus est condemnatus, in causa *Johannis Hixenii Curatoris liberorum Andreæ Conteri, adversus heredes Nicolai Balk; ante feriας O. S. 1681.* Facit huc, quod si Judex rationem compensationis non habuerit, debitum compensabile adhuc peti possit, *l. 7. §. 1. h. t.* Ergo ejusmodi esse debet, ut peti queat, si tale non sit, nec compensari potest, ut fit in præscriptione. Thomasius hac de re prolixam apposuit animadversionem, quam prætervehi non licebit.

SCHOLIUM.

Autorem ita intelligo. Ante annos viginti mutuo mihi dedisti centum, hodie tibi centum in mutuum concedo, hæc post decennium a te repeto. Tu mihi exceptionem compensationis opponis, quæritur, an recte? Negat Autor, quia mihi competit hodie replicatio præscriptionis, quamvis eadem mihi non competebat, cum centum tibi mutuo darem. Si igitur hæc est mens Autoris, dissentire ab ejus decisione licebit, eandemque invertere dicendo, hoc casu ideo non posse opponi præscriptionis exceptionem, quia eadem tempore orti debiti non competit. Etenim orti debiti tempore compensatio statim subfuit, & obligationem prioris debitoris ipso jure sustulit, ac ita præscriptionem per necessariam consequentiam interrupit. Quod si alia sit Autoris sententia, mallem, ut mentem suam apertius edidisset. Nam quod l. 14. h. t. concernit, illa de præscriptione nihil, sed hoc saltem inculcat, quod ea, quæ per exceptionem perimi possunt, in compensationem non veniant, v. g. Tu mihi centum debes ex mutuo, postea mutuum mihi incussisti, ut tibi centum promitterem, quæritur, an mihi condictionem certi ex mutuo adversus te instituenti, compensationem opponere valeas? Negatur, quia debito, cujus gratia compensationem opponis, ego juste objicio replicationem quod metus causa. Sed quid si casum formemus aliter? Debes mihi centum ex mutuo, postea incipio tibi centum v. g. ex empto debere, tu vero pactum mecum inis, quod ista centum petere nolis. Ago tecum ex mutuo; opponis mihi exceptionem compensationis; replico, quod pactus fueris mecum de non petendo; an replicatio mea tollat exceptionem tuam? Ita videtur, arg. d. l. 14. h. t. Sed ego subsisto. Nam quamprimum tibi centum

ex

ex empto incepi debere, ipso jure sublata fuit tua obligatio ex mutuo, & adeo pactumo, sive statuas, id secundum mores Romanos ope exceptionis tollere priorem obligationem, sive secundum mores nostros ipso jure, tamen hoc in casu fuit frustraneum, quia nihil quod tolleret adfuit. Uti enim obligatio mea ex empto tuam obligationem ex mutuo sustulit, ita eodem momento tua obligatio ex mutuo abstulit meam ex empto obligationem: unde sequitur, si revera nihil ex empto debui tibi, nec tuum pactum de non petendo, quæ ex empto tibi debeo, ullam efficaciam habere posse, cum non entis nulla sint accidentia; adde argumentum l. 10. § 1. h. *& quæ Autor inde notat* posit. 20.

RESPONSIO.

Tres casus proponit Thomasius. Primus est maximi usus, & convenit cum exemplo rei judicatæ, quod nos dedimus: de quo judicandum ex illis, quæ diximus. Secundus casus male ad hoc quæstum ab illo proponitur; ponit debitum prius justum, & posterius metu contractum, debuerunt esse tres termini, debitum prius justum, posterius æque justum, deinde metus ad dandum illatus, ut nos retulimus hac thesi 6. *Tertium exemplum bene subductum est, habens tres articulos, duplex debitum, & pactum liberatorium. Cogitur fateri Thomasius, eum, qui promisit, se non petiturum debitum, hoc ipsum compensando recuperare non posse,* in d. l. 14. *Quæ disputat in contrarium, juris & æquitatis solidum examen nullo modo ferre possunt. Et tamen si hoc casu compensatio non potest fieri, contra fidem pacti, sicut profecto non potest; manifestum est, in cæteris exemplis eam nihilo magis esse admittendam.*

N. ADDIT.

Regero I. Primum exemplum non convenit cum exemplo rei judicatæ, quod attulerat Autor, cum ego loquar de exceptione præscriptionis, Autoris casus de exceptione metus, de qua Scholium meum non est sollicitum, sed tantum de præscriptione. Et casus sunt etiam aliis in capitibus diversissimi. II. Si esset convenientia, meæ objectiones de primo casu, ad quas nihil respondet Autor, obstarent etiam rei illi judicatæ. III. In secundo exemplo nihil affertur, cur casus, quem ego formavi, non magis quadret ad exponendam d. l. 14. & omnino nihil vel in ipsa lege reperitur, vel ab Autore affertur, cur in casu legis debeant esse tres termini &c. IV. In tertio exemplo, initio mentem meam non ingenue explicat Autor. Is qui dicit ut ego: Ita videtur, sed subsisto. Nam &c. *non confitetur priorem sententiam, sed affert saltem rationem dubitandi Pro una parte. V. Igitur debuisset Autor ad rationes dubitandi a me pro altera parte adductas, aliquid saltem respondere, quod cum non fecerit, meliori jure ipsi poteram occinere, quod eas confiteatur. VI. Nec illud omittendum est, quod ipse Autor in casu rei judicatæ referendo valde variet, quod profecto indicium est non optimæ causæ in ista re judicata. Nam in priore editione prælectionum anno 1689. publicata, plane aliter legitur*: Debeo tibi centum ex mutuo: Inde post annum ex alia causa tu debere mihi cœpisti tantundem. Post mensem extorqueo tibi acceptilationem mei debiti. Tu tamen mox petis tuos centum ope testium. ego oppono compensationem, factam eis annum a tuo credito. Excipis de vi facta. Ego; vis demum facta est inde post mensem, & tunc compensatio tuum creditum jam extinxerat: de mea vi potes alias agere, si libet, & est factum controversum; Hæc compensatio facta est ipso jure, debitum fuit extinctum ante vim factam. Ergo manet extinctum hodieque. Sic ille; *Unde & coactus est Autor postea verbum mutare in responsione ad casum secundum. Nam in illa responsione scriptum lego*: Debuerunt esse tres termini: debitum prius justum, posterius æque justum, deinde metus ad *liberandum* illatus. *Nunc vero legitur secundum correctionem textus*: deinde metus *ad dandum* illatus.

7. Cæterum, ex qua causa debitum oriatur, etsi ex rigore Juris peti nequeat, quantum attinet ad Compensationem, non distinguitur, adeoque naturalia tantum debita recte compensantur, *l. 6. h. t.* juncta *l. pr. & § 4. de Pactis.* Quod autem in diem debetur, non recipit compensationem, quia nondum exigi potest, *l. 7. in pr. h.* secus est, si dies adjectus sit executioni, non obligationi: nam qui sententiam obtinuit, intra quatuor menses dilationis causa damnaris indultos, conventus compensare potest, *l. 16. § 1. h.* Culpas & debita ex maleficiis etiam, si pecuniaria sint, ut Furti, injuriarum, compensari possunt, *l. 10. § 2. h. t.* Sic dolus cum dolo compensatur, *l. 36. de dol. mal.* Exemplum aliud est in *l. ult. § 3. De eo, per quem fact.* Eodem pertinet injuriarum quotidiana compensatio. Graviora crimina compensationem ignorant, sed auctores utrimque meritis pœnis sunt adficiendi, *l. 13. § 5. D. ad L. Jul. de Adult.* Sic Vir, qui pudicitiam ab uxore exigit, si ipse eam non præstet, res ob compensationem mutui

criminis inter utrosque non communicatur, sed uterque damnatur, *d. § 5.* quod nec aliter est, si contingat, Virum & uxorem in mutuam indulgentiam ultro citroque consentire, cujusmodi flagitiosæ conventionis exempla non desunt. Ab eo, quod mutuum adulterium compensatione non tollitur, *dissentit Innocentius III. Pontifex*, in *c. ult. X. de Adult.* ait D. Wissenb. *th. 5. h.* Enimvero est aliud quod Pontifex ibi docet: Causam divortii ab altero instituendi, illo casu cessare, docet Pontifex, non male, ut opinor; de pœna criminis ibi non agitur, quod nobis est propositum: sed pecuniaria crimina, publica licet, omnia compensantur, ut est Annonæ crimen *l. 17. h. t.* quod est pecuniarum, *l. 2. § ult. ff. ad L. Jul. de Annon.*

SCHOLIUM.

In criminibus distingue intersesse privatum a publico. Ratione illius compensatio admittitur, l. 39. & l. 47. Solut. matrim. cap. ult. de adult. *non vero ratione hujus*, d. l. 13. § 5.

RESPONSIO.

Locuti sumus de crimine, qua tali, cujus animadversio ad Rempubl. spectat. Verum est interim, quod monet Thomasius, eoque pertinet id quod dixi, adulterium utriusque conjugis divortii causam tollere vi compensationis; ac ita in aliis.

N. ADDIT.

Ergo hic iterum consentimus.

8. In fiscalibus debitis habere locum Compensationem, docet Ulpianus in *l. 12. h. t.* Limitatio addenda ex *l. 1. C. h. t.* quatenus eadem *Statio* quæ petit aliquid, debeat. hoc est, idem Curator in certo loco rei fiscalis, vid. Gothofr. *ad d. l. t.* ne confusio rerum fiscalium e promiscuis compensationibus oriatur. Debita Reipubl. seu civitatis, etiam compensantur, *l. 3. C. h. t.* sed exceptiones ibi sunt plures. Prima est. *si ex Kalendario* debeatur, hoc est pecunia fœnebri, ut omnes interpretantur; nam Kalendarium est liber rationum, in quem fœneratitiæ pecuniæ, computato ad Kalendas fœnore, referebantur, probante Brissonio *de V. S. ad illam vocem.* An hoc hodie locum in omni credito fœnebri civitatum habeat, equidem dubito; Quando non Kalendariis, sed propriis instrumentis singulæ crediti species continentur; Durum certe foret, si nostrates ære alieno mersæ civitates, a creditoribus suis, quibus solvere non possunt, adhuc, quod ipsi vicissim debent, exigere possent; vix credo, compensationem negatum iri, nec quod de Kalendario apud Veteres cautum, hoc ad fœnebres pecunias stipulationibus interpositis & traditis instrumentis contractas, esse transferendam. Justior est ratio exceptionis in vectigalibus, * in frumenti vel olei publici pecunia, in tributis, alimentis, fideicommissis, & pecunia statutis sumptibus destinata, quæ traduntur in *d. l. 3.* de quibus vide sis Donellum *ad l. cand. 3.*

9. Restat locus de personis, quæ compensare possint. Et est regula, Unusquisque creditorem suum eundemque debitorem summovet, si paratus est compensare, *l. 2. h.* etsi juraverit, se soluturum, *per ea, quæ de Vi compensationis juri cum solutione*, dicta sunt ex *l. 21. h. l. 4. C. h. t.* Wissenb. *ad h. t th. 4.* Intelligitur autem quisque compensare, quod sibi, non quod alii debetur, nec contra alium. *l. 9. C. h. t.* Adeo ut hæres non patiatur compensationem ejus, quod ipsius coheres debet, *l. 16. in pr. h. t.* Sed filiusfam. recte compensat, quod Patri debetur, ob vinculum unitatis personalis, quod facit patria potestas, modo caveat, Patrem, quod egit ipse, ratum esse habiturum, *l. 9. § 1. h.* Procuratores, & Tutores, suo nomine conventos, non posse compensare, nec vice versa pati compensationem ejus, quod domini aut pupilli debent, ex *d. l. 9. C. & l. pen. D. h. t.* manifestum est. Sic etiam qui alium suscipit defendendum & pro illo intervenit, non potest compensare quod actor ei debet: Sæpe ita usu venit; Primus petit a secundo mille florenos, Reus excitat Tertium, cui primus tantundem debet; Hic pro illo intervenit eumque defendit; Admissus ad defensionem, opponit ei compensationem. Non auditur, quia causa est aliena. Et ita judicatum *inter Ephem Epei cum uxore*, contra *Annium Hannonis intervenientem pro Merico Merici, 19. Martii 1636.* Rursus inter *Johannem Hilarii, & Johannem Nicolai Claurgum Juberanum intervenientem, suo &c.* teste Nauta in *decis. MS. 55.*

10. Sed Procurator in Rem suam, qui domatam, venditam, in solutum datam, aliove titulo proprietatis actionem habet translatam, quia loco domini habetur, recte compensat id quod primævo creditori debetur, *etiam* post litis contesta-

* Conf tamen de compensatione ratione tributorum ordinariorum, der Bartholomæi- und Lætare-Steuer, *Edict. Elect. d An. 1671. die* Strafft derer, welche ihre Landtrauch-Steuer. *App. Corp Jur. Sax. p. 15.* adde Schilter. *ad ff. Ex. 28. § 39. j.* Ziegler. *de Jur. Maj. l. 2. 3. th. 58.*

tionem.

tionem, *l. 18. h. t.* ut illud *etiam* subintelligimus, nec ut verba, *post litis contestationem*, excludant tempus ante litem contestatam: nam & tunc cessionarius habetur loco domini, *l. 55. de Procurat.* & datur ei persecutio pignorum, quæ cedenti competebant, *l. 6. & l. 7. C. de O. & A.* proinde compensare potest, supposito eo, quod Thomasius heic monendum putavit.

SCHOLIUM.

Concedimus, si denunciaverit debitori cessionem sibi factam, Struv. h. t. th. 25 n. 6. *aut, quod videtur perinde esse, actione utili debitum petierit*, arg. d. l. 55. de Procur.

Wissenb. *ad h. t. n. 10.* Potest etiam dici, verba *post litem contestatam, d. l. 18.* ideo esse inserta, quia vix est, ut Compensatio a Procuratore in rem suam, aliter quam post litem contestatam objici possit. Præsupponit enim Reconventionem, ut ipsa *l. 18.* indicat; v. ex. gratia, Primus cedit Secundo debitum mille florenorum, quos Tertius debet. Hic conventus & litem contestatus, instituit reconventionem, & ait, sibi vicissim deberi a Primo sexcentos, ideoque se tantum ad quadringentos teneri solvendos. Secundus replicat, illos sexcentos pridem alio debito paris quantitatis esse sublatos: atque hujus replicationis vix aliter, quam post litem contestatam, usus esse potest.

11. Sed an cessionarius etiam patitur compensationem ejus, quod cedens vicissim debet cesso, id est ei, contra quem cessio data est? Plerique distinguunt inter cessionem ex causa onerosa factam, & ex lucrativa. Ex hac pati debere compensationem, ex illa non cogi; scilicet, quando agit utili actione suo nomine: Si directa agat nomine cedentis, omnino pati debere compensationem, ne debitoris conditionem faciat deteriorem; Ita Doctores *communiter* tenere, testatur ipse ita sentiens Wissenbachius *ad h. t. th. 10.* Aliter Thomasius.

SCHOLIUM.

Malo assertionem contrariam, absolute & absque distinctione hujus & sequentis positionis, defendere per ea, quæ ad Strauch. d. l. pag. 194.

RESPONSIO.

Recte, per ea, quæ sequuntur.

Secundum illam quippe Communem, semper erit in potestate Cessionarii, conditionem debitoris facere deteriorem, auferendo illi Compensationem; si quidem in ejus arbitrio est, utilem, loco directæ, actionem instituere. Natura compensationis non videtur etiam recipere distinctionem onerosæ aut lucrativæ cessionis, ut exemplo patebit. *Primo* debebamur sexcenti a Colono suo; cumque aliter hic solvere non posset, Primus insolutum accepit instrumentum *reversale*, quo alius Emptor eidem colono sexcentos debebat. Hos Primus ab emptore petiit. Hic ait, Colonus mihi vicissim debet trecentos, & jam debebat tempore tuæ cessionis. Hi trecenti, quos mihi debebat ipso jure minuerunt credi rem ipsius ad trecentos, non potuit tibi plus cedere, quam ego ipsi debebam, idque sine differimine lucrativæ, an necessariæ cessionis, quæ nihil mutat in virtute compensationis, ipso jure operantis. Non dubitavit Curia nostra in exemplo relato, quod erat onerosæ cessionis, admittere compensationem ejus, quod tempore Cessionis a venditore liquido emptori debebatur, in causa *D. T. ab A. contra Nicolaum Theotardi, ante ferias omnium Sanct. 1679.*

12. Quin etiam placuit *in eadem causa*, quod venditor emptori debere cœperat post cessionem, ante intimationem factam emptori, id esse compensandum; qui neglectus intimationis a cessionario commissus, conditionem debitoris non potuit facere deteriorem. Quippe quod venditor emptori post venditionem debere cœperat, inter illos quidem tacito consensu pro solutione, cujus vice fungitur compensatio, habitum fuit, & tanc fuit debitum reciprocum, alteri debito minuendo comparatum. Excipit Faber ad *l. 4. C. t. 23. def. 3.* Id quod dicitur, compensationem habere vim solutionis, id obtinere, *cum exceptio compensationis* objicitur. Primo, *exceptio compensationis*, non recte dictum; dein, verum est, debitum, quod compensatur, eo tempore, quo objicitur, debere esse habile, ut antea *dictum:* Sed cum tale tunc reperitur, effectum *ipso jure* operandi retrorsum exereet, ab omni tempore, quo debitum fuit habile ad compensandum, ut satis probatum liquet ex *l 10. § 1. l. 11. & l. 21. h. t.*

13 Quid si facta fuerit Cessio post in jus vocationem? Cajus in jus vocaverat Titium pro sesquicentum florenis. Hic ab alio Caji creditore cessionem accepit in parem summam. In Judicio litem suo nomine contestatus, in responsione deinde scripta, objicit compensationem nomine cessо; Actor illam admittere debebat; & admisit hac lege, si reus solveret impensas litis, eo quod ipse Actor scire non potuerat, hanc ei causam oppositionis esse futuram, quæ studiose, ut apparebat, a reo quæsita fuerat. Recusantem Reum, admissa Compensatione, Curia condemnavit in impensas,

impensas, *in causa Jacobi Adama*, contra *Ulpium Broers, ante ferias O. S. 1681.*

14. Porro ejus sententiæ, quod Cessionarius pati debeat Compensationem ejus, quod cedens debitori vicissim debet, limitationem non insubtilem, & late patentem, habet Anton. Faber in *eodem loco*: si Cessionarius generalem hypothecam habuerit in bonis cedentis, ante cessionem & ante contractum illud debitum, de quo agitur compensando: tunc scil. hanc actionem cessam sub generali hypotheca comprehensam fuisse, quam Cessionarius etiam citra cessionem utili hypothecaria persequi potuerat, inquit. Quo jure Creditori semel quæsito, non fuit in potestate debitoris, contrahendo cum alio, jus creditoris hypothecarii sui facere deterius, aut illud nomen ipsi obligatum diminuere. Consensum adhibere videtur huic limitationi, non examinatæ tamen, Sandius in *lib. 3. tit. 17. defin. 4. in fin.* Tametsi ex rationibus ab illo in specie parum dispari subductis, colligi poterat, ne in hoc quidem casu subtilitatem illam esse admittendam. In specie, quam decisam refert, Creditor nactus est hypothecam omnium bonorum: postquam natum est nomen, de quo compensando agebatur. Hoc nomen Creditor hypothecæ generalis, dicebat statim ac suum jus natum esset, sibi fuisse devinctum, ut erat; Curia tamen censuit, Compensationem debiti antea extantis, ei statim fuisse applicitam ipso jure. Plane est eadem ratio in debito postea nato: nam ratio Fabri consistit in jure hypothecæ prioris, quæ per secutam compensationem non potuerit imminui. *Id* Curia negavit, *censuitque illo ipso instanti, quo nomen hoc natum est, cum eo etiam natum & ortum fuisse jus compensationis*; quod per hypothecam non fuit sublatum: sicut solutione per debitorem facta, prior Creditor utili hypothecaria in nummos amplius non extantes agere non potest, ut alibi dicendum, & notum est; ita nec effectum Compensationis ipso jure perpetratæ, hypotheca Creditoris prior impedire posse videtur. Nec memini, aut in modo relata specie, aut unquam alias, negatum esse compensationis effectum propter antiquiores hypothecas. Quid enim? habent duo patresfam. rationes ultro citroque. Titius ex variis nominibus duo millia debet Cajo; hic iterum mille quingentos Titio. Fit concursus Caji creditorum, qui per utilem hypothecariam duo millia petunt a Titio, & forte jam olim petere potuerunt. An hic tamen eos ad calculos vocare non potest, ut compensatis mille quingentis, reliquum solvendo defungatur? Incivile foret hoc negare; nec dubium, quin Titius conferendo suum *debet*, cum alterius *credit*, concurrentes quantitates compensare queat, *ut fit quotidie*. Secus est, si quis Creditorum aliquam rem debitoris emat, pretiumque compensare velit; hoc enim frustra agit, cum & in pecuniam salvam utilis hypothecaria, & in rem ipsam directa, detur Creditoribus.

15. Secundum hæc, rationes in specie, quam Curia decidit, eædem sunt, quæ adversus Fabri sententiam militant, nec utemur nimia subtilitate Fabriana; Verum in cessione, quæ fit ex necessitate Juris, aliud Curiæ nostræ visum fuisse, tradit Sandius *d. tit. def. 16.* Exemplum; Duo coheredes erant, quorum alter in divisione hereditatis accepit nomen mille florenorum, quos ego defuncto debebam. Hos petit partim suo, partim nomine coheredis cesso. Coheres mihi vicissim debebat quingentos. Dico illi, Tu quingentos peris a me nomine tuo; solvam; Quingentos reliquos petis nomine cesso, coheredis tui, qui mihi debet quingentos: hos volo compensare cum quingentis, quos ego illi ut coheredi debeo. Repulsus est, probante Sandio, dum a Reconventione ad Compensationem argumentatur; nam de illa satis constat, si quis ex necessaria causa factus sit Procurator in rem suam, eum si agat, non posse reconveniri, *l. 33. in fin. de Procurat. Reconventio & Compensatio pari passu ambulant*, ait Sandius, & *Compensatio vocatur mutua petitio*: quod ultimum est equidem verum; sed quam diverso sensu, *in pr. h. t.* dictum est. Evidentissima differentia est eadem, quæ toties exposita, pendens a τῷ IPSO JURE; quod Reconventio sit Actio reciproca, diversam a Conventione faciens Instantiam: Secus ac Compensatio, quæ nec est actio, nec *proprie* parit exceptionem, multo minus instantiam diversam. Reconventio nullum retro effectum habere potest; secus ac compensatio, *ut habuimus*. Reconventio fit de omnibus rebus, seu corpora sive quantitates sint. Compensatio contra. Reconventio fit etiam de debitis controversis; Compensatio nequaquam. Sed caput rei est, quod Compensatio objecta, debitum retro, ac inde ab initio extinguit; quod minime est in potestate Reconventionis; De hac nullo modo prædicari potest, quod Sandius *in d. defin. 4.* de Compensatione dixit; *Simulac natum est nomen, ita fuit affectum, ut ad concurrentem quantitatem ipso jure perimi potuerit.*

Recon-

Reconventio nihil operatur, nisi postquam instituta fuit. Debitor, qui compensationem objicit cessionario, sic ait; Meus creditor non potuit tibi plus cedere, quam ipsi deberetur: Atqui non debebam plus, quam quod ultra summam concurrentem supererat. Hæc ratio non mutatur ex qualitate cessionis, quæ sive onerosa vel necessaria, sive lucrativa aut voluntaria fuerit, non potest efficere, ut debitor plus quam revera debuit, debuisse dicatur; ne quidem in casu, quem Sandius excipit; qui est cessionis inter coheredes factæ; quoniam hæc res inter coheredes acta, nihil mutat jus ipsum crediti, neque debitoribus, aut creditoribus, hereditari iis præjudicat, ut *ad tit. D. Famil. erciſc. n. 5.* probatum est, ac evincit *l. 3. d. tit.* Cæterum, si maxime placeat exceptio cessionis inter coheredes, ob necessitatem Juris & evitandam confusionem inter coheredes, quæ satis frequens & notabilis inde fieret, non est tamen, quod idcirco in omnibus, quæ titulo fiunt oneroso, cessionibus voluntariis, idem jus statuatur. Magis placet ampliatio æquitatis compensandi, quam Sandius idem habet *in def. 2. d. tit.* Scil. si qua actio plus semel cessa fuerit, debitorem posse compensare, quod singuli cedentes ei vicissim debuerint, quia in pluribus est eadem ratio, quæ in singulis, ut est judicatum *d. def. 2.*

16. Cessare dicitur Compensatio in Deposito, atque in immobilium rerum invasione, quo sensu, diximus *ad tit. I. de Action. n. 30. sub fin.* ex quibus apparet, accurate loquendo, hanc non tam esse exceptionem, quam admonitionem, naturæ depositi ac invasionis bene convenientem, scil. ne ullo modo negetur restitutio, nec quidem exceptio erit hæc proprie dicta, si capias, ut alii, & ut noster Wissenbachius usum ejus exceptionis concipiunt, ad *l. ult. h.* Finge, ait; rem meam valentem centum deposui, & vis, ut quod tibi debeo, compenletur cum eo, quod mihi ex causa depositi debes. Non es audiendus. Non est, inquam, hæc exceptio, quia non pertinet ad regulam compensationis: Nam corporis sive speciei quantumvis æstimatæ, nullam esse compensationem verius est, & probatur judicatoque firmatur a Sandio *d. tit. 17. lib. 3. def. 2.* Hæc ita, si species sive res corporales sint depositæ. Verum si non ad restitutionem ipsius rei depositæ; sed ad æstimationem rei deperditæ, vel deterioris factæ, agatur, nihil causæ videtur, quamobrem non admittenda sit Compensatio, ex *d. l. ult.* Id illic omni modo agitur, ne fides restitutionis eludatur; quod ne ob impensas quidem in rem depositam factas, permittendum videtur, ut tamen cautio de restituendis impensis, exigi posse videtur, per *l. pen. in fin.* cum *Auth sequ. C. Depoſit.* qua de re locus est proprius *ad tit. seq.* Nullus igitur est exceptionis proprie dictæ usus in hoc depositio? Potest dici, quando res fungibiles, inprimis, quando pecunia deposita est; quoniam hæc res est habilis ad compensandum, ejus quoque restitutionem prætextu compensationis non posse negari, & hanc posse tueri speciem & vim exceptionis, facile potest intelligi.

17. Præterea cessat Compensatio, postquam semel objecta & improbata est a judice, tunc enim locum habet exceptio rei judicatæ, *l. 7. §1. h. t.* Multo minus si probata sit, effectumque suum perimendi debitum semel obtinuerit, iterum ad aliud debitum perimendum objici potest, ut Sandius, etsi per se manifestissimum, re judicata Curiæ probat, *d. tit. 17. def. 1.* Quid autem, si Judex Compensationem præterierit, nullamque ejus rationem habuerit? *Salva manet petitio; nec enim exceptio rei judicatæ tunc objici potest*, ut docet Ulpianus in *d. l. 7. §1.* Denique Compensatio, si convenerit, ut certæ petitioni opponeretur, cessat extra illam cautam, eoque pertinet, opinor, quod Ulpianus habet in *l. 13. ff. de Compenſat.* ubi: *Si cui petitioni ſpecialiter deſtinata eſt Compenſatio, in cæteris non objiciatur;* etsi hæc paulo secus accipit Sandius *citata def. 1.*

TIT. III.

Depositi vel Contra.

I. Continuatio, & an depositum sit rerum immobilium, remissive. II. Sequestrationis definitio exposita, & usus ejus determinatus. III. Divisio in Voluntariam & Necessariam, & hujus usus ex jure Rom. IV. Conclusiones inde collectæ. V. Pecuniæ quoque sequestrationem dari posse. VI. Imo dari casus sequestrandi pecuniam, non comprehensos in l. un. C. de Prohib. sequestr. pec. *quorum primus occasione concursus Creditorum. VII. Hujusmodi*

sequestrationem non nisi ex necessitate, causaque cognita imperandam. VIII. Ne quidem uno alteroque creditorum petente, nisi & reliquis auditis. IX. Creditorem possidentem non teneri ad sequestrationem, nisi alius probaverit, suum jus esse potius. X. De sequestratione, quæ fit solutionis causa. XI. Depositum anomalum, in quo tantundem restituendum est. XII. De actione depositi tam remissive, quam noviter. XIII. De actione sequestraria.

INterruptum ordinem tractationis repetit Auctor Juris, ut pergat in speciebus contractuum enumerandis; E quibus inter Reales superest DEPOSITUM, de quo diximus in *Parte I. tit. de Obligat. quæ ex contrab. pag.* 284. ubi & Quæstio, an depositum sit etiam rerum immobilium, quod negavimus cum Struvio & Wissenbachio, ad *hunc tit.* nec juvat repetere, quod ab illis aut a nobis dictum; etsi D. Thomasius prolixis scholiis det operam, ut evertat rationem, qua custodiam rei immobilis, Mandatum potius, quam Depositum esse diximus; sed quæ tam difficilis explicationis non sunt, ut heic ea cum suis responsionibus exhibenda sint, sufficiunt quæ *loco citato* protulimus, additis inquam, Struvio, Wissenbachio, & qui laudantur ab illis. Ne quidem in eorum sententiam videtur concedendum, qui sequestrationem duntaxat volunt esse posse depositum rei immobilis. Non negatur, sequestrationem esse depositi speciem, sed rei immobilis esse ex usu juris, id recte negatum est, *d. tit. I. n. 12. in fin.*

N. ADDIT.

Ut vero Lector judicare posset, an illa scholia prolixa talia sint, quæ non mereantur responsionem Autoris, nihil nocebit Autoris fiduciæ, si ea cum positione, ad quam adjecta sunt, apponantur. Positio sic se habet: De natura depositi notandum, quod, ut mandato simile est in eo, quod solius damnis utilitas vertatur, ita in hoc discrepat: (a) *mandatarius factum recipit, depositarius nullum,* (b) *sed res tantum in loco servanda relinquitur, quæ si maneat, ubi sita est,* (c) *depositarius satis fungitur:* (d) *ubi plus exigitur, depositum exceditur, ut exemplum est in* l. 1. § 13. (e) *Et hinc ratio petitur, quare depositum in rebus immobilibus consistere non posse arbitremur,* (f) *ut disputavimus* in prælect. ad d. tit. Inst. n. 10.

(a) *Ista potius videtur esse discrepantia inter depositum & mandatum. Depositum tendit saltem ad custodiam rerum alienarum, mandatum ad negotia quævis. Ergo, si ei, qui jam alia negotia mea gerit, mandem, ut rem meam seu mobilem seu immobilem custodiat, mandatum manet,* l. 5. § 4. de præscriptis verbis. *Ergo etiam, si tibi mandem, ut rem ab aliquo meo nomine receptam custodias, itidem mandatum est, quia rem meam ab alio nomine meo recipere, ad mandatum spectat, non ad depositum, hoc est, quod Ulpianus* in l. 1. & l. 13. h. t. *dicit, quod mandatum hic sit primus contractus.*

(b) *Sed quis negaverit custodiam esse factum?*

(c) *Si Autor putat, deponentem semper rem depositam in certo loco apud depositarium collocare, nec hoc perpetuum est, quin potius sæpissime res deponenda traditur depositario, ut illam ponat ipse pro lubitu in loco tuto.*

(d) *Imo nec hoc universaliter admitti potest. Quid si enim res deposita sita sit in loco satis tuto, postea vero depositarius ædium reparandarum causa locum istum aperire cogatur, tum sane non satis fungetur officio, si rem depositam ibi remanere sinat, sive ipse eam antea ibi reposuerit, sive deponens.*

(e) *Sed hunc textum modo exposuimus aliter.*

(f) *Quemadmodum* part. 1. de oblig. quæ ex contrab. posit. 36. *contrarium asseruimus, ita perspicere non liceat, quid prior doctrina ad sententiam Autoris conducat. Quin potius inverteremus argumentum, & ideo etiam in rebus immobilibus depositum esse posse diceremus, qua depositarius rem immobilem depositam non tenetur de loco in locum movere,* (quod hic nec potest,) *sed obligatur, ut eam relinquat ubi sita est.*

In scholio ultimo provoco ad scholium ad part. 1. adjectum, quod sic erat conceptum: Contrariam sententiam, id est, quod & immobilia possint deponi, defendit Franzkius ad ff. h. t. n. 6. *cujus rationibus probe notatis, facile potest responderi sententiæ Autoris, quam ita accepit a Wissenbachio, quem confer* ad ff. h. t. th. 11. *Etsi vero Autor contra provocet ad ea, quæ dixit in Institutionibus, eadem tamen ibi repetuntur, quæ in positione præfata sunt jam per scholia notata, excepto petissimo argumento, quod scil. in jure nullum occurrat exemplum rei immobilis, vel depositæ vel sequestratæ, unde & Autor pariter negat sequestrationem rerum immobilium.*

lium. Uti vero in illo argumento negamus conſequentiam, cum infinitæ res ſint juri conformes, quarum in Jure Juſtinianeo non occurrunt exempla, ita putamus, nulli ſeculo, nec provinciæ, incognitas eſſe ſequeſtrationes rerum immobilium, unde nec hactenus præter Autorem, quod ſciam, nemo de ſequeſtratione rerum immobilium dubitavit.

2. Definitur Sequeſtratio (de hac, ordine, ibi non fuit actum.) a Paulo: *Depoſitum, quod a pluribus in ſolidum, certa conditione cuſtodiendum reddendumque traditur, in l. 6. h. t.*

DEPOSITUM QUOD. Non additur, mobilis, an immobilis res ſit, verum ipſa vox *Depoſiti* & *Reddendi* ſatis indicat, non niſi quæ poni & reddi queant, eſſe materiam ſequeſtrationis.

A pluribus; Depoſitum in ſpecie dictum, poteſt eſſe tam unius, quam plurium, Sequeſtratio non niſi plurium intelligitur, *l. 17. h. t.* Quia vix aliter inſtituitur, quam ſi de re aliqua ſit controverſia, *d. l. 17. & l. 110. de V. S.* Et reſpectu illius eventus, uterque dicitur *in ſolidum* deponere, quamquam unus, qui antea ſolus poſſederat, factum deponendi ſolus obierit, isque tum ſolus deponere dicatur; ſi tamen alter ſe quoque dominum eſſe dicat, eoque volente depoſitio fiat, uterque in ſolidum depoſuiſſe videtur, & eſt ſequeſtratio, *l. 9. § 3. de Dol. mal.* juncta *l. 17. § 1. h.* Verum ſi unus rem deponat, ut Tertio detur, ſi hoc aut illud fiat, ea non eſt Sequeſtratio, ſed contractus innominatus, *l. 18. de Præſcript. verb.*

CERTA CONDITIONE. Qualis hæc, *cuſtodiendum reddendumque, ſi inter nos judicatum fuerit, utrius ea res ſit, d. l. 9. § 3.* & quæ docet, alias Conditiones accedere poſſe, nempe ut depoſitarius rem depoſitam vendat & pretium in eventum victoriæ ſerver, ut *illic* eſt. Nec tamen a judicio ſolo, verum etiam ab eventu alio, ſuspendi poteſt redditio, ut alterutri in ſolidum res controverſa detur, ſi hoc aut illud fiat, eritque ſequeſtratio, per hæc verba, *certa conditione*, quæ ſunt generalia. Si plures rem communem deponant, non eſſe ſequeſtrationem, docet Florentinus in *l. 17. h. t.* Quid ergo ſi collatam pecuniam duo apud tertium deponant, ut tali aut tali eventu, alterutri reddatur, quo nihil frequentius, an non erit ſequeſtratio, quia communis eſt pecunia? Secundum Pauli in *l. 6.* definitionem erit omnino, quia licet ab initio communis ſit pecunia, a ſingulis tamen in ſolidum reddenda ponitur. Non videtur igitur ad ſequeſtrationem eſſe neceſſarium, ut de ipſa re depoſita ſit controverſia, modo controverſiæ cauſa res a duobus in ſolidum ſit depoſita: Quando igitur duo pluresve rem communem apud tertium deponunt, ut is eam ſuo arbitrio dividat inter illos, hoc proprie non eſt Sequeſtrationis exemplum. Creditores ita non raro inſtituunt, quando res debitoris ſui, qui bonis ceſſit, aut non ſolvendo mortuus eſt, vendiderunt, ut pecunias inde redactas apud tertium deponant, quæ ab illo ſecundum juris ordinem dividantur. Eſt depoſitum ſimplex cum mandato, vel potius compromiſſio deponentium.

3. Sed prætereunda non eſt ſequeſtrationis diviſio in Voluntariam & Neceſſariam, quæ ut conſtanter ab Interpretibus tradita, nusquam tamen in legibus, ut depoſiti ſubdiviſio, nec plane ut diviſio generis in ſpecies, proponitur. Voluntaria quid ſit, jam intellectum eſt. Neceſſaria vocatur, quæ fit imperio judicis; at hæc prohibetur, *quoties ex quolibet contractu pecunia poſtulatur; Prius enim debitorem oportet convinci. l. un. C. de prohib. ſequeſtr.* Idemque de rebus, quarum reſtitutio petitur, adfirmatur in *l. ult. C. de Rei Vind.* At ſi condemnatus ad reſtituendum, ab executione *modum judicationis excedente* appellaverit, eo caſu res mobiles & fructus immobilium rerum, ſequeſtrari poſſunt, *l. 5. C. Quor. appell. non recip.* Idem fit de fructibus, quando pendente appellationis cauſa, ab adverſario populitantur, *L. 21. § ult. de appell.* In favorem dotis, ſi maritus uxoris furioſæ manifeſtiſſime in hoc eſt, ut diſſipet dotem, jubetur ea ſequeſtrari, *l. 22. § 8. Sol. matrim.* Reo criminis abſente, res ejus, quæ ſervando ſervari nequeunt, venduntur, & pretium in depoſito eſſe jubetur, *l. ult. § 1. de Requir. reis.* Si colonus neget domino fundi jus & penſionem reditus annui, neque ſatisdet, in æde ſacra, vel *κεφαλαιοχείῳ* publico, lite pendente, deponuntur, *l. 20. § 1. C. de Agricol. & Cenſit.* Sicut aliæ res, de quarum cuſtodia partes convenire nequeunt, in æde deponuntur, aut apud tertium, *l. 4. & 5. Famil. erciſc.* ad evitandas rixas & arma pugnæ *l. 13. § 3. de Uſufr.* quo reſpectu puella, de cujus matrimonio certatur, etiam ſequeſtrari poteſt, *c. 14. X. de ſponſ. & matrim. c. 8. de Reſtit. ſpol.* Si perſona fugæ ſuſpecta in jus vocetur nec ſatisdetur, res apud officium, id eſt in loco officii publici, deponi debebit, *l. 7. § ult. Qui ſatisd. cog.*

4. Ex quibus locis colligitur, I. De rebus immobilibus nusquam depoſiti, nec quidem ſequeſtrationis vocabulum uſurpari, quanquam moribus

aliter obtinere videtur, ex jure Canonico, cap. 1. *de Sequestratione poss.* II. Illam sequestrationem non esse contractum, quia sine conventione fit ad petitionem unius, altero quoque invito, nec ideo sequestrationem Necessariam esse depositi speciem; etsi vocabulum Depositi de illa quandoque prædicetur: quemadmodum de usufructu alias dictum est, jus, quo dominus fructus percipit ex re sua, vocari quidem usumfructum, nec tamen esse speciem Ususfructus, quæ Servitus est. Quando igitur Depositum distinguitur in depositum simplex & Sequestrationem, hanc divisionem de voluntaria sequestratione capere par est; addito. sequestrationem, quæ fit judicis imperio, depositionem quandoque vocari, sed peculiari & a contractu depositi alieno sensu. III. Sequestrationem sive depositionem rerum mobilium, a Judice posse imperari, quoties evidens periculum alieni vel communis præjudicii, aliter evitari non potest, ut ex inductione textuum citatorum intelligitur.

5. Hujusmodi suppositio casu, dicendum, quaslibet res imperio judicis sequestrari posse, quantitates etiam, adeoque pecunias ipsas, non obstante prohibitione *d. l. un.* cujus sanctio sub exceptione talis periculi, quale prædictis legibus designatur, accipienda. Cujacius *ad d. l. un.* pecuniæ nullam omnino dari sequestrationem, eo quod interverti nequeat, contendit: quod est verum, quamdiu certæ quantitatis debitor est solvendo, ita ut pecunia ex ejus bonis redigi possit; verum si debitor omnia sua bona dilapidet & creditoribus decoquat, non est dubium, quin etiam eo casu debita quantitas intervertatur; adeoque justa sequestrationis causa intercedat. Quis igitur prohibitæ sequestrationis in pecunia effectus est? Quod in ea, cum sit quantitas, periculum interversionis, aut conflictus, quod in aliis dat sequestrationi causam, ut supra vidimus, tam crebro usu non veniat: quod aliter, si pecunia in corpore certo hic & nunc extet, se habere intelligitur.

6. Porro sciendum, prohibitionem illam esse accipiendam de casu, quo Reus ab actore conventus, jubetur pecuniam petitam sequestrare. Nam alios dari posse casus, quibus pecuniæ sequestratio habet facultatem, omnino dicendum. Etsi enim cum plures creditores, pecuniam a bonis debitoris sui redactam apud aliquem deponunt, ut is ex ordine juris eam dividat, hæc non sit proprie dicta sequestratio, ut *supra* demonstratum est; quando tamen judicis imperio coguntur eam deponere, ut divisio instituatur, hæc sine dubio est *Sequestratio*; vulgo Consignatio appellatur, quæ vox notat omnem depositionem judicialem, tam quæ ex voluntate privatorum, quam ex judicis imperio fit; posterior consignatio est sine dubio, inquam, species sequestrationis, cujus fere tres species in Foro exercentur, per quas pecuniæ sequestrantur. Una propter concursum Creditorum; Secunda propter actionem ex chirographo; Tertia solutionis causa. Prima species est notissimi & frequentissimi usus, quando Creditores inter se congruere non possunt, quo pacto pecunias, e bonis debitoris sui destitutis redactas, partiri debeant, aut etiam quomodo ipsa bona sint distracturi, tum quidam ex illis adire solent Judicem & petere, ut is decernere velit *Commissarium*, cujus cura bona distrahantur, & pecuniæ secundum juris ordinem inter Creditores distribuantur; vel, inquam, si jam distractio communi consensu, aut a Curatore bonorum facta sit, ut pecuniæ sequestrentur, ordo Creditorum declaretur, & consequenter fiat distributio; ita fere quemadmodum voluntate partium fit in *d. l. 9. § 3. de dol. mal.*

7. De hac sequestratione summum Juris monitum est, ne aliter quam ad depellendum evidens periculum fiat, adeoque NECESSITATIS causa duntaxat; qua in re non leviter in Foro esse peccatum, quid attinet heic commemorare, quod notissimum, & pro scopulo fori a Creditoribus habitum, ac evitatum est; quando vel hujus rei experientia laudat sola constitutionem *l. unicæ C. de prohibita sequestr. pecuniæ.* quam sit res fragilis & obnoxia dissipationi pecunia, maxime quæ ad plures indivisa pertinet?

Primo igitur non debet, neque potest, talis Sequestratio judicis imperio aliter, quam cognita causa, fieri, vocatisque & auditis iis, quorum interest, utpote cum summi res sit præjudicii, propter impensas graves, & consequentias damni fere inevitabiles. Proinde ex officio a Judice nullo modo imperari potest; si facta sit, is qui deposuit pecuniam, ab iis, ad quos de jure pertinet, conveniri potest, non secus ac si adhuc eam possideret, cum talis sequestratio fuerit ipso jure nulla, *d. l. un.* Sic a Curia nostra judicatum *inter Curatores pauperum Holwardienses, & Secretarium Civitatis Doccumanæ*, cum hic, præfectus Auctionibus, pretium ex bonis debitoris cujusdam redactum decreto Magistratuum Doccumanorum apud officium deposuisset; secuta non levi di-

diminutione nummorum, ut fit, conventus a Curatoribus pauperum, ad quos jure liquido pecuniæ pertinebant, condemnatus est ad solvendum, quia tali Decreto Magistratus inferioris consignandi pecuniam a creditore suo, vel eo cujus interest, ignaro, parere non debuisset, parato contra remedio; sicut in Arresto, si Magistratus jusserit rem vel pecuniam detinere, nec intimatum sit Arrestum debitori, ille, qui rem pecuniamve tenet, non obstante jussu Magistratus, solvere potest & debet ei, cui Magistratus solvere vetuit; *ut supra t. de Arresto reali, n. 4.* demonstratum est. Facta decisio *ante ferias Pentecost. 1680. in causa Jac. Haytses cum soc. contra Nicolaum Radbodum &c.* Sic igitur capiendum, quod alii tradunt, eum, qui præcepto superioris Magistratus compellitur ad deponendam pecuniam, esse immunem ab omni periculo, ut Scabinos Lipsienses respondisse, tradit Bekman. *obs. Pract. h. tit. n. 38. nisi tale sit Imperium Supremi Magistratus, contra quod nullum juris remedium institui potuerit.*

8. Præterea non tantum ex officio Judex sequestrationem pecuniarum creditoribus imperare non potest, verum nec ad unius paucorumve petitionem, eam statim decernere debet, nisi, reliquis auditis, rem aliter non posse componi animadverterit; Extremum enim hoc remedium esse debere, satis ex prædictis constat; Proinde, si reliqui Creditores auditi docerent, eos, qui petunt sequestrationem, nihil de pecuniis jure sperare posse, vel alias non habere justam a reliquis diffidendi causam, non est æquum, ad illorum preces reliquis abnuentibus, imperare depositionem apud officium. Planeque ut prima pars officii Judicum esse debet, componere lites, id in hujusmodi causis tanto magis servandum, quanto res hæc majoris præjudicii, nec non comparata est, ut judices ipsos in suspicionem cupiditatis adducere possit.

9. Sæpe fit, ut pecuniis inter Creditores jam distributis, alii par vel melius habentes jus superveniant, & quidem antehac arte forensi & captatoria consignationum, frequenter ita jus dictum est, ut tali creditore ex postfacto petente consignationem, creditoribus, vel eis, qui pecunias præceperant, imperaretur accepta sequestrare apud officium Commissarii, antequam cognitum esset, an petitor jus par aut potius haberet, vel secus; provisionem consignationis præcedere debere statuebant, ut dein de merito prælationis disceptaretur, adeoque fuit tempus, cum hic Stylus Curiæ existimaretur, quo nihil erat iniquius, magisque contrarium sanctioni *d. l. unicæ.* Idcirco dein rectissime scio non semel esse repulsos, qui peterent consignationem, antequam de jure suo docuissent: Debent simpliciter utili hypothecaria adversus creditores jure posteriores agere, vel si ordo creditorum per sententiam constiturus sit, petere debent insertionem sui nominis inter Creditores, & restitutionem ab his, qui postremi in ordine pecunias abstulerunt, ut etiam observatur: Quemadmodum pleraque sequestrationis illius vitia temporibus inolita, diversis fere temporibus apud nos emendata sunt: ut tamen his observationibus adhuc dum bene, si quid ad rem facit, opus esse videatur.

Secundam sequestrationis speciem diximus esse, quæ fit post agnitionem chirographi; nam qui manum suam agnovit infra scripturam, qua confessio debiti continetur, actore petente, condemnatur ad provisionem consignationis, recuperanda pecunia, si deinde se causam habere non solvendi, probaverit; qua de re non pridem egimus ad Tit. de judic. *n. 36. pag. 719.*

10. Tertia depositio Judicialis, sive Consignatio fit, ut modo diximus, solutionis causa; & hæc si fiat imperio Judicis, est etiam sequestratio; Nec Judex aliter eam imperat, quam ad petitionem partis alterius; Si enim utraque pars consentiat, quod rarius accidit, non est sequestratio, sed depositum judiciale. Petere solet hanc sequestrationem Debitor, aut Creditores Creditoris, raro is ipse, cui debetur. Debitor petit eam, duplici causa; Prima, quod etiam minus est frequens, quando Creditor pecuniam idoneo tempore locoque oblatam, non vult accipere, *l. 9. C. de Solut.* juncta *l. 72. de Solut.* cujus rei quis sit effectus, & quæ requisita, diximus *ad tit. Inst. Quib. mod. toll. obl. n. 14. Parte I. pag. 354.* & occurret denuo locus *ad tit. ff. de Solutionibus.* Hoc ad præsentem tractatum pertinet, quod in rebus, ut omne depositum, mobilibus tantum habet locum, in immobilibus oblatio sola judicialis sufficit, ad Creditorem in mora constituendum, omnesque producendos effectus, quos in mobilibus habet Consignatio facta Post oblationem, ut probat Faber ad *libr. 8. C. tit. 30. def. 40. & 53.* Altera consignationis a debitore factæ ratio est, metus irritæ solutionis, ob periculum evictionis,

& defectum cautionis; cujus rei usus frequens est in emptoribus, qui soluturi intelligunt, alium sibi arrogare jus hypothecæ, ususfructus, fideicommissi, aut simile quid, in rem venditam: Petunt, ut venditor hoc nomine sibi caveat, quod si non fiat, hoc agunt, ut apud Officium Judicis pretium deponant, quo legitime facto perinde liberantur, ac si solvissent, *d. l. 9. C. de Solution.* Quo autem legitime fiat illa consignatio, venditor, aut is ad quem pertinet solutio facienda, citandus est ea gratia, ut audiatur, si quid habeat, quo minus illam depositionem pati cogatur. Alioqui locum habet alia regula; quod res inter alios acta, aliis non præjudicet, *l. 63. de Re Judic.* Proinde si Emptor consignaverit, non audito Venditore, vel eo cui debetur, etsi judicialiter, consignatio pro non facta habetur, neque debitor liberatur; sed denuo Creditori solvere cogitur, ut prædicta juris ratio dictat, & sæpe judicatum est, nominatim in causa Epæi *Oeges*, contra Ritsium *Harkes*, *ante pentecosten 1680.* Quod eodem modo intelligendum, Si emptor a Creditoribus Venditoris, aut ejus, cui pecunia debetur, compellatur ad consignandum pretium, quo ipsis inde solvatur: Vocandus est etiam Venditor, aut is cujus interest ex alia causa; nisi Creditores ejus jam pridem adversus eum obtinuerint condemnationem in eum finem, aut ille jam cesserit Creditoribus, & Curator bonorum ejus sit constitutus: quo casu non opus esse novis identidem citationibus, res ipsa loquitur.

11. Nihil clarius est, quam quod ex prædictis liquet, Sequestrationem necessariam non esse contractum, nec adeo Depositi, quod consensu & RE contrahitur, speciem; esse tamen Depositum, voce latius sumpta. Est & alia Depositi species, quæ *excedit notissimos Depositi terminos*, quando convenit inter partes, ut non res ipsa, quæ est deposita, sed tantundem restituatur, *l. 24. h. t.* hoc enim propius a natura Mutui abest, *l. 26. § 1. h. t.* Unde factum videmus, ut vernaculo in usu Mutuum etiam fœnebre, honestiore vocabulo, *Depositum* appelletur, quamvis tam ab initio, quam in fine, fuerit ac sit Mutuum. Sed est illius naturæ Depositum in Mercatoriis civitatibus usitatissimum, ut Publico loco (*Bancam* vocant) deponantur & custodiantur pecuniæ, non ut in iisdem corporibus, sed in eadem summa reddantur; quanquam in certo & in optimo nummorum genere consistit permutatio; quam per scripturam, ingenti & necessaria commoditate, Mercatores exercent; haud temere tamen alibi, quam in liberis civitatibus, non æque in regnis, ubi publicas habere bancas nimis periculosum, & imperiis regiæ prodigentiæ ac egestatis obnoxium foret. Est autem illud Depositum, utcunque irregulare, Contractus tamen, & quidem bonæ fidei; idcirco post moram usuris obnoxium, *d. l. 24.* ad quas ex eadem causa tenentur Secretarii, & quilibet ministri publici, apud quos pecuniæ sequestratæ aut a partibus depositæ sunt, ut in Hollandiæ Curia judicatum testatur Grœneweg. *ad l. 4. C. h. t.* Curiæque nostræ, quod sciam, non semel idem placuit.

12. De actione Depositi, tam simplicis quam miserabilis, directa & contraria, nihil addendum habemus * iis, quæ dicta sunt *ad Instit.* nisi, quod de re a pluribus deposita monet Ulpianus, singulos agere non posse depositi, quam præstita cautione pro partibus reliquorum; alioqui rem in ædem esse deponendam, *l. 1. § 36. Depositi.* quod etiam de pluribus unius depositarii heredibus adferendum. Ideoque si depositarius uni totum solverit, reliquis tenetur, & habet regressum adversus eum, qui totum accipit, juxta quam a Scabinis Lipsiensibus responsum esse, tradit Beckman. *ad h. t. obs. pract. n. 61.* Idem recte observat, etsi hodie Depositarius, ob dolum in deposito commissum, usumque rei depositæ lucrandi animo factum, non teneri de Furto, scribat Grœnewegius ad *§ 6. Instit. de Iut.* idque multa auctoritate probet, tamen si res depositas dolose consumserit, nec eas restituere possit, eum criminaliter haberi & puniri posse, *n. 64. ad h. t.* quod negotii momentum & publicæ disciplinæ vigor, sine dubio flagitat *ubique servari.* Idem judicandum de eo, quod Grœnewegius ad *l. 10. C. h. t.* negat, damnatos ex hac causa infames fieri. Si perfidia insignis in hoc contractu admissa sit, procul dubio infamia damnatum sequetur, ut Lipsienses respondisse, testatur idem *ad tit. de His, qui not. infam. n. 81.* Quæ fuit veterum observatio gentilium, de insigni perfidiæ in hoc

* Id ex nostro Jure hic addi meretur, fœminam ex deposito pleniſſime non teneri, nisi cum Curatore id acceperit, secundum Schilt. ad *ff. 28. § 51.* Dissent. tamen Carpzov. *dec. 141. n. 7. seq.*

contra-

contractu turpitudine, apud nos evilescere non debet. De pristinis Christianis testatur Plinius in epist. *de inquisitione Christianorum ad Trajanum*, illos in occultis suis conventibus, inter alia se obstrinxisse, *Depositi non abnegando*, tanquam execrabili imprimis flagitio, *lib. X. epist. 97.* Perditissimi est hominis, ait hac de re Cicero, *simul & amicitiam dissolvere, & fallere eum, qui læsus non esset, nisi credidisset.* pro *Rosc. Amer.* *

13. Qualis in sequestrem actio detur, quæri ut in re ancipiti, videmus, sicut multos indicat discrepantes D. Wissenb. *ad h. tit. th. 23.* Sed ambigere neminem patitur Ulpianus, cum, *In sequestrem Depositi actio competit*, ait in *l. 5. §1. h.* & Pomponius, *cum sequestre*, ait, *recte agetur Depositi sequestraria actione*, *l. 12. § 2.* Ulpianus idem dat actionem de dolo & præscriptis verbis, in *l. 9. §3. de dol. mal.* quo textu saltem inspecto opus est ut respondeatur; Nempe, si conditio sequestrationis, adversarii fraude non impleatur, quia tunc sequestraria cessat, adversarius de dolo, sequester præscriptis verbis tenetur. Hæc ita de sequestre voluntario traduntur in *dd. ll.* Necessarius qua actione teneatur, nusquam memini traditum, ** utique Depositi in eum non datur, tam quia non est Depositio contractus Species, ut antea probatum, quam quia nihil actum est inter Sequestrem, & eum ad quem res pertinet, ut quo invito facta fuerit sequestratio. Adversus hunc igitur, si rem non restituat, officium Judicis implorandum, quatenus ipsa Sequestratio ex Judicis officio profecta fuit: Cui proinde quamdiu apud illum durat, obnoxius manet. Si ante finem litis, aut existentiam conditionis exonerare se velit sequester, tam necessarius quam voluntarius, Prætorem adire debet, a quo tamen non nisi gravissima de causa, permittetur ei deponere susceptum semel officium, *d. l. 5. § ult. h. t.* Quod quæritur, an oblata cautione finiatur sequestratio, facile respondetur, id non fieri, nisi quando ob inopiam cautionis est facta, *l. 7. § ult. Qui satisd. cog.* alioqui finem litis, existentiam conditionis, & contrarium judicis imperium esse expectandum, per ea quæ de causis faciendæ sequestrationis *superius* dicta sunt. Cæterum Contrariam Depositi actionem Sequestro dari, scilicet voluntario, res sponte loquitur, Wissenb. *th. 24.* quod ad necessarium analogice producendum, quatenus nemini officium suum debet esse damnosum, *l. 61. § 5. de Furt.* Quæstionem, an Sequester possideat, *ad tit. de Acquir. poss.* & si quid præterea super Depositio ad alias pertinet Rubricas, *suis* id *locis* videbimus.

* Merentur equidem conferri in hanc rem, quæ Ill. Gundlingius in *Gundlingianis suis P. II. n. 8.* de pœna denegati depositi commentatur, docte, ut solet, & ex humaniorum literarum penu deprompta copia. Pœna fuit Lege XII. Tabb. dupli, prætorio jure infamia, & in miserabili adhuc dupli, cujus rei rationem hanc tradit doctissimus vir § 9. quod depositum abnegans, fiduciam egentis acceptatam fallendo gravius peccat, quam commodatum non reddens, qui non egentem decipit. Verum enimvero hac ratione conveniebat, commodatam rem egenti non reddentem, æque graviter puniri, quod eadem, & ex eodem fonte, indigentia puta, sit læsio. Substituerem adeo, aut saltem jungerem indigentiæ, (solent enim fere ab egentioribus cum lautioris fortunæ hominibus celebrari depositia,) summam lædendi facilitatem, a quo graviori nota nequam absterrendi erant homines. Clam & semotis arbitris deponi solet, deponitur id, quod deponens amat, in pretio habet, fortunarum suarum caput, & arx, deponitur apud eum, qui hactenus inter amicos simulatum tenuit principatum. Hoc & Cicero, rerum ejusmodi haud incuriosus, innuit: *falli eum, qui læsus non esset, nisi credidisset.*

** Apud nos bona sequestri necessarii, sive judicialis, hypothecæ nexu obligatæ censentur iis, quorum pecunia aut res judicialiter depositæ sunt ex tempore depositionis. *O. P. S. t. 49. pr. verb.* in denen andern Depositis judicialibus und necessariis aber, ꝛc. *P. 1. C. El. 28.* § ferner. Carpz. *ad eand. def. 151.* Richter. *de priv. Cred. c. 5. n. 12.* cum alias deponentes, si res depositia non extet, tantum inter personaliter privilegiatos locum suum sortiantur. *d. C. d. pr. Tit. 49. O. P. S.*

LIB. XVII.

TIT. I.

Mandati vel Contra.

I. Remissio ad partem primam. II. An Mandatarius alii rursus mandare, sive per Substitutum res agere possit. III. Usus ejus exemplo rei judicatæ declaratur. IV. Transitus ad Cessionem sive Mandatum in rem suam. V. Cessiones qua forma fiant. VI. A quibus. VII. Quænam actiones cedi prohibeantur. VIII. De Cessionibus Necessariis. IX. Quando facienda cessio. X. Quis ejus sit effectus. XI. De Cambio.

REcensio tituli de Mandato, quam habuimus in *Parte I. pag. 334.* constat his partibus; Definitione, quod sit *Conventio, qua quis rogatus alienum negotium gratis administrandum suscipit*; Divisione, quod sit *generale vel speciale*, ubi Quæstio, an mandatum generale bene dividatur, in simplex & cum libera. In expressum & Tacitum. In judiciale & Extrajudiciale. In rem suam vel in rem alienam. In rem suam esse, cum is, qui titulo proprietatis, ut est Emptio Venditio, Donatio, in solutum datio, similesque, habet actionem, eamque nomine Mandato instituit; Etiam cur is, qui habet titulum Proprietatis, adhuc egeat Mandati, expositum fuit; item cur actiones & jura penitus directeque transferri nequeant; quem articulum etsi abunde illic explicitum dederimus, ejus tamen est momenti copiæque, ut heic loci recentem nobis agendi materiam sit præbiturus. Sed fuit in *loco prædicto* adhuc alia divisio Mandati in quinque species, quod sit vel solius Mandantis gratia, vel Mandantis & Mandatarii, vel aliena tantum gratia, vel Mandantis & aliena, postremo Mandatarii alienaque gratia. Deinceps actum de Mandato contra bonos mores; de præstatione culpæ in Mandato, de actionibus Mandati, deque modis, quibus Mandatum solvitur, & postremo, quatenus Mandatum pecuniariam recipit præstationem salarii aut honorarii.

2. Hoc loco addendum videtur, quod de Substituto a Mandatario constituendo, habet usum observationis. Auctor est Ulpianus in *l. 8. § 3. h. t.* Si mandatarius mandata negotia rursus alii mandaverit; eum contra Substitutum habere Mandati actionem, & ipsum rursus teneri primo Mandanti: quod locum habere docet in Mandato ad negotia, non ad lites, in quibus ante litem contestatam a Procuratore, non potest alius Procurator constitui, qua de re diximus *ad tit. de Procurat.* Sed de locatione conductione factorum, idem quod modo de Mandato ratione Substitutionis, traditur in *l. 48. in pr. D. Locati.* cui adjungi potest *l. 5. § 3. de Administr. Tut.* Nec videtur esse necesse, ut distinguamus inter negotium majoris minorisque momenti, quasi in majoribus opus esset prævia Domini permissione; ut hujus ope distinctionis amoliamur objectionem, quæ est in *l. 15. § 2. de diverss. & temp. præscript.* Ubi tradit Venulejus, ad implendam usucapionem prodesse temporis accessionem, quo venditor possedit, vel is, qui mandavit vendi; Quod si hic alii rursus mandaverit, tempus, quo hic substitutus possedit, non aliter ad usucapionem prodest, quam *si Dominus Mandatario illam rem alii mandare permiserit.* Primo ad hanc legem dicere licet, ab accessione temporis in usucapione, non sequi, illam substitutionem aliter fieri non posse, quam si dominus permiserit; facile etiam est uti responsione Accursii, qui *tò permiserit*, non de speciali & expressa concessione, sed illud accepit pro *passus est.* Utramque responsionem Thomasius hoc Scholio complexus est.

SCHOLIUM.

Non male Accursius, ad verba d. l. 15. quam si id ipsum Dominus ei permiserit, *notat*: semper autem concessum intelligitur, nisi sit prohibitum. *Præterea ibidem promissio Domini non tam ad validitatem contractus requiritur, quam ad accessionem possessionis, de qua frustra quæstio institueretur, nisi contractus subsisteret.*

Plane si interfit mandantis, hoc est, si per substitutionem Mandati dominoque negotii damnum sit illatum, vel lucrum interceptum, hoc casu Mandatarius, qui Substitutum dedit, sine dubio tenetur, quod tamen ad tertium non pertinet: nec utique ad Substitutum; Ille propterea non tenetur mandanti Primo; si modo bene gesserit

ſerit hoc, quod ei a ſubſtituto mandatum fuit. Actiones dantur inter primum Mandantem & mandatarium, item inter mandatarium & Subſtitutum; ſi hic ſubſtitutione bene defunctus ſit, etſi mandatarius male ſubſtituerit, ipſe tamen ad fidem ſui mandati duntaxat obſtringitur, per *d. l. 5. § 3. & l. 1. § 5. verſ. Quid tamen de Exercit. act.*

3. Quo uſus & momentum hujus rei melius intelligatur, referam facti ſpeciem notabilem, de qua meo tempore apud Supremam Curiam magnis animis diſceptatum, & duabus inſtantiis, una Reviſionis, *anno 1682.* judicatum eſt. *Albertus Loo* J.U. Dr. cum uxore, venundabat prædium Rüpenſe auctione publica. Licitatione facta, quæ ex more, non una vice peragitur, ad excitandos emptores pretiique intentionem provehendam, ut arte vulgata fieri ſolet, mandaverant *N. Warda* Notario publico, ut is ſecreta quam maxime ratione in ſingulas agri menſuras librales, quæ dicuntur, adjiceret octenos florenos aureos. Warda rem ita adminiſtrat; ut ipſe per ſe quaternos florenos adderet, *Secundo*, Viro ſpectato & Venditorum propinquo, mandaret, ut is alteros quaternos adjiceret; quo ita octo floreni, tanquam mandato Venditorum, explerentur. Venditores, ſubſtitutionis ejus & mandati ſecreti, quod Secundo erat datum, ignari, cum putarent, ultimos quatuor florenos a Secundo nomine proprio eſſe adjectos, prædium in ejus nomen addicunt, manu per famulum publicum, ut moris eſt, ſtipulata. Cum hoc Secundo poſtridie innotuiſſet, ille confeſtim adit Venditores, ſeque vi mandati ab ipſis cum Warda contracti licitationem auxiſſe démonſtrat, quod a Warda confirmatur. Venditores ea re perturbati, redeunt ad licitatores præcedentes, qui proxime infra Wardam ſcripſerant. Sed cum hi, per addictionem Secundo factam, ſe liberatos eſſe contenderent, Venditio in irritum ceſſit, ingenti detrimento, per ſecutam rerum immobilium vilitatem. Venditoribus deinceps hac vita defunctis, Curatores nepotum, rem aliter conſiderabant; Exiſtimabant, Secundum, qui ſine mandato Venditorum licitatus erat, ſuo nomine teneri; Wardam mandati fines egreſſum non potuiſſe, Venditoribus ignaris, ſecretum illud augmentum partiri aliumque ſibi ſubſtituere. Suſpicabantur etiam, Secundum cum Warda colluſiſſe, ut præmio, quod maximo licitatori datur, ambo potirentur. Cum autem Warda interim foro ceſſiſſet, nec ideo adverſus ipſum Mandati poſſet agi, Secundum ut emptorem conveniebant. Pro hoc militabat ea, quam diximus, ratio, Se ad aliud nihil teneri, quam ad fidem ſubſtitutionis & mandati ſecundarii præſtandam: Venditores fateri, ſe mandaſſe licitationis augmentum ad octo florenos; hoc mandatarium ſuo arbitratu executum eſſe; In eo ſi peccaſſet, habere Venditores actionem contra ſuum Mandatarium, non contra Subſtitutum, qui fines ſui mandati minime erat egreſſus: nec ſe alienæ perfidiæ aut inopiæ ſuccedaneum fieri debere; Colluſio autem fraudulenta non probatur. Quamvis hæc ſententia a prædictis textibus & juris rationibus, non videbatur abhorrere, paulo tamen pluribus ſuffragiis *Secundus* ſuo nomine, tanquam emptor, bis eſt condemnatus. Plures uſus & caſus ad mandatum ſpectantes habet D. Beckmann. *ad h. t. n. 12. & ſeqq.*

4. Reliqua de Mandato, petenda ex prædicto Inſtitutionum titulo; Sed actionum Ceſſio, ‡ ſive Mandatum in REM SUAM, de cujus natura illic haud obiter egimus, tanti eſt uſus, ut pleniorem poſtulet expoſitionem, quæ his capitibus conſtabit: 1. Qua forma ceſſio fieri debeat, 2. A quibus fieri poſſit, 3. Quæ actiones prohibeantur cedi, 4. De ceſſionibus neceſſariis, 5. Quando fieri poſſit, 6. Et quis ſit ejus effectus. Quos articulos antequam exequamur, monendum eſt obiter, ex hac actionum ceſſione, Mandatarium, quod res ipſa loquitur, fieri dominum rei mandatæ, ſcil. extra judicium; cum alioqui nullus Procurator fiat dominus negotii, niſi per litis conteſtationem, *l. 23. C. de Procur.* quod in hodiernis Procuratoribus ad litem, publice conſtitutis, non habere locum, *ſupra ad Tit. de Procur. pag. 656. & ſeqq.* demonſtravimus. At hoc paulo preſſius adhuc velim adverti, contra quod Thomaſius in Schol. *pag. 657.* collocavit, *moribus hodiernis nullos Procuratores, fieri dominos litium;* Id enim de

‡ Ad hanc doctrinam ex Jure noſtro noviſſimo notandum, cedentem, debitore ceſſo hoc ita volente, ad præſtationem juramenti tam calumniæ quam principalis teneri, nec admitti ad illud ceſſionarium invito debitore, niſi quoad propria facta; ſecus eſt, ſi cedentem mori contigerit, aut abeſſe & in aliis regionibus degere, quo caſu ceſſionarius vel de credulitate jurabit; heredibus cedentis, niſi forſan de veritate jurare queant, penitus eſt parcendum. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 17. § 6.*

privatis procuratoribus, qui amicorum rogatu lites movent seque ut Mandatarios gerunt, nullam habet rationem, cum quicquid de Procuratoribus litium jure civili proditum legitur, ejusmodi mandatariis exacte conveniat. His adde, quæ dicta sunt *ad eundem Tit. n. 17.*

5. Quod ad formam cessionis, sive mandati in rem suam, attinet, sciendum est, hoc duabus contiare partibus *actionis & proprietatis*, ut est venditio, donatio, solutio, finisque, & *mandato.** Per titulum proprietatis, fructus & emolumentum actionis transit in cessionarium; quod tamen non impedit, quo minus ipsam jus cessionis penes cedentem maneat, ut ad *Inst. h. n. 2. & 3.* declaratum est: Unde sequitur, qualitatem actionis instituendæ, ex mandato proficisci debere, per quod Cessionarius procurator in rem suam fit, ac ita nominatur. Quando igitur forma cessionis est perfecta, tam proprietatis titulus, quam mandatum, exprimi & collocari debet; Proinde, si titulus, quo in rem suam fit hic procurator, sit omissus, pro cessione non potest haberi. Nec adeo sufficit, in instrumento scriptum esse, quod actio cedatur, alienetur, transferatur, sed titulum specialem opus est nominatim addi, cum alioqui cessio sit ipso jure nulla, per *l. 25. § fin. ff. de Prob.* & quæ dicta sunt ad *tit. de Cond. sine caus. n. 7.* quod de actionum cessione specialiter est cautum, *Stat. Fris. l. 8. art. 3.* quo loco tamen ob crebros populi innocentis errores, non est prætereundum, quod Sandius habet *Tract. de Act. Cess. c. 2. n. 7. 8.* e præsumptionibus & circumstantiis rerum ac personarum, tituli defectum ita posse suppleri, ut non expressus intelligatur. Deficiente mandato, valebat quidem actionis venditio, & in solutum datio, sed actio inde nulla moveri poterat, donec utilis actionis commento factum est, ut malum lati defectus minus esset noxius actionum cessioni, quæ de re dicta non repetimus *ex cod. tit. n. 3.* Hinc etiam colligitur, eum, qui exhibet instrumentum, in quo scriptum est, debitorem promittere, quod soluturus esset cuilibet ejus instrumenti legitimo exhibitori, *dent bettigen tonder desen*, ut vulgo loquuntur, hoc ipso non posse uberi procuratorem in rem suam; cum desit ibi, non pars, verum integra cessionis forma, tam titulus, quam mandatum; nam promittio debitoris de solutione faciendæ legitimo exhibitori, ipsum quidem obligat, sed non tollit qualitatem cessionis & autoritatis, quæ inter cedentem & cessionarium vertitur; quod etiam per additamentum *legitimi* exhibitoris satis indicatur; nec enim sciri potest, an sit legitimus, nisi causam exhibitionis probet.

Præterea ex hoc duplici cessionis membro facile sciri potest, an adsignatio sit etiam cessio? Cum enim hæc fiat per simplex mandatum sine titulo, manifestum est, in ea formam cessionis non reperiri, sed respectu debitoris, cujus oneri esset adsignatio, nihil est quam, ut apparet, simplex mandatum, aut instrumentum, vel nuncius, per quem solutio peragitur, adeo ut perinde sit, utrum adsignatio fiat hoc modo, *Mando, permitto illi aut illi, ut a Cajo centum aureos mihi ab illo debitos accipiat, quos pro solutis reputabo.* Aut aliter, *rogo te Caje, ut velis Titio solvere centum aureos &c.* vel denique, si per modum apochæ fiat mediate, ut hodie frequens usus est, *Accepi a Cajo, per manus illius aut illius, centum aureos, quos Cajus mihi debebat &c.* In his formulis, quæ continent modum adsignationis hodiernum, res multum abest ab illa binembri actionis cessione, quam diximus, etsi verum sit, vix unquam adsignationes dari, nisi per consequentiam mandati in rem suam: sed hoc præcessisse oportet intelligamus, ac ita velim capias, quod nos *pos. 7. h. t.* & quod Sandius habet *d. Tract. c. 2. § ult.* adsignationem, titulo licet carentem, pro cessione actionis esse habendam. Teneamus ergo, defectum tituli facere, ut mandatum in rem suam sit nullum; defectum mandati cessionis instrumenti stylum magis deformare, quam de effectu ejus aliquid detrahere, postquam e translatione sine mandato dari utilem emptoribus aliisque proprietariis actionem, constat ex *l. 16. D. de Pact. l. 7. C. de her. vel act. vend. l. 18. C. de Legat. l. 33. C. de Donat. l. 2. C. de O. & A.* Denique & hoc observandum, ab actis mandati in rem suam membris pendere judicium, quod sæpe veteres practicos confusione animadvertimus, quando directo, quando utilis a procuratore in rem suam instituatur actio. Directa est, quando cessionarius profitetur mandatum, sive nomen cedentis ponat in fronte libelli, suumque mandatum exhibeat, vel etiam suum nomen præponat, addita qualitate mandatarii, vel procuratoris in rem suam: Utilis

* Cum hoc loco merito comparanda sunt, quæ illustris Gundlingius accurate tradit in *Gundlingianis* suis *Part. VI. n. 2.* cui titulus: *Persona seu larva Procuratori in rem suam detracta.*

lis actio est, quando mandati nulla fit mentio, sed tituli tantum venditionis, donationis, similisque. Quid si generalis sit titulus translationis, aut cessionis, ut plerumque fit, hoc modo; *Titius per cessionem & translationem jus crediti nactus a Cajo, petit a Sempronio?* adhuc erit utilis actio: quæ res ad usum & effectum hujusce negotii non leve momentum habet.

6. Personæ, a quibus fiant cessiones, ex duobus illis membris similiter intelliguntur, sc. tales, qui mandare & alienare possunt. Ergo, quibuscunque res suas alienare prohibitum est, & qui se aliis obligare nequeunt, hos quoque cessionis incapaces haberi, per se patet; Unde in cessionibus actionum, quæ ad minores & Ecclesias pertinent, eædem fere solennitates requiruntur, quæ de prohibitis bonorum alienationibus, eorum respectu, proditæ sunt legibus, probante Sandio *d. c. 2. § 12. 13.* Speciatim Tutores & Curatores, prohibentur accipere cessiones a pupillis & minoribus, vel adversus eos, *Nov. 72. c. 5.* ubi & ratio, ne Tutores pupillorum jura sibi obliquis artibus vendicent, quod ἐρέσμιον πρᾶγμα, *rem* vocat *amabilem* Cæsar, *d. Nov. c. 6.* Sed hæc prohibitio non spectat ad parentes liberorum suorum tutores, quia non cadit in illos tam sinistra suspicio res pupillorum in se derivandi, *arg. Auth. Ad hæc. C. Quand. mul. Tut. off.* quanquam sane pater a filiofam. nihil cessionis accipere potest, propter vinculum & unionem patriæ potestatis, *l. Actiones 7. de O. & A.* Recte etiam producitur hæc prohibitio ad Procuratores & Advocatos, ne cessiones a suis clientibus accipiant, nec pro parte, nec multo minus in totum: nam pactiones de quota litis sub pœna infamiæ Advocatis interdictæ, nihil revera sunt aliud, quam cessiones & translationes actionum; quæ si pro quota litis tam graviter sint prohibitæ, multo magis translatio totius vetita erit ac nefaria, *l. 6. § 2. C. de Postul.* nec minus proclive foret Advocatis eum in modum intricare lites, & fatigare clientes, ut nullo negotio illos ad damnosas cessiones compellere possent, quam Tutoribus.

7. Sequitur materia cessionis, de quibus illa fieri queat actionibus, aut potius quæ cedi prohibeantur; nam quæ non prohibentur, eos posse cedi, dictat regula tralatitia. Nec tamen deest positiva nota, qua dicimus, *omnes, quæ commodum cedentis pecuniarium continent, cedi posse actiones,* at exceptis iis, quæ rationem habent mere personalem, non egredientem certas personas. Secundum hanc regulam cedi possunt cunctæ tam in rem ‡ quam in personam actiones, rei sc. persecutoriæ, remedia quoque possessoria, & restitutiones in integrum, modo hæc ultima nominatim exprimantur, quia sicut generale mandatum non sufficiat ad petendam alieno nomine restitutionem, ut ex *l. 25. § ult. de Minor.* probatum est, *tit. de Rest. in int. n. 6.* Sic etiam cessio sive mandatum in rem suam, generalibus verbis non sufficeret, quo loco tamen addi velim, præter ea, quæ *d. n. 6.* collocavimus, quod si de speciali mandato dubitetur, remedium a cautione de rato peti posse, *l. 26. h. t.* quod tamen non prodest, ubi certum fuerit, deficere speciale, nec aliud quam generale mandatum de universis bonis reperiri, ut in specie rei judicatæ, quam in *d. n. 6.* commemoravimus, usu venit: ne quis hanc limitationem a nobis prætermissam, jus ibi collocatum mutare potuisse arbitretur. Porro criminales accusationes, omnesque publicæ exactiones, cum sint in nullius patrimonio, cessionem non recipiunt, uti nec injuriarum actiones ob eandem rationem, & quia respectu mere personali constant. Eadem obtinet ratio in querela testamenti inofficiosi, in revocatione donationis ob ingratitudinem, actione, quæ datur parenti vel patrono contra filium & libertum, ob injus sine venia vocationem, & si quæ similes occurrant, de quibus ad *tit. Inst. de Perp. & temp. act. n. 5.* Huc etiam pertinet jus hereditatis fideicommissariæ, aut etiam singularis fideicommissi certis personis restituendi, quia tum præsens possessor, successori futuro & per vetus testamentum ad fideicommissum vocando per cessionem in alium præjudicare nequit, sed quatenus præsentis possessoris jus sit duraturum, eatenus cessionem ab eo factam valere, nihil est quod prohibeat. Notatum est etiam, jus προτιμήσεως ratione sanguinis aut vicinitatis, non recipere cessionem, uti nec servitutes reales, quoniam hæc jura certis personis aut prædiis a lege sunt affixa, ut in se nullo modo separari queant; ne servitutes quidem personales in extraneum, hoc est, in alium quam proprietatis dominum, cedi posse, docet Justinianus in *§ pen. I. de Usufr.* de quo nos egimus in *Parte I. pag. 138.* Denique, nec litigio-

‡ Adeoque & Hypothecaria cum omni Hypothecæ jure, in qua tamen Hypothecarum cessione, judicialis consensus pro dimidiatis sportulis repetendus est. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 40. § 2.*

fæ actiones cedi possunt, de quibus lis contestata vel ab actore saltem est mota, *l. 2. C. de Litig.* aut etiam, si in rem sit actio, post in jus vocationem, *Auth. Litigiosa. eod.* Sequitur ea de re Tit. proprius in Pandectis. Tu hæc latius exposita vide apud Sandium *d. tract. c. 2. n. 15. & seqq.*

8. Porro, voluntarias sua natura cessiones esse debere, cum per contractum, & mandatum, quod utrimque liberum est, fiant, non est dubium. Proditæ sunt tamen in Jure nonnullæ casuum species, quibus homines ad cedendum tenentur, & cogi possunt, quas breviter recensebimus. I. Hæres fiduciarius, qui jussus est hereditatem aliis restituere, cogitur etiam actiones hereditarias a se, dum possideret, acquisitas, cedere fideicommissario, *l. 73. ff. ad Sc. Trebell.* II. Quilibet possessor hereditatis, eodem modo tenetur ad cedendum actiones, a se tanquam herede, dum hereditatem possedit, acquisitas, *l. 16. § ult. l. 20. § 17. & l. 40. § 2. de Petit. hered.* III. Creditor, qui rem sibi pignoratam vendidit, etsi de evictione non teneatur, suam tamen actionem, qua contra debitorem agere potest, eo quod rem non suam pignori dedit, cedere cogitur emptori, ut is a debitore, cui pignoris venditio profuit ad solutionem & liberationem, petat indemnitatem, *l. 38. de Evict.* IV. Si creditor venditioni pignoris adjecerit pactum de retrovendendo, actionem ex illo pacto cedere cogitur debitori, pignus redimere cupienti, *l. 13. de Pignor. act.* V. Coheredes sibi invicem cedere debent actiones, quæ in judicio familiæ erciscundæ singulis obtigerunt; Nam, ut alias dictum, divisio non mutat jus actionum. Quæ uni a multis coheredibus adsignata est actio, manet tamen omnium heredum communis; Ideoque is, cui tota in divisione tradita est, petere debet a reliquis cessionem, quam hi scil. negare nequeant, *l. 2. § ult. Famil. erciscæ.* Plerumque in ipso divisionis instrumento clausula cessionis ejus adjicitur, ut omnibus una, & ad omnes actiones Cessio sufficiat. VI. Si res vendita, necdum tradita, venerit in manus alienas, emptor, utpote necdum rei dominus, eam a tertio possessore vindicare nequit, sed venditor actionem illi cedere debet, *l. 35. § 4. de Contrah. empt.* VII. Idem emptori cedere debet actionem locati adversus Conductorem, cui venditor rem locaverat, quatenus merces ad Emptorem pertinet, *l. 13. § 12. de Action. empt.* VIII. Procurator tenetur ad cedendas Domino actiones in officio mandati administrandi acquisitas, quia dominus per Procuratorem regulariter non acquirit actiones directas, ut vidimus in *Part. I. pag. 303. n. 7.* IX. Minor ætatis beneficio se creditori subducens, ei tamen cedere cogitur suum illud beneficium ætatis, quo minor adversus alium uti posset in eadem causa, ut exemplo declaratur in *l. 14. in pr. de Minor.* & alio in *l. 27. § 1. eod.* X. Quando res locata surrepta est, & dominus ab conductore pretium adipiscitur, tunc is actiones ad rem ipsam persequendam, Conductori cedere cogitur, *l. 25. § ult. Locati.* XI. Similiter dominus a bonæ fidei possessore, pretium rei culpa ejus admissæ adeptus, ei suas actiones cedere debet, ut intelleximus ad *Tit. de R. Vind.* ex *l. 21. § Si vero. l. 63. de R. V. l. 12. de Re Jud.* XII. Postremo, Creditorem fidejussori e pluribus unum, solidum solventi, actionem adversus confidejussores suos cedere cogi, e doctrina de fidejussoribus pridem didicimus, *l. 17. l. 36. & l. 39. de Fidejuss. l. 11. & l. 14. C. eod.* Hos casus sparsim in Jure traditos, claudere licet generali regula; quod omnes, qui rem a se possessam aliis potiori jure præditis tradere coguntur, ab his, sui juris, si quod habeant translationi aptum, cessionem petere possunt, ut latius apud Sandium *in d. tract. c. 6. n. 61.*

9. Tempus, quo sit facienda cessio, non est limitatum, si modo fiat ante, vel apud ipsam solutionem, quando supersit adhuc & vivit actio. Nam quia per solutionem extinguitur, ut amplius non sit, ejus autem, quod non est, effectus sit nullus; manifestum est, cessionem post solutionem nullius esse momenti, *l. 76. de Solut. l. 1. C. de Contr. Tut. jud.* nisi in solvendo ita convenerit, ut actiones præstarentur, *d. l. 76.* Usus hujus observationis est varius, veluti in fidejussione, in mandato, & inprimis in concursu creditorum. Quod ad fidejussionem attinet, Jure Civ. quando unus e pluribus fidejussor solidum solvit, non accepta cessione a creditore, nullam habet actionem adversus confidejussores, nec juvat eum cessio post solutionem facta, quia obligatione per ipsam solutionem funditus extincta, τῶν μὴ ὄντων affectio cedi non potest; sub hac exceptione, nisi pactum juxta solutionem adjectum sit, ut cessio deinceps fieret, *d. l. 76. de Solut.* In Mandatore, qui pecuniam alii credi mandat, aliter hæc res habet: Nam si unus e pluribus solidum solverit absque cessione, res habet facultatem, ut cessio deinde suppleatur, *l. 29. ff. Mand.* Ratio differentiæ inter fidejussores & mandatores, qui alioquin eodem modo se habent, est hæc: Quod mandator suo nomine, fidejussor alieno tenetur, *d. l. 28. & l. 1. § 8. ff. de*

ff. de O. & A. Proinde, quando mandator solvit, debitor principalis non liberatur ipso jure, sed ope tantum exceptionis, *d. l. 28.* Cum igitur substantia obligationis adhuc hæreat in debitore principali, nihil vetat cessionem fieri, nec obstat regula, *quod non entis nullæ sunt affectiones.* Verum quando fidejussor solvit pro debitore principali, cum is non suo, sed alieno nomine teneatur, & debitoris nomine solvat, hujus obligatio tollitur ipso jure, non secus ac si ipse solvisset, ut docet Justinianus *fin. pr. Inst. Qu. mod. tol. obl.* consequenter cessio post solutionem facta, nullum reperit fundamentum aut materiam cessionis habilem. Conantur quidem Dd. fidejussionis naturam ad mandati similitudinem hac parte redigere, a quo nec abhorret Sandius *d. Tr. de Act. ces. n. 1. 4. & seq.* sed invita juris ratione. Quanquam species æquitatis fecit, ut passim recepta sit hæc sententia; Fidejussoribus e pluribus unum, qui solidum solvit, partes a confidejussoribus, etsi nullam a Creditoribus acceperit cessionem, recuperare posse, quasi solvens reliquorum negotia gessisset, unde & utilis negotiorum gestorum actio huc solet produci, teste Argentræo *ad Consuet. Brit. art. 213. gl. 2. n. 4.* Wissenb. *Tit. de Fidejuss. n. 19.* Unde consequenter, an post solutionem fieri possit cessio, nihil opus est quæri, vel dubitari, nec adeo dubitatur in Foris hodiernis.

Verum quoties non de confidejussoribus, sed de creditorum concurrentium præjudicio agitur, cessante præsumpta negotiorum gestione, cui respectu creditorum, nullus est locus, valet ratio Juris Civilis, ut nec fidejussor habeat jus creditoris absque cessione, nec nisi ante solutionem facta cessio, recte facta judicetur. Multi mea memoria suo ingenti detrimento id experti sunt, quando solutione sine cessione facta, deinceps eam a Creditoribus impetrandam putaverunt. Jam olim ita refert judicatum esse, Nauta noster in hac specie: Primus pro Secundo fidejusserat, & solverat creditori, cujus jure hypothecario petebat se præferri reliquis debitoris creditoribus tempore postpositis, & prælatus est a Commissario Curiæ, hac lege, si exhiberet cessionem a creditore præstitam. Exhibuit ille cessionem, verum solutione facta toto decennio juniorem; Non tenuit suum locum, sed rejectus est ad personales creditores, *in causa Georgii Henrici, contra Wilhelmum van den Zande & Isbrandum Friderici, 15. Jul. 1636.*

10. Sequitur effectus Cessionis, qui jam supra demonstratus est in duobus consistere, scilicet emolumento actionis ad Cessionarium pertinente, & in jure movendi actionem. Prius indistincte pertinet ad mandatarium, etsi nulla mandati facta sit mentio; sed agendi jus & qualitas e mandato proficiscitur. Duplicem effectionem, directam & contrariam, diximus antea; Directam nomine mandantis: Utilem, citra mandati mentionem, ex translatione juris, titulo proprietatis facta, proficisci. Sed hoc est indictum; Directam ab ipso cedente, factaque pridem Cessione, adhuc institui posse, quin & solutionem ei factam valere, quod ratione nititur exposita *d. tit. Inst. n. 3.* translationem juris alicujus incorporalis, ut est actio, non posse radicitus ab uno ad alium fieri; transire quidem emolumentum, sed jus ipsum manere penes cedentem, quasi ossibus ejus inhærens, nec raro fieri videmus, ut qui actiones suas vendiderant, pretio accepto se ad debitorem conferrent, ab eoque pecuniam exigerent. Cessionarius contra debitorem apocha genuini creditoris munitum, agere non potuit, venditorem suum quærere oportuit, sive is solvendo vel secus foret; ut responderi memini, cum matrona quædam Leovardiensis in hac civitate vendidisset obligationem mille septingentorum florenorum; quos ubi, tradito instrumento cum Cessione, accepisset, adierat debitorem, & ab illo cessionis ignaro sortem eandem exegerat. Sed huic impostura duplici ratione potest occurri: Primo, denunciatione facta debitori, quo cessionis fiat certior, ac uti sciat, cui sit solvturus, *l. 7. C. de her. vend.* Alterum remedium est, ut mature in jus vocetur debitor; nam si directam, qui cessit, actionem moveat, actio cessionarii sine dubio præfertur, *l. 35. de Procur. l. 5. & l. 8. C. d. t. h.* Videbimus *ad tit. de Hered. vel act. vend.*

11. Sciendum quoque, actionem utilem in effectis notabiliter a directa diferepare; nam primo Cessionarius agens directa, tanquam mandatarius cedentis, tenetur ad eundem in reconventione defendendum, nisi cessio fuerit necessaria, *l. 33. § ult. D. de Procur.* Sed quando cessionarius utilem suo nomine movet, facta solummodo tituli proprietatis aut translationis mentione, non tenetur ad reconventionem sustinendam, nisi probetur, cessionem in fraudem alterius esse factam, *l. 34. eod.* Secundo, cum cessionarius utitur actione directa, tum obstant ei cunctæ exceptiones, quæ cedenti potuissent opponi. Sed in casu utilis actio-

actionis, distinguitur inter Exceptiones reales, quæ causam feriunt, & personales, quæ habent respectum mere personalem. Reales indistincte opponuntur Cessionario, quia plus aut minus in re cessa, quam cedens habuit, habere nequit, *l. 3. §. 1. de Pign. l. 4. §. 27. & pen. ff. de Dol. & met. except.* Personales exceptiones utiliter agenti cessionario non possunt opponi, nisi forte ex causa lucrativa cessio contracta sit, *d. l. 4. §. 29. & 31.* Proinde, si contra cedentem ex onerosa causa locum habere potuerit exceptio doli mali, vel pacti ne a se peteretur, aut quod quis non teneatur ultra quàm facere potest, hæ similesque exceptiones, contra utiles cessionarii actiones frustra objiciuntur, *d. l. 4. §. 27. 28. 31. 33. l. 4. C. de Pericul. & com. rei vend.* Sand. *d. tr. c. 14.* Denique & hoc ad differentiam effectus pertinet, quod actio directa, quæ nititur mandato, morte cedentis secundum mandati naturam intereat, *l. 1. C. de O. & A. l. 8. pr. ff. Ut leg. nom. cav.* & Sand. *ibid.* Tanti sunt hæ differentiæ, ut directa agendi ratio ferme ab usu Fori recessisse videatur; Vix enim unquam aliter cessionarios agentes videas, quam ut supra dictum est: *Titius ex venditione vel translatione jus habens illius aut illius, contra talem.* Mandatum vix unquam præ se ferunt, adeo ut meminerim, Cessionarios directa agentes tanquam Mandatarios, in periculo fuisse, uti ex falsa qualitate agentes, amittendi instantiam. Ita in Decisionibus Curiæ nostræ MS. adnotatum reperio, cum Deputati ORDINUM *Frisiæ*, condemnati essent cuidam *Johanni Bernhardo*, qui simpliciter egerat *ex mandato N. N.* & deinde cognovissent, victorem habere mandatum in rem suam, eique titulo proprietatis emolumentum causæ competere, Dd. se opposuerunt executioni, quasi ex falsa qualitate egisset, ac ita judicium ipso jure nullum esset: verum aliter merito judicatum, die ultimo *Mart. 1612.* Simul & hoc, instrumentum cessionis, habens titulum proprietatis & carens clausula procurationis in rem suam, non esse vitiosum, placuit, quod equidem verissimum est, per ea, quæ superius commemorata sunt. Et tamen si ex instrumento non habente clausulam procurationis in rem suam, ageretur actione directa, dicendum videretur, perperam institui, quia cum ejusmodi instrumentum saltem habeat titulum proprietatis, ex quo probavimus utilem tantum actionem nasci, cum directa vi mandati subnixa sit, manifestum est, ejusmodi instrumentum ad actionem directam non esse factum idoneum, quod an ita se in causa prædicta *Decisionis* habuerit, non reperi, nec adeo sic ibi fuisse existimem.

12. Ad Mandatum quoque pertinet CAMBIUM, quo moribus hodierni, nihil frequentius ad usus promiscuos in distitis locis. Cambium est conventio, qua ego tibi mando, ut Tertio summam pecuniæ pendas, quam alius mihi jam dedit, vel de qua fidem illi habeo. Exemplum; *Ego* sim mercator Amstelodamensis. *Tibi* mercatori Veneto *Mando*, vel rogo & scribo, nam perinde est, *l. 1. §. 1. Mand.* ut *Tertio* peregrinatori, *Summam pecuniæ*, (non eosdem in specie nummos, qui mihi hic traditi sunt; nam in hoc commodum rei vertitur,) *pendas* aut statim, aut certa die, octava, quindena, aliave post exhibitionem literarum; *Quam alius*, parens aut amicus peregrinatis, qui res ipsius curat in Patria, *Mihi jam dedit*, cum mandato curandi, ut tertio peregre tantundem adnumeretur. *Vel de qua fidem illi habeo.* Hinc liquet, duplicem in hoc negotio contractum verti, unum inter me & eum, qui dat mihi pecuniam, vel repromittit; alterum inter me & Te, cui scribo, ut pecuniam Tertio pendas. Accipiens illud mandatum, aut die dicta solvere debet, aut statim remittere cum protestatione. Quo casu Tertius non accipiens pecuniam, regressum habet adversus me, quo indemnis præstetur. Quod si Tertius mutato consilio, nolit accipere, renunciare potest, dummodo sine exceptione. Si vero tu acceptasti, & solvere cunctaris, parata executio est. Vide Grot. *manud. ad. l. lib. 3. c. 13.* Hoc tam necessarium Mercaturæ institutum, in Jure tamen nostro non habet proprium explicationis locum, etsi veteribus ignotum non fuisse, manifestum sit. Illi permutationem nummorum appellabant; Antiquum etiam verbum, *Cambio*, idem significans quod Permuto, explicat Alciatus *lib. 1. parerg. c. 45.* Græci id ipsum vocant ἀλλαγὴν, id est, ἀργυρίου ἀλλαγὴν, *argenti permutationem*, ut Pollux *Onom. 7. c. 30.* proprie illam, quæ fit apud mensam in continenti, per varias nummorum species. Inter absentes tamen, & pro uno peregrinantium, eodem *permutandi* vocabulo uti amant. Cicero ad Atticum *lib. 12. ep. 24.* de suis Athenis tardiorum causa commorante, *De Cicerone impatienter pati se jam putabat: Sed quæro, quæ illi in mentem Athenis, permutarine pecuniam, an ipse venturus sit.* Idem *lib. 15. ep. 15.* Cicero noster scribit ad Tironem, *sibi post Kal. Aprilis*, (sic enim annum tempus conficit,) *nihil datum esse. Quare videre velim, ut per-*

permutetur Athenis, quod ſit in annuum ſcriptum: ei ſcilicet Eros numerabit. Ejus rei cauſa Tironem miſi. Curabis igitur, & ad me, ſi quid tibi de eo debitur, ſcribes. Eſt hoc ipſum præſentis inſtituti *Cambium*, quod dicitur, & de quo ambigunt Interpp. ad quod genus contractus referri debeat. Permutationem juridici ſenſus non eſſe, patet inde, quod permutatio ſit ſpecierum, ſive certarum rerum, ut infra videbimus, & in hoc negotio pecunia in genere utrimque vertitur. Mandati ſpeciem eſſe, jam ſatis demonſtratum eſt. Et quia inter abſentes res ſemper geritur, eſt *Mandatum in Scriptis*, quod genus a Grotio adſcribitur Cambio. *Introd. l. 3. c. 13. in pr. Wiſſeltekeninge is Schriftuirlike laſtgevinge* &c. Scripturam tamen magis ad neceſſitatem, quam ad eſſentiam Cambii pertinere, dicendum videtur; Eſt enim Contractus conſenſualis, non ſcripturarius, vel qui literis contrahatur, adeoque ſi probari queat, partes conſenſiſſe, nihil eſt cauſæ, cur obligatio non contrahatur; Sed vix aliter quam per literas expediri poteſt; ideo nomen inde conſequitur. Id autem ſingulare in hoc genere mandati ſervatur; Quod ſi is, cujus nomen in literis Cambialibus expreſſum eſt, eas non acceptet, alius quilibet acceptando & ſolvendo mandati actionem acquirat, adverſus eum, qui literas ſcripſit, ut Grotius *d. loco* ſcribit *n. 3.* Quamvis autem liberum ſit cuilibet, acceptare; vel cum proteſtatione rejicere literas cambiales, ſi tamen magiſter aut Inſtitor, quive res alterius Mercatoris gerit, & jus habet mutuum pro illo accipiendi, miſerit eas, non poteſt amplius recuſare, ſcribit idem *n. 4.* Quod ſi is, a quo numeratio petitur, deficiat, ideoque petitor regreſſus ad mandantem ſive Cambii ſignatorem, litemque cum eo conteſtatus ſit, non liberatur tamen is, qui acceptavit, verum & ipſe vi acceptationis ſuæ manet obnoxius, ut tamen unius ſolutione liberetur alter, *ibid. n. 7. Qui accept. &c.* Non eadem neceſſitate tenetur is, qui literas habet, earumque ſolutionem petit, is enim deſiſtere & conſilium mutare poteſt, *n. 10.* Sed non eſt hujus loci, exhaurire materiam, * quæ a Pragmaticis ejus generis copioſiſſime tractata, ab hoc inſtituto eſt alienior.

Tit. II.

Pro Socio.

I. Remiſſio ad Partem primam. II. Differentia Collegii a Societate. III. De ſocietate Conjugum, quotuplex; obſervatio, quæ optima. IV. Temperamentum ejus apud Friſios. V. Modus eam ipſo jure exercendi. VI. Quæ res in hanc ſocietatem veniant. VII. Quæ non veniant, ubi de rebus donatis. VIII. Quæ damna inter Conjuges ſint communia. IX. Qua ratione ſors cuique ſua, ſoluto matrimonio, ſolem præſetur. X. Reditus uſufructus in ſortem cumulentur, an vero pro acquæſtibus habeantur. XI. An Conjugum alter, qui contraxit, in ſolidum, & quatenus convenirí poſſit. XII. Caſus, quibus ceſſat Communio. XIII. Caſus quibus finitur.

DE Contractu Societatis, egimus *Part. I. pag. 529.* & habuimus illic definitionem ejusque exegeſin, diviſionemque primo in generalem & ſingularem, ſive omnium bonorum & certarum rerum; Addere potes, etiam *factorum*; uti ad domum ædificandam, opus reddimendum, veſtigalia conducenda, & id genus quotidie occurrentia, inter quæ navigantes noſtri habent *Admiralitatem*, quæ eſt ſocietas navigationis inter naves diverſorum dominorum, communis defenſionis cauſa, de qua vide Grotium *3. Introd. c. 2.*

2. Huc etiam Collegia referri deberent, ſi tam

* Adde de requiſitis & forma Cambii ‡ apud nos, Leipz. Wechſel-Ordnung, § *3. ſeq.* de ceſſione ejus, Cambiisque indoſſatis, uti loquuntur, *d. Ord. § 11. & Mand. Nov. Reg. d. A. 1699.* de præſentatione & acceptatione. § *5. 8. 20. & 27.* de rigore denique cambiali, das ernewerte Mandat Reſcript *d. A. 1669. Corp. Jur. ſax. p. 1103.* Mencken. *Tract. Syn. Paul. L. XIX. tit. 5. p. 783 ſeq. & Diſp. ad Proc. Proœm. l. th. 58 ſeqq.* Adde Churfl. Sächſ. *Deciſiv*-Befehl wegen der Wechſel-Briefe &c. *de dato 4. Sept. 1669. Mandat. Reg. de Cambiis Studioſorum 1715. d. 2. Dec. Mandat. Reg.* wider das Aufnehmen jungen Leute, auch Ausſtellung derer Wechſel-Briefe *1724. d. 21. April. Mandat. Reg. de Cambiis Eccleſiaſticorum 1721. 22. Mart.*

‡ Addantur etiam ea, quæ noviter conſtituta in *O. P. S. E. I. & E. Appendice § 11. ſeqq.*

eſſent

essent societates, quam sunt illis similia, nec raro ita nominantur; Sunt enim ad certos fines, non de omnibus bonis, Collegia quæ frequentantur, ut supra ad *tit. de his, quæ Univ. nom.* potuit intelligi. Præcipuum discrimen in eo consistit, quod in Collegiis habet locum prærogativa plurium suffragiorum, quæ pars minor collegarum sequi compellitur, quod secus est in societate, quoniam ibi quod pluribus placuit, singulis prohibendi jus est, *l. 28. ff. Com. Divid. l. 25. de S. R. P.* ubi limitatio, nisi jam factum sit quod sociis placuit; nec enim quod infectum unus prohibere potuit, idem factum retractandi jus esse debet. Alia est limitatio, quam D. Schotanus *Exam. h.* NISI QVID INSOLITI SIT, inquit. Sed ut hæc restrictio lege caret, ita vix patitur juris ratio, tam late patentem admitti exceptionem, quæ regulam tantum non absorberet: hoc tamen æquitas & publicæ utilitatis ratio dictat, ut si unus e sociis reliquis inique semet adversarium præbeat, is a Judice in ordinem redigi possit; Id enim Julianus indicat in *l. 84. § ult. de Leg. 1.* ubi de sociis, *consentire autem vel sua sponte debent, vel judice imminente*, quod haud dubie in usu Fori valide obtinebit, ut Sandius quoque tradit *3. 8. 1.* Potest etiam pactis comprehendi, ut quod pluribus placuit, ad hoc singuli servandum teneantur, quo tamen facto desinit simplex societas, & incipit esse Collegium, cujusmodi apud nos sunt Societates utriusque Indiæ, aliarumque Coloniarum & negotiationum, quæ cum primo fuerint Societates, deinceps in formam Collegiorum redactæ sunt, nec aliter administrari possunt.

3. Omnium bonorum societatem, iterum distinximus in universalem, & simpliciter generalem, ita ut prior sit, qua continentur & sortes bonorum, & reditus cum detrimentis: Posterior, ad quævis lucra damnaque de cunctis bonis refertur: de quibus *loco prædicto* cum satis actum sit, heic commonefaciemus, societatem, quæ moribus gentium hodiernis est inter conjuges, præbere vigentium illius differentiæ exemplum, de qua cum nihil sit usitatius, paulo pluribus agendum putamus. Jure Roman. satis constat, inter conjuges nullam fuisse bonorum societatem, * nec rerum ipsarum, nec *acquæstuum*, quos vocant. Sed vir accipiebat dotem, alebat familiam, quod lucrabatur, id omne sibi habebat, mulier bona præter dotalia vel penitus ad se recipiebat, quæ *Receptitia* vocabantur bona, vel marito administranda permittebat, quæ a Græcis παράφερνα, vulgo *paraphernalia* vocantur, *l. 7. D. Sol. Matr. l. 1. § 15. ad Sct. Sil. l. 8. C. de Pact. Convent.* Hic mos antiquus recentioribus populis displicuit, quando, quos inter corpus animusque, divina humanaque omnia erant communia, inter hos bona separata haberi, videbatur ineptum. Quidam ergo, universalem inter virum & uxorem recepere societatem, quos inter Batavi & plerique vicini. Nostratibus, aliisque pluribus ita visum est, sortem cujusque patrimonii distinctam esse atque manere, reditus ac quæstus, lucra atque damna, communicari. Quæ ratio cæteris præstantior esse videtur, non tantum, quod inter duas extremitates, quarum una nihil, altera in infinitum omnia complectitur, est media, sed etiam quia sanctitati conjunctionis, quæ est in matrimonio, per redituum communionem decore satisfit, & simul incolumitati patrimoniorum, quæ maxime ad hominum animos pertinent, prudenter consulit. Est & aliud argumentum, quo præstantia hujus instituti, consequentia minime fallaci elucescit; Quod apud eos populos, quibus placuit universalis conjugum societas bonorum, quicunque mediocri patrimonio prudentiaque sunt præditi, fere ita instituunt, ut pactis dotalibus societatem ad nostri moris instar restringant, & salvo cujusque patrimonio, lucra damnaque communicari velint, eaque re fit, ut in Hollandia vix unquam, apud nos vix nunquam, matrimonia sine pactis dotalibus contrahantur.

4. Modicum tamen apud nos receptum est temperamentum, quod inter agricolas, sive in agris, ut habet Statutum, *l. 1. tit. 3. art. 4. supellex intra medium parietem, post annum ab inchoato cohabitatione matrimonio, fiat communis*, modo illa supellex *pretium mille florenorum non excedat*; hoc etiam intellecto, si alterius supellex alteri jure hypothecæ non sit obnoxia, quia lex addicendo dominium alii, tertio non præjudicat; quomodo & judicatum apud Curiam Supremam, respectu hypothecæ, quam liberi prioris matrimonii habent in bonis parentis sui bi-

* Nec apud Saxones ea regulariter, ratione proprietatis, obtinet, licet marito omnium bonorum uxoris naturalis possessio, & usustructus, ac administratio competat. LR. *l. 1. art. 31. 45.* Carpz. *de Jur. Famin. sing. Dec. 3. pos. 9.*

nubi;

nubi; In causa *Catharinæ Nanniæ contra Sibrandum Petri, ante ferias N. C. 1617. notis MS. ad d. art. 4.* ex cujus verbis patet, hanc communionem non habere locum in urbibus aut suburbiis, nec in instrumento rustico, quod habetur in horreis & stabulis, quæ *mediis parietibus* a dictis distinguuntur. Denique, si quæ supellectilia post initum matrimonium, alteri conjugum seorsim obvenerint, hæc sub proprietate Statuti, quod stricte accipiendum, non comprehenduntur, ut probat Sand. *l. 2. t. 5. def. 5.*

5. Porro, lucrum & damnum inter conjuges *ipso jure* communicatur, ut sunt verba Statuti, *art. 1.* id est, immediata vi legis, sicut alias hæc verba solent explicari. Proinde non est opus ullo cessionis actu, ullo traditionis facto. Nihil etiam interest, cujus pecunia vel labore aliquid acquisitum, vel utrius culpa deperditum sit: Nec etiam, unius an utriusque nomen instrumento eadere composito, sit insertum. Legis enim quæ sit immediate, operatio non recipit ejusmodi factorum differentias; modo constet, durante matrimonio factum esse quod quæritur; ut pluribus docet Sand. *l. 2. t. 5. def. 6.*

9. Res, quæ in societatem veniunt, sunt omnigeni fructus reditusque bonorum, licet alterutri propriorum. Similiter, quicquid unus emit, meruit, aut ullo modo acquisivit; sub hac tamen limitatione, nisi causa acquisitionis sit ejusmodi, ut alteri conjugum nullo modo convenire possit; cujus rei exemplum est, quando alter domum aut agrum jure sanguinis retraxit, nam prædium illud tali modo retractum, alteri a sanguine venditoris alieno, contra mentem legis acquiri non potest, ut docet idem Sandius *d. tit. def. 3. verf. deinde.* Scilicet si conjux retrahens communi pecunia fundum redemerit, id alteri deinceps communi dividundo judicio reddi debere, res ipsa loquitur.

Idem quoque dicendum, si quod publici muneris officium a viro sit emptum, ut apud nos, Lege quidem certis casibus, de facto nimis heu! promiscue fit; Quanquam mariti proprium sit officium, si tamen communi pecunia sit emptum, ipse vel ejus heres, partem pretii dimidiam restituere debet uxori, quantum scil. vere de communi expensum est, non quanti illud officium tempore soluti matrimonii potuerit vendi, quod miror a Nauta nostro in decisione *MS. 41.* Curiæ nostræ placuisse, adfirmari. Nam hæc interpretatio supponit æstimationem munerum publicorum, quasi essent in patrimonio, quæ nunquam fuit Curiæ sententia, quod satis constet. Quid si pluris venditum sit durante matrimonio, quam prius erat emptum, an hoc lucrum uxori quoque debetur? Distinguendum puto. Si lege permittente facta fuerit, debetur; sin minus, non videtur deberi, quia lucra turpia, cujusmodi hoc est reputandum, non veniunt in communionem, sed manent periculo & commodo ejus, a quo acquiruntur, *l. 51. § Ibidem ait. 17. Pro Soc.* quo pertinent alea, stuprum, (Vespasianus adamatus) & similia. Decisio Supremæ Curiæ, quam loco citato refert Nauta, nil habet aliud, quam maritum fuisse condemnatum ad præstandum pretii partem dimidiam, quod emptum & venditum erat constante matrimonio, tametsi adprobatio Ordinum non esset impetrata, nisi triduo post uxoris obitum, in causa *Allardi Heixan, contra Sapientiam Sirxma, XV. Jul. 1637.* Denique, ad causam acquirendi conjugum alterutri propriam, pertinet hic casus; si vir fundum sibi proprium alio fundo permutaverit; manet enim novum prædium ipsius proprium atque in alterius locum successisse videtur, Sande *d. def. 3. verf. Res permutata.* Idem est, si alter conjugum rem suam ante matrimonium vendiderit sub lege retrovendendi, si deinde fundum ex pacto redemerit, manet proprius redemptoris, pretio videlicet, si de communi venerit, inter eos adæquando, Sandius *eodem loc. verf. Quid si alter.* Similiter, quando alter conjugum per transactionem aliquid acquisierit, quod ad se pertinere contendebat, hoc ad solum transigentem spectat, quia non tam de novo acquisitum, quam jus vetus constabilitum videtur.

7. Haud eadem est ratio, si alter suas res vendiderit, & novas iterum comparaverit; nam ut quantitas pecuniæ ex venditione prioris fundi redacta, manet ejus cujus res fuit, ita quod denuo est emptum, quia constante matrimonio quæsitum est, non nisi commune fieri potest, Sande *d. def. verf. Similiter.* Inspicitur autem quod ad hanc communicationem, tempus perfecti, non impleti contractus; ideoque si res empta fuerit ante, reddita post initum conjugium, res non fit communis, ut auctor est Sandius *d. loc. verf. Similiter.* Idem est, si quis ante matrimonium litem super aliqua re contestatus, post initium ejus, rem obtinuerit per sententiam vel transactionem. Sandius *d. def. 3. verf. Dubitatur.* Eodem modo si usucapio ante matrimonium legiti-

me inchoata, postmodum impleta fuerit, dóminium sequitur initii causam, ut observat Argentræ. ad *Consuet. Britann. artic. 418. gl. 2. in fin.*

Præterea, de Donationibus ambigitur, communicenturne, an ei soli, cui res donatæ sunt, acquirantur. Et primo quidem de Colonorum donativis, quæ præstantur ex lege conductionis, non est dubium, quin hæc fiant communia ratione temporis, quod matrimonii durationi respondet. Videlicet, bonis temporibus præter annuas pensiones, quas Coloni solvunt, certis quoque temporum intervallis donativa præstabant fere septennii vicibus, quæ utcunque donationis nomen haberent, propius tamen ad mercedem, cujus quasi superpondium erant, accedebant, ac proin merito inter reditus numerabantur. At de veris donationibus, quæ proficiscuntur ex liberalitate, quæsitum est, an communes fiant. Non fieri communes, censet noster Herbajus *de reb. quotid. c. 17.* multique cum eo, nec ipsa non ratio, quoniam liberalitas respectu mere personali exercetur, quam alteri conjugum non convenire, palam est. Aliter tamen a Frisicæ Curiæ Patribus est judicatum, super casu torquis aurei marito donati, apud Sand. *2.5.3.* Ventare velim, an medium aliquod conciliandi facultatem habeat, ut distinguitur inter donationes magnas & modicas. Magnæ donationes, ut prædiorum, & ingentium pecuniæ summarum, ejusdem naturæ cum legatis & hereditatibus esse videntur, ut ejus tantum sint, cujus eas fieri voluit donator. Sed in ediocrium rerum donationes, qualis est torquis aureus, poculum argenteum, similiaque, judicis arbitratu discernenda, pro acquæstibus & lucris communicabilibus haberi posse videntur, qua de re dix. *Ausp. dom. p. 31. seqq.* De Legatis igitur & Hereditatibus, inquam, non dubitatur, quin ad eum cui relinquuntur, solum pertineant, Sandius *ibid. in fin.* Sed de donationibus mortis causa, major est dubitandi ratio, maxime si tu contractus inter res communicabiles ponas, nam donatio m. c. fit quoque per conventionem, § *1. I. de Donat.* & aliquando per traditionem inter vivos perficitur, *l. 2. de m. c. Don.* magis tamen est, ut, cum pro specie ultimæ voluntatis habeatur, ejusdem hac parte sit Juris cum hereditatibus atque legatis.

Hæc ita de reditibus & acquæstibus. Cæterum ipsamet bona cum suis accessionibus, manent ejus, ut dictum, cujus ab initio fuerunt. Proinde si res conjugum auctæ sint alluvionibus, velimpensis, & meliorationibus, quod accesit, sequitur causam sui principalis, intellecto, semper præstationem impensarum communiter factam, judicio communi divid. esse adæquandam.

8. Videamus de damnis & incommodis. De his est æque generalis regula, quod omnia damna, durante conjugio, ex qualibet causa orta, communiter a conjugibus portentur. Quamvis etiam vir pecuniam converterit in suos usus, imo in solutionem debitorum a se ante matrimonium contractorum, ut recte Sandius *ibidem*, licet Curia tum Quæstionem illam non decideric. Etsi enim mulier non teneatur de ære alieno, ante matrimonium contracto, tenetur tamen ex debitis a marito tempore matrimonii quovis modo commissis, respectu Creditorum, inquam, qui non habita ratione quam in rem vertantur pecuniæ, si licitum contractum inierint, utuntur jure Statuti. Quod si tamen sciverint Creditores, id agere maritum in fraudem uxoris & legis, non est dubium, quin locum haberet exceptio doli mali. Illud etiam non dubitatur, & sæpe judicatum est, si constet, aliquod debitum ante contractum matrimonium extitisse, novum autem instrumentum super eo compositum sit, ut uxor ejus participium haberet, id si probetur, nullum ei creare præjudicium, præter ea, quæ bonis alterius propriis accidunt. Nam, ut de lucrosis accessionibus antea dictum est, damnosæ decessiones ipsas res diminuunt, nec ita nisi in dominum redundare possunt, Sand. *d. t. def. 8. in fin.* Porro inter damna & jacturas reputantur debita quovis modo contracta, per alterutrum vel per utrumque, licet ignaro altero, sine distinctione causæ, inquam, etsi alea luxuriaque contractum sit æs alienum, Sande *d. def. 8. vers. Porro damna.* Sed mulctæ delictorum ita mere sunt personales, ut irrogatæ marito, non pertineant ad uxorem, *d. def. vers. Similiter si.* Fidejussiones quoque mariti sunt hujus naturæ, quia per Sctum Vellejanum & Authenticam *Si qua mulier*: factum est, ut mulier sit intercessionis incapax, ideoque ut per maritum fidejussionis oneri subjiciatur, propter quam eam Lex maxime voluit exemptam, ratio neutiquam patiebatur; *d. def. 8. vers. an etiam.* ubi tamen Sandius aliam reddit rationem. Quid si vir ex administratione Tutelæ vel Curæ sit reliquator, an & illud onus mulieri incumbit? Ita decisum est apud Sandium *d. def. 8. vers. Dubitatum.* Ratio dubitandi est, quod Tutelæ & Curæ officium non minus a muliere sit alienum, quam est inter-

ces-

ceſſio; unde non minus ab onere tutelaris obligationis quam ab interceſſione liberanda videbatur. Sandius in loco citato reddit hanc rationem, quod Tutelæ obligatio ſit e quaſi-contractibus, mulier autem exinde, licet nupta ſit, obligetur. Sed hæc ratio inde minuitur, quod non omnes quaſi-contractus mulierem nuptam obligent; nec enim hereditatis aditio, aut negotiorum geſtio, magis tenent mulierem, quam veri contractus, nec Statutum, nec jus Cæſaris, quaſi-contractus hac parte veris eximunt, aut præferunt. Videndum igitur, ne non hæc potius ſit ratio; Cum vir ex cura reliquator exiſtit, pecuniæ pupillares in rem communem verſæ præſumuntur, quod ſecus eſt in interceſſionibus, quia fidejuſſores luere debent, quod non commiſerunt.

9. Quando igitur lucra duntaxat & damna communicantur, manifeſtum eſt, ſingulos conjuges ſoluto matrimonio ſuam retinere ſortem, idque recuperare poſſe: quem in finem diligenter conſulunt, qui ab initio matrimonii rerum ſuarum deſcriptionem ſive inventarium fieri curant, ex quo ſua bona demonſtrare & repetere poſſunt, quod ut a multis maximo ſuo detrimento negligitur, admonitione dignum erat. Advertendum eſt autem, ut pariter earum rerum, quæ utendo perituræ, vel tempore deteriores futuræ ſint, æſtimatio fiat, cum alioqui diminutionis ſive deteriorationis, ut ajunt, ratio haberi nequeat: nam ſi talium rerum ſola deſcriptio facta ſit ab initio, nihil quam quod inde ſupereſt, finito matrimonio repeti poteſt, *l. 10. de Jur. Dot.* Sic utique jure Cæſareo videtur obtinere de rebus, quæ utendo conſumuntur, in dotem datis. Verum tamen, quando ejusmodi res non in dotem datæ viro, ſed ab alterutro conjugum in communionem illatæ ſunt, æquitas dictare videtur, ut finito matrimonio totidem ſpecies ſive corpora rerum, quot ab initio deſcripta ſunt, reſtituantur, pretio ſecundum legem mediocritatis arbitrio judicis moderando, *arg. l. 42. de Jur. dot.* Ac ita, quia res frequentis uſus eſt, conſulere & reſpondere ſum ſolitus. Quando igitur deſcriptio & æſtimatio rerum, quæ uſu conſumuntur, recte facta eſt, tantundem finito matrimonio reddi debet, eodem fere modo, quo de uſufructu talium rerum alias eſt dictum. Quantitas, inquam, pretii eſt ipſa ſors, quæ ſalva manet ei, a quo in matrimonium eſt illata; reditus autem conſiſtit in uſu quantitatis ejus absque uſuris. Proinde, qui res habuit, quæ conſtant pondere, numero & menſura, ut eſculenta, potulenta, quin etiam veſtimenta lanea, linea, ſerica, jumenta quoque & cætera, quæ vel conſumuntur, vel minuuntur utendo. poſt finem conjugii, pretium earum rerum, vel tantundem repetere poteſt. Idem locum habet in lapidicinis, metalli & ceſpitum fodinis, agrisque figulinis, e quibus glebæ uſtiles & figulinæ effodiuntur, ſine facultate renaſcendi. Quod identidem effoditur ex agro alterius conjugis, ejus pretia ſicut venduntur, accumulanda & pro ſorte ſunt habenda, uſuris pecuniarum communi cedentibus utilitati, prorſus ut de hujusmodi rerum uſufructu, ſuo loco dictum fuit.

10. An idem de legatis annuis & uſufructu ſit ſtatuendum, elegans eſt controverſia. Sc. alteri conjugum legatum eſt relictum quotannis Centum aureorum: (de hac ſpecie primo videbimus,) per XXX. annos duravit matrimonium, quo finito, heredes legatariæ petunt tria millia aureorum, tanquam ſortem ex hisce legatis accumulatam. Alterius heredes ajunt, illos centenos aureos fuisſe reditus, ac ita ceſſiſſe communioni; quæritur, quid juris? Verius videtur, annua legata computari in ſortem, alteri conjugum reddendam, interuſurium autem pro reditu eſſe habendum. Ratio, quia multiplex eſt legatum annuum, totidem legata quot anni cenſentur, *l. 4. D. de an. leg.* Sicut igitur centeni aurei a triginta teſtatoribus legati, pro ſorte habiti fuiſſent, ſic etiam triginta annorum, licet ab eodem teſtatore legata, cum æque diverſa ſint, & ſingula legata, pro ſorte haberi debent. Idem procul dubio ſtatuendum, quando alterutri conjugum per contractum aurei centeni totidem annis præſtiti fuerunt, ſiquidem hactenus legati & illis præſtationis annuæ, nulla poteſt eſſe differentia. Conſequenter idem juris eſſe in cunctis præſtationibus annuis ac reditibus, de quibus poſt mortem nihil ſupereſt, adeoque de Uſufructu quoque, ratio juris dictat, ut inquam, reditus annui pro ſorte cumulentur, & finito matrimonio reſtituantur; cum alioqui luculentus uſusfructus alteri conjugum relictus, in irritum cederet, nihilque finito matrimonio ſortis relinqueret, quod juris, æquitatis, & negotii naturæ contrarium eſſe, probat Sarmient. *lib. 3. Sel. interpr. c. 10. n. 5. & ſeqq.* Fuit hæc e quæſtionibus una, quas in illuſtri Auditorio, cum primum e Senatu Curiæ ſupremæ ad Academicum otium reverſus, Collationes domeſticas auſpicarer, ventilavimus. Erſi tum quidem de Uſusfructus hac parte natura, non

ſedit quibusdam primariis Auditoribus hæc ſententia, quam propterea prolixe ſumus executi in *Auſpiciis Domeſticis* paulo poſt editis, *p. 33. ſeqq.* Cæterum, quæ alteri conjugum a parentibus aliisve amicis, eſculenta, potulentaque, mittuntur atque donantur, ea cum non habeant ſtabilem cauſam, vel certum jus conſtitutum, ita communicantur, ut ſortem non efficiant, nec ſoluto matrimonio repeti poſſint.

11. Sic igitur lucra & damna communicantur; Quæ vir, inquam, contraxit, ea mulier pro parte dimidia reddere debet, nec aliter obtinet in his, quæ mulier ſine viro adminiſtrare poteſt, ut e cauſis œconomicis & communi mercatura, quemadmodum apud nos & paſſim receptum eſt. Proinde creditores, ſingulos conjuges pro parte ſua convenire poſſunt, ac ita inſtituunt omni die. Sed an & eum illamve e conjugibus, qui quæve ſolus vel ſola cum ipſis contraxit, in ſolidum convenire poſſunt? Si contractus fuerit ſimpliciter initus ab uno; ſine mentione conjugis alterius, tum creditori, qui unius fidem ſecutus eſt eundem quoque ſolum conveniendi facultas datur, per *l. 2. § ult. ff. de Exercit. act.* Sed quando contractus ab altero conjugum eſt initus nomine amborum, i. e. a Viro pro ſe & pro uxore ſua, vel pro ſe & tanquam Curator uxoris, vel ipſe & uxor pariter, nec vir ſe in ſolidum obligavit, tum Creditor duorum fidem ſecutus eſt, ideoque ſuam actionem nullo modo aliter inſtituere poteſt, quam ſciens & volens contractum celebravit, ideoque ſingulos pro parte duntaxat convenire poteſt*, non eum, qui contraxit in ſolidum, nec durante, nec ſoluto matrimonio, ac ita judicatum eſt in ſuprema Curia, contra *Zasker Haeyes, in ſua qual.* contra *Sixtum a Rinia* in *qual. d. 26. Mart. 1667.* Tamen & aliter eſſe judicatum, ſc. virum, qui obligatus erat pro ſe & tanquam maritus ac Curator uxoris ſuæ, in ſolidum eſſe condemnatum, meminimus in cauſa *Jik Abes*, contra *Goswinum Spitholt* cum *ſoc. 8. Nov. 1680.* Ex ratione juris communis ſic non potuiſſe judicari, ſatis conſtat, quia Curator e contractu ratione officii inito, nomine proprio non poteſt condemnari, ut alias dictum, & rurſus ſuo loco videbimus. Sed oritur hæc diverſitas e verbis Statuti *l. 1. tit. 3. art. 1.* ubi dicitur, contrahentem e conjugibus, ſolum conveniri poſſe *durante matrimonio.* Hæc verba de contractu ab altero conjugum ſimpliciter initio, loquuntur & intelligi debent, non etiam de reliquis caſibus enumeratis, cum amborum nomine contractus eſt initus; Sed accidit, ut multi iſtæc verba de quovis contractu ab altero conjugum, ſive unius ſive amborum nomine initio, perceperint, unde varietas judicatorum. Verum ratio Juris & verba Statuti ſatis manifeſta, ſuggerunt interpretationem a nobis demonſtratam. Tu dices, ex illis Statuti verbis ſequitur, eum conjugem, qui ſimpliciter contraxit, finito matrimonio in ſolidum non poſſe conveniri, ſed eo durante duntaxat, e verbis determinantibus, *durende het Echte*, quibus aliquid juri communi derogatum videtur, quo is, qui contraxit, ſemper & in perpetuum teneatur, quia nemo ad tempus obligari poteſt, *§ 3. I. de V. O.* At per hoc Statutum vir aut uxor contrahens, non niſi *ſtante matrimonio*, ſolus vel ſola tenentur. In hac ſententia fateor me fuiſſe, tam apud Curiam ſupremam in diſceptationibus Fori, quam deinceps: Tametſi a Senioribus ita acciperemus, eam Curiæ ſententiam ab antiquo fuiſſe, verbis illis Statuti non eximi contrahentem obligatione ſolidi poſt finem matrimonii, ſed hæc verba, *durende het Echte*, ſcrupuli tollendi cauſa fuiſſe adjecta, an etiam contrahens, integro matrimonio ſolus conveniri poſſet. Hæc interpretatio primo auditu alienior & improbacilis, examinata preſſius, viſa fuit ſolidior & recta. Dubitandi ratio fuit; quia conſiſtente matrimonio, dum uterque in medio eſt conjux, iniquum videtur, alterum convenire ſolum, cum alter æque jure ſocietatis & vi legis obligetur, quæ ratio dubitandi, finito matrimonio non obſervatur. Hoc igitur dubium Statuto fuit ſublatum, nec animus fuit ejus conditoribus, rem ſtatuere abſurdam, ut qui ſolus contraxit, non teneatur ſolus, quando jam ſolus eſt: obligetur autem inſolidum, quando conjugem juxta ſe conjunctum & obligatum, habet ad manum. Dixi in *Jurispr. hodiern. l. 1. c. 11. n. 53. & ſqq.*

12. Addendi ſunt caſus, quibus ceſſat, aut finitur Societas conjugalis. *Ceſſat* in univerſum, aut in certis caſibus. In totum, quæritur, an ceſſet communio, ſi matrimonium ſit illicitum, quod negat Sandius, *2. 5. 2. arg. l. 22. ult. D. ſol matr.* ubi privilegia dotis etiam habent locum in matri-

* Juxta Conſuetudinem in Saxonia receptam, ſocii in quacunque ſocietate beneficio diviſionis non gaudent, ſed in ſolidum conveniuntur, teſte Carpz. *P. 2. C. 17. def. 12.* atque ita pron. *Fac. Jur. Lipſ. Menſ Auguſt. 1720.* j. Lauterb. *Coll. Pand. tit. pro ſoc. th. 27.* Mev. *P. 4. dec. 109. n. 1.*

monio

monio putativo. Non ceſſat igitur, ſi quis ex ſorore neptim, vel ſororem uxoris habeat in matrimonio, ut Curia noſtra judicavit, apud Sandium *d. defin.* Idem juris erit, ſi coram facie Eccleſiæ matrimonium non fuerit celebratum; ſi modo tanquam conjuges vixerint, niſi Lege pro nullo habeatur ejusmodi conjugium, ut in Hol'andia, ſecus jure communi,& apud nos,Sand. *2. 1.1.* Nam ſi pro Conjugibus ſe mutuo non habuerint, communio ceſſat, ut palam eſt, judicatumque refert Sandius, *d. defin. in fin.* Præterea ceſſat in totum, Pacto inter virum & uxorem ante matrimonium inito, quod ſatis frequentis eſt uſus: Conſtante matrimonio, valet etiam, ſi modo non tendat in fraudem Legis, donationes inter virum & uxorem prohibentis, qua de re locus erit proprius *infra.* Quare ſi alterius bona ſint notabiliter, ampliora, ut alter e tali contractu locupletior, alter pauperior fieret, non ſubſiſtit. Ita memini,non eſſe dictum jus a Curia ſecundum pactum, quod mulier dives & imperioſa a viro impari expreſſerat, ut lucrum de bonis communibus ille ne participaret. Sed nec valere l'actum ante matrimonium, ut mulier partem lucri percipiat, de damno non teneatur, ponit Grotius *2. introd. c. 12. n. 6.* quod recte Grœnewegius limitat, ut reſpectu Creditorum obtineat: Satis enim conſtat, alterum conjugem nihil de alterius ſubſtantia reditibusque lucri percipere poſſe.priusquam Creditores ſint dimiſſi, ut *ibidem* Grotius tradit *n. 16. 17.* Quo minus enim pactum de lucro, non de damno participando, quod in ſociis jure communi valet, § *2. I. de Soc. l. 29. § 2. h. t.* inter virum & uxorem valere queat, nulla cauſa profertur. Recte igitur ibi Grœnewegius, minus bene limitat alteram Grotii poſitionem; Quod mulier, niſi dimiſſis Creditoribus, nihil lucri de bonis mariti percipere queat, *Excipe*, addit ille, *ſi mulier ſua bona ſtipulata ſit integra fore*: Per hoc enim pactum ſua tantum bona ſervat, lucri ex bonis viri, de quo Grotius, nihil adipiſcitur.

Sed quo caſu pactum de Communione excludenda eſt licitum? Inter contrahentes quidem valet ſimpliciter; Adverſus Creditores non valet, niſi publice promulgarum; Ratio manifeſta, quod ex duorum contractu, tertio contra leges non prajudicetur ignoranti; Ac ita apud nos ut juris fert ratio, ſic uſus vult certiſſimus & quotidianus, quem probat Sandius *2 5. 8. verſ. ſi tabb. nupt.* & Goris. *Adverſ. c. 16. n. 18. 19.* In Hollandia ſecus exiſtimare pragmaticos & uſum ferre, quod audio, non poſſum non mirari. Dicunt ita; ſi mulier pacta ſit, ne de ære alieno, durante matrimonio contrahendo, teneatur, aut ut electionem habeat, utrum lucri & damni communionem habere velit, an ſecus; eam tunc in bonis ſuis recuperandis,omnibus præferri Creditoribus nec ab illis conveniri poſſe, licet Pactum inter ſolos contrahentes celebratum, nec publicatum ſit. Grœnewegius ad *d. Grotii locum* laudat in eam rem Edictum *d. 4. Octobr. 1540. & l. 12. C. Qui poſterior in pign.* quæ de privilegio dotis loquitur, quod ab hac re eſt alienum. Nec enim bona, quæ mulier ſibi retinet, excluſa communione, DOS ſunt, nec ejus privilegio cenſeri poſſunt. Quin ſi DOS forent, tamen eo, quod dotem recuperat mulier, non eximitur obligatione contractuum cum aliis initorum, qua vi legis obſtringitur. Sed hæc pariter optime conſiſtunt,ut mulier ſua bona recuperet, & tamen pro parte ſua Creditoribus ſatisfaciat: quo nihil eſt frequentius. Ex Edicto igitur diverſam obſervationem proficiſci oportet, cum legi vel rationi Juris communi non conſentiat. Plane ſi maritus ſolvendo ſit, aut unquam fiat, uxor, quæ dimidium æris alieni ſolvit creditoribus, quicquid expendit, a viro ejusve heredibus recuperare poteſt, ut ex dictis patet, & probat Sandius *ibid.* judicatumque ita refert Mornacius *ad l. 61. § 4. h. t.*

In certis caſibus ceſſat communio Conjugalis, ait Sand. in *defin. prædicta*, ſi conjux alter expreſſe contradixerit contractui, & laudat Barboſam ad *l. 1. C. Sol. matrim.* Quod verum eſt,primo,ſi mulier abſque viro contrahat in ejusmodi rebus, in quibus ſola contrahendi jus habet, ut in rebus œconomicis & mercatura, cui ſe miſcet ex moribus noſtris; Si maritus Creditori in tempore denunciet, ſe nolle teneri, mulier nec illum nec ſe obligare poteſt. Rurſus autem mulieris contradictio, reſpectu poteſtatis maritalis,non valebit, niſi quando Vir officium boni patrisfamilias egreditur, aleæque & luxuriæ cauſa contrahit æs alienum: ut cordatæ mulieres, quæ decoctores habent maritos, aliquando inſtituunt; & ipſe cuidam matronæ, cujus Vir mutuo ſumpturus erat triginta ſex millia florenorum,pro emendo centuriæ equeſtris magiſterio, cum id e re communi neutiquam foret, eam facere poſſe reſpondi. In univerſum alioqui mulierem contradicendo maritalibus conſiliis, vim Legis & communionis in ſingulis cauſis eludere poſſe, nullo modo ſtatuendum eſt. Verum ſi contractus ipſi ſint prohibiti, ut

si Vir ex emptione muneris publici debeat ipsi Venditori tantum, inde mulierem pro parte non posse conveniri, nota res est.

13. Sequuntur modi, quibus *finitur* Societas conjugalis; qui primo sunt iidem, quibus solvitur matrimonium, Mors & Divortium ex adulterio, vel malitiosa desertione. Quin & separatione thori ac mensæ, quoniam hæc Societas ad cohabitationem spectat, & quæ cum hac est conjuncta, mutuam operam industriamque conjugum, ut frequenti auctoritate probat Sandius *lib. 2. tit. 5. def. 7.* Ex qua ratione colligitur, reditus communium bonorum, qui sine labore operaque conjugum proveniunt, nihilominus esse communicandos, ut idem judicatum refert *in fine d. defin.* quod verum esse queat in casu ibi tractato, quando post mortem alterius communi Dividundo certatur. Nam si consistente vinculo conjugii, mulier, quæ sine causa secessit, reditus bonorum suorum petat, maritus oblata æquabilis cohabitationis copia hanc petitionem refellere potest, ac ita sæpius in Senatu decretum fuisse memini, etiam cum mulier prægnans peteret sumptus puerperii; Causa cognita cum de ratione dissidii satis gravi non liqueret, officii potius admonita, & reditus ad lares mariti injunctus est. Hoc e contra facile conceditur, si conjux alterius intolerabili sævitia vel contumacia justam secedendi causam habeat, qui tum per ipsum non stat, quo minus industria mutua continuetur; huic communes acquæstus non esse denegandos, ut ibidem Sandius *vers. In eo igitur vertebatur quæstio.* Plane, si a Judice probata, vel decreta sit bonorum separatio, jam utrimque cessare Communionem, indubitatum est; nisi quatenus eodem decreto, modus, ut fit, huic rei sit impositus, quomodo partem redituum e bonis uxoris locupletis, memini marito adsignatam, vel uxori menstruum a marito pro re nata, fuisse præscriptum.

Sed mors alterius conjugis habet frequentissimam quæstionis difficultatem, de rebus post obitum primi defuncti quæsitis. Et quidem de jure Civili decisa res est, Societatem morte finiri, ut nec pactio valeat in contrarium, *l. Adeo 59. h. t.* ubi sola vectigalium societas excipitur; Proinde si de matrimoniali Societate non sit diversa Consuetudo, standum est, & stamus in Frisia, Jure Communi, ut morte conjugis alterutrius Societas absciisse finiatur, Sand *d. lib. 2. tit. 5. def. 9.* Nisi quod ea, quæ ex re communi quæsita & in eandem expensa sunt, non actione pro Socio, quia & hactenus finita est Societas, sed judicio Communi dividundo peti possunt, *l. 65. § post mortem 9. & § 13. h. t.* Quæcunque igitur superstes conjux non modo ex ultimis voluntatibus & donationibus, sed etiam ex negotiationibus, munere publico, privatave industria lucratur, ea sibi soli habet, nec cum liberis communicantur. Hoc ita satis, inquam, de jure certum; sed in facto multa difficultas occurrit, si post aliquamdiu alterius e conjugibus mortem, instituenda sit divisio; nec inventarium statim a morte factum reperiatur, sæpe nec in principio matrimonii, quo nihil apud nos frequentius. Certe cum non jus eo casu, sed probatio deficiat, si saltem per testes aut instrumenta, quid singuli conjuges initio vel fine matrimonii habuerint, demonstrari nequeat, non datur alius exitus, quam ut omnia sint communia; nisi quatenus, inquam aliunde secus probari possit. Ergo bona, de quibus sciri potest, quod ante vel post matrimonium comparata fuerint, sunt ejus, a quo acquisita fuerunt: Idem ex *datis*, ut loquuntur, obligationum colligitur, nisi probetur, quod de communi pecunia post matrimonium elocatæ sint; quemadmodum contra, si constante matrimonio sint *datæ*, statuuntur esse communes, ut sæpe judicatum a Curia, quorum aliqua notat D. Saekma *in not. MS. ad Stat. l. 1. tit. 5. art. 1.* causa *Gerlof Jaus* contra *Wolpke Jarigs*, ante ferias O.S. 1625. Tametsi præsumptio non desit, quod de pecunia, quæ fuit alterius propria, sint elocatæ obligationes: Id enim probari, non præsumi debet. Positio juris perfecti, *quod constante matrimonio emptum aut contractum, id ipso jure commune fit*, non potest aboleri per diversam præsumptionem & probabilitatem; etsi forte probetur, alterum e conjugibus aliquandiu ante matrimonium inchoatum, habuisse pecunias aut obligationes, de quibus alius quid factum sit, non constet, ideoque præsumendum videatur, ex illis pecuniis emtas res, aut obligationes tempore matrimonii inde esse contractas, vel permutatas; Cum enim variis modis fieri possit, ut id aliter se habeat, nihil inde certi potest constitui, ad tollendam *hanc* thesin: Quicquid tempore matrimonii acquisitum est, sit commune. Sic arbitrati sumus, D. Philippus MATTHEUS, Medicinæ Professor nunc Honorarius & Frisiæ Archiater, & ego, tum Ex-Rector hujus Academiæ, Commissarii Senatus ad hereditatem Viri Cl. Joachimi FRENZELII, in Rectoratu defuncti anno 1669. Uxor superstes suorum bonorum, quæ ad virum intulisset,

fisset, inventarium habebat; de mariti bonis nihil extabat: Plures erant obligationes tempore matrimonii scriptæ, quam ut credibile esset, e lucro matrimonii, quod pauculis annis constiterat, esse profectas; constabat etiam, ante matrimonium habuisse Virum obligationes, quæ modo non extabant, ut veri simillimum esset, ex earum pecuniis exactis novas obligationes fuisse compositas: Erant conjecturæ non infallibilis consequentiæ; Proinde cum heredes Frenceliani & uxor inter se non convenirent, aliter a nobis constitui non potuit, quam ut pro bonis propriis uxoris haberetur, quod erat in ejus inventario; pro bonis mariti propriis, quicquid per testes, aut ex *datis* instrumentorum, eum ante matrimonium habuisse constabat; reliqua pro communibus habita & æquis partibus divisa fuerunt. Quæsitum est de debitis, quæ maritus habuerat ante matrimonium, & quæ finito matrimonio reperta erant cancellata, sine nota temporis factæ solutionis. Judicatum est, ab eodem videri soluta, qui contraxerat; uxorem aut ejus heredes petitores, probare debere, suo tempore solutionem esse factam. Idemque juris est de nominibus kalendarii, seu Codicis mercatorii, quæ contracta sunt ante matrimonium, & finito matrimonio deleta proferuntur, sine probatione quando deleta & soluta sint, judicantur ad eum solum pertinere, cujus erat liber Rationum & qui nomina crediderat, nisi conjux, qui deinceps in societatem venerat, secus probaret. Ita Curiæ Nostræ visum in causa *L. S. contra Doctorem P. L. cum sociis, ante ferias natalitias 1680.*

Hæc quidem ita de acquisitione rerum dubia inter statum antecedentem & durantem matrimonii. De rebus post matrimonium ante Divisionem quæsitis, pressius paulo dicendum. Quando finita est alterius morte Societas, acquisita deinceps fiunt Superstitis indistincte, per *d. l. 59. & l. 65. § 9. h. t.* salvis reditibus bonorum Communium, quos cedere communioni, superius dictum est. Et quidem si inventarium post alterius obitum sit factum, res expedita est: Inventario non facto, aliunde probari debet, quid quantumque post matrimonium contractum sit acquisitum; de quo id non probatur, hoc pro communi habendum, aut si res emptæ sint, pretium a Communione profectum videtur; nisi quatenus constet, hoc etiam post alterius mortem fuisse quæsitum. Ob hanc incertitudinem evitandam, multis gentibus placuit, Inventario non facto, Societatem inter superstitem & defuncti heredes censeri continuatam: Ideoque bona a Superstite quæsita, cum heredibus defuncti esse communicanda, ut multis auctoribus probat Sandius *lib. 2. tit. 5. def. 9.* Quibusdam specialiter ita placuit in favorem liberorum, de quo Grœnewegius *ad l. 59. h. t.* Quin latius adhuc patet, quod Grotius *2. Introd. c. 11. in fin.* tradit, si viduus aut vidua, liberos habens, maneat in communibus bonis (non distincto, Inventarium sit factum, an secus,) quicquid alterutri deinceps accedit, pro dimidia parte liberis acquiritur, ne hereditatibus quidem exceptis, (suppositia Societate Conjugum universali, qualis est in Hollandia,) sed eodem tempore liberos de ære alieno non teneri. Excipit Grœnewegius *ad d. locum* Legitimam liberorum, ex qua superstes Parens nihil acquirat, imo *ad l. 59. d. h. t.* dicta Grotii de certis tantum Hollandiæ Statutis municipalibus obtinere monet; In universa provincia negat ejusmodi Consuetudinem extare; quinimo propter non confectum Inventarium conjugalem bonorum Societatem nullatenus continuatam videri, probat ex sententia Curiæ Hollandicæ & consilii *JCC. Batavorum, part. 1. cons. 105. & part. 3. cons. 137. 171.*

Præterea, finitur hæc Societas Pacto, durante matrimonio inito, nam quod ante fit, hoc non finire, sed excludere Societatem, manifestum est; Sed de Pacto illo, constante matrimonio inito, dictum obiter *supra*. D. Saekman *ad d. art. 1.* notat, constante matrimonio renunciationem lucrorum acquirendorum fieri posse, non item acquisitorum, ac ita judicatum refert in causa, *Doed Hovtema* contra *Hylke Douwes, anno 1610.* quod ferri potest, si non sit evidens inæqualitas expectationis lucri futuri: alioqui rectius, quod novissime Curiæ placuisse diximus, esse putem, ejusmodi renunciationes in fraudem Legis esse, vetantis omnia, quibus ullo modo fieri possit, ut conjuges a se invicem spolientur, & venalicia fiant matrimonia, *l. 1. l. 2. & tot. tit. de Donat. int. Vir. & ux.* Nec adeo dubium est, quin hæc sit Societas donationis causa inita, quæ prohibetur in *l. 32. § si inter. 24. eod. tit.* Sic etiam quod de Societate omnium bonorum, non modo redituum, sed & rerum ipsarum, quæ inter virum & uxorem per annos 40. durasse, legitur in *l. 16. § ult. de Alim. legat.* accipiendum. Valet in pactis primis nuptialibus constituta simpliciter: postea quoque, si alter inde non locupletetur, quod in donationis incidit specimen *d. l. 32. § 24.* Ergo Nigrina

grina, de qua Martialis *l. 4. epigram.* antenuptiali conventione cum marito ejusmodi contraxit societatem; nec enim contracto matrimonio, cum Virum liqueat inde fuisse locupletatum, ob rationem prædictam, effectum juris habere potuisset, quod tantopere laudat in illa Martialis.

Te Patrios miscere juvat cum conjuge Census,
Gaudentem socio participemque viro.

Factumque illud cum Evadnes & Alcestis, quæ pro Viris mortem oppetiere, comparat exemplis, addens:

Tu melius certe meruisti pignore vitæ,
Ut tibi non esset morte probandus amor.

Denique & hæc in fine conjugii usu venit observare, Communionem non censeri fuisse inchoatam a conventione matrimonii perfecta, sed a cohabitatione; in quo omnes consentiunt; Est enim societas *collaborationis*, ut bene Robertus *d. decis.* id est vere κοινοπραξία, sicut modo comprobatum est. Quid si convenerit, ut mulier Quartam, non dimidiam acquæstuum partem haberet, an dein, matrimonio per aliquot annos continuato, ad æquam & legibus convenientem Societatem admitti potest? Non posse, judicavit Senatus Parisiorum, teste Annæo Roberto *l. 4. Rer. judic. cap. 1.* qui rationes in utramque partem profert; Sed peremptoria hæc est, Quod etiam illa species Societatis cum donandi animo fit; Jus enim ex Lege, Pacto dotali sublatum, ejusque restitutio liberalitas erat.

Denique non semper ubi Cura maritalis finitur, Societas etiam conjugalis accipit finem; non utique si Vir furiosus fiat, quia matrimonium alterius furore conjugis non finiri, graviter docet JCtus in *l. Si cum duobus. 22. § si maritus ff. Solut. matrim.* Ergo nec prodigentia mariti & interdictione bonorum, quamdiu cohabitatio continuatur: Etsi effectus Societatis his casibus imminui, non est negandum; Nec enim ex actis & contractibus furiosi prodigive Conjugis, alter, ut ex lege societatis oportet, obligatur, cum ipsum amplius contrahentem non obligari, manifestum sit.

LIB. XVIII.

TIT. I.

De Contrah. Emptione.

I. Recensio & remissio ad Partem primam. II. De consensu tractum temporis habente, & de venditione, quæ fit in scriptis; ubi sententia l. 17. C. de fid. instrum. *declaratur; III. Et cum usu temporum conciliatur. IV. Aliud exemplum consensus tractum temporis habentis controversum. V. De pretio, & quid juris, si res & pecunia simul detur: rem potius, quam verba spectari. VI. De pretio minuendo vel augendo, ratione minoris aut majoris quantitatis, quam dictum erat. VII. Quid juris circa pactum metiendi agros. VIII. De rebus vendi prohibitis. IX. De personis, quibus emere, vendere licet, aut secus. X. De Pacto Constituti in emptione venditione. XI. De pacto reservati Dominii.*

Si quis roget, cur Titulus de emptione venditione, qui usu & dignitate est ante Mandatum ac Societatem, & qui in Institutionibus primo loco fuit tractatus, heic illos sequatur; si ratio certa constitit nostris, hæc fuisse videtur, ut accessorii rituli, qui Emptionem Venditionem numero sequuntur, huic immediate subjungi possent, cum usque post omnes illos rejicere Mandatum & Societatem, minus aptum videretur. Habet hic titulus partes, ut indicat Rubrica, tres, Primam de Contrahenda emptione, Alteram de Pactis inter Emptorem & Venditorem compositis, Tertiam de rebus, quæ venire non possunt. Articulum primum habuimus ad *tit. Inst. de empt. vendit.* ubi tria, quæ vulgo dicuntur, hujus contractus substantialia, Consensus, Merx & Pretium, exponuntur. Dicta, quod nusquam facimus, heic non repetemus.

2. Sed quædam ad Consensum, qui tractum temporis habet, spectantia collocabimus. Tractum temporis habet Consensus variis casibus; Primus & notissimus est, si convenerit, *ut in instrumentum recipiantur*, tunc enim prius non est perfecta venditio, sed partibus pœnitere licet, quamdiu *instrumenta non fuerint perscripta atque subscripta per I. h. t. & l. 17. C. de fide Instrum.* quod jam attigimus in *prælect. ad prædict. tit. Inst.* Sed usus negotii pressius heic loci considerandus

randus est, quod futurum diximus *ad tit. de Transact. n. 8. pag. 642.* Nam verba *d. l. 17. C. de fide instrum.* talia sunt, ut comparata videri possint ad omnes contractus subvertendos. Vix enim ulla unquam venditio majoris momenti celebratur, quin partes ejus animi sint, *ut in instrumentum recipiatur*, id etiam plerumque exprimitur; nec raro plures dies, hebdomadæ, menses intercedunt, antequam subscribatur; si tantisper liceat pœnitere & ante subscriptionem recedere a Contractu, nimis magna strages fiet in observantia commerciorum. Diximus in citato *ad tit. de Transact.* loco, id esse intelligendum, *quatenus partes suum consensum a scriptura suspendissent.* At quia Constitutionis laudatæ verbis ista limitatio non continetur, & vix satis congruere videtur, res paulo clarius demonstretur.

3. Verba Justiniani in *d. l. 17. Contractus venditionum &c. quas in Scriptis fieri placuit, Transactionum etiam, quas in instrumento recipi convenit, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta, subscriptionibusque partium confirmata, & si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa, & postremo a partibus absoluta sint, ut nulli liceat, priusquam hæc ita præcesserint, vel e scheda conscripta, (licet literas unius partis vel ambarum habeat,) aliquod jus sibi ex eodem contractu vel transactione vindicare: adeo ut nec illud in ejusmodi Venditionibus liceat dicere, quod pretio statuto necessitas venditori imponatur, vel contractum Venditionis perficere, vel id quod emptoris interest, ei persolvere.* Quid ergo? Fiat Venditio, partes de conditionibus plene convenerint, eas scheda complexi sint, subscripserint, *provisionaliter* ut vulgo, hac lege, ut notariale instrumentum inde conficiatur idque absolvatur: Licitumne erit, omni tempore, quod perfectionem illius instrumenti notarialis præcedit, pœnitere? Ex his quidem verbis ita videtur; sed obstat publicæ utilitatis ratio, & evidens contractuum subversio. Mornacius ad *d. l. 17. Agitatum vidi sæpius*, inquit, *utrum conventione subscripta a partibus, qua cautum est, ut instrumentum a Tabellione conscriberetur, pœnitere interim alterutri liceat; antequam adeatur Tabellio, qui instrumentum conficiat. Pronunciatum vero semper est ex Baldi ad h. l. sententia, conventionem scil. ratam semper haberi, pareque actionem. Pactum enim quodlibet, ait ille, contractus est. Ita obtinui anno 1595. adversus Romam Martinum, qui ex hoc textu contendebat, formam conventioni deesse, sine qua proinde convalescere non poterat pactio, quippe imperfecta.* Hactenus Mornacius, eaque velim cum iis, quæ ad *tit. de Transaction.* demonstrata sunt, conferri. Denique, si venditio consensu perfecta sit, etsi partes, ut instrumentum a Tabellione fieret, constituerint, valebit tamen contractus consensu perfectus, nec ab instrumento deinde conficiendo suspendi poterit, ex sententia Baldi, Mornacii, Curiæ Parisiensis, ac ut opinor, ex usu Fori indubitato.

4. Sed videndum, ne non verba legis modo recensa ab hac sententia abhorreant. Autumnus aliique Censores dicent, abrogandam & abolitam esse *d. l. 17.* Satius est, ut Justiniani dicta cum usu diverso conciliemus. Sic ait *pr. Inst. de Empt. vend. Sed hoc quidem de Emptionibus & venditionibus, quæ sine scriptura consistunt, obtinere oportet, in iis vero, quæ scriptura conficiuntur, non aliter perfectam esse venditionem constituimus, nisi & instrumenta emptionis fuerint conscripta.* Notanda sunt verba, *quæ scriptura conficiuntur*, ut ejusdem sensus intelligantur cum his, quæ sunt *in d. l. 17. quas tamen in scriptis fieri placuit.* Hæc verba sic sunt accipienda, ut loquantur de casu, quo ipsa celebrandi contractus historia, (liceat ita loqui,) per scripturam committitur. Fere ita, quemadmodum in negotiis majoris momenti, quæ scil. contrahentes non statim cernant, quia majorem habent ἀναθεώρησιν, fieri videmus: De talibus in scripto sit *projectum*, ut loquimur, quod ab altero contrahentium vel tertio concipitur, ut cum utroque communicetur, addatur, emendetur, minuatur, suppleatur, donec ambo tandem contrahentes, omnibus collatis & excussis, in unum consentiant. Sic contractus in scriptis celebratus dicitur, hac mente, ut in mundum a Tabellione redigatur, redactum a partibus recenseatur, nec prius valeat, quam ab illis cum *minuto*, quod vocant, collatum, exacte cum eo convenire deprehensum sit, ad quam contrahendi rationem respicere putat Justinianum Mornacius in *Nov. 44.* ubi σχεδαὶ memorantur; sunt schedæ in eum modum a partibus exaratæ, quæ in χάρτην καθαρὰν, *mundum* redigantur, cujus approbatio & subscriptio vocatur πλήρωσις καὶ τέλεσμα τῶν συμβολαίων. Recte ita Mornacius, qui tamen an recte notet Brissonium, quod illam schedam vocet *minutam originalem*, nescio. Nam illa rudis scriptura, quæ ex parti-

um lituris conficitur, istis Brissonii verbis apposite exprimitur, nec opus est verba *minuti originalis* referantur ad usum Notariorum, qui sic vocant acta, quæ primum ex ore partium protocollis inferunt. Atque ad hanc speciem usumque memoratum, si verba *d. l. 17. & pr. Inst.* de emptione venditione restringamus, ut verba facile permittunt, nihil ab usu alienum in iis continetur.

5. Casus alius, quo consensus in emptione venditione tractum temporis habet, suppeditat publicarum venditionum usus, quæ apud nos & alibi, modo forte licet diverso, genere duntaxat eodem, exercentur. Exemplo licebit uti nostrate: Quando publice res immobiles venduntur, moris est, ut licitatoribus ligneæ duplices tabulæ distribuantur, quarum in una pretium literis exprimunt, altera scripturam tegunt. Traditis tabulis & ab actuario apertis, interrogatur licitator quid pretii scripserit. Si viva voce facta declaratio cum scriptura conveniat, perfectus est consensus, emptioque & venditio. Si plus quam scriptum est, eum voce profiteri, contingat, certe etiam ad hoc tenebitur. Si minus quam sit in scriptura declaraverit, quid juris? Si per errorem plus scriptum esse quam cogitatum, serio, & si opus sit, juratus adfirmet, haud amplius eum præstare cogi, quam quod verbis enunciavit, respondit Facultas Juridica *anno 1671.* ob has rationes: I. Quia consensus in illa specie facti, momentaneo actu non committitur, sed habet tractum temporis, quo scriptura fiat, & interrogatio ac responsio sequatur. Fit enim tunc emptio & venditio per Scripturam non solam, sed viva voce confirmatam, perinde ut superiore casuEmptio scriptura privata celebratur & a Tabellione confirmatur, licetque pœnitere, donec ultima manus accedat. Præterea, si scriptura sola sufficeret, non facienda erat interrogatio, quid quantumve scripsisset licitator, sed addictio simpliciter in summam scripto designatam facienda foret. Interrogatio & responsio, hoc est stipulatio solennis subsecuta, non debet esse otiosa, nec inutilis ac superflua. Pluribus id tunc responso Facultatis deductum est, aliter tamen a Suprema Curia in istac specie facti judicatum intellexi-mus; incertum an non aliæ fuerint circumstantiæ, quæ Amplissimum ordinem moverint, siquidem qui decisionibus non interfunt, de rationibus concludendi juridicis nihil existimare possunt. Plures casus, quibus tractum temporis habet consensus, non prosequemur. Est alioquin inter eos, quælibet publica venditio, quæ fit moribus hodiernis, in qua multis plerumque diebus tractatur & sustinetur consensus, verum hac de re satius erit ad *Tit. de Addict. in diem*, agere.

6. Alterum substantiale Venditionis emptionis, diximus ad *Instit. h. t.* esse PRETIUM. Quando res pro re datur, est permutatio, si res cum pecunia concurrat, hac prævalente vel æquivalente, tàmen est Emptio; si palam res sit pluris, erit permutatio, sed in dubio præsumitur esse emptio venditio, quia frequentior est ille contractus. Sic Nauta noster ait fuisse Curiæ judicium in hac specie; Domus erat translata pro 1175. florenis Philippicis, & pro domo alia cum duabus diætis sive cubiculis separatis. Tu dices: quid refert, quo nomine vocetur. Nihil certe, nisi effectus essent notabiles; nam si permutatio sit, datur pœnitentiæ locus, quamdiu pars adversa vicissim non tradiderit, secus ac in emptione venditione, quod discrimen habuimus ad *tit. de Condict. caus. dat. & non sec.* Effectum alium in hac specie videmus; Primus transtulerat in Secundum sesqui jugerum agri pro sesqui centum florenis & pro equo. Contrahentes permutationem vocabant, Tertius retractum habere cupiebat. Si venditio esset, habebat locum; Si permutatio, cessabat. Respondit consultus, esse locum retractui, si equus non esset evidenter pluris quam 150. floreni, cum nec suspicio abesset, eludendi retractus causa hunc circuitum esse excogitatum. Actum *19. Maji 1688.* Scilicet, non quod verba præferunt, sed quod agitur, considerandum. Si quis enim donandi causa magni rem pretii, uno nummo vel pretio dicis gratia adjecto, vendat, non est venditio, sed est quod agitur, *l. 38. h. t. l. 2. & t. tit. Plus valere quod actum.* Ita si quis officium publicum empturus, ut liquido jurare posset, se non emisse a Domino, qui venale habebat, emit cultrum pro decem millibus florenorum, non cultri, sed officii emptionem fuisse, nemo neget, nec ipse vir amplissimus, qui de ipso rem nobis memorabat, aliter præ se ferre, visus vel ausus est.

7. Præterea ad pretii rationem pertinet hæc species facti: Titius vendidit Secundo prædium apud *Coudumanos*, pro octo millibus; cujus prædii tres solummodo partes ad ipsum pertinebant. Emptor itaque sex tantum millia solvere volebat; Venditor, Tu, inquit, non ignorasti, me pro tribus saltem partibus prædii esse dominum:

quod

quod igitur pretium inter nos convenit, pro eo, quatenus meum erat prædium, te debere intellexisti. Emptor, se hoc sciviſſe fatebatur, sic tamen juris esse statuebat, prædio simpliciter certoque pretio vendito, detrahendum esse tantum de pretio, quantum de prædio non tradebatur. Curia, cum, interlocutione ordinaria & extra ordinem facta, rem in iisdem terminis deprehendisset, emptorem ad integri, quod convenerat, pretii solutionem, sine deductione quartæ, condemnavit, teste Nauta *Decis. 29.* Facit Textus in *l. ex mille jugeribus. 64. § ult. D. de Evict.* ubi Papiniani hæc est ratio; quod is, qui jugerum pro indiviſo commune, simpliciter vendidit, perinde partem dimidiam vendidisse credatur, ac si locum & fundum certum vendidisset. Proinde, qui hoc modo jugerum vendenti, certum promisit pretium, ad hoc solvendum tenetur, quia scivit, quid venderetur. Vide tamen Gomezium *tom. 2. cap. 2. de Empt. Vendit. n. 12.*

8. Huic admodum vicina magisque frequens est Quæstio; Si fundus *tot* jugerum ita sit venditus, ut pro singulis jugeribus *tot* aurei solvantur, & minor vel major jugerum quantitas reperta sit, an idcirco pretium augeatur, vel minuatur. Distinctio communis & veriſſima est, utrum fundus ad corpus sive speciem, an ad mensuram vel numerum jugerum sit venditus. Si ad corpus, non variatur ex majore vel minore numero pretium; secus si ad mensuram tot jugerum: quam distinctionem ejusque auctores, laudat & illustrat D. Wissenbach. *ad h. tit. th. 6.* Distinctio, inquam, veriſſima, modo recte intelligatur, quid sit ad corpus seu speciem vendere. Puto autem id esse, quando fundus limitibus, non quantitate jugerum, est circumscriptus. Si jugera exprimantur, vel quoties fundus ita venditus est, ut ad singula jugera pretium imponatur, secundum majorem minoremve mensuram, variat pretium, *l. 40. § 2. h. l. 13. § 14. & l. 42. in pr. de Action. empt. l. 45. & l. 69. § ult. de Eviction.* Ex quibus locis id facile constat, quoties numerus jugerum expressus est, etsi pretium non in singula jugera, sed in totum corpus agri sit conceptum, venditorem tamen ad numerum, vel id quod interest, teneri præstandum, d. *l. 13. § 14. & l. 42. de Action. Empt.* Nisi diserte aliud sit expressum; quemadmodum fit a noſtratibus, quando prædium vendunt *tot* jugerum, addito, *doch so groot en kleen deselve mag zyn:* quibus verbis derogatur professioni jugerum, ne pretium pro numero mutetur. Quemadmodum si contraria sit mens contrahentium, solent eam his fere verbis exprimere, *t' eindemate, t' eindegelt.* Sed etsi hæc verba non adsint, in dubio tamen subintelliguntur, quoties jugerum numerus partium conventione fuit expressus, ut per *dd. ll.* probatur, & æquitas omnino dictat, tacitusque partium consensus, si minus sit in re venditа quam dictum est, aut emptor cognitum habuerit. Nec inauditum est, *si priore casu*, magna sit inæqualitas mensuræ inter id, quod dictum & compertum est, rem ad æqualitatem, Judicis officio, redigi, quasi res dolum contineat, si quis emptor aut venditor tantam alterius læsionem urgere perseveret. Ita refert D. Nauta, visum fuisse Curiæ Supremæ, cum prædium esset venditum, pretio in singula jugera definito, cum hac adjectione, *doch so groot oft kleen;* & discrimen septem mensurarum libralium, *Pondematen* quæ dicuntur, esset inventum, emptori esse concedendum, per modum restitutionis in integrum, ut tantum de pretio detraheret, quantum proportio discriminis exigeret, *in Causa Julianæ van Uylenburg*, contra *Goytjen Brunia, d. 15. April. 1636.*

9. Quando autem hæc est mens contrahentium, quæ solet esse, ut numero expresso pretium respondeat, solent frequenter adjicere pactum, ut si Emptor non sit contentus ea mensura, quam Venditor professus est, liceat ei intra certum tempus mittere agrimensores, quibus & Venditor suum hominem hominesve adjungere solet, ut secundum quod compertum fuerit, solutio fiat. Post tempus adjectum facta mensio & renunciatio, nullum habet effectum, *l. 40. in pr. h. t.* cujus satis est notabilis distinctio. Distinguit ita Paulus; Aut ita dictum est, *ut emptor diebus triginta proximis fundum metiatur; & domino renunciet, quanto modus agri minor sit;* Aut ita pactum est, *ut emptor in diebus proximis fundum metiatur, & de modo agri renunciet.* Prima specie tempus est limitatum, ideoque si post triginta dies renuncietur, inutilis est actus. Altero casu, τὸ proximis diebus, *niet den eersten*, nihil præscribit; potest igitur, etsi multis post annis, emptor minore mensura inventa, in id quod interest agere, *d. l. 40. in pr.* ubi textus tamen leniter detergendus videtur; nec enim sensus, ut legitur, satis est idoneus. Videnda glossa & Gothofredus *ad d. pr.* Quæsitum memini, an viæ vicinales per agros decurrentes, accedere debeant agri mensuræ, item arundineta juncique palustres; de

prioribus ſervatur, eas augere menſuram agri, ut & arundineta, quoad usque falces, quibus fœnum deſecatur, pertingere poſſunt, ita ſæpe judicatum, & memini in cauſa G. M. ante ferias O. S. 1679.

10. Pars ſecunda Rubricæ, quæ eſt de *Pactis inter Emptorem & Venditorem initis*, commodius ultimo loco reſervabitur. Tertia pars Rubricæ, de *rebus, quæ Venire non poſſunt*, ad *tit. Inſt.* huic parallelum breviter expoſita fuit, *pag. 322.* breviter quidem; Sed vix eſt, ut longiori explicatione ſit opus, niſi quod locus de prohibita alienatione aliquid novi adferat; quem inferius occurrentem nobis excipiemus. Heic addemus, inter ea, quæ venire prohibentur, apud multos populos eſſe frumenta, quæ in herbis ſunt, ut pluribus cumulatis auctoribus probat Grœnewegius *ad l. 78. § ult. h. t.* Item, ait, cautum eſt variis principum noſtrorum Edictis, quæ frumenta ad conſuetas nundinas venalia deferri, & contractus ruri aut domi extra nundinas factos, irritos eſſe jubent, ex Zypœo *not. jur. Belg. de Empt. vend. § de Annona.* aliisque, & Sandio *l. 3. tit. 4. def. 7.* qui tamen aliam hujus Interdicti rationem reddit; verti ſcilicet favorem pauperum ruſticorum, ne facile præſente pecunia venderent ſpem meſſis futuræ: Aleatorios ejusmodi contractus, non placere cum agricolis ſuper cœli benedictione frequentari. Reliqui auctores, interdictum tendere velle videntur in favorem Civitatium, quæ gaudent agricolas compellere ad merces in Fora ſua devehendas, ut multi hoc ad privilegii uſum retulerint; quo pertinet jus, quod vulgo *Stapelrecht* appellatur. Sed hanc cauſam apud nos ceſſare, liquet inde, quod agricolæ noſtrates ſuo arbitratu in vendendis frumentis ſemper uſi ſunt ac etiamnum utuntur; denique frumenta adulta meſſisque parata, libere quotidieque publicis etiam auctionibus venduntur: ut unice hanc prohibitionem contra fraudes mercatorum inventam eſſe liqueat. Verum Statuta noſtra non ſimpliciter frumentum in herba, ſed majori quantitate prohibent, *by laſten te leeveren.* Ergo non prohibetur talis venditio pro minori quantitate; non pertinet etiam prohibitio ad venditionem butyri & caſei nondum nati, & certa die tradendi, ut verba clare loquuntur, & judicatum refert Sandius *d. Deciſ. in fine.* Præterea ceſſare hanc Conſtitutionem, narrat idem ex Molinæo, ſi quis emit certam quantitatem frumenti certo tempore tradendi, nec ſe reſtringat ad fructus naſcituros ex certo fundo. Quam tamen exceptionem videndum ne ſic capiamus, ut ipſam prohibitionem evertat: Nam ſi quis mercator ab agricola poſſit emere frumentum per *laſtas*, ſi modo non exprimat, eas ex fundo certo præſtitum iri, vix eſt, ut prohibitionis hujus uſus unquam ſit neceſſarius. Dicendum igitur, ſi venditor ſit agricola, qui extra ſuum agrum frumenti præſtandi copiam non habeat, terminos prohibitionis ſtatutariæ ſatis liquido ſubeſſe, quanquam agri certi nulla nominatim facta ſit mentio. Cæterum, ne quis e tali contracta prohibito, nullo ac abolito, ut lex loquitur, nullam dari actionem, cavillétur, addit Statutum, ſi quod pretium e cauſa talis venditionis datum ſit, hoc eſſe reſtituendum. Jure Romano venditionem frumenti, quod eſt in herba, non eſſe prohibitum, patet ex *l. 78. § ult. h. t. l. 16. de Action. Empt.* Ideoque eſt hoc unum e paucis caput, a Jure Civili diſcrepans a nobis receptum. Cui videtur addendum, quod Statutum *lib. 1. tit. 8. art. 3.* requirit, *ut in omni emptione venditione pretium rerum venditarum clare exprimatur, ſub pœna nullitatis;* Qua conſtitutione videturne receſſum a Jure Cæſareo, quo valet Emptio venditio, cujus pretium in arbitrium tertii collatum eſt, *§ 1. Inſtit. h. t.?*

11. De perſonis vendendi capacibus, aut prohibitis, præter regulam generalem de his, qui contrahere & alienare poſſunt aut nequeunt, proditum eſt Legibus, Potentiores non debere mercaturam exercere, *notabiliores, natalibus & bonorum luce conſpicuos, & patrimonio ditiores*, ait *l. 3. C. de Commerc.* Sed numquid omne commercium, illis interdicitur, an vero monopolia tantum? Quia textus ait, *pernitioſum urbibus mercimonium exercere prohibemus*, * non quodvis, ſed conſpiratione paucorum publico damnoſum, prohiberi videatur. Sed verius eſt, pernitioſum dici non per modum διαζολῆς, ſed epitheti adæquati, eo quod potentium mercatura ſemper ſit publico noxia. Quod & ultima Legis verba pro-

* Hinc nobilibus in Saxonia Jus braxandi tantum ad uſus proprios, auf den Tiſch-Trunck, permittitur, niſi vi Specialis privilegii aliud impetraverint, *Reſ. Grav. d. An. 1653. 57. gr. 118. 121. Conf.* Carpz. *P. 2. C. 6. d. 4.* Id. *dec. 104.* Struv. *Obſ. Feud. c. 12. Obſ. 4. ſqq.* j. Ziegler. *de Jur. Maj. l. 1. c. 41. th. 10.* Sed & Jus officinæ ferrariæ pagis, intra quadrantem milliaris ab oppido ſitis, innerhalb der Viertel-Meile, denegatur, *Ord. Prov. d'ann. 1555. tit.* Brauen, Schencken. § Es ſoll auch niemand. Carpz. *l. 1. Reſp. 42.* Von dem Brandtes wein brennen. vid. *Reſ. Grav. d. ann. 1609. gr. 30.* § wie auch. *Corp. Jur. Sax. p. 580.*

bant;

bant; *Ut inter plebejos & negotiatores, facilius sit emendi vendendique commercium.* Limitatio quæ solet addi, quod necessitatis causa licet potentioribus mercari, non eget admonitionis, nec est de regula, cum non emendi vendendique facultas, sed mercatura, quæ lucri causa fit, illis personis sit prohibita. Cessat etiam in multis civitatibus liberis, in quibus patricii nobilesque non abstinent mercatura, ut in Rebuspubl. Italicis, Veneta, Genuensi, Lucana, ut & olim Florentina, servatur. Apud nos tamen, ipsosque Batavos, illa viget honoris reputatio, qua nobilitatis antiquæ hominibus indecora creditur esse mercatura: sed hoc magis ad politicam pertinet. Nec quisquam ab iis, quibus ratione officii præest, emere potest, *l. 46. h.* sed venditor eo casu rem recipit, pretio retento, *l. u. C. de his, quæ vi met. causa.* quin & in quadruplum convenitur Præses aliusve magistratus, *l. 46. h. t.* adde Wissenb. *th. 7. h.* Cum hoste extra loca statuta, vel intra fines imperii, sine comite commerciorum emere vendere non licet, *l. 4. in fin. C. de commerc. & mercator.* De emptione per alium, & pro alio facta, videbimus *ad tit. de Action. empt.*

12. Sequitur ea pars Rubricæ, quæ est de pactis inter emptorem & venditorem initis; Duæ pacti species, emptioni venditioni peculiares, sequentur *tit. 2. & 3.* Præter eas, est pactum Constituti frequens in hoc contractu: Per illud emptor profitetur, se nomine venditoris possidere rem venditam, quamdiu pretium non fuerit solutum. Cujus pacti effectus hic est; quod venditor tantisper habeatur loco veri possessoris, omnique commodo possessionis gaudeat, de quo plenius dicendum *ad tit. de Acquirenda possessione.* Illud heic monendum, frequenter evenire, ut fallantur homines etiam juris pragmatici, dum per clausulam Constituti, venditores se reservare putant dominium rei venditæ, quod ad solam possessionem pertinet. Notabilis ea de re casus ante triennium agitatus fuit. Primus vendiderat domum aliquot florenorum millibus, tribus solvendi pensionibus, addita instrumento clausula Constituti. Prima pensione soluta, cum pacto, ut reliquum emptor sub fœnore aliquot annos retineret, dein emptore facultatibus lapso, Creditores ejus hanc quoque domum, cum reliquis ejus bonis, publice distraxerunt, quam emit Primus Venditor minore pretio, quam ei de pensionibus antiquis adhuc debebatur; ideoque domum suam recipere præ se ferens, venditionem illam non est professus apud officium vectigalis, ut solveret sextam & quinquagesimam partem, quæ pro venditione rerum immobilium debetur Reipubl. Accusatur a publicano fraudati vectigalis. Ille se defendere, quod non tam emisset, quam rem suam ad se recepisset, Vectigal deberi, quoties dominium est mutatum; quod illo casu factum non esset, siquidem rei venditæ dominium penes ipsum usque ad plenam solutionem remansisset. Atqui non aderat pactum reservati dominii, sed tantum clausula Constituti; cujus hanc vim esse, persuasus fuerat. Judicatum est a Judicibus Leovardiensibus, dominium & priore venditione, & hac posteriori emptione, fuisse translatum, Professionem vectigalis causa fuisse faciendam, eumque secundum Leges condemnarunt. Causa per Appellationem ad Illustres Ordinum Deputatos delata, cum satis constaret, aliter ex juris ratione non posse decidi, quia tamen res magni erat detrimenti, & error in re vulgo ignota, de qua non imperiti homines opinionis errore tenebantur, id actum est, ut transactione componeretur. Longe prudentius fecisset ille venditor, si venditione domus, antequam pretium sibi solutum foret, se opposuisset. Hoc enim vi clausulæ Constituti adsequi potuisset, ut cum ipse domum adhuc possideret, ei possessionem eripere ne liceret, adeoque nec vendi domum pati cogeretur, nisi prius soluto sibi pretio, vel cautione de solvendo interposita: Quæ est notabilis & indubitata Constituti virtus & effectus, ut ad *prædict. Tit. de Acquir. possess.* videbimus.

Igitur a Pacto Constituti separatum est pactum, quo *venditor reservat sibi dominium*, tantisper dum pretium penitus solutum fuerit: quod instrumento venditionis frequenter adjicitur; at ixpius quam Contrahentes velint, omittitur a Tabellionibus; memorata saltem clausula Constituti, vel retentionis, sub qua putant dominium comprehendi, cum nihil quam jus possessionis tribuat; Dominii reservati mentio expressa fieri debet, * alioqui non intelligitur, quia præter negotii naturam est; siquidem Traditio ex causa

* Tacite tamen reservatum censetur dominium, si fides de pretio non fuerit habita, aut, re immobili vendita, resignatio dominii in Saxonia nondum facta sit. *d. Dec. II. 61.* Cæterum vi hujus dominii reservati, venditori, tanquam domino jus prælationis ante omnes creditores competit. *O. P. S. t. 42. § alio quod.* Carpzov. *P. 1. C. 28. def. 20. seq.*

Emptionis venditionis naturaliter dominium transfert, nec potest non transferre, nisi nominatim secus exprimatur. Quamvis autem hujus Pacti in jure mentio, quod sciam, nullibi occurrat, ab ejus tamen ingenio non abhorret; quatenus ante pretii solutionem, aut fidem de pretio habitam, etsi res sit tradita, dominium non transfertur, ex § 41. *Inst. de A. R. D.* ut habuimus in *Parte I. pag. 122. in fin. & sequ.* fidemque in dubio non esse habitam, nisi id ex facto aliquo positive liqueat, probavimus. Pro cujusmodi facto videtur etiam haberi, quando mercatores hominibus ab se emere consuetis, merces aliquas sine expressa conventione domum mittunt, eæque ibi acceptæ, pretiumque in rationes a venditore relatum est; Fidem habitam videri, & dominium esse translatum, refert a se judicatum, inter Creditores *Bernardi Epæi & Atiæ Schellingeræ*, D. Nauta *d. 4. Jul. 1642.* Sic etiam pro fidei habitæ argumento sufficere visum est, quod aliquis vendiderat merces mulieri, cujus institutum esse noverat, easdem res alii rursus vendere. Non fuit dubium, quin animus ei fuisset transferre dominium, quod rursus in alios transferendum esse noverat. Ideoque non fuit admissus jure prælationis, in merces tali mulieri venditas, ad *libellum supplicem Adrianæ Baniers d. 27. Octobris 1680.* Terminos solutionis inter Emptorem & Venditorem constitutos, simile fidei habitæ argumentum præbere, diximus *altero loco*, nisi contrarium exprimatur, per pactum *reservati dominii:* Quo modo in quotidianis venditionum instrumentis videmus, terminos solutionis determinari, dominium & possessionem transferri, cum jure faciendi quod Emptor velit; Et tamen subjicitur Clausula reservati dominii & possessionis, donec pretium fuerit solutum. Ex quo satis apparet, priorem dominii translationem esse conditionalem; *SI pretium sit solutum.* Unde sequitur, periculum rei venditæ tantisper esse penes venditorem, ut usu servari testatur Carpzov. *1. Resp. 108.* * Paulo secus, in eandem tamen sententiam, differit Thomasius *ad Posit. 10. hujus tit.*

SCHOLIUM.

De quo Pacto potissimum quæritur, utrius tum sit periculum, Emptoris? an venditoris? Emptoris dicunt Struv. Exerc. 23. th. 98. *Schilz.* ad Tit. de peric. & comm. rei vend. in fin. p. m. 252. *ideo quod emptio jure facta sit. Contrariam sententiam in foro nostro receptam, defendit Carpzovius* Lib. 1. Resp. 108. *simul id agens, ut ostendat, emptionem hoc casu conditionalem esse. Quicquid sit de pura aut conditionali emptione, pro Carpzovii sententia & illa militat regula juris naturalis, quod res pereat suo domino, ex hoc jure in corpus legum Romanarum translata. Non obstat igitur: Periculum emptione perfecta statim ad emptorem spectat, ante traditionem, ubi etiam non est Dominus, ergo multo magis periculum ejus erit post traditionem. Nam si antecedens de præsenti casu, ubi scilicet pactum emptioni de dominii retentione est adjectum, intelligatur, & illud negamus; sin de emptione in genere, nego consequentiam. Cur enim in emptione communi dominium ad emptorem transeat, non opus est, ut ad vulgarem rationem recurramus, quod dominus sit debitor speciei, sed manemus potius in ratione generali ac naturali; res perit suo domino, quæ regula cum naturalis sit, declarationem etiam & exempla desiderat ex Jure naturali petita. Hoc jure vero emptor post perfectam emptionem statim & ante traditionem, dominium rei venditæ consequitur, cum traditio saltem sit requisitum ad translationem dominii ex jure civili necessarium, ut erudite post alios* Autor *in* Digressionibus Justinianeis *contra Feltmannum adstruxit. Quamvis igitur Justinianus in* l. 20. C. de Pactis, *traditionem ad dominii translationem necessariam esse voluerit, tamen hoc non amplius extendendum est, quam quatenus id poscebat utilitas publica abbreviandarum litium, quæ facilius obtinetur ex hac hypothesi, quam ex jure naturali, cum in quæstione de dominii translatione, possessio rei & factum traditionis, facilius in sensus incurrant ac probari possint, quam voluntas venditoris per nuda verba declarata. Ubi itaque multiplicatio litium non metuenda erat, regulam istam Juris naturalis adhuc retinuit. Inde hereditatis & legatorum dominium ipso jure transit. Inde etiam periculum in emptione regulariter emptoris est. Inde denique, si pacto dominium sibi retineat venditor, periculum venditoris erit.*

* Carpzovii sententiam sequitur Schilt. *ad ff. Exerc. 30. § 57. seq.* & ad venditorem hoc casu periculum pertinere, contendit; Contra, emtorem id ferre, præter Struvium & Lauterbachium, a Thomasio allegatum, defendit Berger. *ad Lauterb. p. 338.* Optime ergo sibi consulet venditor, si expresse adjiciat pactum de casu fortuito non suscipiendo. Stryck. *d. Caut. Contr. S. 2. c. 8. § 25.*

De-

Denique pactum, ut emptor rem habeat conductam, donec pretium solvatur, *l. 21. D. Locati.* non raro venditionibus adjicitur, & supponit dominium reservatum.

Tit. II.

De Addictione in diem.

I. Addictionem in diem facere venditionem puram aut conditionalem. II. Quid juris inter hæc interfit. III. Quæ sit melior Conditio. IV. Quid si emptor suborneturr. V. Allata meliori conditione quid faciendum. VI. Comparatio usus hodierni, cum jure civili. VII. Quid juris hodie in subjectione falsi emptoris. VIII. De regressu post auctionem pretii, ad priores licitatores.

SEquuntur alia duo pacta, quæ propriis titulis πραγματικῶς aguntur. Primum est Addictionis in diem, alterum Lex commissoria. Addictio in diem fit hoc modo; *Hæc res tibi vendita esto; quod si intra Kal. proximas melior offeratur conditio, inempta esto;* eoque pacto pura venditio contracta censetur, quæ sub conditione, *si melior allata sit conditio*, resolvitur. Potest etiam ita res addici, ut conditio sit suspensiva, hoc modo: Hæc res vendita esto, si intra certum tempus melior allata non sit conditio, *l. 1. & l. 2. in pr. h.* Quando est pura venditio, sub conditione resolutiva, tunc emptor statim fit dominus, fert periculum e casu fortuito, percipit fructus, & in omnibus commodis ac oneribus pro domino habetur, *d. l. 2. §. 1. & l. 3. h. t.* Tali modo, ut meliori allata conditione, quæ restitui possunt, hinc inde restituantur, ut sunt onera commodaque, *l. 6. & l. 16. h.* Sed dammum per rei interitum emptorem peremptorie affligit, quia meliori conditione retractari nequit, *l. 3.* Hæc in conditione suspensiva secus obtinere, docet ratio, & Ulp. in *l. 4. pr. h.*

2. Conditio melior non tantum æstimatur ex majore pretio, sed ex omni emolumento rationis pecuniariæ; sive maturior aut facilior solutio præstetur, vel ut una pensione loco trium, præsente pecunia pro in diem; seu locus opportunior, aut persona sit idoneior, vel satisdatio, quam primus emptor pro evictione præstat, aliæve conditiones gravantes remittantur, *l. 4. §. fin. & l. 5. h.*

3. Si vero suborneturr, qui meliorem se offerre conditionem simulet, veritas prævalet, & res priori tamen empta censetur; quod etiam dicendum, si verus quidem sit emptor, sed meliorem non obtulerit conditionem, *l. 4. §. 5. h. t.* quod ex ratione Juris dicendum, etsi primus emptor adhuc auxerit pretium; quod concisius in *posit. 4.* collocatum Thomasius explicat.

SCHOLIUM.

Id est, etsi primus emptor, a venditore per subornationem falsi emptoris deceptus, declaraverit, quod tantundem velit dare, tamen non est obligatus fraude detecta, ut promissis stet, arg. d. l. 4. §. 5. *hic.*

4. Observandum tamen, respectu venditoris, si ultimus emptor vere licitatus sit, at venditor de meliori conditione fuerit mentitus, non esse nihil quod actum est, sed venditorem utrique in solidum teneri, primo ad ipsius rei traditionem, alteri in id quod interest, *l. 14. h.* Quod si emptor pœnitens, alium non idoneum subjecerit emptorem, eique fundus sit addictus; venditor in id quod interest adversus emptorem agit, *l. 14. §. 1.* si vero neuter subjecerit, ultimus emptor etsi non idoneus, manet tamen emptor, & primus est liberatus, *d. l. 14. §. 2.*

5. Allata meliore conditione, revera faciendum est venditori, ut id priori emptori denunciet, in eum finem, *ut si quid alius adjecit, ipse quoque adjicere possit, l. 8. h.* Quid; an primus emptor ita præfertur, si quod alius adjecit, ipse quoque adjiciat, an vero ad novum augmentum tenetur, si præferri velit? Hoc est dicendum ex *l. 7. h.* cujus verba, sequentis legis paulo obscuriora illustrant. At venditor non cogitur, secundo emptori plus offerenti rem addicere, sed arbitrium habet eligendi secundam, an sequendi primam conditionem; nisi pactus fuerit emptor, ut sibi meliori conditione oblata resilire liceret, *l. 9. h.*

6. Conferamus hæc cum usu temporis. In privatis venditionibus raro solet adhiberi addictio in diem,* etsi quo minus possit, nihil impedi-

* Cujus asserti ratio est, quod hoc addictionis in diem pactum incommodo afficiat emptores, qui Reginæ Pecuniæ domini, se a venditoribus æris egentibus, aut saltim illud magis quam rem habere cupientibus, ita onerari haud facile patiuntur. Idem Legis Commissoriæ officit frequentiæ.

mento

mento fit, & tum jus *supra* commemoratum, omni parte locum habebit. Sed in publicis venditionibus ‡ immobilium rerum, nihil est usitatius. Mos est, ut tribus vicibus fiat licitatio per modum auctionis, & qui tertia vice maximum offert pretium, huic res addicitur in diem, duarum triumve hebdomadarum, aliquando & amplius, quam vulgo provisionalem appellant addictionem, *palmslagh*, quia fit palmis junctis, & more gentis invicem percussis. Sed in eo discrepat usus noster ab iis, quæ ex Romano jure dicta sunt; quod res non addicuntur, in eum duntaxat casum, si melior allata sit conditio, licet hoc unice spectetur, sed venditor *optionem* stipulatur intra tempus conventionis, utrum addicere velit rem plus offerenti, an secus. Est etiam nostræ addictionis conditio suspensiva, quam non sequitur traditio, non fructuum perceptio, nec damni onerumve præstatio. Denique, nec venditor ad denunciationem, si plus oblatum sit, tenetur emptori; ipse, si velit, emptor inquirat & adjiciat.

7. At vero disparitas illa non vetat, pleraque juris Civilis retinere suum argumentum, veluti, quod de subornatis emptoribus tradunt Leges, si post addictionem in diem venditor mentitus sit, allatam esse meliorem conditionem, eoque commento provexerit emptorem ad novam licitationem, detecta fraude, statuendum est, primo emptori rem esse acquisitam, per *l. 4. §5. h.* Quid si ante addictionem, durantibus primis licitationibus, fallus emptor a venditore fuerit subjectus, *ut fit*, eique res addicta fuerit, an primus licitator contendere poterit, rem sibi esse tradendam, eodem quod prius obtulit pretio? Non videtur; quia nulla fuit addictio, nec conventio de re vendenda inter emptorem & venditorem; Sed hoc facile constabit, si venditor falsum emptorem inde ab initio subornet, qui plus aliis offerat, ut veris emptoribus præmium maximæ licitationis vulgo *Stryckgelt*, quo nil usitatius, intercipiat, dolo detecto, venditorem teneri ad præmium vero licitatori maximo præstandum, quia hoc est contra fidem conventionis perfectæ, qua statutum est, ut maximo licitatori præmium daretur: idque memini obtinere, cum licitator domus *Franceliana*, a fictitio emptore per venditores subjecto, superatus essem. Probata subornatione, tenui, ut præmium publice propositum de pretio deducerem. Jus est certum hac parte, facti probatione plerumque laboratur.

8. Solent etiam pacisci venditores, ut liceat sibi peractis auctionibus, neglecto vel omisso licitatore maximo, minus offerentes eligere primo, secundo, tertio loco; sub cujus pacti larva tegunt subornationes, ut omissis emptoribus illicii causa subjectis, ad reliquos se convertant, nec tamen ejus pacti prætextu subjectiones illas jure tueri possunt, cum alius de Jure pacti illius usus sit, major scil. aut minor idoneitas emptorum & futuræ solutionis securitas. Quin nec opus est hujusmodi pacto regrediendi ad inferiores licitatores, cum ipso jure id integrum esse, paulo ante probatum sit, ex *l. 9. h. t.* * Quin forte nec controversia careret Quæsitum, an Venditor arbitrium illud non amitteret subornatione falsi emptoris, in pœnam doli; nisi quod his diebus commentum illud tam usitatum est, ut difficulter impetrari possit meritum Juris ei par tacto, quod doli, (ut aliquis simul & venditoris palam, & clam emptoris personam gerat,) non possit excusari. Cæterum, hoc asseveratius ponere licet; si post auctiones, post addictionem in diem, subornato emptori facta sit addictio ultima *& cyn-*

‡ Olim jure primi liciti gaudens in Saxonia, meliore conditione allata, se poterat offerre ad idem, quod penitus sublatum. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 39. § 16.*

* Etiam apud nos, si licitator posterior non solvendo sit, prior, qui ab eo superatus fuerat, non videtur esse liberatus, cum tacite pactum addictionis in diem subesse censeatur, *a. l. 9. ff. d. addict. in diem.* Schilter. *ad ff. Ex. 39. § 50. sqq.* Philipp. *de subhastationibus, c. 3. comm. 16. n. 135.* quia tamen hæc sententia non ubique recepta est, sed nova licitatione facta, novam quasi venditionem contrahi, alii statuunt, vid. Carpz. *P. 1. C. 32. d. 45. n. 4.* Berl. *P. 1 Concl. 81. n. 177. sqq.* hinc prudentissime Statuto Lipsiensi ‡‡ pœnitendi arbitrium prorsus sublatum, ac a licitatoribus cautio de non pœnitendo exacta fuit. vid. Leipziger Willkühr *n. 43.* Wenn iemand auf ein subhastirtes Haus ꝛc. verb. derselbe soll von solcher seiner Licitation wieder abzustehen und diesfalls zu pœnitiren, keines weges befugt ꝛc. auch, zu Verhütung alles Disputats, bald anfangs, und ehe seine Licitation angenommen wird, deshalben, nemlich daß er nicht pœnitiren wolle, durch einen gnugsam angesessenen Bürger Caution zu bestellen schuldig seyn. Leipz. *Statut. p. 298.* Philipp. *l. c. n. 122*

‡‡ Sed & universali Lege nunc huic negotio medela est allata. Qui plurimi licitatus est, ante terminum adjudicationis decimam liciti partem, aut deponat, aut si-

delitke

dlycke palmslagh, tunc primos emptores, etsi pactum de regrediendo fuerit adjectum, esse liberatos, ut exemplo vidimus usu veniſſe, ſupra *ad tit. Mandati.*

TIT. III.

De Lege Commiſſoria.

I. Quid & unde dicta ſit Lex commiſſoria. II. Periculum ad emptorem, de cujus rei ratione diſquiritur. III. De fructibus quid juris. IV. Executio Legis Commiſſoriæ, & uſus ejus hodiernus.

ALterum pacti exemplum, *Lex Commiſſoria* vocatur, quatenus pacta ſunt *leges* contractuum, *l. 23. de R. J.* Committendi vocabulum in Jure frequenter ſic uſurpatur, ut ſignificet id, quod contra fit quam vetitum eſt; hinc commiſſa Vectigalium, quando factum eſt aliquid contra legem vectigalis, *Rub. ff. de Public. Vectig. & Commiſſis*, totoque *paſſim* titulo. Sic *committi* ſtipulatio dicitur, quando contra quam promiſſum, aliquid factum, eaque cauſa jus amittitur eſt, latiſſime Briſſonius in voce *Committere.* Hinc in emptione venditione, Lex Commiſſoria eſt *Pactum, quo id agitur, ut ſi intra certum tempus pretium non ſolvatur, res ſit inempta, l. 2. h. t.* Ex quo intelligitur, venditionem esse pure factam, & ſub conditione reſolvi, *l. 1. h.* Nam ſi venditio fiat hoc modo, *hæc res empta tibi eſto, ſi intra tempus pretium fuerit ſolutum*; hæc quidem eſt venditio conditionalis, ſed a lege Commiſſoria plane diverſa, cum illa contractum quidem ponat validum, ſed commiſſo, contra quam dictum eſt, retractandum, *d. l. 1.* Lex Commiſſoria aliquid ſupponit, quod per Commiſſum in irritum cedere poſſit: hoc eſt, *τὴν πρᾶσιν ἀναλύειν, reſcindere venditionem*, ut Græci *ad h. Tit.*

2. Cum igitur venditio hac lege inita, perfecta ſit, & traditio ſecuta ponatur, periculum ex caſu fortuito pertinet ad emptorem, *l. 2. h.* Ἐν τῷ μεταξὺ τῷ ἀγορασθῆ κινδυνεύεται τὸ πρᾶμα. *Interea res emptoris damno periclitatur*, habet Regia paraphraſis. Tu dices, Venditor non habet fidem de pretio, ut ſatis hoc pacto adjecto indicat: Ergo dominium adhuc venditoris, & ejusdem e caſu fortuito periculum eſt, ut ad *tit. de Contrab. empt.* demonſtratum eſt; cujus rei hic erit effectus, quod ſi emptor interea lapſus ſit facultatibus, venditor jure dominii creditoribus ſine dubio ſit præferendus: Sic enim juris eſt, quando legi commiſſoriæ paritum non eſt, ut Venditor rem vindicare poſſit, *l. ult. ſub fin. h. t.* Ad hæc dicendum; Emptionem venditionem hanc eſſe, ſub lege ſolvendi intra certum tempus. Hanc termini adjectionem eſſe quidem argumentum fidei habitæ, at ſub qua, traditione facta, nihil vetuit tranſire dominium: Nam fides civiliter eſſe poteſt cum diffidentia. Qui rem tradit, & fidejuſſorem vel pignus pro ſolutione petit, diffidentiam oſtendit, ipſa tamen fidejuſſoris exactio fidei habitæ præbet argumentum, § 42. *I. de A. R. D.* & omni die, Venditores ampliſſimis verbis res tradunt, terminos ſolutionis adjiciunt, quo nullum evidentius habitæ fidei ſignum habetur; & tamen addunt clauſulam Conſtituti, aliasque, ſi pretium non ſolvatur, cautiones ad rem tuto repetendam adjiciunt. Quibus ut dominii periculique translatio non impeditur, ita nec eandem Lege Commiſſoria impediri, jam non modo ex lege, ſed & ex ratione conſtat.

3. Juxta dominium & periculum, fructus etiam ad emptorem pertinent, quos una cum arrhis, & quicquid emptor accepit, ſi pretium intra tempus non ſolvatur, reddere cogitur, quia nihil *penes eum reſidere oportet ex re, in qua fidem feſellit, l. 4. in pr. l. 5. & l. 6. § 1. h.* Interdum tamen fructus emptor lucratur, ajunt Neratius & Ulpianus,

tisdet eo nomine, pignoribusve caveat; qui hoc, forte pœnitentia ductus, in termino adjudicationis facere neglexerit, aut ſi illud fecerit, inde tamen, in conſtitutis a ſe in licitatione terminis, tergiverſari cœperit, intra noviter conceſſum trium hebdomadum ſpatium ſolvat id, ad quod tenetur; ſi ſpatium hoc gratis elabi ſinet, ſciat, jure ſuo ſe excidere, quod ſolvit, ſe amittere, ſi nihil ſolvit, in decimam liciti partem tamen condemnatum, aut carcere aliisque gravioribus pœnis ex judicis arbitrio affectum iri, quæ decima, in Concurſibus, maſſæ, in aliis caſibus Ptochodochio Waldheimenſi cedet, novaque fundi ſubhaſtatio inſtituetur. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 39. § 16. 17.*

cum pretium, quod numeravit, perdidit, l. 4. § 1. Quando autem perdit pretium? *Quoties āliquam partem pretii dedit*, ut est *in d. § 1. in fin.* An igitur, quando res inempta sit vi legis Commissoriæ, & res vendita restituitur, pretium, quatenus adnumeratum est, non restituitur? Non videtur, quia non est restitutio in integrum, ubi partes utrimque suum jus recuperant, sed pœnalis conventio adversus perfidiam, *d. l. 4. § 2. & arg. l. 6. § 2. eod.* Quod tamen vix esse, ut hodiernis moribus obtineat, Autumno & Grœnewegio *ad h. t.* facile adsentirer.

4. Elapso tempore, Venditor, etsi nulla denunciatione facta, potest aut Commissoriam exercere, vel urgere pretii solutionem, quorum alterutrum, ubi semel elegerit, amplius variare non potest, *l. 4. § 2.* Quin etiam, si post tempus dictum, partem reliquam pretii acceperit, a Commissoria recessum videtur, *d. l. 6. § ult.* Moribus, Legem Commissoriam non nisi post interpellationem & sententiam declaratoriam obtinere, tradunt modo laudati Juris Censores: De sententia declaratoria verissimum est, venditorem ab invito emptore non posse rem, sine declaratoria sententia recuperare; nec aliam Juris Civilis sententiam esse puto; datur enim non modo ad vindicationem rei ipsius, *l. 4. C. de Pact. int. vend. & empt.* sed etiam actio venditi, ad rem cum accessionibus, & eo quod interest ex lege Commissoria, *l. 4. in pr. h. t.* Quam non nisi per sententiam effectum habere posse, res ipsa loquitur. Sed denunciationem ante lapsum temporis, quando certum tempus, intra quod solveretur, expressum est, requiri in usu judiciorum, ut agere liceat ex mora, non putem, & secus observatur in commissoriis pactis, quæ in auctionibus publicis emptoribus adjiciuntur, in constitutis, omnibusque terminis conventionalibus, quibus se partes circumscribunt.

Porro etsi de Lege Commissoria sit generalis inscriptio Rubricæ; heic tamen de venditione duntaxat intelligitur. De pignore nominatim constat, vetitam esse Legem Commissoriam, per *l. ult. C. de Pact. pign.* cujus locus erit *inferior*; etsi Wissenbachius *heic* satagit *in th. ult.*

TIT. IV.

De Hereditate vel Actione vendita.

I. Vendita hereditate, non transferri jus & qualitatem heredis. II. An venditor ex eo, quod ipsemet hereditati debuit, teneatur, & quid ipsi debetur, ab emptore petere possit. III. Dubium illud exponitur ac illustratur. IV. Et cum re judicata comparatur. V. De jure Accrescendi. VI. De actione ex hereditate vendita. VII. De actionibus venditis. VIII. De Venditione redituum annuorum.

HIc Titulus pertinet ad expositionem rerum, quæ vendi possunt, inter quas sunt etiam res incorporales, ut Hereditas, Actio, Reditus annuus, & similia. Hereditatem sumi bifariam, vel pro facultate, qua universæ res hereditariæ ad aliquem ex testamento vel ab intestato pertinent, vel pro universitate rerum a defuncto relictarum, declaravimus ad *tit. Inst. de Reb. corp. & incorp.* quæ utraque significatio in Hereditatis petitione concurrit, ut supra ad *tit. de Hered. pet.* vidimus, secus atque in hoc titulo. Quippe cum *in hoc loco* de translatione Hereditatis agatur, & jus incorporale nullum motum de loco in locum, nec adeo translationem de persona in personam capiat, ut ad *Tit. Inst. de Mand. num. 3.* demonstravimus, ipsum jus hereditarium, quo successio e Testamento vel ab intestato ad aliquem pertinet, non potest in alium transire; sed primi heredis quasi ossibus inhærens, manet *ἀναφαίρετον*, indelebili heredis charactere, *l. 88. in fin. de Hered. instit.* Proinde post venditionem, qua Heres suum jus transtulit in alium, venditor adhuc manet heres, & convenitur a legatariis, fideicommissariis, & creditoribus, etsi venditio hac lege facta sit, ut ne venditor ullo modo teneatur; contractus enim venditionis, qui inter heredem & emptorem vertitur, jus tertii nulla parte mutat; imo quod magis est, emptor invitus a Legatariis & Creditoribus conveniri nequit, quamvis ea Lex emptionibus dicta sit, ut emptor creditoribus hereditariis satisfaciat, *l. 2. C. de Hered. vend. arg. l. 2. l. 25. & l. 26. C. de Pact.* nec aliter in Foro servatur, teste Sandio *lib. 3. tit. 4. def. 3.* Quod igitur de Actionum Cessione dictum est *ad tit. Mandati.* per titulum proprietatis transferri omne actionis emolumentum, jussum vero & qualitatem actionis e mandato esse petendam, idem de hereditatis venditione tenendum est, de

de qua similiter observandum, etsi emptor sine mandato non habeat actionem directam, utilem ei semper dari, quæ tamen in concursu, directæ etiam præfertur, *l. 5. C. h. t.*

2. Jus igitur directum heredis, manet penes venditorem, jus utile transit in emptorem, cujus emolumento cedit omne jus omnisque materia subjecta hereditatis, *ita ut neque amplius, neque minus juris habeat, quam apud heredem futurum esset*, ait Ulpianus in *l. 2. pr. de Hered. vel act. vend.* ut tamen quod ante venditionem in hereditate fuit, ipsoque tempore venditionis in ea desiit esse, non debeatur, nisi pretium ejus, quod rei loco succedit, adhuc supersit, *d. l. 2. §. 1. & 3. h. t.* Quæritur hinc, si venditor hereditatis defuncto centum aureos debuerit, an hereditate vendita, emptor eos petere possit; quod negandum videtur, quia centum illi ante venditionem factam in hereditate jam esse desierant, per confusionem, qua debitor heres factus confestim debitor esse desiit, *l. 75. de Solut.* junctis iis, quæ *ad fin. tit. Inst. Quib. mod. tol. obl.* dicta sunt. Eodem modo, si venditor fuerit Creditor, quoniam hoc ipso, quod debitori suo heres extitit, confusione creditor esse desiit, mero jure non videtur id ab emptore petere posse. Contrarium tamen placuit, actionem esse restituendam, & venditorem perinde contra emptorem agere posse, ac adversus defunctum agere potuisset, *l. 2. § Cum quis debitori 18. h. t.* Ergo & in priori specie, cum venditor aliquid debuit, sive ut tempore mortis peti potuerit, sive in diem debeatur, sive sub conditione, quæ deinceps extiterit, actio retinetur, & emptor adversus venditorem agere poterit, æque ac ipse defunctus adversus eum agere potuisset, *l. 20. h. t.* in qua duæ sunt species. Prima; venditor postquam hereditatem mihi vendidit, heres factus debitori hereditatis, tenetur emptori, ad debitum illud solvendum. *Quod simplicius etiam in illa propositione*, pergit Africanus, *procedit, cum quis ipse Creditori suo heres extitit & hereditatem vendidit.* Cur simplicius? quia non est duplex casus, sed unus in hac ultima specie. Vendidit hereditatem, cujus pars est Nomen ipsius, quod ut subtilitate Juris sublatum sit, revera tamen in hereditate reperitur: Casus prior ex hoc casu per consequentiam deducitur. Paulo aliter Cujacius *ad h. Africani L.* qui tamen, ut est interpres duntaxat, nullam addit ἐπίκρισιν.

3. Sed Mornacius hanc decisionem, ab Africano *ex acumine ipsisque juris apicibus* eductam censet, *ad h. l.* cum tamen Ulpianus in *d. l. 2. § pen.* id æquissimum esse contendat. Ad quam collocare libet hæc verba Mornacii. *Quæstio ex hoc § pen. l. 2. incidit in præfectura Parisiensi anno 1610. Utrum qui vendiderat hereditatem, cujus erat creditor, possit exigere ab emptore debitum, quod aditione hereditatis confusum fuerat; hoc enim putat Baldus. Secus tamen prætori Parisiensi visum est, ex ratione Legis, Qui res. § qui aream. & L. Visum. § aditio in fin. de Solution. in quibus dicitur, actionem semel extinctam nunquam revivisscere. Antonius Ferrandus Patronus, causam accuratissime agebat. A sententia autem, condemnatus, appellare tutum non putavit, consultis nempe Fori Parisiensis peritioribus, qui monuerunt, subtiliorem esse hunc §, quam ut spes esset a Senatu confirmatum iri tantam χρηστολογίαν.* De eadem specie sic ad *l. 20. eod.* (cujus L. ipsius quæstionem ibi non persequitur.) *Cum mota esset hæc quæstio*, inquit, *in exedris deliberationum forensium, rursusque ad columnam consultatoriam, rejecta est subtilitas a prima fame patronis, cum insidiose dissimulaverit venditor, nec propterea proficere quicquam ex callida ista machinatione debeat.* Mirum est, a Prudentibus hujus ævi, pro subtilitate haberi damnanda, quod Ulpianus ut æquissimum & subtilitati juris oppositum laudat. Cur hoc est iniquum? Vendo tibi hereditatem, quam tu cum oneribus & commodis suis habes, aut habere debes exploratam: Emisti ea lege, ut de omni ære alieno, etiam incerto & undecunque emersuro tenearis, etsi ultra duplum te lædi contingat, per ea, quæ Sandius habet *lib. 3. tit. 4. def. 14.* Inter hereditaria debita meum creditum est; cum tu emeris hereditatem, habita ratione æris alieni in infinitum, nihil iniqui est in ejus executione, multo minus nimia subtilitas, quæ subtilitatem *confusionis* emendat. Longe minus iniqui, aut subtile nimis est in hoc, quod habet Lex 20, venditorem hereditatis teneri ex eo, quod ipse debet hereditati, etsi hoc enim subtilitate juris sit confusum, quia tamen emptor dedit pretium pro omni eo, quod palpabiliter est in hereditate, non magis iniquum potest videri, ut is, qui pretium accepit, solvat quod debet, quam extranei debitores. Ideo cur a *dd. ll.* recedere nos oporteat, nihil causæ esse videtur.

4. Secundum hæc consideranda est notabilis quæstio de Collatione heredis, qui vendidit partem hereditatis, apud Supremam Curiam super hac specie facti agitata; Frater a fratre coherede emerat

emerat partem ejus hereditariam pro viginti duobus florenorum millibus. Deinde comperit e testamento communium parentum, fratrem venditorem a parentibus accepisse duo millia nuptiarum causa, cum ipse parum aut nihil accepisset. Petebat, ut frater sibi præstaret, quod hereditati communi ex hac causa debebat: videbatur ad hoc teneri, tanquam debitor hereditatis, & quia frater emptor nesciverat, tantum ab eo fuisse conferendum; ut ejus dissimulatio ipsi prodesse non deberet: quibus accedebat, quod de testamentariis quæstionibus non, nisi inspectis considerationisque testamenti verbis, transigere liceat, *l. 6. de Transact.* Frater tamen a petitione repulsus est, in causa *Tjaerdt Jelles* contra *Baesjen Teye Dochter d. 24. May 1642.* Nauta *Decis. Ms. m.* Ratio videtur hæc esse; quod is, qui ad pecuniam conferendam tenetur, non sit debitor hereditatis, nec de eo, quod accepit, conveniri possit, nisi quatenus est heres. Quando igitur a fratre coherede, eodemque suæ partis emptore, convenitur ad collationem præstandam, respondet, se non amplius esse heredem in effectu, nec teneri ad ullum onus hereditarium, quod omne totum in fratrem emptorem transtulit. Si ille replicet: Non constabat mihi de quantitate ejus, quod tu conferre debuisses, nec illa dissimulatio tibi prodesse debet. Venditor duplicabat; Vendidi meam partem tibi qualis erat; qui hereditatem emit, quasi jactum retis emit, sive parva sive magna sint onera: venditor ad nihil tenetur, quam ad hoc, se fuisse heredem pro illa parte, quam vendidit: Nec se posse teneri ad præstationem, quam emptor a sese, ut herede petat. Quod ad objectionem de testamento non inspecto attinet, recte monet D. Nauta; eam non nisi in transactione de quæstionibus testamentariis, usum habere; qualis heic nullo modo vertebatur: Nec enim Hereditatis venditio est Transactio super Testamento. Atque ex his suppleri aut emendari velim, quod hac de re scripsimus in *part. I. Jurispr. Hod. lib. 3. c. 3. n. 24.*

5. Diximus, Emptorem nec plus, nec minus juris habere, quam apud heredem futurum esset, *l. 2. in pr. h.* Ut non tantum debeatur emptori, quod jam pervenit ad venditorem, vel ejus heredem, *Sed etiam, quod quandocunque pervenerit, restituendum est, d. l. 2. § 4. Quicquid lucri occasione venerit ad venditorem, id emptori restituendum est, § 7. & 9. eod.* Hæc juri Accrescendi solent applicari, in notissima quæstione, si Heres pro parte, suam illam portionem vendiderit, & deinceps evenerit, ut altera portio conjuncti heredis deficiat, utrum hæc emptori, an venditori debeatur. Atqui si omne lucrum, quocunque tempore pervenerit, ad emptorem pertineat; si nec plus nec minus apud eum sit, quam apud venditorem futurum fuisset, Jus accrescendi ab eo non videtur amoveri posse; maxime quia hoc ejus naturæ est, ut portioni sive rebus accedat, quemadmodum alluvio cedit agro, cui incrementum advolvitur, *l. 33. § 1. D. de usufr.* Hæ rationes faciunt, ut clari interpretes emptori jus accrescendi adscribant, quorum aliquot enumerat, & sequitur D. Wissenbach. *ad h. tit. n. 5.* & sic Præceptorem secuti, nos olim quoque disputabamus. Re pressius considerata, sedit potius contrarium, non tam iis rationibus, quas sibi opponit e dissentientibus, & quas removet D. Wissenbach, quæ sunt ex genere palmariarum, quas facile, ut in scholis, torqueas & retorqueas, sed hæ sunt peremptoriæ rationes: I. Quod fieri non possit, ut plus emptori debeatur, quam ipsi venditum est: Constat autem in hujus quæstionis hypothesi, partem unius heredis esse venditam: Proinde si pars alterius jure accrescendi vacua fiat, ea non magis ad emptionem præcedentem pertinet, quam quod ex substitutione deinceps ad eundem heredem pervenit; quod, nisi id specialiter actum sit, emptori non deberi, cum alia res sit quam est vendita, certum est, *l. 2. § 2. h. t.* Secunda sit ratio; quod venditor, etsi jus suum in alium transtulerit, tamen heres maneat, ut sæpe dictum est; cui proinde tanquam heredi conjuncto, partem heredis deficientis, ex voluntate defuncti, & conjunctione ab eo facta, deberi, e doctrina juris accrescendi constat, & *ex Parte I. pag. 238 seqq. & ad tit. ff. de Usufr. accresc.* Nec turbat, quod jus Accrescendi partem deficientem adjicit portioni, quam portionem emptor, non venditor habeat; Nam ut mittam heic universam *d. l. 33. § 1.* expositionem, nihil verius est, quam portionem hereditariam adhuc esse penes heredem, qui res hereditarias vendit. Nam quod Wissenbachius noster ait contra; hanc fictionem, *Qui pretium rei habet, ipsam rem habere videtur,* in materia juris accrescendi *contemnimus*, hoc nihil ad rem; quid enim opus in re omnium evidentissima, fictione? Nulla fere apud nos hereditas cernitur, ex qua non multæ res auctione publica vendantur: Et in tenuioribus, maxime in agricolis, quorum hereditates in mobilibus totæ constitunt, omnia sæpe hereditaria distrahuntur; ut pecuniæ in-

ter

ter coheredes dividantur. Quis dubitet, Heredes, qui bona distraxerunt, retinere suas hereditarias portiones, & habere tam liquide suas partes in pecuniis, quam prius in supellectilibus, instrumentis rusticis, frugibus, armentis atque jumentis. An tu discrimen statues inter venditionem, qua res hereditariæ uni, & qua multis sunt venditæ? Si hoc nullum est, ut certissime non est, dic: heredem, qui uni vendidit suum jus hereditarium, hoc est bona, quæ ad suam portionem spectant, accepto pretio, non modo suam qualitatem heredis retinere, sed & habere portionem suam hereditariam, æque ac si mensa posita, res ad suam portionem pertinentes populariter distraxisset pretiumque a multis collegisset. Sicut igitur hoc casu, illum retinere jus Accrescendi suæ portioni advolvendum, omnes fatentur, ita ratio nulla est, cur priore casu venditio facta illum hoc jure privaret. Si quis instet, Emptor unus habet totum jus, secus ac Emptores multi; regeram, sufficere, quod si rebus alienatis, pretioque recepto, hereditaria portio non retinetur, fundamentum juris accrescendi, quod illi ponunt, æque sublatum esset heredi, qui multis, quam qui uni omnia bona suæ partis vendidit: Quin & emptor unus, etsi omnia bona consequatur, jus tamen habet omnino particulare, eoque censetur ac ita tenetur, ut ad *tit. de Hered. pet. n.* 4. demonstratum est.

SCHOLIUM.

Adde Struvium ad h. t. th. 70. *& ibi* in Resolut. *ubi respondet ad textus obstantes.*

Nos ad argumentum ex *l.* 33. § 1. *de Usufr.* respondimus; nec ad cætera ex dictis colligi non possunt responsa: Quid enim facilius est, *emptorem nec plus nec minus juris habere, quam venditor habuit; spectare ad eum omnia, quæ venditor habuit, habiturusque esset;* quam intelligendum id esse, in ea re, quam vendiderit, in parte venditoris, non etiam in ea, de qua non est cogitatum; quæ tunc erat alterius & quæ diu postea venditori acquisita est? Qui dialecticas argutationes discernere potest a civili solidaque rerum existimatione, vix est in hac Quæstione ut ambigere posse videatur.

6. Quid hereditate vendita contineatur, satis declaratum est, aut si quid deesse videatur, e descriptione hereditatis, quam in *Tit. de Heredit. petitione* habuimus, suppleri potest. Sequitur Actio, quæ ex hac negotiatione competit, & trifariam consideratur; Aut enim inter Emptorem & venditorem hereditatis vertitur, aut inter emptorem & debitores, vel inter eosdem & venditorem, *l.* 2. *C. h. t.* Emptori contra venditorem datur actio Empti, soluto pretio, de quo convenit, ad hoc ut sibi præstet, quod in hereditate, vel in parte vendita fuit, aut ex ea supererat tempore contractus, vel deinceps ex ea pervenit, cum fructibus & eo quod interest, *l.* 2. § 1. *seqq.* etiam quod venditor hereditati debet, ab eo petere potest, non jure heredis, sed emptoris, *l.* 20. *h.* Si quid ex rebus hereditariis a tertio evictum fuerit, de eo venditor non tenetur; si modo pro ea parte, quam vendidit, verum heredem esse constiterit; nam si de partibus assis aliquid deficiat, hactenus sine dubio tenetur, *l.* 2. *pr. h. l.* 1. *C. de Eviction. l.* 2. *D. eod. tit.* Venditor adversus emptorem agit, ut pretium solvat, & se liberet ab omni onere, quo hereditatis causa devinctus est, ab omni petitione legatariorum ac Creditorum, *d. l.* 1. § 4. *& seqq.* Inter Creditores & Emptorem, ut *supra* admonuimus, invitum, non datur actio, nisi cum venditor, quem creditores convenire debent, non est solvendo, tunc in subsidium datur illis actio contra emptorem, *arg. l. ult. in pr. & l.* 1. *in f. & §* 2. *Inst. de eo, per quem fact. erit.* aut si hereditas a Fisco sit empta, *l.* 2. *C. de Hered. act. l.* 14. *de Jur. Fisc.* Sane, si conventus emptor actionem susceperit, condemnabitur, *l.* 2. *C. de Pact.* Sand. 3. 5. 3. sed Emptor agere potest directa mandati & nomine venditoris, contra debitores hereditarios, vel utili actione suo nomine, tituloque venditionis, si mandatum non habeat, vel præ se non ferat, *l.* 5. *C. h. t.* Denique, inter venditorem & creditores debitoresque *respective* datur actio. Venditor a Creditoribus directe conveniri potest, eumque tunc emptor defendere debet; nec enim emptio venditio inter alios facta, ipsis præjudicat; *l.* 2. *C. h. t.* Venditorem quoque debitores hereditarios compellare & ab iis pecuniam exigere posse, apochamque præstare cum effectu liberationis, antea diximus; quemadmodum & dominia rerum hereditariarum ab eodem transferri possunt, salva emptori actione fidei ruptæ, ut docet *Lex* 3. *C. h. t.*

7. Quod hereditas viventis, quæ est nulla, vendi nequeat, habetur in *l.* 1. *h. t.* quando nec ullum super ea pactum inire licet, nisi is, a quo hereditas est relinquenda, ad extremum vitæ halitum usque id approbet, ut superius traditum & probatum est, *ad tit. de Pactis n.* 9. Progredimur ad ACTIONEM venditam, de qua heic loci tanto minus agendum superest, quo plenius hoc ca-

put ad *tit. Mandati*, ubi de actionum Cessione longe lateque locuti sumus, absolutum est: Nec enim de mandato duntaxat, sed etiam de titulo proprietatis, quo actio transfertur, & maxime de venditione ibi actum. Res heic eodem plane modo se habet, quo in Hereditate vendita. Jus ipsum manet penes venditorem, qui retinet actionem directam, ab emptore per mandatum exercendam; utilis etiam sine mandato ab eodem moveri potest, vi sola venditionis, adversus invitum quoque debitorem scilicet, *l. 3. & d. l. 5. D. d. Hered. vel act. vend.* Sed dux, quas ibi non habuimus, supersunt observationes, * quarum altera ex natura venditionis oritur, altera specialis & positiva est. Venditorem scimus teneri ad rem præstandam, & rem habere licere; Quod si rem ab emptore contingat avocari, venditor de evictione & in id quod interest tenetur: de qualitatibus rei, ut de fertilitate agri, vel commoditate ædium, præter ea, quæ nominatim in contractu expressa sunt, non tenetur: eodem modo Venditor actionis, ad ipsum jus actionis præstandum, ut hoc habere liceat, ne ad alium pertineat, ut vere debitor sit ejus pecuniæ, quæ dicta est, ad hæc tenetur. Sed debitorem idoneum, aut locupletem atque solvendo esse, ad hoc non tenetur, de hoc emptor viderit, quid emat; nisi id ipsum venditor nominatim receperit, *l. 4. & sequ. h. t.* In nostro usu forensi probata sunt duo verba, quæ venditæ actionis præstationem continent, *vry, en jechtig*. Prius, quod est *liberum*, ad tertium, posterius ad debitorem pertinet. Prius ergo vult, nemini debitum illud esse obligatum, nec cuiquam alii jus exigendi competere. Posterius vernaculum proprie significat *Confessorium*, sive ad quod agnoscendum debitor vere teneatur: quando illa duo bene se habent, de exactione venditor actionis securus est, quoties, inquam, nihil amplius in se recipit, *d. l. 4. & 5.* quod eum posse, non dubitatur, & sæpe fit, quemadmodum etiam convenire potest, ne venditor de valore juris quod cedit, teneatur, *l. 10. & 11. h. t.* Altera, quam diximus, observatio nascitur ex invidia, qua laborant actionum redemptores, quasi lites & rixas aliorumque vexationes lucri studio quærentes: Ideo placuit ad minuendam hanc pruriginem, ne quis emptor actionis, a debitore plus quam ipse venditori solvit, consequatur, & reliquum lucro debitoris cedat, ex Constitutione Anastasii ** in *l. pen. & ult. C. Mand.* De usu harum constitutionum, variant Scriptores pragmatici, aliis adhuc valere, & aliis abolitas affirmantibus, quos in utramque partem videre licet, apud Gœnew. *ad d. l. ult. & penult.* Ipse de eo, tanquam esset Juris Quæstio, tractat, & tandem in distinctionem desinit: quin potius est facti quæstio, pendens a Legibus aut moribus cujusque populi. Apud nos valere, si debitor probare possit, quanto minoris summa debiti, solverit emptor, non dubitatur, ut usus docet, ac indicat Sandius *lib. 3. tit. 7. def. 2.* ubi quæstio tractatur, an venditio actionis pro minore summa facta, dein metu constitutionis Anastasianæ, ab emptore & venditore mutuo consensu retractari possit; & decisum est, posse, si Emptor debitorem cessionis factæ certiorem non fecerit, vel cum eo non cœperit agere; denique, nisi partem debiti jam acceperit, per *l. 3. C. de Novat.* Haud

* Circa venditionem actionum, etiam hoc discrimen Juris Germaniæ Communi & Saxonici observari meretur, quod illo Judæi actionem contra Christianum competentem Christiano vendere, at Christiani actionem talem redimere, prohibeantur, sub pœna actionis amittendæ & infamiæ ac remotionis ab officio, si quis Magistratus, Scriba aut Notarius, desuper instrumentum confecere præsumat. *Rec Imp. d. 1551. §. 79. 80.* Hoc vero hujusmodi cessiones, vi obserrantiæ, conf. *R. I. d. A. 1577. t. 20. §. 7.* tolerari, si modo fiant in judicio, & sine usuraria pravitate, tenet Richter. *dec. 36. n. 15.* Philipp. *ad Dec. Lit. 28. Obs. 6.* Carpz. *l. 5 Resp. 38. 3.* Schilt. *ad ff. Ex. 30. §. 72.* atque sic resp. *Fac. Jur. Lipsi. Mens. April 1705.*

** *Dec. Elect. 28.* permittit justis ex causis, cessiones actionum pro viliore pretio, si modo (1) cedens non læsus ultra dimidium, (2) cessio fiat judicialiter, eorum quocunque judice, ubi simul summa cessæ actionis & pecuniæ, quæ pro re datur, exprimenda est. j. Carpz. *l. 5. Resp. 34.* Philipp ad *d. Dec. Obs. 3.* Extrajudicialis quoque cessio subsistit, si cohæredibus, legatariis, fideicommissari &, certæ obligationes assignentur, aut creditori nomen in solutum detur, dummodo & in his cessionibus enormis, ultra dimidium, læsio non deprehendatur. add. Berger. *ad Lauterb. p. 352.* Quando autem fraus adhibita, & dolus Decisio neglecta est, integrum debitum fisco aut Dominis Jurisdictionis cedit, ita tamen ut debitori usuræ remittantur, ac dilatio solutionis concedatur. *d. Dec. 28.* Conf. Lang *ad Proc. c. 16. n. 50.* Confer etiam his Ill. Thomasii *Dissertationem de Æquitate cerebrina & exiguo Usu practico Legis Anastasianæ*, occasione *Jur. Provinc. Pruten. L. 4. Tit. 6. art. 5. §. 3. Halæ 1717.* editam.

gravate

gravate tamen concedimus; Legi isti non esse locum, nec apud nos quidem, si actio publice vendita sit, quia tum cessat αἰτιχερκερδίας & dolosa machinationis pravæ suspicio, *arg. l. 1. C. de Prad. decur. lib. 10.* quibus addere velim ejusmodi obligationes & actiones, quæ in publico sunt commercio, quales sunt in nostra Patria, Reipublicæ æris alieni obligationes, & Actiones Indiæ Orientalis, atque Occidentalis: quarum pretia mirifice accrescunt & decrescunt, sæpe levibus famæ vagantibus auris: In nostra quidem Frisia minus illa variatio conspicitur, nec tantum est æs alienum hujus Provinciæ, ut frequens obligationum ejus sit commercium: Accidit tamen difficilioribus belli temporibus, ut v. gr. octuaginta pro centum dari solita fuerint: Nec dubium, quin ejusmodi commercium sit extra sanctionem Legis Anastasianæ. Quo melius autem constare possit, an debitor uti possit Anastasiano beneficio, Statutis nostris specialiter cautum est, ut causa cessi nominis in cessionis instrumento exprimatur, & si venditum sit nomen, pretium, quod pro actione datum est, addatur, sub pœna nullitatis, *l. Stat. 8. n. 4.* Tantum abest, ut apud nos istud beneficium cesset.

Quod omissum ad *prædictum Mand. tit.* placet huic supplere; venditas actiones *utiles*, etsi mandatum accedat, transire in heredem, ut natura venditionis satis declaratur, quemadmodum de actionibus in solutum datis habet *l. 1. C. de O. & A.* Directa, quæ ex mandato competit, post mortem, qua mandatum finitur, dari non potest, nisi cedens heredem habeat, qui ex empto ad actionem de novo per mandatum renovandam, cogi posse videtur, *arg. d. l. 1.*

8. Postremum, quod in hoc Titulo tractandum erat, est Annui reditus venditio. Quamvis enim pecunia pro pecunia non facit emptionem venditionem; nihil vetat tamen aliquod jus emere, ex quo certus reditus quotannis percipiatur, quod jus tum mercis induit rationem; at quomodo differat a contractu usurario, diximus ad *tit. I. de Contrah. empt. Part. I. pag. 322. sq.* Habet autem reditus emptus hoc pluribus in locis singulare, quod redimi potest; habet etiam jus Retractus, de qua utraque proprietate, commodius *infra* acturi, transimus ad Tit. V.

TIT. V.

De Rescindenda Venditione.

I. Transitus, & partitio tituli. II. Inductio L. 2. C. de Rescind. Vend. III. Non videri extendendam ad alios contractus, ne quidem ad permutationem, Locationem, Societatem. IV. Nec ad Transactionem. V. An & in auctionibus publicis. VI. Species, quibus nec in emptione venditione locum habet beneficium Legis. VII. An & scienti pretium detur. VIII. Proprietas actionis. IX. Pactum de retrovendendo expl. X. An detur inde Actio in rem. XI. An ei præscribatur.

QUomodo, quibusque pactis contrahatur Emptio Venditio, satis est declaratum; sequuntur modi, quibus rescinditur, qui sunt vel communes cum aliis actis & contractibus, vel speciales Emptioni Venditioni. Communes sunt tres potissimum; Metus, Dolus, & Contrarius partium consensus. De Metu doloque *supra* titulis propriis est actum. De contrario consensu, expositum habes in *tit. Inst. Qu. mod. toll. obl.* Speciales modi, quibus Emptio venditio proprio jure rescinditur, sunt quatuor; Remedium *Legis 2. C. de Rescind. vend.* Pactum de retrovendendo; actio Redhibitoria; & Retractus. De Redhibitoria locus *infra* peculiaris occurret. Tres reliquæ cautæ sunt hujus Rubricæ.

2. Primus igitur modus, est remedium *Legis 2. C. de Resc. Vend.* Olim cuilibet absque dolo rem minoris pretii majoris distrahere licebat, & Circumventiones in pretio *naturaliter* licitæ credebantur, ut loquitur Ulp. in *l. 16. § 4. ff. de Min.* voce *naturaliter* aut pro Jure gentium, aut pro usu hominum, aut pro dictamine rationis naturalis, quia res aliter inter homines geri vix possunt, accepta. Tandem aliquando visum est, modum huic rei imponere, ut vetus licentia restringeretur: Sicut tempore Ciceronis, cum antea dolo quoque se invicem circumvenire liceret, prius quam Aquilius doli formulas invenisset, ut Cicero scribit *l. 3. Offic.* Diocletianus & Maximianus tandem constituerunt, *Venditorem si nec dimidia pars pretii soluta sit ipsi, petere posse, ut vel fundus sibi restituatur pretio a se refu-*

so,

ſo, vel ut emptor, quod juſto pretio deeſt, ſupplere jubeatur, in d. l. 2.

3. Verba legis de Venditore loquuntur, qui rem majoris pretii tanto minoris vendidit; Sed quia contractus hic eſt æquabilis reciprocæ præſtationis, dubitari non poteſt, quin ad emptorem quoque pertineat, quoties accidit, ut rem majoris pretii *duplo*, vel *altero tanto*, vel *dimidio pluris* (nam hæ expreſſiones ſunt æquipollentes,) emerit quam valebat, nec ea de re dubitatur. Sed in hac limitatione non ſubſiſtunt Interpretes, quando beneficium hujus Legis ad omnes contractus mutuæ præſtationis, ut eſt locatio conductio, Societas, Permutatio, imo & Transactio, aliique ſimiles, in quibus æquitatis ſpecies blanditur, extendunt, etiam ita D. Thomaſius.

SCHOLIUM.

Verius eſt, quod extendatur in iis, ſcilicet in quibus eadem eſt ratio, quod argumentum Autor modo ipſe in venditione uſurpat. vide Struv. th. 92. Schüz. p. 267.

RESPONSIO.

Multum refert, in eodem contractu a Venditore ad emptorem facias conſequentiam, ut nos, an ab alio ad alios contractus committas tranſitum, quod heic arguitur. Non eſſe eandem in aliis contractibus rationem, paulo inferius *videbimus.*

N. ADDIT.

De ſenſu legis 2. C. de reſcind. vendit. *uti plurimæ quæſtiones ortæ, ita plerumque in utramque partem in earum definitione Doctores abierunt, ut facile ubique fere poſſis opiniones communes contra communes oſtentare. Cauſa hujus rei fuit diſſenſus circa inveniendam rationem genuinam hujus legis, omnibus quidem ad æquitatem provocantibus, ſed in quo conſiſtat illa æquitas, non facile conſentientibus. Laboravi ipſe circa eam inveniendam in* Inſtit. Jurispr. divinæ, l. 2. c. 11. § 50. *Nunc vero re accuratius penſitata, loco Scholiorum, quæ de ſenſu hujus legis* ad h. t. *dedimus, ea eſt mens noſtra. Ante Diocletianum nemo cogitavit de reſciſſione emptionis ex læſione ultra dimidium. Mirandum vero, ſi æquitas in hoc caſu reſciſſionem poſtularet, neminem ex antiquis JCtis eam vidiſſe, gnaris alias vel maxime principiorum juſtitiæ & æquitatis. Igitur ſi absque autoritatis præjudicio expendatur, quænam æquitas poſtulet hanc legem, nullam aliam deprehendes, niſi mere cerebrinam, i. e. talem, quæ conſtet nudis ſine mente ſonis, & cujus vix caſus perſpicuus dari poſſit. Hinc illæ diſſenſiones de ratione & ſenſu legis. Nec credo, unquam caſum notabilem de hac lege contigiſſe, ut nec memini, me unquam caſum hunc vidiſſe in terminis, etſi ſæpius acta legerim, ubi de læſione ultra dimidium fuerit actum, ſed ubi vel apertus dolus erat, ut remedio hujus legis non eſſet opus, vel ubi actor caſum legis ſecundæ non recte applicaverat, vel ad pretium rei venditæ poſt venditionem auctum, vel ad caſus, ubi contrahentes verum pretium ſciverant, vel ſcivisſe erat præſumptio. Plura ea de re alias.* *

Ergo deliberandum cenſeo, an non verius poſt alios ſcripſerit Sandius noſter *lib. 3. Deciſ. t. 4. D. 17. Verſ. Quod Curiæ. Cum remedium,* inquit, *d. l. 2. proditum ſit in ſola Emptione Venditione, contra rationem juris Veteris, lex ea extra fines ſuos trahenda non eſt, ne quidem ex identitate rationis & æquitatis,* ut poſt alios pluribus diſputat Ant. Faber *Dec. 8. Err. 8.* Continetur iis verbis ratio, cur hoc remedium extra limites emptionis venditionis non ſit producendum, quia novæ leges, & juris antiqui derogatoriæ, ſtricte ſunt explicandæ. Præter hanc generalem, non deſunt quoque per ſingulas ſpecies propriæ rationes; 1. De Permutatione non eſt proditum hoc remedium, nec opus eſt illuc extendamus, quia Contractus ille rarior eſt, non habens pretium, ſed utrimque rem incertæ æſtimationis, & quia ſatis ei conultum jure proprio per pœnitentiæ facultatem, quæ datur quamdiu contractus non eſt utrimque perfectus, ut alibi dictum, & exponetur ad *tit. de Permut.* Nec II. eadem eſt in locatione conductione ratio, quia circumventio in hoc contractu non eſt tanti præjudicii, cum ad uſum modo & mercedem uſui reſpondentem, non ut Emptio venditio, ad proprietatem, adeoque rem totam pertineat. Si ex novo jure conſequentiæ facilitas usquam cohibenda, in reſcindendis actis & contractibus id obſervandum inprimis, ut vix, ubi eſt eadem exacte ratio, ſine Lege, permittenda videatur. Porro in Societate ſupervacuum erat hoc remedium, quia propriis regulis ejus æqualitati ſatis eſt conſultum, *l. 3. C. Comm. utr. jud.* & diximus *ad tit. Com. Divid.*

* Scilicet *in diſſertatione de Æquitate cerebrina L. II. C. de Reſcind. Venditione & ejus uſus Uſu Practico.* Halæ 1706. 4. edita, ubi Auctor IV. omnem de Æquitate Cerebrina doctrinam exhibet, & *l. 2.* ſub- & obreptitie a Diocletiano impetratam. *l. 8. Legis 2.* eſſe correctoriam, & utramque aſſumento Tribonianeo locupletatam, contendit.

4. Multo

4. Multo minus ad Transactionem extendi potest Lex 2, quoniam hæc stricti juris: non est mutuæ præstationis; & denique ne lites instaurentur, maxima juris cautio est; quibus accedit, quod Transactio non nisi de rebus incertis fit, cum, ut rescissio propter læsionem ultra duplum habeat locum, rem certam inprimis esse oporteat; quando de duplo constare nequeat, nisi de simplo prius constiterit. Accedunt textus notabiles, in *l. 78. in fin. ff. ad Sct. Trebel.* quæ nec, etsi læsio sit ultra quadruplum, transactionem permittit. Huic addenda *l. 23. pr. de Condict. indeb.* junctis iis, quæ habuimus *ad tit. de Transact. p. 643. vers. Præterea.* Eandemque fuisse Curiæ nostræ sententiam, licet exemplis supersedeamus, est ubi meminerimus.

SCHOLIUM.

Dissent. Struv. Ex. th. ult. *Sed textus, quos citat, loquuntur non de læsione, quam considerat* l. 2. C. de rescind. vendit. *quæ a dolo abstrahit, sed de dolo, vel contumacia. De moribus nostris vide* Part. 2. Const. Elect. 34.

Tu adde Gailium *l. 2. obs. 70.* eique potius crede sis, quam Fachinæo, *l. 1. c. 26.*

SCHOLIUM.

Utpote qui d. l. *defendit, in transactione remedio huic non esse locum, contrarium defendente Fachinæo. Cæterum quemadmodum non tam credimus in jurisprudentia Doctori, quam potius ejusdem rationi assurgimus, ita tamen, si Gailio credendum est, credendum quoque erit in eo, quod* d. obs. 70. n. 1. & 2. *asserit, remedium* l. 2. *etiam in aliis contractibus, præter emptionem, habere locum.*

RESPONSIO.

Si non licet dissentire ab eo, quem in alio articulo sequaris & laudes, habet rationem Thomasius. Sed hoc valde novum fuerit & contra quod ipse monet, non Doctori, sed ejus rationi adsurgendum, quæ est ratio nostra.

Videtur etiam, quo minus hujus remedii extensio sit favorabilis, hæc ratio facere, quod usus *l. 2.* populariter non magni fiat, nec viri prudentis, ut ad eam provocet, esse credatur. Mercatores etiam, si id agant, deridiculo se præbent, ipsique rustici ut ineptum & puerile, si quis hujus beneficii querelam instituat, increpant; maxime si quis in proprio facto versatus, illud imploret, faciliori in successoribus excusatione: Supposito semper, nullam adversarii fraudem intervenisse, quæ si arguatur, justissima sit oppositio, verum extra hujus Legis ambitum.

5. Est adhuc validior improbatio popularis in auctionibus publicis, in quibus alioqui ratio juris non excludit hoc beneficium, ut probat Sandius autoritate rationibusque, *l. 3. t. 4. Def. 12. alterum dubium.* Sed usus beneficii in publicis venditionibus admodum rarus est, maxime in auctionibus rerum mobilium; in quibus ob multitudinem confertam rerum, & celeritatem venditionum illarum, difficulter hujus legis remedium exerceri potest. In rebus tamen majoris momenti, adeoque in thesi, non potest negari, quin etiam in publicis auctionibus usus ejus adhiberi possit, ut juxta alios probat Parladorius *Rer. quot. l. 2. c. ult. Part. 5. § 16. n. 10.* probatumque est in foro Frisico, & Sabaudico, teste Fabro *l. 4. Cod. tit. 30. Def. 4.*

6. Neque vero semper, etiam in emptione venditione valet hoc remedium; Nam primo cessat in hereditate vendita, ut probatum & judicatum est apud Sandium *3. 4. 15.* cujus ratio est incertitudo rei venditæ, propter incrementi & decrementi in hereditate varietatem; ubi autem de simplo non constat, querela læsionis ultra duplum non habet facultatem. Eodem pertinet venditio rei, cujus æstimatio tempore venditionis plane fuit incerta: nam si tunc ex eventu probetur læsio ultra dimidium, non placet hoc beneficium recipi, Sand. *d. t. 4. Def. 16.* Rursus eadem incertitudinis ratio negat hoc beneficium in hujusmodi negotio, quo quis cessit, ac bona sua cuncta transtulit, ea sub conditione, ut ipsi, quamdiu victurus esset, mille annui præstarentur, idemque omni ære alieno liberaretur, Sand. *ibid. Def. 17.*

7. Ratio fundamentalis hujus remedii, est enormis inæqualitas inter mercem & pretium, quam, ut diximus, Reipubl. non expedit in infinitum permitti, sine respectu doli aut erroris, hujus aut illius; Sed lex ejusmodi venditiones, in quibus est inæqualitas ultra duplum, ut intolerabiles improbat: Quapropter eorum probabilior est sententia, qui non negant hoc beneficium, etsi alter probare possit, ei, qui petit rescissionem, non fuisse ignotum rei venditæ pretium; nisi constet, eum determinato & pervicaci proposito rem quovis pretio habere voluisse; quo temperamento forte an conciliari queant Auctores diversum hac de re statuentes, quos recenset D. Wissenbach. *h. t. th. 16.*

8. Actio, quæ ex hoc remedio datur, non alia videtur esse quam Emti venditi, sicut eadem ex lege Commissoria competit, *l. 4. pr. D. de Leg. Commiss.* nec proin breviori quam XXX. annorum spatio finitur, Sand. *d. tit. 4. def. 11.* Non est igitur condictio ex lege, multo minus in integrum restitutio, etsi Curia Suprema petenti ex hac causa restitutionem, jus dicere non gravata sit, *d. def. 12.* quod deinceps iterum in simili casu concessum memini, etsi ratio non deerat, Actores imperitiæ, post contestatum hujus rei monitam apud Sandium, injuncta repulsa *quomodo procedit*, admonendi. Utique in ejusmodi Foro, quo juris Civil. vestigia in formandis libellis haud penitus obruta & confusa sunt. Cæterum conventio Actoris, qualis in hac actione sit ac esse debeat, ex ipsa *l. 2.* satis constat, nempe ut res vendita restituatur, vel pretium ad æqualitatem redigatur, cum fructibus rerum & usuris pecuniarum post litem contestatam, non altius repetendis, quoniam antea pro b. f. possessore fuit habendus. Cæterum restitutione facta, pignora, servitutes, aliaque jura rebus imposita, finiri, consentaneum est, *arg. l. 4. §3. de in diem addict. l. 3. ff. qu. mod. pign. solv. l. 1. § ult. l. 31. de pignor.* Wesenb. *h. th. 21.* & quos ille habet Auctores, ubi & dissentientes. vide Pinel. *Tr. ad d. l. 2. part. 2. n. 11.*

9. Secunda causa rescindendi venditionem, est Pactum de RETROVENDENDO, quod dicitur, quo convenit, *ut quandocunque venditor idem pretium emptori præstiterit, res vendita restituatur, l. 2. C. de Pact. inter Empt. & vend.* Quod si contractui venditionis in continenti sit adjectum, non alia quam ex vendito opus est actione. Si ex intervallo accesserit, præscriptis verbis agendum est, adversus emptorem, ad restitutionem rei, cum fructibus inde post oblatum pretium perceptis, & eo quod interest, contractum non fuisse servatum, *l. 2. C. de pact. int. empt. & vend.* Quod si emptor rem alienaverit, an contra tertium possessorem actio in Rem detur, non levis est dubitatio, quæ in *d. l. 2.* non deciditur, cum ibi res alienata non tradatur. Auctores & rationes in utramque partem, videre licet apud Gailium *lib. 2. obs. 16.* Ex limpido Jure petenda judicatio, quæ exinde pendet, utrum pactum de retrovendendo, sit habendum pro resolutivo venditionis, an pro simplici obligatorio emptoris; hoc casu tantum est personalis actio; illo, dominium ipso jure post oblatum pretium redit ad venditorem, sicut fit in Lege Commissoria, quæ nihil est aliud, quam conventio de re vendita traditaque, dominio vere translato, restituenda, si pretium non solvatur, ut est hocce pactum, si pretium offeratur, *l. ult. in verbis: ut a venditore vendicari debeant, supra de Lege Commissoria.* Aliud exemplum est in *l. 13. in pr. de Pignorat. act.* ubi creditor vendens pignus, addit pactum de retrovendendo, si quando debitor pecuniam pretii solvat emptori; ex illo pacto non tantum actio in personam, sed & rei vindicatio competit debitori, *d. l. 13.* Ratio est, quia postquam dominium translatum, ex ejusmodi pacto *venditor non recipit jus ab Emptore, sed in pristinam causam res redit, resoluta venditione*, ut ait Paulus in *l. 10. in fin. Quib. mod. pign. solv.* Ex his locis videtur, pactum retrovendendi esse resolutivum; & secundum illud, quando emptor, qui pacto retrovendendi obligatus est, rem contra fidem datam vendidit, primus tamen venditor pretium offerre potest emptori; si non accipiatur, obsignabit, eoque facto resoluta venditione, conveniet possessorem, ut rem, quæ in pristinam dominii causam rediit, restituat, qui regressum contra suum venditorem capere potest, atque hic usus est hujus sententiæ. Qui aliter sentiunt, quos inter plerique recentiores, pro se habent *d. l. 2.* quæ tamen non loquitur de casu, quo rei vindicatio proprium habeat usum. Agit enim de casu, *quo hæres* emptoris, pacto de retrovendendo *non pareret*, hoc est, rem quam possidet, oblato pretio, restituere negat, is enim personali actione cogi potest: An vindicatio detur, usu venit ambigere, quando tertius rem tenet. At hic casus nec quidem est in *l. si sterilis. 21. § sed etsi. 5. de act. empt.* qua inprimis illi nituntur, ubi sic ait Paulus; *Sed etsi ita fundum tibi vendidero, ut nulli alii eum quam mihi venderes, actio eo nomine ex vendito est, si aliis dederis.* Non est quæstio, an actio ex vendito personalis detur, hæc sine dubio competit, sed, an ea deficiente, rem liceat vindicare, quod heic non negatur. Quando de venditore ipso agitur conveniendo, non opus est alia quam personali actione, alia nec usu venit: Hoc quæsitum requirit terminos habiles rei apud alium existentis & ab illo repetendæ, venditore fortean non solvendo redacto. Qui præterea citantur textus ex *l. rebus 6. C. de rei. vindic. act. l. 3. C. de Condict. ob caus. dat. l. ult. § 1. de Contrab. empt. l. 25. de O. & A.* nihil habent, quam communem doctrinam, Pactis & Conventionibus

bus non affici rem ad dominii mutationem. Est enim hoc veriſſimum de conventione, quæ ſimpliciter ad dandum vel faciendum tendit, non de pacto reſolutivo, cujusmodi hoc eſſe de retrovendendo videtur,& textibus adductis probatum eſt. Ac ideo non minus rationi juris,quam utilitati communi congruit, quod emptor habens jus ex pacto de retrovendendo, idem offerendo pretium, rem a tertio quoque recuperare poſſit, veluti quæ impleta pacti reſoluti conditione, rediit ad dominium primi venditoris. Hæc modo, remotis auctoritatibus, ἀρίστη Φαιστοφανεία. Diſſent. vid. apud Wiſſenbachium *th. 30. h. t.* & Struv. *23. 24.*

10. Solet in uſu rerum hominumque, Pactum illud de Retrovendendo iniri, quando quis temporaria pecuniæ anguſtia laborat, inprimis ſi & rerum ſoli pretia valde dejecta ſint, cum ſpe, fore ut inopia brevi ceſſet, & pretia meliori tempore creſcant. Hinc ab initio belli Anglicano-Monaſterienſis, cui acceſſit vilitas frugum inſolita, cum pretia rerum immobilium vehementer eſſent imminuta, frequenter ejusmodi pacta venditionibus adjiciebantur, irrito ſucceſſu, & præſente detrimento: Quia longe res minore pretio reſpectu talis pacti vendebantur, quam venire potuiſſent, & pretia, ſecus ac homines miſeria temporis nondum ſubacti imaginabantur, inde ſemper ivere ceſſum & aliquando peſſum. Emtores, a quibus hæc pacta exiguntur, plerumque certum tempus ſtipulantur, quo ad revendendum teneantur; Si nullum tempus adjectum ſit, non minus,quam prior, anceps eſt quæſtio, an obligationi ad retrovendendum tempore ſaltem longiſſimo præſcribi poſſit *, quod negat Wiſſenbachius noſter,ſecutus plures claros interpretes, quos laudat *th. 32. b.* At nobis cauſa non eſt recedendi ab eo, quod in *poſit. 12. ad h. t.* collocavimus, verius eſſe, locum heic habere regulam *l. 30. C. de Præſcript. 30. vel 40. ann.* qua omni juri in univerſum annis triginta præſcribitur, cui accedit, quod hoc jus de retrovendendo, *immediate* ex contractu adjecto naſcitur; ad quæ verba ſunt hæc Thomaſii;

SCHOLIUM.

Cui objectioni diſſentientes non reſpondent, quos inter eſt etiam Grotius de J. B. & P. lib. 2. c. 4. §fin. *Nec obſtat, quod res meræ facultatis præſcribi non poſſint, redemtio vero rei venditæ, & luitio pignoris, ad has ſpectare videantur. Reſpondeo enim, ita ſpectare ad res meræ facultatis, ut repetitionem debiti, v. g. ex mutuo, quæ ſane per longiſſimum tempus præſcribitur. Plura vide apud Struv.* Ex. XXIII. th. 22. n. 3. & *Henninges* ad d. l. Grotii.

RESPONSIO.

Nihil habemus reponendum, niſi quod Grotius in laudato loco non agit de retrovendendo, ſed de luitione pignoris, cujus diverſam eſſe rationem, videbimus infra; Ubi & de mera facultate, quod dicitur, poteſt addi hæc ratio; quod omnino interſit Reipubl. dominia rerum aliquando certa eſſe; qua gratia præſcriptiones & uſucapiones introductas eſſe, conſtat.

Sed in *lib. 3. Introd. c. 14.* Grotius tacitum jus redimendi annuos reditus affert, quod in Hollandia aliisque locis obtinet; per quod, inquam, is qui vendidit annuam pecuniæ præſtationem, ſemper illud jus redimere poteſt, eodem pretio quo venditum fuit, aut ſi illud non conſtet, pro ſedecim in ſingulos annuos nummos, adeo ut nec valeat conventio in contrarium; nec, ſi convenerit, ut intra certum tempus liceat redimere, tamen emptor, poſt id tempus redimere prohibeatur. Tali redemptionis facultati nec longiſſimo tempore præſcribi poſſe, ſtatuit recte, quia lex illam redimendi facultatem, rei venditæ durationi æqualem facit. Idem apud nos juris eſt de reditibus annuis duntaxat ex ædibus debitis, ut ſemper redimi poſſint, non a venditore, ſed ab ædificii domino, *t. Stat. tit. 11. n. 11.* ubi ratio redditur, *ne ædificia deſtruantur.* Nam ſi tales reditus ſemper ædibus inhæreant, mutatione temporum, aut ætatibus ædificiorum evenire poteſt, ut impenſæ ſupra illos reditus non valeant uſum ædium, ac ita deſerantur; cujusmodi exemplorum his ultimis temporibus copia non defuit; etiam ut in hac Civitate Magiſtratus, quibus ejusmodi reditus ex ædificiis debebantur, cum deſertæ eſſent domus, nec ſolvendo domini, coacti ſint eas vendere, ſublato reditus onere ac in perpetuum emptoribus remiſſo. In agris, qui deſtrui non poſſunt, idem non placuit, tametſi cultus eorum, ob magnitudinem ejusmodi onerum deſeri

* Noſtro jure, quoties nullum tempus in conventione expreſſum fuit, jus retrovendendi nunquam præſcribi, patet ex *P. 2. C. El. 1.* Moller. *ad cand. n. 1.* Carpz. *ibid. def. 8.* Berl. *P. 2. Concl. 2. n. 81.* poſt publicam tamen ſubhaſtationem & adjudicationem, jus hoc quodammodo expirare ac derelictum videri, monet Philipp. *de Subhaſtat. c. 4. comm. 16.* Carpz. *l. c. def. 25. j. P. 2. C. El. 32.* § Wenn aber ex pacto.

quoque possit, agri tamen agri manent. Extra hujusmodi exceptiones non recedimus a Jure Civili, nec adeo ab eo, quod diximus; Jus retrovendendi nullo tempore definitum, XXX. annis finitum videri, quod etiam novissime probat D. Beckman. ad *tit. ff. de Lege Commiss. n. 8.* etsi contrarium in Foro fateatur esse receptum, *d. n. 8. & n. 23.* Ubique, non dixerim.

DE JURE RETRACTUS.

XII. *Jus Retractus quid, & Causæ Retractus ex Constit. Friderici, quæ confertur cum Jure Fris. XIII. Species aliæ Retractus improprie dicti. XIV. An jure Veteri Rom. fuerit in usu Retractus sanguinis & consortii,* ad l. 14. C. de Contrah. empt. *XV. Retractum sanguinis dari secundum gradus, quando, & quomodo. XVI. Liberis qua heredibus, non videri Retractum dari, feminis tamen, at non adoptivis. XVII. Quibus casibus pro parte fiat Retractus. XVIII. An remotior cognatus a propinquiore patiatur Retractum; non videri. XIX. De communione, causa Retractus. XX. Casus medius inter communionem & vicinitatem. XXI. De ipsa vicinitate. XXII. Quibus in contractibus & quibus in rebus, locum habeat Retractus. XXII. Quænam ex Retractu actio detur. XXIV. Quibus casibus cesset.*

12. INter modos rescindendi venditionem, collocavimus RETRACTUM, qui in hoc usu nostro nihil est aliud, quam *Jus, quo alius oblato eodem pretio, emptori rescisso ejus contractu, præfertur.* Vocatur Retractus a *Retrahendo,* quod in *l. 9. § 1. ff. de admin. rer. ad Civ. pertin.* usurpatur de revocatione rerum propriarum, quæ ab aliis detinentur. Quod hujus loci est, Græce προτίμησις, i. e. *prælatio,* Doctoribus etiam, nescio unde, *Jus congrui* vocatur, & aliis populis cujusque sermone propriis vocabulis. Nostri a re ipsa vocant *Naestinge, Naerkoop.* Fundus ejus est in Constitutione Friderici inserta *lib. 5. Feud. cap. 13.* & datur e tribus causis, jure sanguinis, communionis, & vicinitatis, in his verbis *d. Const. Inprimis vocentur parentes,* (sic Italice corrupta voce *cognati* vocantur,) *post hos socii,* (sub quibus omnes, qui rem habent communem, continentur,) *post hos qui sunt conjuncti,* i. e. vicini. Adduntur qui sunt *sub uno servitio,* quod est peculiare vasallis, nec extra Feuda habet usum. Forte etiam Constitutio Friderici non habet juris potestatem, ut censet Grœnewegius ad *l. 14. C. de Contrab. empt.* aliique ab illo citati: Habet tamen auctoritatem fere talem, qualis Juri Civili adscribitur, in populis ubi pro lege non est repertum, sed illustrandi suadendique causa citatur. In Statutis Frisiæ duæ tantum causæ memorantur, *Cognatio & Vicinitas, t. Tit. 12.* Unde ingenti contentione quæsitum memini, an communio, quæ ex lege Friderici media est inter sanguinem ac vicinitatem, locum suum nostris Statutis amiserit, de quo consulti aliquando Cl. Wissenbachius & ego, respondimus, communionem non videri exclusam, adeoque consortes cum vicinis concurrentes, esse præferendos, idque his rationibus: I. Quia Constitutio Friderici, licet pro jure commun apud nos forte non sit recepta, ideoque nec valeat ejus respectu hæc regula, Quod Statutis de jure communi non est abrogatum, hoc durat ac manet in usu; non levis tamen ejus est auctoritas, quatenus Statutis non adversatur, sicut heic illis non est contraria. Non tollit communionem; Ergo relinquit suo loco. II. Quia ratio, qua retractus nititur, ut cives commoditate situs & beneficio legis hoc respectu fruantur, fortius pro sociis, quam vicinis militat. III. Quia juris ratio fert inprimis, ut recessus a communione quovis meliore modo juvetur, ad discordias evitandas, *l. 77. § 20. de Leg. 2.* IV. Quia sub voce vicinorum, socii, sive consortes ejusdem agri vel domus, compendio sunt comprehensi, distinctione inter eos ex jure communi petenda, ac ita jam olim apud Nauram judicatum reperio, inter *Johannem During & Philippum de Bosbuisen d. XV. Jul. 1642.* nec aliter in ea, super qua nos consulti fuimus causa, decisum est a Curia, quam consortes, sive qui partem agri venditi pro indiviso possident, vicinis in retrahendo esse potiores. Si vero Statutum mentionem Sociorum feciisset, & vicinium omisisset, hi non continerentur, ut recte observat Thomasius in *Schol. ad Posit. 19.* quia minus illi quam socii, & plus juris hi præ vicinis habent. Ergo manent tres illæ causæ juris Retrahendi, etsi plures species recenset D. Thomasius.

SCHOLIUM.

Retractus est conventionalis, vel legalis. Et hic vel ex jure dominii oritur, vel ex jure credita, vel ex consanguinitate, vel ex societate, vel ex vicinitate. De conventionali, & eo, qui ex dominio, aut credito oritur, quos alter omisit, vide Struv. Ex. 23, th. 40.--53.

Responsionis loco erunt sequentia.

13. Re-

13. Retractus vocabulum late sumptum, de Addictione in diem, & Lege Commissoria quoque prædicari potest, nam etiam per illas res venditæ *retrahuntur*; adeoque de illis hoc usurpat Struv. *in laudato loco.* Pactum de retrovendendo est etiam Retractus species, & similia pacta, de quibus superius dictum, juncta *l. 75. de contrah. empt.* quæ revera nihil sunt aliud quam arbitraria Pacta, e quibus certum jus Retractus colligi non debet. Retractus ex jure dominii, sane datur specimen in *l. 3. C. de jure Emphyt.* ubi dominus intra bimestre spacium præferri potest emptori juris emphyteutici, quod & a nobis in *loco* memoratum. Ex jure crediti exemplum est in *l. 16. de Reb. auctorit. jud. possid.* ubi rebus judicati exequendi causa venditis, præferuntur Creditores, & post Creditores cognati præcedunt extraneos, nisi forte cognati sint iidem creditores, quo casu aliis creditoribus geminato jure præferri videntur, *arg. l. 60. de Pact.* ubi *necessariæ* personæ non videntur esse aliæ, quam cognatione conjunctæ.

N. ADDIT.

Videat Lector, an distinctio illa inter retractum late & stricte dictum, item ex n. 15. inter eum, qui moribus nostris adhuc obtinet, & qui minus, causam dissensus tollat. (*Nam Autor, qui hic* n. 13. *ambigue loquitur, ut putes, eum nobiscum consentire, dissensum tamen suum repetit* n. 15.) *Istæ species ab Autore omissæ, æque propriæ sunt species retractus, ac reliquæ, & æque, credo, moribus hodiernis adhuc obtinent, ac reliquæ tres.*

14. Quin jam olim generaliter cognatis & consortibus ejusmodi jus videtur esse concessum, ut aliis in emptione venditione præferrentur, quod abrogarunt Impp. Valentinianus, Theodosius & Arcadius in *l. 14. C. de Contrab. empt.* ubi; *Dudum*, ajunt, *proximis consortibusque concessum erat, ut extraneos ab emptione removerent, neque homines suo arbitratu vendenda distraherent.* Mirum est, quando hoc jus obtinuerit, cujus nulla usquam vestigia in Jure leguntur, ut Hotomannus tidendos putet eos, qui ex *d. l. 14.* jus aliquod retractus colligendum docent, *comm. de verb. signif.* verb. *Retractus.* Sed non dat alium verbis idoneum sensum. Magis est, ut Jacobo Gothofredo ad *l. 7. C. Theod. de Contrab. empt.* adsentiamur, tempore Constantini Magni, aut circiter, ejusmodi Legem fuisse latam. Nam paulo ante contrariam adhuc obtinuisse, docet *l. 3. C. de Comman. rer. alien.* quæ est Diocletiani. Juris autem ejus abrogati vestigium reperit idem in Symmacho, qui illo tempore vixit, & qui *lib. 9. epist. 117.* meminit *πρετιμήσεως*, quam aliquis jure *consortii* exercere volebat. Sed in illa *l. 14.* reditum est ad jus vetus, quo liberum erat unicuique rem suam vendere cui vellet, sine cognationis aut consortii respectu. Adduntur in fine *d. l. 14.* hæc verba; *Nisi Lex specialiter quibusdam personis id facere prohibuerit*, quæ non extant in Codice Theodosii. Proinde adjecta esse a Triboniano, pro certo habendum; ne simul abrogatas putaremus species modo enumeratas, juxta eam, quæ est in *l. un. C. non licer. habitat. metrocom. loca sua ad extran. transf.* ubi *convicaneis* ejusmodi quoque privilegium tribuitur.

15. Nos eum Retractum, qui moribus hodiernis adhuc obtinet, prosequemur: qui ex tribus, inquam, causis oritur, Consanguinitate, Communione, Vicinitate. Jus retrahendi, quod datur consanguineis, secundum gradus sanguinis exercetur eosdem, qui in successione ab intestato servantur, per *verba d. Const. quos vocavimus per ordinem*, & quia non alius datur exitus in conflictu plurium cognatorum, ut etiam diserte comprehensum est *d. Art. 5. Tit. 12. Stat. Fr.* quod tamen ita videtur accipiendum, si res extra sanguinem alienetur; Cum enim hoc jus nitatur tacita prohibitione, ne res alienetur extra familiam, actio ad retrahendam rem, non nisi commisso casu alienationis extra familiam, usum habere potest, per *l. 69. §. 3. de Leg. 2.* juncta *l. 67. §. 2. eod.* Tiraq. *de Retract. §. 11. Glos. 6. n. 7.* Gail. *2. Obs. 19. n. 7.* Wissenb. *P. 1. Pand. disput. 36. th. 8.* nec aliter in Foro nostro servari puto, idque censuisse Curiam olim in *causa Friderici a Schwartzenbergh*, contra *Mariam a Schwartzenbergh*, testatur Nauta *Decis. 62.* Jus tamen repræsentationis hic non obtinere, sed gradum spectari, adeoque fratrem præferri fratris filio, dicendum videtur per *l. 3. §. 5. & 7. de Legit. tut.* Tiraq. *§. 11. Glos. 11. n. 1. seqq.* Quod si plures ejusdem sint gradus, non datur alius exitus, quam ut pro partibus admittantur, dividendis si res dividi queant, alioqui pro indiviso, ut recte post alios D. Wissenb. *ib. th. 8.* Quæ res cum obstatum Communionis rixosum odiosumque, minime sit favorabilis, videndum, ne non statuendum sit; Cognatum, qui simul est vicinus, cognato ejusdem gradus præferendum; quoniam duo vincula fortius adstringunt quam unum: & si recte ad argumentum retractus, ut fit a multis, refertur *lex 60. de Pactis*, sicut a nobis modo factum, id

inprimis ad hanc rem pertinet, quod cum cognatis præferantur Creditores, *l.16. de Re Judic.* si tamen cognati pariter sint Creditores, quod tum reliquis sint præferendi. An etiam qui prius de Retractu egit, præfertur? Ita Struv. *Ex. 23. th. 58.* Puto, si quis prior totum legis actum huic negotio præscriptum absolverit, alium ejusdem gradus non esse admittendum, verum eo, quod alter puncto temporis os suum in judicio prior aperuerit, eo non videtur alius idem jus habens excludi, cum primus nihil adhuc juris acquisiverit, idque servari puto. Denique, si res sit individua, sorti locum esse dandum, verius est, ut Struv. *ibid.*

16. Cæterum, liberos venditorum jure cognationis in retrahendo uti posse, non est dubium, * si nihil quam jus cognationis in illis spectandum veniat; si vero sint heredes Patris Venditoris, quia sunt eadem persona cum defuncto, eumque repræsentant, non possiunt simul esse Venditores & Retrahentes, hoc est rescindentes Venditionem. Vulgo aliter edisserunt, quasi heres retrahendo non agat contra factum defuncti, sed magis hoc approbet, dum se primi emptoris loco substitui petit, suoque proprio sanguinis, non hereditario jure, in retrahendo utitur, ut videre licet apud Sandium *l. 3. tit. 5. def. 7.* & Struvium *Ex. 23. th. 56.* qui & ipse dissentit. Utramque sententiam probabilibus niti rationibus, censet Thomasius *in Schol. ad Pos. 14. h. t.* Nos ad prius respondemus, id respectu Patris venditoris non male dici, respectu tertii esse veram rescissionem ejus, quod actum & cum emptore contractum est; quod heredi venditorem repræsentanti licere non potest; nec eo quod proprio jure se dicit uti, dum simul est heres, tertio præjudicare potest, non magis quam is, ad quem jure proprio sanguinis bona fideicommissaria, quæ a fiduciario possessore vendita sunt, pertinent, ea, si heres venditoris sit, retrahere & vindicare possit, *arg. l. 59. de R. J.* Valde fallor, si Compositores & Statutorum nostrorum hanc rationem nostram & diversam considerantes, *d. tit. 13. art. 5.* tollendæ controversiæ, non adjecerunt hanc exceptionem; *nisi Retrahens cognatus in effectu Defunctum repræsentet*, ex quibus verbis heredes, liberi & cognati, a retrahendo excludantur; dum liberi res a vivis parentibus alienatas retrahere non prohibentur, ut apud Sandium tractatur, *d. Decis. 7.* Sub liberis heic adoptatos non comprehendi, docet *arg. l. 76. D. Ad SC. Trebell.* & in Feudis, a quibus hic retractus originem sumsit, adoptionis commentum non admitti, constat ex *Cap. Adoptiv. Si de feud. defunct.* Legitimati naturales quo minus comprehendantur, nihil obstare potest, per *N. 74. c. 2.* Feminæ quoque sub *parentibus* sive consanguineis comprehendantur, *arg. Ll. de V. S.* cujus formula *si quis* utrique sexui communis est, etiam in *Constit. Friderici.* Continentur etiam sub familiæ appellatione simpliciter usurpata feminæ, *l. ult. de V. S.* nec aliter usus fert noster quotidianus, etsi non desunt qui secus observant: Struv. *d. Ex. 23. th. 58.* Perez. *tit. C. de Pact. int. empt. & vend.*

17. Quamvis autem, ne res sine conventione partium in Communionem incidat, haud levis in Jure cautio sit, quando tamen Retrahens pro parte solummodo jus habet, majore quoque in retrahendo effectu potiri nequit. Quare cum duo conjuges rem vendunt communem, Cognatus alterius dimidiam modo partem retrahere potest: Metus tamen idem communionis facit, ut si emptor partem empti prædii retinere nolit, Retrahens vel totum accipere, vel totum dimittere cogatur, per ea, quæ tradit Sandius *d. lib. 3. tit. 5. def. 5.* ex *arg. l. 33. verb. omnes.* junct. *ll. seq. & l. pen. de Ædil. Ed. l. 47. § Curator. de Minor.* Similiter, quando duo Conjuges, quorum alter est Cognatus Venditorum, emerunt, cognati reliqui, licet pro parte consanguinei conjugis ementis nequeant, alterius tamen partem retrahere non prohibentur, ut usu venit ac judicatum est, in causa *Saræ Noodt, uxoris Petri Languer, contra Esteram Noodt, uxorem Tiberii Lamberti Camp, instantia appellationis*, referente Nauta *d. 8. Jun. 1641.* Sed an hoc casu conjuges emptores, etiam

* *P. 2. C. El. 31.* liberis tantum in bonis avitis, quæ a majoribus ipsorum proveniunt, in denen Stamm Gütern, Jus retractus concedit, ‡ in aliis non æque. Carpz. *ad d. C. def. 10. & 14.* Moller. *ibid. n. 2.* In Saxonia autem communi, etiam in non avitis bonis hoc jus ipsis largiuntur. *vid.* Richter. *dec. 76. n. 42.* Struv. *S. J. C. Ex. 23. th. 58.* Pariter *d. Constitutio j. C. El. 32. § f.* solis liberis, non fratribus, aut reliquis collateralibus, hanc retrahendi potestatem tribuit. Carpz. *ad eand. def. 12.* extra Electoratum autem nonnullibi eam ad Collaterales extendunt. *a. L. R. l. 1. art. 34. 52.* Schilt. *ad ff. Ex. 30 § 138.* Colet. *dec. 23. n. 2.* Richter. *l. 1. n. 34.* Berlich. *P. 2. Concl. 39. n. 24.* in quam sententiam resp. *Fac. Jur. Lipsi. Mens. Aug. 1725.*

‡ Quæ sint liberorum & simultanee investitorum in subhastationibus circa Protimisin & Retractum jura, vide *O. P. S. E. I. & E. Tit. 40. § 3. in fine.*

petere

petere possiunt, ut Retrahens sibi totum prædium relinquat, aut ipsi totum accipiant, ut in specie præcedenti? Quanquam species valde sunt humiles, magis tamen est, ut hoic diversa sit ratio. Nam ista facultas, rem totam retinendi, aut in eum, qui partem retrahit, transferendi datur ei, qui totum emit, & contra quem retractus exercetur. Alter vero conjux emptor, qui non est cognatus venditoris, partem ipse duntaxat emit, ideoque non potest queri, se per retractum redigi ad partem loco totius accipiendam.

18. Quæstionem, quæ subjicitur Retractui consanguineorum, an remotior cognatus emptor a propinquiore retractum patiatur, *supra* jam occupasse videmur, hoc probato, quod jus Retractus gentilitii introductum, *ne res abeat extra familiam*, quem finem omnes agnoscunt, non habeat usum, nisi quando casus alienationis extra familiam committitur est: qui non committitur, si emptor gradu sanguinis licet remotior, sit ipse cognatus; cui accedit hæc ratio: In concursu vicinorum retrahentium, præfertur is, qui maxima ex parte vicinus est, ut ratione sanguinis, qui maxime cognatus est; Tamen si ex minori parte vicinus sit emptor, is, qui magis vicinus est, non retrahit; ut probat & judicatum refert Sandius *d. lib. 3. tit. 5. def. 9.* Ergo nec si emptor cognatus sit, alius magis cognatus habebit jus retrahendi. Cujac. 4. *Feud. 14.* Wissenb. *d. th. 9.* ubi & dissentientes, quos inter Struvius *Ex. 23. th. 60.* Quid de Statuto Frisiæ, *d. l. 1. tit. 12. art. 5.* dicitante, retractum ratione sanguinis procedere, *quem admodum Successio bonorum*, in qua remotior a propinquiore, licet potiorem, excluditur? Sed dic, ibi tantum agi de concursu retrahentium, non de casu, quo emptor est cognatus. Verba sic habent, agi de prælatione *d. § 5.* eorum, qui Retractum petunt, *art. præced.* De Sententia Curiæ ex testimonio Nautæ jam dictum. Recentioris hac parte decisionis Curiæ non memini. Sed in dicasteriis inferioribus, pro cognatis emptoribus sæpe judicatum, nec rescissum intelleximus, & rationes omnino prævalere videntur.

19. Secundam retrahendi causam ex *Const. Friderici*, diximus esse *Communionem*, sive, ut Imperator loquitur, *Societatem*, qua voce communionem sine conventione inter duos pluresve intercedentem intelligi, minime est insolens, ut *§ 3. Inst. de Obl. ex qu. Contr. l. 19. & l. 34. de Servit. rust.* Brisson. *de V. S. in verbo Socius*; eaque extensio multo magis heic valebit, quia Retractus ad situm & ad res ipsas pertinet, non ad præviam partium conventionem. Cum autem Jus Communionis hac parte vicinitatem præcedat, non est dubium, quin etsi emptor sit vicinus, qui tamen ejusdem rei partem pro indiviso tenet, (*gras in gras* ajunt nostri, i. e. *herbam in herba*, tignum in tigno,) præferatur in jure retractus. Fuit hac de re dubitatum apud columnam consultoriam, ut loqui amat Mornacius, variaque nostratium responsa quæstionem reddiderunt ancipitem, eo maxime, quod Statutum *loco supra citato* Societatis distincte non meminerit, sed communionem sub vicinitate complectatur; At postquam Statuti verbis non excludi prærogativam communionis, obtinuimus per rationes antea deductas, non potest amplius dubitari, quin socius vicino etiam emptori præferatur, suffragante inprimis favore communionis evitandæ, ac ita semel iterumque a Curia decisum esse meminimus *inter partes prænobiles:* etsi aliter Carpzovius *Part. 2. C. 31. def. ult.*

20. Sicut ergo sub vicinia status communionis latet, ita casus dari possunt inter communionem viciniamque intermedii. Exemplum est hujusmodi: Unius ædificii duo sunt domini, partis inferioris alter, & alter superioris. Dominus partis inferioris vendidit eam Tertio; Qui superiorem habet partem, vult uti jure retractus. Si emptor sit extraneus, nihil hærendum, quin recte; ad minimum enim pro vicino habendus, ac ad retractum ea gratia admittendus est. Quod si vicinus sit emptor, quæsitum est, an dominus superioris partis emptorem vicinum depellere possit; nam si pro vicino habeatur, emptor & vicinus pariter duplici vinculo nixus præfertur. Atqui Communio in illa specie proprie non vertitur; singuli enim suas partes habent discretas & demonstrabiles, *l. 36. de S. U. P.* nec etiam, ut apparet, vicini proprie habendi sunt. Medii generis statum inter communionem & vicinitatem haud absurde illos obtinere dixeris, quia ad neutrum referri possunt. Sed tamen in causa Retractus, cum partes separari nequeant, magis est, ut hæc species referenda sit ad communionem, adeoque præferendus sit superioris ædium partis dominus emptori simpliciter vicino, ac ita consultus ante aliquot annos, casu in hac civitate extante, respondimus.

21. De Tertia causa, *Vicinitatis*, toties delibata, parum, etsi in loco jam suo, dicendum superest. Si neque sint Cognati venditoris, nec socii in re vendita, qui petunt, retractum, vicini propter

pter mutuam civium ex commoditate ſitus utilitatem, Retractum inſtituere poſſunt, & ſi plures vicini concurrant, ad evitandam communionem, qui ex majori parte vicinus eſt, præferendus videtur, ut probat Sandius *3. 5. 9.* Quippe diſcrimen etiam modicum ad incommoda Communionis profliganda ſufficere debet. Verum ſi minor vicinus pariter ſit emptor, utriusque juris concurſus fortior eſt, quam primitiva latitudo vicinitatis, ideoque ſi ex minori parte vicinus ſit emptor, major vicinus ad retrahendam non admittitur, *d. def. 9.*

22. Sequitur articulus, in quibus contractibus, & rebus, locum habeat Jus retractus. Fridericus in ſua Lege demonſtrat Venditionem, Emphyteuſin, & Locationem. Ab hac autem parte Legis Friderici, moribus ferme receſſum eſt, nominatimque Statutis Friſiæ ſoli *venditioni* jus Retractus eſt impoſitum, *d. l. 1. tit. 12. art. 1.* Nec enim utile eſt, libertatem Contractuum, quibus dominii mutatio perpetratur, latius extendi. Cum etiam Venditio ſit contractus judicii ſpecialis, non placet in venditione hereditatis, quæ juris potius quam corporis eſt, admitti Retractum, ut probat & judicatum refert Sandius *d. t. 5. Def. 2.* idemque poſt tempora Sandii Curiæ placuit, in cauſa ſuperius dicta *Friderici a Schwartzenbergh, contra Mariam ejusdem nomine, teſte* Nauta *Deciſ. 64.*

Ob eandem rationem non fit retractus, in venditione jurium redituumque e bonis immobilibus provenientium, quia Retractus ad Corpora ſitumque rerum ſpectat, ut videre licet apud eundem Sand. *d. t. 5. Def. 3.* ubi Species quidem fuit, an reditus ex fundo a domino fundi emptore, per cognatum retrahi poſſit; Sed ratio præcipua petita eſt inde, quod res immobiles ſint materia Retractus. Grotius *Introd. l. 3. c. 16. n. 16.* tradit quaſi ex jure communi, quod in omni venditione Redituum ex certo prædio, Dominus fundi retractum habeat, ſi venditio prius ipſi oblata non fuerit: Idemque jus tribuit Debitoribus, quorum nomina venduntur aliis, *n. ſequ.* Grœnewegius id probat ex *l. 22. C. Mand.* ſive Conſtitutione Anaſtaſii; quæ in effectu debitoribus hoc jus dare videtur; ſcilicet oblato eodem pretio, nomen ſive æs alienum ſuum ut redimere poſſint. Dominum fundi, ex quo Reditus debetur, illi etiam ut debitorem conſiderant, qui emptori Reditus, eandem ſummam offerendo præferri poſſit; Non abhorret equidem ratio, nec Statuta noſtra id recuſare videntur, dum ajunt, Retractum habere locum in contractu venditionis, juxta tertiam proclamationem, *t. Stat. 12.* Atqui reditus annui quoque venduntur & ter proclamantur, *tit. 11. art. 6.* Sed Rubrica *tit. 12. Stat.* Retractum ad res immobiles reſtringit, & Retractus ad corpus & ſitum ſpectat, inquam. Magis igitur eſt, ut nec dominus fundi, nec vicinus, nec cognatus Reditum annuum retrahere poſſit, quo & Sandius inclinat, & uſus fert, *d. def. 3. § 1. & ſub fin.* Nec argumentum Anaſtaſianæ Conſtitutionis ad hanc rem ſufficit; cum Reditus ille ſit jus in Re ſitum, non obligatio vel nomen, de quo in *d. l. 22.* tractatur.

Quando venditio eſt ipſo jure nulla, Retractus, cum ad effectum aut certe ad ſequelam venditionis pertineat, non procedit, utique ſi venditor rem, ut in irritum cedente contractu, retineat. Verum ſi non obſtante vitio, contrahentes ad implementum contractus procedant, non fuerit emptoris juſta ratio, dicere contractum non valere; quia tunc voluntate partium fit translatio poſſeſſionis, & titulo quamlibet vetito, ſequi poteſt alienatio, a qua retractus amoveri nequit, ut rurſus apud Sand. *d. tit. 5. Def. 4.* Sed plus eſt dubii, in cauſa deciſionis *eodem tit. ſexto*, ubi quæritur, an Emptor & Venditor, animadverſo, cognatum aut vicinum parare Retractum, per contrarium conſenſum ab eo recedere poſſint, ut retrahenti rem intercipiant. Momentum rei pendet exinde, quando natum ſit jus retractus, venditione conſenſu perfecta, an traditione impleta, niſi detur adhuc medium; Quippe Moribus gentium, noſtræ nominatim, Venditiones rerum immobilium publice ſunt promulgandæ, idque vel ante traditionem, vel poſt eam celebratur. Noſtris ita placuit; Poſt inchoatas proclamationes, jus retractus eſſe natum, ideoque venditorem & emptorem dein recedendo a contractu, retrahendi ſuum jus intercipere non poſſe, *d. t. 5. def. 6.* Ex juris ratione dicendum videbatur, magis eſſe ut tempus traditionis ſpectetur: Etenim ſi poſſeſſio translata, resque ad alium dominum venerit, jam retractus habet ſuos terminos, & exerceri poteſt, more legibus præſcripto. Non facta traditione, libertas emendi vendendi, vel *non* emendi vendendique, nusquam reſtringitur, nec jus tertii tuturum, quale jus retrahendi eſſe conſtat, eam libertatem impedire poſſe videtur.

Poſtremo ad obſervationem tituli, quo res alienatur,

lienatur, pertinet casus, si emptor simulaverit, sibi esse donatum, vel legatum, cum animus esset emendi atque vendendi. Nihil quidem agitur inter ipsos contrahentes ad dominium acquirendum, sed venditor rem, & pretium emptor perdet, ut Fisco applicentur; Verum Fiscus iis, qui retrahendi jus habent, conditionem suam præstat. Hæc ita, si juramentum fuerit delatum, & emptor ac venditor perjurii sint convicti. Si absque jurejurando detecta sit fraus, emptor quidem irritus est cœpti, sed venditor invitus Retractum cognatis aut vicinis permittere cogitur, ut docet Fridericus *d. Const. vers. Idcoque illi.* Idque sine dubio servatur. Paulo ante Fridericus Imperator Retractui exemerat donationes, tam simplices, quam nuptiales, & mortis causa, Dotes, Transactiones, Permutationes, etsi hæc alioqui propius ad emptionem venditionem, quam Locatio conductio, cui Retractum tribuit, accedat. De casu dubio inter emptionem & permutationem, exemplum ad usum Retractus habuimus *in tit. de Contrab. empt. n. 6* Inter hujusmodi casus habita est etiam hæc Quæstio: Cum pretia rerum soli, nostris diebus horribiliter decrevissent; accedit in regione *Doniaverstal*, cujus tum Prætor erat Vir Nobilissimus *Guilielmus* ab HAIREN junior, a quo super hac specie consultus fui: Accidit, inquam, ut Paterfamilias, quo se liberaret censu & tributis agro impositis, quibus deserendo agrum, si aliunde habeant, eximere se possessores ne queunt; ut publice proponeret agrum transferendam in eum, qui non solvere maximum, sed accipere minimum vellet pretium, una cum agro. Licitatore invento, eique fundo cum pecunia addicto, (emptionem illi vocabant,) alius Retractum instituebat; Quærebatur, an competeret jus retrahendi. Respondi, non videri competere; quia non erat emptio venditio, ubi pretium erat nullum. Pecunia quippe juxta fundum, erat potius merx quam pretium. Contractus erat innominatus, do ut facias; do fundum & pecuniam, ut tu feras census & tributa. Ejusmodi conventionem non admittere Retractum, palam est.

23. Sequitur Actio & modus, secundum quem Retractus fieri debeat, qui a Friderico speciatim non est præscriptus, nisi quod ab Emptore denunciatio exigi videtur ad eos, qui jus retrahendi habeant, ut intra XXX. dies solvant pretium sine mora, quantum emptor sine fraude dederit, intra quod spatium 30. dierum si non solvatur pretium, jus προτιμήσεως amittitur, nisi justa causa fuerit, ut absentiæ Reip. causa, captivitatis, exilii, minoris ætatis, quibus impeditis intra quatuor menses solvere licet pretium cum usuris & expensis necessariis. Imo quibuslibet absentibus, etiam privatis ex causis, datur hoc quadrimestre laxamentum, *d. Constit. vers. Sin autem.* Quid igitur, si denunciatio non fiat, an 30. diebus vel 4. mensibus finietur jus Retractus? Haud ita videtur; diserte enim hoc temporis spatium denunciationi applicatur; unde si nulla denunciatio facta, sed emptio venditio privatim celebrata sit, vel publice saltem, ut est moris hodierni *promulgata* non fuerit, jus retractus per totos triginta annos durare statuendum est, quo faciunt ea, quæ tradit Sand. *d. tit. 5. def. 5.* Nec satis sciam, an ex *dicta Friderici constitutione*, venditor aut emptor ad denunciandum iis, qui retractum habent, teneatur. Magis est, ut ad securitatem possessionis suæ, jusque Retractus aliquando peremptorie excludendum, hæc denunciandi facultas ei detur, non ut necessitas imponatur.

24. Paulo secus hodiernis moribus consultum est, alibi aliter ac alibi. Sic apud nos obtinet. Emptor venditionem factam tribus vicibus, in judicio & in Ecclesia, sacris peractis, promulgat, ad impetrandum Judicis consensum & præceptum. Juxta tertiam promulgationem in judicio faciendam, potest cognatus, consors, aut vicinus, profiteri suum retractum, oblato emptori pretio, cum usuris expensisque, de quibus constat, necessariis. Si quæ sint ignotæ, aut illiquidæ expensæ, potest offerre solutionem judicis arbitrio; si emptor oblatam pecuniam recuset, retrahens eam apud judicis officium deponere & obsignare debet, nisi absente forsitan emptore, nec ullo se nomine ipsius opponente, tum sufficit, oblationem factam in acta publice referri, t. *Stat. Tit. 12.* Sand. *d. t. 5. def. 1. & 5.* Post promulgationem tertiam, Retractus nullum amplius habet locum, sed dominium irrevocabiliter emptori adjicitur, ut nec in integrum restitutio propter ætatem aliamve causam recipiatur, *d. t. 12. art. 3.* ne quidem ob dolum, ut judicatum refert Nauta *Decis. 72.* Quod tamen non excludit, quo minus ob dolum, adversus emptorem in id quod interest agi queat, quia perpetua est pro bonis moribus, in pœnam doli actio, & exactio.

25. Debet autem ipse retrahens, aut alius speciali ipsius mandato, in scriptis proferendo, retractum obire, generali mandato, etsi Clausulis

efficaciſſimis munito, neutiquam ſufficiente, nec etiam ratihabitione deinceps ſubſecuta, per *l. 24. ff. Rem rat. hab. l. ult. D. Quis ord. in bon. poſ.* Sand. *d. t. 5. Def. 12.* nec obliviſcendum, duas heic notabiles tradi exceptiones: Unam ab hac regula, quod generale mandatum ad ſingulos actus ſufficiat; Alteram, ab eo, quod ratihabitio ad principium cujusque actus retrotrahatur. Cæterum, maritus nomine uxoris Retractum inſtituens, nihilo magis eget mandati, quam Tutor vel Curator pupilli atque minoris: ut Curia noſtra judicavit in ſuperiore cauſa *Duringhii* contra *Bosbuſium, die* XVI. *Jul. 1642.* Stricte alioqui forma lege præſcripta ſervari debet, quatenus fieri poteſt, Sand *d. tit. def. 1. in pr.*

26. Oppoſitione facta, quaſi vel jus retractus non competat, vel rite non inſtituatur, partes in continenti litem conteſtantur. Retrahens cauſam ſui retractus exponens, petit ſibi rem adjudicari cum fructibus, eo quod intereſt, &c. quæ actio non eſt ſimpliciter in perſonam, quia non datur ex obligatione, nec etiam in rem, quia nullum jus in re comparatum eſt Retrahendi, ſed eſt actio ex lege in factum, eademque in rem ſcripta, quatenus contra quemlibet emptorem ac poſſeſſorem inſtituitur, maxime ſi venditio promulgata non fuerit, ut *ſuperius* dictum, & juxta alios omnes a Gailio probatum *l. 2. def. 19. n. 6. & 7.* Si retrahens etiam poſtea cognoſcat, rem eſſe minoris venditam, quam in inſtrumento venditionis, ad abſterrendos retrahentes legitur expreſſum; dabitur ei condictio ſuperflui, vel deductio, ſi primam modo penſionem, ut fere pretia ſolvuntur annua, bima, trima die, reſtituerit emptori. Quin ſi juxta retrahendi actum certæ ſit probationis, tanti rem non eſſe venditam, plus quoque in judicio redhibere non cogitur. At ſi præſumptione ſola fraudis offerat minus, quam promulgatum eſt pretii, proteſtans reliquum ſe additurum, niſi probaverit mendacium, deinde ſi in hac probatione defecit, non poteſt ſupplere quod expreſſo prerio defuerit, ſed retractus in irritum cedens nullus declaratur, ut judicatum refert D. Saekma notis *MS. ad d. tit. Stat. 12. art. 7.* in cauſa *Alberti Petri* cum uxore, contra *Annam Johannis*, ante ferias natalitias 1612.

27. Quod ſi emptor quasdam conditiones cum venditore reticuerit, easque dein a retrahente petat impleri, fruſtra contender ad implementum ejus, quod ab initio non fuit profeſſus, ad quod ipſe non minus tenetur, quam retrahens præciſe compellitur ad offerendum, quod publicis inſtrumentis fuit comprehenſum, ut judicatum apud Sand. *l. 3. t. 5. def. 11.* Quæſitum eſt, ſi venditor pretium infra juſtum valorem profiteri ſe dixit, reliquum ſeſe emptori velle donatum, cauſa donationis expreſſa, an retrahens offerendo pretium a partibus in venditione declaratum, ſatisfaciat? Dicendum putavi, poſſe, ita tamen, ut ſimul offerat, quod ex vera, non ſimulata cauſa donatum probetur, usque ad juſtam rei æſtimationem, boni viri arbitratu. Nec enim ut ultra valorem prætextu donationis alienæ ſolvat, adigi, nec a retractu tali adjectione repelli poteſt, ut e Friſia orientali conſultus reſpondi, *Idibus Jul. 1688.* Alias quæſitum, an venditor ſe retrahenti opponere poſſit, hac ratione, quod ſolvendo non ſit. Reſpondi, proteſtationem hac gratia dictari poſſe, & addictionem ſuſpendi tantiſper, donec retrahens caverit, aut ad cavendum ſe non teneri, probaverit. Nullum eſſe retractum, propterea quod cautio non fuiſſet oblata, neutiquam videri; cum ejus oblatio Statutis non injungatur, neque de jure ſemper ſit neceſſaria.

Cauſæ oppoſitionis, quæ datur emptori, cujus inprimis intereſt, plures dantur, quæ ex ſuperioribus colligi debent. Addendum iis, ſi retrahens non pro ſe, verum pro alio venditionem reſcindere velit, cujus rei veritatem jurejurando quoque adſeverare debet, per *dictam Friderici Conſt. verſ. Idem illi.* Denique tertius, qui ſe potiore jure *προτίμησιν* habere contendit, facere debet eodem tertiæ promulgationis momento, ut in judicio adſit, ibique præſtanda præſtet eadem, quæ *ſuperius* commemorata ſunt. Conflictu inter retrahentes orto, fit etiam litis conteſtatio, disceptatione ſententiaque ordine peragenda. Quoniam vero præciſe apud tertiam promulgationem, nec aliter fieri poteſt retractus, ſequitur, eodem tempore jus hoc finiri, quod promulgationi eſt præſtitutum: ſuppoſito, illam eſſe factam, ſicut fieri debet, intra annum vertentem a venditione celebrata. Qua in re ſi emptor legi non ſatisfaciat, a retrahente compelli poteſt, velut ſi duabus promulgationibus factis, tertia ſupersedeat, vel nullam intra tempus legitimum fieri curet, Sande *d. tit. 5. def. 17.* Dubitatur, an ante tempus elapſum, a retrahente cogi poſſit emptor ad promulgationes faciendas copiamque retractus faciendam? Non videtur, quia nemo ante lapſum termini

termini legalis est in mora, nec emptor ob id quod alterius interest, sui juris facultati renunciare cogitur. Secus tamen a Curia Suprema judicatum esse, refert Nauta *in Decis. Ms. 97.* in causa *Sixtinæ & Idæ a Camminga, contra Lasium a Glins 27. Oct. 164..* Rationem addit Nauta, quod emptor habeat in arbitrio, venditionem in principio, medio, vel exitu anni promulgandi, cumque retractus sit reciprocæ præstationis, retrahentem æque ad ejusmodi arbitrium esse admittendum, maxime cum Venditor alioqui retrahentem repentina promulgatione prævenire possit. Verum hæ rationes, in thesi vix est, ut sufficiant, quia jus arbitriumque emptoris clarum & legibus datum est; de Retrahente nihil hactenus, nec is ejusdem contractus vinculo cum emptore continetur, sed ex nova lege rendit ad rescissionem contractus, in quo ipse potius stricto jure, quam largiter habendus erat. Posse tamen justam urgendæ & exigendæ promulgationis causam dari, non est negandum, velut si emptor ante lapsum anni aliquid novi in re vendita, quod retrahenti displicet, instituat, aut re abutatur, vel partem ejus vendat, non modo prohiberi potest, sed & cogi ad promulgationes faciendas.

28. Dantur & casus, quibus retrahendi jus amittitur, qui tres omnino esse videntur, Ingratitudo, Consensus, Præscriptio. Ingratitudinis eædem species a Friderico recensentur, propter quas donationem jure Civili revocari constat. Sunt autem hæ, *si quis atroces injurias, vel manus impias, venditori vel ejus famiiæ intulerit, vel substantiæ ipsius gravem jacturam molitus sit, vel ejus vitæ struxerit insidias.* Has species Imperator juri Retractus simpliciter applicat, ut eas restringere ad speciem Retractus gentilitii, lege tacente, non sit nostrum. Sed de usu harum ingratitudinis causarum nihil unquam in foro intellexi. Et quia Constitutio Friderici pro jure communi recepto, in doctrina retractus non habetur, etiamsi probabilis sit ingratitudinis pœna, ne quis pati cogatur, ut hostis suus invito se, bona, quæ ad amicos homines transire cupit, sibi vindicet, sine nova Lege vix est, ut hanc constitutionis partem usum obtinere statuamus.

Secunda Causa, est consensus retrahentis, qui juri suo proculdubio renunciare potest, tam expresse, quam tacite, patiendo tempus elabi vel promulgationes fieri, quin etiam instrumento venditionis subscribendo, aut totum perscribendo, ut videtur, *arg. l. Fidejussor. 26. de Pign. l. 2. C. Si res al. pign.* nisi diversa subscribendi causa liquear, ut si tanquam testis subscripserit, per *l. 39. de Pign. act. l. 34. § Lucia Titia. 2. de Leg. 2.* Sand. *d. tit. 5. def. 8.* An contrario venditoris emtorisque consensu retractus amittatur, superius tractatum est, de quo adhuc vide Struv. *ex 23. th. 66.* Uti & ultima retractus amittendi causa, quæ est præscriptio, satis exposita est in *superioribus.* Summa hæc est; Friderici Constitutio habet mensem, vel pro absentibus quatuor menses, post denunciationem; Nulla denunciatione facta, videntur esse anni XXX. ex jure communi: & hoc obtinere videtur, quoties nullum tempus certum in Statutis exprimitur; quam Tiraquelli sententiam cur plane absurdam vocet Gailius, *2. obs. c. 19. n. 12.* causam non video. Nostris ita sane placuit, apud Sandium *3. 5. 13. in med.* meliori jure quam vulgo, tempore non expresso, annum & diem intelligi. * Si jus hoc est commune, ut Gailius ait *d. loco*; ex moribus erit, ut *n. 14.* adfirmat, non ex jure, opinor, certo communi. Quid apud nos hac parte juris obtineat, non repetimus dictum *supra.*

Cessat adhuc jus Retractus apud nos in Venditionibus, quæ fiunt executionis causa rerum judicatarum, ** nulla quidem Lege Speciali; sed quia post ultimam addictionem nullæ fiunt proclamationes, quæ in his venditionibus præcedunt addictionem postremam. Cum enim Statutum

* Nostra quoque *C. 32. P. 2.* § Wo aber. hoc Jus intra annum vult exerceri, quod de anno Civili, sine additamento Saxonico, debet intelligi. *fac. Dec. El. 11.* Carpz. *P. 2. C. El. 32. def. 4.* In communi autem Saxonia in allodialibus hoc Jus anno demum Saxonico præscribi testantur Richter. *Dec. 76. n. 14. seq. j. n. 159.* Id. *vol. 2. Cons. 243. n. 23. sq.* Berlich. *P. 1. dec. 115. n. 6. seqq. j.* Zobel. *P. 2. diff. 37.* Atque hic annus currit a tempore venditionis, non traditionis. Moller. ad *d. C. 32. n. 4.* Carpz. *adeund. def. 3.* Lyncker. *dec. 506.* Jus tamen retractus, quod liberis in bonis avitis, *C. El. 31. P. 2.* concedit, si modo bona avita nondum fuerint tradita, non lapsu unius anni, sed 31. ann. 6. sept. & 3. d. demum expirare, præjudicio confirmat Carpz. *ad d C. def. 12.*

** Jus retractus liberorum in bonis avitis, in Electorali Saxonia non tantum facta subhastatione & adjudicatione, Lyncker. *dec. 964.* Philipp. *de subhast. c. 4. comm. 15. n. 6. sq.* sed etiam post traditionem rei venditæ judicialem, & resignationem dominii, deficit, *P. 2. C. El. 31.* ibique Carpz. *def. 12. & 13.*

non admittat Retractum, nisi apud tertiam proclamationem, sequitur, illam non habere facultatem, ubi nulla omnino fit promulgatio, sed addictio peremptoria, & resignatio judicialis, quo facit quod ad posit. 26. notat Thomasius.

SCHOLIUM.

Jure Electorali Saxonico statutum est, quod post resignationem judicialem non sit locus juri retractus. Carpz. P. 2. C. 31. def. 13.

Tit. VI.

De Periculo & commodo rei venditæ.

I. Translatio rerum immobilium judicialis, quo pacto fiat hodie. II. Eam ne hodie quidem requiri ad perficiendam dominii translationem. III. Ratio singularis, cur periculum rei venditæ ante traditionem emptori incumbat. IV. Non esse receptum in Foro contrarium, nec specialiter in Frisia, etsi aliter D. Wissenb. V. Casus diversi juris exceptionum. VI. Periculum ratione culpæ. VII. Quotuplici temporis spatio periculum spectetur. VIII. Quid si res ante Venditionem perierit, tota vel pro parte. IX. De commodis rerum venditarum.

Argumentum hujus tituli, quantum ad paratitlarem notitiam requiritur, pæne consumptum est in *Part. I. pag. 321. & seqq.* Ideoque non erimus heic copiosi. Pendet hæc res a consideratione perficiendi aut implendi contractus. Equidem perfici Venditionem consensu, impleri traditione, sic satis constat: Moribus autem hodiernis accedere solet mancipatio in Jure, sive Traditio & addictio rei apud acta judicii, soluto Reip. nummo *quadragesimo*, vel ut apud nos, *quinquagesimo sexto*; Scilicet in rebus immobilibus; Nec earum alienationem dominiique translationem aliter fieri, quam si *coram Lege loci* transferantur, nisi facta sit testamento, familiæ erciscundæ judicio, pactisque antenuptialibus, tradit ex recentioribus D. Voetius *ad tit. I. ff. de Emt. Vend. n. 7.* Complexus est hanc sententiam Grotius his verbis; *Immobilia, veluti domus & agri, olim in multis Hollandiæ locis pro traditis non habebantur, nisi translatio facta esset in Judicio loci, in quo sita erat res soli vendita. Translatio aliter facta, nullius momenti erat. Atque hoc jus a Carolo V* commune *per has Provincias* factum est, Edicto *die 9. Maj. 1529. Cui instituto accessit* ab Ordinibus, ut translationes in Acta referantur, *& si venditæ vel permutatæ res sint, nummus quadragesimus Fisco solvatur, lib. 2. Introduct. c. 5. n. 17.* In Frisia tamen Edictum illud Caroli V. non est receptum; etsi observatio ab antiquo non fuit inde abhorrens. Translationes rerum immobilium, ter in Ecclesiis & Judicio solenniter promulgantur, quæ promulgationes *Booden*, id est præcepta, vocantur, quibus finitis, sequitur Consensus Magistratus, qui rem *addicit* emptori, liberamque relinqui possessionem præcipit, aliisque omnibus rem interdicit, idque veteres Frisii *Verdeban*, sive *Vredeban*, hoc est Interdictum Pacis, appellabant; quod nomen quidem obsolevit; rem ipsam cur Herbajus noster *cap. 18. rer. quotid.* testetur penitus esse abolitam, cum Magistratus adhuc formula verborum haud dispari utantur, non admodum video. Quid enim aliud hæc verba sibi volunt; Consentimus *& decernimus liberam rei venditæ possessionem, abs-runque manus omnium abdicamus*, wylen aller handen af? Pro consensu, sexta & quinquagesima pretii pars solvitur, & tantundem vectigalis ob alienationem. Si quis sine tali consensu rem soli per annum possederit, is eam rem amittit, tribus partibus Fisco, quarta Judici addictis. Cui tamen Commisso quinquennii possessione præscribitur, *d. tit. II. art. 1.* Solita quoque est Curia possessores intra quinquennium interpellatos, admittere ad compositionem, ex æquitate, causa cognita, ut pluribus exemplis probat D. Sackma in *not. MSS. ad d. art. 1.* Quin si maxime res cedat in commissum, vel etiam, si componatur, hoc tamen agitur, ut jus tertii salvum sit; adeoque proclamationes, ut Retrahentibus copia juris exequendi detur, fient, arg. ejus, quod ex *Constit. Friderici lib. 5. Feud. tit. 13.* superius probatum est; idque sæpius a Curia sic esse judicatum, idem D. Sackma testatur *d. loco.*

2. Nimis pinguem sequuntur philosophiam, qui actus illos judiciales ad Dominii translationem putant esse necessarios. * Cum enim Jure Gentium ne traditionem quidem ad dominium trans-

* Apud nos tamen immobilium dominia non aliter, quam judiciali eorum traditione, transire monitum est supr. *P. I. p. 121.* add. Carpz. *l. 1. Resp. 102.*

transferendum esse necessariam, probatum sit alibi, *l. 4. Digr. c. 8. & seqq.* non est probabile, Gentes hodiernas, quæ in plerisque se propius ad simplicitatem Juris Gentium, quam Romanis visum, adhibuerunt, supra Traditionis actum, tot tantasque solennitates ad ipsam Dominii translationem putasse requirendas. Quin ipse Græwegius, novi juris alioquin auctor facillimus, *ad tit. Inst. de Contrab. empt.* docet, ex proœmio dictæ Constit. Carolinæ liquere, quod requisitum solennitatis judicialis tantummodo *in Creditorum gratiam* sit introductum, *ne clandestinis traditionibus jure suo frustrentur*; adeoque non ad perpetrandam Dominii translationem; quod nihil vetat actu privato Traditionis esse acquisitum, sub lege tamen amittendi rursus dominii, si reliqua Legis requisita non serventur: Atque hanc rationem apud nos valere, non est dubium. Promulgatio & addictio judicialis, tam varias & notabiles ob causas introducta est, ut ad dominii translationem perficiendam nihil opus sit adfirmare eam esse receptam. Publice enim & privatim interest, translationes immobilium rerum innotescere; *Publice*, ne quid tacita fide adjiciatur in fraudem civilium munerum; *privatim*, ob jus Gentilitium, quod Retractum appellamus, ut disserit Herbajus, *d. cap. 18.*

3. Periculum ex casu fortuito sequi Dominii causam, notum, & alias dictum est ex *l. 9. C. de pignor. act.* Secundum quam regulam, simplicissimæ juris gentium rationi convenientem Venditæ rei periculum quatenus a casu pendet, Venditori, quippe adhuc Domino, incumbet; Cui enim res alii quam domino suo periret: cui potest imputari Θεῦ βία, vis Divina, unde casus fortuiti proficiscuntur, & quam pro se quisque patienter ferre debet? At ea regula cur heic cesset, in *tit. Inst. de Empt. Vend. n. 9.* exposuimus; Sed illa quoque sepositi, non est de nihilo, quod Thomasius in Scholio *ad pos. t. h. t.* ex supra dictis repetit, si in consideratione juris Gentium subsistas, periculum in hoc negotio ab ipsa Dominii causa pendere, nec opus exceptione esse videri. Nam per venditionem consensu factam, Dominium jure Gentium transferri, adeoque per solam conventionem, sive declarationem de jure in alium transferendo, probatum a nobis est in *Parte I. pag. 119. & prolixius in lib. 4. Digress. c. 8. & seqq.* Quod igitur Juris Romani auctores ad Dominii translationem requirunt Traditionem, ultra illam hypothesin non opus est, nec debet extendi: In aliis capitibus sequi possunt juris Gentium rationem, quæ cum supponat, Dominium conventione transferri, ad alios dominii effectus nihilo plus opus est. Ferre periculum est effectus Dominii; hoc per conventionem jure naturali habet suam perfectionem, Ergo suppositâ conventione, per quam id agitur, ut dominium transferatur, translatio periculi conventionem sequi debet. Sive igitur hac utaris ratione, sive ad exceptionem hunc casum referas, nihil est certius, quam Rei Venditæ nec dum traditæ, periculum ad emptorem pertinere, *l. 8. h. t.*

4. Quod jus non modo secundum Leges pro certo habetur, etsi dissentit Cujacius *tract. ad Afric.* de quo Wissenbachius *heic num. 27.* & nos *tit. Inst. de Contrab. empt. n. 9. & seqq.* Sed etiam ex crebriore sententia Pragmaticorum usuque forensi, teste Græwegio ad *tit. Inst. de contrab. empt.* ubi de sententia Curiæ Hollandicæ. Bekmanno ad hunc *tit. obs. pract. n. 57.* dissentire quidem videtur Mornacius ad *l. 11. de Evict.* sed argumentis & exemplis parum ad rem appositis. Enimvero quod Wissenbachius noster scripsit in *d. th. 27.* se audivisse, Curiæ Supremæ Frisiorum placuisse sententiam, quod res vendita ante traditionem pereat Venditori, nollem alii arripuissent ad probandum, in Frisia, quod ad hunc articulum, esse recessum a Jure civili; quo nihil a vero alienius. Non accidit quidem, ut exemplo rei judicatæ interfuerim: Sed ex adsiduis eorum, qui in exedris fori primas tenent, sermonibus & consiliis nunquam aliter animadverti, quam usum ita ferre, quemadmodum heic in *l. 7. 8. & 16. in l. 34. § pen. de Contrab. empt. l. 5. § 2. de Rescind. Vend. l. 11. de Evict.* habetur, & nos posuimus. Nominatim in hac sententia conspiratum est in frequenti consultatione, quam ante aliquot annos instituit *Jurisdictus Femenia* Civitatis hujus Decurio, qui, cum mense Januario vendidisset prædium kalendis Maji tradendum, cujus domus & horrea mense Martio igne cælesti arserant & consumpta fuerant, Emptor ædium horreique æstimationem de pretio deducere volebat; Responsum est ab omnibus fori Primoribus, interque eos a Viro Amplissimo nostræque praxeos peritissimo Antonio KANN, Procuratore Frisiæ Generali; Non dari a pretio deductionem ex incendio ædium venditarum nec-dum traditarum, sed hoc damnum emptori esse infligendum. Testimonio D. Wissenbachii nihil detrahimus; Sed hoc scimus, de Curiarum Decisionibus

cisionibus non esse ex auditu judicandum; nec quidem tuto semper ab aliis, quam qui interfuerunt.

5. Non est mirum, aliquas ab hac sententia dari exceptiones, quibus omnes in jure definitiones subjectæ sunt, *l. 202. de R. J.* Duodecim exceptiones enumerat D. Voetius *ad tit. I. de Contrab. empt. § 3. num. 2.* At si tu regulam ponas, ut debet, plerique Casus a regula sunt alieni, & per ipsam dijudicantur. Regula est; Re certa corporali, (talem esse oportet, ut periisse dicatur,) pure vendita, si ante traditionem casu fortuito pereat, damnum id emptoris esse. Non pertinet igitur ad hanc regulam casus; si res in genere sit vendita, quem primum excipit D. Voetius: etsi talis venditionis exemplum mihi nondum occurrit, nec in textibus ab illo citatis reperitur, non sane in *l. 14. § 1. h. t.* ex qua Voetius & Struvius ad *h. tit. n. 99.* probant rei in genere venditionem. Sic ait textus: *Materia empta si furto perisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo, respondit.* Materia est rude lignum, trabes, ut in *fine Legis*, res in specie certa, quia furto perire dicuntur; Res in genere, contrectari qui possit? Cur ergo Paulus ait, periculum emptoris esse demum, si res tradita sit? quia furtum non fit sine culpa possessoris, *arg. § 13. & seqq. I. de Obligat. ex del.* & de culpa Venditor tenetur, ut jam respondimus *ad d. tit. I. num. 10.* Major usus est in venditione rei unius incertæ ex pluribus certis, alternativa; tunc enim utraque pereunte, periculum quidem est emptoris, ut alias: Sed altera extincta, damnum venditoris est, *l. 34. § 6. de Contrab. empt.* Verum & hic casus a regula, ut apparet, est remotus. Perinde habet, ac si quantitas, sive res ad pondus, numerum atque mensuram vendatur: ejus enim periculum ad emptorem non spectat, nisi post admensionem, adpensionem, vel adnumerationem, *d. l. 35. § 5. de Contrab. empt.* Secus si id genus merces *per aversionem* vendantur, hoc est, omne quantum est, *d. l. 35. § 5.* Rationem dicti, per *aversionem*, vide sis in *part. 2. Digress. lib. 2. c. 11.* Non est etiam exceptio, si venditio sub conditione contracta sit, quo casu periculum, ante conditionem existentem pertinet ad venditorem, *§ 3. in pr. l. l. 8. h.* Regula enim est de Venditione pure contracta. Multo minus exceptio est, si res culpa venditoris, aut post moram perierit, vel ex justa causa a tertio evicta sit. Regula enim de casibus fortuitis loquitur. Non est inutilis de his casibus admonitio; Sed ratio vult, ne casus a regula seorsim positos, cum exceptionibus a regula confundamus. Sunt tamen, quos vere exceptos casus appellare queas; si convenerit, ut venditor usque ad traditionem, rei periculum in se recipiat, sive ante sive post venditionem perfectam, *§ 3. l. d. t. vers. Sane. l. 10. h. t.* Alia est exceptio, si merx, cujus valor a gustu pendet, vendita sit ea lege, ut degustaretur, & degustata sit, eo casu substantiæ quidem periculum universæ ad emptorem, nisi ad mensuram vendatur, (qua de re diximus) qualitatis & corruptionis ad emptorem spectat, *l. 1. & l. 4. § 1. h. t.* Est denique & hic casus exceptus, aut similis exceptioni; Si venditor dominium sibi post venditionem perfectam & rem traditam reservarit, de quo casu frequenti, & magni usus, actum est in *fine tit. de Contrab. empt.* quin & latius ille casus, quam Regula, patet; hæc enim de periculo ante traditionem concepta est; illud pactum etiam post traditionem, de casu fortuito decernit. Quod si hanc legem reservati Dominii, consideremus ut conditionalem, quomodo faciendum videri diximus in *loco prad.* non esse proprie dictam exceptionem, facile colligitur.

6. Hæc ita de periculo, respectu casus fortuiti, de quo amplius dicta non repetimus *ex Parte I. loco sæpe dicto.* Sed periculum etiam respectu CULPÆ appellatur, ut in *tit. de Administratione & periculo Tutorum*, quos ex casu fortuito non teneri, constat ex *l. 33. in pr. d. tit.* De culpa autem nihil hic novi proditum est; Regula communis dictat, cum utriusque versatur utilitas, emptoris ac venditoris, culpæ levis præstationem heic convenire, *l. 5. § 2. Commod.* quo referendas esse species in *l. 12. & l. 14. § 1. h.* demonstravimus ad *Inst. n. 10.* Sed importunum est, quod Paulus ait in *l. 3. h. t. Custodiam Venditor talem præstare debet, quam præstant hi, quibus res commodata est, ut diligentiam præstet exactiorem, quam in suis rebus adhiberet.* Verum qui respicit ad *l. 1. & 3.* præcedentes, & ad *l. 4.* sequentem, videbit agi de vino vendito metretis minoribus ut degustetur, & quod degustatum est. Eo facto emptor in se periculum qualitatis recepit etsi venditio nec dum sit perfecta, quod demum fit per admensionem. In compensationem ejus extraordinarii periculi, venditor etiam ad extraordinariam culpæ præstationem tenetur, ut omnibus modis caveat, quantum industria potest humana, ne vinum acorem & mucorem contrahat:

hat: Adde positiones *5. 6. & 7. h. t.* De casu illo degustationis est notabile, quod Ulpianus scribit in *l. 1. § 3. h. t.* si dies degustationi & admensioni sit dictus, nec emptor ad diem venerit, venditorem ei denunciare posse, ut veniat vinumque tollat, si cunctetur, eum posse vel effundere vinum, si interfit ejus inania esse vasa; satius tamen esse monet, si non effundat, verum in id quod interest agat, *eoque jure utendum erit;* summi quidem juris est effusio, sed ejus quod simul est summæ loco injuriæ; nec tamen casus extare non posset, quo impune liceat effundere vinum, si facta sit denunciatio, & venditor vasis nullo modo carere possit, ut Grœnewegius *ad d. l. 1. § 3.* qui censuram Ulpiano, dictante Autumno, intentat, ex Mornacio ipse concedit. Imo licet non convenerit de tempore admetiendi, ejusmodi tamen casu necessitatis, post denunciationem, effusio emptoris damno institui posset. Denique, si emptor non venire perseveret, faciendum ait Ulpianus, quod veteres suaserunt, ut vinum per corbem effundatur, *ut appareat, quantum emptori perierit, d. l. 1. § ult.* Quomodo autem hoc inde constet, si per corbem vinum effundatur? si enim corbes antiqui, ut nostri, ex viminibus facti fuerunt, ultro ac adsiduo perfluunt, ut inde mensura nulla colligi possit; Atqui fuisse corbes ex viminibus, Varro scribit *in lib. de re Rust.* Spicas & frumenta illis continebant, ut idem in *de lingua Lat.* & frumenta in illis cogebant ex agris, ut Ulpianus in *l. 8. de Instruct. & instrum. leg.* Vinum corbibus ablatum fuisse a militibus Gallicanis, legere memini apud Comminæum, hyeme scilicet congelatum, sed ad metiendum liquida, quid corbis? Tamen ex Catone Budæus ad *hunc § ult.* monet, veteres id etiam factitare solitos per labrum culeare perfusum; quo solemus hodieque vinum transfundere, non metiri, quod sciam, nec eum scrupulum Budæus tollit: Res tamen loquitur, foramen labri, quod est in fundo, tantisper obturari ad colligendam vini mensuram, rursus aperiri, ut effundatur. Ergo & corbem, ni fallor, laminis aut corio intus tegere oporteret, dum repleretur, quo de mensura constaret; tegumento deinde remoto elaberetur.

7. Hoc jam per se constat, tempus, quo de periculo quæratur, labi a tempore conventionis usque ad traditionem. Ante perfectam consensu emptionem, periculum sine dubio spectare ad venditorem, ut si res vendita in rerum natura ante venditionem perfectam, esse desierit, *l. 15. in pr. de Contrab. empt.* velut in hac specie; Civis Franckeranus ante aliquot annos emerat ab alio frumenti *tantum*, quod erat in statione Dantiscana. Deinde constiterat, paulo ante venditionem heic loci contractam, frumentum tempestate oborta & nave submersa periisse apud Dantiscum. Non fuit hæsitandum, quin periculum esset venditoris, ac ita consultus, pretium ab emptore solutum repeti posse, respondi *l. 57. in pr. eod.* Quod si pars frumenti submersa fuisset, ea pars, quæ deficit, venditori sine dubio periit; quatenus superest, emptio videtur consistere, salva ejus quod interest præstatione, *d. l. 57. § 1.* cujus circa domum pro parte exustam, hæc est distinctio; si uterque nesciverit, tum parte majori salva, consistit venditio, deducta pretii parte pro eo, quod periit, viri boni arbitratu. Si pars major ablumpta sit, non compellitur emptor accipere, quod extat, *d. l. in pr.* Quid si venditor sciens rem pro parte peremptam ignoranti vendiderit? consistit venditio, *quantacunque pars ædificii remaneat.* Ergone tenebitur emptor ad emptionem perficiendam fraude venditoris inductus? Tenebitur, sed non commodo venditoris; Hic enim in id quod interest convenietur, cum, si nesciverit, tantum quanti minoris teneatur. Si emptor solus sciverit, totum pretium merito solvet, dolus reciprocus mutua compensatione tollitur, *§ 2. & sequ. d. l. 57.*

8. Sic est de tempore, quod emptionem præcedit; de eo, quod Traditionem sequitur, nulla movetur Quæstio, nisi quod in casu reservati dominii, post traditionem quoque, venditoris manet periculum, ut modo repetitum ex iis, quæ dicta sunt *ad fin. tit. de Contrab. empt.* Sed moveri potest objectio: Pactum reservati dominii facit, ut periculum penes venditorem maneat. Atqui cum fides non est habita de pretio, dominium quoque post traditionem remanet penes venditorem, idque semper, ubi secus non liquet, ita se habere intelligitur; ut in *Parte I. tit. de A. R. D.* ex *§ venditæ vero. 41.* demonstratum est. Ergone toties periculum, quoties dominium fide non habita reservetur, venditoribus incumbet? Hoc regulam de periculo pæne totam everteret, adeoque id alienissimum ab usu & a vero est. Quænam igitur differentiæ ratio? Diximus antea, quod expressum reservati dominii pactum venditionem faciat conditionalem, quia contractum inire, quo partes id agunt ut dominium transferatur; eique diserte adjicere, ne *dominium transeat,*

tranſeat, facit, ne contractus ille perfectus videatur, quia definitio Emptionis venditionis hæc eſt; Conventio, quando agitur, *ut dominium rei certo pretio in alium tranſferatur*, ut diximus ad *pr. Inſt. de Empt. vend.* quæ definitio per hoc pactum evidenter ceſſat, ac efficit, ne venditio perfecta ſit, niſi exiſtente eo, quod pactum dominii reſervati abolet, pretii ſolutione videlicet. Verum, quando nihil de reſervando dominio adjectum, venditio ſimpliciter abſoluteque celebrata eſt, etſi cum effectu dominium non tranſeat, nihil tamen vetat tranſire periculum, quod ſemper ante dominium translatum, ſola contractus perfectione tranſire vidimus. Quid ſi Emptor ſe rem, usque dum ſolverit pretium, conductam habere profiteatur? Non videtur ad ipſum pertinere periculum, ſed ut in locatione conductione juris ordinarii eſt, ad dominium, per *l. 21. D. Locati. l. 71. & ſeq. de R. V.* junctо § *pen. I. de Locat. Cond.* Sed pactum Conſtituti, quo Emptor ſe nomine domini poſſidere fatetur, usque dum, ut antea dictum, ſolverit pretium, non poteſt impedire, quo minus periculum tranſeat, quia non dominium, ſed poſſeſſionem per illud reſervari, pridem intelleximus, ac etiamnum *in loco* videbimus.

9. Habuimus primam Rubricæ partem de *Periculo*: ſequitur altera pars, de *Commodo* rei venditæ, cujus eandem cum periculo damnoque rationem eſſe debere, notum eſt ex Regula Juris, quæ eſt in *l. 10. de R. J.* atque a Juſtiniano *in* § *Cum autem. de Empt. Venditione* memoratur, *Commodum ejus eſſe debet, cujus & periculum eſt.* Unde, ſi poſt emptionem fundo aliquid per alluvionem accreverit, ad emptoris commodum pertinet, *d.* § *l. 7. h. t.* idemque de fructibus agrorum etſi maturis, traditur in *l. 13.* § *13. de Action. empt.* non obſtante § *21. d. l. 13.* Idem de fœtura animalium, § *38. de A. R. D.* cæterisque obventionibus indubitatum eſt, *d. l. 13.* § *11. & 13.* Diſtinguenda ſunt etiam tria tempora, quæ vel ante perfectionem, vel poſt eam ante traditionem, vel poſt traditionem interceſſerunt. Fructus percepti ante perfectam conſenſu venditionem, ſine dubio nihil ad emptorem, etſi adhuc extent in horreo, quin & in ipſo fundo adhuc in *meſſe* jaceant; deſierunt enim eſſe pars fundi, quod erat dum pendebant, *l. 44. de Rei Vindic.* Idque adeo verum eſt, ut nec in fructuariis aliud obtineat; ſpicam, quæ terra teneatur, eſſe domini; fructum vero percipi, ſpica aut fœno cæſis, uva adempta, vel excuſſa olea, quamvis nondum tritum frumentum, aut oleum factum, vel vindemia coacta ſit; heresque fructuarii deſectos fructus acquirit, ut diſerte eſt in *l. 13. Quib. mod. uſuſr. amitt.* Quid eſt igitur quod in *fine d. l.* Paulus Julianum citat ita docentem, *Fructuarii fructus tunc fieri, cum eos perceperit: bonæ fidei autem poſſeſſoris mox quam a ſolo ſeparati ſunt?* Julianus ipſe loquatur in *l. 25.* § *1. de Uſuris*; *Fructuarii non fiunt fructus, antequam ab eo percipiantur*; *Ad bonæ fidei autem poſſeſſorem pertinent, quoquo modo a ſolo ſeparati fuerint.* Hinc alios ſecutus non dubitavi olim ſtatuere diſcrimen inter perceptionem a fructuario & a bonæ fidei poſſeſſore factam; quod hic fructus ſtatim acquirat metendo, Fructuarius non aliter quam plane colligendo: Proinde quod in *l. 13. ſcriptum* retulimus, in fine *Legis ejusdem* corrigi, diſſeruera ad *Inſt. de A. R. D. pag. 118. ſeq.* Secundum hanc diſtinctionem quæri potuiſſet, utrum venditor jure fructuarii, an bonæ fidei poſſeſſoris, uti deberet. Poſterius haud dubie dicendum foret, quia venditor habet jus domini, quod eſt fortius quam bonæ fidei poſſeſſoris. Sed magis eſt, ut illa diſtinctione, licet tam perſpicue, ut videtur, tradita, utendum non ſit, nec adeo Paulus ſua dicta *l. 13.* ex Juliani ſententia correxiſſe videatur. Sit potius, diverſum quod ſenſerit illa oppoſitione bonæ fidei poſſeſſoris & Fructuarii: ſicut ex integra lectione *d. l. 25.* comparari poteſt: Scil. Fructuarium aliter non acquirere fructus docet, quam ſi ipſe per ſe illos a ſolo ſeparaverit ac ita perceperit; at bonæ fidei poſſeſſor eos acquirit, non modo ſi ipſe perceptione fructus ſit, verum etiam, ſi ab alio ſint a ſolo ſeparati perceptive; ut hæc verba *quoquo modo a ſolo ſeparati fuerint*, hunc ſenſum habeant, *a quocunque* percepti fuerint, ut totos attente legenti textus melius ſedere poterit. Quod minus antea viderim, ubi conſtiterit melius, id cum auditoribus communicare meis, nunquam pœnituit, nec pigebit, opinor, unquam. Ut igitur fructus a ſolo recentiſſime ſeparati, ſunt venditoris, ita & fœtus animalium ante venditionem editi, licet adhuc lactentes, priorem dominii cauſam ſequuntur, *l. 65.* § *ult. de Legatis 3.* E contrario ſi non fuerint percepti, licet maturi tempore contractus, ad emptorem pertinent fructus, *l. 13.* § *10. de Action. empt. l. 13. & l. 16. C. eod.*

Quod autem juris habent Emptor ac Venditor, ſi fundum ipſi colant operamque perceptionis

nis adhibeant, idem analogice, ubi locaverint fundum, ratione pensionum & quia Conductores ipsorum nomine fundos exercent, obtinere necessum est. Actionem locati quod attinet ad petendam mercedem, hæc datur Locatori qui contraxit, *l. 13. §. 11. de Action. empt.* ubi quod pensiones etiam ei *cedere* dicuntur, qui locavit, tam in ædibus quam in agris, nisi aliter nominatim convenerit, ita videtur accipiendum, ut tamen emptori, ratione fructuum, qui post venditionem perfectam ex re vendita provenerunt, merces vel actio præstetur, ut in *§ 12. & 13.* indicatur. Proinde si res ejusmodi sit, ut usum semper æquabilem præstet, pensio pro ratione temporis inter emptorem & venditorem dividitur, ut emptori cedat pro rata temporis, quod venditionem secutum est, & proportione temporis quod antecessit, apud venditorem remaneat: Si vero fructus rei non æquabiliter toto anno, sed tempore certo proveniat, & venditio facta sit post illud tempus, quo fructus percipiuntur, emptori nihil de pensione debetur, *arg. dd. §§.* Plane si locatio conductio inita & finita sit post venditionem perfectam, nihil hærendum, quin pensio tota soli emptori debeatur, ut Struvius probat *adh. t. n. 104.* Ergo quando æstate exacta fit venditio fundi, cujus traditio fit vere sequenti, emptori de mercede nihil deberur, quia fructus ante venditionem percepti sunt, secus atque in ædibus, ex quibus, ut dictum, pensio statim ab emptione facta debetur emptori: Scilicet pretio jam soluto, vel fide e præsenti habita, usuris ex mora debendis. Nam si venditio hac lege celebrata sit, ut pretium constituto tempore solvatur, eodemque tempore fiat traditio, non potest aliter, quia nec fructuum perceptio prius ad emptorem pertineat. Quo pacto apud nos adsiduo usu venit, ut res immobiles hyeme vendantur, ea lege, ut traditio Kalendis Majis fiat, eodemque tempore solvatur pretium; nec dubium, quin ab eodem tempore fructus quoque vel pensiones ab emptore percipiantur; qua de re nemini dubitare, quin ita juris sit, in mentem venit. Hæc de periculo & commodo rei venditæ, juncta alibi dictis sufficiant.

TIT. VII.

De Servis exportandis, vel si ita mancipium venierit, ut manumittatur, vel contra.

I. An actio detur ex pacto de servis exportandis, variatum a Papiniano. II. Quis sit effectus Pacti de servo manumittendo, vel Contra. III. De MONOPOLIIS.

Quia nihil in emendi vendendique Commercio frequentius Servis habebatur, pacta quædam illis propria subjici, operæ pretium visum est. Primum de servis exportandis, ne liceret eis esse in Italia, vel ne aliquo loco morarentur, *l. 1. l. 2. & l. 6. h. t.* Cujusmodi pacta vel in securitatem suam, ne servus sibi infestus noceret, vel odii & vindictæ causa, a dominis adjiciebantur, *d. l. 1. & l. 6.* Posteriore casu pactum adjectum non producere actionem, scripsit Papinianus in *L. 10. Quæstionum, & l. 7. h. t.* Ex altero, quod ad securitatem domini repertum est, aliter opinor respondisset. Hoc enim tantum voluit, ne ob pœnam vindictæ causa adjectam ageretur: Cæterum *affectionis ratione recte agetur*, inquit, in specie conventionis, ne servus pœnæ *causa expelleretur*; Si enim contra factum sit, actio dabitur; ergo etiam in casu securitatis procuratæ: Nam hoc tantum adversatus est, ne ob *pœnæ non irrogatæ indignationem, quæ solam duritiem continet*, actio instituatur. Postea tamen in *L. 27. Quæstionum*, unde locus est positus in *l. 6. §. 1. h. t.* mutavit sententiam acutissimi Vir ingenii, ut laudatur Papinianus in *l. 30. C. de Fideicomm.* Nobis aliquando placebat, inquit, (in *Lib. 10. Quæst.* circa eandem speciem,) non aliter ex vendito agi posse, quam si pecuniæ ratione Venditoris interesset; Cæterum Viro bono non convenire credere, venditoris interesse, quod animo sævientis satisfactum non fuisset. Hactenus rationes, quæ moverant eum in *libro* X. *Sed in contrarium me vocat*, ait, *Sabini sententia; qui utiliter agi ideo arbitratus est, quoniam hoc minoris homo venisse videatur.* Non improbat rationem antiquam, *solius Vindictæ causa non videri actionem dandam*; Sed in ejus applicatione aliquid ipsum fefellisse, fatetur; quod non cogitaverat, heic non subesse vindictam solam, concurrere damni pecuniarii rationem, quo nomine civilem actionem in id quod interest, negari non posse, manifestum erat. Igitur *lex sex-*

ta derogat Legi *septimæ* prior sequenti, quod ne cui mirum videatur, D. Thomasio visum est occupandum ad *posit. um. h. t.*

SCHOLIUM.

Nec mirandum, quomodo lex antecedens possit retractare legem sequentem. Nam non ordo Tribboniani, sed Papiniani est aspiciendus, ex cujus Lib. X. Quæstionum *desumpta est* l. 7. *ex* lib. *vero* 27. d. l. 6. § 1. h. t.

RESPONSIO.

Diceres, leve id esse, monituque superfluum; nisi homines clari, quos inter Bekmannus ad h. tit. n. 59. *hoc argumento negarent, sententiam Papiniani, positam in* l. 7. *mutari in* l. 6. *quo nihil evidentius esse videtur, nec id Papiniano probri causa imputandum. Est nobile candoris specimen & generosa confessio, nihil humani ab homine alienum unquam esse, credendum. Adde Wissenbach.* ad h. tit. n. 1.

N. ADDIT.

Utinam vero omnes hunc acutissimi virum ingenii, uti acumine & ingenio, ita etiam candore & generosa erroris confessione imitaremur, & non arbitraremur, glorioſum esse errata defendere cum pertinacia, aut saltem dissimulare & occultare, quod ab aliis meliora fuerimus edocti.

2. Alterum Pacti servorum venditionibus adjecti specimen. Rubrica declarat, *ut manumittatur servus.* Cui fit paritum non fit, ipso jure liber fit servus, *l. 2. h. t. l. 2. & 3. C. Si mancip. ita aliena.* Idem est in fine *l. ult. h. t.* ex Constitutione D. Marci, quam an ignoraverit Scævola, qui prius responderat, non esse liberum servum, si manumissus non esset, vide Cujacium *lib. 10. obs. c. 21.* & Fabrum 4. *Conject.* 4. Contrarium pactum, *ne manumittatur servus*, efficit, ut libertas contra fidem pacti data, sit ipso jure nulla, quia non placuit semel jure competentem conditionem rescindi, *l. 5. C. d. tit.* Pactum, ne ancilla prostituatur, non servatum, parit actionem in id quod interest, ut Papinianus in *d. l. 6. in pr.* docet, idemque de similibus boni moris pactionibus existimandum, de quibus locus fuit apud *Tit. de Contrab. empt.* ubi inter illicita Pacta circa Venditiones iniri solita, non retulimus Monopolia, vel quæ de his coire solent pactiones.

3. Est autem MONOPOLII pactum, quo convenerit inter paucos, *ut species diversorum corporum negotiationis, non minoris quam inter se statuerint, venundentur*, ut est in *l. un. C. de Monopol.* quomodo Statuta quoque nostra *l. 2. tit. 5.* iisdem fere verbis loquuntur. Pœnam *Lex unica* statuit exilii, nostra *Commissi;* * at de pœna locus est alius. Huc magis pertinet, quod Imperator in *d. l. un.* Monopolia prohibet exerceri: *ne quidem ex sacro jam elicito, aut in posterum eliciendo Rescripto, aut pragmatica sanctione, vel sacra nostræ pietatis admonitione*, quemadmodum & nostra Statuta quævis alia Statuta, ordinationes & Edicta, monopoliis faventia prohibent, ac ipso jure nulla declarant. Hæc prohibitio non jam loquitur de pactionibus *supra* dictis, sed de privilegiis quibusdam pro personis, de emendis vendendisque certis mercibus; exclusis aliis. Atqui nec regnum ullum, nec Respublica reperitur, ubi id genus privilegia non sæpius indulgeantur; ne quidem in nostra Republ. ubi summa alioquin æqualitatis habetur ratio. Quid enim Societates Indiæ orientalis & occidentalis aliud sunt, quam ingentia monopolia, cum in illarum potestate sit, negotiationes præcipuarum mercium ita gubernare, *ne res minoris vendantur, quam ipsi inter se statuerint?* quod detestatur *Imper. in d. l. un.* Plane ita de moribus statuendum est, Summas potestates hujus rei arbitrium sibi reservasse, ut si quando monopolia statuerint, quæ Reipublicæ non damnosa, vel etiam utilia putent, ejusmodi privilegiis reliqui cives morem gerere debeant; nisi leges aliquæ speciales repugnent. Quemadmodum acerrime in Anglia disputatum audivimus, essetne jus Regiæ prærogativæ Monopolia concedere Societatibus mercatorum. Bene consulitur, ubi nulla ejusmodi privilegia conceduntur, nisi apud Curias causa cognita, citatisque iis quorum interest, actis publicis inferantur, ut apud nos observatur: exceptis quæ bibliopolis concedi solent monopolia librorum suis sumptibus editorum, ad tempus, & si quæ similia sint minoris momenti, & æquitatis evidentissimæ; quam-

* Jure Sax. Electorali, monopolis illicitis, denen schädlichen Vor- und Auffkauffern, constituta est pœna amissionis mercium & 20. aureor. Fl *Res. Grav. d. Anno 1664 tit.* von *Justitien-Sachen. Grav.* 74. Eademque pœna pertinet ad eos, qui lanam primi coëmunt, ut eandem maximo cum lucro iterum aliis vendant, *d. gr. 74. j. Ord Prov. d. anno 1555. 1 ubr.* Vom schädlichen Verkauffen. Quām tamen non aliter, quam venditione per solutionem pretii & mercium traditionem consummata, locum habere, asserit Berger. *Elect. Jurispr. prim. p. 69. ubi præjud.*

quam

quam ſæpe quæ exigua eſſe videntur, talia in eventu non reperiuntur; ut de monopolio chartarum luſoriarum, a Carolo V. Fuggeris conceſſo, teſtatur Hubertus Leodius in vita Friderici Palatini. Sed hæc ad *politicas rationes* deflectunt. Adde Bekmann. *ad tit. ff. de Action. empt. obſ. pract. n. 6.*

LIB. XIX.

TIT. I.

De Actionibus Empti & Venditi.

I. Quid ſit actio Empti, quid Venditi. II. Uter ad implendum Contractum prior teneatur, Emptor, an Venditor. III. Argumentum actionis Venditi. IV. Empti actionem dari ad tradendum. V. Nec poſſe venditorem præſtando id quod intereſt, liberari. VI. De inſtrumentis rei venditæ probatoriis. VII. Quænam acceſſiones emptori debeantur. VIII. De præſtationum recte vel ſecus expreſſarum defectu.

Quæ de Emptione Venditione ſuperiore libro expoſita ſunt, parum prodeſſent, niſi Actio, qua Venditor Emptorque ſe mutuo ad implendam Contractus fidem adigerent, daretur. Eſt igitur in hunc finem prodita duplex actio; Venditi & Empti, ut illa venditori, hæc emptori conveniat. Quanquam, ut eſt idem contractus Emptio Venditio, ſic etiam Empti Venditi Actio conjunctim appellatur, ut in *l. 19. ſupra de Hered. Vend.* vel etiam quæ datur emptori, ex Vendito dicatur actio, *l. 26. & l. 66. § pen. de Evict.* Plerumque tamen non recedimus a diſtinctione hujus Rubricæ. Proinde Actio Venditi eſt, *quæ datur Venditori adverſus emptorem, ut rem accipiat, & pretium, de quo convenit, venditoris faciat, cum impenſis poſt emptionem factis, & uſuris a tempore moræ.* Actio Empti, *quæ datur Emptori pretio ſoluto aut oblato, contra Venditorem, ut is rem tradat, cum fructibus omnique cauſa, & eo quod intereſt, ex culpa, vel evictione.*

2. Quod quæri ſolet, uter ad præſtandum prior teneatur, de eo Grotius emptorem, ait, ſolutione pretii traditionem antevertere debere, *lib. 3. Introd. c. 15. n. 8.* idem Thomaſius *ad poſit. 37. tit. Inſt. de Empt. Vend.* emptorem regulariter ſolvendo pretium initium facere debere. Groenewegius ad *d. Grotii locum;* re bene conſiderata, inquit, merito dici poteſt, ſicut emptor petens rem venditam, prius venditori ſolvere debet pretium, *l. 13. § 8. de Act. empt.* ſic ab altera parte Venditorem, quando ab emptore pretium petit, teneri prius ad ſatisfaciendum contractui & rem venditam emptori tradendam, *l. 3. in fin. C. de Evict. l. 25. de Action. Empt. & ibi* Bartol. Coſtal. & alii, Weſenb. *parat. cod. n. 6.* Quod ſi fidem ſibi invicem non habeant, ſufficit, ſi emptor pretium apud officium, aut apud tertium, in quem conſentiant, deponat, *l. 39. § Si ſoluturus. in fin. D. Solut.* & ibi Bartol. Caſtrenſ. & alii Gl. *in l. 17. § 8.* verb. *retinere poteſt. in fin. D. de Action. empt.* Curt. *tract. Sequeſtr. Qu. 1. n. 12. in fin.* Hactenus Grœnewegius.

3. Quod ad uſum negotii attinet, plerumque videmus, Emptorem, qui ad emendum accedit, ut rem habere poſſit, ad tradendum agere ſolere: Verum ſi cunctetur, Venditor agere poteſt, ut emptor rem, cum literis ſive inſtrumento Venditionis, ſi id actum ſit, accipiat, ac ipſe pretium, vel primam ejus penſionem, ut res immobiles ſæpe diverſis penſionibus venduntur, ſolvat, de reliquis autem reciprocum inſtrumentum, vulgo *Reverſale*, præſtet. Hoc igitur primum eſt in actione venditi, ut emptor rem venditam auferat, accipiat, ſi non ultro, ut fere accidit, eam occupaverit. Neque vero cogitur eo fine Venditor actionis remedio experiri; Satis eſt, ſi denunciavit Emptori, ut rem auferat vel accipiat; Si emptor denunciationi non pareat, & Venditor de pretio ſecurus ſit, poteſt rem mobilem ad eum transmittere: Si nolit eam accipere, non male fecerit, ſi rem in via publica deponat emptoris periculo, *l. 12. de Peric. & Comm. rei vend.* Vel ſi liquida res ſit, ac ipſe vaſis carere nequeat, effundere poteſt, ut de Vino intelleximus, etiam citra ejusmodi transmiſſionem, *ad d. tit. de peric. & Comm. ex l. 1. § 3.* Nam ad transmittendum Venditor non tenetur, denunciatio ſufficit, & poſt eam per Emptorem, quo minus res tradatur, ſtare intelligitur, ut ipſe deinceps ferat periculum, *dd. ll.* Si extremo jure non putet utendum Venditor,

vel de pretii solutione non ita fidat, ut re prius carere velit, ad actionem veniendum, cujus tum prima, quam diximus, intentio est, ut rem accipiat emptor; Consequenter ut pretium, non simpliciter adnumeret, sed & effectum solutionis præstet, adeoque pretium vere faciat Venditoris, *l. 11. § 2. de Action. Empt.* Præterea ex vendito agendo consequetur etiam sumptus, qui facti sunt in re distracta, tam utiles quam necessarios, *l. 13. § Præterea.* Denique ad usuras a tempore traditionis factæ, vel ex quo per emptorem stetit, quo minus traderetur, emptorem teneri, docet æquitas, & textus in *d. l. 13. § 20. & l. 5. C. eod. tit.* Nec illud prætereundum, quod, si emptor dolo fecerit, ut venditor rem minoris quam valebat, venderet, in id quod interest teneatur, *d. l. 13. § 5. de Action. Empt.* Quid si res aliena sit, an emptor cogi potest, ut rem accipiat? Non cogi, verius esse mox videbimus. Hactenus Actio Venditi.

4. In actionis Empti descriptione primum est, quod detur pretio demum *soluto*, vel si diversis constitutum sit pensionibus, prima pensione soluta, aut oblata, ut dictum; nec cautione quidem de reliquis pensionibus, nisi ob causas valde novas, exigenda; quia pensionum terminos constituendo, fidem de pretio habuisse videtur; & quia prima pensione accepta, vix est ut damnum pati queat, siquidem pro reliquis pensionibus habet jus prælationis, ut in *libro sequente* videbimus. Extra hanc Conventionem de pensionibus diversis, Emptor non habet actionem nisi pretio toto oblato, partis oblatione non potest defungi, ut traditionem urgere queat, *d. l. 13. § 8. & seq.* Consequenter Emptor petit, *ut res sibi tradatur.* De emptore diximus, eum non teneri simpliciter ad pretium tradendum, sed etiam ut venditoris id proprium faciat: Hoc in re tradenda vicissim requirendum videbatur, ut mutuæ fidei Contractus: Sed diversa ratio est; nam pecunia transitoriæ alienationis est, nec evictioni obnoxia. Res alienæ si venduntur, ut fit, cum a dominis agnosci & vindicari queant, sequitur, venditorem ad dominium præstandum aliter teneri non posse, quam si ipse fit dominus; si non sit, tenetur ad evictionem præstandam, *l. u. § 2. h. t.* Et quamquam constiterit alienam esse rem, si tamen emptor velit, ad liberam possessionem sub onere evictionis & cautionis tradendam, venditor compelli potest, *d. § 2. l. u.* quo jure venditor vicissim uti non potest, ut cogat emptorem scilicet, ad rem, quam constat alienam esse, accipiendam; quia suum factum non tam facile retractare, quam emptor alienum recusare potest. Quid si offerat cautionem pro evictione? Tamen non videtur cogendus emptor ad subeundam conditionem, cujus ut vitiosæ remedium inde ab initio sit quærendum; Sic etiam, si opus auctoritate, Tuldenus ad *h. t. C. n. 3.*

5. Tenetur igitur venditor ad *tradendum, d. l. 11. § 2.* cujus rei necessitatem nullo modo evitare potest, ne quidem duplo præstito, proinde nec eo quod interest, qua de re dum copiose dictum est ad *tit. I. de Empt. Vendit. n. 4.* & Vinnio *ad d. tit.* ut heic de re tralatitia plura fundere verba, non nisi abundans videri posset. Duntaxat huic rei paulisper oporter advertamus animum, quod dissentientes, qui venditorem, si rem ipsam præstare nolit, ad traditionem teneri negant, eumque liberare se posse volunt præstando id quod interest, magis videri volunt, hanc esse controversiam ab usu civili remotam, eo quod incredibile sit, quenquam extiturum qui loco rei venditæ id quod interest solvere malit; quoniam id quod interest, etiam in emptione venditione verum rei pretium *immaniter* excedere possit; etsi tamen idem velint, si is casus existat, id quod interest secundum regulam *l. un. C. Quæ sent. q pro eo quod int. prof.* ex qua id quod interest non potest excedere duplum, esse gubernandum. Nihil sane dignius est Jurisconsulto, quam in examinandis Juris Quæstionibus, ad usum, quem in Societate communi unaquaque habere possit, attendere. Quod si facerent, qui ad hanc opinionem adstruendam e quarundam legum verbis argutantur, nunquam ad rem ab omni judicio civili remotam studium admovissent. Suave est, quod nonnulli, quos τὸ ὀρθοῦσθαι γνώμην ὀδυνᾷ, quibus sententiam mutasse videri nefas est, nullius usus esse controversiam, videri volunt; sed contrarium satis arguunt tot Pragmatici & Decisionum Scriptores, qui docent, ac ita in Foro servari testantur; Venditorem præcise ad traditionem rei venditæ, si tradendi habeat facultatem, teneri, quos enumerat Grœnewegius ad *l. 4. C. h. t.* Verum est, venditorem non facile traditionem recusaturum, si plus vero pretio ob id quod interest, solvendum intelligat. Sed non minus est verum, infinitas fieri emptiones ex animi libidine, voluptatis & curiositatis causa, in quibus nihil damni illatum, nihil lucri interceptum, ideoque nihil τῷ quod interest, demonstrari queat. In his igitur omnibus quoti-

quotidiani usus venditionibus, non tantum impune, sed etiam juridicum erit, *fidem rumpere*, quod in *l. 10. C. h. t.* facere dicuntur, qui rem ipsam tradere nolunt. Ita ex hac sententia dicendum foret, ἀλόγως & παρανόμως. Ad textus, qui dicunt, Venditorem, si res non tradatur, in id quod interest teneri, nihil liquidius est respondere, quam quod Grotius *d. lib. 3. c. 15. n. 26. & seqq.* Emptorem habere optionem, utrum urgere velit traditionem, an id quod interest petere. Priore casu potest Venditorem captis pignoribus, aut custodia personali, usque dum tradat, compellere, quæ sunt remedia contra omnes contumaces, ut multa auctoritate judicatoque Supremi Hollandiæ Senatus, confirmat Grœneweg. ad d. Grotii locum.

6. Nec vero simpliciter ad tradendum, sed etiam ad vacuam & liberam possessionem tradendam, tenetur venditor, *l. 2. § 1. & l. 3. in pr. h. t.* Vacua possessio dicitur, quam nemo alius civiliter aut naturaliter possidet; & libera, in quam alius non habet evictionis causam. An sub vacua possessione fructus contineantur, videsis D. Wissenb. *th. 8.* Priore casu datur actio ad evacuandam possessionem. & in id quod interest, *dd. ll.* Altero, cavere debet Venditor, se periculum evictionis nomine præstiturum, *l. 24. C. d. Evict.* Sand. *lib. 3. tit. 4. def. 9.* Si vero deinde res evicta fuerit, quomodo procedendum sit, *ad tit. de Evictione* videbimus. De vitiis rerum venditarum, locus erit agendi in *tit. de Ædilitio Edicto.* Hoc in Empti actione comprehenditur, ut Venditor probationes subministret, & instrumenta fundi, ut & fines agrorum, si dubii sint, ostendat, *l. 48. de Action. Empt.* Grot. *lib. 3. Introd. c. 15. n. 14.* ad quem locum notat Grœnewegius, emptorem probatione defunctum, instrumenta venditori reddere debere, quod est verum de instrumentis principaliter de aliis rebus conceptis, obiterque de re vendita agentibus, qualia sunt quæ in *d. l. 48 & l. 52. h. t.* ostendi & exhiberi dicuntur. Ipsius rei venditæ antiqua instrumenta cur reddere debeat, nulla causa esse videtur, nec adeo fit, ut restituantur; plerumque traduntur emptori, ut apud eum remaneant; nisi causam venditor specialem habeat in contrarium.

7. Inprimis in Empti actione continetur, ut Venditor rem tradat, cum fructibus cæterisque commodis, quæ diximus *ad tit. de peric. & comm.* eumque suis accessionibus, non modo quæ adfixa sunt rebus soli, *eerd-, band-, sp̃ker-en nagel-vast*, ut habet formula nostratium; Sed etiam quæ separata, perpetui usus causa sunt apud rem venditam, usus scilicet ad rem ipsam immediate spectantis, non quæ emptori ad finem & usum rei commodum necessaria sunt; in ædibus ferræ pensiles, claves, claustra, scalæ mobiles, si quo aliter adscendi nequeat, sunt ejus generis, ut ad usum rei immediatum spectent. Instrumenta, quibus paterfamilias in habitando carere nequit, & supellectilis potius sunt, ad ædes nihilo magis pertinent, quam ad fundum venditum, instrumenta agriculturæ, *l. 13. § ult. & ll. seqq. l. 17. in pr. § 7. 8. & seqq. h. t.* etsi consuetudines & Statuta populorum sæpe latius patent, quo refero, quod Mornacius ad *l. 13. § ult.* ex sententia Baldi, arce vendita deberi & tormenta, machinasque defendendi causa paratas, imo etiam libros & ornamenta sacelli, quod in arce reperitur; etsi D. Wissenbachius hoc quasi-Juris doctrinæ adscribat, ad *d. l. 13. d. ult.* quod si verum sit, næ illa consequentia longe lateque se extendat. Tunc etiam pisces, qui sunt in piscina, & pulli cæteraque animalia, quæ in fundo sunt, cum fructibus perceptis procul dubio emptorem fundi sequerentur, quod negatur in *l. 15. & seqq. h.* etsi pisces, qui in stagnis sive lacubus, & vivariis habentur, emptori cedere videntur. Proinde piscina in *d. l. 15.* erit receptaculum, quo aliquantisper vivi pisces in usum futurum continentur, nostratibus *een bouwer*, ut Grœnewegius *ad d. l. 15.* Vino vendito, an vasa debeantur, quæritur? Responsio est, deberi vasa, in quæ vinum solet diffundi, ut vendatur, *arg. d. l. 17. in pr.* juncta *l. 6. & l. 15. de Trit. vin. ol. leg.* Dolia vero majora non debentur, *l. 1. § 3. de Peric. & Comm. rei vend.* Ad hæc Thomasius:

SCHOLIUM.

Ex his quidem textibus sententiam suam, quam fovet Posit. seq. *quod minores metretæ venditioni vini non accedant, vix probavit Autor; cum* dd. ll. *satis perspicue, ut puto, indicent, vino legato metretas minores deberi, quia scilicet præsumendum, testatorem voluisse, ut vasa minora legato accedant, secus ac dolia. Adde* l. 3. § eod. l. 3. § fin. de pen. leg.

Positio sequens, quam indicat Thomasius, est hæc;

Intellige talia, quæ ob magnitudinem vix loco moveri possunt, & quæ habentur, ut in cellis perpetuo maneant. Minores quoque metretæ, quibus pro arbitrio quisque emit vinum, non acce-

accedunt, verum reddi, aut ſolvi debent. Ergo ſola vaſa, in quibus vinum a venditoribus ordinario contineri atque dimitti ſolet, acceſſionis loco ſunt, velut in Gallico vino *capita boum* ita dicta, & hoc jure utimur. Hoc firmat Thomaſius.

SCHOLIUM.

Arg. d. l. 1. de peric. & comm. rei vend. *Non obſtant, quæ modo notavi* ad n. 3. *A legatis enim ad emptionem, h. e. ab ultimis voluntatibus ad contractus inter vivos, N. V. C.*

RESPONSIO.

In ſumma igitur nihil diſcrepantiæ. Doctrinam a nobis traditam Proculus in d. l. 6. junctâ l. 15. de Trit. vin. ol. leg. *tam reſpectu Venditionis, quam legati, complexus eſt. Dolia ſunt vaſa, in quæ vinum ea mente conjicitur, ut ex his in vaſa minora diffundatur, vel ſolum vendatur, & hæc dolia non debentur, etſi vinum cum vaſis legatum ſit; vino autem ſimpliciter legato, quod in vaſis eſt, debetur, ipſa vaſa non dicuntur deberi, niſi* cum vaſis *legatum ſit vinum. Ejusmodi tamen vaſa, in quibus vinum inde ab initio,* ut vendatur, *ſolet transfundi, cuſtodiri, transmitti, non videntur non poſſe venditum vinum ſequi. Moribus id evidenter obſervatur, a dictis autem textibus non tam eſt alienum, quam in iis non expreſſum.*

N. ADDIT.

Scilicet non erat diſſenſus inter nos de theſi ipſa, ſed de modo probandi. Sed & iſte nunc ceſſabit, poſtquam Autor hic oſtendit, Proculum in d. l. 15. *etiam loqui de venditione, quod tum præterviderat.*

8. Quicquid præterea ex natura Contractus, doli culpæve nomine, de quo *ſuperius & ad Inſtit.* actum, Venditor præſtare debet, id in hanc actionem venit, & ſi quid præter ac ſupra naturam contractus inter partes convenerit, * *l. 11. §. 1. h. t.* ſub hac regula; quod dubia conventionum adverſus eum, qui legem clarius dicere potuit, ſint explicanda, *l. 39. de Pactis.* Non pauca, præter ea, quæ ad Inſtitutiones habuimus, ad hoc caput referri poterant, niſi Tituli ſequentes libro XXII. qui ſunt de Ædilitio Edicto, (ubi de Reticentia, de dicto promiſſove,) & de Evictionibus, hujus Rubricæ materiam ſibi magna parte vindicarent. Adde quæ de uſu pragmatico hujus actionis, diximus in *parte I. lib. 2. Jurispr. Hod. cap. 7.*

Poſtremo hanc obſervationem addemus: Sæpiſſime venditores inſerunt conditionibus, domum aut fundum ad annos *tot* eſſe locatum tali annua mercede. Accidit, ut calamitate fortuita conductor illos annos exigere & mercedem ſolvere nequeat, an Venditor eo nomine tenetur? Certum eſt, eum ad aliud non teneri, quam prædium vere ad annos *tot* eſſe locatum, quia nec aliud promiſit. Addere tamen hoc placuit, quia vidimus, in periſtyliis fori ad columnam Conſultoriam ſecus eſſe viſum in ea facti ſpecie, quam retulimus *ad tit. de Peric. & comm. rei vend. n. 4.* qua Venditor qui pretium integrum, domo licet combuſta, adeptus erat, judicatus eſt teneri ex eo, quod dictum eſſet in Venditione, prædium eſſe gravatum *tot* annorum Locatione, pro tali mercede, nec conductor incendio inops ea lege ſtare poſſet: Pacta; ſic illi; dare legem contractibus, & ſimilia. Male mehercle, ut vox *gravatum* quoque docebat. Victus tamen eſt Venditor auctoritate reſpondentium, ut eam partem præſtaret emptori ejus quod intereſſet.

TIT. II.

Locati Conducti.

I. Remiſſio ad Partem primam, & quid actio Conducti. II. Conductorem poſſe relocare, etiam qui factum conduxit. III. Dari & heredibus hanc actionem, & poſſe conductionem eſſe perpetuam, ejusque differentia ab uſufr. & emphyt. ſingularis. IV. An ſecundus Conductor habeat actionem contra primum Locatorem. V. Locatorem teneri ad uſum rei ipſius præſtandum, niſi conductor agere malit in id quod intereſt. VI. Idque omni tempore Conductionis, etſi res alienetur. VII. De repetitione impenſarum.

* Non tamen valet pactum inter emptorem & venditorem, quo venditor promittit, ſe fundum emptori liberum ab omni præſtatione Steurarum, Cenſuum, aliorumque onerum Magiſtratibus debitorum, velle tradere, *Dec. El. 65.* adeo ut ab emptore, tanquam poſſeſſore, nihilominus ea, & præteriti quoque temporis, exigi poſſint, licet, quo minus ab aliis oneribus & præſtationibus, facto anteceſſorum prædio impoſitis, id liberet, nihil impediat. Philipp. *ad d. Dec. Obſt 1.*

Minus

Minus operose Locationem Conductionem, quam Emptionem Venditionem, prosecuti sunt Digestores, una Rubrica tam actionem quam universam Contractus, unde nascitur actio, præstationem complexi. In parte priore Definitionem ejusque exegesin, tum convenientias & discrepantias hujus Contractus ab emptione venditione executi sumus, & modos, quibus Locatio finitur, denique de Emphytevsi & differentiis ejus a Locatione Conductione, plena manu egimus, cum *in eodem titulo*, tum *in tit. D. Si ager vectig. pet.* Locus de Actione Locati & Conducti, obiter ad Instit. transmissus, heic denuo excutiendus erit, initio a Conducti actione faciendo. Datur hæc autem *Conductori vel ejus heredi, adversus Locatorem, ejusve heredem, ut usum rei locatæ præstet, impensas a se factas restituat, & quicquid interest sua, ex lege contractus & bona fide.* Videamus singula verba.

2. CONDUCTORI, tam primo quam secundo; Nam conductor alii rursus locare potest, & locator non modo præstare debet, ut conductor habitare, sed & domum aliis locare possit, *l. 60. h. t.* etiam pluris quam ipse conduxit, *l. 7. & 8. h.* modo conductor operam det, ne domini conditio relocando deterior fiat, *l. 6. C. Locati.* nisi *aliud convenerit*, additur; quod certissimo argumento est, si nihil sit dictum, non requiri domini consensum: nisi lege municipali secus sit cautum, ut nec aliter id quam domino consentiente liceat, quod in ædibus non sine summa ratione, plerisque Hollandiæ civitatibus placuisse, testatur Grotius in *lib. 3. Introd. c. 19. n. 27.* Sed in locatione operarum, negat idem habere locum, ut alium substituere liceat, idque Grœnewegius ad *d. locum* probat ex *l. 31. de Solut.* quæ diserte tradit, non esse locum substitutioni, *si hoc specialiter actum sit*, ut conductor *suis operis id perficiat.* Proinde si nihil convenerit, nec interfit, inquam, Domini, statuendum est, in conductione operis faciendi esse omnino locum substitutioni, quod clare probat *lex 48. in pr. h. t.* ubi conductor operis id locavit faciendum, & est locati actio, eoque nihil est usitatius, quam ut Artifices magnarii opera publica privataque conducant, eaque rursus aliis locent. Sed Grotius *de conductione certæ personæ ad ministerium* sentire videtur, non conductione operis, ut Grœnewegius accepit; sic enim ait; *doch dit en beeft geen plaets in huir van dienst:* quod est verissimum, quia tum certæ personæ industria fuit electa.

3. Vel ejus HEREDI, tam primi rursus, quam secundi conductoris; Quia locationem morte non finiri, satis constat, *§ ult. Inst. h. t.* tam si *perpetua* sit locatio, quam si ad tempus, illo temporis spatio non finito, *l. 10. C. h. t.* Potest enim esse perpetua locatio, *d. l. 10. & l. 1. § 16. de Exercit. act.* Quod miror negare Grotium *d. cap. 19. n. 17.* si ex ratione Juris Civilis ita locutus est. Nam quod Grœnewegius ad *d. loc. n. 16.* a Curia Hollandica judicatum refert, non posse res soli ultra decennium locari, nisi apud Acta Judicii, proprium Jus est: Apud nos, ubi jus civile viget, sæpe ad ter septem annos & amplius fundi locantur, etsi tunc fere proprietas ædium rusticarum simul transferatur, & jus aliquod in re nascatur, per *l. 1. § 3. de Superfi.* Sed Grotius, quod si, inquit, Locatio conductio in perpetuum contraheretur, fieret Ususfructus, aut aliud quid. Imo ab usufructu satis abest perpetua Locatio. Nam Ususfructus non recipit mercedem, Locatio perpetua non requirit cautionem, quæ in usufructu est necessaria, Ususfructus non transit ad heredem. Nec quidem fit emphytevsis locatio perpetua; quia locatio perpetua nullum transfert periculum, ut Emphytevsis, & potest in alium impune transferri sine laudemio, quod vocant Doctores, & jure *περιμήσεως*: Conductor etiam perpetuus id impune facere potest, *d. l. 6.* juncta *l. 10. C. h.* Qua occasione ponendum, quod sæpe quæsitum est. Colonus emit domum, fundo ad habitandum cum horreis & stabulis impositam, agrosque ad longum tempus conducit, atque promittit, se quoties suum jus in alium transtulerit, Donativum domino solururum. Colonus fundum una cum domo locat alii ad aliquot annos, ipse retinens proprietatem Domus, sive Superficiem; Dominus ait, donativum esse commissum, idque petit. Colonus; se non transtulisse suum jus, quod est non modo conductionis, sed etiam in Re, quale Superficies; Et nostrates id etiam nomine distinctum a Locatione Condu-

* Jure Saxonum Communi, nonnulli locationem finiri morte locatoris, existimant *a. LM. l. 3. art. 77.* vid. Coler. *P. 1. dec. 8. n. 12.* sed *P. 2. C. Ll 37* hunc textum ad locatorem refert, qui personale tantum Jus, e. g. ususfructus in re locata habuit, unde etiam apud nos locatori heredes stare tenentur a defuncto initæ locationi, Moller. *ad d. C. n. 2.* Carpz. *ib. def. 1.* non tamen uxoris heredes locationi, quam maritus fecit, Carpz. *l. c. def. 2.*

ctione

ctione separant, dum vocant jus Colonarium, quo domus emitur & agri ad longum tempus conducti habentur, *Af koop.* Varie tamen hac de re judicatum. Pro donativo & contra colonum, judicatum est in causa *Valerii ab Heerma, contra Hauke Douwes, d. 8. Jun. 1640.* Pro colono & contra Donativum, judicavit Curia in *causa Ulbe Hilles Impt., contra N. N. die 11. Jul. 1641.* Contra Colonum & pro donativo, tertium in causa *Feike Ybes Impt., contra Yge Meijes Algera, d. 20. Decembris 1641.* referente has decisiones Nauta. Mea memoria quartum, sine ulla contradictione, pro Colono & contra donativum, placuit in causa *Dominici a Walta, contra Arnoldum a Lelijenberg, ante ferias Paschales 1681.* in qua specie nihil fuit aliud, quam in quæstione modo constituta. Duobus illis contrariis judicati exemplis, ait Nauta, visum fuisse Curiæ id genus translationes ad fraudem Domini & Contractus pertinere; Quid peculiare in illis causarum speciebus fuerit, nos latet. Non potest negari, quin jus illud Colonarium cum jure superficiei conjunctum, sit diversum a simplici sublocatione agrorum, ut *inferius* adhuc, forte pressius explicandi dabitur occasio. Nec mirandum, in eodem causæ genere sic fuisse variatum. *Curiarum sententias non esse omnium horarum & temporum, vetus dictum est, & eorum, qui judicio non interfuerunt, incerta solet esse conjectura de vero motu judicantium, quos sæpissime aliud ad judicandum movet, vel ex personis, vel ex facti specie, quam propositum agitatumque fuit a causarum Patronis,* ait Sandius in *Præfat. Decis.*

4. *Adversus* LOCATOREM, rursus tam primum quam secundum, per *d. l. 48. in pr. & l. 60. h. t.* Sed an secundus Conductor agere potest adversus primum Locatorem, quicum non contraxit? Si dicas, non posse, quia ex contractu actio non detur inter alios, quam qui contraxerunt, vim secundæ Locationis resolves, quia conductor primus non potest secundo usum rei præstare liberum, & rem curare sartam tectam. Quidni igitur secundus Conductor etiam adversus primum Locatorem agat, tanquam jure conductionis sibi a primo conductore cesso, & ad circuitum evitandum, quo alioqui secundus conductor suum Locatorem prius, & hic rursus suum conveniret, necesse foret; quod sæpe difficile factu est, quia plerumque Sublocatores alio migrant? Dari & *adversus* HEREDEM Locatoris hanc actionem, palam est, nisi quod Locatio *quoad dominus velit*, omni momento, sicut precarium revocari possit, & morte per se finita intelligatur, *l. 4. h.* Quin & operarum conductor adversus heredem locatoris, agere potest ad mercedem, etsi heres illius opera non sit usus; modo ille mercedem ab alio non acceperit, ut notabiliter scriptum est in *l. 19 pen. h. t.* cui rei tamen in famulis, quibus utimur, alius modus passim legibus aut moribus est præscriptus. Proprie equidem secundo conductori adversus secundum Locatorem & vice versa datur actio, *d. l. 48. in pr.* sed utiliter adversus primum porrigenda videtur, ut de omnibus, in quos actio sine mandato translata est, receptum videmus, *l. 16. de Pactis. l. 17. C. de Hered. vel act. vend. l. 18. C. de Legat. l. 33. C. de Donat. l. 2. C. de O. & A.* idque eodem modo in locatione conductione, ni fallor, ordinarium est observare; Sic tamen, ut secundus conductor tunc etiam sustinere debeat exceptiones, quas primus conductor ex proprietate contractus pati debuisset, *arg. l. 3. § 1. de pignor.*

5. *Ut præstet* USUM REI *Locatæ.* Sic enim ait *Ulpianus: Si quis domum vel fundum locaverit, teneri eum ex conducto ei qui conduxit, ut ei præstetur frui quod conduxit, licere.* Verum si domus aliena reperta sit, verusque dominus conductorem pati nolit, tum locator bonæ fidei aliam habitationem, non minus commodam præstando, defungi potest, *l. 9. in pr. h.* quemadmodum Conductor etiam, si fundus a Locatore sit alienatus, *cogi non potest, ut fundum colat*, ad quod, si fundus non fuisset alienatus, cogi potuisset, *l. 32. h. t.* Quod igitur dici solet, Locatorem teneri ad usum rei præstandum, vel in id quod interest, ut Grotius *d. cap. 9. n. 47.* non ita explicandum est, quasi Locator teneatur ad usum rei, vel, *si nolit*, ad id quod interest præstandum: Verum ut de emptione venditione probatum est, Locatorem teneri ad fidem contractus implendam, id est, ut conductor habeat facultatem re locata utendi; si nolit, conveniri potest, & condemnabitur ad præstandum quod promisit, cum eo quod interest ex mora, vel si id amplius fieri nequeat, aut conductori non sit commodum ad usum rei contendere, ut in *l. 24. § 4. h.* damnabitur, ut id quod interest solvat, *l. 7. & 8. h. t.* Qua tamen præstatione, si res præstari queat, liberare se non potest: sed tum demum, quando non est ipsi in potestate rem ipsam præstare conductori, *d. l. 9. in pr. l. 15. in pr. h. t.* In locatione factorum, de qua plusculum dubitari posset, non est alia juris ratio, ut inculca-

tur

tur in *l. 11. § 3. h.* etsi paulo secus administretur. Qui conduxit opus faciendum, si a Locatore non adhibeatur, petere potest, ut hoc opus sibi faciendum detur, aut merces dicta solvatur; quam si Locator sine opera conductoris solvere velit, fiat, conductor non habet, quo cogat eum ad opus sibi imponendum: Quod si Locator aliud opus, quam alter conduxerat, obtrudere velit, non cogitur id suscipere, nec aliter, quam soluta mercede pro facto, quod conductor recepit, liberabitur, *arg. dd. ll. & l. 31. de solut.* Quin etsi quis ministerium suum pro certo tempore addixerit alteri, & hic nolit ejus uti ministerio, si per conductorem non steterit, ille totius temporis mercedem petere potest, *l. 38. in pr. h. t.* ubi in § 1. id hactenus ad Advocatos extenditur, ut hi non teneantur ad honoraria, quæ acceperint, restituenda, si per eos non steterit, quo minus patrocinium præstarent. In petendo idem jus habere non videntur, quia non est Locatio conductio, qua illi clientes suos habent devinctos. Hæc ita, nisi Lege aliter sit cautum, quemadmodum apud nos, qui famulum famulamve conduxit, si nolit eum recipere, solvendo mercedem pro rata sex septimanarum defungi potest, *Edicto Ordd. Frisiæ 24. Mart. 1671.* Plane qui nulla mercede constituta, non tam locavit, quam conduxit alicujus ministerium, quia non tam contraxit, quam contrahere cœpit, vel non nisi e contractu innominato tenetur, pœnitere potest, habetque in potestate, velitne obligare se, an abstinere, *arg. l. 30. de Reb. cred.* quo casu tamen in id quod interest, si alter ex ejusmodi pacto damnum sit passus, tenebitur, Gothofred. *ad l. 30.* & hoc est, quod similitudine Locationis Conductionis imponit vulgo, ut in hoc ipso contractu talem valere putent licentiam, quo nihil a contractu bonæ fidei, & stabilis commercii, est alienius.

6. Cæterum, si ab initio anni Locator rem non præstiterit, Conductor eam deinde recipere non cogitur, nec quicquam solvere mercedis, *d. l. 60. & pr.* idem est, si rem ad plures annos locatam, priore anno non præstiterit, eamque deinde conductori obtrudere velit, *d. l. 24. § 4. h. t.* Eodem modo si primo usum rei præstiterit, dein ante finitam conductionem ademerit, vel rem locatam vendiderit, aliove titulo in alium transtulerit, & novus dominus conductorem expulerit, huic in suum locatorem actio datur, *l. 25. § 1. l. 32. h. t.* Nam contra novum dominum, cum quo non contraxit, nulla datur actio vel exceptio conductori; sed locatoris fuit paciscí ab eo, cui rem cedebat, ut conductione staret, *dd. ll.* Quid si dominus ipse conductorem expellere velit, an hic se tueri potest quasi per indictum in possessione? Interdictum quidem nullum colono adversus dominum datur, quia non possidet, sed est tantum in possessione, *§ 5. Inst. de Interd.* sed tamen si contra fidem contractus manifestam, dominus vim faciat conductori, quo minus hic officium judicis imploret, nihil obstare potest, per *l. 5. C. de O. & A.* Menoch. *de retin. poss. remed. ult. n. 18.* Verum si Locator finitam esse locationem contendat, conductor neget, nec res liquida sit, hunc cedere oportet; Dominus, vel hujus nomine secundus Conductor, omnino præferendus, salva huic actione conducti. Nec enim conductor, qui non possidet, *d. § 5.* jure possessionis uti, sed tantum e contractu se tueri potest, per *d. § 5. & d. l. 3. § 3. Uti possid.* Ac ita de facto consultus, respondi *d. 25. April. 1688.*

7. IMPENSAS *a se factas restituat.* Paulus; *In conducto fundo si Conductor opera sua aliquid necessario vel utiliter auxerit, vel ædificaverit, vel instituerit, cum id non convenisset, ad recipienda ea, quæ impendit, ex conducto cum domino fundi experiri potest, l. 55. § 1.* Repeti possunt impensæ utiles & necessariæ. Verba, *cum id non convenisset*, habentne vim restringendi, an ampliandi? hoc est, si convenerit, habetne tunc plus, an minus juris Conductor? Dic minus, nisi hoc actum sit, ut impensæ redderentur; Proinde, si Conductor fecerit utiles impensas, cum ex conventione obligatus esset ad illas faciendas, repetere non potest id, de quo, si non fecisset, conveniri potuisset, eaque non obscura mens est Pauli in hoc *§ 1.* si *convenisset* de impensis faciendis in Lege conductionis, minime fore, ut repeti potuissent. Eoque facit hoc exemplum; Ordines *Frisiæ* locaverant *Jacobo Simonio* cum sociis, agros Baltanos recens a mari destituros, hac lege, ut aggerem, vias, fossas, pontes, portasque facerent atque præstarent, contractu celebrato anno 1599. Finita locatione, quæ fuerat longissimi temporis, Coloni repetebant impensas ad perpetuam agrorum causam & emendationem pertinentes. Opponebant Ordines, illos fuisse obligatos ad id, quod fecerant, nec ideo posse repetere. Coloni replicabant, se fuisse pollicitos, ut illa facerent, fieri curarent, & facta sustentarent, non etiam, ne impensas repeterent: sed judicatum est a Curia, locationem Conductionem ad longissi-

mum tempus initam, sub expressa conditione faciendi certas impensas, obligare conductorem ad illas sine repetitione faciendas, nec posse agi, inquam, de eo, de quo non facto conductores in id quod interesset obligati fuissent. Ita decisum, referente Nauta *Decis. MS. 53. anno 1638.* Idem juris est in impensis, quæ ex natura contractus fieri debuerunt, si per illas fundus melior sit factus; quando Colonus diligenter exercendo agros, detergendo fossas, distribuendo lutum per agrum, stercorando, aliisque agriculturæ officiis tempestive obeundis, fundum reliquit meliorem quam initio conductionis fuerat, non potest ejusmodi impensas repetere, sine quibus agrum suo commodo colere non poterat, & quæ præterea non faciebant meliorationem perpetuam, ut judicatum est in causa *Johannis Benedicti, contra Kemponem a Donia*, teste Nauta, *d. 27. Februar. 1644.* Hoc porro observandum; Quando repetitio datur, non posse conductorem petere, quando fundus est melior, *sed quantum impendit, d. l. 55. § 1.* idque per actionem, vel opposita doli mali exceptione, vel per retentionem, ut Scævola docet *l. 61. h. t.* vel si impensa meliorationem superet, tum quanto melior est fundus, consequetur, quemadmodum de bonæ fidei possessoribus alias dictum est, ex *l. 38. de R. V. l. 29. § 2. de Pignor. l. 58. de Legat. 1.* ita ut semper Domino fundi consulatur, non sine gravi ratione, quatenus impensarum taxationibus, domini fundis suis alioquin, ut sæpe factum vidimus, evolverentur. Tu vide Sandium *lib. 3. tit, 15. def. 4.* Quare si colonus plantaverit, finita locatione non consequitur æstimationem præsentem, sed impensas plantationis duntaxat: Quod secus esse in arboribus, quarum (*jam plantatarum scilicet*) ipse colonus initio locationis dominus fuerat, docet ratio, & Sandius *d. lib. 3. tit. 6. def. 8.*

SCHOLIUM.

Limitatio hæc, uti paululum obscura, ita nescio, an sensum Sandii recte exprimat, cujus hæc sunt verba: Sane si Colonus, (ut sæpe fit in Frisia,) a domino fundi emerit domum rusticam vel superficiem, una cum pomario & omni plantatione, tunc quia arborum tempore emptionis existentium, dominus est colonus ejus quoque commodo & incommodo ea crescunt, & ideo finita locatione, ut domus, ita arborum præsentem æstimationem, dominus colono solvere debet.

RESPONSIO.

Si qua sit obscuritas, eam, nisi fallor, his verbis, jam plantatarum, sustulimus. Quas colonus suo tempore plantat, harum impensas repetit, non meliorationem, quæ est locatione finita. Sed arborum, quas jam plantatas cum ipso jure superficiei emit, æstimationem, quæ est tempore locationis finito, consequitur ratione, quæ prædictis Sandii verbis continetur.

N. ADDIT.

Ego vero vereor, ut verba illa in parenthesi posita, obscuritatem tollant. Finge, colonus ipse hortum quendam possidet separatum a fundo conducto. Ex hoc arbores quasdam, jam tempore conductionis plantatas in illo suo fundo, postea transplantat in fundum conductum. De his non loquitur Sandius, nec de his sententia prior limitatur. Porro ad casum, de quo Sandius loquitur, non possunt applicari Autoris verba, quod Colonus jam initio locationis earum Dominus fuerit, *sed clarius fuisset, si fuisset dictum,* esse cœperit. *Omnium clarissima res erit, si sic dicamus: Quod secus est in arboribus, quas Colonus durante conductione una cum superficie a conductore* emerit. *Nam revera in* emptione *latet ratio disparitatis, non in arboribus plantatis vel plantandis.*

Atque hæc ita se habent, si fundus per impensas melior sit factus. Quod si nihilo melior factus sit fundus, Conductor pro impensis nihil petere, sed tantum eas tollere poterit, quatenus absque detrimento rei ipsius auferri possunt, *per l. 38. de R. V.* Sand. *d. lib. 3. tit. 6. def. 8.*

De Ædificiis Colonorum eorumque æstimationibus.

VIII. Quo jure petat Colonus taxationem ædificii, agro conducto impositi. IX. Et quo jure, licet in possessione non sit, tamen eam petere possit. X. Unde oriatur actio hypothecaria, quæ datur Colono in agros ædibus subjectos. XI. Non licere tamen Colono possessionem domus rursus occupare. XII. Sed retinere potest domum agrosque; unde hoc. XIII. An dominus invitus ædificium repetere & taxationem solvere cogatur. XIV. Affirmatur, & quare. XV. Ante finem Conductionis taxationem peti non posse. XVI. Nec plane, si prohibente vel invito domino ædificaverit. XVII. Quid, si ignorante duntaxat. XVIII. Inter socios quid hac parte juris.

Mi-

Miror, apud Sandium nihil admodum esse collocatum de ædificiis Colonorum in prædiis rusticis, quæjure sat singulari apud nos habentur. Paulus in *d. 55. §1.* ædificationes eodem loco, quo reliquas impensas, reputat, ideoque nec aliter ejus impensæ repeti possent, quam si fundum, & quatenus, meliorem faciunt. Sed quomodo ea res hcic locorum servetur, & quo jure nitantur ea, quæ de ædificiis Colonorum in usu sunt, patet ex sequentibus, quæ olim a nobis scripta, sed in lucem non emissa, placet heic exhibere.

Notum est, superficiem dici, quicquid solo imponitur, sive ædificata, sive plantata sint, at specialiter, Domus imposita solo alieno, vocatur Superficies, *tit. ff. de Superf.* cujus dominium est penes eum, cujus est solum, *l. 2. d. tit. § 29 & 30. Inst. de A. R. D.* attamen is, cujus est superficies, habet jus dominio proximum, utilemque in rem actionem, *l. 73. § 1. ll. sqq. de R. V.* Qui domum igitur ponit in alieno solo, amittit dominium, at si bonæ fidei sit, impensas repetit a domino soli, qui una cum fundo suo vindicat domum, ut habetur in *d. § 29 & 30.* sed hic usus est rarior. Verum Coloni struunt ædificia, stabula & horrea, in agris ad longum tempus conductis, voluntate dominorum, atque tum superficies ipsorum, proprietas ædificii dominorum est, non quia consensu eorum structa, sed quia dominus soli est dominus superficiei, *d. l. 2. § 30.* finita locatione coloni habent jus repetendi impensas, vel potius præsens ædificii pretium, secundum leges taxationibus Edicto præscriptas, ut omni die servatur. Quamvis autem hæc ratio taxationum in superficiebus rusticis, videatur esse moris Frisici, tamen jus earum per regulas Justinianæas, quandoquidem nec ulla hujus rei in Statutis mentio reperitur, ordinandum videtur.

Proindo sic habendum; Proprietas ædificii, a colono seu bona seu mala fide ædificati, est Domini per consequentiam soli; materia vero coloni bona fide præditi, juxta philosophiam Cæsaris, qui non minus solide quam subtiliter distinguit, inter dominium ædificii, atque materiæ ex qua compositum est, *d. § 29.* Quando igitur fundus redit ad dominum & colonus, qui bonam fidem habet eum restituit, Dominus huic aut impensas, aut meliorationem, aut pretium verum restituere debebat. Ad omnes impensas non videtur teneri, quia nulli bonæ fidei possessores, aut conductores, impensas primitus factas consequuntur, si præsenti æstimatione res sint detritæ, ut superius dictum. Sand. *lib. 2. tit. 15. def. 2 & 3.*

Nec ad modum meliorationis hæc res exigitur; quippe Domini damnantur ad taxationem colonis præstandam, licet domus agrorum pretia minuant, ut sæpius apud nos usu venire constat. Res igitur huc redit, ut quia dominus consensit ædificationi, (hoc enim supponitur,) ad impensas teneatur, quare fit, ut coloni jus habeant fortius quam bonæ fidei possessores, in agris, quibus ædificia imposuerunt, relaxandis, cum hi voluntatem Domini nunquam habuerint. Atqui de his docet Justinianus, eos *pretium materiæ & mercedes fabrorum*, hoc est omnes impensas, repetere posse, tam ipsum ædificantem, quam qui jus ejus deinceps adeptus est, *§ 29. I. de A. R. D.* Verum addit Imperator, *si in possessione constituto ædificatore, soli dominus petat domum suam esse.*

9. Ex quibus verbis duplex oritur quæstio prima, an Colonus, amissa possessione, taxationem domus petere possit; altera, si dominus non petat domum, an invitus eam accipere & pretium solvere cogatur. De prima notum est, ex rigore juris Civilis nullam competere actionem, nisi in possessione constituto bonæ fidei possessore, ut in *Prælect. ad d. § 29.* probavimus. Non datur actio in rem, quia dominus soli est dominus ædificii, non ædificator, & actio in rem datur domino, *l. 33. in pr. de R. V.* Non actio in personam, quia nullum negotium inter ædificatorem bonæ fidei, & dominum soli gestum est, *l. 33. ff. de cond. indeb.* Sed in colonis hæc res omni die secus apud nos servatur; neque tantum colonis extra possessionem constitutis, actio in ipsam domum datur, sed & actio personalis in dominum ad pretium consequendum, & insuper in ipsos agros, quibus est imposita domus, conceditur hypothecaria, licet æstimatio ejus excedat universi agri pretium, cujusmodi exempla in præsenti vilitate rerum soli non desunt. Existimo, duas priores actiones bene & recte dari, etiam ex ratione juris Civilis; nam & ipsis bonæ fidei possessoribus, qui ædificarunt in alieno, putantibus solum esse suum, plerique dant incerti condictionem; quæ cum sit actio personalis, per eam peti potest pretium, ubi, inquam, amiserint possessionem, ex æquitate pragmaticissima, quam diximus *Prælect. ad d. § 29.* Præterea coloni posuerunt ædificium in solo domini, cum ipsius consensu, id enim supponimus; ac ita ipsi habent jus superficiei, & id genus superficiariis non possidentibus, Prætor etiam Romanus cau-

causa cognita in rem actionem pollicetur, *l. 73. § 1. l. 74. & l. 75. ff. de Rei Vind.* Denique consensus ille, qu m Dominus ædificanti colono præbuit, actionem conducti personalem ei præstat, quæ rursus utilior est in hoc casu, quam vindicatio domus, ut modo admonuimus, & ipsa res loquitur.

10. Verum, si dominus non habeat unde solvat, ut sæpe fit, utilis admodum est actio Hypothecaria, qua coloni in ipsos agros, etiam contra tertios possessores, & in præjudicium creditorum, qui posteriores hypothecas habent, experiuntur, ac ita jus dicitur, ut jam in stylum constantem abierit. Vereor tamen, ne id longius sit productum, quam jus & ratio ferant; Nam tacita hypotheca sine lege speciali non potest constitui; at hæc manifesto deficit tam jure Cæsareo, quam Statutis nostris, in hoc casu. Habet colonus retentionem, quamdiu est in possessione, habet actionem in rem adversus ipsam domum, actionem personalem ad pretium taxationis contra dominum; sed hypothecariam adversus tertium, nulla ratio ex illis juris capitibus elicere potest. Credo, jus retentionis, quod habent coloni & omnes bonæ fidei possessores, invexisse hanc opinionem, quod & hypothecam colonus tacitam habeat in agros ædibus subjectos, nec raro id argumentum ut indubitatum, citari vidimus: Atqui jus retentionis, amissa possessione, nihil quam chimæra est, cum termini habiles tum penitus deficiant; fitque imperitissime, ut jus illud retentionis, cum vindicatione confundatur. Tu dices, pretium taxationis ex novissimo Ordinum Edicto tribus pensionibus solvitur, nisi colonus ab ipso Domino præsente pecunia domum emerit; quod si colonus hypotheca careat, & jus retentionis pereat, amissa possessione, quam prima pensione soluta tradere cogitur, nihil habet securitatis pro duabus reliquis pensionibus; Ego vero, jus retentionis eum exercere posse putem, donec ei de reliqua pecunia satis cautum fuerit, etsi hypothecam ei non daremus. Sed jus tacitæ hypothecæ ita in animis hominum pridem invaluit, ut forte vim juris consuetudinarii obtinere videatur, unde post tot res judicatas recedere non sit integrum; præsertim, cum ratio probabilis non desit. Curia tamen non extendit hanc hypothecam ultra corpus ipsum agrorum, nec ideo in fructus unde percepros, nec in meredes e contractu aliorum, licet ex eodem fundo debitas, ut judicavit inter creditores *Jacobi Obbes*, contra *Jacobum Dickes*, *ante natales Chr. 1631.*

11. Nec fas est colono post dimissam possessionem, si pretium taxationis non solvatur, rursus agros invadere, pecudesque immittere pascuis, ut multi opinantur, sed actionibus experiri debebat, id enim & natura juris retentionis, & publicæ quietis ratio postulat. Proinde ab initio, si taxatio facta sit, dominusque prædium aliis locaverit, ac interim legitima disceptatio inter partes oriatur, per quam fiat ut pretium non solvatur, ratio nulla est, quamobrem colonus prior agros occupare, dominumque vel colonum repellere possit, modo ei cautio de judicato solvendo præstetur; Nam jus retinendi propter incertitudinem negotii, mediante cautione removeri potest, per ea, quæ tradit Sandius *lib. 3. tit. 15. def. 3.* cui accedit confusionis evitandæ necessitas, in concursu duorum colonorum, & quod Dominis rei suæ possessio interverti non debeat.

12. Quid vero? Bonæ fidei possessores habent jus retentionis, ita est; sed cujus rei? Ædificii, quod in alieno solo posuerunt, in *d. § 30. & l. 33. de condict. indeb.* an & agri circumjecti? Inauditum id quidem & ἄνευρον, apud nos tamen sic obtinet in colonis, etsi lex nulla unquam hujus rei extiterit; consuetudo tamen ita fert, & secundum eam constanter jus dicitur. Quæ ratio hujus rei? Duplex, opinor. Prima, quod domus rusticæ ab usu agrorum dividi nequeunt; at hæc ratio jure civili aque nota est, ubi tamen non facit, ut ædificator bonæ fidei jus in agros habeat. Ratio altera est, idem quod [illegible] in agros, quæ non modo actionem, verum semper etiam tribuit retentionem, *l. 13. ff. de pign.* & si hypotheca jure consuetudinis valeat, oportet eadem ratione retentio agrorum sibi fiat, quamdiu colonus in possessione constitutus est, ut dictum.

13. Atque hæc ad primam quæstionem *superius* motam pertinent. Quod ad alteram quæstionem, an dominus invitus domum recipere & taxationem solvere debeat, sciendum est, jus illud Coloni trifariam considerari. Primo ut superficiem stricte acceptam, quo sensu colonus habet vindicationem domus, etsi non possideat, *d. l. 57. § 1. de R. V. l. 1. § 3. ff. de Superfic.* taxationem vero domus hoc respectu nullo modo petere potest; nemo enim alii suas ædes pretio solvendas invito obtrudere jus habet. Secundo consideratur, ut structura bona fide facta in alieno solo, & hac ratione potest colonus servare pretium

um materiæ, mercedesque fabrorum, *si dominus petat domum suam esse*, ut verba sunt Justiniani in *d. § 30. Inst. de A. R. D.* Ipse igitur ultro taxationem petere non potest, siquidem *nullo alio modo quam per retentionem, impensas servare potest*, ut scriptum est in *l. 33. in fin. de condict. indeb.* idque media exceptione doli mali, *d. § 30 l. 14. de except. dol.* Idem est in *l. 48. de R. V.* Sumptus, ait Jctus, in prædium, quod alienum esse apparuit, a bonæ fidei possessore facti, neque ab eo, qui prædium donavit, *neque a Domino peti possunt*: verum exceptione doli posita, per officium judicis æquitatis ratione servantur &c. Atque ita alibi viciniæ, jus dici intelligimus, ut si dominus colonum expellere velit, cogatur ei solvere pretium materiæ, mercedesque fabrorum; si colonus obnunciet domino, ut taxationem petere nequeat, sed tollendi materiam, si velit, tantum habeat facultatem.

14. Apud nos vero non dubitatur, quin utroque casu coloni, tam si voluntate sua, quam si jussu Dominorum a prædio recedant, æstimationem domus adipisci queant, & adipiscuntur omni die, Dominorum incommodo. Sed nostrates prudenter considerant, non minus rationem esse habendam agricolarum, qui vix alias opes quam ejusmodi domos cum instrumento rustico possident, quam dominorum; Etenim si illarum pretia consequi non possent, quando finita locatione commodum illis non est eam continuare, fieret, ut patrimoniis suis evolverentur, nec suis creditoribus haberent unde solverent: idque Reipubl. dominisque agrorum ipsis, in universum foret noxium. Verum enimvero nullum adeone fundamentum habet hæc res, quam consuetudinem & æquitatem? Equidem si convenerit ita, ut taxationem finita locatione petere liceret, non est dubium, quin ita juris sit; sed pacta conventa hac in parte a nostris non exiguntur, etiam sine illis domini inviti, finita locatione, domos accipere & pretia solvere coguntur, si modo consensu illorum facta sit ædificatio. Dictum est *superius*, loco bonæ fidei, colonis esse voluntatem Domini consentientis ædificationi, & quia certum tempus locationi definitum est, ipsa res loquitur, ea finita Dominum vi suæ consensionis teneri ad ædes recipiendas, pretiumque persolvendum; atque hæc ratio sufficere videtur.

15. Cui est consequens, ante finem locationis conductionis, colonum ejusve successores nullo modo taxationem petere posse, nec adeo creditores ejusdem, qui sunt etiam successores particulares. Disputatum est super hoc casu aliquando satis acriter: Erant enim, qui sic putarent; Dominus tenetur ad taxationem ædium præstandam quovis tempore, si nullum tempus locationis sit definitum: Si tempus sit præscriptum, directe adhuc tenetur, quatenus ædificium semper est accessio agrorum, sed per exceptionem pacti locator consequitur, ne teneatur. Atqui hoc jus est, quod ipsi competit adversus personam coloni, sicut omne jus e contractu personale est, nisi quatenus hypotheca per conventionem accedat: Proinde respectu hujus juris, tam personalis quam hypothecarii, concurrere debet cum creditoribus coloni, quorum si jus sit potius, hi exceptionem pacti replicatione prælationis excludent; sic erat ratio hominum eruditorum *subtiliter*. Sed ex iis, quæ superius dicta sunt, intelligi potest, creditores coloni, jus petendi taxationem ex ipso contractu locationis conductionis petere debere, sive ea ad unum, sive ad plures annos inita fuerit; extra quem contractum, nec coloni, nec ulli possessores, cogere possunt Dominum ad accipiendas ædes pretiumque solvendum; nec prælatio usum habere potest, quamdiu jus ei oppositum non est natum. Ac ita *judicatum* memini.

16. Præterea, si Colonus, invito & prohibente Domino, ædificaverit, vel ædificium auxerit, manifestum est, cum non modo taxationem petere non posse, verum & finita locatione, domum relinquendam esse; Ne quidem ut materiam tollere possit, si postea resolutum sit ædificium? Est sane tunc malæ fidei, de qua sic constitutum est *in d. § 30. d. l. 33. de cond. indeb.* sed non desunt, qui contrarium hodie servandum volunt, quos citat & sequitur Grœnewegius ad *d. § 30.* Posset hoc concedi, si ignaro, vel saltem non consentiente domino ædificaverit. Scit equidem, se in alieno ædificare, idque sufficeret ad malam fidem; sed qualitas coloni, & usus colligendi fructus, causam dat probabilem, propter quam etiam b. f. possessor materiam servare potest, *l. 27. de R. V. l. 2. C. eod.* Qua nullo modo adest, si domino palam invito, vel prohibente, colonus ædificaverit.

17. Et in casu ignorantiæ videtur adhuc distinguendum; primo inter taxationem omnium impensarum, & præstationem quanto res est melior. De primo articulo rursus distinguendum vide-

tur, utrum eduxerit novam domum, ubi nulla fuerat, an collapsam aut exustam restituerit.

Priore casu pro malæ fidei structore habendus est, quia scit, se ædificare in alieno solo, cum non habeat ædificandi potestatem; idque, licet ad percipiendos fructus, quod struxit necessarium sit: ab initio enim pacisci debuit, ut dominus ædificaret, aut ut sibi liceret, vel postmodum actione conducti agendum fuit adversus Dominum, ut sibi fructus colligendi potestatem præstaret. Altero casu jure ædificasse videtur, quia conduxit agros voluntate Domini ædificio gravatos, ideo si non excesserit modum primi ædificii, nulla ratio Dominum a taxatione præstanda excusat, ac ita quoties usus venit, ut sæpe factum, judicetur. Denique petitionem, quando fundus melior est factus, petere potest Colonus, seu sciverit sive ignoraverit dominus, per ea, quæ tradit Sandius *d. defin. vers. 8. Tamen nunc Senatus.*

18. Cæterum quando socius, non Colonus, in fundo communi, altero consentiente, ædificavit, aut vetus ædificium instauravit, is statim impensas pro alterius parte repetere potest, aut postea cum usuris, ex quo impense ad certam quantitatem redactæ sunt, *etsi forte alter e sociis domum solus habitaverit*; cujus rei separata ratio habetur: *Judicata est ejusmodi species inter partes præcibiles, ante natales Christi 1681.* Sed pertinet hæc res ad Judicium Communi dividundo. Colonus taxationem impensarum ædificiorumque petit, ut dictum, actione Conducti, vel per retentionem, quam tamen dominus profligare potest, oblata cautione, si impensæ sint illiquidæ, per *l. 5. de Statu lib.* Sand. *3. 15. 5.*

DE ACTIONE LOCATI.

XIX. Quid sit actio locati, & communia cum actione Conducti. XX. Quatenus hypothecaria prima Locatori adversus secundi conductoris res detur. XXI. An plures conductores in solidum teneantur. XXII. Conductorem ad usum rei accipiendum, operamque præstandam, cogi posse. XXIII. Quibus causis merces minuatur. XXIV. Quo tempore solvenda mercet. XXV. De obnunciatione pro re locata relaxanda ex Statutis. XXVI. Quando cesset, aut non, hæc obnunciandi necessitas. XXVII. De obnunciatione & derelictione rei ante tempus expressum. XXVIII. XXIX. Quæstiones aliæ singulares huc pertinentes.

19. Satis e longo diverticulo redeamus in viam. In descriptione Conducti actionis supererant hæc verba, *Quicquid interest sua ex lege contractus, & bona fide.* Quorum exegesis pendet ex iis, quæ de proprietatibus & præstationibus hujus contractus, habuimus in *Parte prima*, ubi etiam de præstatione culpæ, quæ latissimam hujus actionis materiam præbet: Sed pergimus ad actionem locati, quæ datur Locatori, scilicet adversus Conductorem. *ut pro usu rei vel opera, mercedem suo tempore solvat, & rem finita conductione, restituat cum fructibus, & eo quod interest ex lege naturaque contractus.* Quæ de heredibus & secundis conductoribus supra collocata sunt, hoc *respective* pro reperitis haberi debent; nisi quod utilis actio, quam diximus habere conductorem secundum adversus locatorem primum, huic non detur vicissim adversus illum, quemadmodum & alias ei, contra quem actio cessa est, non datur actio contra cessionarium, licet ipse per utilem, conveniri possit, *ut supra ad tit. de Mandato num. 10 & seq.* Exceptiones reciprocas contra secundum agentem ex persona primi, usum habere, vicissim tenendum, ita ut *supra* dictum est.

20. Sed quia Locatoribus hypotheca tacita competit in fructus agrorum inque invecta & illata domorum, quæritur an hæc saltem adversus secundum valeat Conductorem. In fructus agrorum valere dicitur, ut etiam adversus Conductorem secundum actio detur hypothecaria, *l. 24. § 1. h. t.* quæ simul docet, in rebus invectis illatisque a secundo Colono, non durare hypothecam in bonis primi constitutam, ratione differentiæ manifesta, quod in prædiis rusticis invecta & illata non tenentur legali, sed expressa tantum hypotheca, quæ cum secundo non inita, ejus quoque bona afficere non potest: Idque satis perspicuum est hactenus. In prædiis urbanis invecta illata, tacito pignori devincta sunt, *l. 4. In quib. caus. pign. tac. l. 5. C. h. t.* Quod si inquilinus alii sublocaverit domum, ipse quemadmodum personalem actionem, ita & hypothecariam in rebus secundi conductoris adipiscitur. Insuper secundus conductor tacite cum domino pactus videtur, ut suæ res illatæ ipsi quoque teneantur, pro mercede, quam secundo Locatori debet & debiturus est, *l. 11. § 5. de Pignor. act.* verbis, *non enim creditur &c.* etsi dissentiat Willenbachius notter *ad d. tit. Quib. caus. pign. tac. n. 5.*

qui

qui nullam plane hypothecam, domino sive locatori primo competere statuit: Verum tamen quia secundus inquilinus solutione sublocatori facta liberatur, pignoris obligatio, ut accessoria, tunc etiam adversus eum cessat, non modo immediata, quæ competit secundo locatori, sed etiam indirecta illa, quæ per consequentiam, alterius domino sive locatori primo competit. Ideoque si pro parte solverit Sublocatori, hypothecaria Domini non valet ulterius, quam debiti ipsius reliquum ferat, idque ita in contradictorio placuit Curiæ Supremæ in causa *Hedwii Pictres Bechius*, contra *Lambertum Hermanni*, ante ferias Pentecostales 1680. Numquid idem in prædiis? Scrupulum faciunt verba *d. l. 24. § 1. h. t. Fructus in causa pignoris manent, quemadmodum essent, si primus colonus eos percepisset.* Atqui si primus colonus eos percepisset, ulterius obligati non essent, quam pro modo debiti illius. Ergo nec secundi coloni respectu, pignoris obligatio superat debitum ejusdem; nec res ejus tenebuntur pro debito mercedis, quam legitime solvit, quemadmodum solutionem a secundo Colono recte fieri sublocatori, extra controversiam est.

21. *Adversus* CONDUCTOREM, intellige & heredes, secundum dicta *superius l. 19. § 8. h. & l. 10. C. h. t.* tam ratione rerum, quam operarum. Si plures sint Conductores; utrum singuli in solidum teneantur; disputatum est *ad tit. Mandati nimi. 2.* & conclusum, quando duobus simul eadem res commodata vel locata est, singulos in solidum, etsi non sit expressum; si modo nihil secus convenerit, teneri, per *l. 23. C. h. t.* modo non turbet lex 47. *h. t.* quæ plures in solidum ait teneri, cum *apparebit, emptorem, conductorem ve, pluribus vendentem vel locantem, singulorum in solidum intuitum personam.* Nolim equidem ex hoc textu probare, plures simpliciter conducentes in solidum teneri singulos; Idem enim de venditi actione statuendum foret, in qua tamen non recedimus a regula, quod ubi plures simpliciter obligati sunt, singuli pro partibus teneantur, *l. 4. in pr. de Exercit. act.* junctis *l. 44. § 1. in fin. de Ædi l. Ed.* Scilicet nisi id actum sit inter partes, ut duo rei fierent, *tit. l. & ff. de duob. reis*, quales etiam in locatione conductione fieri posse, docet *lex 13. § 9. h. t.* sed ne hinc quidem probatur, locatione conductione simpliciter contracta, singulos in solidum teneri. Videtur tamen ita juris esse, per ea, quæ *ad d. tit. Commodati* collocata sunt, neque repetemus.

22. PRO USU REI, vel OPERA. Ad quem usum accipiendum operamque dandam, per se vel per alium, locator conductorem potest compellere, quemadmodum hoc illum ad usum rei præstandum, facere posse. *supra* demonstratum. Qui vinum conduxit transportandum, hac actione cogi potest, ut locatori possessionem vini præstet, *l. 11. § 3. h. t.* etsi, quoniam ad factum nemo absolute cogi potest, contumacia non facientis aliter quam eo quod interest, coerceri non potest. In ædibus & agris, longe major est ratio cogendi inquilinos & colonos, per se vel per alios colendi agros & domos, nec dubitatur, quin conductores ad hoc teneantur, & conventi condemnentur. Si offerant id quod interest, an per hoc liberare se possunt? Nusquam legimus, eum, qui ad certi contractus præstationem obligatus est, si facultatem habeat implendi quod promisit; aliam rem præstando, se liberare posse, cum utique res diversæ sint, æstimatio & id quod interest, *l. 8. § 8. de Fidejussor.* Id de conductore probatum est, supra; Locatoris eadem ratio est, eadem necessitas, *d. l. 11. § 3.* juncta *l. 9. in pr. & l. 15. in pr. & passim.* Adeo non est juridicum dicere, quod in Emptione Venditione, Locatione Conductione, similibusque contractibus, partes ad dandum faciendum, quod promiserunt, præcise non teneantur.

23. MERCEDEM solvat; Nisi ex justa causa remissionem, si quando aliter non convenit, impetraverit, ut diximus ad *h. tit. Inst. n. 11.* Haud crebro tamen agricolas, quibus id maxime convenit, ea de re litigare videas: De invasione hostili, atque inundatione falsa hostis depellendi causa facta, post superius bellum, ea res apud nos usu venit. Vix alioqui de Θεᾶ βίᾳ, de ceteris injuriis agere solent; forte ne ob sequentium annorum proventus, ad calculos ac ad restitucendam locentur, ad quod ex *l. 15. § 4. h. t.* tenerentur. Potest etiam minui merces ex eo, quod ex causa ruinæ, aliave justa coactus sit ante tempus rem derelinquere conductor; secus absque justa causa, *l. 17. § 2. & l. 55. § 1.* vel si habitator partem domus, in qua præcipuus ei usus erat, derelinquerit, non si paulum idcirco se coartare debuerit, modica enim transversaria ferenda sunt, *d. l. 27. in pr.* Quod si Dominus rem monitus instanter, reficere nolit, aut is procul absit, impensas necessarias de mercede deducere potest. Datur enim actio in eum finem, *l. 5. § 1.* Ergo etiam exceptio & deductio, *l. 61. fin. pr.* Invendo tamen domi-

domino id difficilius procedit: opusque tunc est, si res aliquanto majoris momenti sit; ut status rei in testatum redigatur, ut inde possit apparere, an & quatenus refici rem necesse fuerit, *arg. l. 2. § 4. Usufr. quemadm. cav.* Quod de operarum locatore traditur, eum non prohiberi mercedem integram petere, licet morte aut alio casu fortuito, impediatur operas absolvere, ex *l. 19. § 9. & 10. & l. 23. h. t.* ita intelligendum est, nisi casus fortuitus ipsi, qui operas præstare debet, incubuerit; tunc enim magis est, ut per ipsum stare videatur, *l. 15. § 6. h.* erli in famulis conductis humanitas velit, ne statim ac ægrotare cœperint, ejiciantur, *l. 4. § 5. de Statu lib.*

24. *SUO TEMPORE.* Quod vel conventione partium, vel hac cessante, more regionis aut civitatis est constitutum, *l. 34. de R. J.* Ubi nihil peculiare præscriptum est, elapso anno, non prius, *l. 42. de V. O. l. 1. § 4. de Migrando.* Consequenter qui opus faciendum conduxit, non nisi perfecto probatoque opere habet actionem, nisi ad pedes aliamve mensuram conduxerit; tunc enim singulis mensuris impleris, mercedem pro portione exigere posse videtur, per *l. 30. § pen. h. t.* ubi respondetur, etiam imperfectum opus oportere metiri; non alio fine, quam ut secundum mensuram præstetur merces.

25. REM *Finita Conductione* RESTITUAT. De modis finiendi locationem conductionem, actum non agemus, *add. tit. Inst.* Moribus hodiernis denunciatio fieri debet ab eo, qui Locationem conductionem rei immobilis non vult continuare, tam, inquam, a conductore quam a Locatore, & quidem tempore opportuno, ut partes sibi rursum de novis conditionibus prospicere possint, quod Statutis fere definitum est, apud nos quatuor mensibus ante finem temporis in actione expressi: Nam ante Kalendas Januarias faciendæ est denunciatio. Post illas in annum sequentem locatio repetita censetur, r. *Stat. 14. § 1. Modus autem obnunciandi est, ut fiat per viatorem publicum*, qui simul conductorem in jus vocet: Quia Statutum requirit, ut de effectu denunciationis protestatio fiat in judicio, cui se conductor ex causa opponat, eaque non facta, conductor obnunciationi factæ parere non cogitur, adeoque illa in irritum cedit, *d. tit. 14. art. 2.* si fiat oppositio, causa summatim cognoscitur, & jus dicitur ante initium sequentis anni locatorii? Quod si causa tam celeriter finiri nequeat, Conductor tamen cedere cogitur, ut *superius* probatum est.

26. Huic tamen juri a conductore potest renunciari expresse, eis annum totum, ut Sandius judicatum refert 3. 6. 1. in principio Locationis Conductionis, vel quoad modum, ut ne opus sit denunciatione & protestatione judiciali: quod fit quam frequentissime. An etiam tacite? haud facile. Sandius hanc formulam tacitæ renunciationis probat, quando Conductor promisit, *se finita locatione rem Conductam libere esse relaxaturum, omnique legum beneficio & auxilio renunciat*, ex *Menochio*. Ego subsisto: nam relaxatio pertinet ad promptam rei derelictionem; beneficia Legum varia possunt esse; nec generalis renunciatio valet, quando species sunt incertæ, per *l. 4. § 4. Si quis caution. jud. sist. cauf. f. non obt.* Quæritum est, Locata domo ad octennium singulis annis a mense Majo inchoandis, hac lege, ut quo anno conductor moreretur, aut e provincia migraret, Locatio Conductio finiretur, *dat de huir alsdan, met het lopende jaer soude eyndigen*; casu mortis, aut migrationis post kalendas Januarias eveniente, an Conductor ultra kalendas Majas non teneatur. Responsum est; non videri renunciatum beneficio Statuti, quod vult, nulla obnunciatione ante kalendas Januarias facta, Conductionem in sequentem annum videri renovatam; Proinde Conductorem aut ejus heredem, sequente adhuc anno teneri, & tunc obnunciatione legali oportere defungi; non obstante quod casus illi prævideri non poterant; quia beneficium Legis ipso jure competit. Ac ita in propria causa in exedra consultoria obtinui anno 1680. Eodem modo, si res locata sit vendita, quamvis emptor conductorem ante tempus expellere possit, *l. 25. § 1. h. l. 9. C. eod.* si tamen obnunciatio tempore legitimo, ab emptore vel a venditore facta non sit, (ab alterutro sufficit, Sand. *d. def. 1.*) conductor rem derelinquere non cogitur; & emptor amittit jus alioquin ipsi comparatum, per *dd. ll.* ut judicatum elle, Nauta refert, in causa *Sake Syoerts Broesma, contra Albert Wouters*, 10. Maj. 1636. Quod si venditio facta sit post Kalendas Januarias, Emptor adversus venditorem in id quod interest, quod vacua & libera possessio sibi non tradatur, aget. Quemadmodum ipse & Conductori, cui rem a se emptam locaverit, tenetur. Species sit hæc, cujus usum non semel vidimus. Emit aliquis post Kalendas Januarias prædium:

Hoc

Hoc locavit. Vetus colonus nulla obnunciatione facta, non potuit a novo depelli. Hic habet actionem adversus emptorem, eundemque locatorem, in id quod interest, quod memini ad ingentem aliquando pecuniæ summam ratione lucri cessantis æstimatum fuisse. Locator autem contra venditorem rursus habebat actionem ad indemnitatem, quod in tempore, cum prædium venderet, non obnunciasset. Quær. Conductor rem sublocaverat, utri denunciatio fieri debet, primo an secundo conductori? Et judicatum est, alterutri fieri posse; apud Sandium *d. Def. 1.* Quod si obnunciatio facta sit primo conductori, isque secundum non fecerit scientem, huic adversus suum Locatorem actio dabitur, ut res ultro indicat.

27. Cæterum, aliquando Locatorem agere posse, ut Conductor rem ante tempus derelinquat, dictum est *ad Inst.* si re male utatur, si res sit reparanda, si dominus ipse re indigeat; Denique, si per biennium non solvat mercedem, *l. 56. h. t.* His autem casibus non solvitur ipso jure Locatio conductio, sed ita, si jure suo velit uti Locator, quod minime plerumque fit. Proinde illis ipsis casibus obnunciatio ex lege municipali fieri debet, & solet apud nos: nec enim isti modi in desuetudinem abierunt, ut de biennio quidem Ordines Frisiæ testantur, in Edicto *d. 22. Febr. 1622.* ubi in *præfat.* sic ajunt: *Quoniam Domini agrorum debent expectare biennium, antequam Colonis suis mercedem solventibus, agros obnunciare possint.* Hinc quæritur, an Locator ante Kalendas Januar. anni secundi, obnunciare possit colono, ut prædium in sequentem annum derelinquat: Si non liceat, futurum est, ut colonus cunctator triennium loco biennii habeat. Rursus, si liceat, videtur anticipari pœna Legis, contra id quod scriptum est, eum, cui certum tempus præfinitum est, non nisi elapso tempore in mora esse videri, § 2. *I. de V. O. & l. 41. § 1. eod. tit.* Temperandum igitur ad ibendum, ut denunciatio fiat, sub conditione, si ante exitum anni secundi non solvat.

28. Quid autem, si dominus probare possit, Colonum nihil habere in bonis, secus ac simulaverat, ut credibile non sit, eum mercedibus solvendis fusse cturum, an etiam ante biennium obnunciare potest? Disputatum ita est a Domino, qui exploraverat suum colonum nihil intulisse in prædium, nisi quod alienum esset, supellectilem, pecudes, & instrumenta rustica, ipsi ab aliis esse commodata. Ideo cum ad plures annos locasset, primo anno ante kalendas Januarias obnunciaverat. Sed a Curia non est admissus, in causa *heredum Johannis Gualteri*, contra *Niurd Boukes*, *d. 22. Junii 1680.* Quo minus tamen ex ejusmodi ratione, cautio a Conductore pro mercede exigi, & deficiente cautione obnunciatio fieri possit, non est dubitandum. Forsitan & directe sub hac conditione, *si ante finem anni non solvat*, denunciatio posset fieri, *arg. l. 41. de Judiciis.*

29. Denique, si post, vel paulo ante cessationem biennalem conductor prædium sublocaverit, an secundo conductori dominus usum rei auferre, vel obnunciare potest? Non posse, placuit olim Curiæ supremæ in tali causa. Abbius Friderici *Gabbema*, vendiderat prædium *Sirxma* dictum *Johanni Wilhelmio*, in quo Curatores pauperum Bolswardiensium habebant sex jugera, quorum usum domino prædii Sirxmanni perpetuum concesserant, pro vectigali vel mercede duorum ducatonum annuorum, cum pacto, si per biennium illos non solveret, fore, ut dominus prædii jure suo caderet, sine ulla denuntiatione facienda, vel etiam pensionis augmento. Sed venditor peculatus reus, & e provincia profugus interim factus, de pretio illius prædii adhuc debebat quinquies mille octingentos & octuaginta florenos aureos, pro quibus venditor Livius conveniebat emptorem & possessorem *Johannem Wilhelmi*, & hic, rebus male cedentibus videns, se prædium retinere non posse, non solverat binos ducatones illos annis 1637. & 1638. Livius Pibema deinde prædio recuperato, Curatoribus pauperum offerebat pensiones annorum præteritorum. Sed illi jus commissi urgebant, suaque jugera libera esse contendebant. Aliter Curiæ visum, quia præsens possessor, contra quem jus Commissi exercere volebant, ipse non fuerat in mora, ut refert Nauta judicatum, in *causa Johannis a Marssum cum sociis, contra Livium Johannis Pibema d. 20. Dec. 1641.* Forte etiam, quia Livius a Johanne jus suum non erat nactus, sed antiquum jus suum repetebat, quod emptorum negligentia, re ad dominum suum redeunte, perire non potuisse videtur. Quod si ille suum jus ab ultimo possessore nactus fuisset, non fuerit alienum dicere, Dominos fundum in libertatem vindicare potuisse, quia commissum fuit ipso jure, vid. *pag. 778.* Alioqui in potestate Conductorum esset jus Commissi eludere, facta translatione sub finem biennii, cum ipse nondum, neque mox novi conductores, expelli possent. Videtur etiam illud exem-

exemplum fuisse de Emphyteusi, ut indicavimus *pag. 778. n. 7.* a qua differt Locatio Conductio, quod in hac obnunciatio facta primo conductori valeat contra secundum, ut modo probatum est, etiam si ante biennium sublocatio facta sit: Proindeſi merces eis biennium soluta non sit, non opus est secundi Conductoris facto, vel mora solutionis, quæ non ad primum Locatorem, sed ad sublocatorem respicit. Dominus suo conductori obnunciabit, eaque protestatione judiciali confirmata secundus conductor ob moram primi recedere cogetur, quia plus juris, quam ille habebat, habere non potest. Ideoque judicatum illud ad Locationem Conductionem pertinere non videtur. An ad Emphyteusin spectet, ex iis, quæ superius dicta sunt, cum hisce collatis, dijudicandum foret.

Quod si ex lege Conventionis ad tributa solvenda Conductor teneatur, nec solvat, haud dubie depelli potest, sicut ob mercedem, & quidem ante biennium, ut de emphyteusi diximus *pag. 779.* Porro de pœna non restituentis rem conductam, de præstatione culpæ, de periculo damnoque incendii, quæ diximus ad *h. tit. Inst. & ad tit. de Lege Aquilia, superius*, cum his conferenda relinquemus. Hoc addito, colonis non licere pascuos agros in Cereales convertere, sine consensu Domini, non modo extremis diuturnæ conductionis annis, ut Grotius *d. cap. 19. n. 55.* sed nec ab initio, vel in medio, certe non, si domini conditio inde ulla parte deterior facta futura sit, ut fere contingit, *arg. l. 13. § 4. & 8. l. 27. § 1. de Usufr.* Teneri ex ea causa Colonum in id quod interest, Curia nostra judicavit, in *causa Kempenis a Domin. Imper. Recony. contra Johannem Benedict. cum soc. d. 27. Febr. 1644.*

TIT. III.

De Æstimatoria actione.

I. Ratio discernendi contractus innominatos a nominatis. II. Species innominatorum. III. Contractus æstimatorius quis, & usus ejus. IV. Actiones hinc oriundæ. V. Cujus in hoc contractu sit periculum.

Quæ sequuntur in hoc libro, ad materiam contractuum innominatorum pertinent, de quorum natura differentiaque a nominatis contractibus, actum est *ad tit. Inst. De Obl. quæ conſ. cont.* Summa eorum est hujusmodi; quædam conventiones propter usum earum necessarium & frequentem, certis nominibus sunt proditæ, quædam infrequentiores nomina certa non sunt adeptæ, vi tamen actionum munitæ; illi contractus sunt nominati, hos vocamus innominatos: Ubi nec nomina nec actiones dentur, hæc pacta nuda sunt, & manent, *h. l. 7.* Ex nominatis conventionibus, quæ maxime expediti commercii erant, hæ ex solo consensu vim obligandi accepere. Tales quatuor proditæ sunt; Emptio venditio, Locatio conductio, Societas, Mandatum. Contractus beneficii, ut Mutuum, Commodatum, Depositum, sua natura non sunt mercatorii, ideoque nihil necesse fuit, iis a solo consensu vim agendi tribuere, quod nec factum: nam conventio de mutuando, commodando, deponendo, non parit actionem, *l. 30. de Reb. cred.* opus est re tradita, *supra, quib. mod. Re contrah.* His additum fuit Pignus, quia non erat contractus per & propter se, *§ ult. eod. tit.* Prætor tamen videns frequentem pignoris usum, ei quoque e nudo consensu vim agendi adscripsit, *in l. 17. § 2. de Pact.* Conceptio verborum, & scriptura, quamobrem in quibusdam obligationibus requisitæ fuerint, diximus *ad pr. tit. Institut. de Verb. oblig.*

2. Numerus contractuum innominatorum quaternario comprehendi solet, *Do ut des, Do ut facias, Facio ut des, Facio ut facias;* Sed hanc enumerationem non esse completam, vel *hujus Rub. arg.* constat; Nam æstimatorius contractus hujusmodi terminis contineri, ut ad nullam istarum quatuor speciem referri posse videatur. Scil. Æstimatorius contractus vocatur, quando res æstimata committitur vendenda sub hac lege, ut vel ipsa vel ejus æstimatio restituatur, *l. 1. h.* Talis traditio ad vendendum, nec est datio, nec est factum, ut quidem *faciendi* verbum in hac materia sumitur, nam generaliter alioquin ipsum *dare* est aliquid *facere*, qua de re diximus ad *tit. Inst. de Oblig.* Porrsus apparet, hunc contractum esse medium naturæ inter locationem conductionem atque emptionem venditionem, & exercetur ab iis, qui cum vestimentis & supellectilibus circumeunt vicos, *Uytdragers.* Quanquam hoc nomen postea fecit iis, qui domi commercia rerum semitritarum agunt;

agunt; hujus interim contractus exercitio aliis diverso nomine relicto.

3. Actio nascitur hinc Præscriptis verbis, quæ datur utrique contrahenti, tam ei qui dedit, quam qui accepit. Qui dedit, agere potest bifariam; Si vendita sit res, ut pretium sibi restituatur cum usuris a tempore moræ, quia contractus est bonæ fidei, *arg. § 28. I. de act.* junct. *l. 32. § 2. de Usur.* Si res necdum vendita sit, actio competit ad repetendam rem, tam ex pœnitentia dantis, quam ex negligentia accipientis, per *l. 3. § 3. de Condict. c. dat. n sec.* Vel etiam ad hoc, ut det operam, quo rem vendat, aut e culpa solvat id quod interest, *arg. l. h.* Periculum e casu fortuito eveniens, incumbere dicitur ei, qui rem accepit, *d. l. 1. § 1.* propter regulam, quod æstimatio semper transferat periculum in eum, qui rem æstimatam accepit. *l. 5. & l. 10. C. de jur. Dot.*

4. Sed hujus regulæ applicatio ad hoc negotium, distinctione limitatur in *l. 17. ff. de Præscr. verb.* utrius gratia, vel rogatu, contractus fuerit initus, ab hujus enim rei contemplatione periculi consequentia pendet, ratione satis evidenti; quod æstimatio transferat periculum in eum, qui rem æstimatam hoc animo, ut penes eum absolute remaneat, accepit: Quod cum in hujus actionis hypothesi neutiquam fiat, ratio non tulit, ut periculum in accipientem simpliciter transiret; unde patet, necessariam esse *Legis 1. § 1. h.* cum *d. l. 17.* conjunctionem. Caterum merces in hoc contractu non datur, id est expressa quantitas, quæ facit locationem; sed tacitam in hoc negotio præmii conditionem inesse, res loquitur, ut si is, qui rem accepit æstimatam, pluris eam vendere possit, id quod excedit, suo lucro deputet, *d. l. 1.* Nec tamen si merces exprimatur, ideo fit Locatio conductio, quia non transfertur usus rei vel opera personæ simpliciter; Sed fides datur, rem ipsam, vel æstimationem, de qua convenit, reddendi, cujusmodi alternativa notissimos locationis conductionis terminos excedit. Propterea hoc casu datur utilis actio æstimatoria, quæ continet easdem cum directa modo designatas præstationes, *l. 2. h.*

TIT. IV.

De Rerum Permutatione.

I. Proprietas permutationis. II. Affinitas cum Emptione Venditione; nec forte semper, ubi res pro re datur, esse permutationem. III. Convenientiæ cum Emptione venditione, & ab ea discrepantes effectus.

Princeps contractuum innominatorum est *Permutatio*, quæ proprium titulum ante locum communem sequentis *Rubricæ* meruit, & primo omnium recipit hanc dubitationem; quomodo contractibus innominatis, quæ nomen præ se ferat, hæc species accenseri queat? sed cui satisfecimus in *Instit. de Empt. Vend. n. 8.* Fiat autem Permutatio, *Quando certa species pro alia specie datur atque transfertur*, hanc esse permutationem, sive contractum Do ut des; Sic enim explicatur, idemque significare videtur, *l. 5. § 1 & 2. fin. de Præscr. verb.* nisi forte cum certa species datur, ut res in genere reddatur, sit contractus Do ut Des potius, quam permutatio, quod alii volunt, quos inter D. Schotanus *exam. ad h. tit.* Sed ea res usum vix est ut habere videatur, etsi novissime sic statuat Ekholtius *ad h. t. n. 3.* per *l. 18. de Præscr. verb. & l. 17. § 5. eod.* quæ tamen parum ad rem faciunt, ut demonstrat Thomasius: *not. ad Struch. Dissert. 16. n. 5.* In utramque partem disserit Beckmannus ad *h. tit. n. 62. & 144.*

2. Quanta permutationis cum Emptione Venditione adfinitas, ex veteri disputatione, an etiam, ubi res pro re datur, emptio venditio esse queat, intelligi potest. Quanquam autem Proculi sententia dicentis, hanc esse perpetuam differentiam, quod Emptio Venditio pretium in pecunia numerata requirat, cum autem res pro re datur, sit permutatio, *§ 2. I. de Empt. Vend.* prævaluerit, non est tamen abs re dicere, quando animus contrahentium fuit rem emere vendere, tum non desinere esse emptionem venditionem, eo quod res loco pretii data fuerit, ut colligitur ex Gordiani Rescripto in *l. 1. C. de Rer. permut.* Erat, qui venalem habebat possessionem. Alius pretii nomine, quantitate non taxata, dedit aliam possessionem; dicit, ad exemplum actionis empti agendum. Si vero idem actum sit cum eo, cui venalis possessio non erat, permutatio facta, & alio modo agendum traditur, quod parum abest a Sabini & Cassii sententia, qui putabant, emptionem venditionem esse, quando partes emere vendere, rem alter comparare, & alter eandem transferre volebant, sine discrimine, res an pecunia

cunia viciſſim daretur; ut Salmaſius *l. 1. de Uſur.* probat. Certe mercatores Indici id agunt, ut merces ab indigenis comparent, a plerisque pro nummis, a quibusdam pro aliis mercibus, cultris, ſpeculis, aliisque reculis, quibus barbari delectantur, non eſt a negotii natura alienum, illos utrobique eodem modo ſe habere, id agere mercatores & Indos, ut emant vendant, partiumque intentionem facere ſpeciem contractus, ut Cæſar in *d. l. 1. C.* docet, tunc demum eſſe permutationem, ibi intentiones conveniunt, uterque ut re carere velit, ut fere Paulus dixerit in *l. 1. in pr. h. t.* Hac de re latius agentem vide Vinnium *ad d. § 2. Inſt.* Hoc ſatis conſtat, pecuniam non facere ſemper, ut emptio Venditio ſit, cum ſæpe & ab una parte permutatio pecuniam habeat, ut in *l. ult. D. de condict. cauſ. dat. cauſ. non ſec.* ubi ut corpus conſideratur, & quotidie pecunia utrimque ſit materia permutationis, quando majores nummi parvuſis franguntur, quam eſſe permutationem longe diſſimilem ei, quæ in Cambio, monendum putavit Thomaſius *ad poſ. 3. h. t.* & ex iis, quæ ad *finem tit. de Mandato* habuimus, ultro conſtat.

3. Effectus Convenientiæ cum Emptione Venditione ſicut notabiles ſunt, ita diſcrepantiæ non deſunt. Convenit permutatio cum emptione venditione in uſu Ædilitii Edicti, ne res ſit vitioſa, ne pecus morboſum, rem habere liceat, *l. ult. h. t. l. 9. § pen. de Edict. Æd.* etiam in Evictione, *l. 1. § 1. h.* etſi nonnihil in ſpecie *d. l. 1. C. h. t.* diſcriminis animadvertit Gordianus. Remedium Legis *2. C. de Reſcind. vend.* plerique ad permutationem extendunt; Quod cur nobis faciendum non videatur, ad *tit. de Reſcind. Vend. n. 3.* dictum, non repetimus. Ideoque ſi quis hunc articulum inter diſcrepantias recenſere velit, non repugnabimus; ſicut inter convenientias poni meretur, quod publicæ promulgationes, ſolutio nummi quadrageſimi, aut *alibi* quinquageſimi ſexti, æque in permutatione ac in Emptione Venditione obtineat, tam alibi, quam in Friſia, *1. Stat. tit. 11. § 4.* Porro quod Emptio Venditio modo conſenſu perficiatur, permutatio non niſi ex re tradita initium obligationis præbeat, ex genere Contractuum ſatis conſtat, & ſcriptum eſt in *l. 1. § 2. h. t.* Hoc minus obvium, quo ſenſu res aliena, quæ vendi poteſt, permutari poſſe negetur, *l. 1. § 3. h. t.* Nam venditor tantum ad vacuam poſſeſſionem tradendam, non ad dominium transferendum tenetur, *l. 11. § 2. de Actionib. empt.* Permutatio alterum facere debet dominum, *d. l. 1. § 1. & 3. h. t.*

SCHOLIUM.

Verius videtur contrarium. per L. 4. § 17. de Uſucap. l. 1. C. hic. *niſi is, qui primo cœpit contractum adimplere, rem alienam dederit. & accipienti, antequam & ipſe adimpleat, hoc reſciſcat, de quo caſu loquitur* l. 1. § 3. hic, *junctis § 1. & 2.*

RESPONSIONIS loco erunt ſequentia:

Pædius ait, *alienam rem dantem, nullam contrahere permutationem*, ſunt verba *d. l. 1. § 3.* Non recuſamus idoneam explicationem: Nec enim eſt infinita nullitas. Nam qui rem alienam et cauſa permutationis accepit, uſucapiendi conditionem habet, quam non haberet, ſi nullo modo eſſet permutatio, *d. l. 4. § 17.*

N. ADDIT.

Ergo cadit tamen illa differentia in textu præcedens, inter venditionem & permutationem. Si Papinianus hæc ſcripſiſſet, talibus ambagibus non fuiſſet uſus, ſed diſerte dixiſſet, ſe mutaſſe priorem ſententiam, aliter videlicet edoctum a Salino. Conf. ſupra nov. addit. ad tit. de ſervis exportandis.

4. Jam diximus in *poſit. ult.* differentiam, quod res aliena vendi, non permutari poſſit, in eo tantum conſiſtere, quod actio empti venditi in illo caſu utrimque naſcatur, non æque ex permutatione rei alienæ, quod attinet ad eum, qui dedit rem alienam: ſed qui accepit, poſtquam dederat ſuam, tam in id quod intereſt, præſcriptis verbis agere poteſt, quam condicere rem a ſe datam, *d. l. 1. C. h. t.* Qui vero dedit rem alienam, præſcriptis verbis actionem non habet, ſed tantum condicere poteſt rem a ſe datam, ſi alter viciſſim dare noluerit, *d. l. 1. § ult. h. t.* Wiſſenbach. *ad h. t. n. 6. & 8.* Poſtremo hæc inſignis differentia eſt, e diverſis qualitatibus nominati ac innominati contractus orienda, Quod in permutatione ſit locus pœnitentiæ, qua is, qui dedit rem, ut alius viciſſim daret, repetere poſſit, quamdiu alter a ſua parte contractum non implevit. *l. 3. § 2. & l. 5. in pr. & § 1. de condict. cauſ. dat. cauſa non ſec.* Ad quem titulum eadere dictum eſt jam pridem, ut etiam, in Permutatione non eſſe locum Retractui, ſecundum ea, quæ *ad tit. de Reſcindenda Venditione* collocata ſunt. Adde quod ad *Tit. de Contrab. empt. num. 7.* habuimus, nec id ab uſu hodierno remotum eſſe, probat Beckmannus *ad h. t. Obſ. pract. n. 65.*

TIT.

TIT. V.
De Præſcriptis verbis & in Factum actionibus.

I. Quibus nominibus hæc Actio deſignetur. II. Cur dicatur Præſcriptis verbis. III. Cur Civilis. IV. Quamobrem Incerta, & de contractu Do ut facias. V. De Contractu facio ut des, & de actione ex illo; conciliatur Lex 5. §. 3. h. *cum* l. 15. h. t. *VI. De contractu facio ut facias, & ſpeciebus eo pertinentibus. VII. De actione præſcriptis verbis extraordinaria. VIII. Exemplum ejus hodierni uſus exponitur. IX. Cur hæc actio dicatur incerti. X. Quare in factum.*

Quam non pari methodo in omnibus titulis ſit utendum, cum ſæpe alias, tum hujus Rubricæ argumento conſtabit. Omnis enim ejus materia ad *appellationes*, quibus actio præſcriptis verbis inſignitur, conferri poteſt, quod ubi definitionem ejus poſuerimus, demonſtrabitur. Datur hæc actio ex omni conventione, quæ uſum habet absque nomine, i. e. quæ datione vel facto ab alterutra parte impleto cepit initium, ad hoc, ut alter vicissim det vel faciat quod promiſit, *l. 7. §. 2. de Pact.* Appellationes, quæ huic actioni tribuuntur, ſubjiciam. Primo vocatur *Præſcriptis verbis*, ſecundum hanc Rubricam. 2. Vocatur *Civilis*, *in l. 15. & ſq. h. 3.* Utilis, *l. 6. de Tranſact.* 4. Incerta, *l. 6. C. de rer. permut.* 5. Incerti, *d. l. 7. §. 2. & 6.* in Factum, *l. 13. §. 1. & l. 22. fin. h. t.* etſi in Factum actiones latius quoque patent, unde diverſitas in hac Rubrica. Poſtquam his appellationibus ſuum dederimus ſenſum, natura hujus actionis ita perſpecta erit, ut ad ejus intelligentiam nil deſiderari queat.

2. Primo dicitur hæc actio *Præſcriptis verbis*, quia non e formula ſolenni, ſed verbis Jctis pro natura cujusque negotii *præſcriptis* agebatur. Hanc enim inter varias doctorum hominum conjecturas, veriſſimam hujus prædicati cauſam arbitramur. Notum eſt, officium Jctorum a veteribus triplici munere fuiſſe circumſcriptum, Reſpondendi, Cavendi, Scribendi, & hoc ultimum nemo ad Tabellionum partes ſpectare putet; ad artem Juris intimam hoc officium pertinebat ut litigaturis modum agendi, ſummæ tum difficultatis, præſcriberent. Et olim quidem in omni actionum genere Jcti tanquam e tripode conſulebantur, donec Cn. Flavius, Ap. Claudii ſcriba, librum, quo formulæ actionum erant deſcriptæ, Claudio ſubreptum, publici juris fecit, maximo populi levamento, ut refert Pomponius in *l. 2. §. 7. de Orig. Jur.* Sed, quia formulæ non niſi de certis actionibus e nominatis contractibus erant conceptæ, longeque plura erant negotia, quam actionum nomina, manſit tamen neceſſitas conſulendi Jctos, quoties de re, cujus actio non erat publice præſcripta, agendum foret; nec enim ſuo arbitratu obexactiſſimam anxiamque Fori Romani obſervantiam, cives experiri audebant: proinde adibant Jctos, qui verba, quibus uterentur, præſcribebant; unde præſcriptis verbis actiones, in quibus & ipſi Jcti quandoque labi poterant, ut clientes verbis minus accurate præſcriptis cauſa caderent, quo pertinet jocus Ciceronis ad Trebatium Jctum familiarem ſuum, *8. Ep. 14. Quod ſi ſcribere*, inquit, *oblitus es, minus multi jam te Advocato cauſa cadent.*

3. Hinc patet uſus & ingenium hujus actionis in Foro Romano. Sequens appellatio minus eſt operoſa; dicitur enim CIVILIS, oppoſito ſenſu ad actiones Prætorias, ut nota eſt Juris Civ. ſtricte ſumpti contra Prætorium oppoſitio, ex *l. 7, §. 1. de Juſt. & Jur.* item e diviſionibus Obligationum, Actionum, exceptionum, in Civiles & Prætorias. Inſtitutum Prætoriæ inventionis fuiſſe conſtat, ut jus civile ſuppleretur, ut remediis abundaret, quod ipſum Jctis fuiſſe propoſitum, ex tot Actionibus ab illis aut inventis aut productis, paſſim liquet, & hic ipſe Tit. loquitur. Non multum inde recedit, quod UTILIS actio vocatur. Quid ſibi velit hæc appellatio, ſæpe alias dictum eſt, & ex oppoſitione directarum intelligitur. Directæ enim ſunt actiones, quæ ex propria certi cujusque negotii natura, vel ex ipſis legum verbis dantur. Utiles, quæ ob affinitatem paritatemque rationis, ad alias actionum ſpecies producuntur, quod evidentiſſimo exemplo actionis quadrupedariæ patet quæ, de bipedis damno ſi quæratur, utilis eſt, quia Lex, cum de quadrupede loquatur, de bipedibus idem ſentire videtur, *l. pen. D. Si quadr. paup.* Sic etiam cum innominati contractus nulla Legibus actione præditi eſſent, Jcti propter utilitatem & ſimilitudinem, has actiones eo produxerunt, & ſic *utilis* eſt actio Præſcriptis verbis, *l. 6. C. de Tranſact.*

4. Plus obſervationis eſt in ſequenti nomenclatura, quod INCERTA hæc Actio dicitur, quoniam e contractibus incertis oritur, *l. 6. C. de Permut.* Dicuntur contractus, unde hæc actio formatur, incerti; 1. Quia certis nominibus non diſtinguuntur, ſed innominati ſunt, atque vocantur. 2. Quia certa ca-

rent origine; nascuntur enim e variis causarum figuris, & genere infinito negotiorum. Plerumque sane continentur hisce terminis, *Do ut des*, *Do ut facias*, *Facio ut des*, *Facio ut facias*, de quibus agit Paulus in *l. 5. h.* & passim alias in *hoc Tit.* Do ut des, eandem esse speciem cum permutatione, *superiore tit.* demonstratum est. Do ut facias, a locatione facti differt, 1. materia subjecta, idque ex communi judicio & usu hominum existimandum; nam si factum sit, quod locari solet, est locatio conductio; si aliud genus facti, quod non cadit in popularem conductionis usum, est contractus innominatus, *d. l. 5. § 2.* II. Qualitate mercedis, quæ certa, facit locationem, si factum sit locabile, incerta, contractum innominatum, *§ 1. Inst. de Locat. Cond.* ad quem *tit. n. 4.* hæc de re dictum. Atque ex hac specie *do ut facias*, datur actio præscriptis verbis, nisi dolus alterius intervenierit, quo casu de dolo actionem competere, Paulus ex Juliano scribit, in *d. l. 5. § 2.* Tu dices, quid hic dolo actio, ubi præscriptis verbis in promptu est, cum nec de dolo agatur, nisi alterius actionis inopia, *l. 1. § 4. & l. 7. pr. de Dol. mal.*? Respondeo, præscriptis verbis actionem non dari in casu doli; cum enim utraque sit actio extraordinaria, tam doli quam præscriptis verbis, sic est receptum, alteri esse locum, si dolus absit, alteri, quando dolus argui potest, & sic non dari concursum.

5. Pergit Paulus in *d. l. 5. Quod si faciam ut des, & postquam feci, cessas dare*, nulla erit civilis actio, & ideo de dolo dabitur, *§ 3.* Quid hoc negotii est, cur ex *Facio ut des* non agitur præscriptis verbis, ut e reliquis contractibus innominatis? Quin dari ex inde præscriptis verbis actionem, docet Ulpianus in *l. 15. h.* cujus de conciliatione cum *d. l. 5. § 3.* miri fice variant Interpretes, ut videre licet apud Wissenb. qui est hippocraticus, a desperatis ait abstinendam esse medicinam: Vult adeo, antinomiam esse manifestam, nec aliter Thomasius ad *Pos. ult. h.* Velim consideres, an non Paulus in *d. § 3.* continuet orationem, qua in fine versiculi præcedentis decuit, actionem præscripris verbis esse, cum quis sine dolo reus est præstandi; si dolus arguatur, esse de dolo actionem, non præscriptis verbis, id est utilem. Pergit ad contractum Facio ut des, nullamque ex eo civilem dari actionem, ponit, eodem casu, quo prius, si dolus arguatur, *Ideo de dolo datur*, inquit. Non potest de dolo dari, nisi dolus sit commissus; cum autem dolus admissus est, non datur civilis actio, ut est *in fine § 2.* Ergo quod in *§ 3.* nulla civilis actio, sed de dolo esse dicitur, non de omni contractu facio ut des, sed de casu doli perpetrati accipiendum, quo casu nec quidem ex *do ut facias* actio nascitur. Idem Ulpianus in *d. l. 15.* cum ex contractu facio ut des actionem præscriptis verbis dari posuisset, subjicit: *Nisi quis & in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur.* Est prorsus eadem doctrina, quæ *in d. l. 5. § 2 & 3.* Continetur in illa specie actio præscriptis verbis, at si dolus aliquis arguatur, nulla est civilis, sed de dolo agendum. Nihilne ergo hac parte contrarietatis? Non videtur, nec potest in re tam facili & obvia. Quis enim dubitet, ex facio ut des agi posse præscriptis verbis, *l. 6. C. de Transact.*?

N. ADDIT.

Si res tam plana & obvia fuisset, ut Autori visum est, tot magna ingenia non sudassent in conciliandis textibus hisce. Dissensisse JCtos circa hanc quæstionem, vel ex ratiocinatione, qua Ulpianus utitur in d. l. 15. *patet, id vero aperte erroneum est, quod dicitur, Paulum in* d. l. 5. *non in genere de contractu, facio ut des, agere, sed in specie de casu, si dolus arguatur, adeoque § 3. esse continuationem discursus in § 2. Repugnat totus contextus* d. l. 5. *In principio totum ob rem dati tractatum in quatuor species dividit Paulus. De prima, seu do ut des agit § 1. De do ut facias § 2. De facio ut des § 3. De facio ut facias § 4. Ergo male verba:* nulla civilis erit actio, *ad certos quosdam casus speciales restringuntur. Ut taceam, illud effugium de actione de dolo ex aliis rationibus non procedere. Nam ex primis principiis constat, actionem de dolo esse subsidiariam, & non dari, ubi datur actio civilis, ac vice versa, ubi actio de dolo datur, non datur actio civilis. Igitur putavit Paulus forte cum aliis, contractum facio ut des non parere actionem civilem, præscriptis verbis, sed solum de dolo. Gajus contra putavit, eam parere actionem præscriptis verbis,* l. 22. eod. *& consequenter non actionem de dolo. Ulpianus* d. l. 15. *contentus fuit, si modo aliqua actio detur, & negotium non habeatur pro mero facto nudo, sive sit actio præscriptis verbis, sive sit actio de dolo. Sic vero conciliabitur quidam Ulpianus & cum Paulo & cum Gajo, sed manebit tamen antinomia inter Paulum & Gajum.*

6. Contractus Facio ut facias plures habet species. Permitto, ut tu in meo solo ædifices, ego in tuo; Pacisceor, ut tu a meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romæ, sunt exempla *d. l. 5. § 4.* & hanc ultimam speciem nil aliud esse quam reciprocum mandatum, docet *ibi* Paulus; quæ observatio latius patet, ut reciprocum commodatum &

re-

reciproca locatio ad hunc etiam contractum spectent; Nam si ita conveniat, ut tu meis equis utaris, ego tuis, uterque gratis, quid est aliud, quam mutuum commodatum vel locatio conductio? sed quia neuter equos suos gratis concedit, neuter etiam mercede certa, nec locatio nec commodatum est, ut docet Justinianus in *§ 3. I. de Loc. cond.* sed erit actio præscriptis verbis, quæ tamen similis erit ei contractui, cui maxime adsimilatur, *d. § 3. in fin.* Ut is rei liquet hoc exemplo, de quo ante aliquot annos consulti sumus; Duo agricolæ contraxerant, ut alter alterius equos in opere suo rustico exerceret, alternis septimanis: si quis alterius equos diutius habuisset, in singulos dies duodenos asses pro singulis equis solveret; Accidit, ut alter, cum suum & alterius equum plaustro junxisset, ad capiendum jentaculum digrederetur, funes exteriores, quibus equi claudebantur, solveret. Dum abest, equi fortuito consternati in fossam se præcipitant, in qua vicini equus, cum paterfamilias rediret, inventus est suffocatus, cujus pretium a domino repetebatur. Alter probabat, morem agricolarum ejus tractus ita ferre, ut equos ad tempus relicturi funes tantum exteriores solverent, quemadmodum ipse fecerat. Cui accedebat, quod eodem modo alienum quo proprium equum habuerat. Ideoque levis culpæ reus non videbatur. Quæsitum est, an de levissima teneretur, quod inde pendebat, utrum Locationi conductioni an Commodato similior esset contractus? Respondimus, ultra levem culpam hic non præstari, quod utriusque utilitas in hoc contractu manifesto verteretur, præter quod propius ad locationem conductionem hanc speciem accedere, patet ex adjecti ne mercedis, pro diebus mutuam prælationem excedentibus. Hoc denique servandum ex *d. l. 5. § 4.* contractus innominatos in effectis adsimilari nominatis contractibus, ad quos proxime accedunt, ut juxta alios observat Brunnemann. *ad d. l.* quod refer ad ea, quæ dicta sunt *parte I. tit. de Action. n. 38. in fin.*

Potest etiam ad facio ut facias referri hæc species; Si quis deposuerit pecuniam, hac lege ut Titius eam haberet, si hoc aut illud faceret; si post depositam pecuniam Titius non fecerit, agitur ad id, quod depositum est repetendum, *l. 18 ff. h. t.* ut frequenter usu venit apud nos, etiam in venditionibus munerum, ubi eorum, pro quibus pecunia apud Tertium sæpe deponitur, ut si Collatio procedat, a venditore tollatur; si non procedat præscriptis verbis potius, quam depositi sequestraria agendum statuit Ulpianus in *d. l. 18. h. t.*

7. Quin adeo est *incerta* hæc actio, ut applicetur ad omnes species causarumque figuras, in quibus æquitas actionem dari suadet, etsi nullum contractus, ne quidem innominati principium agnoscat: unde fit, ut præscriptis verbis actioni locus esse dicatur, ubi *civilis* actio negatur, etsi præscriptis verbis maxime civilis sit. Ita ex Precario nulla civilis actio nasci dicitur. *l. 14. de Precar.* At qui præscriptis verbis agi posse de precario, traditur in *l. 2. & l. 19. eod.* Dic igitur, nulla civilis est actio, quæ ex aliquo contractu saltem innominato sit orta, quod non prohibet, quo minus extraordinaria præscriptis verbis actio applicetur. Sic etiam quando dubitatur, an actioni alicui sit locus, ad hanc vagam & extraordinariam præscriptis verbis actionem recurri solet, *l 16. pr. h. t. l. 50. de Contr. Empt.* eaque res late patet, ut quoties fiunt conventiones contractuum terminos egredientes, præscriptis verbis agi posse videatur, ut in *l. 25. D. depos.* ubi species proponitur notissimos depositi terminos excedens. Quoties enim hoc fit, ut nesciamus, cui actioni proprie sit locus, in factum, quod est præscriptis verbis, agitur, ut est *in præd. ll.* & alias passim; In *l. 23. § 5. de R. V.* ubi: *In omnibus his casibus, in quibus neque ad exhibendum neque in rem actio locum habet, in factum actio necessaria est.*

8. Forte etiam in hac specie, quæ frequenter usu venit: Quando in opes agricolæ vel artifices commodati titulo instrumenta, jumenta, pecora certo pretio æstimata accipiunt, cum stipulatione usurarum & hac lege adjecta, ut loco detritarum mortuarumque specierum aliæ succedant; utique hæc pactio notissimos commodati terminos excedit, ideoque si non stetur Pactis, agendum præscriptis verbis. Dabitur etiam rei vindicatio contra tertium, quatenus ipsa corpora rerum commodatarum in alienas manus inciderint, per *l. 23. pr. de R. V.* Sæpe quæsitum est, an & res in locum earum, quæ primitus translatæ fuerant, substitutæ, vindicari possint? Negandum hoc videtur per *l. 13. de reb. cred. l. 21. de ber. vel act. vend. arg. l. 2. D. Quand. ex fact. tut.* Nec dubii juris res est, dominium esse jus in rem singularem, quod de corpore in corpus, a specie in speciem nullo modo transfertur, *dd. ll.* Tamen in Fori nostri peristyliis, quin etiam in interiore recessu aliter existimatum judicatumque fuisse memini, quemadmodum sunt res humanæ. Sed Ordd. Frisiæ in hoc instituto dominos prædiorum creditoresque fœnus in fraudem incidisse viderent, commodatoribus illis clandestinis jure dominii res invectas & illatas præripientibus obicem

cem huic incommodo posuerunt hujusmodi Statuto: Ut cessiones rerum jure commodati vel similis sine translatione proprietatis sint tantum trimestris durationis, nisi dominis prædiorum fiat denunciatio & explicatio contractus ejusque denunciationis testata relatio extet; alioqui talia bona pro debitis ejus, penes quem reperiuntur, obligata censeri & obnoxia distractioni. Præterea, si forte non tradantur instrumenta pecudesque colonis aut inquilinis, sed hi per contractum declarent, se res suas mobiles certo titulo in alium transtulisse, sic tamen ut ipsi possessionem, vel saltem detentionem retineant aut statim recipiant, hujusmodi translationes non valituras, nisi ab eo tempore, quo actis judicii, cui cedens est subjectus, insinuata fuerint, quo domini conditionem eorum, quibus prædia sua locant, exploratam habere possint. Edictum *d.* XXI. Febr. 1682.

9. Satis prolixe de qualitate, qua præscriptis verbis *incerta* dicitur actio. Minus operosum est, quod *incerti* vocatur in *l. 7. § 2. de Pact.* propterea, quod nullus habeat certas præstationes; sed alias aliasque pro diversitate negotiorum, semper in id quod interest, *l. 5. § 2. b.* Denique, quod omnes contractus innominati, quamdiu utrimque non sunt impleti, pœnitentiam recipiunt, ut antehac intellectum *ad tit. de Condict. c. dat. c. n. sec.* id imprimis ad incertitudinem quoque spectat; si tamen actio præscriptis verbis hoc respectu non potius *incerta*, quam *incerti*, quod magis videtur, appellanda sit.

10. Ultima qualitas & actionis hujus appellatio est, quod *in Factum sit*, *l. 13. § 1. & l. 22. b.* Ratio nuncupationis hujus ex his, quæ inde ab initio dicta sunt, colligi potest, quia per narrationem rei gestæ secundum æquitatem facti, conclusio in hujus actionis libello instituitur. Verum quod Rubrica nuncupationem præscriptis verbis ab in factum actionibus discernit, hanc habet rationem: Actiones in factum latius patent, quam præscriptis verbis. Sunt enim Civiles vel Prætoriæ. Civiles ad Contractus vel ad delicta pertinentes. In Factum actiones de contractibus, sunt ipsæ præscriptis verbis actiones. E delictis, exemplum habes in *§ ult. I. de L. Aquil.* Unde discimus, actiones, quæ a verbis Legum aut a natura negotiorum longius, quam soleant utiles actiones, recedunt, *in factum* non incommode posse vocari, quo pertinent *l. 13. fin. pr. de Pign. act. l. 12. § 6. & l. 22. § 10. ff. Mand.* Et tamen si quis has ipsas in factum actiones a Præscriptis verbis actionibus illis vagis & extraordinariis, discrepare non putet, eum nihil opinor erraturum. Quod enim de his antea dictum est, ad eas recurri, quoties termini actionum ordinarii desunt, hoc in ejusdem generis casibus de in factum actionibus prædicatur, ut jam vidimus *ex l. 23. § 5. de R. I.* Idemque firmatur ex *l. 3. § ult. de Condict. caus. dat. non sec.* & ex reliquis locis, ubi præscriptis verbis actiones in factum dici intelleximus.

Ex his liquet, præscriptis verbis actiones in hoc ab aliis actionibus discrepasse, quod reliquæ certas formulas publice receptas haberent, quæ solennes erant, & quæ nisi ad syllabam usque servatæ essent, Actores *formula excidebant*, ut Suetonius *in Nerone* loquitur, hoc est, ut hodie dicimus, instantiam amittebant. Hasce formulas & verborum aucupia simplicior posteritas cœpit aversari, donec eas Constantinus, *cunctorum actibus radicitus amputaret*, ut ait in *l. 1. C. de Formul. & impetr. sibl.* sanxitque sufficere, *si aptam rei & proposito negotio competentem eam esse constiterit*, *l. 2. eod. tit.* quod revera nihil est aliud, quam more veteri Præscriptis verbis agere ut superius definitum est. Adeo ut ad modum agendi quod attinet, nulla amplius inter actiones ex contractibus nominatis & innominatis sit differentia. Nec ideo nomen actionis in libello amplius specialiter exprimendum requiri manifestum est, cum narrationem & conclusionem negotio cuilibet aptam & convenientem proponi, sufficiat ex sententia Constantini *mod. l. 2.* Nec alia moribus hodiernis est ratio vel stylus Fori & Curiarum, etsi narratio & conclusio vix aliter fieri possint, quin, si Contractus sit nominatus, ejus nomen aliquo loco exprimatur. Quæres tamen Advocatis non remittit curam animum advertendi, quæ sit actio, quam instituere debeant, aut quale sit negotium, de quo experiri cogitent, cum alioqui conclusionem, quæ meriro lapis angularis processus habetur, formari nequeant, nisi præstationes negotio convenientes bene perspectas habeant, nec has rite nisi nomen actionis noverint, discernere possint.

FINIS TERTIÆ PANDECTARUM PARTIS, ET PRÆLECTIONUM JURIS CIVILIS SECUNDÆ.

DEO GLORIA.

PARS

ULRICI HUBERI
PRÆLECTIONUM
JURIS ROMANI
ET
HODIERNI
PARS III.

LECTORI BENEVOLO.

ABsolutam Dei bonitate hujus operis *tertiam* & ultimam partem damus, sesqui anno fere post *Tomum Secundum*; aliquanto serius quam destinaveram; cum ob vastam *triginta librorum* materiam, tum quod, etiamsi veteres hæ pleræque cogitationes, omnia tamen recenti calamo exaranda fuerunt. Verum enimvero *sat cito, si sat bene*, vetus est dictum, sit etiam nostrum. Factumne sit operæ pretium, *Lector æquus* existimabit; utique præfationibus in alterutram partem nihil egerimus. Instituti mei rationes præcedentium Tomorum exordia loquuntur; id heic est continuatum, ut theoreticam & humaniora passim ad usum adtemperaremus, historiisque rerum judicatarum illustraremus. Quo id ita medio in orationis cursu satageremus, cum aliorum, tum *Antonii Mornacii*, quod sine comparationis arrogantia dictum sit, ad P. exemplo factum est. Periculum ejus rei, publico, quantum intelligere datum est, non ingratum in *Jurisprudentia vernacula* factum erat; heic & alia accesserunt, & *reliqua* pro modo Latinæ eruditionis adhibita sunt. Nolim etiam mihi fraudi sit, *in rebus dubiis*, si quid aliter quam illic, *quod raro eveniet*, heic collocatum reperiatur. Insultent, qui volent; Ego cum Justiniano sentio, cujus hæc verba probo; Οὐ γὰρ ἐρυθριῶμεν, εἴ τι κάλλιον καὶ ὠν αὐτοὶ πρότερον εἴπομεν προσεξεύρομεν, τοῦτο νομοθετεῖν καὶ τὴν προσήκουσαν τοῖς πρότερον δευτέραν ἐπιτιθέναι διόρθωσιν οἴκοθεν, ἀλλὰ μὴ παρ' ἑτέρων ἀναμένειν ἐπανορθωθῆναι τὸν νόμον. *Nec enim erubescimus, si quid a nobis pulchrius, quam primo dixerimus, inventum fuerit, id ipsum sancire, novaque emendatione priora cogitata e nostro penu in melius reformare, nec exspectare, dum leges nostræ ab aliis corrigantur. Nov. 22. in fin. præfat.* Bene habet, si in eorum numero esse mihi liceat, qui scribunt proficiendo & scribendo proficiunt. Quod sane, postquam hoc scribendi stadium, non nisi ætate jam consistente, ingressi sumus, dum facultas erit, adspirante divino favore, continuabimus. Animus erat, hujus Tomi præcipua capita, primo publicis ventilare disputationibus: Atque ita factum est in tribus prioribus libris. Respondentium illorum nomina visum est heic apponere.

HERMANNUS ARNOLDUS TAMMENA, Fris. Orient. *De Pignoribus & Hypothecis &c.*
FRANCISCUS de VICQ, Amstelod. Batavus. *Ad Tit. Qui potiores in pignore.*
ZACHARIAS HUBER, Frisius. *De Distractione Pignorum &c.*
IDEM, *de Ædilitio Edicto & de Evictionibus.*
CORNELIUS van VIERSEN, Frisius. *De Usuris &c.*
ARNOLDUS ab IDSINGA, Frisius. *De Probationibus.*
MARIUS BEUKENS, Frisius. *De Fide Instrumentorum & Amissione eorum.*
JACOBUS MOLTMAKER, Groninganus. *De Testibus.*
HABBO a WESTENDORFF, Fris. Orient. *De Sponsalibus &c.*

Denique, nec id tacebo, duos Juvenes ornatissimos operam mihi benevole commodasse in parte Indicis concinnanda; D. TILEMANNUM ZUHR MUHLEN & ARNOLDUM MAURITIUM HOLSCHERUM, *Frisios Orientales.*

INDEX QUÆSTIONUM
PARTIS III.

1.

1. Generalem hypothecam singulas quoque res adfiecre lib. 20 tit. 1 n. 6
2. Actionem hypothecariam haud esse individuam in se, sed dari contra plures, quatenus singuli de pignore possident, ac ita secundum quid esse individuam 8
3. An locum in hypothecâ speciali habeat beneficium excussionis 8 fin. 9
4. Hypothecaria deturne de rebus mobilibus & obligationibus 10
5. Hypothecariam utilem dari de obligatione pignorata, an non potius utilis in personam? Tentatur, utramque dari 11
6. An is, qui utili hypothecaria de obligatione convenitur, habeat exceptionem ordinis sive excussionis 12
7. An & quatenus in antichresi liceat excedere modum usurarum 14
8. An conventio de pignore vendendo creditori, valeat, si pretium initio pignoris constituatur 15
9. Pactum de pignore non alienando an dominii translationem impediat ibid.
10. An hypothecæ tacitæ generali eximantur res necessarii usus, ut excipiuntur a generali expressa t. 2, 1
11. A quo tempore incipiat hypotheca mulieris pro bonis paraphernalibus 2
12. Hypotheca pupillorum & minorum, an obtinuerit jure ff. ante Constantinum Magnum 4
13. Hypotheca tacita, quæ datur creditoribus ad refectionem insulæ, non extenditur ad naves reparatas, nec ad novas domos ædificatas 8
14. Res conductorum si pupilli sint ac minores, an hypothecæ pro mercede teneantur 9
15. Si conductor relocaverit ædes, an res secundi conductoris hypothecæ sint obligatæ ibid.
16. An ex reditu annuo detur hypotheca tacita, jure civili 11
17. Arrestum an tribuat jus pignoris 12
18. An pignus rei alienæ convalescat, si dominus heres pignorantis factus sit t. 3, 2
19. An domaniorum alienatio & oppignoratio aliter se habeat in imperiis aristocraticis quam monarchicis 6
20. Onus prohibitæ alienationis an & quatenus princeps tollere possit vel curia suprema 10
21. Venditor, qui fidem de pretio non habuit, quatenus præferatur creditoribus tit. 4, 2
22. An is, qui salarium sive reditum annuum habet, pro pensionibus præteritis, creditoribus præferatur 3
23. Fiscus in causa principali primum an tertium inter creditores privilegiatos locum habeat 7
24. An privilegio dotali, quod datur liberis mulieris, locus sit in portione, quæ uni ex liberis in successione fratris aut sororis obtigit 11
25. Qui credidit ad solutionem domus jam pridem emptæ, non habet privilegium inter hypothecarios 12. ubi de limitatione, quam Sandius huic sententiæ addit ib.
26. An hypotheca tacita pupillorum & minorum in bonis tutorum & curatorum jure ff. extiterit t. 2, 4 & t. 4, 20
27. Prærogativa temporis inter hypothecarios, æstimetur, ne ex horis & minutis, an solis diebus t. 4, 21
28. An creditor, cui sub conditione pignus datum est, reliquis a tempore promissionis præferatur 22
29. Arrestum an tribuat jus pignoris 23
30. An posterior creditor inops cogere possit creditorem priorem, ut is vendat pignus communis debitoris, Dist. 27
31. Pactum creditoris posterioris adjectum creditori, ut ex sua pecunia creditori primo solvatur, dat ipsi prælationem ante reliquos creditores 27
32. Tres sunt hypothecæ. Prima tempore conventionalis; secunda, tempore legalis, tertio registrata sive actis publicis inserta. Quær. quæ cui præferatur 29
33. Ordo creditorum sententia definitus est, tertius appellat & obtinet contra primum, Quær. an & hic secundo præferatur, an vero secundus fiat primus, & in tertii locum primus succedat 30
34. An hypotheca tacita, quæ ex Edicto Ordd. Frisiæ, datur agrorum dominis in bona colonorum pro mercede biennali, præferatur ordinariis creditoribus hypothecariis 36
35. An fiscus recte dicatur privilegiatus inter personales 38
36. Respublica non videtur habere privilegium inter creditores, nisi quod specialiter ipsi datum 38
37. Pignore non rite vendito, sitne venditio nulla, an in id quod interest agendum t. 5, 2
38. Pignus sorte soluta, propter quam obligatus est, ob usuras retineri posse videtur t. 6, 1
39. An creditor vendens pignus, alios jure potiori præditos excludere possit, per programma 6
40. Pignoris luendi jus an præscriptione temporis tollatur 11
41. Res meræ facultatis quid sint, & minus recte a Grotio videri definitas 11
42. Actionis æstimatoriæ & redhibitoriæ electionem non simpliciter esse dandam emptori, an & ob servitutem celatam l. 21 t. 1, 6
43. Redhibitoria actione quatenus plures in solidum agant & conveniantur 8
44. An evictio locum habeat in transactione t. 2, 3
45. In dotis datione 5
46. Servitute fundi venditi victa, deturne actio de evictione, an ex empto, an ex ædilitio edicto 7
47. Denunciatio in evictione quo tempore facienda 13
48. An venditori evictionis moræ gnaro facienda nunciatio 14
49. Quid si causa manifesta fuerit evictionis? Ne tum quidem videri omittendam 15
50. Venditor facta denunciatione ex causa evictionis, de periculo litis quidem tenetur, sed ad actum interventionis compelli nequit, ut probatur & disputatur 17
51. Qui sciens rem alienam emit, an habeat actionem evictionis nomine, quod negatur 22
52. Fœnus sive usura Trapezitica sitne licita l. 22 t. 1, 5
53. Id quod interest an usuram significet 13
54. Per unam interpellationem an mora committatur 15
55. An solus diei lapsus moram faciat realem 15
56. An mora cum mora compensetur 42
57. Litis contestatio sitne causa usurarum in strictis contractibus 17

INDEX QUÆSTIONUM PARTIS III.

58. An oblatio sola cursum usurarum sistat 26
59. An in computatione usuræ sortem æquantis, rectius usuræ tum solvendæ tantum, an vero & solutæ sint cumulandæ 27 & 28
60. An usuræ fructuum præstentur 36
61. Divisionem probationis in plenam & semiplenam non esse accuratam t. 3, 2
62. Ex indiciis & præsumptionibus plenam quandoque & artificialem colligi probationem 4
63. Fama, confessio, & jusjurandum, an species probationis sint 6
64. Probationes in uno judicio prolatæ, in alio an fidem faciant 13
65. Quid juris sit in hereditate ejus, de cujus vita vel morte non constat 19
66. An subscriptio testium in notarialibus instrumentis sit necessaria t. 4, 5
67. In conflictu instrumenti & testium, utris major habenda fides 11
68. Quomodo accipiendum, quod adversus instrumenta non audiendi testes 13
69. Mercatorum rationes ut effectum probationis habeant, quæ requisita concurrere debeant 19
70. Instrumentum a notario scriptum & recognitum non habere vim probandi, licet idem sit qui scripserit 22
71. An ad producenda post conclusionem causæ instrumenta, opus sit beneficio restitutionis in integrum 26
72. Prodigi, impuberes, captivi, muti, surdi, minores, hæretici quatenus prohibeantur esse testes t. 5, 2
73. Cives in causa principis an testes esse queant, & an remissione jurisjurandi subjectionis sit opus 3. an & municipes in causa universitatis 7
74. An advocati, executores, (& quales illi, disquiritur) proxenetæ, testes esse queant 8
75. Judex & arbiter in causis a se terminatis an testes esse queant 9
76. Domestici testes quinam 10
77. An famuli mercenarii testes esse queant 11
78. An aliquando frater & soror, ut testes adhiberi possint 11
79. Omnes juris infames an penitus a testimoniis arceantur 13
80. An privilegium, quo aliqui non coguntur dicere testimonium inviti, pertineat ad causas civiles 14
81. An & quatenus advocati contra suos clientes testimonium dicere coganter 17
82. Quando testes singulares conjungantur ad plenam fidem faciendam 18
83. Examen testium an per alios fieri possit in criminalibus 22
84. An testes jure civili coram adversariis sint examinandi 24
85. An recte jurent testes post depositionem 25
86. Utrum testes dicere debeant, scire se, an arbitrari 30
87. An testis ab aliquo admissus, deinde ab eodem refelli possit 31
88. Quæstiones circa juris & facti ignorantiam aliquot ventilantur t. 6, 1 sqq.
89. An valeant sponsalia in tempus post obitum conjugis præsentis l. 23 t. 1, 4
90. An sponsalia differant a contractu nuptiarum, non modo si de præsenti, sed etiam de futuro verbis concipiantur 5 sqq. An jure canonico planè secus obtineat 8
91. An his verbis, nunquam te deseram, Ero tibi fidelis, & similibus contractus nuptialis committatur 11
92. An commoda nuptialia superstiti debita pertineant ad sponsos, & an requiratur copula tam carnalis, quam sacerdotalis 20 & 21
93. Uxor injusta quænam, disquiritur t. 2, 1
94. Uxorem usucaptam olim non fuisse injustam, sed matremfamilias, probatur 2
95. Honestas & necessitas moralis an recte separentur 4
96. Consensum patris ad nuptias, jure naturæ non videri esse necessarium 4 fin.
97. Ratihabitionem patris nuptias inde ab initio facere legitimas, ut prosit quoque liberis antea natis 5
98. Non posse liberos 25 annis majores sine patris consensu inire matrimonium, quin sit ipso jure nullum, tam jure communi quam Frisico 6
99. Curatorum consensum jure civili ad nuptias non requiri, secus jure Frisico; & an hoc jure nuptiæ sine curatoris consensu initæ sint ipso jure nullæ 9
100. Nuptiæ cum notorie impotente, non tamen eunucho contractæ, an confirmandæ 13
101. In quæstione super impotentia an liceat uti visitatione & congressu exploratorio 14
102. Dos sitne titulus onerosus an lucrativus t. 3, 2
103. Quatenus pater filiam dotare cogatur: An ex postfacto, si non sit promissa dos; & quid si filia vel gener sit locuples 3 sq.
104. Quid juris hac parte hodie, ubi vel universalis, vel acquæstuum inter conjuges est societas 5
105. An valeat promissio dotis sine quantitate vel demonstratione rerum 7
106. Jus dotis non esse jus in re 11
107. Donatio propter nuptias an revocetur, si per mulierem steterit, ne matrimonium duraret 12
108. An pugnet cum jure civili, quod arrha sponsalitia nuptiis secutis non redditur, aut imputatur 13
109. Receptitia bona jure civili non videri esse distincta a paraphernalibus 15
110. Nuptiale pactum prioris matrimonii non videri repetitum in secundis nuptiis t. 4, 7
111. Prohibitio L. Jul. non pertinet ad res mobiles, nec ad obligationes necessarias t. 5, 1
112. An dominium fundi dotalis recte probetur ex *l.* 30. *C. de Jur. dot.* 2
113. Cur, si maritus donaturum sibi rogare non possit, ut uxori donet, legaturum sibi hoc, recte roget l. 24 t. 1, 3
114. An confirmatio donationis per silentium, pertineat æque ad donationes per conventionem ac per traditionem factas 5
115. Promissionem matrimonii puram, etsi verbis futuri temporis contractam, non posse aboleri per contractum verbis præsentibus initum ex ratione juris & moribus 4 sqq.
116. An ex ratione juris Civ. & divini sponsalia, ne quidem utriusque consensu retractari possint 7
117. Malitiosæ desertionis causæ, quam recipere possint extensionem 12 sq.
118. Adulterium videri ipso jure matrimonium abolere 12 & 15 sq.
119. An parti noxiæ liceant novæ nuptiæ 16
120. An sicut mulier triennium impotentiæ mariti ferre debet, vir ad eandem respectu mulieris teneatur 17
121. Corrupta pro virgine nupta, sitne divortio locus 18
122. An separatio thori & mensæ petentibus conjugibus a judice concedi possit 19

123. Uxor de vita mariti incerta, quoadusque debeat expectare 20
124. An dos profecticia, muliere mortua, salvis liberis redeat ad patrem t. 3, 4
125. Si ususfructus in dotem datus sit, maritum non teneri ad fructus perceptos restituendos, etsi aliter forte juris sit, si ususfructus in communionem conjugalem sit illatus 5
126. An dos promissa, post mortem uxoris & liberorum peti queat 8
127. Dos necessaria, quæ debetur stupratæ, peti nequit a vidua, an etiam a concubina 10 fin.
128. An hodie impensæ in res alterius conjugis factæ communi damno indistincte cedant l. 25 t. 1, 5
129. Qua pœna afficiantur qui liberos exposuerunt l. 25 t. 3, 5 & l. 48 t. 9, 3
130. An mater repetere possit impensas, in alimenta liberorum factas a marito L 25 t. 3, 7
131. An frater fratrem sororemve alere cogatur 11
132. Ex alimentis perceptis nullam nisi naturalem gratitudinis obligationem nasci, nec alumnos studiorum teneri suis alendis ad ministerium doctrinæ suæ, nisi ex lege vel pacto 11
133. Mariti an habuerint concubinas t. 7, 1
134. Concubinatum jure civili fuisse permissum, idque excusandum magis quam defendendum 2 sq.
135. Si nupta sit major annis xxv. & maritus minor, an illa per se possit agere l 26 t. 1, 7
136. An vir post contractum matrimonium curæ maritali renunciare possit 8
137. An maritus ob inopiam a cura maritali possit moveri 10
138. Filio exheredato recte tutorem testamento dari t. 2, 2 remotis *ibidem* objectionibus
139. Tutores non jure dati testamento & confirmati, sintne dativi an testamentarii t. 3, 3
140. Matres non esse legitimas liberorum suorum curatrices & posse liberos, si velint, alios petere curatores t. 4, 2
141. Tutoris dationem non esse jurisdictionis, sed ex lege speciali t. 5, 2
142. An tutor qui non est subjectus jurisdictioni dantis, pupillo dari queat 3
143. Quare majores magistratus per inquisitionem; minores per satisdationem tutores dare soliti fuerint 4
144. Curatorem invitis adolescentibus non posse dari jure civili 5
145. An & quando tutorem habenti tutor detur, vel curator 6
146. An tutor sub conditione vel in diem datus, statim intelligatur tutor 8
147. Invitis non posse dari curatorem t. 6, 7
148. An & quando instrumentis amissis, debitores ex inventario tutorum possint conveniri t. 7, 4
149. An tutor debitoribus pupilli tempus solvendi possit prorogare 5
150. Teneatur tutor ad pecunias pupillares fœnori collocandas, nec ultra levem culpam præstat 6
151. An creditores habeant electionem, quem velint eligere tutorem ad litem contra se in solidum suscipiendam 12
152. An necesse sit creditori, cunctos ejusdem provinciæ tutores ad unam litem vocare, vel an unum aut aliquos citando defungi possit 13
153. An vi hujus clausulæ, *sub hypotheca meorum & pupilli mei bonorum*, tutor suo nomine conveniri possit 14
154. Quando super rationibus disceptatur, utrum tutor, an pupillus interim conveniri possit 14 & t. 9, 2
155. An curatores ad consensum minorum contrahibus adhibendum cogi possint t. 8, 3
156. An & quando venia ætatis, & patria potestas simul consistere possint t. 10, 4
157. An magistratus contrario decreto tutorem curatoremve a tutela vel cura jure liberare possit 6
158. Excusationem a tutela non per libellos, sed pro tribunali proponendam l 27 t 1, 5
159. A tutoris datione jure novo appellari non posse, nisi excusatione ab inferiore magistratu rejecta 7 sq.
160. An vitricus ad tutelam matri adeptam admittatur t. 2, 3
161. An actio de rationibus distrahendis per tutelæ actionem tollatur t. 3, 4
162. An & quatenus perseverante cura, detur utilis curationis causa actio 6
163. An tutor qui pro pupillo se obligavit, finita tutela conveniri possit t. 4, 2
164. An actio, *quod falso tutore autore*, detur pupillo etiam adversus eum, qui se pro tutore gesit t. 6, 1
165. An tutorum & curatorum heredes, tantum de dolo & lata illorum culpa teneantur t. 7, 3
166. An prodigus possit esse procurator & postulare t. 10, 3
167. An prodigi testamentum provide factum, possit effectum habere per leges l. 26 t. 1, 3 sq.
168. An per quemlibet contractum testamenta penitus vitientur 15 sq.
169. An duo testamenta in iisdem tabulis condi possint 18 sq.
170. An causæ exheredationis pares vel graviores *Nov.* 115. admittantur t. 2, 2
171. An exheredatio per reconciliationem tollatur 4
172. Bonorum possessiones an in Frisia sint abolitæ 9
173. An testamentum prius clausula derogatoria munitum tamen per posterius tolli possit t. 3, 2 & 5
174. An etiam posterius testamentum simpliciter factum tollat prius, in quo est talis clausula derogatoria 5
175. An posteriore testamento a testatore abolito prius convalescat t. 4, 6
176. An heres, ex re certa habeat etiam jus accrescendi t. 5, 9
177. An casus substitutionis, *si primus heres velit*, etiam extendatur ad casum *si non possit* t. 6, 1
178. An & quatenus heredum parentes a substitutis excludantur 2
179. An si primus heres deliberans moriatur, substitutus etiam excludatur 5
180. An etiam hoc fiat, si primus heres sit minor, isque adierit hereditatem, postea vero restituatur 6
181. An aditio hereditatis recte ponatur ut requisitum pupillaris substitutionis 7
182. An & quare substitutio vulgaris expressa contineat pupillarem tacitam, & pupillaris express. vulgarem tacitam 8
183. An etiam substitutio vulgaris tollat suitatem & ex necessario voluntarium heredem faciat 8
184. An etiam heres neglecto inventario Trebellianicam amittat t. 8, 8
185. An filiusfamilias, neglecto inventario, amittat etiam Falcidiam 8
186 An neglecto inventario heres teneatur etiam legatariis ultra vires hereditarias ibid.
187. Testamentum parentum inter liberos an rectius dicatur & sit ultima voluntas intestati l. 29 t. 1, 2

188. An hujus testamenti privilegia extendantur ad testamentum nuncupativum 2 fin.
189. Extraneo herede in ignorantia mortuo, ante aditionem non fieri transmissionem; sed in hoc casu an restitutioni locus sit t. 2, 2
190. Quando aliquis fratris vel sororis liberos heredes instituit, an etiam qui post obitum testatoris nati sunt fratris aut sororis liberi, ad hereditatem admittantur 3
191. Quatenus infantes, pupilli, furiosi hereditatem transmittere possint 4
192. Jus accrescendi in fideicommisso, deturne fiduciario, an fideicommissario 7
193. Heres ex re certa licet illam rem certam capere nequeat, tamen jus habet accrescendi 7
194. Quando quis coactus est facere testamentum, utrum tunc hereditas ad fiscum, an ad heredes ab intestato pertineat t. 6, 2
195. An si legatarius alienæ rei, emerit illam sciens, æstimationem petere possit l. 30, 31 & 32 t. un n. 4
196. Quatenus & an etiam detur actio ex empto, in eodem casu 4
197. Si sciens emerit Legatarius rem sibi sub conditione relictam, an pretium actione ex testamento consequi possit, vel legato renunciare videatur 5
198. Quid si legata sit res testatori cum alio communis 6
199. Quid si legetur res a testatore & legatario pariter empta 8
200. Annuum legatum quatenus præscriptione tollatur l. 33. t. 1, 3
201. Annuum ex certo fundo relictum, si minus proveniat, an totum debeatur 5
202. An sub legato usufructu omnium bonorum, contineantur fideicommissaria bona, heredibus restituenda t. 2, 1
203. Genere legato, utrum electio competat legatario, an heredi t. 5, 4
204. Genus an minuatur per species adjectas 4
205. Legato vino, an contineatur cervisia t. 6, 1
206. Legata bis quantitate, quis probare debeat, heres an legatarius, testatorem bis illam præstari voluisse 2
207. Cipsæ & ejusæ non videntur contineri legato supellectilis, nec bibliotheca, nec liberi, quibus familia utitur t. 10, 3
208. Legato mobilium vel immobilium non continentur obligationes & actiones 6
209. Quid si testator, omissa heredis institutione, bona sua tam mobilia, quam immobilia legato reliquerit, an etiam contineantur immobilia 7
210. Quid si liberatio ei legata sit, qui nihil debeat l. 34 t. 3, 2
211. Quod si falsum nomen legatum sit 3
212. Non tollitur legatum liberationis petitione creditoris, quam non est secuta exactio 3 fin.
213. In conflictu verborum & mentis testatoris quid sequendum t. 5, 1
214. In rebus dubiis quando medietatem sequi liceat 5
215. Cautio Mutiana an locum habeat in heredibus ex asse l. 35 t. 1, 3
216. Si mulieri legatum sit relictum, si arbitratu Titii nupserit, an sine consensu ipsius nubere queat 7
217. An legatarius, accepto legato, cogi queat, ut modum impleat 9
218. An legatum illicitis ecclesiis relictum reformatione facta in usus profanos converti queat 10
219. Conditio pluribus imposita ab uno impleri potest 11
220. Consilium Justiniani, si quarta non sit salva tempore aditæ hereditatis, in § 2. *I. de L. Falc.* non est abrogatum t. 2, 4
221. Falcidia lex an locum habeat in fideicommissis l. 36 t. 1, 4
222. Conditio, si sine liberis, adjecta pluribus, respectu singulorum spectatur 8
223. Conditio, si nepos sine liberis, non extenditur ad nepotes, qui post obitum testatoris demum nepotes sunt facti 9
224. An prælegata, necessitate restituendi fideicommissum comprehendantur 13
225. An etiam pars coheredis deficientis, fiduciario acquiratur 13 fin.
226. An heredis quartam deducere queat 16
227. An fructus etiam percepti a fiduciario restituendi 15
228. An tacita prohibitio Quartæ sufficiat 17
229. Filius fideicommisso gravatus, unam solummodo quartam deducere potest 19
230. An parentes in testamento cavere possint, ne liberi plus legitima capiant 19
231. Denturne fideicommissa conventionalia 25
232. Bonorum possessio contra tabulas datur suis præteritis l. 37 t. 5, 1
233. Bonorum possessio contra tabulas non est abrogata jure novo 8
234. Nihil confertur quam quod e substantia patris profectum fuerit t. 6, 3
235. Donatum filiæ vel filio, an & quando conferendum 4
236. Sumptus librorum emptioni collocati an conferantur 4
237. In artem mechanicam facti an conferantur 4
238. An nepotes æs creditum, quod parentes eorum acceperant, cujus ipsi hereditatem repudiaverunt, avo succedentes soli agnoscere, & conferre teneantur 5
239. Conferentes tenentur etiam ad usuras 6
240. An abstinentes se hereditate, etiam conferre teneantur 7
241. Jusjurandum liberti sitne species verborum obligationis l. 38 t. 1, 2
242. An filio emancipato quis libertum adsignare queat t. 4, 2
243. Qui servitutem habet, an possit nunciare novum opus l. 39 t. 1, 2
244. An satisdatio de opere restituendo hodie etiam locum habeat 11
245. An missus ex secundo decreto damni infecti nomine verum consequatur dominium t. 2, 2
246. An mulieres possint conducere vectigalia t. 4, 6
247. An filiifamilias conducere queant 7
248. An commissa cedant eis, qui jus fisci jure conductionis habent 8
249. Donatio proprie non est contractus, sed ei valde affinis t. 5, 1
250. Donatio non acceptata, licet a tabellione, inscio donatario, facta sit, non valet, sed ex postfacto etiam post mortem donatoris fieri potest valida 1 sq.
251. Donationem omnium bonorum tam præsentium quam futurorum, valere factam, etsi in foro divertium magis obtinuerit 5
252. Pactum successionis futuræ, ne quidem ex causa onerosa, impedire testamenti factionem 5
253. An post Auth. *Bona Damnatorum*, damnationes post contractum capitale crimen valeant, an secus 6
254. Donatarium omnium bonorum videri cogendum ad alendum donatorem 7

255. Do-

255. Donatio facta cum mentione mortis, sed ita, ut nullo casu revocetur, an absque insinuatione valeat t. 6, 3
256. A Regula, quod domino res sua sine pretio restituenda sit, an excipiendæ res in nundinis, a mensulariis & pannorum negotiatoribus emptæ l. 41 t. 1, 2
257. Dominium feræ aut piscis sola obstructione lacus aut sepimento sylvæ non acquiri, sed opus esse facto acquirendi singulis applicito 6
258. Jus venandi competens Principibus, non facere, ut dominium ferarum, antequam capiantur, ad illos pertineat, sed bene, statim atque captæ fuerint a quovis 7
259. Dominium fœtus animalium recte domino genitricis, etiam jure naturæ adscribi, etsi aliter Grotius, disputatur 9
260. Dominii translationem non impediri dissensu partium, in causis sive titulis 14
261. Fictione brevis manus an transferatur dominium, si is, qui tradidisse fingitur, non fuerit vere dominus 15
262. Mancipatio judicialis, quæ hodie requiritur in translationibus immobilium rerum, an ad naturam dominii faciat 16
263. An inficiatione rei depositæ vel commodatæ possessio omittatur t. 2, 4
264. Absens an acquirat per procuratorem, qui nolit ipsi acquirere 4 fin.
265. Possessio a ministro vel colono derelicta, an domino intervertatur 6 fin.
266. Possessor ex jure constituti, an possessione privetur, si constituens in alium transferat possessionem 7
267. Constitutum an etiam in testamento cum effectu transferendæ possessionis collocari possit 7
268. Usucapione, dominio licet translato, jus pignoris tamen non tolli, ne quidem jure novo t. 3, 3 (t. 6
269. Titulus pro herede num vere detur ad usucapiendum
270. Qui putavit rem pro derelicta habitam errore, non potest usucapere t. 6 & t. 8
271. Cur titulus usucapionis *pro Stipulato* nullus sit proditus t. 11
272. Quibusdam judicum absentibus, an sententia recte feratur l. 42 t. 1, 14
273. Paribus judicum sententiis, quid juris in universum 17
274. Exceptio utrum illo casu rejicienda, an admittenda 17 sq.
275. Quid juris, quando major quam duplex sententiarum est diversitas, & an conjunctio quoque detur relegantium vel absolventium cum gravius punientibus 18
276. An judex in conflictu legis civilis & juris divini, hujus dictamen sequi possit; item, an jus civile contra legem divinam 21 sq.
277. Qua lingua ferenda sententia 27
278. An recte in id quod interest sententia feratur 33
279. Conditio an & quatenus sententiæ inseri possit, & quo effectu; quid interfit ad causam spectet, an foris veniat. Diversumne sit in conditione, *si juraverit*, quam in hac *si probaverit* 34
280. An fructus aliæque accessiones, si non petantur, in judicium deduci queant 36 sq.
281. Idem de expensis litis quæritur 35
282. An post finitam sententia principalem causam, quæstio de fructibus & impensis superfit 37
283. Mortuis litigatoribus, an opus sit causam *reassumi* 40
284. Sententia propter instrumenta non retractatur; an restitutio in eum finem admittatur 46 seq.
285. Sententia e falsis instrumentis lata sine rescindenda, an ipso jure nulla sit 48
286. An & quatenus actio rei judicatæ faciat novum judicium 50
287. Tutor aut curator cum pupillo vel minori auctor ad litem esse posset, id omisit, ac ipse tamen officii ratione litem suscepit, an hoc ipso executione urgebitur? 53
288. Fidejussor judicati solvendi, an absque novo judicio executione urgeri possit, fuse disputatur 54
289. Distractio pignoris facta ex *provisionali* sententia, an revocetur, si causa per sententiam principalem retractetur 56 fin.
290. Beneficium, ne quis teneatur ultra quam facere possit, quantum conferat & quousque pateat 57
291. Rescripta ad libellos, partibus auditis, an habeant effectum rei judicatæ 63
292. An confessus adhuc sit damnandus tit 2, 1
293. Qui cessit bonis, an hoc ipso debitum agnoviisse videatur; Et t. 3, 2 sq.
294. An debitor, qui aliquid de suis bonis occultavit, furti teneatur 3
295. An in delictis pecuniariis locum habeat cessionis beneficium 3
296. Creditorum pars minor, an majorem in partis debiti remissione sequi cogatur 5
297. An saltem mediante cautione minor pars ad hoc teneatur jure Frisico 5
298. Missio in possessionem rei servandæ gratia, an fiat ex duplici decreto t. 4, 1 & t. 5, 2
299. An creditor conditionalis mittatur in possessionem t. 4, 2
300. Curator bonorum an possit exercere Paulianam ad revocanda ea, quæ in fraudem creditorum sunt alienata t. 8, 1
301. An interdictum Quod legatorum, habeat locum in donatione mortis causa l. 43. t. 3, 1
302. An legatariis fideicommissariis detur interdictum ad legata consequenda 2 pr.
303. Heredibus qua talibus, non dari interdictum retinendæ possessionis Epilog.
304. Heredibus non tantum dari petitoria, ut Gailius, sed etiam possessoria judicia, scil. adipiscendæ & recuperandæ, non retinendæ ibid.
305. An colono, cui vulgo datur interdictum retinendæ possessionis, id etiam detur adversus dominum fundi suum ib fin.
306. An dentur exceptiones ipso jure competentes l 44. t 1, 5
307. Exceptiones exceptionum in jure non dari, nec causam esse, cur in foro dandæ sint 6
308. An reus damnatus, quod solvit, repetere aliquando possit, condictione indebiti t. 2, 5
309. Emptor opposita exceptione rei venditæ, non traditæ, condemnatus est, & solvit; deinde egit in id quod interest, rem sibi non esse traditam, an exceptio rei judicatæ obstet 7
310. An Exceptio rei judicatæ rejecta, deinde in lite principali possit allegari, ut medium principale 8
311. An ei, qui se liti alicui adjunxit, pro eo quod interest sua, opponi possit exceptio rei judicatæ 7
312. Præscriptio biennalis rerum minutarum, an salva conscientia possit usurpari t 3, 3
313. Actiones personales an fiant litigiosæ, per plenam litis contestationem, an vero cum primum lis est mota t. 6. 3
314. An

314. An coerceri gaudeant beneficio divisionis, & quid juris si quis cum fœmina correus sit factus l. 45 t. 2
315. Renunciatio beneficiorum fidejussionis debet esse expressa non æque specialis l. 46. t. 1, 3 sq
316. Verba, *een voor al, of elk besonder*, non auferre beneficium divisionis 4 (aut exilium 2
317. An fidejussor obligare se possit ad mortem, carcerem,
318. Capta civitate si debitor hosti solvere coactus sit, an hoste pulso verus creditor adhuc agere possit t. 3, 2
319. Solutio facta a debitore plurium causarum, cui debito imputanda sit & usus negotii 4
320. Obligatio conditionalis alternativa non tollitur per acceptilationem & quare t. 4, 2
321. Fidejussor, qui cavit judicatum solvi, an liberetur absolutione vel condemnatione rei, siquidem is appellaverit t. 7, 2
322. An & quatenus delicti æstimatio pendeat a lege l. 47 t. 1, 2
323. Delicta imperfecta an ordinariis pœnis affici queant 4
324. Culpa in delictis an etiam punienda 5 (dus 6
325. Concursus actionum ex delicto, quomodo gubernan-
326. Furtum usus an hodie pro furto habeatur t. 2, 1
327. Qui partem furatus est, an totius fur sit 2
328. Domestica furta lenius an gravius punienda cæteris 3
329. Pœnitentia an liberet actione furti 5
330. An fur præter pœnam corporalem, hodie quoque teneatur ad damnum farciendum, vel ejus heres, disputatur contra Carpzovium 6 (t. 8, 2
331. An qui rem sibi debitam eripuit, raptor sit, an secus
332. An magistratus totaque collegia injuriarum conveniri possint: Etiam injurias in officio sibi illatas, æstimare sibique applicare possunt t. 10, 3 sq. (moveri 6
333. Actio ad palinodiam an a Procuratore generali possit
334. Infamia an ex injuriarum actione sequatur 7
335. Magi & incantatores an & quatenus puniendi t. 11, 5
336. Hæretici an & quatenus puniendi 8
337. Abigei numquid recte pœna capitali adficiantur t. 14
338. An & receptatores in privatis delictis puniendi t. 16
339. Stellionatus crimen an sit famosum t. 20, 2
340. An in processu inquisitorio criminis, fiat litis contestatio &c. l. 48 t. 3, 3 sq.
341. Querelæ de prave regimine an faciant crimen t. 4, 2
342. An contra principes Germaniæ, & contra Societates Indicas crimen committatur 1
343. Rectene pœna læsæ majestatis ad filios extendatur 5
344. An sub filiis in illa pœna nepotes contineantur 7
345. An solo silentio crimen majestatis committatur 4
346. An maritus rem habens cum soluta, sit adulter, disputatur adversus Carpzovium t. 5, 2
347. Adulterii pœna quæ fuerit Lege Julia 3
348. Rectene mulieres adulteræ jure novo mitius puniantur, quam adulteri ibid.
349. Pœna adulterii pecuniaria, num defendi possit 4
350. An adulterium committatur in sponsa aliena, item in nupta vulgari 6
351. Polygamia sitne adulterium 8
352. Mastupratores an capitali vel gravi pœna corporali sint afficiendi 13 (possit t. 8, 2
353. Conatus homicidii an aliquando ordinaria pœna adfici
354. Cædes ferro in rixa commissa sitne subjecta ordinariæ, an extraordinariæ pœnæ 6 (ordinaria pœna 9
355. Error in persona cum animo occidendi, non liberat ab
356 Propter errorem & bonorum defensionem commissa cædes quatenus excusetur 9 (9 fin.
357. Provocatio an provocatum liberet ab ordinaria pœna
358. Qui occidere quam fugere maluit, quatenus a Pœna cædis excusandus, item si quis injuria affectus hominem in continenti occiderit 10 (candam 13
359. Heredes an hodie teneantur ad necem defuncti vindi-
360. Susurri magici an aliqua pœna sint afficiendi 14
361. An conscii & adjutores parricidii, pœna ordinaria sint afficiendi, ubi contra Carpzov. t. 9, 2 (dæ t. 11, 2 sq.
362. Officiorum publicorum venditiones quomodo punien-
363. Quo sensu ab exceptis personis accipere liceat in infinitum 2 (culatus t. 13, 2
364. An furtum rerum, quæ ad civitates pertinent, sit pe-
365. An detur hodie crimen sacrilegii proprie dictum 4
366. Pœna legis de ambitu, sitne mutata per legem *un. C. de suffr.* quod negatur t. 14, 2 (nea. t. 18, 1 sq.
367. Quæstio per tormenta, sitne rationi, & juri consentanea
368. An tormenta semel exercita repeti possint 8
369. Qui bis tortus & confessus, bis revocavit, sitne denuo torquendus, an condemnandus 11
370. Pœna an locum habere possit, inter Deum & homines ipsi reconciliatos t. 19, 1
371. Pœnæ pecuniariæ jure civili constitutæ, an moribus omnino sint abolitæ 2
372. Carcerem non esse pœnæ speciem 3
373. Bona damnatorum publicata cedere debere fisco loci, in quo sita sunt, vel reperiuntur, sine distinctione mobilium vel immobilium t. 20
374. An de pœna detur appellatio l. 49 t. 5, 1
375. Appellatio in criminalibus an recte moribus populorum abolita sit 3 sq.
376. Pendente appellatione an pecuniæ controversæ arresto præcludi possint t. 7, 3
377. In judicio appellationis an fiat nova litis contestatio, novæque probationes, an vero ex iisdem actis judicandum 4
378. In libello appellationis an liceat opponere compensationem, quæ mota non fuit in priore instantia 6
379. An cautio juratoria valeat pro satisdatione ad consequendam executionem, a qua supplicatum sive revisio petita est t. 13, 5
380. Revisio revisionis an detur 12
381. An jus prohedrias sive præsidentiæ, per postliminium restituatur, & de controversia super hac re inter Frisios & Ultrajectinos t. 15, 9
382. Professores an & quinam de honorariis suis agere possint l. 50 t. 13, 3

INDEX OBSERVATIONUM,

Quæ Decisionibus in suprema Frisiorum Curia noviter factis, in hoc Tomo III. confirmantur.

1. CLausulam obligationum, *Onder Verbant sco na Recht*, non videri interire hypothecam l. 20 t. 1, 5
2. Quod singuli heredes, in solidum tenentur hypothecaria non esse heredibus proprium, sed cunctis pignorum possess-

possessoribus communne; scil. in quantum possident 8
3. Possessor hypothecæ specialis non gaudet beneficio excussionis 9
4. Hypothecaria an detur de rebus mobilibus & obligationibus 10. judicatum est dari ibid.
5. Hypothecæ generali tacitæ non eximuntur res necessarii usus, quæ excipiuntur a generali expressa t. 2, 1
6. Hypotheca mulieris pro bonis paraphernalibus, non inchoatur, nisi postquam vir res mulieris alienavit, aut pecuniam absumsit, vel ab uxoris debitoribus accepit 2
7. Taxationes ædificiorum, quæ coloni habent in agris conductis, habent tacitam hypothecam in agros subjectos 13
8. Res civitatum patrimoniales alienari & oppignorari possunt, solo consensu Curialium t. 3, 7
9. Curias supremas non posse tollere onus prohibitæ alienationis rebus impositum 10. nisi ob causas legibus expressas. Pro valida fuisse habitam alimentorum causam pro persona, quam fideicommissi auctor alere debuisset 11
10. Curia suprema permittere nequit alienationem domus alienari prohibitæ, licet corruitura sit; Principis rescripto opus esse in talibus 11
11. Heres ex beneficio inventarii debet creditoribus rationem reddere lucri ex auctionibus rerum hereditariarum percepti, ad explicationem *l. 72. ff. ad L. Falc.* t. 4, 4
12. Inter sumptus judiciales, qui præferuntur ære alieno, in concursu creditorum, non habentur salaria advocatorum & procuratorum, qui singulis creditoribus operam dederunt 5
13. Secus esse de sportulis & lucris curiarum sive judiciorum, non tamen si hæc ab alio prorogata fuerint 8
14. Quæstores & collectores tributorum in concursu creditorum jus fisci habent, quatenus eorum negligentia non arguitur 8
15. Fiscus non tantum in bonis eorum, qui tributa primitus debent, sed etiam in bonis quæstorum & collectorum, habet privilegium inter creditores 8. Magistratus municipales in bonis quæstorum & collectorum, quos ipsi constituerunt, ut reditus fiscales administrent aut colligant, non habent privilegium inter hypothecarios 9
16. Quæstores in bonis ministrorum & substitutorum suorum non habent privilegium nec hypothecam 9
17. Qui credidit ad rem aliquam conservandam, ut habeat privilegium inter hypothecarios, valde exacte suum factum probare debet 13
18 Advocatus non præfertur cum salariis suis in ipsas expensas, in quas adversarius ipsius opera est condemnatus, nisi specialem hypothecam in judicatum sibi pactus fuerit 15
19. Jus venditoris, qui jus pignoris in re vendita pactus est, quod ad ordinem inter creditores, non extenditur ad alia, licet eodem venditionis instrumento comprehensa venditionique adjuncta 26
20. Ordo creditorum sententia definitus est, tertia appellat & obtinet contra primum; quæsitum an & hic secundo præferatur, an vero secundus fiat primus & in tertiæ locum primus succedat 30 (etu tertii possessoris 32
21. Mobilia non esse exempra actioni hypothecariæ, respe-
22. Clausula constituti non tribuit jus prælationis inter creditores 32. non caret tamen omni prærogativa 32. quatenus qui hanc habent, impedire possunt, ne priores creditores rem distrahant 32
23. Evicto pignore non teneri venditorem emptori, sed tamen nec emptorem cogi posse ad solvendum pretium, si res prius evincatur t. 5, 5
24. Programmatis in hypothecis vendendis ad excludendos creditores usus ingens, an in Frisia locum habeat t. 6, 7
25. Quando superficies sive domus alieno solo imposita, hypothecæ obligata fuit, deinde combusta & a tertio restituta creditores hypothecarios nihil in eam juris habere 9
26. Jus luendi pignoris nulla temporis præscriptione tolli, πραγματικῶς demonstratur & recto usu explicatur 11
27. Si pecus venditum vel permutatum sit mortuum, ex causa, quæ ante venditionem extiterat, redhibitionem habere locum, sine vitiorum discrimine l. 21 t. 1, 5
28. Non omnia, quæ rebus venditis affixa sunt, emptori cedere, quædam vero etiam non affixa illum sequi, exemplis rei judicatæ probatur t. 2, 8 sq.
29. Venditor in publico programmate celatis dolo rei venditæ oneribus, etsi apud venditionem pactus sit, ne hac causa teneatur, tamen in id quod interest convenitur; secus, si dolus ablit 9
30. An non saltem quanti minoris? Ne id quidem 9
31. Clausula venditionibus adjecta rem vendi cum juribus, commodis ac oneribus ad eam spectantibus, non liberare venditorem a præstatione onerum notabilium, & quæ non constat emptori fuisse nota, exemplis rerum judicatarum exponitur 10
32. Venditores plures aut heredes unius, singuli in solidum tenentur; Sententiæ hac de re in speciem contrariæ, Cameræ Spirensis & summæ Fris. curiæ 12
33. Venditorem in casu evictionis denunciatione facta, licet ad periculum litis teneatur, tamen ad actum interventionis pro emptore non cogi invitum, ut prolixe probatur, etsi aliter sæpe judicatum 13 sqq. Nisi promiserit, expresse vel tacite; Consequenter, promissionem interventionis ab invito haud exigi posse, nisi immineat evictionis periculum, vel alia pericula sint conjuncta 19
34. Creditores venditoris, qui pecunias ab emtore acceperunt, re vendita deinceps evicta ad evictionem præstandam non teneri, nisi ex promissione speciali 19 fin.
35. Maritus, qui rem uxoris vendidit, de evictione non tenetur, nisi proprio nomine, non adjecta qualitate maritali, venditorem se professus sit 21
36. Qui sciens in divisione accepit rem alienam aliive obnoxiam, non habet evictionis actionem, & scientia inter coheredes facile præsumitur 22
37. Usuras usurarum, quæ cum forte deductæ sunt in condemnationem, etsi jam fuerint taxatæ, non esse licitas. Non videri tamen id locum habere in usuris compensatoriis, quæ loco fructuum ex agro alieno perceptorum debebantur, quamquam varie ea de re judicatum l. 22 t. 1, 8
38. Id quod interest, usuras significare Belgice non Latine, pluraque in eam rem 11
39. In conductione vectigalium ex mora quoque deberi usuras, tam a publicanis quam pro illis 16
40. Creditor quare pecuniam non juris ordine acceptam restituere debeat cum usuris 18
41. Pœna majoris usuræ præstandæ, si ad diem non solvatur, non inutiliter adjicitur 22
42. Quando solutio unius debiti creditoribus anterioribus est facta, sine debitoris cessione, posteriores non prohibentur adhuc usuras petere, nec obstat, quod obligatio principalis soluta videatur 23
43. Si quis in judicio petierit sortem & usuras usque ad certum tempus, eæque solutæ fuerint, non videri deinceps

ceps usuras sequentis temporis peti posse, cum sublata sit obligatio, aliter tamen esse judicatum ob peculiares rationes 24 sq.

44. In computandis usuris sortem æquantibus, ut usuræ cursus extinguatur, præferendum esse jus vetus, quod tantum admittit in calculum usuras debitas, juri novo, quod etiam cumulat usuras solutas 27

45. Quamdiu usuræ non excedunt modum damni vel lucri cessantis, non videtur cessare cursus usurarum, licet ultra duplum 29

46. Usus regulæ, ne id quod interest excedat duplum, saluberrimus, sed crebro neglectus 31

47. Ex dolo tamen æstimationem ejus quod interest, non limitari duplo 32. cui adde exemplum 34

48. Usuras fructuum post taxationem in judicio præstari, qua ratione juris 37

49. Ex Indiciis & præsumtionibus plenam aliquando colligi probationem, idque fieri, quando circumstantiæ factum immediate præcedentes & consequentes, ita reum premunt, ut factum undique coartatum ab alio perpetratum esse nequeat t. 3, 2

50. Interlocutio probationis causa, ad actoris solius petitionem fieri potest, haud semper tamen 10

51. Fieri potest, ut eadem causa partim per interlocutionem probationi delegetur, partim definiatur 11

52. Reprobandi dilatio non currit, nisi quando constat, copiam testimoniorum adversario esse factam 12

53. Quando is, cui hereditas est delata, longo & longissimo tempore abest, ut de vita vel morte non constet, an proximis aliquando hereditas absque cautione ob inopiam permitti debeat; Regulariter non posse: Judicatum tamen, posse, cum heres abfuisset per xxx. annos, ætas ejus foret 60. annorum & semiplena probatio mortis adesset. 19

54. Quamvis instrumenta, Latine, testes etiam comprehendant, late sumta voce, secus esse usu vernaculo: unde dilatio pro instrumentis impetrata non valet pro testibus, nisi ad instrumenta confirmanda productis t. 4, 1

55. Protocollorum usus statutis Frisiæ sollicite præscriptus, & plane neglectus magno incommodo 7

56. Instrumentum a notario scriptum sine mandato partis obligatæ ipsi notario facto, non habere vim probandi 9

57. Si Testes qui negotio affuerunt, nec instrumento subscripserunt, aliter de re gesta deponant quam in instrumento, cui partes subscripsere, postea collocatum sit, majorem testibus habitam fuisse fidem, quanquam haud sine ratione ambigendi, quin contrarium sit verius 11

58. Contra instrumentum publicum testes non audiri, narrata illorum equidem posse refelli, & falsi licere coargui: qui hæc cohæreant, exemplo rei judicatæ declaratum 12 sq.

59. Signa sive notas hominum illiteratorum de jure non sufficere pro subscriptionibus, secus tamen usu receptum 14

60. Instrumenti publici copia negari nequit, his quorum interest, etsi jus antiquum vel necdum sit natum 20

61. Instrumenta sine partium consensu recognita nullam habere probationis vim, licet ab eodem notario, qui scripsit, recognita sint, licet aliis concurrentibus adminiculis 21 seq. nisi a parte adversa fuerint agnita in judicio & durante eadem instantia perierint 23. exceptis iis, quæ eduntur a personis publicis, ratione officii ibid.

62. Exemplo instrumenti, licet partibus non vocatis recognitum, postea tamen inter easdem partes habet probationis vim, quin etiam inter eorundem successores 24

63. Exhibitio instrumenti sola non probat cessionem sive mandatum 28

64. Testamento aliove instrumento amisso, probationem difficulter confici posse, & quid hoc casu requiratur aut facto opus sit, exemplis judicatis declaratur 29 sq.

65. Lenones ut testes citatos ne quidem audiendos esse t. 5, 2

66. Impuberes audiri quidem ut testes in causis criminalibus; at sine jurejurando & cum effectu præsumptionis, non probationis 2

67. Minores 20 annis, in criminalibus difficilis probationis, cum teste majore admitti posse 5

68. Is, qui alium vocavit ad interveniendum pro se, licet hic nondum sit condemnatus, tamen eundem ut testem ciere non potest 6

69. Pars læsa, criminali judicio potest a procuratore generali ut testis citari, atque admittitur; non tamen si eadem pars læsa judicium adversus eundem reum pecuniarium habeat ibid.

70. Judices & arbitri in causis a se terminatis possunt esse testes in judicio appellationis, quod ad ordinem judicii attinet, non quod ad merita causæ 9

71. Fratres & sorores domibus separatos aliquando in civilibus admitti testes 11. non facile in matrimonialibus ibidem

72. Privilegium, quo cognati & adfines ad quintum usque gradum, non coguntur inviti dicere testimonium, a Græcis ad causas criminales restringi, idque ab usu fori rebusque judicatis non videri alienum 14 sq.

73. Adfinitate soluta, durare privilegium, quo privignus non cogitur dicere testimonium adversus novercam 16

74. Advocatum adversus clientem suum non cogi testimonium dicere, si adhuc actu patrocinetur, secus si desierit; aut forte si a testimonio illo tota causa dependeat 17

75. Testes singulares in unum rei finem conspirantes & convenientes sæpe conjungi ad plenam fidem probationis faciendam 18 sq.

76. Fidem testium sæpe magis a causis scientiæ redditis, quam e numero esse colligendam, exemplo notabili declaratur 19

77. Testem ad agnoscendam personam, etsi hominem in faciem non sit intuitus, posse tamen aliter plenam facere fidem 20

78. Mennonitas Deum testem invocare nolentes, adversariis invitis, non esse audiendos 25. nec tamen ideo mulctandos ibid.

79. Quando quæritur, an testis sit idoneus, & res facti est, non facile tamen faciendam esse interlocutionem 27 sq.

80. An aliquis testes producens rogare possit judicem, ut velit rogare testes, numquid iis amplius de causa, quam a se depositum est, compertum sit: Disputatur ita; Judicatum esse contra 28

81. Testem semel ab aliquo admissum in prima instantia, in judicio appellationis sine nova causa non posset reprobari 31

82. Præparatorias Testium examinationes quæ vocantur, nullo jure fieri, nec ad eas quenquam cogi posse 34

87. Teſtes in perpetuam rei memoriam examinati, ubi cauſa dein ventilatur, iterum, ſi haberi poſſint, examinandi 35

94. Verba Viri ad mulierem: *Nunquam te deſeram, ero tibi fidelis, hou en getrou*, non inferre matrimonii fidem; ſi tamen apud concubitum prolata ſint, varie eſſe judicatum l. 23 t. 1, 11

95. Probationem in matrimonio debere eſſe indubitatam; nec facile juramento ſuppletorio eſſe locum 12

96. Qui obtulit fidem conjugii & arrham, quamdiu alter vel altera non acceptavit, poſſe revocare ſive renunciare. Poſt acceptationem, & poſt moram aliquam, etſi alterum ſtatim pœnituerit, non eſſe revocationem 13

97. Conditione, ſub qua nuptiæ ſunt contractæ, deficiente, nullam eſſe obligationem, etſi materia non ſit eſſentialis matrimonio; ſed modum & promiſſa, quibus ſe conjux obſtrinxit, non dare cauſam nuptiis revocandis 17

98. Non eſſe verum, quod filius aut filia major annis xxv. ſine patris ſui conſenſu nubere poſſit, ac ita judicatum, etſi aliquando aliter t. 2, 6

99. Curatore, qui primo diſſenſit, deinde conſenſum adhibente hac lege, ut quædam bona ſint adfecta commodo propinquorum, non valere pactum 9

90. Curatorem, qui conſenſit in nuptias adultæ ſuæ, commodo propinquorum ſuorum, minus ex re puellæ, ut ſuſpectus removeri poteſt ibid.

91. Curator, quo ſciente, licet inconſulto, nuptiæ ab adultis contractæ ſunt, non poteſt recuſare, quo minus rationes reddat 10

92. Qui ſponſalia contraxit, hac lege, ne mulier ipſum unquam in judicio conveniat, nihilominus conveniri poteſt l. 23 t. 1, 19

93. Liberi e matrimonio publice non celebrato nati, parentibus ſuis, ut legitimi, atque etiam una cum liberis e ſolennibus nuptiis natis ſuccedunt t. 2, 11

94. Nuptiæ cum ſpadone ſive notorie impotente, non tamen eunucho contractæ, non confirmandæ, ſed reſcindendæ ſunt 13

95. Mulier pactis nuptialibus ſibi rerum ſuarum dominium & adminiſtrationem reſervans, nihiloque minus ſibi jus dotale ſtipulata, nihil agit, nec privilegia dotis acquirit, in præjudicium tertii t. 2, 9

96. Socer genero, filiæque promiſit, ſe ad ſuſtinenda onera matrimonii certam pecuniæ ſummam quotannis daturum; Filia mortua gener illud annuum, etſi liberis ſuperſtitibus, petere non poteſt 11

97. Donationem propter nuptias cautam mulieri poſſe negari, ſi per illam ſteterit, quo minus matrimonium impleretur per copulam carnalem 12

98. Dotes non eſſe quidem abrogatas in Friſia, rariſſime tamen conſtitui, quia non maritis, ut dotes, ſed mulieribus dantur, ut in matrimonium inferant, quæ nota eſt paraphernalium 18

99. Promiſſionem matrimonii puram, etſi verbis futuri temporis contractam, non poſſe aboleri per contractam verbis præſentibus initum, ex ratione juris & moribus l. 24 t. 2, 3 ſq.

100. Matrimonialis contractus pure, licet verbis futuri temporis initus, non poteſt retractari, nec alteri ab altero remitti, conceſſum tamen mulieri ex tali contractu agenti, contra virum contumaciæ reum, ut ipſius petitio rejiceretur, quo ad alias nuptias tranſire poſſit 6

101. An ſeparatio thori & menſæ petentibus conjugibus concedi debeat 19. Varie pro meritis cauſæ judicatum.

102. Si uſusfructus & annui reditus in communionem conjugalem inferantur, videri reditus uxori, ſinito matrimonio, reſtituendos; ſecus tamen judicatum t. 3, 5

103. Dos promiſſa, poſt mortem uxoris & liberorum a patre tanquam herede peti poſſe videtur, aliter ac Sandius diſputat 8

104. Dos neceſſaria, quæ deberur ſtupratæ, æſtimatur ſecundum id, quod virgo in caſu nuptiarum habitura fuiſſet; non veniſſe tamen in calculum, donationem virgini factam poſt ſtuprum commiſſum tit. 3 coroll.

105. Impenſas neceſſarias in res uxoris factas, pro dimidia parte marito reſtituendas eſſe, licet fundus inde non ſit factus majoris pretii l. 25 t. 1, 4

106. Pueri ſuppoſiti licet a patre agniti exemplum notabile t. 3, 4

107. Mater alimenta in liberos impenſa non niſi pro parte dimidia repetere poſſe, licet aliter Sandius 6

108. Eccleſiæ prohibitæ non poſſunt cogi ad alendos pauperes ſuos, licet promiſerint, ſecus in his, quæ tolerantur 9

109. Univerſitas una non poteſt aliam cogere ad recipiendos veteres indigenas ſuos ob metum futuræ paupertatis 11

110. Ex alimentis perceptis nullam naſci obligationem, nec alumnos ſtudiorum ad miniſterium doctrinæ ſuæ teneri ἀντιγράφως ſuis, niſi ex officio gratitudinis, aut lege ſpeciali, vel pacto 11

111. Mulier, cujus vir diu abfuit, ut non conſtet ubi ſit, admitti poteſt propria qualitate, tam in judiciis quam contractibus l. 26 t. 1, 5 non tamen ob id ſolum, quod mariti copia non ſit 15

112 Si nupta ſit major annis xxv. maritus minor, illam per ſe res & cauſas agere poſſe videri 7

113. Virum cavendo pro uxore de rato, ſe hactenus exuere poteſtate maritali, non tamen opus eſſe ad hanc conſervandam, ut dicat, ſe agere tanquam curatorem 11

114. Quin ſi vir pro ſe & uxore ſua ſe dixerit agere, etſi negotium ad hanc ſolam pertinere poſſit, nihilominus totum pro illa ſubſiſtere 11 ſq.

115. Mulierem cum viro vel contra virum aliquid jure agentem, non egere curatoris ad litem 12

116. Jus mulieris, quo ſine viro ad res œconomicas agere & contrahere poteſt, non tantum ad modicas & quotidiani uſus, ſed & ad majoris momenti res producendum 13

117. Maritum ſine conſenſu uxoris obligationes ejus aliis cedere poſſe, imo & ſuperficies ruſticas vendere poſſe videri 18

118. Tutorem non teneri de pecuniis mutuo datis, ſi parem diligentiam ac in ſuis rebus adhibuerit t. 7, 7

119. Tutor, cui adminiſtratio commiſſa non eſt, ſi collegam male adminiſtrantem, ſuſpectum arguere neglexerit, ad rationes quidem reddendas cogi non poteſt, tutelæ actione in id quod intereſt, poteſt 11

120. Curator, qui pro minore ſe in officio obligavit, finita cura non poteſt conveniri, licet clausulam adjecerit ejusmodi, ſub hypotheca meorum & pupilli bonorum; ſecus

cus, si etiam promiserit, se redditurum esse pecuniam pro se, pro pupillo & pro heredibus suis 14

121. Inventarium etsi publice faciendum a tutore, potest tamen remitti ut privatim fiat, ob majores sumptus, modicis patrimoniis t. 7, 3

122. Item; si pater pupillorum id fieri prohibuerit, etsi in scheda privata vel rationum libro ibid.

123. Quod ex inventario actiones, amissis instrumentis, institui posse dicuntur, difficilem habere praxin & quid ad hoc requiratur 4

124. Pupilli & minores e contractibus tutorum & curatorum conveniri nequeunt, antequam redditis rationibus constet, e re illorum fuisse pecuniam mutuo sumi t. 9, 2. Idque licet creditores probent, ipsos illos nummos in rem pupillorum esse conversos, si non constet, an opus fuerit ideo pecuniam mutuam sumi ibid.

125. Modus removendi tutores hodiernos exemplo illustratur t. 10, 1

126. Curam ætate 25 annorum ipso jure finiri, & ejus rei effectus 2

127. Veniam ætatis a minore annis xx impetrari non posse, licet maritus, aut in officio publico constitutus sit, etsi pauculi dies desint 3 sq.

128. Filiusfam. veniam ætatis impetrare non potest, nisi prius a patre emancipatus ibid.

129. At si pater uxorem, filii matrem, malitiose deseruerit, absque emancipatione dari posse veniam 4

130. Matre ad secundas transeunte nuptias, non legitimæ, sed dativæ tutelæ esse locum, nec habere tam matrem quam magistratum, jus eligendi 7

131. Excusatio a tutela, per libellos quidem fieri potest, sed non inter contradicentes l. 27 t. 1, 5

132. Tutores quoque de Tutela inter se contendentes, per libellos defungi non posse, opus esse processu ibid.

133. Utilitatem solam, licet evidentissimam, non sufficere ad permittendam alienationem rerum minorennium, novis aliquot exemplis rerum judicatarum illustratur t. 9, 4

134. Ad venditionem superficiei, quam facit dominus fundi, non requiri decretum 8 sq.

135. Postulandi jus non competere iis, quibus bonis interdictum est t. 10, 3

136. Interdictio bonorum licet absque processu fiat, hunc tamen petentibus prodigis non videri posse negari 4

137. An recte prodigorum testamenta valere jubeantur, si facta sint prudenter: *Sic jud. Alit. disp.* l. 28 t. 1, 3 sq.

138. Cæcum non posse testari aliter quam nuncupative, ne quidem inter liberos 5

139. Signa pro subscriptione nominum in testamentis ex ratione juris non valere, secus apud Frisios 6

140. Testamenta scribi posse a quibusvis, præter tabelliones, modo juris perito 10

141. Clausulam testamenti de *quærendo* testium super rebus, tabulis testamenti comprehensis, esse vitiosam 11

142. Clausulam *nuncupativi* aut codicillarem non sustinere testamentum, cujus testator detecit, dum testes subscribebant, si testibus non fuerit prælectum; sed cum mori intestatum 12 sq.

143. Testamenta duorum testatorum in iisdem tabulis valere, moribus hodiernis; dubium tamen id esse rebus judicatis, an ultra conjuges sit extendendum 19

144. Mater, duæ sorores, frater testatoris, & testatricis in eodem codicillo testes adhibiti, sine vitio 20 sq.

145. Testamentum reciprocum, ab altero testatorum, altero ignaro, revocari potest t. 3, 4

146. Testamentum prius clausula derogatoria munitum per superius simplex non revocatur, nisi constet, testatorem serio a priore voluntate recessisse 5

147. Ejusmodi seria voluntatis mutatio non tantum probatur e posteriore testamento, sed etiam extrinsecus, eoque multum confert, si decennium a priore testamento habente clausulam sit elapsum ib.

148. Testamentum prius ita per posterius tollitur, ut tamen si posterius deinde sit rescissum, prius tamen non convalescat, nisi posterior rescissio facta sit hoc animo, ut prius vires suas recuperaret t. 4, 6

149. Quod si non plane constet, posterius testamentum rescissum, fuisse rite factum, (ut difficulter potest, si tabulæ penitus sint abolitæ) prius adhuc integrum existens valere potest 7

150. Heres ex re certa, solus institutus capit omnem hereditatem, ex regula juris non abolita in Frisia; secus tamen judicatum refertur, ubi res plures, e quibus heres institutus esset, fuerant enumeratæ t. 5, 7

151. Heres ex re certa manet heres, etsi illam rem certam capere non potuerit, & nihilominus jure gaudet accrescendi 8 & l. 29 t. 2, 7 (ratem l. 28 t. 5, 8

152. Qui solus heres est ex usufructu, totam accipit heredi-

153. Quando heres aliquis ex usufructu institutus est, & post mortem ejus alii, heres ex usufructu statim fit heres cum onere fideicommissi 9. Alias tamen dubie judicatum respectu Trebellianicæ ab herede ad viram, detrahendæ 9

154. Testatrix liberos heredes scripsit, maritum illis substituit, liberi ante matrem sunt mortui; si vulgariter substituti sint, maritus succedit, si per fideicommissum, moritus excluditur t. 6, 12 sq.

155. Aditio pura ad excludendum beneficium inventarii, post intimationem beneficii cessat t. 8, 3

156. Qui res hereditarias ita contrectat, ut fraudem facere potuerit, amittit beneficium inventarii 5

157. Inventarium non semper totum noviter conscribendum ad usum beneficii 6 fin.

158. Testamentum a testatore milite, durante expeditione, non in castris scriptum, sed ab eodem non subscriptum, habere vim testamenti militaris l. 29 t. 1, 1. Similiter quod apud hostes in carcere factum ib.

159. Si frater non adierit hereditatem fratris sui, non potest eam transmittere ad heredes suos, ne *hodie* quidem t. 2, 1

160. Scriptis heredibus fratrum & sororum liberis, non esse admittendos, qui post obitum testatoris erant nati 3 sq.

161. Infantibus mortuis, an & quatenus eorum bona ad ipsis ad proximos devolvantur 5

162. Rei alienæ legata rarioris usus, nec facile præsumenda l. 30. 31, 32 t. uit. 3

163. Legatarium rem alienam, sibi legatam sciens, antequam dies cedat, emens, non repellitur a petitione, postquam dies venit 4

164. Uxor marito legans fundum constante matrimonio emptum, pretio necdum soluto, videtur legare suæ partis proprietatem & partis mariti pretium 9

165. Nisi addiderit, te velle, ut æs alienum communiter solveretur, tunc tuam modo partem legasse videtur: Nisi rursus emtio tunc nullam domini partem ipsi præstare potuerit, ut in casu retractus gentilitii a parte viri; tunc integrum fundi pretium marito legasse videtur, non obstante præcepto de ære alieno communiter solvendo 9 sq.

166. He-

166. Heres ex legitima sola, gaudet jure accrescendi, non æque, si optionem acceperit, an certæ rei legatum mallet, atque hoc acceperit 13
167. Sub usufructu omnium bonorum non semper contineri fideicommissa heredi restituenda, notab. exempl. l. 33 t. 2, 1
168. Jus fisci de indignis, non esse sublatum in Frisia l. 34 t. 9, 6
169. Fideicommissa universalia cum restitutione statim facienda, hodie dari perpauca, non esse tamen ab usu remota, exemplo demonstratur l. 36 t. 1, 2 sq.
170. Duobus heredibus scriptis & fideicommisso gravatis, *si absque liberis morerentur*, altero sine liberis mortuo, ipsius partem bonorum deferri ad eos, qui conditione deficiente vocati sunt 7
171. Testator habens liberos primi gradus & nepotes, instituit omnes cum fideicommisso, *si quis ex suis liberis aut nepotibus sine liberis moreretur*: Quæritur, an hoc fideicommissum pertineat etiam ad nepotes, post mortem testatricis *nepotes* factos. Judicatum est non pertinere 8 sq. conf. cum *decis.* 160
172. Fideicommissum finitur eo tempore, quo testator fecit potestatem *disponendi*, non tantum per ultimam voluntatem, sed etiam per alienationem inter vivos 11
173. Jussum restituere, quod ad ipsum de bonis defuncti pervenisset, etiam teneri ad restituendum, quod ad ipsum morte coheredum æque gravatorum dein pervenisset 14
174. Non idem juris esse, quando fiduciarius jure accrescendi consecutus est partem deficientis non gravati fideicommisso. ib.
175. Heredem heredis gravati posse detrahere quartam Trebellii, non habet dubitationem in foro, secus ac D. Wissenbach. 16
176. Pœna fideicommisso adjecta, *si filius se opponat, ut legitima sola contentus sit*, facere, ut Trebellianicam supra legitimam filius gravatus petere non possit. Ita judicatum 18 sq.
177. Clausula *nunquam alienandi* sequens fideicommissum limitatum, ultra terminos ejus non extenditur; posse tamen eam aliis verbis adjutam inferre repetitionem 20
178. Præceptum de *non alienando*, non dat petitionem fideicommissi filio, qui non vocatus in fideicommisso, verum in conditione positus est 23
179. Qui possidet rem extra familiam, alienari prohibitam, ne quidem vivus eam pignori dare potest, nec creditoribus hypothecaria datur; secus fideicommisso conditionali 24
180. Si res proximo e familia, vel familiæ simpliciter relictæ sint, proximitas ad testatorem, non ad possessorem refertur. Quod si dictum sit, ut *bona devolvantur identidem, sive semper ad proximos*, spectandam videri propinquitatem ultimi possessoris ib.
181. Fideicommissarium, qui heres est fiduciarii, debere quidem pati, ut fideicommissum, ipsi debitum, a testatore alii relinquatur; sed e clausula pœnali testamento, quod fideicommissum saucit, inserta, plerumque id eludere posse 26
182. Quando tempus solutionis a fideicommisso separatur, tum dies etiam cedit ante tempus; secus si uno contextu legatum sive fideicommissum & tempus solutionis memorentur t. 2, 3 sq.
183. Quando autem legatum & tempus solutionis pariter memorantur, sit tamen adjectum, pecuniam usque *ad talo* tempus custoditum iri, cedere diem, etiam ante id tempus, videri 4
184. Nepotes, qui non sunt heredes parentum, avo succedentes, conferunt: etiam, quod parentes eorum vivi accepere; verum tamen non quod titulo mutui aut æris alieni acceperunt l. 37 t. 6, 5
185. In collatione non præstantur usuræ ab his, qui plus accepere, nisi a tempore more post obitum parentem 6
186. Etsi parentibus mortuis, liberi juniores nihil accipere possint, majores tamen natu, si heredes se gesserint, suas dotes, donationesque propter nuptias conferre coguntur, secus si repudiaverint 7
187. Ne quidem, etsi promiserint vivis parentibus collationem, si repudient hereditatem, ad conferendum coguntur 7
188. Donatio a donatario non acceptata, non parit actionem vel exceptionem l. 39 t. 5, 1
189. Donationes omnium bonorum præsentium & futurorum, in foro vix probari, & magis esse ut irritæ habeantur: qua de re tamen disceptatur 5
190. Non valere etiam pactum successionis futuræ, tametsi translatio omnium bonorum in alium recte perficiatur ib.
191. Donatorem remunerandi causa non posse agere in id quod interest sua, rem donatam sibi non esse præstitam, sed tantum ad salaria operæ præstitæ 7
192. Donatio facta, si donatarius supervivat donanti, etsi forma contractus celebrata, pro donatione mortis causa habenda est t. 6, 2
193. Donatio facta cum mentione mortis, sed ita, ut nullo casu revocetur, magis est ut absque insinuatione valeat 3
194. Etsi jus alluvionis agri cujusque proximi dominos augeat, rempublicam nihilominus illud alii permittere posse, sub lege muniendi alluviones aggeribus, ut tamen vicini, quorum est jus alluvionis, præterantur l. 41 t. 1, 10
195. Quibusdam judicum absentibus, a reliquis recte ferri sententiam, etsi major collegii pars absit l. 42 t. 1, 14. cum temperamento ibid.
196. Causam, cur paribus sententiis fiat absolutio, non tam esse favorem rei, quam quod nihil novi possit fieri. Hinc veniam ætatis, alienationem rerum minorennium, paribus suffragiis negari 16
197. In quæstione de exceptione *Paribus suffragiis* rejicienda vel admittenda, judicatum esse pro rejectione, secus disputatur 17
198. Quando pars judicum corpore punit, pars pecunia mulctat, pars torquere vult, hos mitius punientibus conjungendos 18
199. In ferenda sententia dicendisque suffragiis recte a junioribus incipi, nulla habita prævia deliberatione 19
200. Actore certas res in judicium deducente, reum non posse res plures, etsi cohærentes, inferre in judicium, nisi per reconventionem 31
201. Conditionem, *si juraverit* actor vel reus, non bene sententiæ inseri. Insertam tamen suspendere sententiam, firmare impletam: Item de conditione, *si probatum erit* 34
202. Sententiam posse aliquando secundum rei dicta ferri, & tamen esse condemnatoriam, scilicet in id, quod reus obtulit actori ad satisfactionem; eo quod melius sit reum condemnari, quam mediante oblatione, absolvi 36
203. Fructus aliasque rerum accessiones ante litem contestatam commissas non nisi petantur, adjudicari posse: post litem contestatam posse; non debere necessario, si non petantur, adjudicari. Idemque de impensis litis 36 sq.
204. Litigatoribus mortuis ante sententiam, non esse opus *readsumptione*, ad ferendam sententiam, sed tantum ad procuratorem *qualificandum* 40 sq.
205. Sententiam non posse mutari, licet errore manifesto, posse

posse tamen ob errorem memoriæ, negari executionem ex causa rei judicatæ 43

206. Nec capitalem sententiam posse retractari, licet errore comperto, sed principem consulendum: Nisi qua curia in jure dicundo jus principis exerceat 44

207. Quamvis sententia propter instrumenta noviter reperta retractari nequeat, facile tamen concedi actionem aliquam aut oppositionem ex causa justa adversus executionem 45 sq.

208. Quamvis actio rei judicatæ novas & a causa litis diversas habeat qualitates, ab illa tamen sæpe recipere interpretationem, exemplo declaratur 49

209. Ex actione rei judicatæ statim fieri executionem absque novo judicio, nisi casibus exceptis 50

210. Judicem superiorem extra causam appellationis, posse aliquando requisitum, exequi sententiam inferioris 51 sq.

211. Si condemnatus alibi degat, judicem loci requisitum executionem recusare non debere, nec in eodem imperio posse; dari tamen causas justas demonstratur 52

212. Mandatum exequendi sententiam nullo modo extendi potest ultra quam dictum est, ne quidem ad usuras & id quod interest & similibus exemplis declaratur 56

213. Propter causam, quod lis sine mandato mota & contestata fuerit, oppositionem adversus executionem admitti posse 57

214. Libellus, pendente lite, supremo principi vel curiæ supremæ non potest offerri 4

215. Rescripta, quæ dantur ad libellos supplices, partibus auditis, an habeant effectum rei judicatæ. In utramque partem esse judicatum. Pro affirmante disputatur, sub temperamento 5 sqq.

216. Condemnationes extraordinarias sine prævio processu litis non posse fieri, ad acta partium & constituta, in quibus non continetur submissio ad condemnationem voluntariam

217. In curiis judicum absentia quorundam non retardat jurisdictionem, aut sententiam, etsi partem majorem abesse contingat 14 (publicæ exponitur t. 3, 3

218. Qui cessionem bonorum petens repellitur, ignominiæ

219. Postea tamen non potest iterum a creditoribus in carcerem compingi ib.

220. Etiam mulieres ob negatum cessionis beneficium carceri includi possunt 3 fin.

221. Creditores, qui post cessionem debitoris bona diviserunt, vel arbitratu suo vendiderunt, debitorem dein ad facultates reversum de reliquo convenire non posse 4

222. Debitor, qui in fraudem creditorum suorum cedit suum jus alii, facere locum actioni Paulianæ; secus, si juri suo delato renunciet t. 8, 1 sq.

223. Missio in possessionem ex *L. ult. C. de Ed. Divi Hadr. toll.* etiam per libellos institui potest; sed prævio inventario l. 43 t. 2

224. Legatariis & fideicommissariis non dari interdictum adipiscendi cum exclusione heredis t. 3, 2

225. Præsidem vel prætorem non posse concedere jus ædificandi vel faciendi quicquam in præjudicium alterius, publice vel privatim, quin tamen vi & clam interdicto agi possit t. 24, 1 sqq.

226 Heredibus possessoriis non dari interdictum retinendæ, sed dari adipiscendæ possessionis Epilog.

227. Interdictum retinendæ possessionis, non dandum esse colonis contra dominos fundorum, etsi contra tertium illis vulgo detur ib. fin.

228. Vitium qualitatis personalis, lite contestata, emendari, non tamen si nullitas sit, exemplum l. 44 t. 1, 4

229. Exceptiones in processu executorio non esse admittendas, nec etiam omnino exceptiones exceptionum 5 & 6

230. Reum condemnatum non posse repetere, quasi condictione indebiti quod solvit, eique ita agenti obstare exceptionem rei judicatæ t. 2, 5

231. Posse tamen non obstare exceptionem, si meritum actionis, quam nunc vis instituere, in priore judicio non fuerit examinatum 6

232. Emptor, oppositа exceptione rei venditæ, non traditæ condemnatus, egit in id quod interest, rem sibi non esse traditam: Exceptio rei judicatæ opposita nec admissa est 7

233. Ei, qui se liti alicui adjunxit, pro eo quod interest sua, non potest opponi exceptio rei judicatæ 7

234. Mandatarius primus & qui ab alio substituitus est mandante ignaro, non sunt eædem personæ, respectu exceptionis rei judicatæ 7

235. Dolia cerevisiæ non esse referenda inter merces minutim venditas ratione præscriptionis biennalis ex statuto t. 3, 3

236. Victus pretia paucorum dierum vel septimanarum uti jure mercium minutarum, non si ad annum, vel magnam anni partem convenerint 3

237. Præscriptio illa biennalis obstat, etsi debitor probare velit, aut probet, causam debiti esse justam, nec debitum esse solutum, si modo tamen debitor neget 3

238. Actio personalis, non tantum fit litigiosa, per litem contestatam, sed etiam lite primum mota t. 6, 3

239. Pactum debitoris, ut solvat suo arbitratu, sive pro lubitu, est personale, nec prodest heredibus l. 45 t. 1, 4

240. Correos etiam hodie gaudere beneficio divisionis t. 2

241. Qui cum femina sit vere correus, in solidum tenetur ib.

242. Qui simpliciter se fatetur debitorem ex alieno contractu, non est fidejussor, sed ipse reus l. 46 t. 1, 1

243. Qui solus subscripsit instrumento, quod memorat tres correos, cum de duobus non liqueat, solus tenetur ut reus, ut non correus, nec habet beneficium divisionis ib.

244. Qui promittit se soluturum quod alius debet, quam primum monitus fuerit, non admittit beneficium divisionis 5

245. Qui fidejussit in certam summam pro alio, simpliciter tenetur, etiam quando debitor illam summam creditori semel solvit & denuo sese in eandem summam obligat 9

246. Fidejussor, qui rem, pro qua fidejussit, habet in manibus, non tenetur eam reddere, nisi a fidejussione liberetur; dari tamen justas causas, quibus sub alia cautione cogi possit 10

247. Quando colonus fundum sublocavit, novumque colonum dominus acceptat, iisdem licet conditionibus, hæc est novatio, per quam primus colonus & ejus hypotheca liberatur t. 2, 2

248 Quando debitor plurium causarum dixit, cui debito facta sit solutio, creditor, qui habet pignus respectu illius debiti, non potest ob reliqua debita jus pignoris illius contra tertium exercere, licet adversus ipsum debitorem possit t. 3, 4.

249 Quando debitor plurium causarum simpliciter solvit, nec creditor ab initio statuit, cui debito id esset imputandum, aut in vetustius aut in id quod habet fidejussores, imputationem esse faciendam 4

250. Debito multis pensionibus solvendo, si de omnium solutione constet, excepta prima, solutionem primæ in dubio non esse præsumendam 6

251. Apo-

251. Apocha certæ quantitatis referens se ad debitum incertæ summæ, totum illud perimit, nisi aliud ex circumstantiis liqueat t. 4, 5
252. Fidejussor judicatum solvi, non liberatur, quando reus, pro quo fidejussit, condemnatus appellavit; a reo petere quidem potest, ut liberetur, tamesi judicis inferioris mentio tantum facta fuerit t. 7, 2
253. Fures & peculatores pœna corporali non esse liberandos a damno farciendo l. 47 t. 2, 6
254. Non esse admittendas in foro nimis levium injuriarum actiones, qualis hæc, tu porcum occidisti, & similes t. 10, 1
255. De vitiis corporis non facile agendum injuriarum; posse tamen agi etiam de dotibus naturæ aliquando, ut si quis pulchella vel pulcher inridendo vocetur ib.
256. Posse & injuriarum agi, ob res non in se, sed vulgi opinione deshonestantes. Exemplum ib.
257. Totum aliquod collegium magistratuum posse teneri & a civo suo conveniri injuriarum 3
258. Magistratus, injuriam sibi licet in officio illatam, æstimare sibique applicare non potest 4
259. Duplum, quod passis injuriam domi suæ tribuitur, extendi ad solum παρίχωρον, in quo sita est domus 5
260. Cauponibus duplum injuriæ, quod reliquis ratione domus suæ tribuitur, non præstari 5
261. Inter personas, quibus ob dignitatem duplum injuriæ causa deberur, esse secretarios judiciorum, decuriones urbium. Non tamen semper, nec procuratorum uxores nec quaslibet puellas 5 (rali 6
262. Actionem ad palinodiam non dari procuratori gene-
263. Imo palinodiam ut jure civili ignotam; ita plane apud nos abolitam videri 7
264. Sententiam injuriarum, non infligere, moribus hodiernis, infamiam 7 (dos t. 11, 8
265. Hæreticos nisi insolenter blasphemos non esse punien-
266. Abigeos non esse capite puniendos, minimeque semper in Frisia capitali supplicio fuisse affectos t. 14
267. *Dolantien* sive querelas de malo regimine, non semper nec facile crimini imputandas, posse tamen aliquando l. 48 t. 4, 2 (majestatis, analogice dictum 3
268. Contra societates Indicas committi posse crimen læsæ
269. Incestus in tertio gradu affinitatis, pœna relegationis adficitur t. 5, 9 (frequentes 11
270. Eadem pœna statuta in contrectationes impudicas &
271. Vis publica potest esse tam atrox, ut capite puniatur t. 6, 3
272. Conatum homicidii quandoque ordinaria pœna affici posse, exemplis confirmatur, & secus t. 8, 2
273. Vulnus effusione sanguinis, & morte brevi secuta, non tamen lethale repertum & judicatum 4
274. Cædes per lasciviam & insolentiam absque animo occidendi facta extra ordinem punienda. 5
275. Cædes ferro, licet in rixa commissa, regulariter ordinaria pœna adficitur, quod & exemplis declaratur 6
276. Eos, qui graviter irritati cædes commiserunt, extra ordinem punitos, quandoque & ordinarie, exemplis declaratur 7 (cædis pœna liberare 7 & 9
277. Provocationem non facile provocatum ab ordinaria
278. Injuria affectum, si post aliquod tempus, verbi gratia dimidiam horam, injuriantem occiderit, non facile ab ordinaria pœna excusari 7 & 11
279. Lictoribus aliquando licere reos, capiendos, qui se defendunt, occidere 12. excessum in eo extra ordinem puniri ib. (pœnis affici posse, ubi contra Carpzov. t. 9, 2
280. Conscios & adjutores parricidii, ordinariis quandoque
281. Expositio infantis vivi reperti extra ordinem punienda 3
282. Falsi testes extra ordinem puniendi t. 10, 2. furti & peculatus crimen non committi ab eo, cujus periculo res est t. 13, 1 (est 4
283. Sacrilegii pœnam eandem esse videri, quæ peculatus
284. Reficiorum pœnam posse graviorem esse, quam jure civili constituta est 5
285. Ambitus quid, ejus historia & criminis pœna t. 14, 1. eam non esse abolitam per legem *un. C. de suffr.* 2
286. Ambitus pœnam hodie jure quidem non esse impunitam, facto secus 5
287. Conventiones de venditione munerum publicorum etsi inter contrahentes actionem non pariant, posse tamen parere inter heredes 5
288. Pactiones quoque pecuniarias de muneribus publicis valere, si non excedant summam centum aureorum ib.
289. Propter crimen, cujus pœna non excedit relegationem, locum non habere torturam t. 18, 2
290. Vagabundos & mendicos etiam causa non cognita, quod alioqui non licet, subjici posse tormentis 3
291. Non sufficere ad torquendum, indicia, quæ vulgi opinione experientia magis quam ratione naturali constant 4
292. Qui bis tortus, bis confessus, bis revocavit confessionem, hunc aliquando posse damnari, aliquando extra ordinem puniendum 11
293. Pœnas delictorum pecuniarias, jure Romano statutas, etsi ex analogia rationis adhuc obtinere deberent, non esse tamen in usu t. 19, 2 (Frisico obsoletam 4
294. Exilium perpetuum, non esse pœnæ speciem in Foro
295. Pœnas corporales quandoque secretis locis infligi 5. restitutionem damnatorum ex gratia esse jus majestatis, nec tamen usitatum in Frisia t. 23
296. Quando unus ex sociis se post fatalia jungit appellationi ab alio factæ, non potest terminos ejus appellationis excedere l. 49 t. 1, 7 (t. 4, 2
297. Fatalia appellationis difficultera judice prorogari posse
298. Insinuatio facienda judici in casu appellationis statuto Frisiæ præscripta, non solet tamen omissa inferre nullitatem 3 & 4
299. Appellatio ab aliis gravaminibus quam a sententiis definitivis necessario in scriptis facienda t. 6, 6
300. Remissio cautionis, quæ fisco indulgetur, producta ad fiscos improprie dictos civitatum municipalium t. 7, 2
301. Pendente appellatione, si pecuniæ controversæ arresto præcludantur, eam esse novationem 3
302. Appellatione super valore matrimonii interposita, si cohabitatio, licet inchoata, prohibeatur, eam non esse novationem 3
303. Compensationem objectam in judicio appellationis, licet in priore instantia mota non fuerit, tamen non esse novationem 6
304. Cautio juratoria non videtur habere vim satisdationis ad consequendam executionem sententiæ, a qua supplicatio sive revisio facta est, nisi quatenus securitati victoris aliter consuli potest t. 13, 5 (ius prodest etiam alteri 10
305. Sententia pro uno consortium lata in judicio Revisio-
306. Revisio non habet locum in criminalibus, nec in matrimonialibus, nec in pronuntiationibus de plano factis 12
307. Revisionem revisionis ei, contra quem Revisio petita fuit, dari, judicatum esse 12
308. Bona eorum, qui sine herede decedunt, non ad civitates municipales, sed ad fiscum totius reipubl. pertinere t. 14, 2

PARS IV.

PANDECTARUM.

LIB. XX.

TIT. I.

De Pignoribus & Hypothecis, & qualiter ea contrahantur, & de Pactis eorum.

I. Pignoris ac hypothecæ significatio. II. Divisio Pignoris, & species pignoris publici. III. Pignus contumaciæ causa. IV. Pignoris privati differentiæ. V. Verba requiri clara, & specialia Pignori statuendo. VI. Divisio hypothecæ in generalem & specialem, & quæ res sub generali contineantur, aut secus. VII. Realis hypothecæ nexus. VIII. Usus actionis hypothecariæ, inprimis adversus ipsum debitorem ejusque heredes. IX. Quo sensu dicatur, Hypothecariam actionem esse individuam; Scil. quemque teneri, quatenus possidet, tam heredem quam extraneum. X. Possessorem hypothecæ conventum habere beneficium excussionis, an & in hypotheca speciali. XI. An de rebus mobilibus & obligationibus oppignoratis, detur hypothecaria contra tertium. XII. De obligatione hypothecæ obligata dari utilem hypothecariam, forte & utilem personalem. XIII. An is, qui utili hypothecaria de obligatione convenitur, ordinis habeat exceptionem, Distinguo. XIV. De utili hypothecaria in nummos ex re pignorata redactos. XV. Duo Pacta de pignore vendendo explicantur. XVI. Pactum Constituti, quem usum habeat in pignore. XVII. Lex Commissoria in pignore prohibita. XVIII. Una cum alio simili mali moris pacto in pignore. XX. De fructibus & accessionibus actionis hypothecariæ.

SEquitur pars quarta Pandectarum, quæ habet duo summa capita, quorum primum est de accessoriis contractuum, de quibus *supra* tractatum est, ut sunt Pignora & hypothecæ, Ædilitium edictum, Evictiones, Usuræ, Probationes, aliaque. Secundum est de juribus mere personalibus, ut est Matrimonium & Tutela, cum suis affinibus & sequelis. Pars prior incipit *de Pignoribus & Hypothecis, qualiter ea contrahantur, & de Pactis eorum.* Primam & secundam Rubricæ partem conjunctim absolvemus. Dum enim quid pignus & hypotheca sit, examinamus, proprietates utriusque, & differentias, pariterque modum, quo contrahuntur, videre necessum erit. Primo omnium, Pignus & hypothecam solo nominum sono differre, scriptum est in *l. 5. § 1. h. tit.* non absolute, sed quantum, ut Justinianus monet, ad actionem hypothecariam attinet, in § 7. *Inst. de Action.* quoniam hæc tam de pignore proprie dicto, quam de hypotheca datur. Imo non hujus tantum usus respectu; sed nec proprietate vocum ipsa plus quam sonus interest, quia pignus a *pugno* dictum, significat id, quod in manum traditur. Unde valde proprie, dextræ datio *pignus* vocatur *Maroni;*

Dat dextram atque animum præsenti pignore *firmat. 3. Æn.*

Inde pro qualibet re chara, quam manu arta complectimur, pignus sumitur: Quintilianus *Pignora, liberi, dico, parentes & propinqui, lib. 6. Inst. c. 1. & cap. sequ. Obsecratio per carissima* pignora. Denique *pignus* ita dictum est, quod creditori traditur in securitatem, *l. 238. § 1. de V. S.* Hypotheca Græcis παρὰ τὸ ὑποτιθέναι, a *supponendo* dicta, eandem habet significationem; nec enim res, nisi mobilis, poni potest, ut ad *tit. Depositi* observatum est. Verum ut usus artium facile ab etymologia deflectit, sic etiam hac parte fere obtinuit, ut Pignus vocetur, cujus possessio traditur creditori, Hypotheca solo pacto contrahitur, reique possessionem debitori relinquit, *l. 9. § 2. de Pignor. act.* quomodo etiam in *hac rubrica* verborum oppositio capienda; nec tamen raro promiscue accipiuntur pignus & hypotheca: nam & hypotheca pignus vocatur, in *l. 17. § 2. de Pact.* & pignus, hypotheca, *d. l. 5. § ult. h. t.* Et illum sensum generalem nobis ex-

pedit habere in conspectu. Atque eo modo definitur Pignus sive Hypotheca, quod sit *res obligata creditori in ejus securitatem, vel*, ut alii malunt, est *Jus creditori securitatis ergo in re debitoris constitutum.* Prior significatio magis est propria, & altera paulo subtilior. Plerumque enim pignus significat rem pignori datam: unde pignus acceptum, *pignus dedit, l. 33.* pignus venditum, *l. 33. de Pign. act.* Sic etiam dari hypothecam, *l. 5. § ult. h.* Adde *§ ult. I. Quib. mod. re contrah. obl. § item Serviana. I. de Action.* ubi; *pignora hypothecasque persequuntur.* Jus in re constitutum alias ea vox significare videtur, ut cum dicimus, pignori dare, pignori capere, *l. 9. & l. 19. de pign. act. l. 1. C. si adverf. vendit.* pignori ponere, *l. 38. pr. de Legat. 3.* pignori obligari, *l. 41. de pign. act.* Idem intelligi potest, quando *pignus* contrahi dicitur, *l. 1. in pr. de pignor. act.* & *alibi;* nisi Contractum pignoratitium ibi malis intelligere, ut & in *l. 5. § 2. Comm.* quod alii malunt.

2. Naturam Pignoris ita late accepti, partitione detegamus oportet. Et quidem prima positione dicitur pignus esse vel publicum, vel privatum. Publicum a lege, vel a magistratu ‡ constituitur. Quod a lege habet originem, vocatur hypotheca legalis & tacita, cujus species *titulo sequenti* occurrent. Quod Magistratum habet autorem, rursus est *Prætorium*, vel Judiciale. Utrumque Prætorem habet autorem, sed altera species nomen ab eo solo mutuatur, quia non est aliud, quo melius distinguatur; est autem Prætorium, quod per missionem in possessionem bonorum fit, ventris, legatorum, vel rei servandæ gratia, nec non damni infecti, quorum explicationes *infra suis locis* habebimus. Judiciale pignus a Prætore judicati exsequendi causa constituitur, de quo tractat Ulpianus in *Lege 15. D. de Re judicata*, quod cum æque sit a Prætore quam prior species, tamen ut ab ea discernatur, ab usu speciali potius, quam a communi prætoris autoritate nomen habet, ut a judicio *judiciale* vocetur.

3. Exercet adhuc aliud pignoris specimen Prætor, Quando obsequii contumaces pignoribus captis ad boni civis & parendi officium cogit, veluti cum tutor administrationem subterfugiens, ad onus suscipiendum, captis pignoribus compellitur, *in § penult. Instit. de Satisdatione Tutorum:* quod fieri solitum aliquando violentius, ostiis, cistis, capsis effractis; maxime si quando irati magistratus male reos mulctando affectui indulgerent, quomodo Cæsar apud Suetonium Vectii indicis supellectilem diripuit, eoque pertinet, quod M. Tullius *in Philippica* 1. de Marci Antonii Consulis injuria queritur, quod *se domum* Ciceronis *cum fabris venturum minitatus esset*, quo scilicet effractis foribus captisque pignoribus, eum in senatum venire cogeret. Sed hoc pignus ad propositam speciem non pertinet, quia non spectat ad securitatem creditori præstandam, sed ad contumaciam, ut apparet, coercendam, vel ad obsequium compellendum. Pignus hujus loci, finem habet crediti securitatem, quæ maxime in re, pignoris jure tradita conspicitur, eoque spectat regula Juris, quæ plus cautionis *in re* quam in persona esse dicat, *l. 25. de R. J.* unde eleganter pignoris datio oppositæ Satisdationi, vocatur *Solita Cautio* in *l. 5. de Hered. pet.*

4. Privatum pignus ita distinguitur, ut vel unius, vel duorum voluntate constituatur; Per unius voluntatem pignoris constituti, habes notum exemplum in *l. non est mirum. 26. D. de Pignor. actione*, ubi testator pignus in testamento, quod non recipit duorum voluntatem, constituit, & habet usum, quando paterfamilias satis locuples, sed copiis ære alieno maceratis, timet, ne post fata sua, quod ut plurimum adsolet, heredes sui a creditoribus invadantur, & bona sua priusquam necesse sit, voci acerbæ præconis subjiciantur; potest eum in finem exponere vires hereditarias, singulisque creditoribus adsignare suas hypothecas, vel pignora, quæ tum non esse conventiones, sed jura duntaxat in re constituta, manifestum est. Pignus, quod duorum voluntate fit, rursus ex pacto, vel e contractu fit. Ex pacto, quando per conventionem solam jus creditori * in omnibus, aut certis rebus per illud afficiendis, constituitur; solo, inquam, pacto, tam inter præsentes quam absentes, verbis aut scriptura, ut res tulerit, *l. 4. l. pen. h.* Hoc pactum edicto Prætoris confir-

‡ Pignoris publici instar fuit in Saxonia, Arrestum legitime impetratum, quod jus reale & prælationem præ aliis creditoribus hypothecariis tribuebat, nunc penitus antiquatum. *O. P. S. E. I & E. Tit. 48.* ut adeo omnia illa, quæ hanc in rem supra ad *Lib. II. Tit. IV.* (Part. nempe II. p. 601) ex veteris juris ratione annotata sunt, a Juris novissimi studioso expungi possint. Conf. tamen, quæ, quoad debitores ad paupertatem vergentes, de inhibitione omnis alienationis, petente creditore, a magistratu facienda constituta sunt. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 51.*

* Jure Romano Hypothecam extrajudicialem jus reale producere, quod etiam ratione tertii possessoma-

matum, parit actionem in rem creditori, adversus quemlibet possessorem, *l. 4. hic. l. 17. §2. de Pactis. l. 9. §2. de pignorat. act.* E contractu venit pignus, quando res creditori in securitatem traditur, ita ut possessio transferatur, quem contractum esse realem pignoratitium, intellexímus *ad tit. Inst. Quib. modis re contrah. obligatio*, ubi & naturam ejus, actionemque declaravimus: Idcirco in *hoc titulo* de priori specie, quæ est ex pacto, & *Hypotheca* dicitur, potissimum tractabimus, sic tamen, ut pleraque pignoribus proprie dictis applicari possint, quod ex rerum natura facile percipietur, vel opportune commonefaciemus, inter quæ & hoc, quod pignus & hypotheca cuilibet obligationi accedere possunt, etiam naturali, & futuræ, *l. 5. h. t.* modo in jure civili effectu suo non privetur, *per l. 13. Quib. mod. pign. solv. l. 60. de Cond. indeb.*

5. Hæc apud nos ita de Hypothecis etiamnum observantur, neque requirimus, ut auctoritate judiciali pignus confirmetur; quod hodie plerumque requiri, scribit Beckmannus ad *tit. ff. de Distract. pign. n. 37.* & Stockmannus *Decis. Brabant. 96. n. 2.* & alii; Sed in hypotheca conventionali constituenda, servandum primo omnium, ut verba rem onere perpetuo affectura, clare expri-

ris sit efficax, satis ex *l. 4. & l. 29. ff d. pign. & hyp. §7. I. d. act.* apparet. Carpz. *P. 1. C. 28. def 122.* Philipp. *ad O. P. S. Tit. 40. Conf. 1. n. 2.* Struv. *S. J. C. Ex. 20. th. 22.* Sed Jus Saxonicum Electorale mobilia quidem valide extra Judicium permittit oppignorari, *P. 2. C. El. 23. Dec. El. 60.* adeo ut etiam in iis constituta hypotheca extrajudicialis antiquior, potior censeatur hypothecis judicialibus posterioribus, Carpz. *l. 5. Resp 37. n. 1. sq. P. 2. C. El. 23 def 9.* Moller. *ibid. n. 36.* Richt. *de Privil Creditor c 4. S 2. n. 130.* Berg. *Ref. Lauterb p. 472.* In immobilibus autem extrajudicialis hypotheca simplex, tantum in præjudicium debitoris & hæredum valet. *P. 2. C. El. 23.* § iedoch wo einer ein Gut *absque Insinuatione &c. O. P. S. tit. 46. in fin.* unde adversus eos hypothecaria actio, quæ 40 demum annis præscribitur, institui potest, sed tertio ex ea nullum nascitur præjudicium, adeoque, qui talem hypothecam sibi constitui passus est, contra possessorem tertium agere haud potest. Berger. *ad Laut. p. 472. & in Elect. Proc. Execut. th. 4. & 6.* atque in Concursu creditorum, in Electoratu, ne quidem Chirographariis præfertur, *d. C. 23. P. 1.* ibique Carpzov. *def. 14. n. 1. 2.* licet Jure Saxonico Comm. his solis potior esse censeatur. Richt. *de Priv. Cred. c. 5. n. 37. sqq.* Schilt. *ad ff Ex 33. th. 12.* Quod si Hypotheca extrajudicialis, coram Notario & testibus, aut coram duobus vel tribus testibus ‡ constituatur, Chirographariis quidem illa præjudicat, *P. 2 C. El. 23. pr* Hypothecariis autem & Arrestantibus posterioribus non æque, secundum Jus Sax Comm. Richt. *de Privil g. Cred. c. 4. S. 2. n. 77.* Coler. *de Proc Executiv. P. 1. c. 10. n. 197.* & Electorale *Dec. El. 60 j. O. P. S tit. 44 § 2. & Ord. Proc Sup. Lusat. P. 1. tit 24. d 3. pr. verb.* das Dingliche Recht. Philipp. *ad d Dec Obs. 1. & 2.* Berger. *ad Lauterb. p. 472.* licet hoc aliud obtinere, ac talem hypothecam arrestis & hypothecis posterioribus præferri, olim defenderint, Carpzov *P. 1. C. 28. d 125. 127. P. 2. C. 23 d. 14.* Moller. *ad eand. n. 19.* Berl. *P. 1 Concl. 66 n. 27.* & post eos Schilt. *Ex 33 th. 12.* Plenissimum autem hypothecæ robur, ea demum quoad bona immobilia in Saxonia habet, quæ conceditur 1) ab eo debitore, qui rei immobilis, quam oppignorare vult, investituram judicialem impetravit *a. Dec. El. 61.* Carpzov. *dec 127* ubi præj. j. Schilt. *ad ff. Ex. 33. § 8.* Dissent. Nicol. *Ref. 10. n. 17. seq.* 2) accedente judicis competentis consensu & confirmatione. *a. L. R. l. 1. art. 8. pr. verb.* Wo ein Mann sein Eigenthum vergiebt oder versetzt, des soll der Richter Zeuge seyn. *P. 2. C. 23 Mand. Joh. Georg. I. d. an. 1623. d 25. Apr. rubr.* Wegen der Bauer-Güter. § Weil wir aber. *O P. S. t. 46. O. P. Sup Lus. P. 2. tit 24. d. 2. § 2.* ab ipso debitore impetranda. Carpz. *ad. d. C. 23 def. 23.* Competens autem hic judex dicitur, sub quo immobilia immediate sita sunt. Carpzov. *l. c. d. 20* & qui inferiorem habet jurisdictionem, *Ord. Prov. d. ann. 1555 tit.* Was zu Ober- Nieder- oder Erbgerichten gehörig § und alles. Carpzov. *decis. 64 & ad d. C. def. 21.* Cæterum licet extrajudicialis immobilium oppignoratio regulariter sit inefficax, valida tamen ea æstimatur, quoties venditor in ipsa re vendita, ante traditionem, vel in ipso traditionis actu, extra judicium sibi hypothecam reservat, vi cujus reservationis etiam anterioribus Hypothecariis licet in omnibus etiam futuris debitoris bonis, jus reale consecuti sint, præfertur. *O. P. S. t. 42. § 2. Dec. El. 63.* ibique Philip *Obs. 2.* Moller. *ad P. 1. C. El. 28. n. 73.* Berl. *P. 2. Concl. 64. n. 32. seqq.* Carpz. *dec. 55. n. 1.* Id. *l. 4. Resp. 27. n. 4. sqq.*

‡ Hæc olim chirographariis creditoribus præjudicabat, jure tamen novissimo omni effectu destituitur. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 46. § 1.*

mantur, non abrupte, non concise, nec ambigue; quo loco inde ab initio incidit monere, quod si errore populari, ut in clausulis contractuum non raro fit a nostratibus, scribatur, *sub obligatione, prout juris est, onder verbant, sona regte*, quibus verbis hypothecam bonorum designare volunt: sæpe hæc in contradictorio, *quod meminerim*, non suffectura, quia nec generalem, nec specialem hypothecam significant: nam vocabulum *verbant* significat obligationem, quæ melius ad personam quam ad rem, potest & debet referri, per *l. 9. C. Qui pot. in pign. l. 18. C. de Pignor.* etsi non ignoramus, dici rem pignori obligari, videlicet improprie, *l. 10. & l. 13. h. t.* Atque hoc in ea re aliquanto evidentius est, quam in alia simili clausula judicatum *alias* diximus; Circa id scilicet, quod prorogationem jurisdictionis sæpe nostrates exprimunt his verbis, *met submisse. sona regte*, intelligentes submissionem judicialem: Sed cum nulla in iis verbis judicii mentio sit facta, non possunt effectum habere, licet propius ad rem designatam, quam formula prior ad hypothecam, accedant; Denique, nihil inesse tali formulæ, judicatum est in suprema Curia *die 28. Septemb. 1680.* nam etsi receptissima sit consuetudo subjiciendi contractibus sive eorum instrumentis, clausulam hypothecæ & submissionis, verba tamen ejusmodi esse debent, quæ rem explicite præ se ferant. Non est tamen, quod verba captentur, nec adeo certam formulam esse necessariam, satis constabit *ex tit. de Formul. & impetrationibus sublatis*; modo verba sint clara; tametsi pignoris aut hypothecæ nomen, forte non sit usurpatum; veluti si dictum sit pro clausula contractus, *fide & periculo rerum mearum*, sive *per exactionem rerum mearum*; hæc & similia, stabiliendæ hypothecæ sufficere creduntur, quæ licet pignoris secundum literam non meminerint, aliud tamen quam pignoris aut hypothecæ nexum, civiliter significare non possunt, *l. ult. C. Quæ res pignori.*

6. Præter hasce pignoris generaliter dicti divisiones, habet Hypotheca proprie dicta suam quoque divisionem; nam est generalis, vel specialis; ‡ Illa, quod facile intelligas, omnium bonorum; hæc, quæ de certis rebus constituitur; Sub generali continentur etiam res ipsius debitoris futuræ, *dicta l. ult. C. Quæ res pignori.* Sed res hereditis ejus, quæ nec defuncti fuerunt, nec ex causa hereditati sunt acquisitæ, sub pignore generali non continentur, *l. 29. in princ. h. tit.* quamvis enim alias heres eadem cum defuncto persona intelligatur, eodemque jure in omnibus utatur, quia tamen hypotheca jus est rei, non personæ impositum, idcirco rebus aliis, de quibus cogitarum non est, neutiquam impositum videri potest. Excipiuntur etiam hypothecæ generali rerum, *quas quis habuit habiturusque sit*, talia, quæ verisimile non est, quenquam specialiter obligaturum fuisse; qualia sunt, supellex, vestis, jumenta, quæ debitor in usu habet, libri etiam quotidiani usus, vel omnes, si homo studiosus sit, & si quæ præterea ad affectionem debitoris singularem pertineant, *l. 6. h. t.* Nonnulli tamen hoc ita temperant, *nisi verba valde sint specialia & prægnantis efficaciæ*, qualia fore credo, si quis dicat, omnia se bona obligare, ne quidem exceptis iis, quæ alioquin hypothecæ generali per leges excipiuntur, si persona sit ejus rei conscia; cæterum hæc formula, quæ magis usitata est, *omnia mea bona, nullis exceptis, obligo*, magis est, ut non sufficiat ad abolendam legis exceptionem. Vide Sand. *l. 3. tit. 12. def. 9.* ac ita nihil obstat, quod Thomasius heic objicit.

SCHOLIUM.

Sed Sandius tamen d. l. *ostendit, etiam si verba talia sint, ut ex iis constet, contrahentes nihil excipere voluisse, tamen res necessarii usus exceptas censeri.*

N. ADDIT.

Verum est, nunc nihil obstat, postquam Autor mentem suam aliter declaravit. At positionibus obstabat utique Scholium, ut in quibus saltem dictum erat, res necessarii usus non censeri oppignoratas, nisi verba valde prægnantia & efficacia sint, ut appareat, contrahentes nihil excludere voluisse.

Porro nec tantum res propriæ debitoris hypotheca generali continentur, sed & alienæ, quatenus in bonis ejus sunt, ut agri fructuarii & emphyteutici, *l. 16. § ult. de Pign. act.* Scilicet hoc sensu, ut usufructu & emphyteusi finitis, hypothecam pariter finiri constet, *l. 31. h. tit.* Quin etiam res debitæ, nomina & obligationes, sub omnium bonorum hypotheca comprehendi, placuit in

‡ Hypothecæ generales, sive sint judiciales, sive extrajudiciales, cum in concursibus creditorum, tum contra tertium possessorem vi omni atque effectu carent; jam constitutæ habent sexennium, intra quod vigent. *C. P. S. E. I. & E. Tit. 44. § 1.*

l. 4. Quæ res pignori. cum nota tamen impropriétatis, ut mox intelligemus: Certe de mobilibus ‡ æque ac de immobilibus, generalem hypothecam esse accipiendam, non dubitatur, quia mobilia nusquam excipiuntur, ubique potius includuntur, ut *ex l. 6. h. tit. l. 1. de distract. pign.* & aliunde passim constat; ut mirer, a Mornacio scriptum, Scævolæ Responsum in *l. 34. h.* esse unicum textum, ex quo jure civili probetur, hypothecam posse constitui etiam in mobilibus. Quid, an non ubi est actio hypothecaria, datur hypotheca? Atqui hypothecariam dari de mobilibus, nota doctrina est ex §7. *I. de Action.* Nec mores hodierni hactenus discrepant, quamvis in effectu persecutionis contra tertium, habent differentiam, de qua *max videbimus.* Merces etiam venales, per *l. 34. h. l. 34. § ult. de Usufr.* etsi paulo secus in legatis se res habeat, *l. 75. § pen. de Legat. 3. l. 32. § 4. de Aur. & arg. leg.* de quibus vide Wissenbachium *ad h. t. th. 7.*

7. Effectus hypothecæ generalis & specialis est, ut in hac quidem res certæ & expressæ, per illam res omnes & singulæ afficiantur in eum modum, ut non nisi cum onere pignoris ipsis impresso alienari possint, *l. 2. π. Qui potiores in pignore. l. 6. C. eod. l. unic. C. Rem alienam gerentibus.* Excipiuntur servi, quorum manumissio per hypothecam generalem non impeditur, *l. pen. ff. in quib. caus. pign. tac. l. 3. C. de serv. pign. dat. manum.* secus ac per specialem, *l. 3. de manumiss. l. 1. C. de Serv. pign. dat. manum.* Wissenb. *d. th. 9.* ubi Auctores. Majoris usus est exceptio tabernæ mercium pignori obligatæ; nam mercaturæ causa placuit, non singulas res, sed universam tabernam hypothecæ obligari, ut singulæ merces libere alienentur; pignoris autem jure teneatur, quod identidem in taberna reperitur, idque seu generalis sive specialis sit hypotheca, *l. 34. h. t.* Nihilne igitur quod ad effectum, inter generalem & specialem hypothecam interest? Nihil admodum quoad effectum hypothecæ, multoque minus quam vulgus hominum autumat: sed tamen speciale pignus hoc novi adfert, ac ideo fortius adstringit, quod alienationem rei specialiter obligatæ fieri prohibet, adeo ut is, qui rem talem alienaverit, stelionatus, aut etiam furti actione teneatur, *l. 3. § 1. D. de Stellionatu. l. 66. D. de Furtis.*

SCHOLIUM.

Sed si stellionatus est, non erit furtum, & vice versa. Tunc enim stellionatus est, si aliud crimen non subsit, d. l. 3. § 1. Stellion. *Non mirum autem, hac parte dissentire JCtos; nam* l. 66. de Furtis, *Pauli est,* d. l. 3. *vero Ulpiani, cujus etiam opinio nobis videtur verior.*

RESPONSIO.

Dictum est hac de re ad tit. ff. de his, qui infam. not. n. 3. *& dicetur amplius* ad tit. de Stellion.

N. ADDIT.

At in titulo de his, qui notantur infamia, n. 3. *de alia plane quæstione agitur, quæ hujus loci non est, nempe an stellionatus crimen sit famosum. In titulo vero* de Stellionatu *Autor rationes suppeditat quidem, cur Paulus & Ulpianus dissenserint, antinomiam vero ipsam non tollit.*

DE ACTIONE HYPOTHECARIA.

8. Effectus porro hypothecæ per actionem Hypothecariam exercitus, cum adversus ipsum debitorem, tum contra quemlibet ejus possessorem valet; idque sive pignus sit proprie dictum, sive hypotheca, si nempe pignus amissum in alienas manus venerit. Nam quatenus a creditore detinetur, non tam opus est actione, quam distractione, de qua *titulus infra* proprius occurret. Nomen hujus actionis notum est, quasi-Servianæ, cum Serviana simpliciter dicta sit, quæ domino fundi datur adversus colonum, ut ex *§ 6. Inst. de Action.* pridem constat. Distinguitur Actio quasi-Serviana sive Hypothecaria, in directam & utilem. Directa datur creditori ad persequendas res corporales, tam mobiles quam immobiles, contra quemlibet earum possessorem, ut vel re pignorata cedat, vel debitum petitori solvat, *§ 7. Inst. de Actionibus. l. 17. & tot. tit. D. de Pignor. & Hypothecis.* Enimvero quod dicimus, eam dari contra quemlibet possessorem, sic intelligendum

‡ In mobilibus neque judiciali neque extrajudicialis hypotheca quicquam operatur; pignus de manu in manum traditum, (constituto possessorio & omni traditione ficta penitus explosa) reapse possidens jure reali gaudet, & exillo præ omnibus, qui classe prima non continentur, suum consequitur. Nec in nominibus inhibitio, aut præceptum de non solvendo, nec simplex scripto comprehensa suppositio jus reale operatur; ut hoc fiat, tradendum est documentum loco pignoris, & si nomen hypotheca gaudet judiciali, securitas vel cessio pariter judicialiter est confirmanda; in debitis feudalibus etiam consensu domini in translationem hypothecæ impetrato. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 44. § 2.*

est; si debitor, ejusve heredes, & fidejussores, non sint solvendo. *Nov. 4. c. 2.* sed Debitor ipse personali potissimum actione convenitur ex contractu, aliave causa ad obligandum valida, cui jungitur hypothecaria per modum accessionis: scilicet ut ejus bona cuncta, vel certa, si specialis hypotheca sit, *pro debito*, quod petitur, *obligata & executioni subjecta declarentur*, quemadmodum natura negotii & pignoris, quod est accessio principalis debiti, dictat, & usus quotidie docet. Debitore mortuo, tenentur heredes personali quidem actione primo, consequenter & hypothecaria, verum etsi nec hoc casu hypothecaria desinat esse accessoria, tamen inter ipsam & personalem actionem, quæ principalis est, evidens differentia constat; Nam personalis adversus heredes pro partibus hereditatis dividitur, ut singuli pro rata portiones assis, ex quibus heredes sunt, teneantur, secundum Legem XII. Tabularum, qua de re dictum ad *tit. Famil. erciscund.* Sed actio hypothecaria contra singulos heredes in solidum datur, *l. ult. C. Si unus ex plurib.* ut ordinarium est judicari: Exemplum, si opus, habet Nauta *decis. MS. 32.* historiam referri utique non est opus. Rationem hujus disparitatis hanc reddunt Interpretes, quod actio hypothecaria sit *individua*, modo quidem loquendi a legibus non alieno: dicitur enim indivisa pignoris causa, in *l. Rem. 65. de Eviction.* verum sensu nescio an eo, quem vulgo ei tribuunt. Cur enim actio hypothecaria non æque dividi posset quam personalis, cum se referat ad res corporeas, quæ divisionem melius quam incorporales recipiunt? Quin si tu ponas, duos heredes, qui non singuli, sed pariter, tantum pignoris, quantum sufficit ad solutionem, possident, puto rem certam esse nec aliter fieri posse, quam ut actio hypothecaria dividatur, æque ac personalis, ut quemadmodum singuli pro parte condemnantur ad solvendum, ita singulorum res possessæ & pignori devinctæ, pro parte teneantur. Dicamus igitur quod res est, singulos heredes debitoris hypothecaria teneri, quatenus res pro debito pignori obligatas possident, *dicta l. 2.* Proinde sicut tertius possessor, qui nihil debet, hypothecaria tamen in subsidium tenetur, quatenus rem pignoratam possidet, ita & heredes, qui pro parte tenentur ex debito, tenentur hypothecaria quoadusque possident; nam sic formatur adversus eos conclusio, *aut cedant re pignorata, quam possident, aut solvant totum debitum, d. l. 2. in fine.* prorsus ut adversus extraneos possessores unice potest ac solet agi. Idem de natura hypothecariæ actionis individua tenendum, ratione quorumvis debitorum, qui plures ad eandem rem obligati sunt; nam si uterque possideat res hypothecæ pro debito isto obligatas, singuli hoc modo conveniri possiunt, ut re pignorata, quam possident, creditori cedant, aut totum debitum solvant. Quando igitur quod unus possidet, toti debito solvendo sufficit, idque dimittere non vult, per consequentiam, ad totum debitum in solidum tenetur, veluti cum reditus annuus ex certo fundo debetur, qui fundus a diversis possessoribus pro diviso an indiviso possidetur, creditor potest singulos possessores ita convenire, ut vel suam partem a se possessam petitori cedant, vel pecuniam a se petitam solvant, quomodo idem Nauta judicatum refert, in causa *Maeyke Hans Wybes*, contra *N. N. die 5. April. 1636.* & rursus in causa *Idæ Ibellæ de Tiara*, contra *heredes I. A. B.* Cum enim rea pro dimidia parte possideret fundum, ex quo reditus annuus debebatur, cum pensionibus reliquis duorum & viginti annorum, sola condemnata est, ut vel sua parte fundi cederet, vel omne, quod petebatur, etiam pro alterius partis possessoribus solveret, die *20. Dec. 1678.* Non ideo, quod actio hypothecaria sit *individua*; sed quod in rem directe comparata sit, ad petendam rem pignoratam, ubicunque sit, cum alternativa, solvendi debitum aut pignus amittendi. Quod autem *individua* non foret: inde rursus patet; quia si pars dimidia tanta non esset, ut toti debito sufficeret, actor hypothecariam suam dividere potuisset & divisisset, ita ut singulorum partibus conveniret. Denique, non esse individuam actionem hypothecariam, patet inde, quod hypothecaria, quæ datur legatario adversus heredes, in petendis legatis, semper dividua sit & contra singulos pro partibus hereditariis competat, *L. 1. vers. in omnibus sub fin. C. Commun. de leg. & fideic.* Cujus versiculi hunc esse sensum, non quem Faber *dec. 48. err. 29.* vult, quasi hypothecaria non detur contra tertium possessorem, probat Sandius *l. 3. tit. 12. def. 23.* Sedeat igitur hæc observatio, quod Heredes debitoris sæpe non pro hereditariis partibus, verum in solidum, singuli per hypothecariam conveniuntur, id non esse heredibus singulare, nec quidem esse ab individuitate *Absoluta* actionis hypothecariæ, sed omnibus pignorum possessoribus, ex natura communi actionis in rem convenire, salva hac differentia, quod extranei possessores habent beneficium excussionis ex *Nov. 4. c. 2.* quo heredes carere, satis constat

ſtat ex *d. tit.* Sic cape cauſam indiviſam in *d. l. 65.*

9. Si debitor ejusve heredes non exſtent, aut ſolvendo non ſint, priusquam tertius poſſeſſor excutiatur, fidejuſſores conveniendi ſunt, qui ſcilicet ut principales debitores ſunt obligati, & actionem principalem participant, quam proinde hypothecariam adverſus tertium poſſeſſorem, præcedere debere, juris ratio dictat, & *Nov. 4. cap. 2.* qua derogatum videtur *l. 14. C. de Pignor.* ubi creditoribus, quando debitor pignora diſtraxit, neque ex pretio Creditori ſolvit, optio tribuitur, utrum obligatos actione perſonali, an pignora poſſidentes in rem actione convenire velint, *per Conſtitutionem d. Nov. 4.* Perſonalis actio primum penitus exhaurienda & excutienda eſt, antequam ad poſſeſſores non obligatos perveniatur. Sed in hoc articulo multi notabilem differentiam ſtatuunt, inter generalem & ſpecialem hypothecam, quaſi creditor, cui ſpeciali hypotheca cautum eſt, quemlibet poſſeſſorem immediate convenire poſſit, id eſt, non excuſſo debitore principali, nedum fidejuſſore prius conveniendo, quod probant, ex *N. 112. c. 1. verſ. ab hoc autem.* cujus hæc eſt ſententia; ſi debitor ſpecialem hypothecam vendiderit, nec ex pretio creditori ſatisfecerit, huic licentiam dari, rem ſibi obligatam vindicare. Sed alii, ut noviſſime Struvius *Exerc. 26. th. 38.* volunt, inſcriptionem & argumentum hujus *Nov.* totum eſſe de rebus *litigioſis*, h. e. quæ lite conteſtata ſunt venditæ, quarum venditionem cum prohibitam eſſe conſtet, ex *tit. D. & C. de Litigioſ.* ab illis ad res alias non liceat argumentari; nedum ut ultra novæ legis argumentum, rem æquitatis plenam, ne tertius poſſeſſor ignorans, ob alienum debitum re poſſeſſa ſpolietur, abolitam ſtatuamus. Carpz. *P. 2. Conſt. 18. def. 18. & lib. 2. Reſp. 72.* Ceſſare tamen ex *d. N. 112.* in ſpeciali hypotheca, ſi vendita ſit tertio, beneficium ordinis, ſtatuunt Theſaur. *deciſ. 51.* Berlich. *P. 2. concl. 24. n. 67. & 68.* Brunnem. ad *l. 24. C. de Pignor.* Gothofred. ad *d. Nov. 112. cap. 1.* Nec alia Cæſaris ipſius revera mens eſſe videtur, quia licet inſcriptio *Capitis* ſit de litigioſis, & de illis agatur *in pr.* hanc tamen Sanctionem de ſpecialibus hypothecis diſerte inde ſeparat, *d. verſ. hoc autem.* Sententiæ tribunalium variant, quas recenſet ex Struvio, Hahnio & Carpzovio, Thomaſius *ad Strauch. diſſ. 22. th. 3.* Sed inter *Deciſ. MS.* Supremæ Friſiorum Curiæ, refertur a *D. Nauta* exemplum rei judicatæ, qua poſſeſſor hypothecæ ſpecialis, non adjutus ſit beneficio excuſſionis, in cauſa *Mr. Gregorii Andreæ, contra Dr. Martinum Gravium*, die *15. Jul. 1643.* quæ adeo ſit verior ſententia.

10. Hypothecam æque res mobiles afficere quam immobiles, *ſuperius* dictum eſt; conſequenter actionem hypothecariam de rebus mobilibus dari conſentaneum eſt, *§ 7. de Inſt. de Action.* quod nec hodie dubium habet, ſi adverſus debitorem vel ejus heredem agatur: etſi Mornacius ad *l. 34. h. t.* id in Gallia dubium fuiſſe referat usque ad *1. Jul. 1605.* quo id a Senatu Pariſienſi ſit definitum, hypothecarios in mobilibus etiam præferri chirographariis. Sed quando res mobilis a tertio poſſidetur, hodiernis fere gentium moribus obtinuit, eam per hypothecariam actionem non poſſe avocari, quo pertinet regula frequens fori Gallici & aliorum; *Les meubles n'ont point de ſuite*, id eſt, *mobilia non habent ſequelam*, idque propter ingens incommodum, quod ex ejusmodi perſecutionibus in mercaturam inveheretur, qua de re vid. inter alios Mornac. *ad l. 34.* Grot. *l. 2. Introd. c. 48. num. 34.* Fabr. ad *tit. C. de SCto Trebell. num. 89.* Ne apud nos quidem frequens hujus actionis hypothecariæ uſus apparet, nec ita vulgo opinantur, eum, qui rem mobilem pignori obligatam juſtove titulo acquiſitam tenet, a priori creditore cogi poſſe ad cedendum; Verum tamen apud nos tam valida eſt hæc regula, *Jus civile ſervari, quatenus non eſt mutatum*, ut in contradictorio creditori hypothecaria rei mobilis perſecutio, negari non poſſe videatur. Obligationes jure mobilium cenſeri, notum, & *alias* dictum eſt; ſed actionem hypothecariam contra tertium poſſeſſorem obligationis eſſe dandam, Curiæ noſtræ *mea memoria* placuit in hac ſpecie facti, quam ut uſus rei intelligatur, adjiciam. Titius vir nobilis ordinis militaris Ductor, tempore ſecundi belli Anglicani dederat Provinciæ mutuo, duo millia florenorum: hanc obligationem ceſſerat Secundo, Secundus eam ceſſerat Tertio. Titio deinde mortuo nec ſolvendo reperto, Quartus, creditor ejus, princeps eorum, qui poſtpoſiti nihil acceperant, Supremæ Curiæ Senator D. Gerardus AD JUS, egit hypothecaria adverſus Tertium poſſeſſorem obligationis 2000. florenorum, ut eam ſibi tanquam priori hypothecario creditori, traderet, aut ſuum debitum ſolveret. Cum alter ſe opponeret, ratione prædicta, Curiæ ſententia prima repulſus eſt actor, ſed per Reviſionem ſententia reformata, Quartus ſuum jus hypothecæ obtinuit;

Quod

Quod non obtinuisset, si Curia de pignore mobilium rerum, quibus Obligationes accensentur, adversus tertium agi non posse, credidisset. Quin etiam in equum pignori obligatum, datas esse vindicias secundum hypothecam adversus tertium possessorem, memini de An. 1679. Idem apud Saxones obtinere, tradit Thomasius ad *posit. 17. h. t.* De limitationibus tamen hujus sententiæ pragmaticis, & quatenus in usum civilem atque promiscuum recipi possit, non habeo dicere; nam populi utilitas, & mercaturæ libertas, facile exceptionis aliquid mereri possent; maxime cum apud vicinos, quorum acta, commercii ratione nostris plurimum implicita sunt, contrarium, ut *diximus*, observetur. Hoc in illis ipsis locis, qui mobilibus sequelam hypothecæ negant, receptum placet; utique dari hypothecariam contra Tertium, si manus illis antea injecta sit, hoc est *Arresto*, ut loquimur, præclusæ fuerint, per *d. l. 34.* & Mornacius ad *eand. L.*

11. Modus, quo res hypothecariæ actioni sunt obnoxiæ, est constitutio Juris in re, ut loquimur, quod afficit rem ubicunque sit & apud quemlibet possessorem, etsi mille per manus ambulet, secundum proprietatem omnium in rem actionum, *l. 17. h. t. d. l. unic. C. rem alien. gerent.* nec interest, quod ad hanc vim adficiendi rem, ubicunque reperiatur; utrum generalis, an specialis hypotheca sit; nam & prior illam vim singulas afficiendi res, æque ac specialis hypotheca obtinet, *l. 2. D. Qui pot. in pignor. l. 6. C. eod.* Sed ratione corporalium & incorporalium rerum, est notabilis differentia; quod proprie res corporales subjectam pignoris ac hypothecæ materiam constituant, Res incorporales, quia tradi, custodiri, supponi non possunt, pignoris usum per se non recipiunt, veluti de servitutibus proditum est in *l. 11. § ult. h. t.* Quanquam utilitatis causa receptum est, ut quatenus creditoris securitati per incorporalis rei cessionem consuli potest, indirecte ac utilitatis causa, *quasi*-pignus aut hypothecam contrahi intelligamus, & conventiones ejusmodi *tuemur*, *l. 18. in pr. de Pignor. act. d. l. 11. § 2. & l. 12. h. t.* Quapropter & obligationes sive nomina, pignoris usum admiserunt, ut quibus aut pignori tradita, vel hypothecæ devincta sunt nomina, non modo exceptionem, *d. l. 11. § 2.* sed & actionem utilem consequantur, *l. 4. C. Quæ res pignor.* junct. *l. 13. § 2. h. t. l. 18. in princ. de Pignorat. action. l. 7. C. de hered. vel actione vend.* Quibus locis actiones *utiles pignoris*, super *nominibus* memorantur. Non desunt, qui pro utilibus hypothecariis, utiles in personam intelligi volunt, quos sequitur D. Wissenbachius *ad h. tit. th. 8.* At si tu cumules expressiones modo relatas, nemo dubitare potest, quin utilis actio simpliciter dicta, in materia pignoris sit Hypothecaria, quæ est utilis Serviana; maxime quando adjicitur, *jure pignoris*, ut est in *d. l. 18.* non potest non intelligi utilis hypothecaria, ut post Cujacium probat Sandius *lib. 3. tit. 12. def. 24.* Quanquam nec de *utili in personam* non valde refragaremur, quo minus sicut ex actione donata, vendita, in solutum data, competit utiliter eadem in personam actio, quæ data fuit donanti atque vendenti *l. 5. & l. 8. C. de Hered. vend. l. 16. pr. de Pactis.* ferme eodem modo, qui pignori accepit jus personalis actionis, eam utiliter exsequi & instituere posset; siquidem eum in finem pignorata res intelligitur, ut pecunia suo tempore peti, & in solutum accipi queat, ac ita forte conjungi poterunt, quæ discrepantibus hac de re Scriptoribus, traduntur apud Sandium *d. def. 24.* & Wissenbachium *d. th. 8.* Ipse quidem Sandius negat, utilem in personam dari posse; quo autem argumento? *Utilis*, inquit, *personalis nemini competere potest, nisi cessa, vel mandata fuerit.* Hoc quid est, si non temere Φυγὴν ἐχέτω ὀδόντων; Nam ut prolixe ad *Tit. Mandati* probavimus, directa datur ex Mandato, utilis deficiente mandato, *l. 3. C. de Here. l. vel act. vend.* Imo quæ ex vendita actione utilis actio datur, eadem ex pignorata competit, *l. 7. eod. tit.* At jus ex vendita actione sine dubio nascitur utilis in personam, *d. l. 5.* Ergo etiam ex actione pignorata. Nobis igitur, cur utrique non possit esse locus actioni, nihil admodum obstare videtur.

12. Apud eundem in *defin. sequenti* traditum videmus, in hac utili nominis actione pignorata, non habere locum beneficium ordinis sive excussionis, *sine ulla quidem Lege*, ex sententia Bartoli & aliorum, etsi forte verius sit, quod Cujacius aliique statuunt; hac in parte nihil esse, cur aliud in pignore nominis, quam in aliis rebus sit statuendum, inprimis post *Nov. 4.* quæ hoc beneficium ad omnes hypothecas extendit: Excipit Sandius, in *d. Nov.* beneficium hoc dari tertio possessori: *Atqui debitor debitoris est quidem tertius, at non tertius possessor*, ait. Imo profecto etiam est Possessor; non possidet corpus rei debitæ, fateor, sed possessio talis intelligenda, qualis est hypotheca. Quicquid sit, usu tamen forensi valuit

nega-

negativa, non dari hoc casu beneficium ordinis sive excussionis debitori debitoris, ut Sandius docet. Quod ut recte judicetur, sciendum est, hanc oppignorati nominis actionem bifariam institui posse; primo adversus debitorem, ut is solvat pecuniam, vel rem debitam, Creditori Creditoris, cui nomen pignori datum est: eaque ratio expediti usus est, quando creditor primus tradidit alteri instrumentum nominis obligati; tunc enim nihil causæ est, cur debitor opponat ordinis beneficium; quia tradito instrumento, apocha creditoris jus agendi habentis munito, sine periculo solvere potuit, nec multum interest ipsius, si plene liberetur, utrum ipsi creditori primo, an secundo solvat: quæ ratio sine dubio fecit, ut Doctores omnino beneficium ordinis hoc casu negaverint. Alter usus hypothecariæ actionis in *Nomen* est, quando debitor instrumentum obligationis ex pignoris causa, non tradidit creditori, sed hypothecæ duntaxat obligavit, idque venit in manus tertii, sicut evenerat in exemplo *supra* expositio; Debitor omnia sua bona generaliter hypothecæ obligaverat, inter quæ tunc etiam erat obligatio illa principalis, quam ipse deinceps in alios transtulerat; Creditor ejus, utili hypothecaria conveniebat possessorem instrumenti obligationis præsentem: Atque hujus certe intererat, ordinis beneficio an uti posset vel secus. Nec dubium, quin potuerit uti, si non pridem is, qui hypothecam constituerat, excussus & non solvendo repertus fuisset. Sic in priori exemplo; Primus Creditor ad Possessorem obligationis *ait*; Obligatio, quam tu jure certo possides, erat in bonis mei debitoris, antequam tibi cederetur: Ideoque mihi jus hypothecæ inde ab eo tempore in illam competebat; Redde igitur mihi obligationem pignoratam, vel solve quod mihi debetur. Excipit possessor, Excute primo debitorem principalem; Prodest ei exceptio. Pone aliter. Creditor, cui obligatio pignori tradita est, ad debitorem; Tu debes mille Cajo per obligationem, quam ecce mihi traditam pignori pro aliis mille, quos Cajus mihi debet. Cajus mihi jam condemnatus, & hæc obligatio declarata est executioni subjecta; solve igitur mihi, quo facto liberatus eris: Non habet debitor causam de beneficio ordinis excipiendi. Sed est alia dubitandi ratio in casu, quo Creditor primus non habet instrumentum, sed hoc penes tertium est, ut in isto facto; utrum tunc ipse debitor, qui rem vel pecuniam obligatione comprehensam tenet, sit convenien-

dus, an possessor instrumenti; visumque tunc ivit in peristyliis fori, utrumque esse vocandum, & instrumenti & rei debitæ possessorem; quia sine traditione instrumenti, debitor ad solvendum difficulter urgeri posset. Sit igitur hæc Conclusio, Debitorem a Creditore sui creditoris utili hypothecaria conventum, non habere beneficium ordinis; Sed possessorem obligationis a creditore cedentis, utili actione conventum, recte ac utiliter ordinis sive excussionis opponere beneficium.

13. Est & alius utilis hypothecariæ usus admodum frequens, in nummos ex re a debitore vendita redactos & adhuc exstantes, *l. 18. de Pign. act.* Sand. *3. 12. 18.* idque tam adversus primum Creditorem, in pecuniam acceptam ipsius nomen excedentem, *l. ult. §5. ff. Qui pot. in pign.* quam contra emptorem, qui debet pretium; idque duplici ratione, prima, quia quod ex corpore pignorato redactum, id pignoris loco est, *d. l. 18. fin. pr.* Altera convenit hypothecæ generali, quod actio debitori ad pretium petendum acquisita, sub illa in commodum Creditoris contineatur, *l. 4. C. Quæ res pign.* quam rationem solam agnoscit Sandius *d. tit. 12. def. ult.* Quod si consumpti sint nummi, nihil est quod repetatur, etsi a posterioribus creditoribus accepti consumptique fuerint, ut sæpe suo damno vidimus expertos creditores, qui a posterioribus repetebant pecunias a ipsis pridem acceptas, nec exitantes; secundum quod πραγματικῶς docet *Lex 1. de Distract. pign.* nisi (quod frequenter accidit) hi, qui pecunias accepere, caverint, se restituturos quod acceperint nummorum, si postea constiterit, eos jure potiori ad alios pertinuisse, quemadmodum probat Sand. *l. 3. tit. 12. def. 27. in fin.* Quod etiam intelligemus, si creditores anteriores contra venditionem protestati fuerint, ut *ibidem* Sandius *in pr.* Adde, quod fiscus agere potest etiam de consumpta pecunia *l. 18. § ult. D. de Jure Fisci.* Idem creditoribus hypothecariis licet in casu, quo heres inventarium fecit, & præpostere solvit, adversus eos, qui ordine non suo pecunias acceperunt, *l. ult. § 6. D. de Jure deliber.*

DE PACTIS PIGNORUM.

14. Absolvimus partem hujus Rubricæ primam, quæ est de *pignoribus & hypothecis, & qualiter ea contrahantur*; sequitur pars altera, de Pactis pignorum, quæ pacta distingui possunt in licita & illicita. Licitorum pactorum species sunt Antichreticum, de pignore vendendo, vel non alienando, & pactum Constituti, cum similibus.

Illiciti pacti ſpecimen, eſt lex Commiſſoria, quæ prohibetur in *l. ult. C. de pact. pign.* item, ne liceat intra certum tempus lucre pignus, *ut mox clarius.* Antichreſios pactum latine dicendum foret Reciproci *uſus*, & eſt Pactum, *quo convenit, ut creditor re pignorata loco uſurarum fruatur*, ſecundum cujusque rei naturam: unde ſi prædium ſit, (nam & res immobiles pignori aliquando traduntur,) poteſt hoc creditor antichreſticus vel ipſe colere, vel locare, penſionesque aut fructus ſibi retinere, *l. 11. § 1. h. t.* Diſtinguitur antichreſis communiter in expreſſam & tacitam; Expreſſa, quando aperte dictum eſt, ut creditor fructum ita, quemadmodum intelleximus, percipiat. Tacita vocatur, quando nihil quidem de fructibus percipiendis eſt dictum, * ſed debitor pecuniam ſine uſuris ſub pignore tradito accepit, & retinet; tunc enim tacite inter partes convenisſe videtur, ut creditori re pignorata loco uſurarum uti frui liceat, *l. 8. Quibus ex cauſis pign. tac. contrab.* ex qua hæc ſpecies tacitæ antichreſeos probari ſolet, auctore Cujacio *l. 8. obſ. c. 17.* Verba textus; *Cum* debitor *gratuita pecunia utitur, poteſt creditor de fructibus rei ſibi pignoratæ ad modum legitimum uſuras retinere.* Pecuniam vocat *gratuitam*, cujus uſuræ in ſtipulatum deductæ non ſunt; quia tamen pignus rei fructiferæ datum eſt, tacite id actum videtur, ut fructus uſuræ loco cedant, maxime quia vix unquam ab uſu alienæ pecuniæ uſuras abeſſe conſtat. Neque tamen deſunt, qui aliter *d. l. 8.* interpretantur, emendando, vel antichreſin a mora demum inchoando, qua de re Gothofred. ad *d. l. 8.* Ab hac etiam diſtinctione tacitæ & expreſſæ antichreſeos, Quæſtio pendet, utrum perceptio fructuum valeat in infinitum, an ad quantitatem uſuris præſcriptam reſtringatur? Nam in expreſſa antichreſi non poteſt creditor prohiberi, pleno pactionis emolumento frui; nec ad rationes fructuum aut pretii inde redacti reddendas tenetur, cum propter incertum fructuum proventum nihil fraudis hic legibus factum præſumi poſſit, *l. 14. & 17. C. de Uſuris.* Ex adverſo in antichreſi tacita, cum non ſit datum jus percipiendi fructus, hos creditor, ut ſibi debitos, percipere non poteſt, ſed ex traditione rei fructibus edendis aptæ videtur, uti dictum, inter partes conveniſſe, ut e fructibus uſura perciperetur, quæ ſic uſurarum modum lege definitum egredi non poteſt, *d. l. §.* Quin & expreſſa antichreſis hac parte recipit exceptionem, ut ſi palam & liquido conſtet, creditorem plus e re pignorata percipere, quam modus uſurarum ferat, fraus legi facienda non permittatur; Velut, ſi per locationem creditor e fundo pignorato longe plus annuæ mercedis, quam uſura ſortis creditæ permitteret, ſibi pactus ſit & revera percipiat, *d. l. 14.* verb. *non etiam locando.* Cæterum hoc pactum antichreſios etſi valde ad ſecuritatem commodaque creditorum pertineat, nec eſt apud nos hodie, nec apud Romanos fuiſſe videtur in uſu frequenti; cujus rei argumentum eſt, quod nec latina nec vernacula vox hujusmodi pactum ſignificans exſtat; niſi quod Grotius id appellat *Wedertogt, l. 3. Introd. c. 8. n. 14.* nos proprie magis opinor, in *Jurisprudentia hodierna* ex uſu ipſo vocavimus *Pandgenot, parte I. l. 2. c. 48. n. 7.* Ratio infrequentis uſus videtur eſſe, quod pignora ex uſu hominum negotiique natura, tantum in ſecuritatem creditorum conſtituantur, nec ullum iis lucrum aut fructum ex rebus pignoratis ſine furti vitio capere liceat, § *6. Inſt. de Oblig. ex delict. l. 54. & 76. De furt. l. 7. C. eod.* Secundo, quia debitores agre admodum poſſeſſionem rerum ſuarum fructiferarum amittunt, præſertim immobilium, in quibus antichreſis maxime exercetur; cum, quia manifeſtari nolunt ſuum æs alienum, tum quia facile ex amiſſa poſſeſſione jactura rei totius conſequitur. His accedit tertio, quod prætextu fructuum plus lucri quam per uſuram liceat, hac ratione percipi poſſit. Ex quibus colligitur, plerumque acerbum hoc eſſe pacti genus, nec ideo popularis uſus haberi. Unde ab agricolis eam ſtipulari, vetat Juſtinianus in *Nov. 32.* Jure Canonico plane prohiberur, *c. 1. & 2. de uſur.* Argumentum, quod valde recedat a pignoris ingenio, præbet hoc; quod ſi creditor amiſerit poſſeſſionem, in factum, non hypothecaria dicitur experiri, *l. 11. § 1. h. t.* ejusmodi in factum *hypothecaria*, ut videtur, qualis eſt Aquilia in factum, *§ ult. I. d. L. Aquil.* non quod diverſi generis actio ſit, verum quia fructuum perceptio nimis procul a natura pignoris

* Hoc pactum antichreſeos tacitum, ad modum legitimarum uſurarum, approbat & confirmat das Torgauiſche Satzbuch cit. *de anno 1583. rubr.* Von Wucher, Verſchreibung und Contracten. § Als haben wir ſolcher verb. da einem ein Gut pfandes weiſe eingeräumet werden wäre, von der Abnutzung deſſelben funf auf hundert rechnen. *Corp. Jur. Sax. p. 477. conf.* Carpz. *P. 2. C. Lt. 30. def. 40. n. 2.*

ordi-

ordinaria recedit, ut in illa ſpecie damni, quæ parit in factum actionem Aquiliam, *d. § ult.*

15. Pactum de pignore vendendo, reſpicit vel Tertium, vel ipſum Creditorem. Quod ad tertium ſpectat, quo effectu pactum illud de vendendo pignore adjiciatur, dicere cœpimus *ad tit. I. Quib. alien. lic. vel non*, & dicetur amplius *ad tit. de diſtract. pign.* brevi ſecuturum. Conventio de pignore vendendo creditori, ſi intra certum tempus debitor non ſolvat, valet, *l. 1. C. de Pact. pign.* pretio *tum* videlicet conſtituendo, *l. 16. § ult. v. l. 34. de pignor. act.* non eo pretio, *quod ab initio conſtitutum fuerit, arg. d. l. ult. l. 16. § ult. & l. 34. de pignor. act.*

SCHOLIUM.

Sed arg. ex d. l. ult. *non penetro, &* in l. 34. de Pign. act. *probatur quidem venditio, quæ fit, quando creditor pignus erat diſtracturus, ſed non* demum *ea venditio, ut vult Autor. Ergo caſus ibi propoſitus non excludit alios, & facio igitur cum Struvio diſſentiente* d. l. th. 35.

RESPONSIO.

Argumentum ex l. ult. *adeo ſubtile non eſt, ut penetrari nequeat. Lex Commiſſaria in* d. l. ult. *prohibetur ob aſperitatem ſuam, qua creditor debitorem inopia anhelantem cogit recipere legem amittendi pignoris, cum nihil ei negare auſit, dum eſt in pecuniæ quærendæ momento. Non multum intereſt, paciſcatur, ut pro ſumma credita pignus amittatur, an pro ſumma, in quam eo momento conſentiat debitor. Hic enim eadem facilitate, qua contentus eſt, pro pecunia credita rem amittere, conſenſurus eſt, ut amittat eam pro ſumma ſpecialiter exprimenda. In* l. 34. *non habetur quidem particula* demum, *ſed evidentia diſcriminis inter æſtimationem, quæ fit tempore debiti primum contracti, & quæ poſtea fit, illam ἐμφασιν poſtulat. Etiam* d. l. 16. § ult. *ſatis eam inculcat, ubi,* Ut ſi intra certum tempus non ſit ſoluta pecunia, jure emptoris poſſideat rem juſto pretio TUNC æſtimandam. *Illud* Tunc *facile τῷ* demum *æquipollet.*

N. ADDIT.

Conſentio jam Autori, & adeo Scholium hoc expungi poteſt. Potiſſimum propter d. l. 16. § ult. *quæ argumenta ex reliquis textibus corroborat.*

Aliud eſt pactum de pignore non vendendo, nec alienando; quod vel pignori in ſpecie dicto, vel hypothecæ adjicitur. Quando pignori traditione perfecto adjicitur, efficit, ne creditori liceat aliter rem pignoratam alienare, quam poſt trinam denunciationem; ſi prius alienet, furtum committit, *l. 4. de pign. act.* ſed de hoc *ad tit. de diſtract. pign.* Pactum hypothecæ adjectum, ne res obligata alienetur, a creditore proficiſcitur, & primo quidem id efficit, ut ſi debitor contra fidem pacti rem obligatam alienet, in id quod intereſt teneatur, ſicut omne pactum de non alienando, *l. 3. C. de Condict. ob cauſ. dat.* Inſuper hoc pactum de non alienando pignore, valet ad ipſam dominii translationem impediendam, *l. 7. § 2. de Diſtract. pign.* ubi Martianus, *Certum eſt,* ait, *nullam eſſe venditionem, ut pactioni ſtetur.* Quod adeo priori juris rationi advertum videtur, ut quidam hunc textum emendent, *nullam eſſe pactionem, ut venditione ſtetur:* Sed pactionem valere non eſt dubium, *d. l. 3, l. 48. de Pact.* De effectu ſaltem quæritur, actionem duntaxat in perſonam pariat, an ipſam rem afficiat, ut dominii tranſitus impediatur: quod reſpectu pignoris adfirmatur in *d. l. 7. § 2.* Nec aliis ratio differentiæ tam difficilis videtur, quam Bachovio *3. de Pignor. c. 1. n. 4.* non ſane Thomaſio;

SCHOLIUM.

Reddit exceptionis rationem Wiſſenb. h. t. th. 25. *quod creditor jus reale habeat in re alterius; Quæ ratio, cur non ſit amplectenda, cauſam non video. Et itaque, ſi vendam rem tibi ſub conditione, ne eam alienes, & aliquod jus in ea re retineam, vel conditio reſolutiva ſit, idem erit dicendum. Vide Brunnemann.* ad d. l. 3. C. de Cond. ob cauſ. dat.

16. De pacto *Conſtituti*, diximus ad *tit. de contrahenda emptione*, nec habemus quod heic loci repetamus, præter uſum ejus in hypothecis. Quando debitor re ſua carere non vult, & creditor obligatione pignoris non contentus, poſſeſſionem ejus appetit, hoc pacto mediam quaſi viam inire poſſunt, ut creditor rem poſſideat, & debitor eam retineat; ſi hic ſcilicet conſtituat, ſe rem nomine creditoris poſſidere, *l. 18. de Acquir. poſſeſſ.* ad quem titulum hujus rei locus eſt proprius. Liquet inde, quod aliquo modo ad naturam pacti antichreſtici accedat: quatenus per utrumque, jus poſſeſſionis tranſfertur in creditorem, ita ut debitor tanquam miniſter creditoris, eſſe magis in poſſeſſione, quam poſſidere intelligatur; ut quidem creditor remedia conſequatur poſſeſſionis adipiſcendæ, retinendæ, recuperandæ, ſed cum fructibus nihil commune habeat, nec inquam omnino rem detineat. Num quis uſus ejus rei ſit in concurſu creditorum, paulo *inferius* dicendi veniat occaſio.

17. Lex Commissoria, quam in pignore diximus esse prohibitam ex *l. ult. C. de Pact. pignor.* nihil est aliud, quam *Pactum, quo creditor pacisciter, ut si debitor intra certum tempus non solvat, pignus sit creditoris proprium:* quod merito prohibuit *ibi* Constantinus, * quia debitores in angustiis rerum suarum constituti, ac plus de bonis suis quam in iis est sperantes, facile ad ejusmodi pactiones ab avaris creditoribus abripiuntur, ut ita bonis suis avitis & patriis evolvantur. Proinde res per hoc pactum amissas recuperandi jus habent, rei vindicatione opinor, *d. l. ult. in fin.* Eadem ratio circumveniendi homines quærendæ pecuniæ anxios, improbare videtur pactum antichresi adjectum, *ne pignus creditori traditum*, ut fructus usurarum loco percipiat, *intra certum annorum spatium luatur*, ut probat & judicatum refert Sandius *lib. 3. tit. 12. def. 11.* Nonne & idem in quovis pignore locum habebit? Ita videtur. Nam soluto debito, pignus omnino reddendum est, *l. ult. C. de Luit. Pign.* Debitum autem in certum tempus contractum, etiam ante tempus solvi posse, constat ex *l. 70. de Solution.* ut probavimus *ad tit. I. de verb. obl. pag. 293.*

18. Postremo ad actionem hypothecariam pertinet, quod tam in directa, quam in utili actione hypothecaria, non modo res ipsæ pignoratæ, sed etiam fructus & accessiones veniant in condemnationem, *l. 3. C. In quib. caus. pign. tac.* etiam quod per alluvionem fundo oppignorato accessit, *l. 18. & seq. de pignor. act.* nempe, fructus si post litem contestatam sint percepti, aut si existent etiammum; Excepto, nisi ex re ipsa creditoribus satisfieri possit; nec enim plus quam ipsis debeatur, esse præstandum, res ipsa loquitur, *l. 16. § 4. h. t.* Nisi quandoque possessor dolo vel contumacia sua, causam jurijurando in litem præbeat, quo casu pro affectione jurantis fieri potest, ut in plus, quam debet, condemnetur, *d. l. 16. § 3.* Extra hanc causam, possessorem aut solvendo debitum aut pignoris æstimationem dando liberari manifestum est, *d. l. 16. § 6.* Sande *l. 3. tit. 15. def. fin. 6. in fine.*

TIT. II.

Quibus ex causis Pignus tacite contrahitur. ‡

I. Divisio hypothecæ Legalis in Expressam & Tacitam; & Differentia generalis tacitæ, a generali expressa. II. Hypotheca, quæ datur conjugi in bona conjugis alterius, quotuplex, &

* Idem improbatum fuit Jure Sax. El. *d.* Torgauisch. Ausschreiben. *d rubr.* § Item daß einer ein geringe Geld auf ein Pfand, so weit mehr werth ist, ausleihet, und darneben dies ausdinget, wenn es innerhalb gewisser Zeit nicht gelöset wird, da es alsdenn verstanden seyn soll. *Corp. Jur. Sax. p. 474.*

‡ In Saxonia nostra pignus tacite non amplius contrahitur. Magistratus pupillis, minoribus, furiosis & similibus personis, in bonis tutoris vel curatoris, item liberis in bonis patris administratoris, judicialem hypothecam in immobilibus ejus bonis secundum redituum annuorum proportionem constituit, aut si tutores possessionibus destituantur, ad satisdationem idoneam eos compellit; pupilli bonis per novas acquisitiones auctis, quod rationes pupillares quotannis dispungentem latere nequit securitatem etiam augeri curabit. *O. P. S. I. & E. Tit. 45. § 1.* Ita & piarum causarum & fisci administratores vel hypotheca expressa, vel sufficiente cautione constringendi sunt. *d. Tit. § 2.* Cæterum nec fisco in bonis eorum, qui cum eo contraxerunt, nec pupillis in bonis sua pecunia emtis, nec piæ causæ in bonis debitorum ullum jus reale supersit, nisi expresse constitutum. *d. Tit. § 3.* Fœminis etiam cum quoad dotem, tum quoad paraphernalia, expressa speciali hypotheca judiciali opus est; quod vero ad legatarios, fideicommissarios particulares & donatarios mortis causa attinet; si testamentum, quo sunt honorati, judiciale est, post ejus publicationem a judice ex officio hypotheca expressa est constituenda; sin illud est extrajudiciale, heredes sub dupli pœna & jactura beneficii divisionis, intra tres menses a tempore aditæ hereditatis, in judicio, quid testator post mortem suam fieri voluerit, indicent, & præstanda præstent. Locatoribus denique jus retentionis in fructibus natis vel rebus illatis, factum testam supersit. *d. Tit. § 4.* Quibus hactenus tacita hypotheca prospectum fuit, intra sexennium eam in expressam commutari curent, ex eo temporis momento, quo olim jus reale consecuti sunt, valituram, vel alia idonea cautione securos se faciant; illud petentibus non negabit judex, quod ad pupillos attinet, & qui pari jure utuntur, ecclesias etiam, scholas, pias causas, & fiscum, idem ex officio faciet. *d. Tit. § 5.*

quæ-

quando incipiat. III. Hypotheca liberorum in bonis parentum. IV. Pupillorum & Minorum in bonis Tutorum & Curatorum. V. Extensio ad Respubl. &c. VI. Hypotheca Fisci. VII. Legatariorum. VIII. Hypothecæ tacitæ speciales; prima crediti ad refectionem Insulæ. IX. Locatoris in prædiis urbanis atque rusticis. X. Ampliatio ejus ex jure Frisico. XI. Hypotheca redempti ab hoste. Reditus annuus ex prædio an tacitam hypothecam habeat. XII. An Arrestum jus hypothecæ producat. XIII. De hypotheca superficiarii rustici in agros domui subjectos.

QUid, & quotuplex sit Hypotheca, & quæ actio inde nascatur, vidimus. Divisio prima fuit Hypothecæ in publicam & privatam. Publica subdividitur, quod vel a Lege vel a magistratu constituatur. Legalis hypothecæ species in hunc titulum contulit Digestor. Species admodum variæ sunt, & recensentur ab interpretibus, ut videre licet apud D. Schotanum *in Exam. ad hunc tit.* qui sedecim species enumerat, quas memoria retinere lubricum est; ideo nos partitionis subsidio pauciora genera constituemus. Nam legalis hypotheca commode dividi potest in generalem & specialem. Generalis, ut vox indicat, omnia bona complectitur, ferme ut de generali hypotheca pacto constituta *præcedenti titulo* diximus. Una tamen notabilis est differentia; quod hypotheca conventionalis non comprehendit res necessarii usus, & quicquid debitor non creditur specialiter obligaturus fuisse, *l. 6. de Pign.* Sed ad legalem omnium bonorum hypothecam, exceptio illa spectare non videtur, quia generalis locutio complectitur omnes species, quatenus nihil exceptum reperitur: atqui per conventionem potest introduci exceptio tacite vel expresse; per legem sane quidem expresse aliquid excipi potest, forte etiam tacite ex natura rerum; sed non ex præsumpta voluntate contrahentium, quam in lege non posse habere locum, manifestum est; At vero præsumpta partium voluntas efficit exceptionem, *d. l. 6.* quæ cum in legali hypotheca cesset, nihil est certius, quam illam cuncta debitoris bona, nullis, ne quidem usus necessarii rebus exceptis, afficere; quod olim Curiæ nostræ Supremæ sic placuit in hypotheca, quæ datur liberis in bona parentum suorum, uti judicatum refert D. Sackma *in causa Tryn Hanne dochter*, contra *Sibrant Pieters, ante feriar natalitias 1617.* Nostra iterum memoria respectu hypothecæ, quam pupillus habet in bonis sui Curatoris, in causa *Hidde Wybes appellant.* contra *Pieter Jansen tot Delfzyl, ante ferias caniculares 1681.*

2. Species generalis hypothecæ legalis, ad quinque reduci possunt. *Prima* datur conjugi in bonis alterius conjugis, atque hujus iterum tres sunt species; prima datur uxori in bonis mariti ad dotem restituendam, *l. un. §. 1. C. de Rei uxor. actione. §. 29. Inst. de Act.* Secunda datur eidem uxori, pro conservandis bonis paraphernalibus, *l. ult. C. de Pact. sup. dot.* saltem inde a Doctoribus elicitur; etsi verba Justiniani tantum de eo casu loquantur, quo maritus ex cautionibus paraphernis sibi traditis, pecunias ex illis mulieri debitas exegit, ut probat Giphan. ad *d. l. ult.* Haud tamen improbabiliter Dd. nec in Foro dubitatur. Tertia datur marito in bona uxoris, vel ejus, qui dotem promisit, ad hoc, ut tam dos, quam ejus evictio præstetur, *d. l. un. §. 1.* Sed inter duas priores species Curiæ nostræ placuit discrimen super initio cujusque hypothecæ, quæ res in concursu creditorum non est levis momenti. Discrimen hujusmodi proditum est; Hypotheca pro dote mulieris, incipit a tempore, quo vir eam accipit; * ita quemadmodum fieri par est, ut hypotheca, quæ est accessio, pariter cum principali obligatione nascatur: Sed quæ pro bonis paraphernalibus est, non inchoatur, nisi postquam vir res alienavit, ** aut pecuniam consumsit, vel ab uxoris debitoribus accepit; idque propter verba *d. l. ult.* quibus hypotheca pro Paraphernalibus concessa, refertur ad exactionem pecuniæ a marito factam; verbis, *habeat hypothecam adversus res mariti, ex quo pecunias ille exegit.* Tamen etsi non desint, qui hypothecam pro paraphernalibus a primo tempore matrimonii, vel saltem ab eodem tempore, quo dotis hypotheca nascitur, initium capere statuunt, ut videre est apud Sandium *d.*

* Apud nos modo dos fuerit numerata, hypotheca, quæ uxori ratione dotis competit, (de qua dictum fuit *P. 1. p. 414.*) incipit a tempore copulæ sacerdotalis, *P. 2. C. 24.* ibique Carpz. *def. 1.*

** Jure nostro hæc Hypotheca paraphernalium ratione, a tempore illationis competit; *O. P. S. Tit. 45. §.* unter andern, *verb.* derer Güter halber, welche sie über das Ehr-Geld ihren Männern zubringen. j. Tit. 43. § Was aber, *verb.* Wenn es verändert und nicht mehr vorhanden. Carpzov. *P. 2. C. 24. def. 3.* j. Ziegler. *ad*

tit. 12. def. 4. Sed priorem sententiam Curia nostra merito prætulit, etiam novissime in causa *Claerke Jonkes Oenema cum soc.* contra *J. K. ante ferias Paschales 1680.*

3. Secunda species Hypothecæ legalis est, *pro liberis* in bona parentum, ejusque tres iterum sunt species particulares: I. Qua liberi habent jus pignoris in bonis patris sui, pro conservatione bonorum maternorum, * *l. 6. § ult. C. de Bon. quæ lib.* II. Quæ competit liberis in bona parentis binubi, pro cōservatione rerum, quas ille parens binubus a priore conjuge, vel a liberis prioris matrimonii consecutus est, quorum scilicet ususfructus ad patrem pertinet, proprietas apud liberos remanet, *l. 3. & l. 8. § ult. C. de secund. nupt.* III. Species competit liberis in bona matris & vitrici, ratione tutelæ, quam mater gessit, a qua non redditis rationibus ad secundas nuptias festinavit, *l. 6. C. Quibus caus. pignus tacit.* atque hæc extenditur ad ea, quæ mater vitricusve pro tutoribus aut curatoribus egerunt, Sand. *l. 3. tit. 13. def. 2.*

4. Tertia species hypothecæ tacitæ generalis, datur pupillis & minoribus in bonis tutorum & curatorum, ** eorumque, qui pro tutoribus aut curatoribus egerunt, cujus hypothecæ originem aliunde petere non licet, quam ex *l. 20. C. de Administrat. tutor.* quæ est Constantini M. ante quem non legitur pupillis hypotheca tacita generali fuisse consultum. Quamvis autem hæc quæstio videatur esse historica, tamen & ad juris consequentiam pertinet; quia si jam olim ante Constantinum pupilli tacitam habuerint hypothecam, privilegium illos inter hypothecarios quoque habere, dicendum foret, quia satis constit, *privilegium* exigendi ante alios, olim ipsis datum fuisse, *l. 19. & seq. de reb. auctor. jud.* quod si tunc hypothecam non habuerint, nihil aliud quam privilegium inter personales creditores iis adscribi potuit. Nos tenemus, hypothecam ante *d. l. 20.* non fuisse stabilitam; etsi quod ad consequentiam ordinis attinet, de eo ad *tit. Qui potiores in pign.* videbimus. Ratio nobis hæc constat, quod legalis hypotheca non nisi e verbis alicujus legis expressis,*** qualis hic deficit, intelligi potest. Aliter juxta alios sentit Wissenbachius noster *Disp. ad ff. 51. parte 1. th. 11.*

SCHOLIUM.

Qui non quidem Textus adducit, in quibus pupillis hoc beneficium detur, sed conjecturas tamen adducit non improbabiles, ante d. l. 20. *pupillos jam pignus tacitum habuisse: quas inter potissima desumitur ex ipsis* d. l. 20. *verbis, quæ sane ita sunt concepta, ut potius declarent jus pupillis jam competens, quam ut novi quippiam disponant. An vero hoc jus tacitæ hypothecæ transeat in heredes pupilli,* vide Strauch. XXII. 3. & ibi not. p. 298.

RESPONSIO.

Equidem probabilia non pauciora habet pronegativa Anton. Faber Jurisp. Papin. tit. de Tutel. pr. 3. illat. 10. *quæ refellere satagit D. Wissenbach.* d. th. 11. *Quod ad verba* d. l. 20. *attinet, non ita-*

d. Tit. 45. d. § verb. Welche sich über das Ehe Geld. *p. 272.* Intuitu vero bonorum receptitiorum, ne jure Saxonico quidem hypotheca mulieribus concessa est, Carpz. *P. 2. C. 24. d def.* nec pro alimentis, nisi in casu *O. P. S. t. 50. §* Denn wenn einer. Imo licet leges Civiles privilegium hypothecæ ad donationem propter nuptias extendant, *a. l. 29. C. de Jur. dot.* Carpzov. *P. 2. C 24. def. 6. n. 1.* Jure nostro tamen tantum ejus intuitu inter Chirographarios uxor refertur, cum de lucro captando certare censeatur. *O. P. S. §* so wollen. Carpz. *d. l.*

* Jure Civili hæc hypotheca tantum intuitu bonorum maternorum, & materni generis liberis concessa est, *l. 6. § f. C. de bon. quæ lib.* Carpz. *P. 2 C. 24. def. 17.* Lauterb. *Diss. d. tacit. pign. th. 34.* Bachov. *d. pign. l. c. 9. n. 9.* Dissent. Treutl. *V. 2. diss. 1. th. 4. lit. b.* Brunn. *ad d. l. 6. § f. n. 15.* Sed *O. P. S. t. 45 §* unter andern. eam ad omnia bona adventitia extendit, quorum administrationem pater habuit, Carpz. *P. 1. C. 28. def. 113.* in quam sent. pron. *Fac. Jur. Lipsi. M. Aug. An. 1700.*

** Hæc Hypotheca tacita, nostro Jure ex tempore confirmationis factæ regulariter incipit, *O. P. S. t. 45. §* Ob auch wohl. Jure Civili a tempore, quo tutela susceptа est, aut suscipi debuit, *l. 20. C. d. adm. tut.* Ant. Fab *C. l. 8. tit. 7. d. 1. n. 4.* qui terminus administrationis susceptæ etiam apud nos in protutoribus respicitur *d. §.* Fœminis autem in bonis Curatorum nulla hypotheca competit, quia hi consilio quidem eis subveniunt, sed bona earum non administrant. Carpzov. *P. 2. C. 24. def. 15.* Moller. *ad P. 2. C. 15. n. 86.*

*** Neque tamen legi Romanæ unice datum, tacitas constituere hypothecas, neque idem Juri non scripto & Moribus est denegatum. Prius assertum satis firmant exempla hypothecarum legalium ex lege Saxonica, *Ord.* nempe *Proceſſ. Saxon. Tit. 45.* in notis paulo ante adducta; adde Schilterum *in*

tur

tur quidem prolixa oratione Constantinus, ad significandum se jus novum introducere: sed rem tradit, quæ nunquam tradita fuerat, quod constet, & quod adeo temere adfirmatur.

N. ADDIT.

I. Cum Autor adversus responsiones Wissenbachii, quas hic dat ad rationes Fabri, nihil excipiat, non poterat etiam ad illas rationes Fabri tanquam probabiles provocare. II. Lex Constantini hæc est: Pro officio administrationis, tutoris vel curatoris bona, si debitores existant, tanquam pignoris titulo obligata, minores sibimet vindicare minime prohibentur. Idem est, & si tutor vel curator quis constitutus res minorum non administraverit. *Istud* minime prohibentur *indicat, quod Imperator de pignore tacito loquatur, tanquam de jure, de quo nullum sit dubium, non quod ipse de novo pupillis dederit. Quod vero Autor dicit, eum rem tradere, quæ nunquam tradita fuerat, in eo petit principium. Sed tamen, inquit, non constat ea de re, adeoque temere affirmatur. Verum vel argumento verborum allatorum, & rationum a Wissenbachio adductarum, id constat. Adde omnino Jacob. Gothofr.* ad Cod. Theod. eand. legem, quæ est 1. tit. 19. lib. 13. *ubi pluribus sententiam nostram, contra opinionem Autoris; quæ inventum Francisci Balduini est, defendit.*

Præcipuum, quo dissentientes moventur, argumentum est ex *l. unic. C. rem alien. gerent.* quæ est Severi & Antonini ad quendam pupillum vel minorem, ejus sententiæ, quod curator res *cum sua causa* potuerit alienare. Per *causam* intelligunt hypothecam tacitam pro administratione; Verum quid magis vetat intelligi, expressum illic hypothecam fuisse e Contractu, quam ex lege tacitam, cujus legis nulla fit mentio? præterquam quod *causa* multo melius ibi ad fructus aliasque accessiones rei cohærentis potest referri, quam ad hypothecam, sicut hoc sensu *causæ* vocabulum longe frequentius & usitatius, quam pro hypothecæ onere accipi constat, ut videre licet apud Brisson. *de verb. signif.* voce *causa.* nec aliter alienatio *cum sua causa* ab interpretibus accipitur ad *l. 67. D. de cont. emptione.* ubi Gothofred. Quod porro habet Wissenbachius noster, qui dissentit, ad *tit. Paud. de adminis. tutor. th. 11.* veteres Imperatores hoc quoque semper egisse, ut pupillis quam optime prospectum esset, *arg. l. 2. § 2. D. qui pet. tut.* parum valet ad tacitam hypothecam sine lege stabiliendam, quando & citra illam satis olim abundeque pupillis consultum fuit actione tutelæ, de rationibus distrahendis, rei vindicatione, si res ipsorum nomine vendita esset, denique per satisdationem. Quod igitur religio est Juris Consultis sine lege loqui, id in hac quæstione juridico-historica valebit, nec altius quam a *dictæ lege 20.* repetemus hanc hypothecam. Sed quod modo in *scholio* movit Thomasius, an hæc hypotheca tacita duret in heredibus minorum, si causa jam, minore vivo, commissa sit, non multum habet ex jure dubitandi causæ, cum ipsa in integrum restitutio heredibus detur, *l. 6. de Rest. in int.* ac ita recte Carpzov. 4. *Respons. t. 4. resp. 33. n. 9.* & Brunnem. *ad d. l. 20.* Multo minus adsentiendum Mornacio *ad l. 17. de pignor.* ubi docet, hanc regulam, *pignoris persecutio in rem paris actionem Creditori*, non esse intelligendam de Legali, sed tantum de conventionali hypotheca, quod non minus ab usu, quam a ratione juris antea demonstrata, est alienissimum.

5. Porro hujus quidem Speciei non dantur plu-

Exerc. ad D. XXXIII. § 28. ubi Sutorum Lipsiensium collegio tacitam hypothecam in bonis administratorum, ex concessione Electoris competere memorat. Quod ad posterius attinet, idem ille magnus Juris patrii Stator *Exerc. 24. § 49.* ex Carpzovio docet, domino in bonis furis competere tacitam hypothecam, moribus, observantia, atque prudentum auctoritate, quod probat ill. Thomasius *in not. ad Tit D de Condict. Furt.* licet dissentiant JCti extranei, Brunnem. *de Proc. Conc. Cred. c. 5. § 52.* Stryck *in Usu Mod. Tit. de Condict. Furt. § 9.* Ludovici *doctr. Digest. Tit. eod. § 5.* Idem Schilterus *Ex. alleg. § 39.* in provinciis Saxonicis longa consuetudine obtinuisse ait, ut rusticis, si in bonis venditis nec dominium nec hypothecam, usque ad plenam pretii solutionem, sibi reservarint, tamen hypotheca tacita ipsis adjudicanda sit; quod in Ducali Saxonia expressa constitutione firmatum. Denique morum constitutum invaluit in Saxonia, in muneribus patrinorum seu pecunia lustrica, Pathen-Geldt, liberis tacitam hypothecam tribuendam esse a die baptismi. Ita pronunciarunt *Senat. Lips. Mens. Jul. 1702.* JCti *Wittenbergenses mens. Febr. 1708* teste Bergero *Delect. Jur. Civ. 4 h. not (f.) in f.* & JCti *Lipsienses, Mens. Jun. 1718.* teste ill. Menckenio nostro *ad O. P. S. tit. 4 § 2.* Iidem, eosdem annotante, denegari hoc pignoris jus ad matrem ratione dimidiæ partis pecuniæ patrinalis, quam jure successionis, cum liberi mortui sunt, consequitur, merito *pronunciarunt mens. Dec. 1722.*

plures ſpecies, ſed extenſio prodita eſt ad civitates, & ſimiles univerſitates, quæ jure pupillorum & minorum uti, dicuntur in *l. 3. C. de jur. Reip. l. 4. C. ex quibus caus. maj.* ideoque & ibi reſtitutionis beneficium merentur, quod etiam ad Eccleſias producendum,* per *l. 11. & 23. C. de ſacroſanct. Eccleſ.* eadem ſcilicet analogia, quæ reſpondeat hypothecæ pupillorum; ut locum habeat in bonis eorum, qui res civitatium & Eccleſiarum adminiſtrarunt; nam alioquin in bonis debitorum ſuorum civitates nihilo magis habent hypothecam, quam pupilli atque minores aliis hac parte præferuntur, *l. 8. Qui pot. in pign.* Neguſantius *de pignoribus, membr. 4. part. 11. num. 120.* Sand. *l. 3. tit. 12. def. 1.* In Brabantia vicinisque locis, non agnoſci hanc tacitam pupillorum hypothecam ſcribit Stockmannus *deciſ. Brab. 96. n. 9.* negligentiæ & imperitiæ cauſa magis, ut apparet, quam jure poſitivo contrario.

6. Quarta ſpecies legalis omnium bonorum hypothecæ, datur Fiſco, tam in bonis adminiſtratorum, quam debitorum ſuorum, non modo ratione tributorum & vectigalium, ſed etiam reſpectu æris alieni, *l. 1. & l. 2. Cod. h. t. l. 46. § 3. de jure fiſci*, ubi fiſcus *ſemper* jus pignoris habere dicitur, hoc eſt, ita ſicut expoſitum eſt, non infinito ſenſu; nam in pœnis ſive muletis exigendis, fiſcum jure pignoris non gaudere, ** ſed aliis creditoribus poſtponi, docet Modeſtinus in *l. 37. D. de Jure Fiſci.* nec ſi privato hypothecam non habenti ſucceſſerit, plus juris habet, quam is habuit, cui ſucceſſit, *l. 1. §. 1. Quib. mod. pign. ſolv.* cæterum, poſteaquam ſucceſſit, habebit privilegium ſuum, ait *l. 6. in pr. de jur. fiſc.* Atque hoc fiſci privilegium hodieque etiam in illis locis, ubi pignus non niſi per actum publicum conſtituitur, obtinere, probat Stokmannus *deciſ. Brab. 40. n. 3. & ſeqq.*

7. Quinta ſpecies eſt hypotheca legatariorum & fideicommiſſariorum, quam dedit illis in bona defuncti teſtatoris, *lex 1. C. comm. de leg. & fideicomm.* de qua hoc ſingulare titulo præcedenti habuimus, quod non detur in ſolidum contra ſingulos heredes, nec quidem quatenus ex bonis defuncti poſſident, ſed tantum pro partibus hereditariis, *d. l. 1.*

8. Hæ ſunt ſpecies hypothecæ legalis omnium bonorum, quas in jure proditas accepimus. Sequuntur hypothecæ ſpeciales ex lege, quæ pauciores numero ſunt. Prima datur ei, qui credidit ad refectionem inſulæ, h. e. ædificii; nam ſic appellari domos, ſatis ex legibus & aliunde conſtat, de quo videatur Briſſon. *de verbor. ſignific.* verbo *inſula.* Papinianus ita etiam in *l. 1. h. t.* ubi & ampliat hanc poſitionem, quod non modo, ſi domino ædium credita ſit pecunia, ſed etiam ſi redemptori, locum habeat. Quæ res facit, ut paterfamilias ædificaturus diligenter advertere debeat animum, an redemptor, cui locat opus faciendum, ſatis ſit ſolvendo; nam ſi ipſe redemptori pretium, de quo convenerit, ſolvat, & hic, ut eſt hoc hominum ſæpe leve genus, materiam ædificii debeat aliis, hi creditores actionem hypothecariam adverſus inſulam extructam habent, eaque dominus aut cedere, vel rurſus ſolvere cogetur. Sed lex de *reſtitutione* tantum inſulæ loquitur, nec ideo ad novæ domus ædificationem, vel ad operis publici, præter domos, confectionem, qua de re Sandius *lib. 3. tit. 12. def. 7.* nec etiam ad navis reparationem extendi poteſt, blandiente licet ſimilitudine rationis; nec enim habent aliam iſti quam ex conventione hypothecam, *l. 16. C. de pign. l. 7. C. qui potior. in pign.* nec aliter accipere fas eſt *Nov. 97. c. 3. in princ.* ut probat D. Wiſſenbach. ad hunc titulum a *principio.* Sand. *l. 3. tit. 12. def. 5.* Proinde lege ſpeciali opus eſt ad ejusmodi extenſionem habiendam; niſi forte tam multo prægnantior ſit ratio mercaturæ in aliqua gente, quam fuit apud Romanos, ut inde qui regnum forente tenent, unanimi conſenſu hypothecam ad refectionem Navium producant, quomodo de moribus Hollandiæ non dubitat Grotius *l. 2. Introd. c. 45. n. 14.* Non habet etiam locum hæc hypotheca legalis,

* His ſimilibusque piis locis, etiam in bonis adminiſtratorum ſuorum jus tacitæ hypothecæ largitur *O. P. S. tit. 45. §* ſo ſind auch. *add.* Carpz. *P. 1. c. 28. def. 115.* Ziegler. *ad d. Tit. verb.* Welche einer Stadt oder Gemeine. iisdemque piis cauſis *d. Tit. Ord. Pr. Sax. §* Weil wir. tacitam hypothecam pariter in bonis debitorum, quoties pinguius jus ipſis non competit, e. g. ſi obligatio ex mutuo dato oriatur, concedit, Carpz. *P. 1. C. 28. dec. 116.* Id. *dec. 277.* cum Jure Communi talis tacita hypotheca nullibi ipſis tribuatur, Hart. Piſt. *Obſ. 68.* Neguſant. *d. pign. P. 2. membr. 4. n. 121.*

** Jure Saxonico Electorali *per O. P. S. Tit. 43. §* 5. Fiſco pœnam in concurſu exigente, tacita hypotheca ex tempore condemnationis, von der Zeit an zu rechnen, da einer in die Strafe vertheilet worden, competit, modo exigens jura fiſci habeat. Conf. ill. Mencken. *ad O. P. S. d. t. § 19.*

ſi poſt

si post domum aliquandiu exstructam, pecunia in solutionem illius impensæ credita fuerit, neq; etiam, si reparatio non fuerit necessaria: idque propterea, quod hujus hypothecæ illa celebris ratio sit, *ne ædificia destruantur*, cujus rei curam legislator Romanus habuit insignem; Hoc autem periculum cessat, ubi domus jam pridem ædificata fuit, nec in voluptuariis substructionibus ullam rationis speciem habere videtur, per ea, quæ Sandius habet *d. t. 12. def. 5.* Quid vero si creditor probet, domum fuisse in eo statu, ut reparationis indigeret, scriptumque sit, eo pecuniam esse conversam, numquid amplius a creditore quod probet, exigendum? Non videtur; cum alioquin creditor ædificandi curam, quod facultatem non habet, suscipere cogeretur, *arg. l. 1. §. 8. & l. 7. de Exercit. actione.* nisi tamen longius spatium intercesserit, *arg. l. 24. de Reb. aucl. jud. l. possid. in fine.*

9. Secundum speciale pignus ex Lege, datur dominis prædiorum locatorum; cujus etiam duæ sunt species particulares; prima datur urbani prædii Domino, in rebus invectis & illatis, *l. 4. h. t.* sub quibus non modo supellex, sed etiam res venales, quatenus in ædibus extant, comprehenduntur; etsi sub legato rerum, certo in loco existentium, res venales non contineantur, *l. 73. § pen. de Legat. 3. l. 32. § 4. de Aur. & arg. leg.* vid. Wissenb. *ad tit. de Pignor. n. 7.* Quid si Conductores sint pupilli & minores? Distinguitur, utrum conductio facta sit cum auctoritate Tutoris vel Curatoris, an secus. Si prius, eorum res invectæ ac illatæ tenebuntur, non obstante; quod sine decreto Magistratus alienari nequeant, *l. 1. & l. 2. de reb. eor. l. 22. C. de Administr. Tut.* & sub prohibita alienatione pignoratio contineatur, *l. ult. C. de reb. alien. non al.* Spectat enim illa prohibitio ad factum alienandi pignorandique, non ad tacitam legis operationem. Si vero sine Tutoris auctoritate facta sit Conductio, res invectæ non tenebuntur, quia contractus principalis, cujus hypotheca est accessio, non valet, nec aliter sentire puto Gailium *2. obs. 83.* Perez. ad *h. t. C. n. 6.* Wissenb. *ad h. tit. th. 19.* A quo *thesi præced.* movetur & hæc quæstio; Si conductor reloçaverit ædes, an res secundi quoque conductoris tacito pignoris jure Domino teneantur, de quo nos actum in *tit. de Locat. conduct.* non agemus denuo. Sed hypotheca tacita in res invectas & illatas, in hoc a cæteris pignoribus differt, quod non detur adversus quemlibet rei possessorem ubicunque res illa reperiatur; siquidem alligata est hæc hypotheca locationi conductioni, ut si res alienatæ sint, extraque ædes conductas alio translatæ, per hypothecariam non repetantur, nisi pensionis nomine, dum adhuc essent in ædibus, præclusæ fuerint; sive, ut hodierno more loquamur, *arresto* fuerint comprehensæ: nam si tunc alienentur, id cum onere suo fieri intelligitur, neque res hypotheca liberantur, *l. 6. D. h. t.* Ex qua interpretatione patet, quomodo Nervam Juris C. Paulus sait derisum fuisse, quod servos ita præclusos, per fenestram dimissos liberari posse crediderat. (risum illum puto χαχχιντισμὸν potius, quam sarcasmum fuisse: nec enim veteres Jcti sibi mutuo insultare soliti sunt.) Atque ea res hodiernis moribus sine dubio servatur. Quod si res invectas & illatas publice contingat esse venditas, quamdiu pretium supersit, per utilem hypothecariam in pecunias inde redactas agi potest, creditorisque in eam præferri, ordinarium est judicari, secundum ea, quæ *titulo præced.* exposita sunt. Altera species hujus pignoris, Domino prædii rustici datur in fructus ex eo fundo natos. *l. 7. h. t.* In res invectas & illatas non placuit, rustica prædia quod attinet, hypothecam tacitam dari; cum satis illa priore consultum videretur; in prædiis autem urbanis cum nulli sint fructus, præter res invectas & illatas, nihil erat, quod hypothecæ subjici posset, *l. 4. h. t.* expressa igitur conventione opus est, ut res invectæ & illatæ in prædiis rusticis obligatæ censeantur, *d. l. 4. & l. 7.* secundum quæ accipienda sunt verba *l. 5. C. de Locat. & cond.* ubi certi juris esse dicitur, ea quæ *voluntate dominorum*, coloni in fundum conductum invexerint, pignoris jure dominos prædiorum tenere. Si tu *Voluntatem partium expressam* intelligas, nihil ab re alienum dixeris, & est hæc, ni fallor, communis responsio.

10. Pignus hoc ab Ordinibus Frisiæ ita ampliatum est, ut domini prædiorum non tantum in res a colono invectas & illatas, etsi nihil convenerit, verum in omnia coloni bona tacitam hypothecam habeant, pro mercede biennali. Si quid ultra biennium debeatur, id in ordine personalis crediti subsistit, salvo tamen jure legalis hypothecæ in fructus, vel expressa hypotheca; inprimis *registrata* per *Edict. d. 22. Febr. 1656.* quod hanc rationem in præfatione Authentici Edicti præfert; quia dominus prædiorum eis biennium non potest expellere colonum, etsi nihil mercedis solverit. Lex, quæ Dominum cogit tamdiu re-

tinere cessatorem colonum, mercedis eo tempore cessuræ securum eum reddere debere videtur. Cui accedit, quod multæ locationes conductiones absque hypothecis conventionalibus fiunt, ideoque domini frequenter in concursu creditorum postponebantur, ipsi interim cum prædiis suis, oneribus publicis obnoxii manentes, ut latius *in Edicto*. Cujus æquissima ratio est, ut ei non male conveniat, quod Mornacius ad *l. 1. de Pignor.* observat, doctrinam pignorum ex iis esse, cui plurimum desit in arte Romana, & quam maxime a legibus temporum suppleri necesse sit.

11. Præter hasce duas species, nullum aliud legale pignus speciale jure civili proditum videtur, nisi addendum sit, quod is, qui captivum ab hoste redemit, tam diu pignoris instar in hominem redemptum habeat, donec lytrum restituatur, *l. 15. de Captiv. & post. l. 2. C. eod. l. 20. π. Qui testam. fac. l. 43. § ult. de Legat. 1.* Sit hæc igitur tertia species. Secundum has Quartam hujus pignoris taciti particularis speciem, tradunt Interpretes pro *reditu annuo*, qui ex fundo vel ædibus solvitur, pro quo idem prædium tacito pignori creditur esse obligatum, ut multa auctoritate probat Sandius in *lib. 3. tit. 12. defin. 8.* Itemque ita judicatam cum jure civili conciliat, remota objectione, quæ movetur ex *l. ult. § ult. D. de contrab. emt.* ex qua D. Schotanus in *examine ad hunc titul.* eandem sententiam probat. Videre opus est textum. Scævola; *Lucius Titius promisit de suo fundo centum millia modiorum frumenti præstare prædiis Caji Seji. Postea L. Titius vendidit fundum, quæro, an C. Sejo ad præstationem frumenti sit obnoxius: Respondit, emptorem C. Sejo obnoxium non esse.* Hinc argumentum illi ducunt hujusmodi; Scævola ait, ipsum *emptorem* C. Sejo non esse obnoxium, h. e. personam emptoris, non negat, fundum obligatum non esse; Sic illi. verum hæc est captio; Quæstio fuit, an promissio frumenti annui de prædio, pariat actionem contra tertium; Et respondet Scævola, non dari, tertium non teneri, non esse obnoxium: Ad responsionem Sandii modo relatam Thomasius ita.

SCHOLIUM.

Sandii responsio, ex Scævola captatorem verborum facit. Quæsitum enim erat, an emptor fundi ad præstationem frumenti sit obnoxius? *Quod verbum tam ad actionem personalem, quam ad hypothecariam quadrat. Illusisset ergo Scævola quærenti, si de sola actione personali verbo ambiguo respondere voluisset.*

Propius ad probationem juris accedit *argum. l. 15. D. Qui pot. in pign.* ubi domino soli jus pignoris in superficiem, pro solario quod ei debetur, concedi legimus: nisi hoc ad dominii causam referre placeat, quemadmodum soli dominum superficiei quoque dominum esse, constat ex § *29. & 30. I. de A. R. D.*

12. Quantum a plerisque taciti pignoris exemplum speciale, ponitur in *Arresto*, quod æque moribus quarundam gentium, nequaquam juri civili, accepto ferendum. Sic autem multis in locis servatur, ut ubi Arrestum judicialiter fuerit confirmatum, ab eo tempore jus pignoris, & consequenter prælationis in ea re, quæ petitur, constitutum censeatur, qua de re Peckius agit in *Cap. 40. de jure sistend.* In Frisia jus civile, quod hanc arresti virtutem ignorat, sequimur; nec jus pignoris aut prælationis ei unquam adscribitur; nisi quod judicii militaris Prætor & Adiessores, diversum judicandi institutum *moribus* supra dictis conveniens, sequuntur & hactenus observarunt. Mornacius ad *l. 1. de Pignor.* de Galliis laudat Edictum Regium; quo ex sententia tam civili quam criminali datur hypotheca, sine mentione Arresti, quod ut nimis procul a Jure Civili recedat, ab illo tamen eximie probatur. Nescio an aliis idem videretur. In Arresto hæc ratio concurrit, quod illud universali fere Gentium instituto, rem adficit, inque rem actionem producat, quod prope satis ad hypothecam accedit.

13. Sed est alia pignoris taciti particularis species in Frisia, per consuetudinem, quæ vim legis habet, recepta; Coloni, qui habent superficies, id est domos prædiis a se conductis impositas, cum horreis, stabulis, hortis, molis, aliisque structuris, quando finita conductione recedunt a prædiis, Domini tenentur ad taxationem ædificiorum, ipsis tanquam bonæ fidei possessoribus præstandam; pro qua pecunia censentur habere tacitam in agris, qui domibus illis gravati dicuntur, hypothecam, & hæc consuetudo sæpe rebus judicatis est approbata, quemadmodum *ad tit. Locati Conducti loco peculiari* copiose probavimus. Addemus judicatum recens, unde constet, eum, qui superficiem habet, non tantum habere jus in domum materiamque, sed in fundos, inquam, quorum colendorum gratia domus ædificata fuit. Dominus agrorum foro cesserat, & Creditores de ordine hypothecarum disputabant. Colonus impetraverat taxationem ædificii, sed pecu-

niam

niam non acceperat. Tempore ædificationis præcedebat reliquos creditores, ideoque se per tacitam hypothecam omnibus anteferri postulabat, ut e pretio agrorum, summa taxationis solveretur. Commissarius Curiæ prætulerat eum non pro pecuniis ipsis, de taxatione ædium competentibus, sed in ipsam domum; quasi jure quidem dominii domum istam sibi vindicare posset, creditoribus exclusis, secundum jus, quod dominos rerum ponit extra sphæram creditorum: quod autem ad reliquos nummos e taxatione debitos attineret, aliis creditoribus erat postpositus: unde hi sic argumentabantur, posse illum de domo agris imposita statuere quod vellet, pecuniam pro illa peti non posse, nisi reliquis creditoribus dimissis: hoc erat nihil. Sed a Curia creditoribus hypothecariis tempore posterioribus, quam erat jus superficiei ipsius, prælatus est Colonus, cum omni pecunia, quæ ipsi ex ædium taxatione debebatur; In causa *Joukjen Ulbes*, contra *Wijbe Piers, ante ferias Paschales 1630.* Explicitæ sunt species hypothecæ legalis.

TIT. III.

Quæ res pignori vel hypothecæ datæ obligari non possunt.

I. Quo sensu res aliena pignori dari nequeat, cum vendi possit. II. Quibus casibus alienæ rei pignus convalescat, ubi pugna l. 41. de Pign. act. & l. 22. h. t. *III. Casus alii, quibus directe pignus non valet, utiliter tamen sustinetur. IV. De rebus oppignorari & alienari prohibitis, & primo de causis prohibitionis. V. De Domanio, differentiaque in hac parte Monarchiæ & Aristocratiæ. VI. De rebus Ecclesiasticis. VII. De bonis civitatium duplicibus. VIII. An & quomodo bona civitatium patrimonialia, vendi vel oppignorari possint. IX. De bonis fructuariis & pastoralibus. X. An a principe prohibitio alienandi tolli possit. XI. Causæ, propter quas judex res prohibitas pignori dari aut alienari permittere potest; ubi de alimentis.*

REgula juris est tralatitia; quoties, an aliquid facere quis possit, quæritur, dicere solemus, *posse qui non prohibentur*, ut ex doctrina contrariorum sæpe res evidentius explicantur. Idem est hujus Rubricæ institutum; Etenim scire cupientibus, quæ res pignori vel hypothecæ obligari possint, suppeditantur in *hoc titulo* res, quæ obligari non possunt. At nec positiva deest regula, quæ res hypothecæ capaces suppeditat, petenda ex *l. 9. § 1. de Pignor.* Quod *emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest*; quæ tamen primo auditu patitur hanc *objectionem*, quod res aliena sine ulla dubitatione vendi possit, *l. 28. de cont. empt.* sed rem alienam pignori dari non posse, non minus indubitatum est, *l. 9. in pr. l. 16. § 1. & l. 22. in pr. de pign. act.* in eventu tamen non videtur tantum interesse, quantum ex his regulis oppositis colligi posse videatur: Nam sicut is, qui rem alienam ignoranti vendidit, tenetur in id quod interest, sic etiam qui rem alienam pignori dedit, ignorans etiam, in id quod interest conveniri potest, *d. l. 9. & l. 16. § 1. de Pignorat. act. l. 3. C. si res al.* Quid igitur est, quod hic discrimen traditur? Equidem non tam in eventu, quam in principio naturaque fundamentali contractuum, quærenda differentia est. Quando res aliena venditur, contractus est perfectus ante traditionem, quam non ad perfectionem, sed ad implementum ejus pertinere, constat ex § *cum autem. 6. Inst. de Empt. vend.* nec ad ejus perfectionem requiritur translatio dominii, vel juris alicujus in re, sed actio personalis; quæ, si venditor non sit dominus, effectum hujus contractus absolvit, *l. 11. in pr. & § 2. de action. empt.* Verum quicunque pignus dicit, ipsum Jus in Re dicit, traditione præsenti constitutum, nec sine illa pignus intelligitur. Atqui personalis actio circa rem alienam facile nasci potest. Jus in Re, cum actor ipse Jus in re nullum habeat, haud quaquam constitui potest: Ita hæc res explicanda videtur; quibus adde sis Petr. Fabr. *2. semest. c. 17.*

2. Quia tamen ex conventione, vi legis adjuta, nascitur jus hypothecæ, nihil vetat, rem alienam sub conditione, quam omnis Conventio recipit, pignorari, *si quando nostra fiat, arg. l. 16. § 1. D. de pign.* & directe ex *l. 3. § 1. D. Qui potior. in pign.* ubi paterfamilias rem sibi debitam ac ita alienam, in casum, quo sua sit futura, recte pignori obligare dicitur. Atque adeo sic in universum colligimus; quicunque rem alienam pignori dedit, si postea dominium sit nactus, quasi ex nova voluntate pignus constituere videtur, idque ita convalescit, *l. 41. D. de Pignor. action.* Merito enim ex facto suo debitor pati debet, ut pignus

convaleſcat, nec habet contradictionis ſpeciem: Sed pone, meum cognatum dediſſe rem meam pignori, meque deinceps ei mortuo factum fuiſſe heredem, an pignus etiam convaleſcit? Directe quidem non poteſt, quia ſine meo facto meaque voluntate res pignori data eſt ab eo, quia jus illud non habebat: ſed quia tamen ego heres, ad factum defuncti præſtandum teneor, hinc utilis hypothecaria creditori in rem meam, inſcio me pridem oppignoratam, dari, Modeſtinus adfirmat in *l. 22. D. de Pign.* Nota eſt diſcrepantia Pauli in *l. 41. de Pignor. action.* & difficilis conciliatio: nec in talibus prolixi eſſe amamus: Sive enim diſſentiat Paulus, ut valde vult D. Wiſſenbach. ad *tit. de Pign. ult. th.* ſive liceat dicere, quod in *l. 22.* fuerit ſimplex ignorantia Domini, & quod in *l. 41.* datum ſit invito Domino pignus ab initio, idque ferant verba *ſine mea voluntate*, non eſt dubium, quin ſententia Modeſtini ob æquitatem in foro prævalitura ſit. Plane, ſi creditor rem alienam fuiſſe ignoraverit, habet utilem hypothecariam; Scienti alienam fuiſſe, cum pignori daretur, actio *difficilius* dabitur, *l. 1. h. t.* tenerius, pro *non* dabitur, arg. *l. 16. § 1. in fin. de Pign. act. l. 8. in fin. de Collat.* Wiſſenb. *ad h. t. th. 2.* Sed exceptio atque retentio facilius conceditur, id eſt ſine dubio, quamdiu verus Dominus eam non repetit: aut ſi debitor poſtea dominium ſit nactus; adverſus ipſum quoque proderit exceptio, licet actio adverſus eundem non daretur, quoniam ubi eſt utriusque conſcientia, rei alienæ vitio infecta, potior eſt conditio poſſidentis, *d. l. 1. in princ. de Pign. l. 16. § 1. in fin. de Pignor. act.* Denique, rem alienam voluntate Domini recte ab initio oppignorari, & per ratihabitionem convaleſcere, non eſt dubium, *l. 20. eod tit.* Quin & ſcientia domini juncta ſilentio in fraudem creditoris, firmatur, *l. 2. C. Si al. res pign.*

3. Sunt & aliæ ſpecies, in quibus utilis exceptio datur ei, qui ſtricto jure pignus acquiſiviſſe non videtur, qualis eſt, qui pignus a procuratore ſine mandato Domini, in cujus tamen rem verſa fuit pecunia, nactus eſt, *l. 1. C. Si res alien. pign. detur.* Exemplum aliud eſt in creditore, qui pignori a debitore accepit rem ipſam ab alio pignori datam; Nam ſecundus creditor, cui res a domino non eſt oppignorata, ſed a primo creditore, habet utilem actionem, & exceptionem, quamdiu Jus primi Creditoris durat: Namque ubi primus originalis debitor idemque Dominus pignoris, ſolvit quod debet, jus ſecundi creditoris evaneſcit, ac ita res redit ad dominum, *l. 13. § 2. de Pign. l. un. C. ſi pign. datum.*

DE REBUS NON OPPIGNORANDIS, NEC ALIENANDIS.

4. Hactenus de re aliena pignori data; Sed Rubrica latiorem poſtulat expoſitionem rerum, quæ prohibentur obligari. Eſt autem hæc prohibitio vel abſoluta, vel certo modo limitata; ſed hujus rei exegeſis nos ad rem altioris indaginis adducit, per regulam juris, quæ dicitat; *ſub alienatione prohibita comprehendi pignoris dationem, l. ult. C. de reb. alien. non alienand.* & quia non habemus locum proprium in *Pandect.* agendi de prohibita alienatione, quam ad *tit. Inſtitut. Quib. alien. lic. vel non.* delibavimus; hoc loco ſupplementa ejus collocare viſum fuit, talia, quæ alibi minus commode tractari poſſe videbantur.

Quod Alienatio ſit omnis actus, per quem dominium transfertur, conſtat ex *l. 1. C. de fund. dotal.* Sed cum de alienatione prohibita loquimur, ita eſt, ut diximus, contineri ſub ea quoque oppignorationem, ſervitutis impoſitionem, divinonem, tranſactionem, compromiſſum, permutationem, dationem in ſolutum, & ſi qua præterea ſit ſpecies dominii tollendi, vel notabiliter imminuendi, ex *l. ult. C. de rebus alien. non alienand. l. 1. & l. 3. § penult. l. 5. § 8. l. 7. in pr. D. de rebus eorum qui ſub tut. & cur.* Ex definitione alienationis educitur hæc regula; *Dominus rem alienare poteſt*, niſi quatenus ipſi prohibitum eſt, ut vidimus ad *d. tit. Inſt. quibus alienare licet.* Inde repetendum & hoc eſt; cauſam prohibitionis eſſe vel immediatam ex Lege, vel interveniente facto, & quidem triplici, Magiſtratus, Teſtatoris, aut Conventionis. Prohibitio, quæ fit ipſo jure, habet rationem perſonalem, aut realem; Rationes perſonales ſpectant vel ad perſonam, quæ prohibetur, vel ad alium. Reſpectu perſonæ prohibitæ ſciendum, res ſuas alienare vel oppignorare non poſſe, quibus nullum eſt animi judicium, ut infantes ſeptennio minores, item furioſos & mente penitus captos, per *l. 5. & l. 40. D. de R. J.* Huc etiam pertinent, qui judicio necdum firmato utuntur, ut infantia majores ſed minores annis 25, juxta prodigos, mutos, ſurdos & perpetuo morbo laborantes; denique mulieres nuptæ & omnes, qui in poteſtate curaque aliorum agunt, *§ 2. Inſt. Quibus alien. lic. § 4. de Curat. l. 65. § 3. D. ad SCtum Trebellian.* Quid Juris ſit in alienatione, facienda per tutores & curatores, locus nobis occurret proprius in *tit. de rebus eorum, qui ſub tut. vel cura ſunt.*

sunt. Sed inter personas prohibitas sunt etiam Conjuges, qui sicut invicem donare prohibentur, ita pignori quoque res suas donandi animo pro se mutuo obligare non possunt, ut similiter ad *tit. D. de donat. int. vir. & ux.* videbimus. Filiusfamilias etiam nec alienare, nec oppignorare suas res, exceptis castrensibus & quasi-castrensibus, potest, de quibus in *d. tit. Inst. Quib. alien.* fuit actum.

5. Prohibitio respectu rerum, multa complectitur. * Primo enim hujus generis sunt omnes res commercio exemptæ, quales sunt publicæ & fisci res, inter quas *Domania* quæ dicuntur, bona ecclesiastica, atque templorum, quæ omnia tam pignorationis quam alienationis incapacia sunt, *l. 3. & l. 6. C. h. t.* nec homines liberi ex earum rerum numero sunt eximendi, per *l. 1. C. de Patr. qui filios distrax.* quanquam respectu liberorum hominum, qui ab hostibus redempti sunt, pignoris aliquid instar receptum videtur; potest enim, donec pretium restituat, qui redemptus est, detineri, *l. 15. de Captiv. & postlim.* Domania, quæ sunt bona Principi ad sustentationem exhibitionemque dignitatis destinata, vocantur res dominicæ, in *tit. C. Ne rei domin.* &c. videnturque diversæ a rebus, quas antiqui Scriptores Romani vocant *res Cæsaris;* Nam hæc fuere bona principum hereditaria, quæ ante Principatum habuerant, & quorum alienatio, quamdiu cum domaniis juncta non fuerint, non minus est libera, quam cuilibet suæ rei patrimonialis: sed *Domania*, sicut deinceps habita sunt hodieque habentur, nec alienari, nec oppignorari possunt, quia Principes tantum habent eorum usumfructum, proprietate penes Rempublicam in usum posteritatis remanente, quo nihil omni Europa notius & certius est. Etiam in Regno Galliæ, quod omnium in humaniore parte terrarum orbis πραγματικώτατον habetur; adeo ut superiore seculo Franciscus Rex I. pacis cum Carolo V. initæ ruptam fidem, hac unica ratione defenderit. Non posse igitur domania vendi vel alienari, sine consensu populorum, certissima doctrina est. Sand. *lib. 3. tit. 3. def. 1.* Quid in Aristocratia Juris sit hac parte, & an Optimates bona Reipublicæ per se alienare possint, non memini ab ullo Scriptore tractatum. Ex ratione juris, *in thesi* negandum videtur; quia Optimates non habent plus juris, quam Regibus simpliciter constitutis datum intelligitur; Sed hoc interest, quod in Regno domania distinguuntur a bonis Reipublicæ; quod in Aristocraticis non habet locum; etsi forte Domaniorum appellatio illic etiam seorsim usurpetur, ut apud nos ex Regiæ potestatis reliquiis obtinuit; Non sunt optimates fructuarii talium bonorum, sed jure proprietatis simpliciter ad Rempublicam pertinent. Quando igitur optimatibus jus arbitriumque omnium rerum a populo datum est, aut a tempore immemoriali competit, non videtur hæsitandum, quin iisdem depositio de bonis pecuniisque publicis delata sit, aut competat. Nec enim dubitari potest, quin Senatus Venetus, Ordines Hollandiæ Frisiæque, bona Reipublicæ alienandi potestatem habeant, si res ita ferat, ut hoc jure utendum putent. Olim id poterant Principes, cum Ordinum scilicet consensu. Principibus amotis eorumque jure in Ordines relapso, hos solos id posse, consentaneum est.

6. Juxta dominicas sunt res Ecclesiasticæ, quas minime alienare, proinde nec oppignorare licet, nisi ex causa necessitatis, aut evidentis utilitatis. Ad necessitatem pertinet redemptio captivorum, solutio æris alieni, & sustentatio pauperum extremæ tempore famis, *l. Sancimus. 21. C. de Sacrosanct. Eccles. Nov. 120. c. 6.* Utilitatis ratio permittit eas res alienari, si nullus fere, ut nunc est, reditus e bonis proveniat, *Nov. 119. c. pen. & Nov. 120. c. 1.* qua in re hæc bona discrepant a rebus pupillorum & minorum, quas utilitatis causa nullo modo alienari posse, dictum est alias, & videbimus *in loco.* Modus, quo Jure Civili harum rerum alienatio fieri debet, exponitur in Authenticis *d. l. 21.* subjectis, a quo non abhorrent mores Gentium, habita ratione cujusque Reipubl. Mos juris Frisici circa res Ecclesiasticas templorumque alienandas, præscriptus est in *l. 1. Stat. tit. 17.* & relatus a nobis in *part. 1. Jurisp. hodiern. lib. 2. c. 55.*

7. Bona civitatum, aliarumque universitatium, sunt duorum generum: Vel enim ad jus Regalium pertinent, & pendent a dispositione Summæ potestatis in quaque republica, vel sunt patrimonialia. Res prioris generis sunt portus, flumina, viæ publicæ, muri quoque & portæ civitatium, ut

* Pertinent huc & feuda, quæ sine domini directi consensu, regulariter nec alienari, nec hypothecæ subjici possunt. *II. feud. 55.* ubi Jure Saxonico Electorali, ne quidem hypotheca domino consentiente legitime impetrata, sine novo consensu, in alium transferri potest. *Ord. Proc. Sax. tit. 40. § Solassen.* ibique Martin. *n. 5.* Carpz. *L. 5. Resp. 36.* Heig. *P. 2. qu. 5. n. 28. sqq.*

videtur, quia jus muniendi ad *armandiam* & ad regalia pertinet; ideoque a nemine possunt alienari vel oppignorari, jure notissimo, § 4. *Inst. de Legat. l. 39. § 8. & seqq. de Legat. 1.* & per *l. 137. § 6. de V. O.* Ideoque sub hypotheca bonorum Civitatis non continentur; nec proinde si qua Civitas a Creditoribus suis ad necessitatem cedendi bonis redigatur, non esse quod muris & portis cedat, respondimus aliquando Civitatis cujusdam Rectoribus ea de re consultantibus, etsi alia quædam Civitas idem actura, portas & mœnia bonis quoque cedendis, ex consilio juris peritorum minus perito adnumerasset. Jam diximus *in Parte I. pag. 86.* portas & muros esse Reipubl. quemadmodum & portus; non singulorum municipiorum, etsi forte sumptibus illorum sustententur; quanquam id in Frisia secus est: Hoc enim imperio & nomine Reipubl. cui subjecta sunt municipia, facere intelliguntur, vide *lib. 4. Feud. tit. 56. Quæ sunt Regalia*, & ibi *Interpp.* Sed bona patrimonialia Civitatum sunt domus, agri omnesque reditus stabiles, qui alienationem recipiunt, si consentiant omnes, vel major pars Curialium & possessorum civitatis, ad quam res pertinent, *l. ult. C. de vend. reb. civitat.* Sed ut hodie res sunt nostræ, Sandius requirit tres omnino conditiones ad ejusmodi rerum alienationem; primo decretum eorum, quibus in quaque universitate jus est de bonis disponendi, quales in agris sunt proprietarii suffraganei, quos heic vocamus, & in oppidis magistratus ac decuriones. II. ut decretum illud Supremæ Curiæ actis insinuetur, & III. ut venditio publice per auctionem celebretur, *Tract. de prohibita rerum alienatione Part. 1. c. 8.* Cum autem sub alienatione prohibita comprehendatur oppignoratio, in hac etiam requiri videntur duo saltem priora requisita. Nam auctioni publicæ non esse locum in hypothecis, res ipsa loquitur; quanquam & secundum, de insinuatione in acta Curiæ, non sit usu receptum, non utique certe in hypothecis.

8. Sed an in contradictorio validæ forent hypothecæ, sine requisitis illis contractæ, quæsitum & dubitatum est. Pro affirmativa facit, quod nec in Jure Civili, nec in Statutis Frisiæ, talis insinuatio in acta Curiæ requiratur, & quod jam pridem civitates eodem modo æs alienum contraxerint suaque bona pignori obligaverint, quo privati id instituunt. Pro negativa, quod cum in omnibus universitatium bonis alienandis decretum Curiæ requiratur, & sub alienatione semper hypotheca contineatur, hic casus aliter accipi non posse videatur. Cui accedit, quod facilitas obligandi bona civitatum aliarumque universitatum, adeo dissoluta sit, ut merito aliquod frænum requirat. Judicium Curiæ Supremæ hac de re, nullum adhuc exstat. Sed creditores civitatis non ignobilis in Frisia, cum apud Forum agerem, hanc quæstionem ventilaverunt, in casu concursus & prælationis Creditorum illius Civitatis. Et quidem a Commissario Curiæ probatæ sunt hypothecæ ex decreto Magistratus & Decurionum, sine consensu Curiæ vel insinuatione in acta publica, contractæ; Postpositi creditores appellaverant, sed errore negligentiaque fatalibus appellandi commissis, ad Judicium Curiæ res non pervenit. Forte nihil erres, si nec Jure Civili, nec Statutis Frisiæ, plus ad oppignorationem rerum civitatis requiri statuas, quam decretum Magistratuum cum Senatu, & qui in aliis universitatibus simile jus habent. Nam citata *lex ultima* nihil amplius requirit, præter urbem Regiam, quæ Imperatoris eget consensu. Statuta Frisiæ præscribunt modum alienandi res templorum, Ecclesiasticas, Domuum miserabilium; at Civitatium, Præturarum, pagorumve non meminerunt. Hæc ita in municipiis membrisque majoris Imperii subjectis; Nam civitates liberæ, quæ superiorem non agnoscunt, nullis legibus, quo minus suo arbitratu publicas res alienent, ab alio circumscribi possunt, ut Sand. *d. c. 8. num. 12. & seqq.*

9. Ad prohibitionem respectu reali, pertinent res dotales, de quibus dicta *ad tit. Inst. quib. alien. licet.* non repetinius. Nec est necesse monere, bona fructuaria non posse pignori obligari, quod diutius quam ususfructus duret, ut apud nos quoque locum habet in ea parte bonorum Ecclesiasticorum, quorum Pastores habent usumfructum; qui propterea nec domos prædiis pastoralibus impositas vendere, agrosque subjectos eo modo pignoris jure gravatos ad Successores transmittere possunt, quod tamen superioribus annis in hac provincia crebro factum, gravibus incommodis occasionem præbuit, quibus Ordines Frisiæ remedium posuerunt lege lata *die 21. Febr. 1685.* de qua egimus in *d. cap. 55. Juriſp. hodiernæ 25. & seqq.* Denique, litigiosa bona quod alienari nequeunt, ad alium quoque *titulum* pertinet, *infra* de Litigiosis.

10. Sequebantur prohibitiones ab hominibus factæ, tam a Magistratibus, respectu prodigorum, quam testamento: sed de prodigis agendi locus erit

erit ad *tit. de Cur. fur.* De prohibitione teſtamentaria agetur, ubi ad locum de *fideicommiſſis* pervenerimus. Ad hoc caput pertinet quæſtio, an Princeps ſive ſumma poteſtas Reipublicæ, prohibitionem alienationis vel oppignorationis, tollere poſſit. Communis ſententia vult, id non licere, quod attinet ad teſtamentariam prohibitionem, licet aliter ſentiant de alienatione, quæ per legem fit, aut a Magiſtratu, referente Sand. *dict. tract. in Coronide.* Sed verius eſt, inter jura ſummæ poteſtatis recte referri jus liberandi onere fideicommiſſi bona, quæ ſine gravi incommodo ſub hoc onere poſſideri nequeunt: ut in nobiliſſimis familiis & magnificis prædiis, ſæpe fieri videmus, quando ad plures poſſeſſores, cum ipſa individua ſint, vel difficulter diviſionem recipiant, devolvuntur. Atque ita videmus indiſtincte jus hoc a Principibus liberisque Rebuspublicis exerceri: quanquam noſtri Ordines Friſiæ laudabili moderatione adhuc quod intellexerim, juris privati diſpenſationes ſuarum partium non fecerint. Et Curia Suprema conſtanti & religioſa obſervatione jus ſecundum Leges dicere, quam utilitatis prætextu, ſingularibus indulgentiis earum vim reſolvere mavult. Meminimus, cum ejusmodi libellus ante aliquot annos Curiæ oblatus eſſet, in quo juſtiſſimæ cauſæ remittendi aliquid de rigore fideicommiſſi memorabantur, Commiſſarium libellorum ſupplicum reſcripſiſſe, *Curiam permittere alienationem:* diu poſtea cum illud Reſcriptum in Senatu proferretur, ejus rationem non fuiſſe habitam: Etſi Curia noſtra alioqui in parvis Majeſtatis juribus, quæ ad judicialia pertinent, ab antiquo Principem repræſentet. Antehac in Hollandia jus liberandi bona fideicommiſſaria hoc onere, a Suprema Curia exercebatur; ſed dein factum audivimus, ut Ordines eam poteſtatem ſibi vindicaverint, quemadmodum a Juris Publici Scriptoribus ad minora jura Majeſtatis unanimiter refertur; utpote miniſterium legum, quale eſt Judicium, excedens & ſupra leges evidenter adſcendens. *Edict. Ordd. Holl. d. 23. Jul. 1670.*

11. In noſtra Curia non niſi juridicæ admittuntur cauſæ, quales ſunt æs alienum auctoris fideicommiſſi, *per § ult. Inſt. de Leg. Falc. l. 16. C. eod.* Impenſæ in res alias ab eodem alienari prohibitas, neceſſario faciendæ, *arg. l. 22. § 3. ad Sc. Treb. l. 53. de Hered. petit.* dotes & alimenta liberorum, *Auth. Res quæ. C. Comm. de Legat. & fideic.* De ſtudiis idem Menoch. *l. 4. præſ. 191. n. 12.* quod idem admitti poſſe, ſi filius a Patre vivo ſtudiis ſit adhibitus. Quod extenſum eſt a Curia ad ejusmodi propinquos, qui a Teſtatore fideicommiſſi auctore fuiſſent alendi, quamvis ex linea collaterali, ut Nauta refert eſſe reſcriptum ad libellum heredis cujusdam gravati, qui ut bona fideicommiſſaria pignori dare liceret, pro duobus florenorum millibus in uſum alimentorum ejus mutuo quærendis, petierat, *d. 26. Aprilis 1636.* Cæteroquin, etſi bona corruerunt, non permittitur alienatio, ſicut, me referente, reſcriptum eſt matronæ, quæ domum & agrum fideicommiſſo gravatos poſſidebat. Domus annoſa non poterat ſtare diutius, neque locari, impenſis reparationum excedentibus vires ſupplicantis: Erat emptor, vicinus, non ſpernendo pretio, quod fœnori collocandum offerebatur; nihil tamen impetrare potuit, impetratura facilius, ſi petiiſſet, ut de agro tantum ſibi vendere liceret, quantum ad reparationem domus fuiſſet neceſſarium, *menſe Febr. 1682.* Hæc etiam referri poſſunt ad Fideicommiſſi doctrinam, cujus eſt locus inferior.

TIT. IV.

Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur, & De his, qui in priorum Creditorum locum ſuccedunt.

I. Creditoribus præferendos dominos. II. Etiam venditores, fide non habita, & qui jus in re habent. III. Non tamen pro penſionibus præteritis. IV. Hypothecarios præferri perſonalibus, exceptis funerum, & judicialibus, actionumque impenſis. V. Salaria Advocatorum an habenda pro judicialibus, diſtinguo. *VI. Secus ac in ſportulis &c. VII. Ex Hypothecariis Privilegiatis primum jus Fiſci in cauſa primipilari, & cum tempore prior eſt. VIII. Haud æque in Tributis, quæ male confundi cum cauſa primipilari. IX. Quatenus idem jus Quæſtoribus & Collectoribus competat. X. De Privilegio Creditoris in minium. XI. Privilegium mulieris in dote. XII. Quintum locum variis dari, inprimis qui ad rem emendam credi-*

crediderunt. XIII. De probationis in hoc articulo exactitudine. XIV. Non dari hoc privilegium, nisi hypothecæ conventionali. XV. An & quando, procuratores & Advocati in rebus judicatis suo patrocinio obtentis, ad hunc ordinem spectent. XVI. Fiscum & pupillos, non nisi certis casibus esse privilegiatos, ubi de pugna l. ult. h. t. *cum* l. 28. de jur. Fisc. *XVII. An domini directi ratione pensionum præteritarum huc pertineant.*

QVemadmodum finis pignorationum est Solutio debiti, ita si, quod omni die accidit, multis nominibus obligato debitori vivo vel mortuo funus fiat,* oritur sæpe *μέγας ἀγὼν ἐπιτάφιος, magnum funebre certamen;* ejusmodi tamen, ut ex jure manu confertum, non ferro, sed doctis dictis singuli pecunias suas repetant: Qua in re multa opus est prudentia, ut fiant ex Arte, sine Marte *dispartiti viri, dispartiti ordines.* Negotium totum certis regulis gubernatur, quarum prima omnium, præmunimenti loco magis servit, quam in acie ipsa consistit. Certamen est inter Creditores, quibus actio personalis in debitorem pignore firmata competit, nostratibus *Inschuldt.* Nec ideo Proprietarii, quibus aliquod jus in Re constitutum est, sive dominium, sive ususfructus, vel superficies, aut Emphyteusis, vel annuus ex fundo reditus, aut aliud simile genus *van beheeringe*, (liceat ita loqui,) competit, ad hunc conflictum vocantur, verum hi suas res suaque jura sine controversia, ** si modo probentur illis competere, præcipiunt, iisque manum injiciunt, *l. 24. § 2. in fin. de Reb. auct. jud. possid. l. 1. C. de Privil. Fisc.*

2. Dominorum numero habendus etiam venditor, qui fidem de pretio non habuit, *§ 41. I. de A. R. D.* ubi diximus *in Parte I. Prælect. pag. 121. in fin. & seq.* Rursus *ad tit. ff. de contrab. empt. pag. 975. Part. II.* Quibus adde sis Gail. *l. 2. obs. 15.* Qui fidem, inquam, de pretio (quod in dubio

* De Concursu ‡ & classibus Creditorum, *P. 1. C. El. 28* & inprimis *Ordin. Proc. Saxon. Tit. 41. sqq.* possunt videri. Constituit autem dictus titulus 41. § Es sind aber insgemein. quinque Creditorum classes, ‡‡ primam eorum, qui prærogativam habent præ omnibus, alteram hypothecariorum cum privilegio prælationis, tertiam hypothecariorum simplicium, quartam personaliter privilegiatorum, ac denique quintam Chirographariorum. Jure Communi alii totidem, alii plures, alii etiam pauciores classes constituunt. Ziegler. *ad d. Tit. 41. verb.* fünf unterſchiedene Claſſes.

‡ Orto concursu statim omnium facultatum, quo demque nomine veniant, judiciali obsignatione prævia, inventarium, recisis omnibus sumtibus minus necessariis, est conficiendum, Curator bonorum a judice bona fide & ex officio constituendus, juramento obstringendus, debitor autem ab omni administratione penitus excludendus. Uti ille curator commoda concursus omni modo promovere, &, quicquid est nominum, exigere tenetur; ita, quam primum fieri poterit, ad auctionem mobilium & subhastationem immobilium est procedendum, bonaque pluris licitanti sunt adjudicanda, neglecta omni protestatione, & appellatione, de qua postea ad Judicem superiorem ex officio erit referendum. Qui vero jus retentionis pignoris vel aliud quodcunque, sibi in bonis competere ajunt, sciant, ex rerum pretiis simpliciter sibi legitimo ordine esse satisfaciendum. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 41. § 1.* Creditores omnes noti ignotique, sub præclusi pœna edictaliter citandi, indultus spatiis Saxonicis duobus, vel, si feuda nobilia, aut mercatores concursum patiantur, tribus, qui intra ista spatia non comparent, absque sententia comminatoria pro præclusis habendi, exceptis iis, quibus beneficium restitutionis in integrum competit, qui designationis sententia nondum in rem judicatam versa, adhuc admittendi audiendique sunt, *d. Tit. § 2. & sequentibus*, ex quibus omnem in concursu procedendi modum colligere est, hic, quoad omni & singula momenta, minime repetendum.

‡‡ Quæ jure novissimo judiciario ad tres redactæ sunt, ut ex iis patebit, quæ producentur ex *O. P. S. E. I. & E.*

** Etiam *Ord. Proc. Sax. tit. 42. pr.* concursui non immiscet eos, qui ex dominio res suas sibi vindicant, ‡‡‡ e. g. deponentes, si res deposita extet. Carpz. *P. 1. C. 28. def. 15.* locatores, qui vaccas ferreas concursu in bonis coloni orto, recte præcipiunt. Richt. *de Privil. & Concursu Cred. c. 2. membr. 1. n. 23 seqq.* ubi *n. 28.* subjicit præjudicium. Eodem jure vidua, vel uxores, res suas apud maritum extantes repetunt. Carpz. *ad d. C. d. 13.* & liberi bona propria a patre vindicant. Id. *d. l. d. 14. add.* Mencken. *Disp. de rebus uxorum extantibus a concursu separandis, quæ est Volum. disp. 16.*

‡‡‡ Jure etiam novissimo res in natura superstites, quarum proprietas penes alios est, ut depositæ, res apud debitorem ut commissarium repositæ, & quicquid uxoris est liberorumque, merito separantur & proprietariis restituuntur. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 42. pr.*

non

non præsumi, *dd. locis* probavimus,) non habuit, rem vendicare potest, neque cum Creditoribus disceptare cogitur. Addit Thomasius ad *posit. nostram t. h. t.* idem jus habere *eum, qui fidem quidem habuit, sed ad habendam fidem dolo inductus est;* quod potest admitti, si dolus valde singularis atque ad eam rem applicitus fuerit, quemadmodum Gail. *d. loc. Si eum tempore venditionis jam erat non solvendo emptor, jam antea cessionem vel fugam praecogitaverit, tali casu fides habita, cum dolus ei rei causam dederit, pro non habita, nec res tradita, sed fraudulenter ablata censetur; arg. l. 3. de Pign. act.* Quod si alias tralatitio dolo mendacioque fidem emptor sibi fecerit apud venditorem, non dixerim, ubicunque dolus aliquis argui potest in Emptoris persona, dominium rei venditæ esse reservatum; maxime, si non modo in concursu Creditorum, sed etiam contra tertium rei vendicatio sit exercenda, quemadmodum res fide non habita venditas, ubique locorum in nundinis & aliis mercatibus vendicari posse, docet Gailius, ac ita causa quadam se meminisse in Camera judicari, testatur *d. cap. 15. in fin.* Idem juris erit in pacto reservati Dominii, secundum ea, quæ *ad tit. de Contrab. empt. in fine* demonstrata sunt, quemadmodum de rebus commodatis, depositis, & pignoratis indubitatum est.

3. Juxta dominium proprie dictum, idem de reliquis juribus in Re constitutis statuendum; Quando Creditores bona debitoris sui excutiunt, qui habent emphytevsin, superficiem, usumfr. annuumve reditum, de illis juribus nihil periclitantur, ut tamen pensiones, quæ pro annis præteritis debentur, quæ non sunt jura in Re, sed præstationes, hypothecarii crediti more censeantur, quod etiam nec aliter observatur; modo non contra statuat *lex 15. h. t.* quæ superficiem in alieno positam, pignori dari posse docet, *ita tamen, ut prior causa sit domini soli, si non solvatur ei solarium, id est merces pro soli usu, l. 1. § 17. Ne quid in flum. publ.* Non puto, ad annos præteritos hoc esse referendum, sed ad tempus, quo fit concursus, & deinceps; ipsum jus soli manet in superficiem; cujus effectus est solarii exactio, si non solvatur, sicut is, cui reditus ex fundo debetur, salvum habet jus petendi reditus, si non solvantur. De præteritis, quæ solvi debuerunt, neque exactæ sunt, pensionibus non est ratio, ut directus dominus plus juris habeat, quam dominus plenus habet in pensiones sibi ex re sua debitas, qui certe in iis non præfertur.

4. Creditorum divisio summa est in Personales & Hypothecarios, *προσωπικὰς καὶ ἐνυποθήκους*, ut Græci. Personales, qui personam duntaxat habent obligatam, sine pignore vel hypotheca; quales quia chirographis fere subsignant, *Chirographarii* quoque vocantur. Utrique, tam chirographarii, quam hypothecarii, sunt vel tales *respective* tantum, vel privilegiati. In omnium conflictu prima est hæc regula, *Hypothecarii præferuntur personalibus, l. 3. l. 9. & l. 10. C. h. t.* cujus rei hæc est ratio, quod hypotheca sit jus in re fixum, rem afficiens totam, quod alio jure subsequente non potest refigi, vel removeri; cum personales Creditores nihil quam personam debitoris, habeant obligatam jure dandi aliquid vel faciendi, quod nihil vetat eodem tempore pluribus deberi. Sed ut nulla regula suis caret exceptionibus: Ita & Personales nonnulli, secus ac regula dictat, Hypothecariis præponuntur,* quales sunt qui in funus impenderunt, *l. 14. § 1. ff. de Relig.*

* Hi sunt, quos Ordinario nostri Processus in prima classe constituit, ac sequenti locat ordine: ‡ I. impensas in concursum factas faciendasve. II. residuum pretii ex re, in qua sibi venditor dominium vel hypothecam in residui pretii securitatem, in ipsa traditione vel ante eam reservavit. *O. P. S. Tit. 42. pr §* in Erwegung. § also auch. ubi reservatio etiam extrajudicialis sufficit, ut *supr. P III. p 1028.* fuit monitum, nisi quod in bonis feudalibus sine domini directi consensu ea fieri nequeat. *a. II. f. 55.* Carpz *l. 4. Resp. 28.* Id. *P. 1. C. 13. d. 18.* ceu *resp. Fac. Jur. Lipf. Mens. Jan. 1705.* Dissent. Berl *P. 1. Concl. 64. n. 35.* III. Creditores, qui debita Jure hypothecæ exigunt constitutæ, antequam debitor fundum acquireret, *d t. §* gleichc. Carpz. *P. I. C. 28. d. 22.* qui etiam venditori, sibi postea dominium aut hypothecam reservanti, præferentur. Lyncker. *dec. 244.* Carpz. *l. 4. Resp. 27.* IV. Famulos mercedem petentes, das Liedlohn, quo privilegio fruuntur personæ domesticæ, quæ pane & victu debitoris fruuntur, die wesentlich bey ihm in seiner Behausung an seinem Brodte, oder an stat dessen in einem gewissen Kostgelde seyn. *d. Tit. 42. §* nächst diesen soll. atque ad hanc classem etiam pædagogi, scribæ, cultoresque agrorum pertinent, in convictu dominorum existentes. Carpz. *P. 1. C. 28. d. 26. 29. & 37.* si modo non ratione hujus mercedis a debitore usuras acceperint. Carpz. *d. l. def. 32.* V. Sumtus in funus facti. *d. Tit. §* Ferner soll. VI. Tributa, Collectas, aliasque exactiones publicas, Schoß, Steuer, und was auf den Gütern zu Bezahlung Kirchen- und Schul-

quibus cum usu Fori comparentur sumptus in morbum ultimum facti, * his idem jus tribui, consentaneum est, dissentiente licet D. Matthæo *disp. de Judic. 14. th. 8.* Excipiuntur etiam sumptus judiciales, facti in hereditatem jacentem,** *l. ult. § in computatione 9. C. de jur. delib.* quibus accenseri possunt sumptus venditionum explicandarum causa facti, *l. 72. ad L. Falcid.* maxime ubi publicis auctionibus cum effectu paratæ executionis, ut fere semper apud nos in rebus mobilibus, fiunt venditiones. Hic occasione referam, quod aliquando quæsitum est; Actuarii venditionum publicarum, pro sumptibus stipulari solent ab emptoribus vigesimum

Diener, oder anderer milden Sachen, zu entrichten, als Decem, item jährliche Zinsen von wiederkäuflichen Haupt-Summen, und dergleichen Onera realia. VII. Pecunia hæreditaria, sive pecunia, quam hæres cohæredi ex bonis immobilibus hæreditariis titulo familiæ erciscundæ, singulis annis, aliisve solutionis terminis præstat, das Erbegeld, *d.* § Ferner. *verb.* und dann das Erbegeld. quo jure prælationis etiam fruitur emptor pecuniæ hereditariæ, Carpz. *ad d. C. 28. def. 62.* non tamen adversus tertium possessorem rei immobilis venditæ, Philipp. *ad Dec. Ll. 7. observ. 4.* conf. Mencken *Disp. de pecunia hæreditaria* § 2. Cæterum qui ordine hactenus expositio, secundum Jus Saxonicum, in prima classe collocantur, non pro rata suas portiones consequuntur, sed, juxta privilegii prærogativam, alter alteri præfertur. *Ref. Gr. d. an. 1653. 57. gr. tit.* von Consistorial-Sachen. *gr. 5.* Carpz. *ad d. C. 28. def. 12.*

† Novissimo jure primam classem occupant hoc ordine: I. Sumtus concursus, quicquid pro inventario conficiendo & æstimatione facienda, cum judici, tum curatori bonorum & litis solvendum, quicquid pendente concursu, ad conservandos colendosque fundos, curam ædium, colligendos fructus, custodienda mobilia impensum, qui sumtus creditoribus, quibus satisfit, pro rata sunt decerpendi. O. P. S. E. I. & E. *Tit. 42. § 1.* II. Quicquid pecuniarum tempore incursus hostilis ad tributa solvenda, & quicquid frumenti ad colendos agros in magna annonæ caritate mutuo datum, cum interesse moræ. *d. Tit.* § 2. III. Impensæ funebres pro facultatum modulo, & judice moderante. *d. Tit.* § 3. IV. Quicquid ob ultimum morbum medico, chirurgo, apothecario, fœminæ, quæ ægroti curam habuit, & ei, qui alimenta præstitit, debetur. *d. Tit.* § 4. V. Residua famulorum merces, denenjenigen Personen, welche wesentlich in des Debitoris Diensten und an seinem Brodte gewesen, oder an dessen stat ein gewisses Kostgeld bekommen, iedoch weiter nicht, als wegen der letztern 3 Jahre vor des Schuldners Absterben, oder vor dem entstandenen Concurse. *d. Tit.* § 5. VI. Debita, quæ fundo oneris realis instar ante inhæserunt, quum debitor eum compararet, secundum temporis, quo illa in fundo constituta, ordinem. *d. Tit.* § 6. VII. Residuum pretii, cujus nomine venditor dominium vel hypothecam judicialiter sibi reservavit, in feudis consensu domini impetrato, in allodialibus bonis, facta super hoc cum negocium confirmaretur, in libro consensuum judiciali annotatione; pecuniæ itidem hereditariæ, si reservatio dominii aut hypothecæ simili modo, judicialiter facta. *d. Tit.* § 7. VIII. Onera: Schoß, Steuer, *Contribution. Defension-* und *Militz-*Gelder, nec non, *Decem*, Opfer-Pfennige, Wächter-Zins, Erb-Zins, Hufen-Gelder, Wacht Geld, Lehns Waare, und dergleichen, nach iedes Orts Gebrauch und Gewohnheit, absque temporis discrimine & pro rata, ex iis tamen unice bonis, quibus inhærent, & ex mobilibus, nec nisi ea, quorum dies intra quinque annos ante motum concursum venit; quibus antiquiora ejusmodi debita, nisi eorum solutio præceptis jam sit injuncta, aut executio jam petita, illi, quibus colligendi cura injuncta, a se solvi deberi sciant. Reditus annui redimibiles, ut jure reali gaudeant, judiciali consensu opus habent, nec prioritatis commodo ulla ratione fruuntur, nec censuum tribus ante motum concursum annis antiquiorum nomine quicquam debetur. Iis etiam redituum annuorum Dominis, qui judiciali hypotheca nondum gaudent, sexennium ad agendum, aut judicialem hypothecam constituendam est relictum. *d. Tit.* § 8.

* Idem expresse cautum est *Ord. P. S. t. 42.* § ferner. verb. was auf des verstorbenen Schuldners Begräbniß und in seiner Krankheit, der Artzney halber aufgewendet. Pertinent ergo ad eandem classem apud nos etiam Medicorum, Chirurgorum & Pharmacopolarum salaria. Carpz. *P. 1. C. 28. d. 43.* modo verosimiliter probentur. Id. *10. def. 46.* Immodicæ autem impensæ, cum in præjudicium Creditorum sint, hoc privilegio non gaudent, *a. l. 11. § 5. & l. 14. § 5. ff. de religios.* Id. *def. 42.* sicuti nec sumtus in funus uxoris aut liberorum facti. Id. *def. 40.*

** Jure nostro omnes expensæ judiciales & in utilitatem concursus factæ, alle diesem Concurs zum Besten aufgewendete Unkosten, in prima classe primo loco collocantur, quo & Curatoris salarium & reliqua ad conservationem massæ necessaria pertinent. Carpz. *dec. 55.* Richt. *de Conc. Cred. c. 2. membr. 2.* atque hæ impensæ, si singulis creditoribus satisfieri nequeat, iis, qui suum creditum consequuntur, pro rata detrahuntur, perpetua observantia teste.

octavum

octavum pretii nummum, sed plerumque domini venditores hoc lucrum partiuntur cum actuariis; Heres sub beneficio inventarii venditor, id percepit; Creditores hoc ab eo repetunt; heres ait, hoc lucrum est e sumptu venditionis explicandæ causa facto, quod, si actuarius retineret, Creditores petere non possent, quia præfertur illis, & de pretio detrahi solet, *d. l. 72.* Quod igitur is mihi concessit, Creditoribus cedere non cogor. Hi contra; jus Domini & debitoris, cujus vendita res est, ad nos pertinet. Tu hoc lucrum jure Domini cepisti, nec quicquam lucri capere potes ante creditores dimissos. Recte: ac ita judicatum est, illud commodum creditoribus accepto esse ferendum.

5. Non minus sæpe quæsitum est, an salaria Procuratorum & Advocatorum, * qui circa conflictum creditorum occupati fuerunt, causasque singulorum egerunt, inter sumptus judiciales computanda forent. Diu frequenterque id ita in Foro nostro servatum fuisse, constat, sed de jure distinguendum est inter eos, qui adhibiti sunt vel testamento insinuando, vel inventarium conficiendo, aliisve ad universam hereditatem spectantibus ministeriis, ut hactenus pro judicialibus habeantur salaria, & quæ in talia expenduntur, *d. § 9. l. ult. C. de jur. delib.* sed quæ pro singulis creditoribus operæ sunt præstitæ, nullo modo judicialibus in hereditatem impensis sunt accensendæ, cum nihil quam accessiones singularum rerum creditarum sint; quatenus debitor, cujus bona distrahuntur, ad impensas ac id quod interest tenebatur; Ideo quicunque e creditoribus suum ordine juris consequitur, non modo sortem creditam, sed & Advocati sui salaria cum cæteris, quæ ipsius interfunt, adipiscitur: Creditorum vero postpositorum Advocati, nihilo plus e bonis debitoris, quam ipsi domini, petere possunt, ac ita decreto Curiæ nostræ, publicato *d. 15. Julii 1638.* cautum est, Advocatos cum suis salariis non aliter in prælationem, quam ex ordine suorum Clientum venturos; quæ res minus observata deinceps, vehementer afflixit creditores de pecuniarum consignatarum distributione laborantes, donec tempus & juri & rationi locum facere cœpit.

6. Sub impensis autem judicialibus, sportulæ similesque Curiarum præstationes haud dubie comprehenduntur, quatenus ipsi Curiæ adhuc debentur, idque non modo respectu eorum, quæ post mortem aut fori cessionem debitoris, contracta, verum etiam quæ ab illo vivo aut in medio versante deberi cœperunt, ut *stylo Curiarum* magis quam *legis* suffragio hactenus servatur: quod beneficium non tribuitur aliis, qui pro debitoribus vivis adhuc in Foro agentibus curiales impensas fecerunt; cum his nulla quam negotiorum gestorum actio congruat, quomodo judicatum in *causa nobilis matronæ, adversus creditores Dorotheæ ab Idzaerda*, pro qua maritus actricis prorogaverat revisionis magnæ impensas, per quam *Dorothea* nobili prædio potita fuerat, *ante ferias Pentecost. 1680.*

7. Sic igitur potior habet regula, cum suis exceptionibus. Secunda est hæc regula, Inter *creditores hypothecarios PRIVILEGIATI præferuntur* ** *non privilegiatis, juxta ordinem Lege constitutum.* Is autem ordo, quatuor aut quinque

* Apud nos Curatoris quidem litis, qui adversus Creditores excipit, salarium in prima classe, ut dictum est, collocatur, Creditorum autem advocati & Procuratores, a suis quisque Principalibus sibi satisfieri curant. Nec Privilegium in *Ordin. Proc. Sax. tit. 42.* § nächst diesen. mercedi famulorum tributum, ad advocati debitoris salarium pertinet. *d* § Darum ist der Advocaten Besoldung anhero nicht zu rechnen. Carpz *l. 4. Resp. 11.* j. Nicol. *Ref. 18.* Ziegler. *add.* § verb. Der Advocaten Besoldung. *p. 244.*

** *O. P. S. t. 43.* inter hypothecarios, quibus præter Jus reale, ex personali privilegio beneficium prælationis competit, ‡ refert 1) Uxores ratione dotis, de quo actum fuit superius *P. I. p 414. & P. III p. 1050.* 2) fiscum, qui in bona debitoris, post contractum quæsitis, hypothecam cum jure prælationis habet, *d. t.* § desgleichen. Carpz. *P. 1 C. 28. d. 103.* Id. *l. 4. Resp. 13.* 3) eos, qui ad extruendum reficiendumve ædificium crediderunt. *d. t* § Wann auch einer. modo expresse hunc in finem pecunia data fuerit, ac refectionem fuisse necessariam, possit doceri. 4) illos qui ad emendum prædium ædificiumque pecunias mutuo dederunt, ac de hypotheca sibi prospexerunt, *d tit.* § Also wann. quod de judiciali accipit Martin *ad d.* § *n. 6.* extrajudicialem vero sufficere, præjudicio confirmat Rivin. *ad d. Tit. en. 42.* Collocantur autem hujusmodi hypothecarii privilegiati apud nos secundum prioritatem temporis. *d. tit.* § Wann sie. Carpz. *P. 1. C. 28. d. 03.* quod si de prioritate non constet, aut eodem tempore constitutæ sint hypothecæ, primo loco uxorem, ratione dotis, secundo pupillum, tertio fiscum, ac reliquos deinceps omnes eodem ordine collocari, vult *ejusd. tit* § Wenn man aber. Cum vero pupilli in *d. Tit. 43.* non nisi in hoc § *fin.* fiat mentio, ac ei regulariter simplex tantum hypotheca tacita sine privilegio competat, *l. 20. C. de adm. tut.*

articulis absolvitur, quorum tres quatuorve priores sunt singulares, qui singulos creditores in suo genere complectuntur. Primus ordo loquitur pro *Fisco* in causa *primipilari*, quæ mulieri etiam in Dote, cujus præcipua cæteroquin est causa, præfertur, *l. 3. & l. 4. C. de Primip.* ubi ratio redditur, *utilitas publica* privatorum commodis potior, quod tamen haud aliter, contra mulierem, quam excusso penitus marito, ejusque fidejussoribus & nominatis, exercetur, *l. 4. C. In quib. caus. Pign. tac.* Quid est autem causa primipilaris? Dicta est a primipilo, qui castris Romanis primus erat cujusque legionis centurio, sub cujus etiam cura posteriori tempore fuit annona militaris, qua de re vide sis Brisson. *de V. S.* voce *Primipil.* Fisco igitur primus locus debetur annonæ militaris causa, dissentiente D. Wissenbach. *b. th. 14.* Ad hæc Thomasius.

SCHOLIUM.

Imo non dissentit. Quamvis enim initio d. thesios dicat: Extra causam primipilarem fiscum in actione hypothecaria non esse privilegiatum; *tamen in medio mentem suam explicat his verbis:* Dixi, Fiscum extra causam primipilarem & *pensitationes publicas*, non habere privilegium inter hypothecarios. *Igitur quæ ibidem disputat Wissenbachius, spectant* ad posit. 10. hic.

RESPONSIO.

Male cepit, ut opinor, Thomasius dissensum Wissenbachii *a me notatum: quem in hoc unum consistere, quod cum nos principem locum Fisco in causa primipilari vindicemus, ille non nisi tertium Primipilo concedat locum*, aperte d. th. 14.

N. ADDIT.

Quod male ceperim illum dissensum, non sum in culpa, sed positio Autoris, quæ dissensum illum non locaverat loco debito, ut jam fecit in prælectionibus. Ita enim tum erat scriptum posit. 3. Princeps locus causæ primipilari debetur (*si hic additus fuisset dissensus Wissenbachii, tunc omnia se recte habuissent,*) cui accenseri videntur tributa, *l. 1. C. si propt. publ. sensit.* ubi Perez. Dissent. D. Wissenb. *ad h. t. th. 14. quis hic non intelligeret Autorem, quod Wissenbachius dissentiat quoad tributa?*

Quod autem de pentitationibus publicis addit *Thomasius*, id nos quoque *post. 3.* secuti Wissenbachium, qui inter pp. alios sequitur, collocavimus, ut facile tamen patiar aliquem expendere verba *l. 1. C. Si propt. publ. sens.* quæ sunt hæc: *Venditionem ob tributorum cessationem factam revocari non oportet, neque priore domino pretium offerente, neque creditore jura hypothecæ sive pignoris prætendente, prior enim est causa tributorum, quibus priore loco omnia bona cessantis obligata sunt.* Hinc dicendum videtur, Fiscum in tributis præferri creditoribus hypothecariis communibus, etiam venditori respectu rei venditæ, in qua ob pretium non solutum retinuit hypothecam, per verba *priore domino*, nisi hæc ad dominum cessatorem tributi referenda sint, ut Brunnem. ad *d. l. 1.* Sed ut mulieri in dote, quam lex enixe cunctis creditoribus, etiam Fisco prætulit in *l. ult. h. t.* ut, inquam, huic causæ Fiscus cum tributis anteferatur, verba vix ferunt, collata maxime cum *d. l. 3. & l. 4. C. de Primip.* in quibus Fisci causa *primipilaris* mulieri nominatim præponitur; nec enim causam primipilarem eandem esse cum Tributis in genere, dictum est *antea.* Sed hoc verum est, Fiscum præferri causæ dotali & omnibus aliis, quando jus ejus prærogativa temporis est ante dotem aliaque credita & hypothecas; Si hoc modo verba *d. l. 1. prior est causa, quibus priore loco &c.* accipi possint. Fisci obligatio si quando tempore causam dotis præcedit, ei quoque juris & pignoris ratione antevertit, *l. 2. C. de Privil. Fisc.* Cum alia debita, licet tempore priora, causam dotis sequantur. Sed eo respectu non modo causa Tributorum, sed fiscalis in genere mulieri præferenda est, quemadmodum ex adverso mulier habens antiquiorem tributis causam, Fisco præferenda foret, *d. l. 2.* Quod si verba *d. l. 1.* non de priore loco ratione temporis, sed de privilegio

verba *d.* § folgends die Mündlein. de casu, si forte pupilli ad ædificationem aut reparationem ædium pecuniam crediderint, accipit Carpz. *P. 1. C. 18. d. 63.* & Ziegler. *ad d. tit.* § verb. folgends die Mündlein, *p. 263.* videntur tamen ea ad casum, quo res pupillari pecunia comparata fuit, *l. 7. ff. qui pot. in pign.* quoque referri posse, si forte ipsam rem vindicare haud expediat. j. Id. Carpz. *l. c. d. 63. & d. 109.* Brunn. *d. Conc. Credit. c. 5. § 6.* Huber. *infra § 10. h. t.*

‡ Hæc Classis II. novissimo jure penitus exstincta est, nec uxori ratione dotis, nec fisco ratione contractus initi, nec iis, qui ad ædificationem, reparationem, conservationem, aut coemtionem domus vel fundi pecunias crediderunt, ullum jus prælationis, immo ne quidem jus reale competit, nisi de hoc ipso specialiter in judicio sibi prospexerint, secundum temporis ordinem inter alios hypothecarios collocandi, neglecta omni statutorum huic constitutioni adversantium ordinatione. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 43.*

juris

juris accipienda sint, ut plerumque intelligunt, Tributorum causa proximo post mulierem loco subjiciendi fuerit. Verum Interpp. causam primipilarem & Tributorum confundunt, etiam Brunnem. *ad d. l. 1. in fin.* quod a jure Romano alienum esse, ex *supra dictis* palam est. Sub hac cautione de Tributis heic absolvemus.

8. Jus fisci hac parte sine dubio Quæstoribus & collectoribus tributorum, qui fisci ministri, ejusque nomine utuntur, adscribi debet, *arg. l. 11. § 2. de Public.* junct. *l. 11. C. de Vectigal.* quarum legum in priore textu, quod jus fisci est in vectigalibus, hoc in posteriore dicitur eorum esse, qui a fisco vectigalia conduxerunt. Illa tamen sententia recipit hanc limitationem, *nisi collectores in exigendis tributis & vectigalibus negligentiores fuerint*, cum ipsorum culpa Creditorum reliquorum præjudicio cedere nequeat. Hac ratione, apud Supremam Frisiæ Curiam, quando cum creditoribus Quæstores sive collectores, adversus ipsos debitores tributorum & vectigalium concurrunt, præferuntur equidem, sed pro quatuor tantum mensium contributionibus; quod ad census agrestes attinet; quos cum singulis bimestribus spatiis colligere debeant, si duplum temporis illis indulgeatur, id ex veteri stylo Curiæ, & æquo jure creditorum, sufficere visum est.

Non videtur dubitandum, quin Fiscus idem jus habeat in bonis Quæstorum & Collectorum, qui publicorum tributorum pensiones, quas acceperant, in Fiscum non detulerunt; datur enim indistincte ratione tributorum hoc privilegium in *d. l. 1.* & *Fisci* favor respectu administratorum plus habet utilitatis publicæ, quam adversus alios debitores, exemplo pupillorum & minorum, qui habent legalem hypothecam in bonis Curatorum suorum, quam alioqui non habent, ut *superius* dictum est, ubi ad Respubl. idem produci, intelleximus. Non desunt tamen, qui Fiscum adversus ipsos debitores tributorum habere privilegium; sed in bonis administratorum suorum hac parte simplici duntaxat hypotheca gaudere volunt, exemplo Reipubl. & minorum, in *l. 20. C. de Administr. Tut.* Agitata fuit hæc controversia in Curia nostra, referente *Nauta*, in hujusmodi causa. Cajus pro Titio Quæstore seu Collectore Tributorum in pago *Deinum*, solverat Fisco reliqua Tributorum, & cessionem Juris Fiscalis acceperat. Cujus virtute D. Nyssius Senator, bonorum Quæstoris inter Creditores Titii commissarius, prætulerat Cajum antiquioribus hypothecariis, qui ab ejus sententia appellaverunt Curiam. Quæ ita sensit, Nauta teste; Fiscum in bonis sui administratoris nihil amplius habere quam hypothecam; ideo priores tempore prætulit, *inter Lolle Jurgens cum soc. appell. & Simon Jelles in qual. appellatum, d. 27. Octobr. 1640.* De jure tamen, non putarem esse recedendum a positione priori.

Quid si Magistratus in suis civitatibus & pagis creaverint Quæstores sive Collectores tributorum particulares, dum ipsi Fisco tenentur; an hi rursus habent privilegium hypothecarium in bonis suorum particularium Quæstorum ante alios Creditores? Non habere, judicavit Curia in causa *Creditorum Pastoris Stonebrinck*, qui nomine filii habuerat Quæsturam tributorum pagi *Tzummarum*, contra *Rectores dicti pagi, a Fisco*, qui tamen a Commissario Curiæ prælati fuerant *d. 26. Octobr. 1678.* De jure non habent pagi & Civitates plus quam hypothecam, nisi cessionem a Fisco habent, quæ in prædicta specie deerat quidem, sed ajebant, se fisco solvendo, in jus ipsius successisse, *l. 1. C. h. t.* qua de re mox erit agendum. Sed verius erat, illos potius solvisse pro se; nam Magistratus Universitatium, habentes curam in sua ditione tributa colligendi per ministros, ad hoc a sese electos, tenentur ad Rempubl. suo nomine salvam præstandam, & periculum ad ipsos pertinet, ut etiam observatur. Ipsi nihil quam jus Universitatis, in suos Ministros habere possunt, idque non adsurgit ultra simplicem hypothecam; de qua diximus ad *tit. Ex quib. caus. pign. tac.*

Huic est adsine quæsitum; An Quæstor Fisci in suos ministros vel substitutos ab se creatos, jus idem, quod Fiscus, habeat in concursu Creditorum? Fuit celebris ea de re lis inter heredes Viri nobilis *Abbii a Bootsema* Quæstoris Frisiæ generalis, & Creditores *Abbii Frederici Gabbema*, quo ut Scriba usus erat *Bootsema*. Is autem aufugerat, ablatis, ut ferebatur, multis millibus pecuniæ publicæ, quam *Bootsema* Reipubl. præstare cogebatur. Commissarius Curiæ prætulerat heredes *Bootsemanos* cum centum millibus & amplius, reliquis creditoribus hypothecariis. Scribæ sui, quam sententiam Curiæ retractavit, judicavitque τὸν *Bootsema* nihil adversus Scribam habuisse, quam personale jus crediti, *d. 8. Jun. 1641.* quod erat verissimum, si nulla cessio a Fisco, vel nulla conventionalis hypotheca constituta fuisset, quam fuisse non liquet. Nam Lex nulla Quæstoribus dat

hypothecam in ſuos mandatarios; Quod enim hi agunt, id ipſi Quæſtores agere videntur, ſalva ipſis actione mandati: Proinde cum ſolvunt Reipubl. ſolvunt pro ſe, rurſusque pro ſe a mandatario exigunt, non Fiſci nomine, cui nihil cum Scriba ſubſtituto, quem ipſe Quæſtor elegit, negotii. Diverſa tamen ſpecies effecit, ut dein Reviſione ſecunda *Bootſmani* denuo ſuperiores evaſerint. Sed eſt genus cauſarum, in quibus exoticæ rationes aliquando nativis præſtringunt.

10. Secundus privilegii locus, datur a Juſtiniano creditori emtæ pignoratæque militiæ, per textum in *Nov. 97. c. 4.* Per militiam autem intelligitur heic locus in Schola agentium in rebus, quæ fuit apud Cæſares poſteriores, qui miniſterio publico & extraordinario rerum gerendarum vacabant; & quaſi ſeminarium Reip. habebatur, ut ex eorum numero quoque Magiſtratus electi fuiſſe videantur. Hi interim commoda quædam & ſalaria percipiebant, eaque loca fuerunt in commercio, ut etiam legari vendique potuerint, qua de re videre licet Briſſon. *de V. S.* voce *Militia.* Dignitates tamen honoresque Reip. non fuerunt, ne quis publicorum munerum nundinationes in Jure noſtro probari, in animum inducat. Qui, ut dixi, credit in militiam, *ſolus eſt prior*, & *huic ſoli caſui cedit mulier*, *d. c. 4.* In quibus verbis hæret eorum ratio, qui Fiſcum in cauſa primipilari tertio poſt mulierem ordine collocant. Etenim ſi mulier ei ſoli, qui credidit in militiam, cedat, oportet ei cedere Fiſcum in cauſa primipili; proinde *d. l. 3. & l. 4.* per *d. Nov. 97.* abrogatas cenſent, ut modo Wiſſenbachium ſentientem induximus. Sed Juſtinianus non ſolet tam defunctorie jus vetus abrogare, cum apparatu verborum id agere ſolitus; ſaltem exprimere jus, quod abrogat, oportebat, cum in *d. cap. 4.* nulla primipili mentio fiat. Quæ vero ad ſummam Remp. adeo enixe pertinet cauſa, lege ſtabilita, generalibus obiterque labentibus verbis non debet abolita cenſeri. Non magis quam eadem cauſa primipilaris abrogata fuit per *l. ult. C. h. t.* ubi mulier in dote præfertur omnibus indiſtincte creditoribus; ut generalia verba ibi non excludunt Primipilum, ita nec conſequentia *d. Nov. 97.* id efficere poteſt. Maneat igitur Fiſco princeps hac parte privilegii locus, ſive de ipſius primipili, qui rem militaris annonæ adminiſtravit, bonis agatur, ſive de debitoribus primipili ex ejusdem annonæ cauſa. Ant. Matth. *diſp. de Judic. 14. th. 10.* Verum totus iſte ſecundus locus de creditore militiæ non habet uſum hiſce temporibus, quia non habemus id genus militiæ, nec faciendum videtur, etſi alicubi munera publica venalia ſint, ut ſanctionem hanc Juſtinianeam in favorem eorum, qui ad ejusmodi nundinationes credidere, producamus; niſi lege ſpeciali in quaque Rep. ita conſtitutum fuerit; a qua re pudor adhuc, credo, detinuit ſummas poteſtates, etſi malum illud nundinale publicæ verecundiæ cancellos jam pridem in multis aulis ac Rebusp. perfregerit. Apud nos certe non valebit hoc privilegium, nec eo quidem caſu, quo lex translationem publici muneris pro pecunia permittit, veluti cum quis per annos XX. in functione publica verſatus eſt, per Edictum *d. 16. Maji 1662.* quia privilegium hypothecæ, legem ſpecialiter expreſſam, ſi quicquam aliud, requirit.

11. Tertius ergo locus datur in Dotis cauſa Mulieri, ut omnibus, etiam anterioribus hypothecariis creditoribus, ſeu tacitam ſive expreſſam habeant hypothecam, præferatur, *l. ult. § 1. C. Qui pot. in pign. Nov. 97. c. 4.* nempe, ſi dos præſtita, non ſi cauta ſit duntaxat, *d. l. ult. § 1. verſ. cum enim.* A. Matth. *de Judic. diſp. 14. th. 14.* Nec huic mulierum privilegio derogatum eſt per *d. Nov. 97. c. 3.* ut Wiſſenbachius dubitanter affirmat, *th. 14. h.* per hæc verba, Ἔλθοι δὲ καὶ ἕτερος διατάξεις *&c.* Mox; *in aliis quidem prævalere creditoribus* (mulierem), *quicunque non talia prætendant, his autem cedere, quoniam ex eorum ſubſtantia res eſt acquiſita*, quibus verbis Cæſar mulieri præferre videtur eos, qui pecuniam ad rem comparandam vel conſervandam, ſub ejusdem rei pignore crediderunt. Sed aut omnia me fallunt, aut deciſio pro muliere ſtatim ſubjicitur tam claris verbis, ut dubitationi locus non relinquatur, in verſ. *plurimum igitur & voluntas igitur &c.* Cæterum reſpectu Fiſci mulier in dote non eſt privilegiata, nec ipſe reſpectu mulieris, niſi in cauſa primipilari, ſed ambo judicantur ſecundum regulam temporis, ut docet Lex 2. *C. de Privil. Fiſci*, qua ratione Tributa quoque mulieri præferenda videri, dictum eſt *ſuperius.* Datur autem hoc privilegium mulieri liberisque ejus, non extraneis heredibus, liberique prioris matrimonii præferuntur cum dote ſuæ matris, uxori ſecundæ, quæ eſt noverca ipſorum, *d. l. ult.* verſ. *Exceptis C. h. t.* Subjiciam hoc loco obſervationem non ſpernendam Thomaſii ad *poſit. noſtr. ſ. h. t.*

SCHO-

SCHOLIUM.

Extranei ergo hic sunt omnes, qui non sunt liberi mulieris. Unde quæritur, si filiis duobus matri suæ heredibus existentibus, unus postmodum decedat, qui portionem suam bonorum maternorum dotalium in fratrem transferat, an hic filius superstes reliquis creditoribus præferri debeat, ratione bonorum dotalium omnium matris suæ, an saltem ratione portionis dimidiæ ex hereditate materna immediate ad se translatæ? Posterius affirmat Carpzovius Part. 1. C. 28. d. 98. *idque expeditum esse ait, quoniam privilegium hoc ad extraneos heredes sive ascendentes sive collaterales, transferri nequeat. Sed mihi prius magis expeditum esse videtur, quia* d. l. ult. §1. Cod. h. t. *liberis mulieris plene prospicere voluit, nec distinguit, an filii immediate matri suæ succedant, an mediate; itaque etiam ex communi privilegiorum natura, beneficium hoc late est exponendum; præprimis cum eadem adsit ratio, scilicet favor sanguinis, modo is, a quo filii hereditatem maternam mediate accipiunt, idem jus prælationis habuerit, ut in hoc casu frater filii; nam si ipse nihil habuerit, nihil est, quod ad alium transferatur. Nec obstat ratio Carpzovii, quia illa valet saltem de heredibus extraneis & collateralibus mulieris, non vero de heredibus collateralibus filiorum, qui non sunt simul extranei respectu matris.*

Non valet tamen ultra dotem hoc privilegium, non ad donationem propter nuptias, *d. l. ult.* § *ult. d. N. 97. c. 3. in fin.* Multo minus in rebus paraphernis, Sand. *3. 12. 3.* Et quia moribus hodiernis pleraque bona sunt parapherna, dotesque raro constituuntur, ut ad *tit. de Jur. dot.* videbimus, minus frequentem hujus privilegii usum esse consequitur, etiam in Frisia; licet enim ibi dotes non penitus obsoleverint, plerumque tamen mulieres nubentes sua bona simpliciter inferunt in societatem conjugalem.

Cæterum, si recte ratiocinati sumus in § *12.* causa Tributorum fiscalium, muliere in causa dotis tempore posterior, statim post eam collocari deberet, ante cæteros creditores hypothecarios. Sed quia de Tributis absolvimus, huic causæ diutius non immorabimur.

12. Quartus igitur privilegii locus datur his, qui sequuntur. Primo, qui credidit ad restitutionem insulæ, *l. 1. D. Quib. caus. pign. tacit.* secundum ea, quæ *ad dict. tit. n. 7.* collocata sunt. Ad istum enim titulum, quid ad effectum hujus hypothecæ requiratur, commemoratum est, heic de ordine tantum privilegioque, non de usu vel extensione legalis hypothecæ, locus est agendi. Secundo referuntur ad hunc ordinem, quicunque crediderunt ad rem quamvis acquirendam vel conservandam, *sub ejusdem rei pignore speciali, l. 5. l. 6. & l. 7. D. h. t.* Cujus rei hæc est ratio, quod ejusmodi Creditor salvam fecit pignoris causam, ejusque pecunia factum est, ut creditores hypothecarii in eam rem agere possint, *l. 6. in pr. h. t.* quam operam aliis ante ipsum prodesse, durissimum foret. Inde quæsitum est, an is, qui credidit ad solutionem domus jam pridem emptæ, & emptori eidemque communi debitori acquisitæ, privilegium hujus loci mereatur. Negat Sandius *lib. 3. tit. 12. defin. 6.* Licet enim hic sibi prospexerit de tali hypotheca, quia tamen sua pecunia credenda non effecit, ut res emptori acquireretur, nec adeo præstiterit, ut salva pignoris causa foret, cessat in eo prælationis ratio. Verum quod addit eodem loco Sandius, *id parum abest, quin usum* hujus sententiæ frequenter evertat; Ait enim, si res vendita sit, *non habita fide de pretio,* creditorem, qui diu post venditionem pecuniam in solutionem rei venditæ prorogavit, habere privilegium, quia tunc dominium emptori, non nisi post solutionem, præstitum intelligitur, secundum ea, quæ a *princ. hujus tit.* dicta sunt. Quotiens igitur res immobiles, in quibus harum rerum usus potissimum consistit, fide non habita venduntur, cessat *prior definitio.* At sæpe venditionis instrumento inseritur clausula retentionis, & *reservati dominii,* donec pretium sit solutum, quibus argumentum fidei non habitæ indubitatum continetur; non obstante, quod *Sandius* ait, præstituta pretii solvendi die, quod æque semper in venditionibus rerum soli exprimitur, fidem habitam censeri; hoc enim procedit, nisi diserte contrarium aliis verbis & pactionibus sit comprehensum, quemadmodum supradictis clausulis fieri, manifestum est. Quæ res forte ancausa fuerit, quod Senatus in sententiam, pro qua Sandius disputat, nihil, ut ipse narrat, definiverit: Quin postea simili casu incidente, (frequentes enim sunt,) dubitatum non memini in Foro, quin venditor per clausulam reservati Dominii & retentionis, etsi terminis solvendi expressis id juris retinuisset, quo qui fidem de pretio non habuere, gaudent.

13. Alia res majorem in hoc tractatu usum habere videtur, & est hæc; Quod valde exacta requiritur probatio, pecuniam vere ad comparandam

dam rem, vel conſervandam pretiumve rei emptæ ſolvendum, converſam fuiſſe: nam ut ſoli debitoris in mutui inſtrumento confeſſioni plena fides habeatur, nimis periculoſum videtur, cum nihil ſit notius, quam debitores ære alieno gravatos, conficiendæ novæ pecuniæ cauſa tales prætextus comminiſci, quibus aliis & antiquis creditoribus ſuum jus auferri, durum, nec ferendum videtur. Exemplum ejusmodi tractatum eſt in Curia Suprema; Titius Sempronio crediderat duo millia florenorum, quæ debitor in ſolutionem ultimæ penſionis ſuæ domus & officinæ cereviſiariæ, converſa fatebatur. Titius nihil aliud probabat, quam in ultimam penſionem, ſex diebus poſtquam ipſe pecuniam crediderat, adnumeratos eſſe venditori mille trecentos florenos, nec aliud quidquam, de quo ſuam fuiſſe pecuniam conſtaret, proferebat. Commiſſarius dirimendis creditoribus datus, Titium prætulerat cum iſtis mille trecentis florenis, antiquioribus hypothecis, quaſi converſio in ſolutionem rei venditæ ſic ſatis probata fuiſſet. Sed cum creditores appellaſſent, ſententia retractata eſt, eo, quod nec confeſſio ſolius debitoris ſufficeret, nec factum illud, ſolutione poſt intervallum facta eo modo probatum, amplius quam præſumptionem hominis efficeret, ex qua jus creditorum deſtrui non poſſet; facit appoſite *l. 24. in fin. de Reb. auct. jud. poſſid.* Ac ita judic. *in cauſa N. N. appell.* contra *Gerryt Goſſes d. 28. Septemb. 1680.* Unde liquet, non obſtare, quod *ad tit. Quib. cauſ. pign. tac.* diximus; ab eo, qui credidit ad domum reficientiam, non requiri plus, quam ut probet rem eguiſſe refectionis, atque in inſtrumento ſcriptum eſſe, quod pecunia in refectionem converſa ſit. Præter enim quod res bene diverſæ ſunt, eadem diſtinctio refectionis, ſtatim vel poſt intervallum factæ, collocata eſt, ex *d. l. 24. in fin.* ubi privilegio locus eſt, ſi pecunia *ſtatim* pervenerit ad privilegiatum, non æque ſi id mediate, ac interjecto tempore ſit factum.

14. Denique, id ex ipſa theſi ſatis conſtat, eos, qui crediderunt ad rem comparandam vel conſervandam, nullum habere privilegium inter hypothecarios, niſi jus in eadem re ſpecialis hypothecæ pepigerint; nec enim legalis eſt hæc hypotheca, ſed conventionalis tantum, & absque ſpeciali hypotheca privilegium non valet, niſi inter creditores perſonales, *l. 26. & l. 34. D. de reb. auct. jud. poſſ.* junct. *l. 7. C. Qui potior. in pign.* Quemadmodum in Curia quoque noſtra judicatum eſſe, refert Nauta noſter, *d. 15. Junii 1637. in cauſa D. Johannis Venonis*, contra *Wilke Gerbens.*

15. Inter eos, qui ad rem comparandam crediderunt, amant recenſeri Procuratores & Advocati, pro expenſis & ſalariis ſuis, ſi obtinere nequeant, ut inter judicialia primo loco ponantur, ut non debere fieri, modo vidimus. Habent *arg. l. 30. D. de Procurat.* quæ dat Procuratori facultatem, ut ſibi de judicato ſatisfieri curet, ſi dominus litis ſolvendo non ſit. Verum illis verbis nec hypotheca, nec privilegium inter, aut ante hypothecarios, continetur. Sed quod dicunt, opera ſua factum eſſe, ut judicatum illud obtentum ſit, ac ita ſalvam pignoris cauſam fecerint, ſecundum ea, quæ modo diximus, non eſſet de nihilo, ſi pacti eſſent hypothecam ſpecialem in ſubjecto litis, cui ſerviunt; ſufficeretque, ſi mandato ſuo talem clauſulam inſeri curarent, quod *Notandum*; Absque illa manifeſtum eſt, eos hunc locum occupare non poſſe, per ea, quæ *theſi prac.* expoſita ſunt: ut ne quidem in expenſas, in quas adverſarius clientis condemnatus eſt, Advocatus victoris præferatur. Exemplum apud Curiam; *D. J. Buningius* patrocinabatur cuidam Moymanno, qui jus pro Deo, ut ajunt, impetraverat. Obtinuerat cauſam aliquam contra *Heinſios* mercatores, cum expenſis. Victi pecuniam ſolutam ex continenti præcludebant, ex alia debiti liquida cauſa. Buningius pro expenſis & ſalariis, in pecuniam ſua induſtria quæſitam præferri volebat, ſed cum hypothecam ſpecialem non haberet, nihil obtinuit, *d. 21. Martii 1680.* Si quis invitus pauperi datus eſſet a Curia Advocatus, inter judicialia forte recenſeri poſſet: Tutius eſt tamen, addere mandato clauſulam hypothecæ, quam diximus, ſpecialis.

16. Tertio inter hypothecarios hujus ordinis, numerantur *pupilli* & *minores*, quorum pecunia res eſt empta, *l. 7. in pr. h. t.* nec non ejusdem ordinis cenſetur is, cujus pecunia ſervus ab hoſte redemptus eſt, ob jus cum in ipſum hominem aliquo modo, tum in res ejus per conſequentiam. Quod ut hodie in his, quia a Barbaris capti atque redempti ſunt, locum habere queat, ita forte converti poſſit; ut ſervi redempti ſimile jus habeant, in eorum, qui pecunias ad redemptionem promiſerunt, neque ſolverunt, bona: quod eorum nomine mandatoque ab eis, qui tales pecunias, ut fit, ſcripto, *ſi ſervus in patriam redierit*, promiſſas, repræſentarunt, exerceri poſſit. Denique, non-

nulli

nulli ad hunc ordinem quoque referunt fiscum extra causam primipili & tributorum; Sed rectius alii Fiscum, ut & pupillos ac minores, inter simplices hypothecarios ponunt, juxta *l. ult. h. t.* nisi quod privilegium inter hypothecarios habeat fiscus in bonis post suum contractum quæsitis, quo sensu liceat accipere *l. 28. de jure fisci*, eamque ita conciliare cum *d. l. ult.*

SCHOLIUM.

Sed non licet, propter expressa verba d. l. ult. *& ea quæ habet Wissenb.* ad ff. de jure Fisci, th. 10. *dicter Struvius procedit in resolut.* ad h. t. th. 30. *Sed & hujus responsio resellipotest ex Wissenbachio* d. l. *cum quo facio, sententiam* d. l. 28. *opinioni Scævolæ in* d. l. ult. *præferens.*

RESPONSIO.

Hoc est, antinomiam statuit cum Wissenb. nostro, quod nos evitare malumus, si facultas detur, quæ in hac causa non deest. dit Ulpian. in d. l. 28. posteriorem esse Fiscum in re postea acquisita. *Scævola in* l. ult. in pr. h. t. Sejam esse Fisco præferendam *etiam in illis rebus, quas debitor tempore prioris obligationis habuit, item in his rebus, quas post priorem* (Sejæ) *obligationem acquisivit. Superest adhuc tertium genus rerum post fisci contractum, qui posterior est, acquisitarum, de quibus nihil vetat accipere* d. l. 28. *maxime, si addas* l. 2. C. de Privil. Fisci.

N. ADDIT.

Quasi vero res post fisci contractum acquisitæ, non comprehendantur jam a Scævola sub rebus, quas post priorem Sejæ obligationem acquisivit. Adde, quod ex textu Ulpiani non obscure appareat, JCtos ea in re dissensisse, & decisione Imperatoriæ constitutionis finge opus. Lex 2. Cod. de privil. fisci. *nihil habet, quod jubeat tertium genus hic effingere.*

Maneat igitur Fisci locus in hoc ordine quarto, respectu bonorum, quæ debitor ejus post tempus contractus secum initi acquisivit, ut etiam in illis, antiquioribus præferatur Creditoribus. Nam quando prior est tempore, tunc omnibus antevertit privilegiatis, ut probatum *supra* ex *l. 2. C. de Privil.*

17. Postremo sunt, qui ad hunc ordinem quartum referunt Dominos directos respectu canonis aut salarii sibi debiti, ex *l. 15. h. t.* Sed horum prærogativam ad jus dominii pertinere, *supra* demonstratum est. Habent equidem pro pensionibus præteritis, quæ solutæ non sunt, hypothecam, ut similiter dictum est *tit. Ex quib. caus. pign. tac.* sed privilegium exigendi ante alios creditores hypothecarios, esse constitutum in illa *l. 15.* probari non potest, ut *th. 3.* diximus. Nec sine lege speciali & expressa, plus juris, inquam, pensionibus emphyteuticis, superficialibus, aut salariis est tribuendum, quam dominis, respectu pensionum de rebus pleno jure propriis debitarum, tribui constat.

De Concursu hypothecariorum simplicium.

XVIII. Quintum ordinis locum, esse pro cunctis hypothecariis, tam tacitis quam expressis, ordine temporis. XIX. Inter eos esse Fiscum. XX. Et pupillos. XXI. Prioritatem temporis etiam exteris & minutis æstimari. XXII. Alia de temporis ordine observationes. XXIII. Excipi duntaxat Pignus Prætorium. XXIV. Tempus etiam generalem hypothecam præponere speciali, sub certis limitationibus.

18. Sequitur quintus ordo creditorum Hypothecariorum, qui non jam privilegio, sed tempore dirimuntur, secundum regulam, *Qui prior est tempore, potior est jure, l. 2. l. 11. in pr. & l. 12. § 2. h. t. l. 7. & l. 8. C. eod.* Quin ex eadem regula judicandi sunt, concurrentes in textibus *supra* citatis. Unde cessante prærogativa cautæ, nulla dirimendi ratio, quam a tempore peti & applicari potest, *arg. dict. ll.* Pertinent igitur ad quintum hunc ordinem, omnes hypothecarii, tam expressam quam tacitam hypothecam habentes: nec enim usquam his etsi lege fuerint, jus ante alios exigendi datur, nec ratio plus eis tribuit, quia lex hypothecam statuendo nihil aliud quam conventionis defectum supplet, *arg. l. 4. D. in quib. causis pign. tacit.* In foris tamen nostris sæpe fit, ut non modo vulgi opinione, sed etiam in actis publicis atque edictis, hypothecæ tacite existimentur vocenturque *privilegiatæ*; propter speciem quandam rationis Juri præstringentem; Nam hypothecæ vulgares, actis publicis insinuatæ, secus apud nos, vel, ut *alibi*, publica forma constitutæ sigillove munitæ, aut a Scabinis probatæ, etsi tempore posteriores, occupant locum priorem; cui incommodo, cum legales hypothecæ non sint subjectæ, sed hæ suum locum sine publica

forma vel insinuatione in acta, retineant: hæc res privilegii speciem, quod non nisi temporis ordini accepto ferendum est, tacitis hypothecis circumdat. Est adhuc alia difficultas, quæ ex conflictu tacitæ & conventionalis hypothecæ oriri potest, maxime ex hypothesi Registrationum, quæ apud nos sunt in usu, & de quibus agendi paulo *inferius* occurret locus.

19. Porro inter hos vulgares hypothecarios, referendus est denuo Fiscus, quem locus hic jam tertius a relitquis distinguit. Primus in causa primipilari, atque in tributis, (etsi in hisce tempori plus, quam privilegio debeat;) ut *superius* demonstratum est. Secundus in rebus post suum contractum quæsitis, ut audivimus. Tertius denique in hanc classem incidens; habet enim fiscus tacitam hypothecam in bonis omnium debitorum suorum, *l. 46. §. 3. de Jure fisc. l. 1. & l. 2. Cod. h. t.* & dictum est *supra, Quib. ex causis pign. tac.* ubi pœnas Fisco debitas excepimus, in quibus ut odiosis, non placuit * hypotheca legali præjudicare creditoribus aliis, *l. 17. & l. 37. de jure fisci.* ne quidem post sententiam; etsi aliter ex vetustis Dd. Neguzantius *M. 4. P. 2. n. 115. in fin.* sic enim jus creditorum, fisco præpositum *d. l. 17. & l. 37.* penitus eluderetur.

20. Pertinent huc etiam pupilli & minores, non, uti fiscus, in omnibus, sed adversus tutores & curatores suos, *l. 20. C. de Adm. tutor.* junct. *l. 7. h. t.* ubi contra alios datur privilegium uno tantum casu: si qua res pecunia pupilli sit empta, quod confirmat regulam in cæteris casibus, hypothecam sine mentione privilegii dantibus. Denique, probavimus ad *tit. In quib. caus. pign. tac.* nullam extare juris auctoritatem, qua nativitatem hujus hypothecæ certam ante Constantinum in *d. l. 20.* statuamus; privilegium tamen pupillos & minores adversus tutores & curatores suos antehac habuisse, constat ex *l. dabimusque. 19. de Reb. auctor. jud. possid.* sed inter personales creditores duntaxat: Unde liquet responsio ad argumentum, quo probatum est alias, pupillos & minores esse privilegiatos inter hypothecarios, quod erat hujusmodi; Qui habet hypothecam & privilegium, is inter hypothecarios est privilegiatus; Sed pupilli & minores habent hypothecam, *d. l. 20.* & privilegium, *d. l. 19. §. 1.* Ergo inter hypothecarios sunt privilegiati. Negatur propositio, vel limitatur, *nisi alio respectu hypotheca & alio respectu privilegium sit datum*, quemadmodum hoc accidisse, demonstratum est: Proinde cum fisco & pupillis, inquam, omnes hypothecarii creditores æquo jure, salvo temporis ordine, concurrunt, *l. 2. §. 11. &c.* nec aliud ad commodum prioritatis, quam ipsa pignoris aut hypothecæ constitutio privatim facta, requiritur; etsi hodie quibusdam locis ordo temporis non tribuat prælationem in hypothecis immobilium rerum, nisi a Superiore sint confirmatæ, ut monet Thomas. ad *posit. 19. h. t. ex Const. Elect. 23. part. 2.* & Struv. *ad h. tit. th. 26.*

21. Cum autem temporis prærogativa naturaliter horis etiam & *minutis* æstimetur, non est quod diversam a Juris Civilis auctoribus rationem exspectemus, re ipsa inprimis suffragante: nam quia jus hypothecæ constitutum, afficit rem eique inhæret, non potest hic Character impressus, ab alio superveniente deleri, vel superari, proinde nec aliter usus in foro notissimus servat, teste Sandio *lib. 3. tit. 12. def. 16. a pr. versu: Illud hoc loco.* Gail. *2. obs. 25.* quo pertinet, quod memini quæsitum de hypothecis duabus, Registrationi sive Insinuationi, quæ juxta regulam temporis æque regitur, simul oblatis; cum ambo creditores secretarium judicis ingressi essent, ac unus prior obligationem suam ostentasset, alter prius a tergo ejus proclamasset, se offerre hypothecam actis insinuandam, uter præcederet; nec in exedra consultoria dubitatum, quin prior esset, qui primus ediderat vocem; non qui primus extulerat manum, etsi voce mox subsecuta. Sed molestus est huic sententiæ liquidissimæ, textus in *l. si fundus. 16. §. si duo. 8. de pign. & hypoth.* quæ post Cujac. & Hotoman. exactissimi virum judicii A. Matthæum in diversum abripuit, *disput. de judiciis 14. th. 25.* Qui jungi vult *huic l. 16. legem Si duas. 6. De Excusat.* Quod ad priorem textum attinet, nolumus actum agere post Wissenb. ad *hunc tit. th. 4.* tamen & *inferius* de illa dubitur occasio; heic saltem repetemus, quod ad *pos. 15.* collocavimus; Verba *d. l. 16 §. eadem die*, non pertinere ad quæstionem de concursu creditorum, sed de jure agendi in solidum contra tertium pignoris possessorem, quo primo venienti

* Placuit tamen, ut & a nobis supra dictum, nostro Legislatori, *Ord. Proc. Sax. Tit. 43.* § Desgleichen ob wohl. fisco in pœnis ex delicto, item multis, tacitam hypothecam ex tempore condemnationis largiri, verb. von der Zeit an zu rechnen, da einer in die Straffe verfallen, seiner Ordnung nach, unter denen Hypothecariis contentiren lassen. Carpz. *P. 1. C. 28. def. 104.*

creditori

creditori comparatum est, & de quo nos *infra n. 33.* Quin plane hæc verba, *pariter & eodem die*, sumi illic promiscue, non animadverto, cum potius contrarium exprimatur. Sed in *d. l. 16. in pr.* duæ creationes tutorum una quidem die, pro simultaneis haberi videntur; Verum hoc ideo, quod ordo eorum non apparebat, ideoque nihil aliud statui poterat: idque etiam de hypothecis duabus, una die scriptis, si de horis constet, existimandum.

22. Cæterum, tempus hypothecæ, quo prærogativa judicatur, non refertur ad contractum, cujus accessio est hypotheca, sed ipsius pignoris constitutio spectatur: nam si tu mihi des mutuo mille sestertia simplici chirographo contentus, alius mihi post triduum tantundem sub hypotheca crediderit, tuque deinceps pro chirographo acceperis a me obligationem hypothecariam, in cujus instrumento narratum est, pecuniam tot diebus antea numeratam fuisse, tamen alter te præcedit, quia verum est, eum jus pignoris ante te accepisse, *l. 11. pr. & § 2. h. t.* nisi chirographum hac lege datum sit, ut quam primum in hypothecarium instrumentum converteretur: nam pignorationis tempus non a traditione, vel a scriptura, sed a conventione pendet, *l. 4. de Pign. l. 1. h. t.* nec interest, utrum pure pignus mihi obligatum sit, an ex certo die, vel sub conditione; utroque casu præferendus sum ei, cui postea idem pure datum est, licet ante diem vel conditionem existentem. A. Matthæ. *disp. de Jud. 14. th. 26.* Diversum est, *pergit idem*, si convenerit, ut res sit hypothecæ, *si debitor pecuniam acceperit*; nam si mox ab alio pecuniam sub pignore paratam nactus sit, idemque a priore pecuniam promissam abstulerit, posterior tamen prior erit, *l. 1. § 1. l. 11. pr. D. Qui in pign.*

SCHOLIUM.

Sed dixerat tamen Autor antea, priorem, etiamsi sub conditione acceperit pignus, tamen posteriori, qui pure accepit, præferri. An ergo dicemus, casum l. 11. in princ. *continere exceptionem a regula? an potius distinguemus, utrum pignus sub conditione constituatur: an debito conditionali accedat pignus purum? ita ut priori casu tempus conditionis existentis demum consideretur*, arg. *l. 11. posteriori casu tempus pignoris dati, per* l. 2. C. h. t. *Sed hæc responsio repugnat menti Autoris*, in d. posit. 12. *Ergo malim, ut ibidem Textum adduxisset probantem, creditorem, qui sub conditione pignus datum erat, præferri reliquis ex tempore promissionis.*

RESPONSIO.

Sic etiam, ut ego, locutus est D. Matthæus; qui tamen nihil explicationis addit, sed textus citat l. 9. l. 11. & l. 12. § 2. h. t. Ex quibus ita videtur; si Contractus sit initus sub Conditione, vel in diem sub hypotheca, vel huic ipsi dies aut conditio adjiciatur, conditione dein existente, vel die veniente, perinde habere pignus, ac si ab initio pure constitutum esset, ut ait d. l. 11. § 2. Hoc non est ita in Conditione, si pecuniam numeraverit; *Ratio redditur* in d. l. 11. fin. pr. ubi: Poterat enim, licet antea convenerat, non accipere ab eo pecuniam: *Sed hoc etiam de aliis conditionibus verum est, illas potuisse non existere. Dixerim potius, hanc esse differentiæ rationem; Conditionalis hypotheca valet inde ab initio, quia cum existit conditio, retrotrahitur: Sed conditio absentiæ fuit ac esse debet ab obligatione; alioqui non potest ad initium retrahi. At hæc conditio Mutui,* si pecuniam numeravit, *a substantia mutui non est separata, neque præter se quicquam relinquit, nec habet, quo retrahi possit. Est* τῶν μὴ ὄντων, *ex non Entibus, Mutuum sub conditione,* si numeravit, *imo & ante numerationem Mutuum NON ENS est, nullam producens actionem, aut exceptionem,* l. 30. de Reb. Cred. *Ergo pignus hoc casu non nisi post conditionem existentem potest nasci.*

N. ADDIT.

Si Scholia scripsissem ad tractatum Matthæi, idem notassem. Sufficit, Autorem obscure esse locutum, & adeo ejus mentem declaratione indigere. Utrum vero responsione hac satis prolixa, mens ejus sit clarius proposita, quam antea, Lector judicet. Mihi nunc res breviter videtur ita esse proponenda. Regulariter pignus conditionale etiam præfertur reliquis, modo jam contractus aliquis subsit, cui pignus possit accedere, qui in conditione, si pecuniam numeraverit, nondum aderat.

23. Præterea, non in pignore tantum conventionali valet hæc regula, sed etiam in judiciali, quod executionis causa capitur, *l. 10. h. t. l. 19. & l. 61. de Re Judicat. l. 1. C. Si caus. jud. pign. capt. sit.* At hujus pignoris usum hodiernum esse rariorem, qui novit executionem per modum pignorationis vix unquam committi, ut *ad tit. de Re jud.* videbimus, ignorare non potest. Sed in pignore prætorio non placuit, jure civili temporis ordinem servari, scilicet ut qui primus in bona communis debitoris mittionem, ac ita pignus prætorium

rium impetravit, is ideo cæteris præferatur, *l. 12. de Reb. auct. jud. poss. l. ult. Cod. eod. l. 148. de R. J.* Verum ab hac Jurisprudentia discrepare fori rationes in multis locis, constat inde, quod nihil usitatius est, quam ut is, qui per arrestum primus bona debitoris præclusit, & consequenter sententiam secundum arrestum obtinuit, hoc ipso reliquis creditoribus præferatur, ut refert Peckius *de Jure fisc. cap. 40. num. 8.* Gailius etiam simpliciter negat esse discrimen, quod ad ordinem juris hypothecarii inter Prætorium & reliquas pignorum species, *2. obs. 25. num. 3.* quod de usu Fori in universum † adfirmat Thomasius ad *Posit. 17. h. t.* & Struvius *8. th. 29.* Verum usus noster Juri Civili hac parte consentaneus est, nisi quod Judices militares in Frisia stabiliti, secundum Arrestum & sententiam prælationem tribuunt, ut *alias* dictum.

N. ADDIT.

† *At istud* in universum, *non extat in scholio, & nimis arrogans esset. Per forum indefinite, ut feceram, positum, intelligitur forum patriæ, & tacite subintelligitur ubivis* nostrum.

24. Porro tam generalis est regula de tempore, ut etiam in concursu diversarum hypothecarum, conventionalis, legalis, judicialis, generalis, specialis obtineat, tam promiscuo validoque effectu, ut generalis hypotheca tempore prior, præferatur alii, qui postea specialem acquisivit, etiam in illa re speciali, licet aliunde forsitan creditori satisfieri possit; *l. 2. h. t. l. 6. C. eod.* Nam quia generalis complectitur omnes species; jus tempore quæsitum non magis in re certa per specialem, quam in omnibus rebus per generalem hypothecam, minui vel tolli potest. Duplex tamen hujus positionis est limitatio; Prima, si posterior acceperit hypothecam specialem in supellectilem, aliasque res necessarii usus, aut affectionis, quæ sub hypotheca generali non continentur, *l. 6. de Pignor.* qua ratione multi a debitoribus, quorum substantiæ fines ære alieno pridem occupati erant, utiles hypothecas pepigerunt. Secunda limitatio est hæc; primus generalis non præfertur secundo speciali in hac ipsa re, *si primus juxta generalem acceperit hypothecam specialem*, in aliam rem, quam quæ secundo specialiter est obligata; tunc enim speciale pignus sibi constitutum excutere debet, antequam speciale pignus alterius, vi suæ generalis invadere possit, *l. 2. C. de Pignor.* Erit, cui mirum videatur, speciale pignus additum generali, restringere jus creditoris, minusque tribuere quam ex solo generali licebat: Atqui hoc actum inter partes intelligitur, ut creditoris jus generale per adjunctum speciale restringeretur. Simul id observatu non est otiosum; in speciali pignore, si non sit ex genere privilegiatorum, minime tantam inesse utilitatem, quanta vulgo existimatur.

Exceptiones a Regula de tempore.

XXV. Exceptio 1. de pignore Prætorio. 2. Instrumenti publici. XXVI. Tertia exceptio, de venditore in re Vendita. XXVII. Quarta exceptio; si posterior solverit priori. XXVIII. Quinta Juris Frisici, Quando posterior est Registrata. XXIX. Quæstio de concursu notabilis. XXX. Alia, de casu appellationis a tertio Creditore factæ contra primum. XXXI. Explicatur in eam rem L. Claudius 16. h. t. *XXXII. An possessor rei mobilis pignoratæ & qui habet clausulam Constituti, teneatur regula Temporis.*

25. Sed hæc regula de tempore, quemadmodum ad omnes hypothecas, tam ante, quam post pignus constitutum acquisitas pertinet, sic etiam notabiles patitur exceptiones, quarum prima jam commemorata est in pignore prætorio; Secunda, quando posterior hypotheca *publico instrumento*, id est apud acta judicii conscripto, vel sigillo publico civitatis ac subscriptione alicujus e judicio juxta scribam publicum munito, continetur. Hæc enim præfertur antiquiori, privato instrumento comprehensæ, *l. n. C. Qui potior in pign.* qua de re videsis Sandium *lib. 3. tit. 12. Defin. 14.* Qui tamen jure novissimo ex *Novella 73. cap. 2.* trium testium subscriptione privatum instrumentum, quoad effectum, publicis adæquatur, dicendum videtur, id etiam hac occasione valiturum, quin diserte id ipsum de effectu pignorationis & prælationis, cautum est in *d. l. n. in fin. C. h. t.* A. Matthæus *disp. 14. de Judic. th 33.* addens in *th. 35.* codicibus mercatorum a nonnullis eundem effectum tribui, quod improbat merito; uti nec recognitio Judicialis instrumentum hoc respectu publicum facit, *d. tit. 12. d. s. 13.* Sed pro publico non habetur hactenus instrumentum privatum, solemniter authenticum factum; etsi enim hoc ad probationis effectum valeat,

leat, jus tamen hypothecæ, quod ab initio pendet, ex hujusmodi *postfacto* non introducitur, ut Sandius monet *d. tit. def. 13.* Moribus hodiernis, suus cuique populo mos est, in hoc genere instrumentorum; unde apud Batavos *Notitia Scabinorum*, apud alios vicinos instrumenta *sigillata*, id est publico sigillo munita, frequentantur. Apud nos minime quidem abolitum est jus illud publici instrumenti, ut apud Sandium videre licet, sed rarius usitatum, postquam *Registrationes*, de quibus mox agendum, non modo similem effectum obtinuerunt, sed etiam illud subegerunt, *d. tit. 20. lib. 1. Stat. art. ult.*

26. Tertia de regula temporis exceptio, traditur ab interpretibus, ex ratione Juris potius quam textu speciali, in emptione venditione, facta hac lege, ut res vendita tantisper, dum pretium sit solutum, venditori specialiter pignori sit obligata; venditor hujus hypothecæ virtute, creditoribus præfertur antiquioribus: Scilicet, quando venditor emptori fidem habuit, ut ex pignore dato, si nihil aliud adjectum sit, colligitur. nam si fides habita non sit, jure dominii venditor ordinem creditorum, *ut initio hujus tit.* diximus, antevertit: hæc autem exceptio, & jus venditoris, probatur *ex l. 2. de Reb. cor. qui sub tut. cur.* junct. *l. 48. de Pact. l. 10. C. eod. l. uit. C. de pact. int. empt. & vend.* Ant. Matth. *disp. 14. de Judic. th. 31.* ubi plures *Auctores.* Atque hoc est jus notissimi usus, quod *Reversalium* nostrates appellant, ex eo, quod instrumentum, quo emptor se pretium debere fatetur, *Reversale* dicitur, quasi *reciprocum*, respectu alterius instrumenti, quo venditor rei dominium transfert. Jus autem hoc subnixum est ea ratione, quod hypothecæ nexus, in re vendita stabilitus ante dominium translatum, aut saltem eodem temporis momento, ac ita venditor, priores emptoris creditores prævenit, qui jus pignoris in rem emptam prius, quam res emptoris est facta, consequi non possunt; proinde semper venditores sunt posteriores, quemadmodum priores essent, si quidem hypotheca proprietatis translationem sequeretur; quod argumento esse debet, ne venditor inde ab initio pignus sibi adscisere negligat. Et hæc ratio legibus firmata, supra dictis ab Herbajo nostro inducitur, *Tract. rer. quotid. c. 3.* cum alioquin hæc hypotheca textu sit destituta speciali. Quamvis autem manifestum sit, hanc hypothecam ad emptoris bona pertinere, venditoris commodo, incredibile tamen est, quam crebro homines etiam non segnes, hoc jure, quod *reversalium* vocant, decipiantur; quando jus hoc per cessiones a venditoribus ære alieno mersis comparant, & mox per venditoris creditores a pretio rei venditæ excluduntur; ridiculo errore putantes, jus illud *reversale*, quod omnibus creditoribus prævertere dicitur, æque ad venditoris, quam ad emptoris spectare creditores. Sed hoc obiter. Dignius observata est, hanc hypothecæ reversalis vim, ultra rem venditam ejusve pretium non extendi, non ad omnia, quæ eodem instrumento continentur, nec utique ad mercedes, & donativa locationis eisdem literis comprehensæ, sicut in hoc exemplo apud Curiam definitum est. *Franciscus a Scheltema* vendiderat superficiem prædii rustici cuidam *Nardo*, agrosque domui subjectos in longum tempus pro certa mercede locaverat, cum hypotheca rei venditæ, omnibus instrumento contentis subjecta. Emptore bonis lapso, *Scheltema* prælatus est antiquioribus hypothecis cum pretio venditionis: contendebat idem respectu mercedum & donativorum, quæ pro usu agrorum stipulatus erat, eo quod omnia in eodem instrumento & ejusdem hypothecæ clausula continebantur: Sed ratione jam demonstrata, cum respectu locationis nihil quam simplex hypotheca esset acquisita, rejectus est, *d. 27. Octobr. 1641.* in caus. *Francisc. a Scheltema*, contra *Antje Feikes*, Naut. *decis. 101.*

27. Quarta exceptio Legibus prodita est, si quando posterior creditor hypothecarius, priori, quod ei debebatur, solverit; hoc enim ipso succedit in locum prioris, etiam, ut videtur, in ejus privilegium, *l. 1. C. de his, qui in prior. cred. loc. succed. l. 22. C. de Pign. & Hypoth. l. 11. § ult.* & *l. 12. § 8. h. t.* atque de his est ultima pars hujus *Rubricæ.* Cui juri contentaneum est, posteriorem cogere posse priorem, ut pecuniam accipiat, vel si nolit, oblatam, ut solet, obsignare & deponere potest, *dict. l. 22.* & *l. 1. C. h. t.* Non est tamen tanti, ut videtur, hæc exceptio, si eventum spectes, momenti, siquidem in summa creditorum ordo non mutatur, quia solvens posterior primi locum occupat, quatenus solvit, non cum suo debito; sed hoc quidem, ut & reliqua, suum ordinem, qui fuit, retinent. Dices, quid igitur in hac re commodi est, in qua solvens nihil lucratur, nec sui proprii crediti respectu adjuvatur? Sciendum, sæpe fieri, ut primi creditores de suo securi, cum debitore colludant, sequentibusque creditoribus se transversarios objiciant, ne ad

pignorum distractionem pervenire liceat: hoc casu nihil expeditius est sequentibus, aut uni ex illis, quam hypothecario primo solvere suum debitum, quo facto, sine cessione vi legis in ejus locum succedit, modo solvens, inquam, sit hypothecarius: Nam extranei, vel creditores mere personales, hypothecario primo solventes, nihil quam personalem adversus ipsum debitorem actionem consequuntur, in hypothecam aut privilegium primi, non nisi per cessionem consensu factam succedunt, *l. 21. C. de Pign. d. l. 1. C. de eo, qui in prior. cred. locum.*

Idem ille casus exceptus habet usum in tali specie. Diversi creditores habent unum pignus vel hypothecam, nec aliud est in bonis debitoris, unde suum consequi possint: in hujus pignoris valore plus est, quam primo creditori debetur; ille tamen non vult pati distractionem pignoris; nihil promtius est, quam ei solvere suum debitum, quo ita posterior, Jure prioris venditionem facere queat. Quid si posterior sit inops, ut primo suam repræsentare nequeat, ait non potest tamen urgere distractionem pignoris, ut ejus pretio utrique ad concurrentem quantitatem satisfiat? Non cogi anteriorem pati pignoris distractionem, tradit D. Ant. Matthæus *disp. de Jud. 14. th. 37.* ex sententia Ant. Fabri *Decad. 1. Error. Pragm. cap. 4. n. 3. & seqq.* Enimvero de pignore proprie dicto, cui creditor incumbit, vel de hypotheca speciali sub clausula constituti, verum id esse videtur, non cogi illos dimittere possessionem sibi acquisitam, priusquam satisfactum sit; sed de generalibus hypothecis, aut specialibus quarum possessio est penes venditorem, verius esse videtur, quemlibet creditorem hypothecam suam exsequi posse ad distractionem usque, salvo ordinis Jure primo creditori, in distributione pecuniæ ex hypotheca redactæ; nam ut alioqui primus creditor reliquorum jura sistat & impediat, mali res exempli foret, nec malitiis indulgeri juris ratio patitur, ac ita fert usus Fori, ut puto, *passim.*

Sed pone, Dat aliquis debitori mutuam pecuniam, ut primo creditori solvat, cum pacto, quod ipse jus primi creditoris sit habiturus, an hoc ipso præferetur cæteris? Ita Marcianus in *l. 12. § A Titio 8. h. t.* ut, si vere pecunia in primi creditii solutionem versa sit, etiam sine cessione, vi pacti cum debitore initi, jus primi creditoris consequatur; modo id exacte probetur, non enim solam debitoris confessionem instrumento comprehensam, sufficere ad hunc effectum, *antea* demonstratum est. Continetur hæc quoque doctrina in *l. 16. vers. plane cum tertius. & l. 17. h. t. l. 1. C. de his, qui in prior. cred. loc. succed. l. 24. § ult. de Reb. auct. jud. poss. l.* Quamquam tutius & validius est, ab ipso creditore primo accipere cessionem, per quam non hypotheca tantum, & jus temporis, sed & privilegium transferri queat, cum per solutionem debitori factam privilegium certe primi creditoris acquiri non possit, per *l. 196. de R. J.*

Pro quinta exceptione collocari potest, Juris Frisici observatio peculiaris, quod Hypotheca conventionalis posterior *registrata*, id est, Catalogo publico hypothecarum inserta, temporis ordine priori, etiam publico instrumento, præfertur. Legalibus hypothecis Registratio non præjudicat, sed hæ suum jus temporis interdum servant, *lib. 1. Stat. tit. 10. art. 2.* Scilicet, raro apud nos obligationes hypothecariæ inde ab initio publice constituuntur, sed privatis instrumentis occultandi æris alieni gratia consignantur; creditores autem omni tempore habent in potestate, si nomini & facultatibus debitoris sui diffidant, obligationem suam curare catalogo sive codici publico hypothecarum inferendam. Quo autem Juris effectu n habeat *Registratio*, generalis hypothecæ in loco domicilii, specialis in loco rei sitæ faciendæ est, præsente seu *vidente* judicum uno, idque per Secretarium Judicii, vel ejus Scribam juratum, *d. tit. 10. art. 1.* E quibus requisitis, si quid desit, insinuatio nullius momenti est; velut si non facta sit in vero domicilii loco, vel si præsentia judicis non sit adhibita, sicuti apud Sanctum *l. 3. tit. 12. def. 15.* & sæpe deinceps judicatum est, notabiliter in causa creditorum Lucie a Wissema, quod expositum est ad *tit. de Judicis num. 45. Part. 2. pag. 725. sq.* Salvo eis, qui per negligentiam Secretariorum jure suo ceciderint, regressu adversus illos, qua de re, ut & officio Secretariorum hac parte, latius in *lib. 2. Jurispr. hodiern. cap. 50. num. 51. & seqq.*

29. Sed hoc loco non potest omitti notabilis & perplexa quæstio, quid juris sit in Concursu hypothecæ conventionalis tempore primæ, non registratæ, & legalis tempore sequentis, denique alterius conventionalis posterioris, sed registratæ. Species facti sit talis; Titius hypothecæ conventionali Sempronio obstrictus, Tutor factus est pupilli, & dein hypothecam dedit Cajo, quam hic registrari curavit, quod Sempronius omiserat. Titio non solvendo mortuo, fit concursus, in quo constat,

cónſtat, Sempronium jure temporis præcedere pupillum, & hunc eodem jure temporis vincere Cajum regiſtratum, qui legali hypothecæ pupilli, temporis ordinem non auſert. Sed Cajus vi ſuæ regiſtrationis ſuperat Sempronium, hic excludit pupillum, Ergone Cajus quoque pupillum? per regulam; *Qui vincit vincentem te, multo magis te vincit?* An vero Sempronius audietur? qui ſic ait: Ego pupillum vinco, Pupillus Cajum *regiſtratum*, Ergo & ego Cajum, per eandem regulam, *Vinco vincentem te, Ergo & Te?* Magis eſt, ut hæc regula non habeat locum, niſi in æquabili ſucceſſorio, non ubi diverſi ordines, ut hoic, confliguntur. Ratio velle videtur, ut Pupillus cum ſua legali hypotheca ſecundum locum retineat, nec ei per colliſionem reliquorum fiat præjudicium lucri vel damni; Cum vero Sempronius & Cajus ſeorſim committuntur, ſtatim liquet, Cajum regiſtratum prævalere Sempronio non regiſtrato, ac ita Cajum primo loco, pupillum ſecundo, Sempronium tertio loco eſſe collocandum. Tu dices; Caji debitum poteſt eſſe majus, quam Sempronii: Proinde ſi Cajus tertius primum occupet locum, poterit abſorbere pecunias conſignatas, ut pupillus nihil, aut non totum conſequatur, qui haberet totum, ſi primus manſiſſet Sempronius, ob modicum ejus creditum. Sed ex eo, quod diximus, pupillo non præjudicari illorum conflictu, dicendum ita; Cajum auferre pecuniam Sempronio competentem, & ſi plus ipſi debeatur, hoc poſt pupillum exacturum; Sempronius plane poſt Cajum veniat. Quam facilis & frequentis uſus hæc res ſit, apparet: quanquam rei judicatæ exemplum meæ memoriæ non occurrit.

30. Sed hæc ſpecies illi non diſſimilis accidit apud Curiam. Concurſus erat Creditorum *T. Stonebrinkii* Paſtoris Tzummarienſis. Primus in ordine collocatus erat a Commiſſario Curiæ Patronus pagi, cujus res *Stonebrinkius* adminiſtraverat. Secundus, Vir Ampl. *Matthæus Idſinga*, Tertio loco, *Catharina Deinema*. Cumque ſecundus acquieſceret, Tertia contra Pagi prælationem appellando obtinuerat. Appetebat igitur primam pecuniam, ſed obſtabat *Secundus*; Tu non potes, ajebat, ante me, cum ego tibi prælatus ſim, nec tu me viceris, vel contra me appellaveris. *Illa*; Sum prælata pago, Pagus tibi præfertur, Ergo & ego tibi; per ſupra dictam regulam; *vinco te, quia vinco vincentem te.* Apparet duplex hujus Quæſtionis latus. Primum ſic erat; Secundus pati debet, ut creditum pagi ante ſe percipiatur, quia non appellavit a prælatione pagi; nec poteſt impedire, quo minus Tertia præcedat pagum, & fructu victoriæ ſuæ potiatur. Tum pagus adhuc manet ante Secundum, quia prælatus ei, nec appellatum eſt. Alterum latus ſic adſpiciebatur; Tertia contra pagum obtinuit, & fecit, ut hic primum locum amiſerit, & ſibi poſt poſita ſit. De Jure Secundi non fuit quæſtio, nec Tertiæ dandum eſt, ut illum tranſiliret, quod nec petiit: Amoto igitur pago & Tertiæ poſtpoſito, Secundus ſit primus, qui prior eſt Tertia, & qui ipſum præcederat Pagus, poſt Tertiam ſepoſitus eſt. In hanc ſententiam utrimque diſputabatur: ſed cum ad ſententias ventum eſſet dicendas, & jam ex XI. ſuffragiis quatuor Secundum primo loco, tria ſuffragia Tertiam ſecundo antepoſuiſſent, dubiusque litis eventus eſſet, partes transegerunt, ante ferias *O. S. 1680.* Verum ex collectione præcedentis definitionis nihil rectius videtur, quam ita ſtatuere, Cum appellatio inter primum & tertiam ventilata fuerit, ejus deciſionem Secundo non potuiſſe præjudicare, neque lucrum ipſi, neque damnum inde potuiſſe augeri: manebat ordine ſecundus. Tertia vicerat Primum; Auferat igitur ejus pecuniam ad concurrentem ſui crediti. Si quando ſumma Primi major ſit, quam creditum Tertiæ, primus reliquum capiet ante Secundum. Si vero Tertiæ plus debeatur quam Primo, reliquum ipſa capiet poſt Secundum: Hujus enim jus integrum & intactum manet, quaſi appellatio non interveniſſet.

31. Cum hæc apud Curiam ex ratione & analogia Juris diſceptarentur, nemini, quod ſciam, erat in memoria Lex *Claudius Felix. 16. hoc ipſo tit.* ubi Paulus ſpeciem fere in terminis eandem refert, & dein quæſtionem propomit his verbis, *Quærebatur, utrum tertius creditor*, qui ſuperaverat primum, *Turbonem*, ſecundum, *ſuperare deberet*, an primo *remoto* Turbo Tertium excluderet. Concluſio hæc eſt; *Sine præjudicio prioris ſententiæ, totum jus alii*, Secundo, *Creditori integrum relinquitur*, in fin. *L. Ita, ut res inter alios judicata, alii neque proſit neque noceat*, dixerat antea. Satis ita in ſententiam a nobis expoſitam: ſed præmiſſa vix convenire videntur: Negat enim, *Tertium creditorem ſucceſſiſſe in ejus locum, quem excluſit*, paulo *ante finem*, Et in *medio* rurſus, *Fuerunt qui dicerent, Tertium creditorem potiorem eſſe debere; mihi nequaquam hoc juſtum eſſe videbatur:* Quod tamen nos in ſuperiori ſpecie fieri debere, poſuimus. Sed inter facti

ſpecies

ſpecies Pauliſ noſtram hoc intereſt; Paulus agit de actione, quam ſinguli habent inter ſe, Nos de officio Judicis, qui omnium concurſum regere debet. Ponatur igitur in eodem caſu Tertia, quæ vicit Primum, non victo Secundo; hunc Secundum poſſidere pignus. Primus agit contra ipſum; hic Primo cedere debet, nec dicere poteſt; Tu victus es a Tertio, quare & me ſequi debes, *non poteſt uti exceptione rei inter alios judicatæ*, ait Paulus. Pone rurſus: Tertia agit adverſus Secundum; non obtinebit, non erit potior, eo, quòd primum vicerit; *ſuccedit in locum primi, quem excluſit*, ſine reſpectu Secundi; huic illud judicatum non nocet. Ergo res manet ſuo loco. Sed Primo agenti contra Secundum, Tertia vi judicati ſui pecuniam auferet. Primo autem non agente, ne res in confuſione ſubſiſtat, Tertia petere poteſt a Judice, ut is rem pignoratam diſtrahat, pecuniamque ſecundum ordinem diſtribui curet; atque tum ipſa pecuniam Primi vi ſententiæ auferet. Secundus locum ſuum retinebit, ut *ſuperius* dictum, ac ut Paulus in eventu concludit.

32. Videtur adhuc alia dari ſpecies exceptionis, propria locis, cujusmodi pleraque ſunt, in quibus obtinet regula, *quod mobilia non habeant ſequelam;* ubi de re mobili non datur actio adverſus Tertium hypothecaria. Proinde quamdiu res mobiles pignoratæ ſunt apud debitorem ejusve heredem, nihil in illis obtinet ſingulare; Quatenus vero ſunt in manibus Tertii, creditor alius, etſi tempore poſterior, rem a poſſeſſore non poteſt avocare; quod in iis, inquam, locis, ubi prorſus contra tertium ceſſat hypothecaria, de quibus antea dictum, non habet dubitandi ſpeciem. Sed ubi jus civile de hypothecaria in res mobiles, ut heic locorum, non eſt obſoletum, temporis ordinem æque in illis, ac in rebus ſoli valere, conſentaneum eſt, ſecundum *l. 9. in pr. l. 11. § 3. & paſſ. in h. t.* Quamvis autem hoc jus ſit liquidum, ulus tamen ejus, etiam apud nos, perquam rarus eſt; nec temere Creditorem, qui rem mobilem pignori teneat, in concurſu creditorum ad eam rem conſignandam adigi videas: magis, ut videtur, ob difficultatem res tales indagandi, quam quod juris ratio deſit; etſi Trapezitæ, quorum hæc est vita credere ſub pignoribus tra ſitis pecuniis, ſine additione pignora non reſtituunt, idque magis ex pacto cum Civitatibus, quam via juris ordinaria. Poſſeſſio alioqui pignoris non magis ab ordine temporis liberat Creditorem poſteriorem, quam clauſula Conſtituti eximit ab illa regula poſſeſſorem rei immobilis. Nam & illa verum jus poſſeſſionis tribuit Creditori, cujus nomine debitor tunc eſt in poſſeſſione, *l. 18. in pr. de Acqu. poſſ.* ad quem *tit.* ea de re videndum. Sed tamen illa poſteriorem tempore Creditorem, nullo modo eximere poteſt a neceſſitate cedendi re pignorata priori creditori, ſaltem ex ratione juris civilis, quia nusquam ea vis Conſtituti Poſſeſſorii prodita legitur, ut det prælationem inter hypothecarios. Apud Nautam tamen noſtrum hac de re ἐμφατικῶς; in Curia diſputatum reperio, in cauſa *Feddel Wijbrants*, contra *pauperum Curatores Harlingenſium*. Feddius in diſtributione pecuniarum, e bonis debitoris communis redactarum poſtpoſitus, curatores pauperum conveniebat, tanquam poſſeſſores rei, quæ ipſi cum clauſula Conſtituti erat obligata, munitus reſponſis duorum Juris Anteceſſorum, ut Nauta refert; qui moti eſſe potuerunt *l. ult. C. de Acqu. Poſſ.* quæ omnibus Jus poſſeſſionis antiquius habentibus, ſi non poſſideant, vel per alium quemcunque poſſeſſio interverſa ſit, dat conditionem rei, perinde ac ſi res ipſis erepta fuiſſet, idque remedium iis, qui Conſtitutum poſſeſſorium habent, æque tribuendum videtur. Sed dicendum eſt, hoc ita competere, niſi alius poſſeſſor, qui rem tenet, docere queat, ſe habere jus melius; quod eſſeret, ut creditor habens conſtitutum, & ipſe rem poſſidens, ſi tempore poſterior eſſet, hypothecaria conveniri poſſet, ut diximus. Non eſt tamen nihil commodi in ejusmodi Conſtituto, quamdiu non accedit alius, meliori jure prædituſ, *ut paulo inferius* occurret *n. 35.*

De Concurſu parium & perſonalium.

XXXIII. Pares tempore, paris eſſe juris inter ſe; paulo ſecus contra tertium. XXXIV. Eum tamen, qui poſſidet pignus, pari tempore præferri. XXXV. Etiam qui eiuſdem Conſtituti habet. XXXVI. Legalem hypothecam hac parte nihil habere præcipuum, ubi ad Hanctum Ordd. Friſ. d. 22. Febr. 1656. XXXVII. Creditores defuncti & hæredis non confundi. XXXVIII. XXXIX. XL. De Concurſu Perſonalium.

33. Re-

33. Regulæ, Qui prior est tempore, potior est Jure, consentaneum est, eos, qui tempore sunt pares, in rem pignoratam paris esse Juris, *l. 20. § 1. de Pignorat. act. l. 8. § 1. h. t. l. 10. de Pign.* & concurrere pro quantitate & proportione debiti, *l. 16. § si duo. 8. d. t. de Pignor.* Quod si hoc actum sit, ut singulis in solidum res obligata sit, adversus possessorem ita possunt agere; si minus, unusquisque pro parte sui debiti agit, *d. l. 16. § 8.* Quid hoc autem, an priore casu in plus quam sibi debetur, agent singuli? Non potest fieri: sed hic est sensus, ut in hac specie, putem; Res possessa valet mille ducentis florenis. Creditori primo debentur mille. Secundo bis mille. Quando concurrunt, vel inter se contendunt, Secundus duplo plus ex pignore, quam Primus habebit. Ubi vero seorsim agunt, iterum distinguitur; Aut diversis temporibus, licet eadem die, pignus acceperunt, vel simul unoque actu. Priore casu, singuli agunt in solidum, non excluso tamen ordine temporis, si alter se priorem fuisse docere queat, ut recte ad hunc locum Accursius. Si vero simul unoque actu pignus acceperint, pro partibus agent, nisi id specialiter actum sit, ut pignus in solidum singulis teneatur, *d. l. 16. § 8. de Pignor.* hæc refer ad *num. 24. in fin.*

34. Quod si alter suum debitum, vel pignus in solidum consecutus sit, & possideat, an cum altero tempore pari ad communicandum cogi poterit? Non potest, si res in solidum obligata fuerit, *l. 10. eod. tit.* Quo pertinet casus in *d. l. 16. § 8.* implicitus: si contigerit, ut duo creditores eodem tempore pignus separatim acceperint, nec constet, uter prior, tunc idem juris est, occupantis melior sit conditio, verum si probari possit, alterum fuisse priorem, nihil est in *d. § 8.* quod prohibeat, cum qui prior est, adversus posteriorem pignus possidentem, agere hypothecaria, quod iterum confer cum *d. n. 21.*

35. Quod diximus, eum, qui possidet pignus, aliis tempore vel jure paribus, anteferri ex *d. l. 10.* locum etiam habet in his, qui rem pignoratam corpore quidem non detinent, sed per clausulam Constituti aliquoties dictam, jus possessionis, adeoque ipsam possessionem adepti sunt, *arg. d. l. 10.* juncta *l. 18. de Acquir. poss.* & per ea, quæ modo collocata sunt. Nam si Constitutum hac parte jus possessionis non præstaret, eadem Clausula Creditores sequentes impedire non posset, quo minus priorem Creditorem clausula Constituti munitum, cogere possent, ut rem pignoratam, eorum, qui jus optimum habent, commodo distrahi pateretur, ut omnes, qui non pollident, etsi jure potiores, salvo jure suo, permittere cogi, tralatitium est decerni & observari; dum eos, qui Hypothecam Constituto possessorio munitam habens, ad hoc, inquam, non cogi, per ea quæ diximus, æque certi juris & observantiæ sit. Meaque memoria sic in Suprema Curia judicatum est, in causa *Poppii Gerbrandi, contra Arnoldum Hobbema, d. 5. Novemb. 1680.* idque ad libellum supplicem, ut in re liquida minimeque dubii juris; posteaque non semel in eandem sententiam decerni continuatum est.

36. Regula concursus ex causa paritatis, habet æque locum in hypothecis tacitis, quam in expressis, quia nusquam differentia, vel prærogativa tacitæ tradita legitur. A. Matth. *d. disp. 14. th. 41.* Quo loco memoranda est Quæstio frequentis, apud nos, usus: An tacita hypotheca, quæ datur ex Edicto Ordinum Frisiæ, pro jure dominorum in bona colonorum de mercede biennali, reliquis hypothecis, si tempore non sit prior, anteferatur. Verba edicti, *d. 22. Febr. 1656. Agrorum domini, quibus biennii merces debetur, præferentur IN BONA COLONORUM omnibus registratis Creditoribus, salvo eorundem dominorum jure pro reliquis annis in fructus adhuc in solo hærentes, qui secundum jus scriptum faciunt partem soli, vel ex clausula Constituti, aut registratione locationis instrumentorum. Salvo etiam jure legalium & privilegiatarum hypothecarum, Fisco, pupillis & Creditoribus ad funeralia competentium, quorum jus illo decreto non minuitur aut mutatur.* Quæritur, utrum hac Lege domini agrorum pares, an priores hypothecariis communibus facti fuerint, adeoque an fiant privilegiati inter hypothecarios. Mihi sic videtur, eos nihilo plus quam legalem hypothecam adeptos, nec habere hypothecam privilegiatam, adeoque non præferri tempore paribus, nedum prioribus expressam tacitamve hypothecam habentibus. Argumentum est in iis verbis, quibus hypothecis legalibus hoc edicto non præjudicari dicitur. Atqui legales hypothecas simplices, non esse potiores conventionalibus, sæpe dictum, & certi juris est: Unde sequitur, dominos agrorum non esse quoque potiores hypothecis communibus expressis, tempore prioribus. Quid est igitur, quod in Edicto *præferri* dicuntur? *sullen wesen en blyven gepreferreert*, omnibus aliis Creditoribus registratis? Hæc verba faciunt, ne *registratio-*

strationes, quæ alioqui vulgares hypothecarios etiam tempore posteriores præponunt antiquioribus, dominis agrorum noceant. Præferuntur creditoribus *registratis* quatenus illi legalibus hypothecis postponuntur, hoc est ratione temporis. Non consequantur agrorum domini plus, quam pupilli aliique legales hypothecarii habent, ut est in ipso Edicto; cum autem hi pareant regulæ temporis, ut antea demonstratum est, dominos agrorum eidem subjectos esse debere, manifestum est. Quod autem ad vocem *præferuntur* attinet, hoc quid velit, *supra* indicatum est. omnes enim hypothecarii legales vulgo prælati & privilegiati vocantur, ut in hoc ipso fit Edicto, propterea quod *registrationes*, ex quibus apud nos fere pendet ordo creditorum, illis non præjudicant. Dicat aliquis, agrorum domini quomodo per hoc Edictum fiant hypothecarii, cum nullo verbo illis hypotheca detur, sed privilegium tantum? Respondeo, id primo colligi ex eo, quod lex ait, sanctionem suam pertinere ad explicationem *tit. de Registratione hypothecarum.* II. ex verbis, præferentur *IN BONA;* qualis directio in BONA significat *hypothecam*, ad quæ hoc vocabulum specialiter non requiritur, si modo verba immediate ad bona dirigantur, *l. ult. C. Quæres pign.* III. Comparatur hæc prælatio in bona cum Registrationibus, quæ non nisi hypothecis conveniunt. IV. Excipiuntur ab hac constitutione Legales & privilegiatæ hypothecæ, Exceptio autem de regula esse debet. Ex his rationibus si qua sola minus valida videatur, pariter conjunctæ nullam recipiunt dubitationem. Non semper Edictorum scribæ rationum juris gnaro utuntur stylo, ut plerumque videmus, etiam in hoc Edicto; dum hypothecam in fructus agri Dominis competentem, restringit ad fructus in solo pendentes, cum sine dubio ad omnes extantes, etiam a solo separatos, pertineat, *arg. l. 7. In quib. caus. pign. tac.* juncta *l. 22. C. de R. V.* licet idem scriba juris peritiam ostentare voluerit, dum verba *l. 44. ff. de R. vind.* per parenthesin Edicto, præter & contra usum rei, inferenda putavit. Idem ex clausula Constituti jus hypothecarium nasci opinatus est, æque, ut *supra* vidimus, alieno a jure sensu. Verum id, de quo agitur, privilegium, solummodo ad prærogativam Registrationis amoliendam spectare, docet Edicti Præfatio, quæ constitutionem hanc ad explicationem *articuli 2. de adnotationibus hypothecarum lib. 1. tit. 10. Statutorum* pertinere, affirmat; Certum igitur esto, Dominos agrorum cum ipsa biennii mercede, non præferri Creditoribus hypothecariis tempore prioribus, sive *registratis* sive non *registratis*. Atque hæc de concursu quorumvis hypothecariorum, ad præsentem titulum sufficiant.

37. Verum in eodem contextu solet agi de Privilegiis inter PERSONALES, quorum alioqui tractatus *ad tit. de Re Judicata*, cui subjicitur hæc observatio, pertinebat. Nos a recepto more non recedemus, sed prius hoc monebimus; quæ hactenus de ordine Creditorum hypothecariorum exposita sunt, habere locum in creditoribus ejusdem debitoris, non inter Creditores defuncti & heredis; etsi heres eadem cum defuncto persona, juris & potestatis ejusdem censeatur, *l. 59. de R. J.* Sed ut hypotheca ab aliquo in omnibus suis bonis constituta, non afficit res heredis ejus, ita nec ordo creditorum defuncti, aut heredis, alterius creditoribus præjudicat; verum posterioris defuncti creditores in res ejusdem defuncti, prioribus heredis creditoribus, etsi *registratis*, præferuntur, & Creditores heredes in hujus bona, præcedant defuncti Creditores hypothecarios, etsi antiquiores atque registratos, ut Sandius *l. 3. tit. 12. def. 12.* docet. Primo auditu ratio juris aliter ferre videbatur ea, quam dixi, de unitate defuncti & heredis, item quod heredis Creditores sub generali hypotheca res etiam futuras habuerunt, *l. ult. C. Quæres pign.* adeoque res quoque hereditarias: Unde in concursu cum quibuslibet Creditoribus ordo temporis aut Registrationis spectandus videbatur. Verum illa potior est ratio, quod hypotheca sit Jus in Re constitutum, quod semel in bonis defuncti stabilitum a certis Creditoribus, deinde ab aliis eximi aut præoccupari non potest; cui adde quod diximus *ad tit. de Pignor. n. 6.*

38. Quando nulli Creditores hypothecarii plane, aut non amplius reperiuntur, Creditores personales admittuntur, non immediate in res aut bona débitoris, vel adversus tertium possessorem, sed mediate, actione personali, & cessione rei judicatæ; quo sensu de personalium concursu agitur in *l. 17. & seq. de Reb. auct. jud. poss.* Adhos autem regula Temporis non pertinet, *l. 12. de Reb. auct. jud. poss.* qui per obligationem nullum jus rebus imprimitur; sed persona duntaxat tenetur ad dandum vel faciendum, *l. 3. in pr. de O. & A.*

O. & A. Sunt tamen quidam in hoc ordine privilegiati, quos inter primus omnium Fiscus numeratur a cunctis Interpretibus. D. Ant. Matth. *d. disp. 14. de Judic. th. 46. & 50.* Sed usum ejus privilegii distinctum ab hypotheca tacita, in citatis ab illo textibus non reperio, *l. 8. & l. ult. h. t. l. 28. de Jur. Fisc. Tot. tit. C. de Jure Fisci.* Fiscus habet semper hypothecam in bonis debitorum suorum, *l. 46. §3. de Jur. Fisci.* pœnis tantum exceptis; sed in his privilegium habet nullum, *l. 17. & l. 37. de Jur. Fisc.* ubinam igitur est privilegium ab hypotheca distinctum? Quod si ratione legalis hypothecæ Fiscus inter chirographarios privilegiatus sit dicendus, idem in omnibus hypothecariis, qui chirographariis immediato loco præferuntur, obtineret. Quis igitur sit usus ille personalis privilegii, a Jure pignoris, inquam, separatus, ut ponitur, ex illis quidem textibus non liquet. Esse tamen aliquos casus, indicare videtur *Lex 10. in pr. de Pact.** qualis, si privato successerit, in futurum, *l. 6. in pr. de jur. Fisc.* At hic textus non agit de personalibus, sed de hypothecariis, verbis, *pro anterioribus.* (nam inter personales nullus est anterior,) nec privilegium simpliciter dictum, de privilegio inter hypothecarios intelligitur, *l. 2. & tit. C. de Privil. Fisc.* Proinde lex *10. de Pact.* vel de expressa hypotheca sit capienda, vel deinde Fisci personale privilegium per generalem tacitam occupata & absorpta fuit, *d. l. 43. §6. & toto tit. C. de Privil. Fisc.* Idem de pupillis & minoribus, prout *Leg. Constitut. Tut.* habeo dicere. Nam quod dicuntur esse privilegiati inter personales, ut idem D. Matthæus aliique omnes, in bonis administratorum suorum, recte habet Jure Pandectarum, *l. 19. & seq. de Reb. auct. Jud. poss.* Postquam illis hoc casu data est Hypotheca, privilegium illud, aut saltem usus ejus absorptus videtur. Sed Respubl. Creditrix, quæ non habet hypothecam in bonis debitorum suorum, omnibus chirographariis creditoribus præfertur, ait *l. 38. §1. D. eo. l. tit.* idque de Republ. Antiochensium Cœlo-Syriæ traditur in *l. 37. eod.* quæ dicitur hoc habere privilegium *lege sua*, id est ipsi data. Nam illo qui *Reipublicæ causa non separatur a cæteris creditoribus, qui habent personalem actionem*, habetur in *l. 2. C. de Jur. Reipubl.* Ex quibus dictum videtur, Rempubl. non habere privilegium, nisi quod specialiter ei datum, ac ita *d. legem 38. §1.* juncta *l. 37.* esse accipiendam, dissentiente licet post Cujacium D. A. Matthæo *d. disp. 14. th. 47.* ubi citat *d. l. 2.* quæ diserte habet contrarium ejus, quod ipse ponit. *Lex 3. C. de Jur. Reip. l. 3. C. de remiss. pig.* quibus utitur, nihil ad rem faciunt. Sed qui ad aliquid comparandum vel conservandum, sine conventione hypothecæ crediderunt, privilegium inter personales a pignore distinctum habent, *l. 26. & l. 34. d. tit. de Reb. auct. jud. possi. l.* Idem diserte tribuitur Sponsæ, quæ dotem dedit, nuptiis non secutis, *l. 74. de Jur. dot. l. 17. §1. d. t. de Reb. auct. Jud. poss.* Postremi, qui pecuniam apud mensam, fide publica deposuerunt, (non qui sub usuris crediderunt, vel postea usuras acceperunt,) post privilegia cæteris personalibus præferuntur,

* Jure nostro ad quartam classem creditorum referuntur & privilegio personali fraudantur, 1) deponentes intuita depositi voluntarii sive extrajudicialis, a depositario confessi, *O. P. S. Tit. 49.* (Rade den Gläubigern. 2) alimenta & causæ piæ, quoties hypothecis ipsis non est consulti. *d. Tit. §* 2. 3. (Wegen Sachen. j. Carpz. *P. 1. C. 28. def. 152.* & Schilt. *adff. Ex. §. 5.* 3) qui sine usuris crediderunt, *d. tit. §* 1. (Wegen auch). Carpz. *l. c. d. 151.* 4) Venditores in solidum pretii, quoties illis de hypotheca non prospexerunt. *d. tit. §* 1. (Wegen. Carpz. *l. c. d. 154.* eadem privilegium pro nostris, plures casuum varios in *Ord. Pr. Sax.* gaudent, 1.) quibus pecunia pro Cambio data, Cambio cum protestatione remitto, debetur. Carpz. *d. c. 280.* 2) Sponsa dotem repetens, quam ante nuptias in dir. ius non secutis, *l. 74. ff. de jur. dot.* Hartm. Pistor. *Obs. 110. n. 8.* 3) Creditores, qui sub pacto anticretico pecunias crediderunt, quia mutuus usus majorem favorem meretur quam usura *a. l. 8 ff. inq. & cap. si pecunia. 1. de usur. Jur. Jur. Lipsi. A. 1703. M. Novemb.* 4.) mercatores ex libris mercatoris (Bey den Kaufleuten) agentes. 5.) qui ad emolumentum pecuniam dederunt sine hypotheca eo nomine constituta, Carpz. *P. 1. C. 28. d. 155. ubi præj.* 6.) Advocati, Procuratores quibus honorarium, præceptores, quibus minerval debetur. Richt. *de privil. c. 5. n. 9.* 7.) qui ad sumtus metatorum, vel 8) ad redemtionem debitoris pecuniam, (Auslösen Gefangener,) dederunt, Carpz. *dec. 279.* Ziegler. *ad Tit. 49. Ord. P. S. verb. personale Privilegium accipiendum est* 279.

‡ Jure vero novissimo etiam hæc quarta creditorum in Saxonia classis penitus est expuncta, omnibusque, qui in prima classe locum non inveniunt, nec pignore aut hypotheca expressa gaudent, nec ante motum concursum per executionem & immissionem jus reale acquiverunt, prorata absque discrimine solvendum. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 49.*

runtur, *l. 24. § 2. d. tit.* Cujusmodi mensas cum his temporibus ita non habemus, hoc quoque privilegium cessare, manifestum est.

39. Si plures privilegiati concurrant, non est facile dictu, quid sit faciendum, * ait D. Matthæus *d. disp. 14. th. 52.* Fisco tamen dari primum locum, censet ex *l. 34. de reb. auct. Jud. possid.* ubi dicitur, eum, qui credidit ad navem emendam, fabricandam, vel instruendam, habere privilegium *post Fiscum.* Atqui privilegium Fisci cum ejus hypotheca, nisi ego fallor, coincidit; Itaque ex personalibus privilegiatis primus erit, qui ad rem aliquam comparandam, vel salvandam credidit, *d. l. 34. in fin.* Postremus locus datur deponenti, nummis absumptis apud mensam, *d. l. 24. § 2.* Extantibus nummis, idem per rei vindicationem esset ante privilegia, ut ait Ulpianus in *d. l. 24. § 2. in fin.* Quomodo accipienda videtur *l. 7. § 2. Depositi*, quæ, nisi esset ejusdem Ulpiani, contraria *l. 24.* videri posset, etsi Wissenbachius noster nihil in illis videat adversi, ad *tit. ff. Depositi. th. 17.* Hinc sequitur, medium spontæ locum relinqui, *d. l. 74. de Jur. dot.* Nam de pupillorum & minorum loco, cum modo sint hypothecarii, nihil heic laborandum; nec adeo de Republ. quæ non habet alium privilegii locum, quam lege speciali accepit, nec aliter esse privilegiatam, *modo* probavimus. Ac ita privilegiorum ordo tribus illis in summa comprehensis, non videtur habere difficultatem. Quod enim alii famulos famulasque & operarios illis accensent, æquitate sua non caret, juris auctoritatem non habet; Ideoque licet usu quarundam gentium non absurde probatum sit, teste Wesenbecio *parat. D. de Privileg. Credit.* & Gudelino 4. *de Jure Novissim. cap. ult.* apud nos tamen lege destitutum, nisi ex æquitate voluntaria, non observatur.

40. Remotis igitur vel non extantibus privilegiatis, ** quorum sine hypotheca concursus admodum rarus est, Personales promiscue, sine causæ vel temporis discrimine concurrunt. Sub quibus, inquam, & qui chirographo subscripsere, continentur, etiam quos hodie licet appellare *librarios*, sive debitores e codicibus mercatorum atque artificum, *Boek-schulden.* Quibus etsi Doctores quidam privilegium inter creditores tribuunt, A. Matth. *d. dis. th. 37.* verum tamen est, moribus hodiernis, nil nisi quod probandi vim habeant, illis, ultra jus civile, quo nihil valent, esse tribuendum, idque nec aliter observatur. Concurrunt, inquam, promiscue, nisi personalis simplex privilegiato solvat, quo facto, in jus ejus succedit, *l. 24. § 3. de Reb. auct. jud. possid. l. 3. de Bon. cess.* Alioqui sic instituunt Personales; Conferunt quantitatem pecuniæ ex bonis debitoris redactæ & pro se reliquæ, cum suis creditis, positoque calculo, quantum pro singulis aureis sive florenis confici possit, definiunt, atque tum singuli pro numero florenorum sibi debitorum illam summam capiunt; quæ ratio cum proportione geometrica, quam heic præscribunt Dd. coincidit. D. Matth. *d. dis. th. 51.* Enimvero si personales creditores sententia, & ex illa pignore judiciali potiti sint, ab eo tempore fiunt hypothecarii, & in re pignorata præferuntur, *l. 2. C. de Præt. pign.* Cujus pignoris usu fere obsoleto, in multis tamen foris, ut dictum, idem jus ex Arresto secutaque sententia, in quibusdam ex sola quoque sententia sequitur, & acquiritur, ut ad *tit. In quib. caus. pign. tac.* observatum est.

* Secundum observantiam fori Saxonici, omnes personaliter privilegiati, sine discrimine tituli & temporis, pro rata concurrunt, fac. *P. 1. C. El. 28. § f.* teste Carpz. *P. 2. C. 28. d. 140.* Berl. *P. 1. Concl. 70. n. 26. seq.* Richter. *de Jure & Priv. Cred. c. 5. n. 9.*

** De hac ultima classe Chirographariorum & Creditorum simplicium, ‡ videri potest *Ord. Pr. Sax. tit. 50.* ex qua notari meretur, eos concurrere omnes, ohne Unterscheid der Zeit, pro rata. Præferuntur ipsis autem Creditores in quatuor prioribus Classibus constituti, sed nostro Jure tantum ratione sortis, non ratione usurarum, *O. P. S. d. Tit. § es ist aber. j. supr. P. II. p. 588.* Secus obtinet 1) quoties petitur interesse moræ *Dec. El 7.* Carpz. *P. 1. C. El. 28. def. 164.* 2) in usuris pretii non soluti pro prædio vendito & tradito. *d. Tit. 50. §* Dennwenn. Carpz. *d. l. d. 167.* Id. *l. 4. Resp. 52.* 3) in annuis reditibus. Carpz. *l. c. d. 169.* 4) in usuris ex dote illata, nec restituta, quia sunt instar alimentorum. Id. *l. c. dec. 166.* 5) in usuris, quæ debentur piæ causæ. *Dec. El. 8.* aut 6) a tutore pupillo, in casu *Dec. El. 9.* 7) si consensus domini in hypothecam feudalem, ad sortem non fuerit restrictus. *Dec. El. 10.*

‡ Jure novissimo nota, nisi adsint debita hypotheca judiciali, eaque ad sortem unice non restricta munita, cū interesse moræ & usurarum, non nisi post omnium sortes solutas haberi rationem. Exceptio est in Interesse rei judicatæ, quod omnibus atque singulis creditoribus, quorum petitio pro liquida declarare, licet de prioritate aliqua supersit dubitatio, una cum sorte, suo ordine solvendum est. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 50.*

TIT. V.

TIT. V.

De Distractione pignorum & Hypothecarum.

I. Summa differentiæ inter pignus & Hypothecam, quod ad distractionem. II. Forma distrahendi, bona fide, & solenniter. III. Pœna Formæ non servatæ. IV. Effectus distractionis, & quando revocari possit. V. Creditorem de evictione non teneri. VI. Jus novum de venditione pignoris, & jure dominii impetrando, ex l. 3. de Jur. dom. imp. *& usus ejus. VII. Quid Juris. si posterior Creditor ordinis errore pignus vendiderit.*

Finis contracti pignoris tam in intentione partium inde ab initio, quam in exitu, sive in executione, definit in hoc, ut Creditor ex pretio pignoris, si aliter nequeat, adeoque per distractionem, suum consequatur. Modus autem distrahendi aliter in pignoribus proprie dictis, aliter in Hypothecis servabatur. In pignoribus, quæ a creditore possidentur, quid juris sit, ex *l. 3. C. de Jur. dom. impetr.* exposuimus, ad *tit. I. Quib. alien. lic. Part. I. pag. 157. n. 2. & seqq.* Summa differentiæ inter pignus, quod a Creditore possidetur, & hypothecam, cui debitor aut tertius incumbit, in hoc consistit, quod Pignus prævia denunciatione vendi possit, *l. 4. C. h. t.* Hypothecam debitori possessam ut vendere liceat, Præses adeundus, & ab illo peti debet, ut res hypothecæ obnoxia venalis, sive, ut vulgus ait, *executabilis* declaretur, *l. 14. C. eod. tit.* Contra Tertium vero possessorem Hypothecaria agendum esse, constat satis ex iis, quæ ad *primum hujus libri titulum* diximus.

2. Forma distractionis *dicta lege 3.* non abrogata, duobus verbis in *l. 9. C. h. t.* præscribitur, *bona fide, & solenniter.* Bona fides excludit dolum, *l. 4. C. eod.* ne res minoris quam valet, per gratiam vendatur, *l 3. C. Si vend. pign. ag.* nec vero dolum abesse sufficit, verum & ea, quæ diligens paterfamilias in suis rebus præstare solet, a Creditore exiguntur, *l. 14. de Pignor. act.* SOLENNITER, id est, observatis, quæ in distrahendis pignoribus celebrari consueverunt, *l. pen. C. Si vend. pign. ag.* Proinde, ut videtur, auctione publica, non quidem sub hasta necessario, quod non exprimitur legibus, sed proscriptione saltem publica, *d. l. 4. C. h.* ac ita, ut constet, non potuisse pluris vendi, *l. 22. in fin. de Pign. act.* quod aliter quam auctionis copia publice facta, constare non potest. Ipse Creditor, palam aut per alium subornatum si emat, res pro non vendita habetur, *l. 10. C. d. tit.* nisi debitor ipse vendere pignus in animum induxerit, *d. l. 10.* vel per judicem fiat distractio, *l. 2. C. Si in caus. Jud. pign.* Verum de ordine modoque distrahendi pignoris judicialis, ad *tit. de Re Judicata*, tractandum superest.

3. Si contra has regulas facta sit venditio, quod quidem actum est, non revocatur, sed in creditorem actio in id quod interest datur, *l. 7. C. d. t.* qui tamen si non solvendo sit, ipsa res vendita repeti potest, pretio saltem emptori restituto, *l. 3. C. Si vend. pign. ag.* Quid si emptor idemque possessor, doli particeps fuerit? hoc casu non modo illum ad rem, sed etiam ad fructus & id quod interest, solvendum teneri, docet *l. 4. C. eod.* sine pretii mentione restituendi; cujus tamen cum usuris offerendi, meminit *Lex 1. eod.* Ita propter formæ neglectum. Quod si creditor jus vendendi non habuerit, distractio nulla est, & indistincte res ipsa revocatur, *l. 2. C. eod.* quæ tamen usucapionem e tali venditione procedere docet: quod ad caput *de Usucapionibus*, & requisitum tituli referendum. Nonne & pretium hoc casu reddendum? Silet *d. Lex 2.* Sed non est dubium, per *d. l. 1. eod.* intellecto semper, debitorem ad plus quam ipse debeat, emptori restituendum non teneri, *arg. l. 21. § ult. de pignor.* Quemadmodum etiam si plus sit in pretio pignoris quam in debito, id integrum debitori manere, clarum est; ut & Creditori suum jus manere, pro certo habendum, quatenus ex pignore distracto minus quam ipsi debeatur, redactum fuerit, *d. l. 3. C. de Jur. dom. imp.*

4. Venditionem rite institutam debitor impedire non potest, nisi integra sorte cum usuris oblata, *l. ult. C. Debit. distr. pign. imped. non posse.* Consequenter, venditionis rite factæ effectus est, tametsi venditor dominus non sit, plena dominii translatio, *l. 46. de A. R. D. § 1. I. Quib. alien. lic.* Proinde, non posse debitorem ita factam venditionem revocare, vel rem venditam recuperare, consentaneum est. Excipit Modestinus, cum posterior Creditor a priore pignus emit, quia non tam acquirendi dominii, quam servandi pignoris sui causa pecuniam dedisse videtur, quam proinde si debitor ei obtulerit, nulla est causa re-

tinendi pignus, *l. 6. h. t.* Idem erit, si quis pro debitore fidejusserit, & videat bona debitoris jure pignoris, parvo pretio, ut inde Creditori satisfieri nequeat, vendi, sciensque se a Creditore de reliquo conventum iri, emit res pignoratas. Cum enim hoc non tam fecerit emendi, quam damni vitandi causa, debitor eum deinceps indemnem præstare paratus, rem recuperare potest, *l. 5. § 1. eod.*

5. Si pignus venditum dein minime debitoris proprium, sed alieni res dominii reperiatur, Creditor, qui Jure Creditoris vendidit, (secus si nomine proprio,) de evictione non tenetur, nisi ex promissione, vel ex dolo, *l. 2. C. Credit. evict. pign. non præst.* Verum is, cui profuit solutio pretii, debitor scilicet, utili actione Empti conveniri potest, *l. 12. § ult. h. t.* non in omne quod interest, sed ad pretium cum usuris, habita quoque fructuum ratione, recuperandum, *l. 74. § 1. de Evict.* Creditor tamen actionem pignoratitiam contrariam adversus debitorem, ex eo, quod rem alienam pignori dedit, præstare cogitur, *d. l. 12. in fine. l. pen. h. l. 38. de Evict.* vel actionem quoque principalem, si nec dum solutio & liberatio facta sit, per *d. ll. & l. 59. § 4. Mandati.* Quid autem, si Emptor rei pignoratæ, pretio nondum soluto, rem intelligat alienam esse, vel fideicommisso aliive subjectam oneri, quod actionem ex empto vel evictionis causa parit, an cogi potest ad pretium, sine cautione indemnitatis, solvendum? Non videtur. Aliud enim est, teneri ad emptionem rei alienæ implendam, & damnum evitandum; aliud, contra quem regressus, damno inflicto, sit capiendus: Evitandi damni facultas, re adhuc integra, facilius conceditur, quam regressus adversus eum, qui in qualitate nominis alieni vendidit. Proinde non teneri pignoris emptorem ad pretium prius solvendum. Curiæ Supremæ visum est, in causa Viri amplissimi *A. H. contra Petrum Sebastianum., ante ferias O. S. 1650.* Cæterum est ratio, qua Creditores evictionis periculum in se redundans evitare possunt, si publico programmate moneant omnes, qui jus aliquod in rem venditam prætendere velint, ut hoc in præsenti exerceant, alioqui postea sileant, de quo locus erit ad *sequ. tit.* agendi *n. 6.*

6. Porro, Justinianus venditionem pignoris Creditori non concedit, nisi post biennium a denunciatione, vel sententia judiciali, *l. 3. § 1. C. de Jur. dom. imp.* Quod hodie nusquam, opinor, observatur. Utique non ad sententiam quod attinet; ubi enim condemnatio super causa principali nexuque pignoris facta fuerit, eis ordinarium executionis tempus ad distractionem pervenire potest. Quod ad denunciationem autem extrajudicialem, nihil habemus speciale constitutum; Ideoque si quis absque sententia pignus vendere cupiat, quid eum a biennio absolvat, non habeo dicere, tametsi non sit vulgatæ praxeos; quia vix aliæ quam judiciales pignorum venditiones constituuntur. Plane, quod pactis super ordine distractionis & tempore, vel quod *Statuta* dicunt, haud dubie servandum; sicut Trapezitis apud nos certum temporis spatium, intra quod, etiam sine denunciatione, res pignoratas vendere queant, Lege cujusque Civitatis præscriptum est, neque pactione ex *d. l. 3. § 1.* libertati derogatum legitur. Pignus igitur propriedictam, cui creditor incumbit, alienari potest eo tempore & ordine, quo convenit; si nihil convenerit, post sententiam, vel intra biennium post denunciationem; quæ tamen, ut dixi, vix est in usu; moris, & nisi fallor, juris est, ut, *si nihil convenerit, res eorum auctoritate judicis exponatur, quam creditor licitando publico emat, si velit,* verba sunt Stockmanni, *decis. Brab. 45. in fin.* Hypotheca, cujus possessio non est penes Creditorem, si pignus sit, per actionem hypothecariam illine avocari debet. Si a debitore possideatur, potest etiam vi pacti occupari & alienari, per *l. fin. C. de pign. act.* ubi, *circa conventionem vel pactionem,* quod pactum executivum vocatur, citatius est, præsidialem insuper justificationem adesse, sic tamen, ut processui sententiæ quo opus non sit, juxta ea, quæ differit Sandius *in. t. tit. 12. def. 3.* Si vero nihil super distrahendo convenerit, sententia omnino opus est, tam super debito principali, quam addito, rem pignoratam propter eam executioni obnoxiam fore, sicut in *hujus capitis initio* dictum est: De vi pacti, re licet alienare pignus debitori, vel creditori, adam est, quod sufficiat, *ad tit. de Pignoribus.* Quod si pignus proscriptum non inveniat Emptorem, dominium ejus a Principe posse impetrari, docet *d. lex ult. C. de jur. dom. imp.* sed observantiis valde prolixa atque molesta, cujus summam retulimus *ad tit. Inst. Quib. alien. non licet. n. 2.* Hic enarrare, vel planius commentari non libet, imprimis quia nullius usûs esse videtur; nec enim quisquam hodie tantum Dominii impetrandi circuitum instituet, cui in promptu est, per judicem facere venditionem, quo casu Jure Civili quoque Creditor

Creditor ipse, pretio qualicunque rem comparare, Dominiumque inretractabile consequi potest, ut supra demonstratum est. Quid si mos sit alicubi, Creditoribus addicere dominium pignoris per judicem, si debitor post trinam citationem contumaciæ reus peragatur, valetne consuetudo? Nequaquam, ut rectè judicatum refert Stockmannus *decis. 95.* Et, si quis apud nos ita suum *Intendit* sive libellum adversus contumacem concludat, non modo rejicietur, sed & mulctari posse videtur, *arg. d. l. ult. C. de Pact. pign.*

7. Fit aliquando, ut res pignorata vendatur ab eo, qui non habet jus vendendi, ordinis errore; Quæritur, quo pacto Creditori ordine juris priori, sed executione prævento, consulendum sit. Adversus emptorem sane nulla personalis actio competit, quia nullum obligationis vinculum intercedit; nec utilis hypothecaria datur, si pecunia non extet: ne quidem si dolo fecerit, tenetur Furti, aut ad Exhibendum, qui jus suum persecutus est, nec rem alteri, qui non possedit, eripuit. Ergo nihil reliquum est, quam ut ipsam rem pignoratam hypothecaria persequatur, ut Papinianus edisserit in *l. 1. h. t. l. 17. C. eod.* Verum si pecunia adhuc extet, utilis hypothecaria vi prærogativæ temporis dabitur in emptorem; Quin etiam si consumpta sit pecunia, modo Creditor protestatus sit, ut probat Sandius *3. 12. 27. in pr.* Imo etiam adversus Creditores posteriores, qui ipsam rem distractam non possident, sed pecunias accepere sub cautione restituendi, *si quis alius melioris juris prædictus deinceps emergat*, etsi non sit protestatus, per ea, quæ tradit Sandius *d. defin. 27.* & quæ nos diximus ad *tit. de Pignor. n. 13.* In quem finem solet peti insertio in ordinem Creditorum justo loco, cujus vi posterior proximus, ad nummos restituendos priori condemnatur.

TIT. VI.

Quibus modis pignus vel Hypotheca solvitur.

I. Sorte soluta, tollitur pignus, ubi & solutum fuerit id, pro quo hypotheca non erat data. II. Idem in aliis modis, quibus jure ipso jure deberi desinit. III. Idem ubi per exceptionem. IV. De remissione Pignoris expressa. V. De tacita. VI. Casus, quibus sola Creditoris scientia sufficit ad abrogationem pignoris. VII. De ejus ignorantione, sciente Creditore alia facta, ubi de programmate. VIII. De Confusione. IX. De rei interitu. X. De tempore. XI. An juri luendi præscribatur.

Definit, ut par est, tractatus de *Pignoribus*, in modis quibus finitur, qui vel per consequentiam principalis obligationis, vel per & propter se committuntur. Priore figura solvitur pignus & Hypotheca vel ipso jure, vel per exceptionem. Ipso jure per Solutionem, Acceptilationem, Novationem, Contrarium consentium. Solutioni, de qua *lex 6. h. t. in pr.* æquiparatur oblatio ac consignatio sortis debitæ, per *l. 1. C. Qui pot. in pign. l. 6. C. de Solut.* Debet autem solvi offerrive totum quod debetur, etiam pro quo pignus non fuit obligatum, ut novissime constituit Gordianus in *l. un. C. Etiam ob chirograph. pecun.* ubi, *At si in pignoris hujus portionem constitutus fueris, nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur, vel offeratur, quæ forte pignori debetur, eam restituere propter exceptionem doli mali non cogeris.* Proinde si usura quoque sortis debitæ non solvatur, cui pignus ob eam non fuerit obligatum, dubium non est, quin & ob usuram chirographariam ejusdem pecuniæ, pignus retineri possit, ex illa Gordiani sententia: Nam hæc juri veteri, quo *soluto eo, propter quod pignus obligatum erat, ipsum solvi pignoratitia, l. 11. § 3. de Pign. act.* perspicue derogavit, etsi aliter Wissembachio nostro, cæteroquin ab eo citatis *ad tit. de pign. act. th. 16.* videri, non ignoramus: quorum rationes, ulla ratione retas vacare non possumus. Verba Cujacii; *Non est cur potius ob usuras chirographarias denegemus pignoris retentionem, ut probat etiam, ait, l. 4. C. de Usur.* (quam ego potius ad jus veteris retulerim.) *quam ob easdem chirographarias; nam ob eas, si quando, ut Interpretes ejus rei satis, ait, fuit Cicharellus est, lib. 19. obs. 27.* ubi tamen cur ab illa sententia desciscere videtur. Mihi difficile est aliter docere, quam intelligere queam, nec intelligere datur, retentionem pignoris ejusdem licitam propter debitum plane diversum, & non esse licitam propter accessionem ejusdem debiti, pro quo pignus est obligatum. Frustra aliquis objecerit, novam jus non esse derogatorium antiquiori per consequentiam, sed quatenus expressum est: Nec enim est consequentia, dicere, eum qui jus dat retinendi

pignus

pignus ob pecuniam sine pignore debitam, hoc non pegare propter usuras sine pignore debitas; cum hæc utique pecunia sit optimo jure debita. Brunnemannum miror hoc quæsitum reliquisse intactum *ad d. l. un.*

2. Porro acceptilatione & novatione solvi pignus, docet *lex 11. §1. & 2. de pign. act.* sub exceptione, nisi convenerit, ut repetatur hypotheca, vel pignus maneat, *d. §1.* idque sive novatio fiat per delegationem, *l. 18. de Novat.* vel sine illa, *d. §1.* secus tamen est in actione vendita, *l. 8. §1. h.* Contrario consensu obligatione principali sublata, pignoris obligationem, ut accessoriam, pariter tolli, nihilo magis dubium est, *l. 9. §3. de pign. act. l. 3. C. de Luit. pign.* Quid igitur est, quod Gordianus in *l. 2. C. de Luit. pign. Intelligere debes*, inquit, *vincula pignoris durare, personali actione submota:* itane infinita oratione? Non proposuisset absolute Tribonianus ex Gordiani rescripto hanc sententiam, quæ adversatur certissimo juris principio, nisi speciem, ad quam ea pertinet, præcedentis Quæstio Legis suggereret. Est autem hæc ejusmodi; Debitori sub pignore, duo heredes extiterunt; singuli actione personali tenentur pro portionibus hereditariis, actione hypothecaria in solidum, *quatenus possident.* Et ideo si unus solverit pro sua parte, tolletur quidem omni jure actio personalis, hypothecaria non item, ut in *l. 2.* Illa ergo non tenetur, hac tenetur, licet extincta principali; cum enim possideat rem a defuncto pignori obligatam, quamdiu illud debitum non est plane solutum, res a defuncto obligata manet hypothecæ subjecta, etiam pro parte alterius heredis, Cujacius *5. obs. 32.* qui addit, vix aliud inveniri exemplum, quo omni jure summota principali, manet hypothecaria, quod fit, ait, propter indivisam pignoris causam, quæ dicitur in *l. Rem. 65. de Evict.* tu vide tamen Gothofredum *ad d. l. 2.* neque prorsus exemplum, quo actione principali extincta supersit hypothecaria, deesse, videbimus *ad tit. de Usucapion.* quod jam præsumi potest ex *posit. 8. & seqq. ad d. tit.* Hisce prædictis consentaneum est, per confusionem & compensationem principalis debiti, pignus & hypothecam pariter & ipso jure extingui, *d. l. 9. §3. & l. 11. §2. & seqq. de Pignor. act.* junctis iis, quæ *ad tit. Inst. Quib. mod. toll. obl.* exposita dedimus.

3. Secundum hæc, quibus modis per exceptionem tollitur obligatio principalis, iisdem pignus per consequens finiri intelligitur. Pacto igitur de non petendo, *l. 5. h.* junctis *l. 17. §2. de Pact.* Jurejurando ab adversa parte delato, & rejudicata, *l. 13. h. t.* & si qui sunt alii per exceptionem tollendæ obligationis modi, de quibus ut heic *alibi* dicta repetantur, nihil ad rem attinet. Quotiescunque enim fors remittitur, Pignus quoque & Hypothecam remitti necessum est, *l. 129. §1. de R. J.* Quid autem si remissio sortis sit inutilis? Adhuc remissionem pignoris constare, traditur in *l. 1. §1. h. t.* nisi causa inutilitatis ad ipsum quoque pignus pertineat, quomodo accipienda *Lex 5. C. de Remiss. pig.* Subjicit Thomasius.

SCHOLIUM.

Ut si minor remiserit sortem, aut creditor alius dolo vel metu inductus sit. Adde Brunnem. ad d. l. 5. Locum igitur hic habebit regula, Si actus meus non valet, quantum valere volo, valeat in quantum valere potest.

His convenienter, ubi quis officii ratione semet ipsum resque suas obligaverit, officio finito, pignus & Hypotheca similiter finiuntur, secundum ea, quæ ad *tit. de Exerc. act. n. 4. 5. 6.* dicta sunt in *Parte II. Prælect. pag. 914. seq.* & occurret in hac parte locus *infra* commodior.

4. Modi ad ipsum pignus vel Hypothecam pertinentes, sunt iidem fere, quos de servitute habuimus ad *tit. Quib. mod. servit. amitt.* Remissio, Confusio, Rei interitus, & Tempus. Remissio, ut illic fuit, heic etiam est expressa, vel tacita. Expressæ exemplum habes in *l. 8. §1. h. l. 23. C. de Pignor.* Sed est notabile discrimen, quod Servitus pro parte indivisa remitti non potest, *l. 34. in fin. pr. de S. R. P.* Pignus & hypotheca possunt, *l. 8. §3. h. t.* Atqui pignus & Hypotheca non minus quam Servitus, indivisam habent causam, *l. 65. de Evict.* Videamus igitur, quoad usque pateat effectus convenientia, & differentia: Servitute pro parte remissa, partis tamen alterius domino totus fundus & omnes ejus serviunt partes, *d. l. 34.* Sic etiam quando Hypotheca pro parte indivisa remittitur, alter quamlibet rei pignoratæ partem Hypothecaria petere potest; Qui autem remisit suam partem, nihil petendum habet, *d. l. 8. §2.* Plane sic etiam qui pro sua parte servitutem remisit, eam ipse, aut heres ejus exercere nequeunt, ut ex *d. l. 34.* in verbis, *servitutes pro parte retineri placet*, colligitur. In hoc adeo definit discrimen; Servitutis exercitium, quo alter dominus, qui non remisit, eam retinet, per totum prædium æqualiter diffunditur. Pignoris persecutio, quæ in distractionem tendit, non

non potest operari ultra modum debiti principalis. Proinde cum alter suam partem remiit, pars altera duntaxat ab eo, qui supersit, peti potest, pars dimidia cujuslibet, inquam, partis, ut est in *d. l. 8. § 2.*

5. Tacitæ remissionis variæ sunt species & argumenta. I. Qui pignus sibi traditum debitori reddidit, de remittendo jure pignoris pactus videtur, *l. 3. de Pact.* non obstante *l. 9. C. de Remiss. pig.* ad quam responsum dedimus *tit. de Pact. n. 3. sub fin. Part. II. pag. 626.* II. Quando convenit, ut loco pignoris Fidejussor daretur, a pignoris obligatione recessum videtur, *l. 5. § 2. h. t.* cum alioquin oblato fidejussore vel alio pignore, non habeat recesse creditor ab hypotheca recedere, *l. 6. § 1. h.* juncta *l. 9. § 3. de Pign. act.* III. Per alienationem pignoris consensu Creditoris factam, *l. 4. § 1. h.* nisi alienatio effectum non habuerit, *d. l. 4. § 2. l. 7. in pr. & l. 8. § 6. D. l. 4. & l. 7. C. de Remiss. pign.* Scientia creditoris cum res alienaretur, non sufficit, *d. l. 8. § 15. & l. ult. C. d. tit.* cogitavit enim Creditor quod res erat, pignus cum onere suo alienari, *l. un. C. Rem alien. gerent.*

6. Excepti sunt aliqui casus, quibus scientia sufficit. I. In favorem libertatis, si servus pignori obligatus, sciente Creditore, sit manumissus, *l. 16. C. de Remiss. pign.* II. Si Fiscus sub hasta rem pignoratam vendiderit, *l. 8. C. eod.* III. Si creditores de venditione facienda programmate admoniti, cum essent præsentes, hoc est in eadem provincia, jus suum executi non sint, *l. 6. C. eod.* Cujusmodi programmata ingenti usu commendare se videntur, ad evitandum periculum, quod emptores sæpissime ab evictionibus hypothecariis experiuntur: quod si programmate, venditionis tempore publicato, possit anteverti, nihil facilius utiliusque videtur. Enim vero non sufficere programmata, quibus venditio facienda proscribitur, qualia apud nos in venditionibus rerum soli perpetuo in usu sunt, verum in hoc illa specialiter esse dirigenda, ut Creditores hypothecarii admoneantur, quo veniant actionemque, si quam habere putent, in hanc rem instituant, docet textus in *d. l. 6.* Mirari liceat, cum hæc res sit liquidi Juris Civilis, in Frisia Juris Romani liberalissima, nullum ejus instituti usum, quod mihi quidem unquam auditum sit; frequentari. Alibi tamen (in Hollandia quoque) servatur, impetrata citatione generali, de qua diximus *ad Tit. de in jus voc. n. 13. Part. II. pag. 596.* cum hoc effectu, ut Creditores intra certum terminum venire cogantur, creditumque suum probent, aut perpetuum sileant, ut docet Gailius *l. 1. obs. 57. n. 7.* quod alibi *remedium purgationis civilis* appellant, Schachius *de Judic. l. 1. c. 34. n. 17.* novissimeque Stokmannus *decis. Brabant. 115. & seqq.* ubi duas habet exceptiones; I. Non sufficere generalem citationem per *programma*, in eorum, quorum actio nota est, vel esse potuit, præjudicium, qui nominatim citandi fuerint. II. Non præjudicari per tale programma possessoribus, sed his tantum, qui *prætensionem* sine possessione habent. Est alia in eo ipso textu exceptio; si Creditores *absint*, hoc est, in diversa sint provincia, ut absentes in Jure sumi, constat ex *l. ult. C. de longi temp. præscript.* Usus populorum hæc programmata produxit ad quælibet jura pariendæ actioni comparata; veluti ad beneficium inventarii, ad fideicommissa, & id genus alia: Sic enim ajunt; *Remedium purgationis civilis ideo comparatum esse, ut tuti reddantur emptores & novi possessores rerum, quas de novo acquirunt, & excludantur, si qui postea agere volent & jus aliquod sibi adserere contra possidentes*, verba Stockmanni *d. Decis. 115.* Si quis apud nos programmatis hujus usum, nullo Statuto abrogatum, sibi negari non posse petenti crederet, de quo nihil habeo dicere, latius tamen, quam ad Creditores hypothecarios in provincia agentes, ex *d. l. 6.* produci non posset.

7. Præterea sciendum, oppignorationem alii consensu creditoris factam, ad solvendum pignus, quicquid alii argutentur, sufficere. * Sic enim est in *l. 12. in pr. h. t. Paulus respondit, Sempronium antiquiorem creditorem consentientem, cum debitor eandem rem tertio creditori obligaret, jus suum pignoris remisisse.* Quin si instrumento, in quo Tertio pignus obligabatur, addito, rem nulli alii esse devinctam, subscripserit, suum jus pignoris

* Jure Sax. Elect. creditor in ulteriorem oppignorationem consentiens, non Jus hypothecæ, sed tantum prioritatis, remisisse censetur. *O. P. S. Tit. 46.* § Darum wollen wir. Carpzov. *P. 1. C. 28. d. 131.* Hartm. Pistor. *l. 3. qu. 16.* j. Mencken. *Contr. Jur. Civ. Disp. VIII. th. 9.* Eodem Jure jus pignoris non creditur exspirare, quoties prædium, in quo creditor hypothecam habuit, sub hasta fuit venditum, nam licet tum rem ipsam non amplius afficiat, Carpzov. *Resp. 32.* Id. *P. 1. C. 28. d. 83.* ex pretio tamen, secundum prærogativam Ordinis & temporis, creditori satisfaciendum est, *Dec. El. 58.* Philipp. *ad eund. obs. unic.*

amittit, *l. 9. §1. h.* Verum est tamen, non semper novo creditore dimisso, veterem penitus excludi; sed videndum esse, quid actum sit; *Utrum, ut discedatur ab hypotheca in totum, an ut ordo servetur, & prior creditor secundo loco constituatur, l. 12. § si tecum. 4. Qui pot. in pign.* Quod si quis in dubio ex consensu oppignorationis alii faciendæ præsumendum putet, etsi textus id non ferat, minus tamen repugnem.

8. Hæc de remissione Juris Pignoratitii. Confusio, quam secundo collocavimus loco, præter eam, qua jus debiti & crediti principalis coincidunt, hoic est, quando Creditor dominium pignoris acquirit emendo similive titulo, *l. 9. in pr. h. t.* ubi duo creditores rem pignoratam ementes prærogativa temporis aut privilegio contra se invicem uti non possunt. Possunt huc etiam referri casus, quibus causa pignoris ad dominium redit, veluti, cum Emphyteuta fundum vectigalem pignori dedit, isque non soluto vectigali, ceciderit in commissum, *l. 31. de Pign.* Idem erit, si usufructuarius suum jus oppignoraverit, *l. 8. in pr. h. t.* eodemque pertinet, si Creditor pignus pignori dederit; Extincto enim Jure Creditoris primi, secundum in eo confunditur, *l. 1. & tot. tit. C. Si pign. pignor. dat.* Unde liquet, non esse tam tutos, quam videntur sibi, illos, quia Trapezitis (hi frequenter id agunt, quando cunctis pignoribus de suis nummis impares sunt,) qui ab iis, inquam, accipiunt pignora apud ipsos depositia, quæ custodiant, creduli, non posse malum nomen fieri, cujus pignori incumbunt: Si enim trapezita solutione sibi facta, foro cedat, alter pignore simul & pecunia sua privatur.

9. Tertio, finitur jus pignoris interitu Rei pignoratæ, quod res ipsa loquitur, *l. 8. in pr. h. t.* quo sane etiam emphyteuseos & ususfructus finiti, cum pignori dentur, exempla referri possunt, ut fit in *d. pr. l. 8.* Mutatione rei non finitur Pignus; Quippe manet Hypotheca, licet de domo factus sit hortus aut vinea, *l. 16. § 2. & l. 29. § 2. de Pignor. & Hyp.* nisi talis sit mutatio, quæ dominii quoque interitum inferat, ut si ex ligno pignore dato, facta sit navis, *l. 13. § pen. de Pign. act.* Multo minus finitur pignus, si res pro parte sublata sit, quo pertinet, si domus combusta vel destructa fuerit, area quippe tenebitur; est enim pars ejus, *l. 21. de Pignor. act.* Proinde si domus a debitore restituta sit, manet in ea pignus, quod fuit, *l. ult. de Pignor.* nec aliter, si tertius bona fide restituat ædificium, salvis ipsi impensis in materiam & mercedes fabrorum factis, *l. 29. § 2. eod. tit.* Ratio non est obscura, & alibi tractata; quod jus soli trahit ædificium, *d. l. 21. de Pign. act.* Quæ ratio cessat in ædificiis alieno solo impositis, cujusmodi olim pleræque domus apud nos rusticorum. Nam si tales sublatæ, & a tertio bonæ fidei possessore sint restitutæ, jus pignoris extinctum non recuperatur; Nec enim partis, sed totius ibi fuit privatio; quia solum, quod non erat ejus, qui domum obligaverat, pignori non fuit subjectum, nec ideo restitutum ædificium trahere potuit. Sic memini judicatum esse in tali specie; Agricola pignori obligaverat omnia sua bona, quæ consistebant in Jure colonario, cum supellectile, pecudibus, & instrumento rei rusticæ; Jus autem colonarium constabat, proprietate domus impositæ fundo domini, & jure conductionis ad longum tempus. Domo combusta, & agricola bonis everso, Jus ejus colonarium cum ruderibus & parietinis reliquis venditum erat Tertio; qui domum instauraverat, & deinde a creditoribus agricolæ conveniebatur hypothecaria. Sed nihil ab his impetratum est, quam ratione tignorum, quæ de veteri ædificio novæ structuræ adhibita fuerant. Verum si debitor idem, cujus fuerat superficies, combustæ domus loco novam constituisset; an eo casu creditoribus actio comparata fuisset? Non videbatur, quippe re pignorata non pro parte, sed tota sublata, nec ratione soli, quod alienum fuit, hoc casu concurrente. Verius tamen est, hypothecam duraturam, per *l. ult. de Pign. Si insula combusta est, deinde a debitore restituta, idem in nova insula juris habet* creditor; exemplo servitutum in simili casu, *l. 20. § 2. de Servit. urb.*

10. Denique; Tempore finitur Jus Pignoris & Hypothecæ, tam si de tempore convenit, *quoad usque pignus duraret*; * quam præscriptione, quæ triplex hypothecariæ actioni Legibus est im-

* Idem etiam apud nos in judicialibus rerum immobilium hypothecis obtinet, quæ imprimis, quando clausula cassatoria addita est, elapso tempore, in quod confirmatio judicis impetrata est, exspirant. *Dec. El. 31.* ibique Philipp. *Obs. unic.* nisi creditor ante finitum hypothecæ tempus actionem eo nomine moveat, & litę pendente id elabatur, aut hypotheca concessa sit usque ad reluitionem Domino feudi vel Jurisdictionis reservatam, *d. Dec.* vel prorogatio consensus legitime fuerit impetrata, Philipp. *l. c. n. 11.*

posi-

posita, longi, longissimi, & supra longissimi temporis. Longi temporis est decem vel viginti annorum, quæ datur bonæ fidei pignoris possessori, decem inter præsentes, viginti inter absentes, ut in usucapionis materia est, *l. 1. & 2. C. Si adverſ. Cred. præſcr. oppon.* Quod an locum habeat, in Credito annui reditus ex fundo, si fundus liber alienatus sit, ignaro Creditore, cui pensiones annuatim a Venditore sunt solutæ, vide differentem Stockmannum *Deciſ. Brabant. 83.* Nos eam quæstionem ad titulum de Annuis legatis reservamus.

Malæ fidei possessor non liberat pignus, nisi præscriptione longissimi temporis, quod est annorum triginta, *l. 7. C. de Præſcript. 30. vel 40. ann.* Ipse vero debitor aut ejus heres, rem pignoratam possidens, *quadraginta* duntaxat annorum spatio liberatur, *d. l. 7. § 1.* Ita præscribitur Creditoris juri, quod is habet ad pignus persequendum.

II. Quæritur, an juri luendi pignoris, quod competit debitori, præscribatur. * Liceat heic mihi respondere, quemadmodum in alio simili quæsito, Vir Doctus ait: *Adfirmatur, contra adfirmantes tamen.* Adfirmare licet, quia nullum est Jus, cui non præscribatur, modo requisitum fundamentale præscriptionis omnisque dominii acquisitionis adsit, quod est, *ut poſſeſſor animum ſibi habendi præferat.* Etenim quicunque possidet alieno nomine, qua talis, nullum usucapionis aut præscriptionis initium facere potest, *pr. Inſt. de Uſucap. l. 2. C. de Præſcript. 30. ann.* Hinc quamdiu rem ut pignoratam se possidere, non negat Creditor, manifestum est, nullum præscribendi initium animo concipi posse. Rursus, si creditor rem pignoratam neget esse talem, & præ se ferat esse suam, ab eo tempore præscriptionem longissimi temporis, quæ datur etiam furibus & malæ fidei possessoribus, inchoare potest. Ac ita juri luendi pignoris æque ac aliis juribus præscribi posse, concedimus ac adfirmamus. Altero sensu, quamdiu Creditor rem, ut *pignus*, vel non negans esse talem, possidet, communis eaque verissima Juris sententia est; Creditorem, qui pignus jure tituloque creditoris possidet, a Jure luendi pignoris debitorem nullo temporis spatio excludere posse, propter defectum requisiti fundamentalis, quod demonstravimus. Exempli gratia. Fortuita rixa quidam Agricola Nobili vicino objiciebat, ejus avos non fuisse tanto suis majores, quanto nunc ipse præ se excelleret. *Fundus, quem ego poſſideo,* inquit, *avi tui meis Pignori dare coacti ſunt.* Hoc effutitum dedit occasionem Nobili isti, inquirendi in rem sibi adhuc ignoratam, ac ita reperit esse factum, ut pro summa pecuniæ satis modica, prædium illud Rustici avis obligatum traderetur. Si hanc probationem ultro invenisset, nec alter pignoris causam fassus, possessione libera 90. & amplius annorum se tutus esset, frustra fundum repetiisset; quam illa confessione fretus, ut mihi relatum est, oblato debito, recuperavit. Nostra memoria claro Principi litem ejusmodi super nobili Domanio motam vidimus: Nec dubitatum, quin summo jure pignus redimi posset. At mutatis temporibus, homines mutati, juri suo jam moto renunciare maluerunt *anno 1672.* Inter dissentientes ab hac sententia est Thomasius noster.

SCHOLIUM.

Sed obstant huic Sententiæ ea, quæ ipse Autor posuit ad Tit. de Rescind. vendit. posit. II. & quæ ibidem notavimus, *unde ad rationes, quas hac theſi recenſet, facilis eſt reſponſio.*

RESPONSIO.

Respicit ad id, quod in Parte II. pag. 989. *diximus; juri ex pacto de retrovendendo posse præscribi. Sed etiam illic monuimus, esse discrimen, inter Pactum de Retrovendendo & jus luendi pignoris, hoc inprimis; Quod Emptor, qui pacto de retrovendendo tenetur, rem suo nomine, tituloque domini possideat, quod in pignore secus se habere manifestum est; plura mox in eam rem collocabimus.*

N. ADDIT.

Esse utique differentiam inter pactum de retrovendendo & jus luendi pignoris, quis negaret? sed an illa differentia tanti sit, ut in hac quæstione quid operetur, valde dubito. Sane in contrarium est regula, quam ipse Autor supra d. tit. de resc. vendit. *posuit: Quod jura, quæ immediate ex contractu oriantur, præscriptioni sint subjectæ, adeoque, ut ibi notavimus, non possint referri ad res meræ facultatis. At vero luitio pignoris æque, ac jus rescindendæ venditionis, est jus, quod debitor habet ex contractu, nempe mutui*

* De Jure nostro sine dubio negative respondendum est, per *P. 2. C. El. 1.* vid. Carpz. *ad eand. def 8.* idemque secundum Jus Commune defendunt Gail. *l. 2. Obſerv. 18. n. 4.* Ant. Fab. *C. l. 8. tit. 19. def. 19.* Franzk. *Ex 5. qu. 6.*

& pignoris. Urget quidem Autor, quod creditor pignus possidens rem possideat nomine alieno, & ad casus quosdam provocat. Sed hic (l.) *plane mutavit statum controversiæ, & aliam sententiam eligit; quam quæ ab ipso in positionibus defendebatur. Concedit enim hic, quod luitioni pignoris possit præscribi, postquam creditor rem incipiat possidere ut dominus, & oppignoratum id esse neget. At ibi generaliter negabat quæstionem, ex ea ratione potissimum, quod non prius nascatur actio reluendi pignoris, quam soluta obligatione principali; solvendi autem facultas nullo tempore tollatur. Addideram ergo huic assertioni scholium novum, his verbis:* Sed cur non? Solutio enim est debiti præstatio. Debitum vero non est, si intra triginta vel quadraginta annos Creditor id non exegerit, sed per præscriptionem id fuerit sublatum. *Sensit vim objectionis Autor, adeoque ab assertione priore recessit, eamque hic aliter formavit.* (ll.) *Nobis vero id non est omittendum, cum exinde nascatur ratio regerendi, adversus præsentem assertionem Autoris, quod Creditor, quamdiu debitum non sit solutum, pignus possideat ut pignus, i. e. ut rem alienam. Nam postquam triginta anni, in quibus Creditor pignus habens debitum suum non repetit, sunt elapsi, & ita actioni mutui est præscriptum, ab illo tempore etiam Creditor pignus illud non amplius ut pignus possidet, quia pignus non est, ubi non est mutuum, cui accedat. Quare, etsi rusticus pignoris causam fassus erat in dato casu ab Autore, non tamen debuisset post 90. annos condemnari. Denique quod res meræ facultatis attinet, ut recte Autor notat, eas non recte describi a Grotio, ita definitio ejus obscurior est Grotiana, & saltem ad defendendam quæstionem effabricata. Quid enim est jus non actu quæsitum, sed semper in potentia? Clarius; res meræ facultatis, sunt jura disponendi de persona & rebus suis, quarum intuitu aliis non est jus per pactum legibus conforme quæsitum: ut jus constituendi servitutem in re sua, jus recedendia communione, quæ exempla ipse Autor habet. At vero jura ex contractibus quæsita, vel aliis indulta, non sunt res meræ facultatis, sed præscriptioni subjacent, ipso Autore fatente in loco citato in scholio.*

Nusquam adeo quam in hoc jure debitum luendi, verius est quod vulgo dicitur; *Rebus meræ facultatis non præscribi:* Tu dices; Quid sibi volunt Juris magistri cum hac e scholis petita notione toties ingeminata? Res *meræ facultatis*, quibus non præscribitur, ait esse Grotius, *quæ non habent quotidianum exercitium, sed semel, ubi commodum erit, ut Luitio pignoris*, inquit, *lib. 2. cap. 4. § ult.* Minus plene, ut videtur. Quid enim? Jus vindicandi rem suam a possessore, non habet quotidianum exercitium, sed semel, ubi commodum erit: Ergo ei non præscribitur? Jus repetendi Mutuum, non habet exercitium quotidianum, sed ubi commodum erit, semel; Et tamen quis illi juri, si totis 30. annis non sit actum, nec possessor aut debitor se talem expresse vel tacite confessus fuerit, præscribi posse negat? Sic igitur potius; *Res meræ facultatis sunt jura, quæ non actu quæsita, verum semper in potentia sunt, ut constituantur & acquirantur;* Cujusmodi est jus constituendi servitutem in re sua, jus recedendi a communione, jus solvendi debitum, quod non est ejusmodi, ut ex aliqua causa acquiratur, uti nec jus, inquam, luendi pignoris, quamdiu pignus esse non negatur. Unde liquet, cur juri de retrovendendo præscribi queat, ut *ad tit. de Rescind. vend.* probatum est, & quamobrem rationes illic a nobis prolatæ non repugnent huic positioni; jus enim retrovendendi perfecte est acquisitum pacto speciali, cui æque ac aliis juribus præscribi potest; maxime, cum, ut dictum, possessor animum titulumque dominii præ se ferat. Postremo loco reperi meretur, quod primo collocatum est; Creditorem non possidere cum animo sibi habendi, sed alieno nomine; a tali autem inchoari non posse præscriptionem, *d. l. 2. C. de Præscript. 30. ann.*

SCHOLIUM.

Sed hoc non probatur per d. l. 2. *quæ in specie de eo, qui precario rem possidet, & conductore loquitur. In illo enim ratio decisionis est, quod precarium ex hypothesi Juris Romani non sit contractus, adeoque repetitio ejus spectet ad res meræ facultatis. At quod conductorem attinet, loquitur Imperator de eo, qui suam mercedem quotannis solvit, vel certe per triginta annos solvere non cessavit. Hi enim solvendo mercedem satis declarat, se possidere nomine alieno. Unde nescio, an commode lex hæc ad commodatarium extendatur, & depositarium,* cum Brunnem. ibid. *quamvis id eo casu procedat, si tibi rem ad 30. annos commodaverim, vel ad tantum temporis spatium apud te deposuerim. Hactenus enim causam possessionis tibi non poteris mutare.*

Non

Non agit σοφῶς hac parte Scholiastes. Imperatores decidendi rationem his verbis comprehendunt; *cum Lex Constantiniana jubeat ab his possessoribus initium non requiri, qui sibi potius quam alteri possederunt.* Est illud ipsum, quod non diximus: De Precario quod contractus non sit ἀδεὶς λόγος, *nullum verbum.* Nec de conductore verum est, Impp. loqui de eo, qui mercedem solvere non cessavit. Ait, *conductores non convenit Possessores appellari, qui rem ita tenent, ut ob hoc ipsum solitam debeant praestare mercedem.* Negat iis praescriptionem convenire, quia non negant se esse conductores, & quia pro possessione tenentur ad mercedem, ac ita satis indicant, *se alteri potius quam sibi possidere.* Enimvero Coloni, Commodatarii, & Depositarii, si absque titulo certo, vel diverso titulo, cum animo sibi habendi possederint, dominus, qui totis 30. annis jus suum non exercuit, praescriptione quo minus excludatur, nihil impedimento est. Plures sunt hujus sententiæ rationes, quas exponit & ab objectis vindicat D. Wissenbach. *ad h. t. th. 32.* Distinctione tamen a nobis posita, subintellecta potius ut opinor, quam expressa.

N. ADDIT.

Nunc vero postquam jam ostendi, praescripto mutuo a debitore, creditorem incipere possidere alieno nomine, conciliari facile possunt rationes explicandi d. l. 2. *a me datae, cum ratione Autoris, ut connectantur, non ut opponantur sibi. Nec obstat, quod rationis, quam dedi de precario, nullam mentionem faciat Imperator. Nam non omnes rationes legibus semper solent addi, sufficit, quod ratio data non repugnet analogiae juris. De conductore vero, qui minimum per triginta annos non cessavit solvere mercedem, loqui Imperatorem, credere inductus sum per verbum* solitam. *Quomodo enim merces solita praestari dici possit, quae tam diu non est soluta?*

LIB. XXI.

TIT. I.

De Ædilitio Edicto.

I. Continuatio, & de officio Ædilium. II. De causis actionum ex hoc Edicto. III. Quae actiones inde competant. IV. Quid differant ab actione Empti. V. Usus harum actionum, maxime si res perierit. VI. Quatenus electio harum actionum competat Emptori. VII. Post aestimatoriam adhuc Redhibitoriam dari, non contra. VIII. Expositio l. 48. § 7. h. t. *IX. Proprietates aliae harum actionum, & casus, quibus cessant. X. De Feris noxiis juxtae vias publicas habitis.*

Pignus fuit accessio Contractuum generalis: Sequuntur appendices quædam Emptionis Venditionis potissimum, quo pertinet argumentum Ædilitii Edicti, Stipulatio Evictionis, & Exceptio Rei Venditæ, atque traditæ. Ædilitium Edictum promulgatum est Romæ ab Ædilibus Curulibus, de quorum origine Pomponius agit in *l. 2. § 21. & 26. de O. J.* & nos in *Parte I. pag. 12. num. 10.* Distincti fuerunt ab Ædilibus plebejis, quorum antiquius institutum fuit; utrique dicti, quod ædibus praeessent, item viis ac ludis, ut Pomponius *ibidem* aliique *passim* testantur. Utrique, Magistratus majores adjuvandi causa creati, Curules pro consulibus, Ædiles pro tribunis: Etsi Consulum utrique imperio paruerint, ut ex Livio intelleximus *lib. 34. cap. 14. in fin. Consules Ædilibus Curulibus imperarunt, ut Sacerdotes ejus sacri* (Bacchanalium) *omnes conquirerent, comprehensosque libero conclavi ad Quaestionem servarent; ædiles plebis curare, ne qua sacra in operto fierent.* Quamvis igitur majorum numero Magistratuum habiti non sint Ædiles, ut probavimus *lib. 3. Digress. c. 23.* Jurisdictionem tamen habuerunt, inprimis circa Forum & vias publicas. Ad utramque partem duplex, aut bimembre hujus Rubricæ Edictum pertinet, alterum de venditionibus rerum tam soli quam mobilium, *l. 1. in pr. h. t.* alterum de noxiis animalibus juxta viam publicam habitis, in *l. 40. & seqq.* Nos primo Edicti summam recensebimus, & dein usum explicabimus.

2. Primum Edictum de rebus venalibus, est. in *l. 1. § 1. & l. 38. pr. § 1. 2. & 3. h. t.* conceptumque est ibi de mancipiis & jumentis; Sed ut in *pr. d. l. 1. l. 49. & l. 63. h. t.* indicatur, ad cujusvis generis venalia, & ad res etiam immobiles per-

pertinet. Ediſſerit autem, quid juris ſit, ob triplicem defectum a Venditore commiſſum: 1. Si res vendita non conveniat cum ejus *dicto promiſſove*, *l. 1. § 1.* ſic tamen, ut quæ commendandi cauſa dicuntur, ut fit, ab emptoribus, in cenſum non veniant, *l. 19. in pr. h. t.* Secunda cauſa eſt, ex *reticentia:* Venditor enim certiorem facere debet emptorem, ſi quid vitii morbive fuerit, omniaque recte pronunciare, *d. l. 1. § 1. & l. 38. in pr.* Tertius defectus eſt, ſi venditor *cavere nolit* emptori, ut Ædiles jubent, ob vitii alicujus aut defectus ſuſpicionem, *l. 28. h. t.*

3. Propter has cauſas ex eodem Edicto actiones duæ ſunt proditæ, Redhibitoria & Æſtimatoria, quæ ſimiliter in Permutatione locum habent, *l. 19. § 1. h. t.* Redhibitoria datur Emptori contra venditorem, ut is rem venditam recipiat pretiumque reſtituat, una cum uſuris & eo quod intereſt, *l. 1. § 1. l. 23. l. 27. l. 29. § 2. & l. 31. § 1. h. t.* quæ docent ſcilicet, emptorem viciſſim rem cum omni cauſa reſtituere debere. Finitur autem hæc actio ſex menſibus ob res ipſas, duobus ob acceſſiones rerum, *l. 38. in pr.* Æſtimatoria datur eidem emptori contra Venditorem ad repetendum de pretio, quanti res ob vitium minoris eſt quam vendita fuit, *d. l. 1. § 1. l. 38. in pr. & l. 61. h. t.* eaque durat annum utilem, *l. 19. § ult. h.* niſi moveatur hæc actio, propterea, quod venditor cavere nolit, ſicut Ædiles caveri volunt; nam hoc caſu Æſtimatoria ſex menſibus finitur, ut Redhibitoria bimeſtri ſpatio, *l. 28. h. t.*

4. Tu dices: nonne præſtationes vitiorum in rebus venditis, actione empti venditi continebantur, quid opus ſpeciali Edicto in hunc finem? Moribus equidem hodiernis, vix eſt, ut quicquam interſit, ex empto, an ex Ædilium Edicto agere te dicas: Primitus tamen differentiæ quædam fuerunt; præter quod Prætori minime fuit inſolens, de Rebus Jure Civili conſtitutis Edicto ſuo cavere diligentius, ut conſentaneum fuit, cum curæ id habere circa res venales ad officium ejus nominatim pertinentes.

SCHOLIUM.

Varie hanc quæſtionem Doctores tractare ſolent. Conf. cum Autore Wiſenb. h. t. th. 9. *Mihi placet præ aliis opinio Franzkii, quem vide* ad tit. de Act. empt. n. 99. *Moribus noſtris quid obſervetur, vide apud Dn. Schilter.* ad h. t. § 15. & 17. *Carpz.* P. 2. C. 34. d. 15. ſeqq. *Dn. Stryck.* de jure ſenſ. Diſp. 1. C. 3. n. 44.

Præcipua quæ intererant, hæc ſunt; Ex Edicto utraque actio non de animi, ſed de corporis vitiis agit, *l. 1. § pen. h.* niſi quatenus ipſum ſervi corpus afficiunt, *l. 4. § 4. l. 16. § 1. l. 43. § 4. &c.* ſed actio ex empto datur quoque ob animi vitium, *l. 4. pr.* Ædilitiæ ſunt arbitrariæ, & ni ſatisfiat, in duplum, *l. 45. h. t.* quo ſenſu pœnales dicuntur, *l. 23. § 4.* ſed actio ex empto eſt b. f. in ſimplum, *l. 2. & l. 27. § ult. de Evict.* Ædilitiæ competunt in unum ex pluribus, qui pro majore parte vendidit, civiles in ſingulos pro rata, *l. 44. § 1. in pr. h.* Facilius quoque ædilitiæ dantur in ignorantem, ut dictum, quam civiles ex empto, *l. 13. § 1. de Act. empt.* Nam hæc ob culpam maxime comparata eſt; illa ad inæqualitatem, etſi culpa nullius, corrigendam, ut inter ſcientiam & ignorantiam non diſtinguatur, *l. 1. § 1. h. t.* quæ notabilis & forenſis eſt differentia.

5. Sed hæ diſcrepantiæ quod ad genus actionis, moribus, ut dixi, hodiernis nullum amplius uſum habent; nec ideo tamen, quæ in hoc titulo traduntur, uſum habere deſinunt: Sed tam redhibitoria quam æſtimatoria licet experiri, ſi modo vitium, vel ejus cauſa, proxime venditionem anteceſſerit. Nam quod ſequitur, ad emptoris periculum pertinet, niſi aliter convenerit, *l. 3. C. de Ædil. act.* Si vero præceſſerit cauſa venditionem, actiones ædilitiæ dabuntur, *etſi pecus ſit mortuum, l. 47. in fin. h. t.* quod æque in permutatione locum habebit, *arg. l. 19. § 1. h.* idque ità judicatum in Curia noſtra apud Nautam reperio, in cauſa *Johannis Sapei contra Sixtum Feiconis cum ſoc.* Actor equum permutatione adeptus erat a Reis in nundinis *Belcumanis*; decemque vel 12. diebus poſt traditionem equus erat mortuus; dein cum ſectus eſſet, inteſtina corrupta & exeſa ichore flavo & tabifico reperta ſunt a longiore tempore collecto, ut inde conſtaret eſſe mortuum. Condemnati ſunt ad pretium reſtituendum, non obſtante teſtimonio aliorum mangonum: quaſi moribus inter equorum mercatores obtineret, ut ne plura quam tria vitia *

* Secundum *art. 79.* Wb. in equo venditor tria ſaltim vitia præſtare tenetur, ſcilicet ſi equus ſit ſtätig, retrogradus, ſtaarblind, cæcitate latente laborans, aut haarſchlächtig, quod alii ſcabiem, alii malum pulmonicum, ſive aſthmatis morbum, exprimere autumant. conf. Coler. *d. Proc. Exec. P. 2. c. 1. n. 28.* Carpz. P. 2.

præſta-

præstarentur, si nihil speciale dictum aut promissum esset, quæ tria hæc erant; malum pulmonicum, *dempigheit:* præsepicum quod vocant, quo equi se præsepibus mordendis intorquent, & *tertio* vermium. Cujus moris hæc queat ratio reddi, quod illa sint vitia, quæ emptor scire nequeat, venditor posset. Nam quæ manifesta sunt, ut ab emptore facile observari queant, ædilitiis actionibus non sunt obnoxia *l. 1. § 6. l. 2. 3. 4. l. 14. § ult. l. 48. § 3. 4. & l. 55. h. t.* Quod autem ad venditoris attinet ignorantiam, hæc quidem ab ejus quod interest plena præstatione eum liberat, *l. 13. in pr. de Act. empt.* non ab actionibus ædilitiis, *l. 1. § 2. h. t.* Proinde nihil causæ fuit, ut ne ob alia vitia, quam quæ venditor scire possit, mangones agi posse negarent. Nec illi universitatem faciebant, ut si maxime talis consuetudo inter eos usu obtinuisset, alius eam ignorans ad observantiam ejus teneretur, nisi forte ex *arg. tit. Quod quisque jur. in alt.* si quis antea scil. hoc jure contra alium usus esset, vel id impetrasset, ut deinceps eodem jure in propria causa uteretur.

6. Actionem Redhibitoriam & Æstimatoriam intentione atque effectu inter se discrepare manifestum est, non æque, an certi termini, quibus hæc aut illa moveri possit existant. Sunt, qui in arbitrio emptoris esse volunt, uti a malit experiri; posse eum eligere, inquam, & statuere secum, æstimatoria an redhibitoria agere velit, quibus adstipulatur Thomasius ad *nostram posit. 3.* Sed cum, immane quantum, interest venditoris, utrum quod vendidit, recipere totum cogatur, an quanto minoris defungi liceat, non est civile dictu, in reciprocæ præstationis contractu, tanti rem momenti ab solius Emptoris arbitrio suspendi. * Plane eum, qui redhibendi causam habet, si æstimatoria quod minus est, agere malit, id in potestate habere per *l. 21. de R. J.* nec semper utraque cumulatim experiri licere, certum est ex *l. 25. § 1. de Except. rei jud.* Sed hic textus non impedit quod juris ratio dictat, Redhibitoria non posse aliter agi, quam si tale vitium in re vendita sit, propter quod actor eam rem empturus non fuerit, sicut *ibidem* traditur, ejusque rei judicium non a mero emptoris, sed a judicis arbitrio pendere, consentaneum est. Ita quoties de servitute agitur, venditor victus tantum præstare debet, quanto minoris emisset aliter, si sciisset, hanc servitutem esse impositam, *l. 61. h. t.* neque dicendum est, ob celatam servitutem, contractum emptoris arbitrio rescindi posse, ut redhibitoriæ locus sit, per *l. pen. de Eviction.* de cujus sententia *capite sequenti* prefius agendum erit. Nec tamen repugno, quin, si fuerit servitus adeo gravis & deformis, ut exactus paterfamilias rem ea causa non fuisset empturus, ad redhibendum hæc ratio quandoque sufficere possit, quomodo merito judicatum refert apud Brabantinos *Stockmannus*, de celata servitute cloacæ, per quam colluvies ex duabus latrinis vicinæ domus, sub pavimento atrii per subterraneum meatum longo ductu, ad vestibulum usque domus venditæ decurrebat: Unde subinde ingratus fœtor exhalabat, & pavimentum nonnunquam obstructo canali rescindendum erat, ut aliquoties factum fuerat, *Decis. 97.* ubi recte monet & probat, alioqui ob celatam quamlibet servitutem, etsi quanti minoris agere liceat, minime tamen a contractu posse recedi, *n. 2.*

7. Quod autem diximus, Concursum æstimatoriæ atque redhibitoriæ non esse cumulativum, accipit hanc limitationem, *quatenus idem bis non petatur*, quam esse fundamentum omnis de Actionum concursu doctrinæ, probavimus in *Parte I. p. 424. n. 40.* Quare si non offenditur hæc regula, nihil vetat, post æstimatoriam adhuc moveri Red-

C. 34. *def. 17.* Eckolt. *ad ff. tit. d. ædil. edict § 6. in fin.* Nihilominus, si dolosa venditoris simulatio aut dissimulatio accedat, etiam ob alia vitia, e. g. si equus sit lunaticus, Richter *dec. 95. n. 10* vel pituitosus. Id. *l. c. n. 33.* Coler. *dec. 228. n. 3. seqq.* conf. Carpz. *l. c. def. d. 15. & 17.* Franzk. *ad ff. d. tit. n. 85.* actioni ex emto perpetuæ erit locus. *a. l. 13. ff. d. act. empt.* Richt. *dec. 95. n. 12.* atque ita *resp. Fac. Jur. Lipsi. Mens. Jul. Anno 1700.*

* Immo ad arbitrium Venditoris pertinebit, si emtor actionem quanti minoris elegerit, venditor vero pretium, quod emtor vel judex nimis exiguum esse, seque pro eo rem actori relinquere non posse, neque eo modo contracturum fuisse contendat, remque integro quod accepit pretio restituto recipere malit; atque adeo nec actor invitus ad actionem quanti minoris instituendam compelli, nec reus invitus ex ea condemnari, sed uterque redhibitoriam præoptare poterit, ut monet Beyerus in Delin. *Jur. Civ. L. p. 388. not. (a).* Sane officio Judicis Germanici continebitur, juvare reum redhibitoria, cum in favorem emtoris idem licuerit Judici Romano per *l. 43. § 6. D. h.*

hibi-

hibitoriam. Nam post hanc non dari Æstimatoriam, palam est, quia per graviorem levior in eodem negotio absorpta est, ut *d. loco* probavimus. Igitur hæc regula, *si graviore prius sit actum, levior extinguitur; si leviore prius, gravior supereſt in id, quod plus continet*, non tantum obtinet in actionibus ex delicto, sicut vulgo, sed etiam in rei persecutoriis e contractu, ut *d. pag. 424.* exemplo patuit, & heic denuo liquet: Nam si emptor prius quanto minoris egerit, deinde liqueat, rem adeo nullius esse valoris, ut ne expediat quidem ejusmodi rem domino habere, redhibitionem adhuc impetrare potest, officio tamen judicis implorato potius, ut is, quod antea præstitum, deducat ac ita redhibeatur, quam actione directa ex *l. 43. § aliquando 6. h. t.*

SCHOLIUM.

Sed hoc nequaquam dicit d. l. 43. § 6. *Melius eam exponit Wissenbach.* th. 10. *junge* l. 25. § 1. de Exc. rei Judic.

RESPONSIO.

Lex ait, Aliquando etiam redhiberi mancipium debebit, licet æstimatoria agamus, *& mox*, licet æstimatoria actum fuerit, *& cætera quæ dixi; Unde refellitur explicatio D. Wissenbachii, qui vult in ipsa prima actione æstimatoria rem aliquando judicis officio redhiberi, quod cum plane diversi generis sit, non videtur. Nostra expositio tam verbis quam usui juris multo crebrius & civilius convenit.*

N. ADDIT.

Miror pertinaciam in tanto viro. Ait Paulus, Aliquando etiam redhiberi mancipium debebit *per sententiam Judicis*, licet æstimatoria, id est quanti minoris, agamus *& redhibitionem non petamus, sed restitutionem pretii majoris.* Nam si adeo nullius sit pretii, ut, ne expediat quidem tale mancipium *vel jumentum* domino habere, veluti si furiosum aut lunaticum sit, *v. g. si equum talem emerim pro 100. thaleris, & postea instituam actionem quanti minoris & repetam totam summam, vel 99. thaleros*, licet æstimatoria actum *tunc a me* fuerit, officio tamen judicis continebitur, ut reddito mancipio pretium recipiatur, *ne videlicet & pretium & rem (quam plane inutilem esse dico) simul retineam. Nec possum conqueri, quod res mihi auferatur, si eam dicam esse propter inutilitatem nullius pretii. Jam judicet Lector, an propter verba*, licet æstimatoria actum fuerit, *refellatur explicatio Wissenbachii & confirmetur illa violenta Autoris.*

8. Denique, propter diversa vitia sæpius agi posse, docet *Lex 21. § si quis. 16. & l. 48. § 7. h. t.*

SCHOLIUM.

Sed qua actione, æstimatoria ne an redhibitoria? Æstimatoria, nam res sæpius redhiberi non potest, ut recte notat Glossa ad d. l. 48. § 7. *Quid ergo est, quod Pomponius ibidem dicit?* Cum *redhibitoria* actione de sanitate agitur, permittendum est de uno vitio agere & prædicere, ut si quid aliud postea apparuisset, de ea iterum ageretur. *Mihi videtur vel JCtus, dum hæc scriberet, æstimatoriam habuisse in mente, vel Tribonianum, dum hæc exscriberet, errorem commisisse. Nam redhibitoriæ voce tam late uti velle, ut sub se comprehendat actionem quanti minoris, esset vim voci inferre: nam qui redhibet, nihil retinet. Alia ratio est actionis æstimatoriæ, quæ sub se redhibitoriam complectitur*, l. 25. § 1. de Except. rei judic. *Glossa equidem* d. l. *putat institutam fuisse actionem redhibitoriam, sed rem non fuisse exceptam, verum præstitam saltem æstimationem tuti. At vereor, an & hoc procedat. Nam dubito, an judex in redhibitoria reum potuerit a redhibitione liberare, & ita electionem actori auferre. Non obstat* l. 43. § 6. hic, *quia ab æstimatoria ad redhibitoriam, per modo dicta, inferri nequit.*

RESPONSIO.

Mihi non est dubium, quin JCtus in d. l. 48. § 7. *Redhibitoriam actionem vocet eam, quæ est ex Edicto Ædilitio, simpliciter: vocemque tam generaliter sumi posse, probo inde, quod in ipso Edicto, ut heic habetur in* l. 1. h. t. *REDHIBENDI tantum fit mentio, cui facultas quanti minoris petendi virtualiter inest*, arg. l. 21. de R. J. *Quanti minoris ita fit mentio, ut sub redhibitione lateat. Plane a potiori denominationem fieri, non est insolens; quin ex ipsa re, cum redhibitoria sæpius agi dicit Juris C. necessitas hujus responsionis elucet, quia factum redhibendi lis fieri non potest. Quod autem æstimatoria dicitur Redhibitoriam continere*, d. l. 25. § 1. *vult dicere, illam hanc non absumere, ut paulo* superius *probatum, aut si hoc nolit Thomasius, dicat, utriusvis nomen utramque compendio actionem complecti.*

N. ADDIT.

Vides, litem saltem esse de usu vocis redhibitoriæ actionis. Nam in decisione quæstionis convenimus. Ivo mea sententia contra Autorem id urgeri potest, si actioni redhibitoriæ, de qua in l. 1. h. t. *instituisset actio quanti minoris, quid opus*

fuisset

fuiſſet edicto peculiari, in quo hæ duæ ſecernuntur? in l. 38. eod. *Regula illa, cui licet id, quod majus eſt, licet etiam minus, procedit in rebus ejusdem ſubordinationis. Quæ hic non ſunt. Redhibitoria reſcindit totum negotium, actio quanti minoris mulctat ſaltem venditorem, qui ſæpe mallet rem redhiberi, quam eam alteri relinquere reſtituto exceſſu pretii. Quæ Autor monet circa* l. 25. § 1. *adea jam exceptum fuit in nota præcedente.*

9. Heredi & in heredem has actiones, ut omnes e contractu, dubium non eſt dari, *l. 43. § 5. h. t.* Sed hoc eſt ſingulare, quod ad Redhibendum, non niſi omnes pariter emptoris heredes agere poſſunt; ad pretium, & ad cætera quæ dividi queunt, ſinguli pro partibus agunt, *l. 31. §5. & 6. h.* Venditoris tamen heredes pro partibus hereditariis tenentur ad recipiendam redhibitionem, ut etiam ipſi venditores, ſi quidem plures neque correi conſtituti ſint, *d. l. 31. § 12.* ſalvo eo, quod diximus ex *l. 44. § 1. h. t.* poſſe actionem adverſus eum, qui ex parte majori emptor eſt, inſtitui. Poſtremo ſciendum, Ædilitias actiones ceſſare in *ſimplariis* venditionibus *l. 48. § ult. h.* de quibus *ſimpla* duntaxat evictionis nomine promittitur, & de quibus duplam ſtipulari, ut communiter fit, non eſt operæ pretium, *l. 56. in pr. de Evict.* adeoque in vilioribus ceſſat Ædilis, & ex empto agendum, *l. 4. pr. h. t.* Idem erit in vitiis levioribus, *l. 4. § ult. l. 11. & ſeqq.* Præterea ceſſat Ædilis in venditionibus a fiſco factis, *l. 1. § 3. h.* Ceſſat idem in rebus donatis, *l. 62. h. t.* Denique in locatione viſum eſt ſufficere Locati actionem, & Ædilium de illa tacet Edictum, *l. 3.*

10. Altero Ædilium Edicto, aut ſecundo ejusdem membro, cautum eſt ita; Si quis noxium animal juxta viam publicam habuerit, ſolutum aut non ſatis arcte ligatum, idque damnum dederit, de cæde hominis liberi eſt pœna 200. aureorum, de læſione ejusdem arbitraria mulcta, de aliis damnis pœna dupli, *l. 40. & ſeqq. h. t.* Moribus hodiernis, arbitraria mulcta forte an ſemper obtinebit; niſi pro homine libero occiſo danda ſit actio in dimidiam hominis æſtimationem; quæ eſt integra 300. florenorum *aureorum* qui dicuntur, *jure noſtro*; ſecundum quod ex commiſſo pecudum ſolvitur dimidium ejus, quod ex hominis facto debetur, *2. Stat. Friſ. 3. art. 4.* De concurſu hujus Actionis cum Quadrupedaria, dictum eſt ad *tit. I. Si quadrup. paup. in fine.*

TIT. II.

De Evictione & duplæ ſtipulatione.

I. Species & ſumma Tituli. II. Origo & uſus ſtipulationis duplæ an & hodie ſuperſit. III. Agi de Evictione in omnibus oneroſis Contractibus. IV. Secus in lucrativis. V. An in dote valeat. VI. Si pars vel acceſſio rei evicta ſit, ex empto, non de evictione agi. VII. Quid juris ſit in cauſa ſervitutis celatæ. VIII. IX. Quid ſi res plures ſimul ſint venditæ. X. Si conditiones de venditione male exprimantur, quid juris. XI. Quæ vis ſit clauſulæ generalis, rem vendi, cum juribus oneribusque ad eam ſpectantibus. XII. Quatenus Evictionis neceſſitas Pactis mutetur. XIII. Quo ſenſu in ſolidum plures ex evictione teneantur. XIV. Denunciationem non ob actionem empti, ſed ob evictionem eſſe faciendam, & quo tempore. XV. Fines denunciationis, eamque faciendam eſſe, licet emptor litis motæ non ſit ignarus. XVI. Nec omittendam eſſe, licet cauſa evictionis manifeſta. XVII. Finis & effectus denunciationis; nec invitum venditorem intervenire cogi. XVIII. Niſi promiſerit expreſſe vel tacite, ubi formulæ tacitæ promiſſionis. XIX. Defenſionem ſive interventionem in judicio non promiſſam, exigi non poſſe, niſi pretio nec dum ſoluto, immineat periculum. XX. In quo foro fiat lis ſuper evictione. XXI. Caſus, quibus hæc actio ceſſat. 1. in pignore. XXII. 2. Ex ſcientia Emptoris. XXIII. 3. Ex culpa ejus. XXIV. 4. Ex caſu fortuito.

AD explicandam Emptionem venditionem pertinet inprimis poſt Ædilitium Edictum titulus de *Evictionibus*, cujus admodum frequens uſus olim hodieque; recipit hanc ab initio monendam diverſitatem: Quod nunc ab Empti actione, quæ datur in id quod intereſt, vix ullo diſcrimine, præterquam uno ſat notabili, Denunciationis, ut videbimus, ſeparetur. Quo unius tamen apud Rubricam de Emptione venditione *hujus tituli* argumentum occuparemus, fecit methodi, quam Cæſar nobis præivit, religio. Quid ſit *Evincere*, compoſitio vocabuli ſponte probat; nihil aliud quam vincendo, ſcilicet non vi, ſed per judicium, rem auferre, *l. 22.*

§ ult. h. Species facti in actione hujus loci, talis est: Qui rem emit a non domino, quem dominum esse putabat, ab alio seu domino vero seu jus aliud in rem venditam habente, vocatus est in jus, ejusmodi edita actione, per quam res ab ipso avocari queat, sive rei vindicatio, seu pignoris, ususfructus, emphyteuseos, vel fideicommissi persecutio, vel quælibet alia sit actio, per quam emptor possessionem sit amissurus, *l. 26. & l. 34. §1. & pass. h. t.* Tunc emptor facere debet, ut venditori denunciet, sibi litem moveri, quo adsistat & periculum litis ad se pertinere sciat; secundum quæ, secuta condemnatione, venditor olim in duplum, hodie in id quod interest tenetur; atque hæc est summaria hujus capitis ὑποτύπωσις, cujus exegesin, ordine quasi historico, quo nullus facilior, prosequemur.

2. Moris erat in foro Romano, ut Emptores in causam evictionis futuræ ac incertæ a venditore juxta conventionem de emendo vendendo, stipularentur *duplum: aut vel hoc, vel id quod interest*, in quo ex natura contractus, actionis Empti materia consistit, peteretur, si quidem res evicta fuisset; quam alternativam agendi facultatem tradit *l. 25. C. h. t.* concursus enim, ut *ibi*, est electivus. Nec multum erraverit, qui duplum, quod stipulabantur, ejus quod interest vice functum fuisse arbitretur; quatenus in casibus certis, cujusmodi emptio venditio est, id quod interest duplum excedere non potest, ut definitum est in *l. un. C. de sent. quæ pro eo, quod interes.* Nec adeo dubium videtur, quin Emptores ad evitandam ejus quod interest obscuram probationem, stipulationes dupli venditionibus adjicere soliti fuerint, sicut alias huic scopo stipulationes pœnales inserviisse, constat ex *§ ult. Inst. de V. O.* Nec aliunde petenda ratio, cur, si emptor per errorem minus duplo fuerit stipulatus, venditorem ad id, quod deest, supplendum compellere possit, *l. 37. § ult. h.* quanquam & ab initio venditor ad duplæ stipulationem cogi possit, *l. 31. § quia adsidua. 20. de Ædil. ed.* ubi ratio, quæ redditur, id quod diximus affirmat. *Etenim*, inquit Ulp. *ea, quæ sunt moris & consuetudinis, in b. f. judiciis debent venire.* Si tamen enixe partes operam dederint, ne plus simplo deberetur; quo minus placiti lex illa valeret, nihilo plus obstabat, quam si plus duplo stipulatione complecti voluissent, *l. 56. in pr. & l. 71. in pr. h. t.* modo teneamus, si duplum aut plus fuerit promissum, ejus quod interest, quod duplo continetur, rationem non haberi, *l. 44. de Action. empt. d. l. 25. C. de Evict.* quo pertinet Scholium Thomasii ad *posit. 4. h.* Denique nec alia ratione factum videtur, ut caput de Evictionibus tam in Codice quam Pandectis ab Empti actione separaretur, quam quod dupli stipulatio quasi pœnalis ab actione rei persecutoria remota videtur. Sed moribus hodiernis, nihil, ut dictum, interest, Evictionis an Empti actionem dicas, quod ad regressum ob rem evictam contra venditorem capiendum attinet; ut tamen minime, quæ in *h. tit.* reperiuntur, idcirco sint otiosa; quippe omnibus ad argumentum actionis Empti appositæ pertinentibus; hac tamen differentia, quod in causa Evictionis, *Denunciatio* facienda sit, quæ alioqui ad empti actionem non requiritur. Proinde quicquid a nobis heic de Evictionis actione collocabitur, ad id quod interest emptique actionem referri oportet, non ad dupli petitionem, quæ non est amplius in usu.

SCHOLIUM.

Idem statuunt Brunnemannus, Grœnewegen, Regnerus, aliique, quos citat Dn. Schilt. Ex. 34. § 20. *Quod si in dubitatum esset, carere possemus sul tilitatibus* posit. 9. & 10. *uti & Brunnem. apud Dn. Schilterum § 22. judicat. Sed video tamen Magn. Dn. Stryke* in usu moderno Pandectarum ad h. t. *notare Grœnewegium*, quod absque ratione asserat stipulationes dupli in usu amplius non esse. Quis enim hodie crederet, tale pactum vitiosum esse, si res mihi evicta fuerit, duplum restitues. Si enim in genere pactum hodie validum, nec hodie quod cum Jure communi incidit, invalidum erit pronunciandum. *Posses forte dissensum hunc tollere, si diceres hodie stipulationes vel pacta de duplo non ita necessarias esse, ut olim*, posit. 3. *& rarissime etiam frequentari; posse tamen iniri, si quis velit, quo casu quid sentiendum sit de usu* posit. 9. *vide eleganter apud Dn. Schilter. § 23.*

RESPONSIO.

Posse duplum, imo triplum & amplius, si partes, velint, promitti, quis impediat? Sed necessitas legis eam injungentis cessat, quod sufficit, ut jus duplæ obsoletum dicatur: Alioqui concedimus etiam, duplæ considerationem non omnino alienam esse a moribus nostris, quatenus adhuc durat regula; id quod interest, ad quod nunc emptor evictionis causa tenetur, duplo terminari, d. l. un. C. de Sentent. quæ pro eo quod inter. prof.

N. ADDIT.

Non opus erat responsione, quia revera Scholium

lium cum Autore senſit. Et quis hodie tam ſtultus ſoret, ut alteri duplum promitteret, ſi ad id non eſt moribus noſtris adſtrictus. Non eſt ſtultus, qui talia ab altero poſtulat, ſed qui ea præſtet, is profectò parum ſanæ ſoret mentis. Neſcio etiam, an multum profutura ſit duplæ conſideratio propter adductam ab Autore d. l. un. *quæ non illa phraſi Autoris ambigua utitur* duplo terminari, (*quæ etiam ſenſum admitteret, quaſi Judex teneretur* in duplum condemnare,) *ſed, quod Judex ſaltem non debeat* duplum excedere.

3. Secundum hæc etſi actione de Evictione præcipue ad Emptionem venditionem ſpectat, ad alios tamen plures contractus æque a Legibus producta eſt, ſcilicet quoties rem *oneroſo titulo* in alium translatam, a tertio vindicari contigerit. Ergo locum habet in Permutatione, *l. 1. C. de Permut.* Datione in ſolutum, *l. 4. C. h. t.* idem in diviſione rerum communium aut hereditariarum, niſi aliter convenerit, *l. 4. C. Fam. ercis. l. 66. § ult. h.* etiam, ut videtur, ſi Pater diviſionem fecerit *l. 77. § 8. de Legat. 2.* vid. Fachin. *6. controv. 68.* Gail. *2. obſ. 14. n. 6.* Mynſinger. *cent. 1. obſ. 37.* Etenim ſi meus debitor rem mihi dederit in ſolutum, quæ deinde ſit evicta: Rurſus ſi uni ex coheredibus ceſſerit in diviſione res non propria defuncti, quam alius deinceps avocat; cum poſſeſſor re, quam ex cauſa nactus erat oneroſa, privetur, merito adverſus auctores ſuos, qui ſe rem tradendo allevarunt, experitur, *arg. d. l. 77. § 9. de Legat. 2.* Similis ratio militat in Tranſactione, ſi quis ut ego a lite deſiſterem, mihi rem aliam dederit, eamque tertius evicerit; cum titulus, quo rem accepi, cauſa litis remiſſa, fuerit onerotius, non eſt dubium; quin aliter in id quod intereſt teneatur, *arg. d. ll.* Aliud eſt, ſi res litigioſa, ſuper qua tranſactum fuit, deinceps evicta ſit a tertio; Etenim hoc damnum ad poſſeſſorem, qui ſibi, quod temere tranſegerit, imputandum habet, ſpectat, *l. 33. fin. C. de Tranſact.* quæ docet equidem, ſi, quod datum eſt, ut alter a lite deſiſteret, evictum ſit, non ideo tranſactionem infirmari; ſed quo minus in id quod intereſt agatur, nec ille textus, neque juris ratio negat. Denique, contrarium non eſt in *l. 96. § Soror. 2. de Solut.* ubi nomen, quod ſoror tranſactionis cauſa accepit, *ejus periculo* eſſe dicitur. Hoc enim ab evictione penitus eſt diverſum, ut ex iis, quæ de Actione vendita dudum accepimus, conſtat. Evincitur nomen, quando is, qui hoc tranſtulit, non habet jus transferendi, qua cauſa procul dubio tenetur. Periculum intelligitur, quatenus debitor non eſt ſolvendo, & nihil ex nomine provenit; de quo caſu qui tranſtulit non tenetur, ut dictum *in loco.* Vid. Carpzov. *P. 2. C. 34. def. 28.*

4. In lucrativis Contractibus evictionis rationem & æquitatem ceſſare, minime dubium eſt, *l. 18. de O. & A.* Imo ſi donator bona fide rem alienam in amicum contuliſſet, duriſſimum foret, liberalitatis inſtitutum de evictione damnoſum fieri ſcilicet doli vel promiſſionis caſu excepto, ut ratio manifeſta docet & *l. 2. C. h.* Nec aliud obtinet in legato, quod ſi alienum eſſe compertum fuerit, heres tamen id, quod legatum eſt dando, liberatur, *d. l. 77. § 8.* niſi cum teſtator rem in genere legaſſet, heres certam ſpeciem legatario tradidiſſet; tunc enim ex ſuo facto præſtare teneretur, ut legatario rem traditam habere, retinere liceret, quod eſt ad evictionem præſtandam obligari, *l. 45. § 1. de Leg. 2. l. 29. § 3. de Leg. 3.*

5. De dotis datione quid juris ſit, ratio dubium facit, quia dos eſt datio benefica, Δῶς ἀγαθή. *dos donatio bona;* rurſus eſt oneroſa, quia datur ad ſuſtinenda onera matrimonii, *l. 56. § 1. de Jur. dot.* ſed Lex ita definit: Non tenetur evictionis nomine, qui dotem dedit, niſi *pollicitatio vel promiſſio fuerit interpoſita, l. 1. C. de jur. dot.* Cujus rei, Dotis dandæ, an evictionis cauſa? Hæc propoſito magis convenire videbatur, ſed promiſſionem dotis præviam intelligunt Gl. & interpr. Dote igitur absque promiſſione data, ſi quidem res æſtimata fuerit, ex empto competit actio; non de evictione, ut Brunnem. *ad d. l. 1.* Nulla datur actio, ſi res fuerit inæſtimata, dolo tamen, ut conſentaneum eſt, haud impunito, *d. l. 1.* Quinimo (eſt oppoſitio) quando dos æſtimata evicta eſt, ſi bona fide res ſint datæ, nulla eſt actio, quæ viro competat, *l. 69. § cum res. 7. ff. de Jur. dot.* Reſponde, nullam evictionis actionem dari, ex empto tamen actionem, vel exceptionem non negari, *d. l. 1.* quæ res arguit, quam male Brunnem. ad *d. l. 1.* actionem ex empto, & evictionis cauſa confundat. Sed nec a juris ratione fuerit alienum, dicere, ſi dos neceſſaria ſit, ſive æſtimata ſive inæſtimata, teneri de evictione, qui coactus dare dotem, dedit rem alienam, *arg. l. 19. de O & A.* etiam hoc argumento; quod, ſi pollicitatio dotis prævia, dantem facit obnoxium evictioni, neceſſitas dandi non minus efficax hac parte quam promiſſio, quæ neceſſitatem

tatem infert, esse debeat. Quod autem Brunnemannus idem ex Carpzovio *P. 2. Const. 34. def. 23.* tradit, donatorem quoque, si prævia pollicitatione donaverit, ad actionem teneri, merito displicet Bronchorstio *3. adsert. misc. 70.* Nam lex *2. C. h. t.* donatorem non aliter ad evictionem obstringit, quam si nominatim Evictio promissa sit, nec usquam aliter. Argum. vero a dote ad donationem non procedere, ex his, quæ *th. 4. & 5.* diximus, eximie liquet. Multo minus id probant *l. 18. § ultim. de donat.* aut Lex *29. § 3. de Legat. 3.*

6. Quid si non tota res, verum pars ejus evincatur? Actionem evictionis causa dari, scriptum est in *l. 1. & l. 45. h.* modo pars non sit modica; & heterogenea, veluti si nave vel domo vendita, tabulæ quædam aut cæmenta evincantur, *l. 36. h.* neque Fructibus rei venditæ evictis datur actio de Evictione, veluti si vacca vendita vitulus post emptionem natus evincatur, *l. 4. §. 3.* Sed usufructu rei venditæ evicto, plane meritoque actio evictionis datur ordinaria, *l. 46. pr. h. t.* Proinde, si tertius in rem venditam jus Emphyteuseos sibi competere probet, idem juris erit haud dubie, quia per has actiones ipsam rem avocari palam est, quod & de jure pignoris antea dictum, & habetur in *l. 34. § ult. & seq. h.* Sed enim ex omnibus illis causis, quibus negatur evictionis actio, dubium non est, quin ex empto inæquálitatis corrigendæ gratia, *quæ hodie est unica*, recte agatur; si modo res ejusmodi sit, ut emptor secundum Legem contractus inde teneatur. Ita si sterquilinium in fundo vendito sit evictum, de evictione quidem plane non potest agi, ex empto potest, si sterquilinium agri nutriendi, non si commercii causa habeatur, *l. 7. § 2. de Action. empt.* ac ita servatum judicatumque a Curia nostra in causa *Bocacii Aggæi contra Diviam Friderici d. 15. Jul. 1645.* Domuncula seu cavea suibus & ovibus continendis, si mobilis sit, non debetur emptori fundi, licet affixa domui, quoniam adfixio illa facta non est, ut pars domus fiat, sed ut firmius consistat. Ideo si evincatur, nec de evictione, neque ex empto agi potest, ut *eodem tempore inter easdem partes* judicatum.

7. Similis est de servitutibus quæstio; Si fundus sit venditus absque mentione servitutum, deinceps inventis in agro servitutibus, an ex empto in id quod interest agi possit? nam de evictione agi non posse, non dubitatur. Imo ne ex empto quidem agi posse videtur ex *l. fenh.* ubi tum demum, si ut *optimus maximusque* fundus sit traditus, venditorem teneri, respondet Venulejus. Nostro sermonis usu vix est, quo hanc formulam exprimamus: æquipollens erit, si dictum sit, *Vry van lasten en servituten*, ut sit, *d. l. pen. & l. 35. de Act. Empti.* Hæc ita quod attinet ad Evictionem & actionem in id quod interest. Sed actio Quanti minoris ex Ædilitio Edicto videtur etiam, ubi nihil est dictum, competere de servitutibus, ut ad *præcedentem tit. ex l. 61. ibid.* intelleximus, scilicet, nisi sciverit emptor, vel palam fuerit, eam fuisse pridem impositam, *d. l. 61.*

8. Postremo, ad rei evictæ considerationem pertinet, quod ubi plures pariter unoque instrumento res sunt venditæ, de singulis actio detur, *l. 72. h.* quod de actione Empti, si refert, eodem modo traditur in *l. 33. de Act. empt.* nec a parte hærendum, quin si duas res simul emero, quarum altera valet pretium solutum, si tamen alteram evinci contingat, evictionis actionem dari constet, *l. 47. h.* quippe si bene sit emptum, nihil est, cur hoc lucrum emptori decedere venditorique prodesse debeat, ad evitandam præstationem ipsi incumbentem. Adde Wissenbach. *h. th. uit.*

9. Quando igitur ex eventu apparet, rem venditam aliamve titulo oneroso translatam, esse gravatam hypotheca, usufructu, fideicommisso, aliove insigni defectu laborantem, datur actio vel ex Evictione, vel, inquam, ex Empto, cui periculo venditor evitando curare debet, ut omnia rerum onera conditionesque diligenter exprimat: Solet hoc autem in privatis emptionibus aliter ac in publicis fieri, (scil. *publicas* vocamus, quæ palam sunt proscriptæ, licet res sint privatorum.) In privatis conditiones coram testibus aut scriptura comprehenduntur, in quibus si quid ambigui sit, accipitur id, quod venditori nocet, *l. 33. de Cont. Empt.* In publicis venditionibus bifariam fit expressio conditionum: Primo in programmate, quo venditio futura significatur. Rursus apud ipsam venditionem, quando conditiones palam præleguntur. De his fuit quæsitum; Si in publica tabula conditiones quædam onerosæ sint dissimulatæ vel male positæ, de quibus in secunda promulgatione conditionum edixerit venditor, si quid ejusmodi subesset discrepantiæ, de illo se obligatum non fore; Quæritur, inquam, si emptor proscriptio-

ne

ne publica deceptus, animo ad secundam promulgationem non adhibito, læsus sit, cum venditor ex prima declaratione teneatur, an per secundam liberetur. Responsio est, si quidem venditor sciens prudensque onera prius dissimulaverit, hactenus eum, non obstante posteriore stipulatione, emptori in id quod interest, ob dolum teneri. Tu dices; Emptor ad ultimam promulgationem attendere debuit, in ultimas conditiones itum est a partibus, ut emptor ea ratione deceptum se queri non possit. Enimvero si diserte consenserit in ultimas conditiones, nihil habet exceptionis: sed in illa facti specie nullus adhuc tempore promulgationis, emptor fuit; & prælectiones conditionum in concursu hominum ad ejusmodi publicas venditiones, plerumque tam celeriter & tumultuarie fiunt, ut pauci ad illas animum advertere queant. Hæc etsi moris hodierni sit observatio, non modo tamen ex analogia, sed etiam e textu juris expresso proficiscitur, *l. 13. § Idem Julianus. 6. de Act. empt.* secundum quam judicatum est apud Sandium 3. 4. 5. Si vero dolus absit, non est æquum, venditorem in id quod interest teneri, ob errorem primæ professionis. Sed de Quanti minoris actione danda quid videtur? Hac de re in tali specie apud exedram consulatoriam actum memini: Venditor in tabula publice dixerat, agrum esse jugerum sexaginta, tributo satis gravi, tot *florenorum*, oneratum: sed apud actum venditionis edixerat, si minus jugerum & tantundem oneris esset repertum, se ratione proportionis disparatæ nolle teneri. Venditione facta & prædio addicto pro *tali pretio* in singula jugera, repertus est ager jugerum 54. duntaxat, eodem onere tributi. Emptor petebat id quod intererat sua, vel quanti minoris essent singula jugera de numero 54. gravata tali tributo, quam essent singula jugera de 60. jugeribus, pari quantitate tributi. Venditor ex veteribus instrumentis probabat, olim illum agrum fuisse jugerum 60. sed compertum fuit, antecessorem proximum sex inde jugera vendidisse, quod se venditor heres recens, ignorasse declarabat, idque erat probabile. Ab eo quod interest igitur omni, merito absolvebatur; sed Quanti minoris etiam ignorantes tenentur, *l. 13. in pr. de Action. empt.* putavimus tamen, hoc ne quanti minoris quidem agendum, propter ultimam stipulationem publice prælectam, quæ etsi non liberet a dolo malo, per *d. l. 13. § 6.* a pœna tamen sine doli conscientia liberare videtur, quia Lex nihil quam dolum hoc notat, eumque requirit, ut actio ex empto in illa specie detur, *d. § 6.*

10. Huc quoque referendum, quod venditores ut plurimum addere solent venditionibus clausulam generalem; se rem vendere cum *juribus, commodis ac servitutibus ad eam rem spectantibus.* Ejusmodi clausulam, quæ in stylum complementi Notarialis abiit, non posse venditorem tueri a præstationibus rerum, quibus ex natura contractus teneatur, nec ideo his verbis ullam inesse vim majorem, quam venditor habeat, si onus celatum sit, dicendum videtur. Nam quæ *tacite* sequuntur, ea celata non præstant in id quod interest actionem, quasi ex evictione, *l. pen. de Eviction.* sed quanti minoris actio datur indistincte ex reticentia, sive nihil dictum, sive ejusmodi clausula generalis subjecta sit, *l. 1. § 2. de Ædil. E.* Idem juris esse, quando ejusmodi clausula, cum respectu ad servitutes adjecta est, ex supra dictis *n. 7.* intelligi potest. Plane talia, quorum Emptor non nisi supina negligentia ignarus esse poterat, ejusmodi clausula continentur. haud ita in ceteris, quæ communiter inesse non solent, & notabile præferunt gravamen, quemadmodum si fundo vendito, cum generali illa clausula, dein compertum sit, decem aureorum reditum annuum ei esse impositum, teneri venditorem in id quod interest eo nomine, merito judicatum esse, Nauta noster, ut *habent excerpta mea*, sine historia facti, memoriæ prodidit. Nam abludit hinc sequens facti species, de quo disputatum apud Curiam. Prædium rusticum erat venditum, id est, *complexio agrorum, qui pariter omnes ad unam villam spectant, cui domus*, ut solet, *ad coloni habitationem erat imposita.* Non erat in conditionibus expressum, an superficies illa sive domus rustica, simul venderetur, nec an fundus illa superficie gravatus esset, sed clausula modo dicta generalis aderat. Colonus venditione facta, petebat ab Emptore pretium sive taxationem ædificii; Emptor ad venditorem reversus, Tu hoc gravamen superficiei, (quod est maximum & agri quandoque pretium æquat,) inter onera non posuisti, inquit; idcirco teneris ad hoc præstandum. Ille vero; Vendidi tibi fundum tot jugerum, cui superficies cedebat ut accessio. Superficiem agro esse impositam probe sciviſti, taxationem ejus esse onus agris impositum, noveras & norunt omnes: hoc igitur sub generali clausula comprehensum intelligi debuit. Contra emptor urgere,

tam enorme gravamen ſpecialiter exprimendum fuiſſe, ut exprimi ſolet inter conditiones, *ſint ne agri ſuperficie gravati*, vel, an ſuperficies acceſſura ſit *in de koop verſmolten*, ut vulgo; Denique: Emptori non conſtitiſſe, utrius ſuperficies fuiſſet, venditoris an coloni: Ergo ſe de eo non poſſe, venditores debere teneri. Quod ita viſum eſt Senatui, ſecundum ea, quæ prædicta ſunt, & quia in dubio, conditionum ambiguitas contra venditorem explicatur, *l. 39. de Pactis.* In *cauſa Viri Ampliſſimi A. H.* contra *Petrum Schotanum Conſulem Franequeranum, in qual. d. XX. Oct. 1630.*

11. Porro evictionis actio tam eſt neceſſaria, ut tametſi promiſſa non ſit, a Venditore nihilominus præſtanda ſit; imo, ut olim, ad duplam, ſi per errorem facta fuiſſet ſimplaria promiſſio, compelli poterat, ut ſupra ex *l. 31. § 20. de Ædil. Ed.* hodie ſaltem in id quod interſit, actione ex empto, *l. 6. C. h. t.* Etſi autem, cum illa ſit Prætoria ſtipulatio, fidejuſſore confirmanda videbatur, *arg. l. 7. de Præt. ſtipul.* nusquam tamen plus ſtipulatione, quod putem, requiritur; niſi periculum evictionis evidens immineat, tunc enim ſatisdatio reſpectu ejus periculi exercetur, in *l. 24. C. h. t.* quod tamen nulla ratio ad omnes caſus improviſos extendi permittit, ut multi volunt, merito a Curia noſtra apud Sandium improbari, *l. 3. tit. 4. def. 9.* Quid ſi pactus ſit venditor, ne de evictione teneatur? Ad pretium tamen reſtituendum tenetur, quia bona fides non patitur, ut emptor & rem & pretium amittat, *l. 11. § ult. de Act. empt.* unde e contra, bene paciſceretur, ut ad pretium duntaxat teneatur, non ad id quod intereſt præterea, *l. 29.* verb. *ſi aliud non placuit. C. h. t.* Faber 4. *Cod. tit. 33. def. 12.* Conſequenter, ſi placuerit, ut non obſtante proteſtatione vel interceſſione quacunque, teneatur emptor ad ſolvendum, non poteſt tamen ad numerandum cogi, ſine cautione ſufficiente, propter *imminens* evictionis periculum, *arg. d. l. 11. § ult.* ut apud Curiam noſtram judicatum refert Sandius *d. tit. 4. def. 10.* ubi id ampliatur, etſi Emptor inde ab initio ſciverit evictionis periculum; Quanquam enim ſolutum pretium a ſciente repeti nequeat, *l. 27. C. de Evict.* facilius tamen poſſidenti damus exceptionem, quam re amiſſa repetitionem, Cujac. *18. obſ. 10.* Facilius quam prædictis caſibus poſtulari poteſt cautio ab eo, qui promiſit, ſe pretium ob periculum evictionis non eſſe *conſignaturum*, quod frequenter conditionibus publicarum venditionum inſeritur. Valet equidem pactum, ut pretium conſignare nequeat, etſi periculum ſit in conſpectu, ut Curia judicavit inter partes nobiles, *ante ferias Pentecoſt. 1680.* ſalva tamen cautione, *de qua dictum.* Quid autem ſi cautio non præſtetur? Emptor ſine debita ſecuritate ſolvere non cogitur; ideoque rem in conſignationem deſinere oporteret. Denique, ſi plane conſtet, rem eſſe alienam, ante ſolutum pretium, verius eſt, emptorem non cogi ad ſolvendum, etſi cautio in eventum evictionis offeratur, quia quod res aliena vendi poſſe dicitur, reſpectu venditoris, qui ad tradendum & cavendum tenetur, accipiendum eſt, non ut emptor rem manifeſto alienam recipere cogatur, ut recte Tulden. *ad tit. C. de act. empt. n. 3.* quod de re alii oppignorata dicendum non eſt, ut monet Faber *d. def. 12.* Adde Carpzov. *P. 2. C. 24. def. 31. 32. 37.*

12. Memorabilis eſt proprietas Evictionis, quod ad ejus obſervationem plures venditores aut heredes in ſolidum teneantur, & rurſus, unicuique pro parte hereditaria præſtatio incumbat, *l. 85. § 5. & l. 139. de V. O.* quæ res pæne contradictoria, videndum, an hoc modo explicari poſſit. Defenſio cum ſit factum, dividi non poteſt, ideoque ſinguli ad illam in ſolidum tenentur, ſingulisque ita in ſolidum ſit denunciatio, cui ſi unus ſe ſubducat, omnes defugiſſe videntur, & tamen quando ventum eſt ad præſtandum id quod intereſt, non niſi pro partibus ſinguli tenentur, *dd. ll.* Qua in re igitur conſiſtit exitus hujus obligationis in ſolidum? Si enim quisque pro parte ſua ſolvendo id, quod intereſt, in quod deſinit evictionis actio, defungi poteſt, quem effectum habet, quod in ſolidum ſinguli tenentur? Dicendum videtur, ſi cunctis venditoribus aut heredibus ſit denunciatum, & ſi quidam abfuerint, alii non venerint, nihilominus *eſſe denunciatum*, ut omnes de re evicta in id quod intereſt teneantur. Præterea, quando uſus deficit non ſolvendo, reliqui pro illo ſolvere debent, ſervatis tamen inter ſe portionibus hereditariis, pro quibus etiam in id quod intereſt ſunt conveniendi, quæ videtur eſſe mens verborum *d. l. 139. in fine: Sed cum uno defugiente, omnes defugiſſe videantur, ideoque omnes teneantur, unicuique pro parte hereditaria præſtatio incumbit.* Atque hoc intellectu ſi petatur a pluribus, ut evictionis ergo ſinguli caveant in ſolidum, non habent recuſandi cautam, ut Gailius in Camera judicatum refert in *lib. 2. obſ. 14. fr.* Aliter circa eandem quæſtionem judicatum eſt a Curia noſtra apud *Nautam*, in hujusmodi cauſa.

Ven-

Venditor creditori suo dederat cessionem in partem pretii, quod cum is ab Emptore peteret, hic sibi a creditore caveri petebat in solidum. At is pro parte sua cautionem in causam evictionis offerebat, & judicatum est, sufficere oblationem cautionis pro portione pecuniæ, quæ illi de pretio cessa fuerat, in causa *Nemb. Feller*, contra *Goslik. Heerma, d. 15. April. 1636.* Cujus judicati, Cameræ Spirensi in speciem contrarii, hæc ratio esse videtur eaque optima, quod Creditor originaliter ad defendendum non teneatur, sed venditor, dum ille nihil ex cessione quam jus petendi partem pretii consequitur; Quod antequam percipiat, emptori cavere debet, eum secure soluturum. Atqui restitutio pretii & ejus quod interest, divisionem recipit *per ipsos textus laudatos.* Ad factum defensionis creditor in se recipiendum non tenetur, sed venditori denunciandum est, cujus obligatio dividi non posse dicitur in *ll. prædictis.* Supponendum autem, utili actione per cessionarium eo casu actum fuisse, per ea, quæ diximus *Part. II. pag. 667. n. 2.*

13. Habuimus causas & naturam Evictionis; sequitur modus actionem ejus instituendi ejusdemque actionis effectus. Ad modum pertinet *Denunciatio* cum suis sequelis, ‡ *l. 23. C. h. t.* quo respectu, fatendum & jam dictum est, *moribus hodiernis* adhuc superesse notabile discrimen inter actionem Evictionis & alteram ex Empto; nam ad hujus effectum denunciatio nusquam requiritur; Evictionis actio, si nulla denunciatio litis ab alio motæ præcesserit, nulla datur adversus venditorem; quæ res facit, ut pleraque *superius* de usu utriusque actionis distincto collocata, etiamnum observanda sint, nec ignorare liceat, quando simpliciter Empti, quando de Evictione sit agendum. Quam primum igitur Emptoribus eorumve heredibus actio movetur, per quam res vendita vel pars ejus notabilis avocari queat, Emptor venditori vel ejus heredibus denunciare debet, sibi litem esse motam, & commonefacere, ut ipse liti adsistat, *l. 29. § fin. h. l. 23. C. eod.* De hac denunciatione primo quæritur, quo tempore sit facienda? Diximus, quam primum eam fieri debere, & quidem ante litem contestatam id fatagendum docet Labeo *l. 29. § pen. de Leg. 3.* ubi, *prius quam judicium accipiatur*, quibus verbis designari litis contestationem, non est dubium, *l. 30. de Judic.* Brisson. *de V. S. voce Judicium.* Postea tamen usu receptum videtur, ut denunciatio quovis tempore facta valeat, dum tamen ne prope ipsam condemnationem fiat, *l. 29. § ult. h.* Textibus hisce conciliandis, quidam adhibent distinctionem inter causam onerosam & lucrativam; Alii, Exceptionem esse in legatis; Alii, verba *judicium accipiatur* significare tempus sententiæ, ut videre licet apud Wissenbach. *h. th. 20.* Nobis id, quod dictum, simplicius videtur, requisitum denunciationis esse, ut in principio litis fiat, cum alias venditor, cujus res agitur, judicio rite suoque commodo adsistere nequeat, *d. l. 29. § pen.* Habere tamen hoc præceptum civile laxamentum, ut ne statim nulla sit denunciatio, * si post litem constatam fiat; modo justum de-

‡ Litis denunciatio in possessorio summarissimo, & mandato rei illicitæ, locum non habet; in aliis causis octo saltim diebus terminum præfixum antecedere debet, rationibus a denunciante adjectis, quo facto judex ex officio alium terminum Saxonicum constituet, præter partes litis denunciatum, additis libelli & litis denunciationis copiis, etiam sub pœna *Tit. 1. O. P. S. E. I. & E.* injuncta, citari curabit; litis denunciato non comparente, pœnam exiget, & super litis denunciatione, ut juris, pronunciabit; litis denunciatum comparentem, sed in causa principali denunciato se jungere nolentem, non coget, ubi tamen expresse ad hoc se obligavit, causa finita litem denuncianti etiam victori, impensas a denunciato restitui jubebit; invito actore litis denunciantem e judicio & lite haud dimittet, huic tamen litis denunciatus, vel compulsorialibus & requisitorialibus decenter & denunciante impetratis, omnia atque singula documenta, ad litem principalem adjuvandam idonea, cedet. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 14. § 1.* Reus litem legitime & modo memorata ratione non denuncians, in progressu litis ea amplius uti nequit, nec denunciandus seu auctor de evictione eidem tenetur; nisi clare pateat, auctori exceptiones aut adminicula fuisse nulla in manifesta causæ injustitia, quo casu, si in ipso procedendi modo a reo nihil peccatum est, hic eum, a quo rem habet, ad evictionem præstandam adigere, nihil impeditur. Litis etiam denunciatus, si rite facta denunciatione exceptiones suas denuncianti non suppeditavit, illis adversus hunc evictionis præstationem postulantem uti, penitus prohibetur, *d. Tit. § 2.*

* Et ita etiam placuit Legislatori Saxonico, es werde gleich vor oder nach der Litis-contestation gesuchet. *O. P. S. tit. 14. § 1.*

sen-

senſionis ſpatium venditori non ſubtrahatur, *d. l. 29. § ult. h.*

14. Denunciationis venditori faciendæ ſcopus, non unus eſt. I. Ut venditor litis motæ certior fiat, idque eſt *laudare* venditorem, *l. 63. § 1. h.* II. Scopus eſt, ut venditor adſiſtere poſſit liti; *venditore præſente* judicetur, *d. l. 63. § 1.* Alibi, auctoris heredibus *adſiſtere negotio denuncia, l. 23. C. h. t.* Idem, ut *de re agenda adſit. l. 2. § ult. h. t.* III. Ut Venditor Emptorem inſtruat, *l. 53. § 1.* IV. Quartus ſcopus eſt, ut venditor emptorem defendat, *l. 49. in pr. de Jud. l. 75. de Procurat.* V. Quintus finis eſt, ut Emptor animum ſuum capiendi regreſſum contra venditorem, teſtetur, quod ex iisdem textibus omnique *hujus tituli argumento* elucet. Ex his rationibus apparet, eſſe veriſſimum, quod ſatis frequenter ab interpretibus traditum eſt, venditori quanquam litis motæ gnaro, nihilominus eſſe denunciandum, ut adſiſtat liti, ut inſtruat emptorem, eumque defendat, *l. 56. § 2. h. t.* Fachinæ. *2. controv. 35.* Perez. *ad tit. C. h. t. n. 28.* Wiſſenbach. *ad h. t. n. 19.* In fidejuſſore, qui pro Evictione ſpopondit, exprimitur, *etſi jam ignoraverit, in l. 7. C. h. t.* de venditore ubique leges indiſtincte loquuntur. Atque ex his facile poteſt reſponderi ad *l. 11. § 12. in fin. de Act. empt. l. 31. de R. J. in 6. ubi; qui certus eſt, non debet certiorari &c.*

15. Imo nec temere Bachovius *notis* ad Weſenb. *h. t. n. 5.* vix putat admittendam limitationem, quam alii ſuggerunt: *Niſi cauſa notorie injuſta & deſperata fuerit.* Superiores enim rationes eam vix admittunt, ſi modo termini habiles litis adſint.

SCHOLIUM.

Priores tam admittunt, non tamen quintâ, quam Autor in eo conſiſtere dixit, ut emptor animum ſuum teſtetur capiendi regreſſum adverſus venditorem. Sed quod hanc rationem concernit, deſidero textum. Et ſatis teſtatus eſt animum ſuum capiendi regreſſum emptor in ſtipulando de evictione, juri autem exinde quæſito non poteſt colligi renunciaſſe, per omiſſam denunciationem; renunciationes ſiquidem ſunt ſtricti juris. Placet igitur potius diſſentientium opinio, quos inter eſt ipſe Wiſſenb. d. l. arg. l. 11. § 12. de Act. empt. Adde *Carpz.* Proc. tit. 4. art. 4. n. 32. & 38.

RESPONSIO.

Textum in eam rem non deſideret, qui legit, ubique Emptorem id agere denunciando, ut indemnis a Venditore & ejus ſponſore præſtetur, l. 27. & l. 23. C. h. t. *Idem cæterique Textus omnes dant actionem de Evictione poſt denunciationem, nunquam aliter. Qui omiſit antecedens neceſſarium, conſequens adipiſci qui poſſit? Denique ad formam negotii pertinet Denunciatio, qua neglecta, effectum ejus ceſſare oportet. Textus abſolute loquuntur, ſi denunciatum non ſit, nulla eſt evictionis actio, ſine ulla limitatione,* l. 8. & l. 20. C. h. t. *quam proinde nobis adjungere non licet. Generalis intentio, quam in Evictione ſtipulanda teſtatus eſt Emptor, ut Thomaſius arguit, in hypotheſi caſuque ſpeciali ſufficere non poteſt. Videtur litem ſuam feciſſe, qui rem alieni periculi ad ſe ſolum adeo pertinere voluit, ut ne certiorem quidem eum, ad quem maxime ſpectabat, faciendum putaverit.*

N. ADDIT.

Hic mutat Autor ſcenam, &, cum aſſertionem ſuam antea ex rationibus legum probare voluiſſet, iis a nobis partim rejectis partim dubias eſſe probatis, cum textum pro ſalvanda ratione aſſerre non poſſet; jam ad verba legis generalia, omiſſis rationibus provocat. Quibus nihil aliud repono, quam, Jurisprudentiam noſtram eſſe rationalem, & ſcire leges, non eſſe verba earum noſſe & brocardico abſurdo Gloſſæ:

Quod lex non cantat, nec nos cantare debemus. adhærere, ſed vim earum & poteſtatem ex ratione potiſſimum hauriendam intelligere. Eſt ergo petitio principii, quod in hoc caſu emptor videatur rem ſui periculi feciſſe. Denique quod in ſequentibus ab Autore additur: Male conſulitur tam præpoſtera diſceptatione, ſuo in tempore & in loco amiſſa, *id minime perſuadebit. Non eſt dicenda præpoſtera diſceptatio alieno tempore & loco facta, ubi jam agitur de obligatione venditoris. Hic Rhodus eſt, & adeo locus & tempus conveniens, ubi ſaltandum ſit.*

Accedit hæc ratio, quod etſi res liquida videatur, nemo tamen defenſionibus ſuis præcludendus, nec quisquam inauditus ſit condemnandus, quod fieret, ſi re non defenſa, venditor ad præſtandum teneretur. Tu dices; Audietur, ſi ab emptore conventus rationes habeat, propter quas potuiſſet non condemnari., Sed male conſulitur tam præpoſtera diſceptatione, ſuo in tempore & in loco omiſſa; Juri convenientius & expeditius eſt, una lite defungi; neglecta denunciatione, non quærere de meritis cauſæ, Jura vigilantibus ſcripta cenſere. Sane quoties ab Emptoribus actio mota eſt, adverſus auctores ſuos, vel eos qui rece-

receperant se præstituros, *ut solutio facta bene verteret*, nunquam hanc distinctionem, qualis causa fuerit, adhibitam vidi, sed quotiens Lis fuerat & omissa denunciatio esset, regressum non dari ita existimatum est, ut non meminerim, inter partes vel inter judices ea de re contradictorie disceptatum esse; omnes pro certo habere visi sunt, denunciatione nulla existente, fundamentum, initiumque Evictionis deficere. Nec temere dixeris, si denunciationis præscriptum a judicum arbitrio suspendas, ita ut illa, quoties causa manifesto iniqua judicetur, non sit opus, ejus observantiam valde fluctuaturam, nec amplius legis, sed quasi Judicis arbitrarium fore requisitum. Hæc ita, inquam, quotiescumque litis materia fuit; Nam si inde ab initio res sit in terminis *Notorietatis*, ut sic loquar, evidentia indubitabili, confessione venditoris, aut re prius judicata, ut nulla species litis appareat, non negem, possessori rem suo domino sine lite vel denunciatione, licet hæc omnino sit tutior, restituere licere, per *l. 31. §. 1. Depos.* Costal. ad *l. dictum 56. h. t.* quo modo si dissentientes causam *notorie injustam & desperatam* intelligant, per me nullus remaneat dissensus.

17. Ex iisdem denunciationis finibus intelligitur, quid denunciatio continere debeat; 1. Significationem litis, quæ a quo moveatur. 2. Postulationem, ut venditor adsit & adsistat liti. 3. Petitionem, ut Venditor emptorem instruat. 4. Ut eum defendat. 5. Testationem emptoris sive expressam, sive implicitam, capiendi regressum contra venditorem, si res evincatur, qua gratia denunciationem unice in eventu institui constat. Quo autem hoc effectu denuncians potiatur, receptum est, ut venditori, juxta denunciationem, præfigat diem, quo in jus veniat, ut videat denunciantem de effectu denunciationis suæ protestari, & si quid habeat, quo minus denunciatio valere debeat, id proferat, super quo, si opus, judicio disceptetur. In jus quidem vocatio in Legibus eo fine prodita non legitur, cum nihil in iis, quam denunciatio memoretur; unde pupillis, etiam solis, facta valet, *l. 56. § ult. h.* quod ab in jus vocatione alienissimum, *l. 22. pr. de In jus voc.* Verum tamen optime subservit ei, quod ex legibus antea comprobatum est. Vulgo autem in Foro, non modo protestantur de effectu denunciationis, sed etiam petunt venditorem condemnari, ut liti adsistat & pro se interveniat, totumque judicium in se transferat: quod etiam adeo receptum videmus, ut in eam rem condemnationes omni die fiant, ad hoc, ut venditores pro Emptoribus interveniant; quam vetere praxi nescio, Sandius eam ignorasse videtur, quando ita scribit in *lib. 1. tit. 1. def. 5.* Hæc ita, *Quando venditor PARATUS est defensionem suscipere. Quid autem, si venditor alleget, se non teneri ad auctoritatem, nec teneri suscipere defensionem, vel alioqui emptorem defendere NOLIT.* eoque casu docet, Venditorem apud alium Judicem & quidem suum proprium, ad obtinendum denunciationis effectum, esse conveniendum: quod nunc in eodem Foro & eadem instantia satagunt: Nec adeo nefas esse putem inquirere, an non iste agendi methodus, ultra quam juris ratio ferat, provecta fuerit. Credimus enim, verissimum esse, quod Castrensis ad *l. Venditores de V. Obl.* & theoriæ simul atque praxeos peritissimus Scriptor Joannes Gutierez *de Contract. jurat. c. 61. n. 11.* probarunt, venditorem non posse condemnari ad interveniendum pro Emptore, nisi ad hoc specialiter se obligaverit, ut dicere occupavimus, *ad tit. de Procurator. in fin. Part. II. pag. 667.* Rationes habemus, 1. quod actio de Evictione nulla detur, nisi quando res evicta est: *Si res evincatur, si evicta est, habet regressum emptor in venditorem, l. 1. pr. & in fin. h. t.* Nec empti neque ex stipulatu actio dari potest in venditorem, nisi commissa fuerit stipulatio, *l. 16. § 1. & l. 21. § 1. h. t.* Atque in illa stipulatione nihil est, nisi quid præstiturus sit venditor, si res evicta fuerit, si aliena reperiatur. *dd. ll.* Ideo *qui rem emit, quamdiu evicta non est, auctorem suum convenire non potest*, habetur in *l. 3. C. h. t.* Manifestum igitur est, stipulationem Evictionis causa præstari solitam nihil aliud, quam quod diximus, continere; non defensionis ante litis exitum necessitatem, nec ejus quod interest præstationem, quamdiu non appareat, rem alienam esse venditam. Empti quoque actio (hæc *secunda* ratio) non tenet venditorem, quamdiu nihil ipsi potest objici, quasi præstanda non præstiterit. Non recipit in se, quod nemo litem sit moturus; hoc in potestate non habet, & esset fortuiti casus præstatio, ad quem ut nemo, ita venditor non tenetur, cum Emptor etiam ante traditionem ferat casus fortuitos, *l. 8. de Peric. & comm. rei vend.* Quæ hæc esset iniquitas? Rem tibi vendidi vere meam; Sunt homines importuni, a quibus tibi lis ea de re moveatur. Quoties illi te vocant, ego judicium pro te suscipere, quod non promisi, cogar;

Imo tuus hic casus est, quem feras oportet. Si liqueat, rem petitoris esse, tum denique casus, quem ego repromisi, extat: Meam rem me vendere dixi; non est mea; Commissa est stipulatio; Res loquitur me teneri. Si non liqueat, me vendidisse rem alieni juris, nulla causa me facit obnoxium. Quid vero? *tertia Ratio;* Si absolutus sit Emptor, compensatis expensis, non teneri venditorem ad impensas ei refundendas, cum ipsi nihil imputari possit, recte Wissenbachius noster ex Cujacio ad *l. 102. de V. O.* statuit *th. 25. h. t.* Quod si judicium suscipere cogeretur, ad impensas per consequentiam semper teneretur. His adde pro *quarta* ratione, quod Emptor ubique, nusquam venditor, judicium Evictionis sustinere dicitur. *Defensio competit emptori, & hic PATI potest, venditorem vel creditorem pro se litem suscipere,* traditur in *l. 63. vers. Scientibus. de Re Judic.* Fit equidem denunciatio venditori (hæc est objectio) ad hoc, ut emptorem defendat, *l. 49. de Judic. & l. 74. § 1. h. t.* quoniam ipsius maxime interest; Verum si ille vel negligat, vel supervacuam putet operam suam, potest quidem fieri, ut sibi forte præjudicet, verum absolute cogi, ut adsistat, non potest: Si adjungat se pro eo quod interest sua, emptoremque instruat, ab eo prohiberi non potest, cogi posse, nusquam dicitur emptor, *l. 18. C. de liber. caus.* Forte alicui magis obstare videatur *l. 75. de procurat.* ubi *in fine; nihil prohibet, Dominum rem petere, & COGI venditorem rursus defendere.* Sed jam ad *d. tit. de Procurat. pag. 667. Part. II.* Defensores necessario bifariam vocari diximus, *absolute,* tales, vel *secundum quid;* Absolute tales, qui ad interveniendum pro aliis causamque defendendam se diserte obligaverunt; hi præcise *coguntur.* Secundum quid necessarios defensores esse, Auctores, contra quos rei damnati habent regressum, ut sunt venditores in casu Evictionis, & debitores, qui res alienas pignori dederunt: qui omnes, cum ad illos periculum redundet, si rem bene curare sibique consulere velint, emptores, sæpe ut in re alieni periculi negligentius agentes, *defendere coguntur:* non absolute, aut inviti, sed re ipsorum ita flagitante, qui plane sensus in *d. l. 75.* elucet. Plane qui dissentiunt, nec enim desunt, ita demum obtinere probant coactionem, si venditor ad defendendum vocetur per modum *actionis plenæ,* non si per modum *denunciationis* conveniatur. Nicol. Burgund. *tract. de Eviction. c. 49. n. 4.* Atqui id ipsum negamus, (proinde sit hæc *quinta* Ratio) venditorem ante rem evictam plena actione posse conveniri, *per d. l. 3. C. h. t.* Non conveniendi verbum in *d. l. 75. § 1.* est generale, conveniens etiam simplici denunciationi, *l. 10. § 5. de his, quæ in fraudem Cred. & l. 122. § 5. de V. O. l. 10. C. de pignor.* Evictionis causa nusquam aliud quam denunciatio proditum legitur.

18. Cæterum, pro speciali obligatione ad interventionem, quo casu Venditorem cogi nulla dubitatio est, *l. 35. § 3. de Procurat.* haberi posse talem promissionem, *curabo, ut omnis aliæ molestia & turbatio,* facile concedimus referenti Stockmanno *decis. 102.* Nam iis verbis lites & processus, quibus nihil molestius, comprehendi, non potest dubitari, qua de re videndus Tuscus *vol. 3. Conclus. 37.* ubi tractat, ad quid teneatur, *qui molestiam non dare promisit.* Non abludit hinc ulus vocis gallicanæ *guarander;* quod etiam ita usurpatur, ut Stockmannus *ibidem* hæc verba, *de ne vouloir point guarantir,* explicat his verbis; *se nolle causam defendere.* Sed revera vox illa, quæ nostratibus frequenter in usu est, nihil aliud in nativo sensu quam *Evictionem præstare* significat. Nam *Guarand* est Auctor, a quo rem habemus, quo nitimur & qui periculum nobis præstare debet: Unde ex Anglia frequens illud *Quo guaranto,* seu *waranto,* audivimus, id est, Unde jus hoc tibi vindicas? *Quo auctore id agis, id juris exerces?* Idcirco non immerito nostrates, qui plenius sibi consulunt, post *guarander* addunt, *& in judicio pro me intervenire,* sive explicandi, ut fere putant, sive ampliandi causa. *vid.* Calvin. in *Lex.*

19. Porro ex his intelligimus, Emptores, qui rem simpliciter emerunt, non posse a Venditoribus exigere, ut promittant, se pro ipsis interventuros in judicio, verum posse defungi eo, quod emptionis venditionis natura postulat, ut promittant, se præstituros evictionis periculum, vel etiam, ut pro evictione *cavent, sub hypotheca bonorum suorum;* quæ est formula nostratibus usitata: Nec si venditor hanc præstet, emptor quo minus solvat pretium, habet recusandi causam: quia nusquam plus in Legibus exigitur, nec opinor, hactenus in usu nostro; verum si quis instrumentum venditionis in ordinaria forma, munitum ejusmodi super evictione clausula, dare paratus sit, quo minus ille pretium petat, nihil obstare credidierim, etsi verum sit, ex usu nostro clausulam evictionis desinere in interventionem.

Por-

Porro ita videtur addendum, ea, quæ disputavimus, non obstare, quo minus Emptor, *si ante solutum pretium notabile evictionis periculum immineat*, pretium retinere possit, dum venditor ipsum, hujus litis respectu, ab omni molestia liberet, secundum ea, quæ de cautione hoc casu exigenda diximus *ante*. Quod si absque præsenti evictionis periculo vel concursu creditorum, offerat instrumentum venditionis, cum cautione Evictionis, sine interventione, emptor ad solvendum compelletur: Quin etiam ex causa promissio interventionis expressa inde ab initio peti potest, ab iis, qui sine promissione de evictione prorsus non tenentur. Exemplum; Emerat aliquis prædium hominis obærati, cujus creditores pecuniam erant accepturi. Quisque in ordine suo petebat ab Emptore pretium ad concurrentem pecuniæ sibi debitæ quantitatem. Emptor ajebat: se esse paratum, si caverent sibi de periculo evictionis, & quisque promitteret in casu litis, interventionem. Creditores offerebant apocham cum cessione juris sui & cautione, quod solutio contra quoslibet ei bene verteret; interventionis necessitatem, cum nec ad evictionem præstandam creditores teneantur, declinabant. Judicatum est, emptorem non cogi ad solvendum, nisi Creditores interventionem promisissent, *in causa Elisabethæ Heidema cum sociis, creditoribus Secretarii Hettinga, contra D. E. L. a Claerbergen, ante ferias Pentecost. 1680.* Merito enim Creditores, qui Venditoris loco pecunias appetunt, ad hanc cautionem, pecunia nondum soluta, teneri videbantur, quia non simplex erat periculum evictionis, sed etiam, ne non ordo creditorum male servatus esset, ne quis alius potior emergeret; neque postulandum erat ab emptore, ut se tot litibus, quot inde extrinsecus, extra respectum inter se & venditorem oriri poterant, objiceret.

20. Cæterum, Quando Venditor ab emptore denunciatus, liti vel adsistere vel eum defendere non detrectat, ad forum emptoris, cujus est propria causa, licet ipse reus futurus, venire cogitur; cum ipsius causa tantum sit accessoria, *l. 49. de Judic. l. 35. § 3. de Procurat. l. 19. C. de Lib. caus.* quod si plena actione, non per denunciationem, conveniretur, negandum est, venditorem ad aliud quam ad suum forum venire compelli, nec id Legibus usquam proditum; Quis enim legit, plenam super evictione, nisi post rem evictam, dari ullam actionem? nec aliter Sandius *d. defin. 5.* Quod si verum, ut est verissimum, evanescit distinctio; quod venditor ad interveniendum cogi possit, si plena actione conveniatur: non cogi, si per denunciationem procedatur, ut volebat *Burgundus*. Sola denunciatione & protestatione de effectu denunciationis opus est, nec aliud, inquam, Legibus proditum monstrari potest.

21. Sed pergamus ad casus, quibus cessat actio de Evictione; quorum unum, si Creditor pignus jure creditoris vendiderit, absolvimus ad *tit. de Distract. pign.* ubi limitationem re judicata firmatam adjecimus; scilicet Emptorem tamen, imminente evictionis periculo, non teneri ad pretium solvendum, nisi cautione pro imminenti periculo præstita; quemadmodum etiam, si creditor evictionem promiserit, ut plerumque fit in rebus soli, quia nemo aliter ab illis emere velit, sine dubio teneretur. Sicut etiam qui ab debitore emit, si creditores utili hypothecaria pretium petant, non teneri ad solvendum, *nisi cautione præstita*, modo intelleximus. Quid si Emptor sine cautione solverit creditoribus venditoris, & deinde ab aliis potioribus directa hypothecaria conveniatur; an adversus eos, quibus solvit, non habet regressum evictionis causa? Non habet, quia suum illi, idque jure creditorum acceperunt, quo casu de evictione non tenentur, *tot. tit. C. Creditor. evict. pign. non præst.* Verum est, ibi casum, quo creditor ipse vendidit, tractari; sed huic eadem est ratio. Quin & alia; quod si creditor non sit Venditor, multo minus adversus eum sit Evictionis actio. Sic etiam servatur apud Forum judicatumque est ita sæpe, nominatim in causa *Alberti Ackeri, contra D. Reghervum Rheen cum sociis, 29. Jun. 1680.* & rursus in causa *nobilis matronæ, contra Creditores Titi Hania, ante ferias natalitias ejusdem anni.* Quod si Creditores apud *Commissarium* Curiæ aut alias caverint, se potioribus supervenientibus pecunias restituturos, Emptor, qui sine cautione solvit posterioribus, a potiore creditore, cui denuo solvere cogitur, sumere potest cessionem adversus ordine sequentes, qui pecunias acceperunt; quemadmodum in eadem causa usu venerat; eo quod mater matronæ emptrix, a quibusdam cessionem, ab aliis non acceperat: ingenti detrimento edocta, quam sollicitos oporteat Emptores esse, qui ab hominibus ære alieno gravatis res soli comparant. Sane absque prævia cautione, priores Creditores in pecunias a posterioribus acceptas & consum-

ptas nihil quod cedant, habent, ut ad *d. tit. de Distract. pign. n. ult.* demonstravimus.

Porro, sicut Creditores, qua tales, pignora vendentes non tenentur evictionis causa, sic etiam Tutores, Curatores, Procuratores, de rebus a se in ea qualitate venditis, finito officio suo non teneri, certum est, si modo qualitatem suam alieni nominis, approbent; nisi proprio nomine periculum evictionis in se receperint, secundum ea quæ ad *tit. de Exercit. act. n. 4. & seqq. Part. II. pag. 914.* diximus, quibus adde Fab. *8. Cod. tit. 31. def. 6.* Costal. ad *l. 40. h. t.* Huc etiam pertinet casus frequens; An, cum maritus cum uxore rem ad uxorem pertinentem vendiderit, Vir finito matrimonio de evictione teneatur. Si Vir ut Curator uxoris vendiderit, consentaneum est, eum non teneri. Sed aliter judicatum est in tali specie; Maritus & uxor vendiderant agrum uxoris ex fratris ejus hereditate, & pro evictione se obligaverant. Finito matrimonio conveniuntur ex ea causa maritus & uxoris ejus heredes. Maritus ait, se ut Curatorem uxoris, non suo nomine vendidisse, qua de re finito matrimonio se non teneri. Condemnatus tamen est, quia non in ea qualitate, verum simpliciter cum uxore vendiderat & caverat, etsi negotium appareret uxorium esse: Proprio nomine locutus erat & ita se obligaverat, quod utique poterat, nec emptorem decipere debuit, *l. 9. § 1. Locati.* In causa *Nienk Douwes tot Deinum*, contra *Claes Claessen cum sociis, 1679.*

22. Reliqui casus cessantis ob evictionem actionis ad duo capita referri possunt: * I. Ad factum emptoris. II. Ad casum fortuitum. Ad primum caput spectant hi casus. I. Quando emptor rem *alienam*, aliive *obnoxiam*; ut addit Thomasius *positioni nostræ 18. h. t.* sciens esse talem, emit, *l. 27. C. h. t.* ubi nec pretium repetendi jus datur, si non expresse ita convenerit, *arg. l. 1. § 2. in fin. de Action. empti.* Non obstante *Nov. 7. c. 5.* ut legenti facile patebit. Tamen etsi qui a creditore pignus emit sciens, habeat pretii repetitionem, *l. 2. C. Si vend. pign. ag.* quia debitor ipse per distractionem pignoris liberatus est. Sic etiam qui rem fideicommisso subjectam, pendente conditione sciens emit, pretium recuperare potest, non quod præterea intersit, nec ut olim, duplum, *l. ult. § ult. C. Commun. de Legat. & fideic.* Idque ideo, quia tales venditiones jure sunt licitæ, nec ideo scientia rei alienæ emptoribus, ut vitium, objici potest, *L. Statius Florus 48. § 1. de Jure Fisci.* Proinde, si quis fundum habeat alii ex fideicommisso, *si sine liberis moriatur*, restituendum, & susceptis liberis fundum tibi vendat, si deinde mortuis liberis, extiterit conditio, tuque fundum fideicommissario tradere coactus sis, venditor tibi pretium, non id quod amplius interest, restituere debet, *d. l. ult.* Si vero fundus non evincatur, sed penes emptorem maneat, si quidem onus sciverit emptor, non habet actionem: si nesciverit, venditorque celaverit onus, habebit actionem in id quod interest, per *l. 1. § 2. de Action. empt.* Qua in re valent etiam præsumptiones, ut si emptor de familia, neque testamentum occultum fuerit, onus non ignorasse credatur, ut Curiæ nostræ visum est in tali specie. Carolus *a Roorda* Vir egregie de Republ. meritus, & Lucia *Wissema* conjuges, bona sua durante matrimonio acquisita diviserant. In qua divisione cesserat uxori domus Leovardiensis, constante matrimonio de fratre ipsius empta, sed fideicommisso a matre eorum gravata. Finito morte matrimonio, mulier a viri heredibus petebat id quod intererat sua, vel quod minoris erat domus, propter onus fideicommissi: Sed repulsum tulit; eo quod testamentum matris ei probe fuerat cognitum, ideoque fideicommissum non ignorasse præsumebatur; Cui accedebat, quod apud divisionem maritus ei concesserat e communi quinque millia florenorum pro redhostimento, quod pars ejus deterior quam sua videretur; etsi non erat expressum, illam mantissam pecuniariam ad onus fideicommissi, cujus plane mentio facta non erat, pertinere. *Ita in causa Luciæ a Wissema, contra Johannem a Velsen cum sociis*, ante ferias Paschales 1680.

23. Ad factum Emptoris quoque pertinet, si dolo, contumacia, negligentiaque sua contigerit, ut vinceretur, vel quo minus denunciatio fieret, *l. 55. pr. & § 1. h. t. l. 8. C. eod.* item, si cum appellasset, fatalia præterire passus sit, *l. 63. § 1.* vel usucapiendi occasionem prætermiserit, *l. 56. § 3.* Denique, si emptor in arbitrum compromiserit & contra eum data sit sententia, nulla ipsi actio de evictione danda est adversus venditorem, *l. 56. § 1.* ubi additur hæc ratio; *Nulla enim necessitate co-*

* Addunt nonnulli, in Saxonia actionem ad evictionem præstandam non dari adversus Judæum, *a. LM. l. 3. art. 7.* Zobel. *P. 2. diff. 31. n. 15.* sed non receptum esse hunc articulum apud nos, bene monet Philipp. *ad dec. El. 87. obs. 3. num. 14.* Schulz. *Syn. Inst. tit. de obl. quæ ex del. nasc. lit. p.* conf. Pingizer. *qu. 49. n. 19.*

gente

gente, id fecit. An hæc ratio faciet, ut excipiamus casum, si emptor docere queat, se ad evitandos sumptus & incommoda longæ litis id facere coactum? Non videtur; nec enim ipsi de causa alieni periculi laborandum erat, sed post denunciationem venditori hoc suo arbitratu administrandum permittere debuerat. Ipse compromittendo rem suam facere visus est, quia nemo compromittere potest, nisi de rebus, quarum ipse liberum habet disponendi arbitrium, ut probatum est ad *tit. D. de Arbitr. n. 4. Part. II. pag. 696.* An excipiemus casum, si plane certum fuerit, evictionem non potuisse evitari? Ne id quidem Lex aut ejus ratio permittit: Nec enim necessitas tali casu emptorem ad compromittendum coegit. Tu vero inde collige sis; sic compromittendo in arbitrum, emptor suum regressum amittit indistincte, causa licet desperata, nec aliud juris esse, cum denunciando supersedit, *d. l. 8. C. h. t.* qua de re *superius* actum est. Quid si denunciaverit emptor venditori, cum ad arbitrum iret? Venditor impune non parebit; etenim extra compromissum arbiter nil nisi privatus est. Plane si venerit atque adstiterit, ex consensu suo quin teneatur nihil obstat, ex argumento hujus legis *56. § 1.* Emptorem, si transegerit, juraverit, vel confessus amiserit actionem: æque regressum ex causa evictionis amittere, tradit ex communi sententia Costalius ad *hunc §.* & recte opinor, cum sit eadem ratio.

24. Sequuntur casus fortuiti, propter quos Evictionis actio cessat: ut si res, antequam evincatur, sine dolo emptoris perierit, etsi alienam fuisse, probari queat, evictio tamen cessat, *l. 21. in pr. h. t.* Idem erit, si fundus a fisco publicatus fuerit, *l. 11. h. t.* Denique, si per injuriam vel stultitiam judicis manifestam victus sit emptor, evictionis actio cessat, *l. 5. & l. 51. h. t.* Verum in dubio pro sententia præsumitur, *l. 25. de Stat. hom.* Si vero etiam præsente venditore, iniqua sententia fuisset lata, nec is appellasset, magis est, ut emptori regressus contra venditorem daretur, ait Costalius ad *hanc l. 21.* quæ est insignis limitatio ex *l. 63. § 1. h. t.* quod rursus argumento est, venditores denunciatos non semper adstitisse, nec adeo coactos fuisse adsistere liti. Simul hoc inde percipimus, a Venditore nihil amplius exigi, quam ne rem alienam aut alteri obnoxiam vendiderit; non etiam, ne alius emptori litem injuste moveat, cujusmodi factum tertii non magis venditori, quam judicis injuria nocere potest. Ideoque si absolutus sit emptor, nulla causa est, ut ad impensas, vel ad onus defensionis, antequam liqueat, stipulationem evictionis esse commissam, teneri dicatur; qua de re *similiter* actum.

TIT. III.

De Exceptione rei venditæ & traditæ.

Superiore capite traditum est, quid juris sit, quando res aliena vendita vindicatur & evincitur domino, actione contra emptorem, cujus periculum in venditorem redundat, instituta. In hoc titulo de re quoque vendita, sed quam ipse venditor repetit, agitur; Si quæras, quo prætextu venditor rem a se venditam evincere possit, hunc accipe; Si, cum venderetur res quidem aliena, sed deinde venditoris facta fuerit. Ait venditor, se esse heredem domini, a quo vivo res evinci potuit; Ergo & a se posse, cum heres in omne jus defuncti succedat. Sed fortior est ratio, quod ipse vendiderit, nec suum factum alio jure subvertere possit, ideoque repellitur *exceptione rei venditæ & traditæ, l. 1. pr. h.* Quin imo si ipse venditor dominum rei heredem reliquerit, huic factum defuncti obstat, ne venditionem rescindere possit, *l. 1. § 1.* Quæ cum ex contractu sit exceptio, datur etiam heredibus & contra heredes, *l. 3. in pr. & § 1.* Nocet etiam fidejussori, ut si hic pro valore venditionis spoponderit & deinde rei venditæ, quæ tunc erat aliena, dominus sit factus, ipsi rem evincenti obstet exceptio *l. 11. C. de Evict.* Quid si heres ejus, dominium rei venditæ nactus, aliunde quam a Fidejussore, eam evincere velit, an potest? Ex analogia juris non poterat; debet etiam præstare factum defuncti, nec potest evertere contractum, pro quo fidejussor, cujus heres est, ipse spopondit, *arg. l. 24. de R. J. l. 2. § 2. de V. O.* Sed Lex hanc consequentiam præcidit, heredemque fidejussoris hujus exceptionis rigori exemit, *l. ult. C. de Evict.* quæ cum sit exceptio, minime tollit regulam ita dictantem; Fidejussor etiam heredem relinquit obligatum, *§ 3. I. de Fidejussor.* contra quam Virum doctum aliquando, sed in propria causa

causa, meminimus adseverate contendere; sed invita Themide atque Suada.

Æquitatem in *d. l. ult.* desiderant aliqui, notante D. Wissenb. ad *h. t.* etsi Faber ejus sententiam, ipsi juris analogiæ consentaneum arbitretur, ad *d. tit. C. def. 2.* Nobis nec analogica nec iniqua videtur. Est etiam exceptio in muliere, quæ fundum dotalem consensu suo venditum, sine metu hujus exceptionis, repetere potest, per *l. un. § 15. C. d. Rei uxor. act.* Quanquam hæc proprie non est exceptio, cum venditio potius inde ab initio nulla fuerit, *d. § 15. & pr. Inst. in fin. Quib. alien. lic. vel non.* Quid juris sit, quando res duobus vendita & uni tradita est, habuimus ad *tit. de Public. in rem act.*

AD

LIB. XXII.

TIT. I.

De Usuris & Fructibus & Causis & omnibus Accessionibus & Mora.

I. Etymologia Usuræ. II. Definitio. III. Divisio in tres species, an accurata. IV. An usura sit licita. V. De fœnore trapezitico. VI. Usuras usurarum plane esse prohibitas, etsi debitor consenserit. VII. Etiam post sententiam & taxationem. VIII. An & in usuris compensatoriis, quæ fructuum loco præstantur. IX. Mutata debitoris persona, usuras amittere σχέσιν usurarum, & rursus parere usuras &c.

Superiore *Libro* de appendicibus aliquot Emptionis venditionisque fuit actum: nunc ad accessiones contractuum generales cum Justiniano relabimur, juxta methodum ejus arbitrariam, quæ sunt Usuræ, Fructus, Causæ, & reliqua, de quibus in Rubrica *Tit. 1.* quam præ manibus habemus. *Usura*, quæ princeps tituli pars est, unde dicatur, non est dubium, ab *Utendo*, quia nihil est aliud, quam merces pro usu pecuniæ, *l. 58. § 6. ff. ad SC. Treb.* ubi *usuræ propter usum medii temporis præceptæ.* Nec raro usura pro usu ipso sumitur: Unde lucis *usura*, temporis *usura*, apud Ciceronem sæpe aliosque, & usura pecuniæ pro usu ipso. Unde per tropum merces, quæ pro usu præstatur, Usura vocata est. Vocatur aliter *fœnus*; nam promiscue sumi hæc vocabula, patet cum aliunde, tum ex *l. 58. § 2. D. ad Sc. Treb. l. 25. de Pecul. leg.* Hinc fœnori dare sub usuris, habetur in *l. 11. § 15. de Leg. 3.* Videtur tamen fœnus aliquanto sonare odiosius. Unde Cujac. *parat. de Naut. fœn. Fœnus est, quod præter sortem accedit lucri causæ; Usura, quod accedit, ne in damno versetur creditor.* a quo non alienus est Paulus in *l. 17. § 3. in fin. h. t.* Usura quoque nimia & illegitima, fœnus magis quam usura dicatur, ut in *l. 4. tit. seq. ubi majus legitima usura fœnus.* Dicitur autem *Fœnus* vel a Græco τόκος, quasi tu *pœnam* dicas, vel a fœtu, veluti τόκος ἀπὸ τῦ τίκτειν, vel ἀπὸ τῦ φέρεσθαι ἐπὶ τὸ χρησιμώτερον, *a lucri studio*, ut est apud Gellium *l. 16. c. 12.* quæ tamen allusio magis, quam vera videtur esse etymologia. Quod autem fœnus quandoque pro ipsâ fœnebri pecunia sumitur, ad Rhetoricam potius quam ad Grammaticam pertinet observationem. Tacitus *Annal. 6. cap. 17. Senatus præscripserat, ut duas quisque fœnoris partes in agris per Italiam collocaret.* Confer. Sueton. *in Cæsar. c. 17.*

2. Definitionem Usuræ per notationem etymologicam fere præsumsimus: *Est merces, quam debitor præstat creditori pro usu pecuniæ creditæ.* Pecuniam ponimus ut subjectam usuræ materiam, etsi *Quantitatem* D. Wissenbach. aliique malunt. Nam & aliarum rerum fungibilium accessio, usura dicitur aliquando, *l. 12. & l. 25. C. h. t.* Vel igitur pecuniam hoc latiore sensu, pro rebus pondere, numero, mensura consistentibus accipias licet, exemplo Veterum, teste Justiniano in *l. 2. pr. & § 1. C. de Const. pecun.* vel a potiori denominationem intelligi factam, quia sane usura vini, olei, frumenti in eadem materia, valde rari & fere subsidiarii usus est, ut docet Imp. *in d. l. 25. Oleo quidem, vel quibuscunque fructibus*, ait, *mutuo datis, incerti pretii ratio additamentum usurarum ejusdem materiæ suasit admitti.* Nam alioquin ut res aliæ capiant usuram, pecunia æstimari solent, etiam res fungibiles, *l. 5. C. Si cert. pet.* vel ut in pecuniæ solutionem desituræ considerantur, *l. 3. § ult. h. t.* ubi aliter de rebus extra pecuniam non *sine rubore*, peti dicuntur *usuræ*. Unde recipiunt interpretationem textus, qui de auro, argento facto, veste, usuras agnoscunt, *l. 25. C. h.*

C. h. item in depoſito, *l. 2. C. Depoſ.* quod uſuras ita, ut compenſationem, quatenus ſcilicet agitur de pretio rerum deperditarum vel deteriorum factarum, ſicut alias dictum, admittit: Ne quis textus, in quibus Empti actio dicitur uſuraria, proferat, *l. 2. & l. 15. C. de action. Empt.* quæ clare de pretio, in pecunia conſiſtente loquuntur.

3. Vulgo nec male dividitur in tres ſpecies Uſura; Compenſatoriam, Lucratoriam & Punitoriam. Compenſatoria nihil eſt aliud, quam æſtimatio ejus quod intereſt, ratione damni illati & lucri ceſſantis. Punitoria, quæ in pœnam tardæ ſolutionis, adeoque ob moram debitori infligitur. Lucratoriæ, quæ propter quæſtum etiam citra moram exigitur, ex propria conventione; nam quæ ex mora venit, non eſt ad lucrum, *l. 17. §3. in fin. h. t.* & hæc ſpecialiter nomine fœnoris noſcitur, tametſi in jure fœnus & uſura indiſtincte fere uſurpentur, ut ſuperius demonſtratum eſt. Patitur hæc diviſio controverſiam non admodum difficilem, de qua Thomaſius.

SCHOLIUM.

Rejeci hanc diſtinctionem cum Strauchio in notis ad Diſſert. 18. th. 13. pag. 202. *Quamvis autem Autor lucratorias aliter deſcribat, ac illi, quos ibidem notavimus, facit tamen ejus deſcriptio, ut a Compenſatoriis non differant; imo in deſcriptione compenſatoriarum parum abeſt, quin miſceat uſuras & intereſſe, quæ tamen differunt.* Vide Willenbach. th. 2.

RESPONSIONI ſervient ſequentia. Retinuimus hanc diviſionem non tam ob uſum rei, quam ſequentis quæſtionis, *an uſura ſit licita*, momentum. Nam ſi Uſuræ ſtipulatio non excedat id, quod vere creditoris intereſt, vel ſi puniatur mora debitoris, minus eſt dubii in hoc quæſito, quam ſi ſola quæſtus ratio ſit cauſa fœnoris. Diſcrimen lucratoriæ & punitoriæ Willenbachius, ad quem Scholaſtes provocat, ipſe tradit in *th. 2.* Adverſus compenſatoriam Reſponſio duplex, quæ eſt in Scholio, non habet rationem; non ſane prima, quæ eſt, quod Lucrativam ita deſcribamus, ut nihil a Compenſatoria differat. Quid enim? Compenſatoria ſemper id quod intereſt ſupponit, hoc eſt damnum accipiendum vel lucrum ceſſaturum. Lucratoria ſine ullo tali reſpectu, licet otioſa futura ſit pecunia, percipitur: Quæ poteſt eſſe evidentior diſcrepantia? Repreheniſio altera; parum abeſſe, quin miſceamus intereſſe & uſuras in deſcriptione Compenſatoriæ. Bene habet, quod non omne diſcrimen excluſum dicitur. Nec enim aliud τὸ *Intereſſe* ab uſura differre, quam æſtimatio certa differt a petitione incerta, præ ſe fert ipſa definitio. Plane quod ad effectus juris attinet, forte non admodum hanc diviſionem deſideremus: Sed multum referre in quæſtione, an licita ſit uſura, utrum mero lucri ſtudio, an ad compenſationem damni vel lucri ceſſantis exigatur, manifeſtum eſt. Quin nec in foro diſcrimen Compenſatoriæ & Lucrativæ uſuræ penitus ceſſare, paulo inferius in exemplis rerum judicatarum videbimus. Facilius punitoriam omitti paterer, ut duæ eſſent ſpecies, *Compenſatoria & Lucratoria.* Nam ſi pœna moræ ſit propter damnum illatum aut lucrum ceſſans eſt Compenſatoria. Sin aliter, eſt Lucratoria: ut his duabus ſpeciebus liceret eſſe contentis. Denique, compenſatoriam ſatis probat *Lex 60. π. Pro ſocio.* Quid autem vult Paulus in *l. 17. § 3. in fin. h. t.* dum ait; *Uſuræ non propter lucrum petentium, ſed propter moram ſolventium inſliguntur?* Sic nulla lucratoria, nec compenſatoria fuerit uſura. Sed loquitur ibi Paulus de uſuris, quæ tacite & ex officio judicis accedunt; non quæ per conventionem debentur, quibus ſolis lucratoria qualitas convenit, & harum ait cauſam non eſſe lucrum creditoris, ſed moram debitoris. Alii ex hoc loco diſtinctionem inter fœnus & uſuram probant, ut fœnus ſit *lucri cauſa* duntaxat, uſura propter id quod intereſt, vel ob moram debitoris, A. Matth. *diſp. ad Pandect. 30. th. 2.* qui per hanc diſtinctionem abſolvit Quæſtionem, an fœnus vel uſura ſit licita; De fœnore negat, de uſura affirmat, *diſp. miſcell. 6.* & ad *ff. diſp. 30. th. 31.* Sed verborum illud diſcrimen non eſſe juridicum, neque perpetuum, *paulo ſuperius* probatum eſt, etſi fœnus frequenter in odioſam partem accipi, negandum non ſit.

N. ADDIT.

Prolixa reſponſio, ſed quæ parum facit ad rem. I. *In notis ad Strauchium cum ipſo Strauchio ideo rejeci hanc diſtinctionem, quia ſecundum ea, quæ de ea habet Struvius* Ex. 27. th. 43. *lucratoriæ involvunt turpitudinem moralem, punitoriæ vero ſunt improprie tales, ergo diximus, ſolas remanere compenſatorias. Notavi etiam jam ibidem diſſenſum Dd. in exponendis terminis, cum, quas Struvius punitorias vocavit, Eckolius dixerit compenſatorias.* II. *Etſi Autor dicat, ea diſtinctione opus eſſe ad quæſtionem de licentia uſurarum, tamen poſtea ab hoc aſſerto recedit, ubi trimembrem priorem redigit in bimembrem, & notat ſimul, dantonium*

Lu-

Matthæum absque ea quæstionem expediviſſe. Et facile demonſtrari poſſet, ceteris paribus, & panitorias & compenſatorias & lucratorias uſuras eſſe licitas. III. *Dum dixi, Autorem ſic deſcribere lucratorias, ut a compenſatoriis non differant, id volui dicere, quod videlicet ſub deſcriptione compenſatoriarum in verbo* lucri ceſſantis *lucratoriæ comprehendantur, quam objectionem friſtra jam elevare ſtudet Autor mutatione termini* lucri ceſſantis *in* lucrum ceſſaturum, *& ingendo, quaſi ſcilicet lucratoria percipiatur, etiamſi otioſa ſit* futura *pecunia. Quid futurum ſit, in actionibus propriis, etiam a voluntate dependentibus, ignorant homines, cum voluntas ſit quotidie ambulatoria. Cæterum de quæſtione, an licita ſit uſura, nemo melius & fuſius egit, quam illuſtre Belgii decus Gerhardus Noodt,* in tractatu peculiari de fœnore & uſuris anno 1698. publicato. *Uſuras eſſe illicitas, eſt merum inventum Cleri Pontificii, partim eum in finem excogitatum, ut infallibilitatem Patrum Eccleſiaſticorum & ſuam defenderent, etiam in rebus abſurdiſſimis, partim, ut a Laicis ſine uſuris pecunias acciperent mutuo. Ipſi enim uti regula utuntur, beati accipientes, non dantes, ita ſi maxime mutuo dederunt Laicis, novis contractibus in fraudem uſurarum prohibitarum inventis, ut v. g. venditione annuorum redituum &c. facile illuſerunt horum ſimplicitati & ſuperſtitioni.*

4. Quæſtioni vulgatæ & verboſæ de Fœnore ſive uſura toleranda vel prohibenda, licita illicitave, non eſt animus immorari. Negativam de uſura, ſcilicet lucrativa, multis rationibus adſtruit D. A. Matthæus *diſp. miſcell. 6. c. 6.* diſſentiente, quod rarum & mirum, diſcipulo ejus Wiſſenbachio ad *h. tit. th. 3.* qui reſpondet ad omnia diligenter, etiam ad loca Scripturæ Sacræ, quibus omnis uſura prohiberi videtur, *Exod. 22. v. 25. Levit. 25. v. 35. Deut. 23. v. 20. Exod. 18. verſ. 17. Proverb. 28. v. 8. Pſalm. 15. verſ. 8. Luc. 6. v. 35. Omnem omnino uſuram ſacra pagina damnari, nunquam probabitur,* inquit: *Locis Veteris Teſtamenti citatis prohibetur uſura expilatoria rodens fratrem, & quidem egenum ac in calamitate conſtitutum.* Verum eſt, in duobus prioribus locis pauperum fieri mentionem; Reliqua indiſtincte loquuntur, & docent, Judæo a popularibus ſuis non licuiſſe capere uſuras, ſed a peregrinis duntaxat. Quæ oppoſitio ſuggerit aliam reſponſionem, quæ eſt; hanc legem de non capiendis uſuris, fuiſſe politicam, non moralem univerſalem; quia ſic adverſus peregrinos æque prohibitam fuiſſe oporteret. Plane rationi rectæ legique charitati naturali, uſuram ſimpliciter non adverſari, validiſſime probat Grotius *Introduct. Jur. Holl. lib. 3. tit. 10. n. 20. & ſqq.* Item *de J. B. & P. c. 12. n. 20.* ubi tamen jure Divino Vetere & Evangelico judicat, uſuram eſſe prohibitam, hac potiſſimum ratione; quod etſi legem illam Judæis latam non neget eſſe civilem Hebræam, Chriſtiani tamen omnes ſint fratres & populares, nec minora ſibi charitatis officia quam Judæi invicem debeant. Quæ conſequentia procederet, ſi Chriſtianis omnibus eadem eſſet Reipubl. & commerciorum, quæ Judæis olim fuit, ratio; quod tantum abeſt, ut nihil certius ſit, quam Judæis, populo terreſtri, uſuram fuiſſe moleſtiſſimam, ut olim Romanis, aliisque civitatibus mercaturæ expertibus magnariæ, accidit; cùm in plerisque Chriſtianorum populis, ſine ingenti incommodo, uſura moderata cives carere non poſſent. Sic igitur vult ratio juris; Lege Moſaica non obligari populos alios, niſi quatenus eadem rationes, quæ apud Hebræos fuerunt, nobis exacte conveniant: Ideoque valde adſentior Carolo Molinæo, qui in *tractatu de Uſuris*, quem Grotius in *quadam* ad Salmaſium de Uſuris ſcripturientem *Epiſtola μάλα Φιλοσοφικὴς*, ex principiis Philoſophiæ civilis ait eſſe conſcriptum,) fuſe docet *n. 5. 9. 13. & 515.* regulam hujus diſceptationis eſſe debere *Legem charitatis*, cum qua ſi pugnet Uſura, fiat illicita. Nec deterret A. Matthæi *diſp. 7. th. 41.* auctoritas, qui ſententiam illam Molinæi, quem alioquin eximie laudat, *deliramentum* vocat *manifeſtum & ab hæreſi non alienum.* Τῆς ἀκρισίας! Cæterum, charitatis violationem ſemper in uſura lucratoria contineri, nemo, qui novit eam frequenter a negotiantibus & locupletibus, majorem quam habent in manibus pecuniam occupantibus, exerceri, adfirmabit. Eſt tunc ſocietatis quoddam genus in lucro, ſine communione damni, quod nemo improbum eſſe dixerit. Nec ideo videtur adſentiendum Grotio, qui leges populorum de quantitate uſurarum, ita demum licitas eſſe putat, *ſi quidem vere ſtent intra compenſationem ejus, quod abeſt aut abeſſe poteſt, d. c. 12. n. 21.* Quanquam illud, *abeſſe poteſt*, rigorem ſententiæ uſuris contrariæ non parum mitiget, ſi non totum eludat. Quod de exhauriendis pauperibus objicitur; his eandem nemo pecuniam ſub uſuris, niſi captis pignoribus, credit. Atqui in ea ſumus plane ſententia, non eſſe licitum, capere

pere usuras ab egentibus & pauperibus. Hactenus enim vere legis divinæ prohibitio, quam infringere nefas sit, ad nos pertinere videtur.

5. Unde colligitur, quid de quæstione in Patria Ecclesiisque nostris sæpe agitata, de fœnore trapezitico, sicut apud nos exercetur, sit judicandum. Magistratus Civitatium locant Mensas sive *Bancas*, ut loquuntur, iis, qui maximum vectigal Reipubl. promittunt, ejusmodi usurarum ratione constituta, ut in anno efficiant *Viginti* aut *Triginta* de centum, idque sub pignoribus facile majoris pretii, quam sors est, quibus incumbunt; debitoribus ut plurimum pauperibus, aut ad fines redituum suorum perductis. Duæ sunt rationes hoc fœnus confodientes, ex re ipsa petitæ, prima, quod excedat modum legibus omnium, quæ extant, gentium, usquam præscriptum. Altera, quod pauperes, saltem rebus suis coarctati homines, quibus legislator inprimis consulere debet, exhauriantur, atque ita, quin graviter in legem Christianæ charitatis ac enormiter impingatur, non potest negari; non opitulante Trapezitis, ad exonerandam conscientiam, auctoritate publica; etsi quo pacto Ecclesiarum Pastores trapezitas & ministros eorum, a Magistratibus hac parte dividant, nobis heic non est inquirendum; verum est, illos pro se, magistratus nomine publico, rem gerere. Non juvat etiam calculus, quo post deductionem vectigalis, quod præstant Reipubl. & impensæ necessariæ, pro mera usura vix ultra eam quantitatem, quæ legibus est permissa, capiant. Manet enim hoc vitium, quod ipsi immediate fœnus illud immite ac immoderatum, undecunque tale, capiunt atque exercent. Denique non dubito, quin *Grotius* injuriam faciat Pastoribus & Senioribus Ecclesiarum Belgicarum, quando in *prædicta* ad Salmasium *epistola* scribit, sibi compertum esse, nullum genus hominum improbius in re fœnebri se gerere solitos, quam Pastores & Seniores; quando quibus maxime Grotius succensuit, hi inprimis cordate fœnus trapeziticum impugnarunt. Jure Canonico satis constat, usuram indistincte esse prohibitam, *t. tit. X. de usur. Cap. non licet. & seqq. dist. 46. & dist. sequ. Item Can. 14. qu. 3. & 4.* quin eodem fere numero Canonici habent usurarios, quo fures, *C. si quis usuram. 10. can. 14. qu. 4.* unde & titulum de usuris in Decretalibus proxime sequi titulum de *furtis*, pridem observatum est; sicut etiam Patres Ecclesiæ Veteris plerosque, locorum Sacræ Scripturæ præstrictos auctoritate, satis constat in eadem sententia fuisse, quam & pontificii verbis potius quam re ipsa profitentur. Argumentis aliis, quæ magno utrinque numero agitantur, conficiendis operam non dabimus. Vide sis Grotium *d. n. 20. C. 12. L. 2.* Wissenbachium *d. th. 3.* & qui plurimos citat fœnori inimicos auctores, A. Matthæum *Disp. ad Pandect. 30. th. 31.*

6. Eadem lege charitatis, de usuris usurarum, præter quod hæ nominatim Legibus sunt prohibitæ, existimandum est. Nam si dialecticis e doctrina Juris rationibus agendum sit, quid prohibet usuras capere pecuniæ Jure mihi debitæ, qualis est usura? Ubi solveris usuras, hanc ipsam pecuniam cuilibet iterum fœnori dare possum, tibi etiam ipsi. Si ex usura mihi debita non numerata sortem constituamus, quid hoc est aliud, quam acceptam tibi reddere pecuniam sub novis usuris? quid aliud quam *brevis* manus intercest? Sed Lex charitatis & publicæ utilitatis non patitur, ut mutui debitor, qui in mora solvendi usuram ob angustiam rei pecuniariæ deprehenditur, nova usura adligatur, qua re familiæ ad inopiam rediguntur: ideoque legibus sub pœna infamiæ prohibetur, *l. 20. C. quib. caus. infam. l. 29. h. t. l. ult. C. eod.* Imo nec si consenserit debitor, ut usura commissa in sortem transferatur, vel obligationi principali adjiciatur, ejus usuræ, quæ jam sortis rationem assumsit, licita est usura, quemadmodum diserte constitutum est in *d. l. 28. C. de Usur.* Quæ res iterum argumento est, non mere juridicam, sed valde probabilem charitatis rationem in usurario instituto regnare, & evidentius idem in eo, quod sequitur.

7. Per litis contestationem secutamque sententiam, fit novatio & quasi-contractus, ita ut pecunia petita non jam ex vetere, sed ex judicati causa debeatur, *l. 3. § 11. de Pecul. l. 11. de Novat. l. 16. § 6. de Ignor.* Atque ita non est dubium, quin totius summæ in condemnationem deductæ, tam usuræ, quam sortis usura, post sententiam deberetur. Sed Justinianus hanc conclusionem præcidit in *l. ult. C. de Usuris.* ubi statuit, etsi post sententiam nova mora debitoris intervenerit, tamen usuram deinceps non summæ totius adjudicatæ, verum sortis duntaxat exigendam. In Fori nostri peristyliis aliquando invaluit opinio, Legis hujus effectum cedere in usuris post sententiam *taxatis*. Nam condemnatio juxta sortem fit tantum in usuras simpliciter, non in quantitatem certam: verum deinde quantitas judiciali *taxatione* definitur. Ea facta, volunt, usuras hujus etiam

am quantitatis usurariæ currere, & ejus opinionis frequentior praxis in stylum fori se tantum non ingesserat; At nusquam evidentius patuit, nullam esse consuetudinem errore juris introductam. Ex illa interpretatione certum erat, *Legis ult. C. de Usuris.* nullum usum, nullam sanctionis ejus sententiam fore: Siquidem ante taxationem quantitatis nulli sunt termini habiles usuræ, ut res & definitio usuræ satis indicat; nec ideo videri potest prohibitum, ne usuræ usurarum exigantur, quando facultas usuram computandi nulla datur. Imperator, inquam, in *d. l. ult.* prohibitionem usuræ intellectam voluit de casu, quo usuræ computatio usum habere potest. Atqui non potest usum habere, si quantitas pecuniæ certa non sit. Ideoque *Lex ultima* non potest ad alium casum pertinere, quam quo usuræ sunt taxatæ; quæ proinde non recipiunt usuram usurarum. Credideram, verba Sandii in *lib. 3. tit. 14. defin. 10.* dedisse causam isti errori. Verba sunt hæc; *Si fors & usuræ in condemnationem deducantur, finitur novatione pristina obligatio, tam usurarum, quam sortis, & incipiunt currere aliæ usuræ rei judicatæ.* Inde probat Sandius, post sententiam usuras renovare suum cursum, etsi duplum excedant: sed mox adjicit, id non habere locum in usuris post *d. l. ult.* cujus verba tam clara, tam prægnantia sint, ut hujusmodi elusionem nullo modo ferant. Ideoque non obstante qualicunque praxi, sæpe *aliter a Curia definitum scio*, negatasque esse usuras usurarum in condemnationem deductarum & taxatarum. Neque tutum est, admittere usum exceptionis, quam aliqui suggerunt; Si non tam inopia, quam malitia, quæsitisque tergiversationibus, executio & exactio sortis cum usuris dilata fuerit, talem reum in usuras usurarum post earum taxationem esse condemnandum, quatenus officii Judicis est, ne malitiis indulgeatur, *l. 59. de R. V.* licet ita censeat Carpz. *def. for. p. 28. C. 30. def. 28. n. 4.* Non abhorret quidem ab æquitate jurisque ratione hæc limitatio in se considerata; sed ejus prætextu nimis facile everteretur, quod Justinianus omnino cautum voluit, *ne ullus casus relinquatur, ex quo hujusmodi machinatio possit induci. in d. l. ult.*

8. Sed an sanctio *d. l. ult.* locum etiam habeat in usuris compensatoriis, in tali specie memini disputatum. Condemnati erant quidam ad restituenda aliquot agri jugera, quæ non poterant demonstrari. Ideoque condemnati fuerant in pretium, quod erat notum, ejusque usuras. Satis constabat, si ager ipse fuisset evictus, eum cum fructibus fuisse restituendum, quorum fructuum in condemnationem deductorum & taxatorum usuræ, præstandæ fuissent, quemadmodum in Foro nostro sine dubio servatur; de jure quid statuendum sit, *infertius* considerandum erit. Sed hæ usuræ in locum fructuum erant subrogatæ: Nec quod ipsum corpus agrorum designari non poterat, male possidentium lucro & petitorum damno cedere debere videbatur. Ideo petebant victores usuras illarum usurarum, una cum sorte in condemnationem deductarum, sicut usuras fructuum petere potuissent. Commissarius Curiæ tamen solius sortis usuras addixerat; per appellationem re ad Senatum delata, plures e Dominis, prædictas rationes justas, & constitutionem *d. l. ult.* in usuris lucrativis, quæ κατ' ἐξοχὴν usuræ vocantur, non in compensatoriis, quæ vicem fructuum obtinerent, locum habere censebant. Paribus tamen suffragiis sententia tum confirmata est, *in causa Creditorum Simonis Jorna triumphantium & in execut. Appellantium, contra Theodorum Bruninga cum soc. in qual. victos & in ex. appellatos. ante ferias O. S. 1680.* Pro sententia faciunt verba *d. l. ult. Cum enim jam constituimus, usurarum usuras penitus esse delendas, nullum casum relinquimus, & cætera modo relata.* Verum est, Imperatorem adeo rigidæ observationis in *d. l. ult.* causam hanc allegare; quod in sortem usuras centesimas, id est, duodecim pro centum in anno, post tempus judicati faciendi introduxisset, quibus si accederent usuræ usurarum, onus intolerabile videretur; cum vero centesima hodie non exigatur, ac ita *absurdum*, quod ex concursu utriusque gravaminis Cæsar ostentat, non habeat locum, forsitan ex æquitate, ejusmodi compensatoria usura post rem judicatam, novum usuræ augmentum recipere posset. Ideoque in simili casu antea transierat condemnatio in usuras usurarum, in causa *Annæ Gratiæ, contra Petronellam a Velsen, viduam Dris Bellami. d. 8. Julii 1679.* Rursus in tali specie; Litio adjudicati erant quadringenti floreni pro agro non tradito, cum altero tanto nomine usurarum, loco fructuum; judicatum est, usuras integræ summæ ab eo tempore deberi. In causa *Harke Berns*, contra *Gellium Johannis &c. d. 29. Jun. 1680.* supposita praxi, quod usuræ post sententiam egredi possint duplum, item quod fructus pariant usuram, *de quo infra.*

9. Ex

9. Ex ratione, qua prohibentur usuræ usurarum, ne debitor onere geminato exhauriatur, imo ex ipsis terminis usuræ usurarum, expeditum est judicare; pecuniam ex usuris redactam & acceptam, non amplius *usuram*, sed *pecuniam* esse, quæ nummis aliis mixta nihil a peculio vel sorte recondita differt. Ideo si hæc usura deinceps alii mutua detur, nulla dubitandi ratio est, quin exinde novam pariat usuram. Quod æque locum habet, si alius quam Creditor usuras alienas acceperit & sepositerit, vel in usus suos converterit. Hoc ipso enim, quod pecunias ad alium pertinentes, quæ apud debitorem fuerant usuræ, accipit, hæ apud ipsum nihil quam nummi sunt, usuris pariendis, ut reliqui omnes, idonei. Non est igitur exceptio a regula de Usuris usurarum, quod Tutor aut Curator, qui usuras a debitore pupilli vel minoris exactas, in suos usus convertit, hujus summæ præstet usuras; vel quando Curator usuras a Tutore accepit, quod ab eo tempore pupillo currant usuræ usurarum: nec enim amplius sunt *usuræ*, vel *pecuniæ*, inquam, mutata debitoris persona, *l. 7. § 12. & l. 55. § ult. de Administr. Tut.* Cæterum, mutatio personæ *creditoris* nihil mutat, si debitor idem maneat, ut si creditor posterior priori sortem cum usuris solvens in locum ejus succedat: Etenim hoc casu, quia debitor idem manet, usuræ usurarum exigi nequeunt, neque hæc est exceptio a regula, *l. 12. § 6. Qui pot. in pign.* Hinc etiam usuræ, quas ipse Tutor debet pupillo, quamdiu apud eundem Tutorem manent, σχέσιν usurarum retinent, nec ideo pupillus earum usurarum usuras, utcunque ratio ab ipsius latere sit eadem, consequitur, quia manent sub regula *l. 29. h. t. & l. 26. § 1. de Condict. indeb.* ac ita judicatum est in Curia nostra, referente Sandio *3. 14. 6.* Conf. Struv. *h. t. th. 51.*

DE CAUSIS USURARUM.

X. Causæ usurarum. XI. Quando ex Pacto usura debeatur. XII. Promissio ejus quod interest, an inferat usuras. XIII. An diuturna præstatio usurarum. XIV. Mora quid, quotuplex, & quatenus mora personalis usuram pariat. XV. Moræ ex Re hac parte vis. XVI. De vectigalibus & rebus minutim venditis. XVII. An Litis Contestatio sit causa usuræ, ubi de cautione judiciali. XVIII. Observationes quædam aliæ.

10. Pergimus ad Causas usurarum, quæ in summa duæ sunt, Conventio & Mora. Utriusque iterum duæ species; Conventio enim est vel Stipulatio vel Pactum, & Mora Vulgaris vel Judicialis, quæ est litis contestatio. Ex stipulatione debentur usuræ sine dubio in omni contractu, Paul. *5. Sent. 7.* & in Mutuo ex stipulatione duntaxat, * *l. 3. C. h. t.*

11. Pactum de usuris, contractibus in continenti adjectum, valet in his, quorum pars fieri potest, ut sunt contractus B. F. *l. 7. § 4. & 5. de Pact.* sed cum mutuo tale pactum consolidari nequit, quoniam ejus pars non potest fieri, nisi quod revera datum est, *l. 7. pr. de Pact. l. 11. § 1. de reb. cred.* Mutari tamen posse jus petendi usuras per Pactum intellexi mus antea ex *l. 40. de Reb. cred.* Intellige autem hoc, *pecunia* mutuo data; nam aliarum quantitatum usuræ ex pacto quoque *terminis habilibus* debentur, *l. 12. C. h.* quin & in pecunia trajectitia, *l. 7. de Nautico fœn.* denique favore fisci, qui semper capit usuras, scilicet ex mora, *l. 17. § 7. h.* & civitatum, *l. 30. h. t.* & argentariorum, *N. 136. c. 3.* In his placuit ex pactis usuras deberi, quæ hactenus pacta legitima esse videntur. Moribus hodiernis, ut alias dictum, inter stipulationem & pactum nihil interest: ideoque usuræ etiam ex pacto debentur, quatenus id expressum est; proinde si quis usuras ad annum promiserit, & sortem diutius habuerit, reliqui temporis usuras non debet. Sand. *lib. 3. tit. 14. def. 1.* nisi pluribus annis in solutione usurarum continuaverit, quo casu tacitum Pactum de continuandis usuris præsumitur, *d. tit. def. 4.* ut mox iterum occurret. Apparet igitur, quam utilis sit Clausula mutui instrumentis adjici solita, *ut si diutius sors apud debitorem maneat, eadem usura continuetur.*

12. Quid si debitor usuræ mentionem non fecerit, obligaverit autem se ad omne damnum & id quod interest præstandum, hiccine ad usuras etiam tenetur? Ita sentit & judicatum refert Sandius, *d. tit. def. 2. & 3.* Quod mihi videtur esse verissimum de vernaculi sermonis usu *Interessen*, quia vix aliud est vocabulum, quo exprimantur usuræ populariter, quod successit in locum odiosi

* Ita noster recte ex sententia legum Romanarum, & *infra § 18. in fine.* Statutum Frisiæ in eandem sententiam interpretatur contra mentem tamen Wissenbachii JCti magni nominis. De Frisicis juribus viderint ii, quorum interest: In Germania universali lege cautum est, deberi in mutuo usuras etiam ex mora. *Rec. Imper. d. An. 1600. § So viel nun. 251.*

verbi, *wocker*, quod vix aliter a noſtratibus, quam pro immoderato & illicito fœnore ſumitur. Eſt alia vox *Renten*, quibus uſuræ quidem æque deſignantur, ſed frequentius uſuræ mutuæ *intereſſen* vocantur, & reditus ex fundis pecuniariis ſemper *Renten*, nunquam *Intereſſen*, appellari ſolent. Non poteſt igitur eſſe dubium, quin ita Jus dicendum ſit, ut Sandius refert, inter cives noſtros. In Latina oratione, nego eum, qui promiſit, ſe præſtiturum impenſam, damna & id quod *intereſt*, etiam in uſuras teneri, ſcilicet in Contractibus, in quibus expreſſa conventio ad uſuras ſtabiliendas requiritur; Namque ubi mora ſufficit, ibi ne quidem illud vocabulum τῶ *intereſſe* fuerit neceſſarium. Cum vero ejus quod intereſt appellatio certiſſima ſignificatione differat ab uſuris, nullo modo ſtatuendum eſt, ubi ſpecialis uſurarum conventio requiritur, ibi ſufficere ad uſuras introducendas, ejus quod intereſt, rei diverſæ promiſſionem. Quin etiam ſuppoſito uſu vernaculo, monendum eſt, aliquid a Sandio prætermiſſum. In hac formula, *pro impenſis, damnis & intereſt a die veniente*, zedert den verſchyn-dach, *eventuris*, *obligo mea bona*, Sandius ait, *d. def. 2.* uſuras deberi ſimpliciter, perinde ac ſi eſſent promiſſæ. Hoc tamen intereſſe oportet, quod uſurarum promiſſio ſemper incipiat a tempore mutui dati, ſed in iſta formula non incipiunt, niſi a tempore, quo placuit pecuniam reddi, *poſt diem venientem*, quo debitum reſtitui debet. Sed moveri poteſt alia quæſtio, an non ſola compenſatoria, his verbis, *Koſten, Schaden en Intereſſen*, intelligatur, cum hoc effectu, ut probandum ſit, *quanti* interſit, idque ſecundum quantitatem, lege, quæ apud nos eſt, præſcriptum ſumi, ut Sandius fere differit in *d. def. 3.* Reſpondetur, non videri hoc verbum ad uſuram Compenſatoriam reſtringendum, ex uſu populari, quo ſimpliciter uſuras pecuniarias ſignificat: Proinde non modo debitorem liberari probatione, quanti ſua interfuerit præciſe, verum etiam, quod ſua omnino interfuerit. Adde Ant. Fabr. *l. 4. C. tit. 24. def. 7.*

13. Secundum hæc Quæritur, an diuturna Uſurarum præſtatio, pro conventione tacita, per quam uſurarum obligatio introducatur, haberi poſſit: Jure Civili, quo Stipulatio, quæ ſemper eſt expreſſa, nominatim ad uſuras requiritur, non videtur ex ſolo facto præſtationis introduci poſſe, *l. 7. C. de Uſuris l. 28. C. de Pact.* Nec obſtat *l. 6. C. h. t.* quæ non creditori uſuras incerti initii e præſtatione diuturna adſcribit, ſed uſuras initii non controverſi a Patre agnitas & in rem ejus verſas, præſumi ſtatuit, ut D. Wiſſenbach explicat *in th. 10. h. t.* Sed poſtquam differentia Pacti & Stipulationis, moribus hodiernis ſublata eſt, & pactum tacite quoque initum facilius præſumitur, *l. 2. 3. & l. 4. in pr. de Pact.* poſtquam uſura quoque magis magisque invaluit, ut vix ulla pecunia gratis ad longius tempus elocetur; nullo modo recedendum eſt a communi ſententia, ſecundum quam longa præſtatio uſurarum ex debito, cujus initium conſtat, hunc habet effectum, ut præſcriptionem & argumentum certum obligationis uſurarum pariat, uti multa auctoritate probat Sandius *d. lib. 3. tit. 14. def. 4.* Sed quod ex Jure Civili ſententiam illam probari volunt, adverſatur *citatis legibus*, quæ ſtipulationem præciſe requirunt, non præſtationem aliquot annorum ex conſenſu factam. Nec ſtipulatio ex eo, quod tacite actum, præſumi legitur, ſed tantum, ſi in inſtrumento ſcriptum ſit, ſtipulationem eſſe factam, interrogatio & reſponſio præſumi dicitur in *§ ſi ſcriptum. 16. I. de Inutil. ſtipul. & § ult. I. de Fidejuſſor.* Hæc autem poſitio minus habet dubii, quando non tantum de obligationis principalis initio conſtat, ſed etiam, quando ſtipulatio uſurarum, *ad annum* facta legitur: Tunc enim ex ſecuta præſtatione plurium annorum, valde probabile eſt præſumtio, quod contrahentes annui temporis fecerint mentionem, ut uſuræ proportionem, non ut ſolvendæ uſuræ finem exprimerent, de qua ſpecie facti proprie actum eſt in *d. def. 4.*

14. Hactenus de Conventione. Sequitur MORA, cujus definitio probata eſt a Cujacio, quod ſit, *Debiti ſolvendi vel accipiendi fruſtratoria dilatio.* Heic proprie dilatio *ſolvendi* intelligitur; nam Creditor ad uſuras teneri non poteſt; ſed definitio in univerſum ponenda erat. Creditorem quoque moram committere, docet Lex 72. *de Solution.* ubi; *Creditor non accipiendo moram facit:* & effectus eſt, quod ſi debitor rem vel pecuniam oblatam ſine culpa perdiderit, creditor doli mali exceptione repellatur, *d. pr.* quod eſt idem in eventu cum eo, quod habetur in *l. 30. de O. & A.* Prætorem creditori *actionem denegare;* Conſequenter ſi pignus habeat, illud diſtrahere non poteſt, *l. 8. C. de Diſtract. pign.* Sed hoc loco deſiſtendo uſuræ curſu agitur, etſi obiter alios Moræ effectus adjicere nihil vetat, quod in *Poſitione 18.* deſiderat a me Thomaſius. Sed moram dividimus in judicialem & extrajudicialem. De judiciali mora poſterius. Extrajudicialis iterum eſt ex

Perſo-

Persona, vel ex Re. Mora ex persona committitur, quando reus opportuno loco & tempore interpellatus non solvit, *l. 32. in pr. h. t.* nisi justas differendæ solutionis causas habeat, quas vide in *l. 21. h. t.* Semel interpellatum esse, satis est, *d. l. 32. & l. 23. de V. O. l. 87. § 1. de Legat. 2.* ubi; *semel interveniſſe moram, sufficit,* modo creditor deinceps, cum debitorem videt esse paratum, *non omiserit debiti repetendi instantiam,* ac ita consilium mutaverit, ut traditur in *d. l. 32. § 2.* quæ sic nihil obstat. Sed quid est, quod in *l. 122. § 5. de V. O.* habetur, *si Seja non cessasset offerre pecuniam?* Wissenbachius noster in *hoc § 5.* factum proponi, non jus arbitratur, in *th. 17. ad h. t.* quæ responsio sicut bene convenit § *Coheredes. 3. ejusdem Legis,* & *Legi Æmilius. 38. de Minor.* ubi, *denunciationibus sæpe datis.* ita hoc § 5. habet difficultatem, propter verbum, *Si,* quod positionem, imo quod conditionem indicat. Malim igitur respondere: verba, *si non cessasset offerre pecuniam,* idem esse, quasi tu diceres, *si non neglexisset,* si non defuisset offerendo pecuniam: Ne quis putet, cessandi verbum semper indicare frequentationem alicujus actus. Justinus *lib. 31. c. 4.* de apparatu belli, quod Antiochus in Romanos movebat; *Quæ res,* inquit, *tantum apparatum belli, CESSANTE Imperatoria arte corrupit.*

15. Altera species moræ extrajudicialis, Ex RE vocatur in *d. l. 32. pr. h. t.* & *l. 33. § 1.* ubi, *si in Re mora fuit.* Committitur autem solo vitio tardæ solutionis, quando res ipsa debitorem, ut solveret, ultro admonuit, cujus multiplex usus est; In emptione venditione qui rem accipit eaque fruitur, ipsa re, hoc est æquitate dictante, moram committit, *l. 13. § veniunt. 20. de Action. empt. l. 5. C. eod.* Socius communem pecuniam invadens vel in suos usus convertens, ab eo tempore est in mora, licet interpellatio, quæ moram per excellentiam notat, nulla sit facta, *l. 1. § 1. h. t.* juncta *d. l. 5. § 1.* Sed statim ac rem alienam occupat & retinet, est in mora, *l. 8. § 1. & l. ult. de Condict. furt.* idem in quovis violento possessore, *l. pen. de Vi & vi arm.* In favorem *minorum* receptum est, ut debitores eorum, sine interpellatione in mora constituantur, scil. ubicunque moræ præstatio locum habet, quod generaliter supponitur, *l. 3. C. In quib. caus. in int. rest. necess. non est.* Quoties obligationi certa dies præscribitur, seu testamento, sive per conventionem, solus diei lapsus debitorem realiter in mora constituit, *l. 87. § 1. de Legat. 2. l. 26. § 1. de Fideicomm. liberat.* quæ de testamentis agunt: verum etiam inter vivos; Qui ad diem certum dari obligatus est, solo diei lapsu in mora constituitur, quia cum obligatio perfecte ante diem existat, dies nulla alia causa adjici videtur, quam ut ultimus sit terminus solutionis faciendæ, molestiaque interpellandi creditorem liberet, sicut in judiciis strictis pœna conventionalis, quæ vicem usuræ & ejus quod interest obtinet, statim committitur, *l. 12. C. de Contrab. stip. l. 2. C. de jur. emphyt. l. 4. § ult. de Leg. commiss. l. 23. pr. de Recept. arbitr.* in quibus actio non competeret, nisi reus esset in mora. Competit autem post diem per se, idque moram præsupponere, docetur clarius in *l. 33. de O. & A. D.* Wissenb. ad *h. t. th. 16.* Dissent. Bachov. *vol. 2. ad Treutl. disp. 3. th. 7.* semper intellecto; contractum bonæ fidei, vel ejusmodi, in quem cadat æstimatio moræ, esse debere, *d. l. 3. C. in quib. caus. rest. in int.* ut & terminos habiles moræ oporteat esse, quales non sunt in *l. 77. de V. O.* ubi heres tenetur ad pœnam in diem promissam, quæ dies hereditate jacente præteriit. Ergo, opponat aliquis, solo diei lapsu mora non committitur; Certe non, si debitor nullus existat, ut in *d. l. 77.* ubi debetur pœna non ex mora, sed vi promissionis defuncti, ex qua heres tenetur.

16. Ideoque non in omnibus causis MORA pro causa usurarum, sed in bonæ fidei judiciis habetur, *l. 32. § 2. h. t.* quæ inter an etiam est Conductio vectigalium, non scilicet agrorum, sed publicarum functionum? Ratio dubitandi, quod non tam hæc sit Conductio, quam stipulatio certæ præstationis, in re valde incerti eventus. At tamen usuræ debentur, non modo in favorem Fisci, qui semper usuras accipit, *l. 17. § 6. h. t.* sed etiam Civitatium respectu, *l. 10. § 1. de Public. & Vectigal.* ut in Suprema Frisiorum Curia judicatum est, in causa *Petri Annii Reen, contra Magistratus Harlinganos. die 27. Octob. 1636.* An & publicanus a privatis ob moram exigere potest usuras? Ita videtur, per *d. l. 17. § 5.* juncta *l. 11. C. de Vectigal. & l. 11. § 2. ff. de Vectigal.* quæ docent, publicanos uti jure fiscali. Moribus hodiernis, est notabilis exceptio a Regula, *quod mora pariat usuram in bonæ f. judiciis,* circa res minutim venditas, pro quarum debito, quamdiu codice rationum continetur, *Boeck schult,* neque per novationem mutatum est, *usura* non debetur; magis ob similitudinem obligationis *Nominum,* quæ stricti juris fuit, quam emptionis venditionis hac parte naturam, ut tota, ni fallor, Europa ob-

ſervatur. In legatis & fideicommiſſis, etſi natura ſtricti Juris, uſuræ tamen ex mora debentur, *d. l. 87. § 1. & l. 78. § 2. de Legat. 2.* ut alibi dictum, atque dicendum eſt. Hactenus Mora, quam diximus extrajudicialem.

17. Mora judicialis per litis conteſtationem committitur; Eſt enim hæc maxime ſolennis interpellatio, quæ non tantum in aperta mora, ſed etiam in mala fide reum conſtituit, *l. 38. § 7. h. l. 25. § 7. de Hered. pet.* Quod ſi teneas, ut nihil eſt certius, nullum dubium eſt, quin uſura in bonæ fidei judiciis ex litis conteſtatione debeatur, imo etiam in ſtrictis, ſi quando in iis uſuræ ex mora debeantur, *l. 3.* juncta *l. 1. C. de Uſur. & fruct. legat.* Sed univerſa judiciorum Praxi receptum eſt, ut non in quibusdam, ſed in omnibus ſtrictis judiciis, uſuræ poſt litem conteſtatam debeantur, non quidem Statutis Gentium expreſſis, ſed ex interpretatione Juris Civilis, forte non vera, valde tamen veroſimili. Nam fructus & uſuræ ad idem præſtandi jus rediguntur, *l. 34. de Uſuris.* & fructus ſtatim poſt litem conteſtatam in ſtrictis quoque judiciis præſtantur, *l. 38. § 7. h. t.* Cui accedit rotundus textus in *l. ſequ. 35.* Lite *conteſtata uſuræ currunt;* quem textum ſi de ſtricti juris actionibus accipere nolis, frigidum nimis adſpicias, quando in bonæ fidei judiciis etiam ante litem conteſtatam uſuræ currunt: nec opus erat monitu, per litem conteſtatam non abrumpi uſuras, quod poſitum erat extra omnem dubitationis ſpeciem. Quod ſi de ſtrictis, ut eſt oratio generalis, hæc verba quoque intelligere debeas, videndum eſt, utrum τὸ *currunt* ſignificet, *currere pergunt*, an *currere incipiunt.* Illud volunt, qui negant, litis conteſtationem eſſe cauſam uſurarum in ſtrictis; hoc vero, qui adfirmant. Verbi uſus a neutro ſenſu alienus eſt; *Uſuræ non currunt*, in *l. 18. de Novat.* hoc eſt, currere non pergunt. Rurſus pro *currere incipiunt*, in *l. 7. § 7. de Admin. Tut. l. Lecta. 40. de Reb. Cred.* Ergo ex natura negotii dijudicandum, utrum hoc loco ſenſus ſit, uſuræ poſt litem conteſtatam *ſuum curſum continuant*, an *vero ſuum curſum incipiunt.* Forte Doctores non male putarunt, τὸ *currere pergunt*, hic eſſe otioſum; nihil novi, nihil proprii ſenſus inde oriri; cum nemo dubitare potuerit, quin litem conteſtando creditor jus uſuræ non amittat, qui per eam ſemper conditionem ſuam facit meliorem, *l. 86. de R. J.* Nec veriſimile erat, debitorem liberari poſſe hoc onere uſurarum in eo momento, quod ipſi omnes malæ fidei effectus imprimit, ut modo probatum eſt. Verius igitur eſt, hoc velle textum, Lite conteſtata uſuras etiam, quæ prius non cucurrerunt, exinde curſum ſuum ordiri. Plane ſi nunquam a Legum ſententia longius receſſiſſent Dd. ars noſtra cauſam querendi non haberet. Vide Fabrum *lib. 4. C. tit. 14. def. 33. & Err. Pragm. dec. 1. err. 1.* Sandium *lib. 3. tit. 19. def. 1.* Diſſent. D. Wiſſenbach. *ad h. tit. th. 9.*

18. Huc etiam referri debet, quod in Foro placuit, ſi quis Creditor acceperit pecuniam ſibi debitam, eamque ſe reſtituturum caverit, deinceps appareat, alium meliori jure in illis nummis eſſe præferendum, etſi de uſuris nihil ſit dictum, ſi tamen demde potiori creditori reddenda ſit pecunia, cum uſuris utcunque non promiſſis, eam præſtari debere, ut teſtatur Sandius *d. l. tit. 12. def. 12.* Rationes, quas ex Jure Communi petit, longius arceſſitæ videntur; forte nihil erres, ſi dicas, hanc eſſe cauſam, quod illa cautio Prætoria vel judicialis, proxime ad litis conteſtationem accedat; item, quod æquum non videatur, ut poſterior Creditor aliena pecunia, ſine ejus voluntate, gratis ſit uſus.

Denique, uſurarum præſtatio in judiciis, hominumque negotiis ita invaluit, ut valde faciles ſint mores in cautis illarum recipiendis. *Poſtremo*, de omni mora, tam judiciali, quam extrajudiciali ſciendum eſt, ſupponi, quantitatem ſortis, eſſe talem, quæ proportionem uſuræ capiat. Nam ſi quis debitor ſit incertæ quantitatis, ejus uſuræ ex mora deberi non poſſunt, antequam ſors debiti ad certam quantitatem redacta fuerit; ut fit, ſi quando quis ad impenſas aut meliorationes alicui præſtandas teneatur, ut docet Sandius *d. l. tit. 14. def. 2.*

Supereſt hæc obſervatio; Statutum Friſiæ ait hoc modo; *Ubi uſuræ non ſunt promiſſæ, illi putantur ex mora, lib. 1. tit. 9. art. 3. Daar geen Intreſſen geſtipuleert zyn, den koomt weinig reeckenen ex mora.* Wiſſenbachius noſter ex his verbis ita nobis inculcabat; Lege Friſica *uſuras ex mora ubique deberi, etiam in contractibus ſtricti juris.* Quod ego non cenſeo, nec ita ſervatur. Mens Statuti patet ex ſequentibus, *proportione ſeptem de centum computabuntur.* Quantitas uſurarum talis ſit, qualis in ſtipulationem deducta eſt; Si nulla ſtipulatio intervenerit, computabuntur illic ubi ex mora debentur, ad proportionem ſeptem de centum; quod poſtea mutatum, ut videbimus. Non licet ſtipulari plus ſeptem pro cen-

centum, eademque usura computabitur ex mora; scilicet, *ubi mora parit usuras*, quod ex jure communi petendum, neutiquam *alibi*. *Hoc illa verba* volunt.

QUANTITAS USURÆ.

XIX. De quantitate usurarum. XX. Quousque usuræ sint licitæ. XXI. Quid jure Fisco. XXII. De Pacto usuræ pœnali.

19. Vidimus, quid & quotuplex Usura, sitne licita, & unde oriatur. Sequitur, ut quantitatem ejus colligamus. Notum & sæpe dictum est, veteres usos esse computatione fœnoris menstrua, *maentgelt*, ut nostrates, qui tamen annuo magis calculo adsueverunt. Sed de usuris Kalendariis pleni sunt Juris & Veterum libri, *l. ult. de Reb. cred. l. 41, § ult. h. t.* Kalendarium liber fœneratitius. *Quis dives? cui magnus Kalendarii liber volvitur;* ut Seneca. Plura Brisson. *de V. S. voce Kalendarii.* Quando de centum, singulis mensibus solveretur unus, hæc usura vocabatur *Centesima*, quæ est maxima in Jure, *l. 8. C. si cert. pet. l. 26. C. h. t.* Græci Ἑκατοσιαῖον τόκος ἐστὶ, τὸ ἐπὶ τοῖς ἑκατὸν κατ' ἐνιαυτὸν μῆνα δίδοσθαι, ἢ ἕν, id est, ὑπὲρ ὅλα ἐνιαυτὸν ιβ ἡ. *Centesima usura, quando pro centum quoque mense datur unus; id est, per integrum annum duodecim.* Harmenop. *3. cap. 7.* Minores usuræ, distinctis nominibus exprimuntur. Centesima illa consideratur ut AS, cujus *partes* notæ sunt ex *tit. Inst. de Hered. instit.* Pone pro Centum in anno XII. hæc usura fit AS (non appellatur tamen ita, centesimæ nomen unice est in usu) Sex pro centum in anno, dimidia pars centesimæ, & quia Pars dimidia Assis vocatur SEMIS; ergo sex pro centum, usuræ *semisses*. Unus pro centum in anno *Unciarium fœnus;* est enim Uncia pars duodecima Assis. Hinc consequenter duo pro centum, sextantes usuræ; Tres pro centum in anno, quadrantes usuræ; Quatuor, *trientes*, id est, tertia pars XII. Porro, quincunces, septunces. Besses, sunt octo de centum; dodrantes, novem; dextantes decem; deunces XI. Eodem fere modo usura drachmalis apud Græcos accipienda: Nam drachma respondens denario Romano est centesima pars minæ. Hinc usura drachmalis eadem cum Centesima Romana, ut latius apud Budæum 1 *de Asse*, & Hotom. *c. 7. de Usur.*

20. Olim Romæ cuilibet usuram stipulari fas erat, quantam poterat, dein restricta est, ut Tacitus. *Primo XII. Tabulis sanctum, ne quis unciario amplius exerceret, cum antea ex libidine locupletium agitaretur, dein rogatione Tribunitia ad semuncias redactum.* Sed fœnebre malum toties repressum, identidem *miras per artes* renascebatur, ut Tacitus *ibidem 6. Ann. c. 16.* Novissima Constitutio Justiniani præscribit hunc modum *sanctione generali.* In trajectitiis pecuniis & mutuo quantitatum, licita est usura centesima, *tantummodo, l. 26. § 1. vers. in traject. C. h. t.* Olim recepta fuit etiam contra Tutores & Curatores, de pecuniis pupillaribus in suos usus conversis, *l. 7. & l. 54. de Administr. Tut. l. 1. C. de usur. pupil.* quæ ad reliquos alienarum rerum administratores extenditur *l. 38. de Negot. gest.* ubi, *maxima usura.* Quod per *d. l. ult.* abrogatum vel non, *hodie* certe nusquam servatur, uti nec judicati solvendi causa, quæ ad centesimam post quadrimestres a tempore latæ sententiæ inducias intenditur, ab ipso Cæsare in *l. ult. C. de Usur. rei Jud.* Idem vulgares & populares usuras statuit *semisses;* Mercatoribus indulget Besses; Illustribus non ultra trientes, *d. l. 26. § 1.* Mores hac parte variant pro ratione commerciorum, & copia rei pecuniariæ, easque rationes Statuta ferme sequuntur. *Moribus nostris*, ait Thomasius ad *pos. 26. h. t. usuræ populares sunt quincunces, etiam illustribus permissæ.*

21. Apud nos olim fuere septuncæ, tam ne ex stipulatione majores fierent, quam ex mora, *d. l. 1. Stat. tit. 9. art. 2.* Donec, usu suadente promiscuo, usuras ex mora placuit ad quincunces redigi, ex decr. Ordd. *d. 30. Mart. 16...* stipulationis facultate non mutata; quod secus Edicto Ordd. Holl. cautum esse, testatur Grœnew. ad *l. 26. § 1. C. h. t. n. 2.* Proinde septunces adhuc promitti, nihil heic vetat, *d. tit. art. 2.* etsi raro & sine sugillatione pudoris, quincunces, aut sane semisses, excedere vix liceat. * Centesima permittitur

* Sicuti Jure Imperii ultra quincunces usuræ pro illicitis habentur, *R. I. d. An. 1654. § 174.* Anreichend. ita eadem quantitas nostro Jure definita est, Torgauisch Ausschreib. *d. An. 1583. tit.* von wucherlichen *Contract.* § als haben wir. *j. Ref. Grav. d. An. 1657.* von Caumer- und Rent-Sachen. *gr. 12. Corp. Jur. Sax p. 1050. Dec. El. 9.*

mer-

mercatoribus ad duos vel tres menſes, *d. art. 2.* ſi diutius ſors credita mutuo conſenſu maneat apud debitorem, ſeptunces computantur, hodie quincunces: Eſt enim & hic caſus, quo citra ſtipulationem vi Legis uſura debetur, *d. art. 3.* ſalva fœnoris nautici ratione, de quo *tit. ſequ.* Ex his ſequitur, aliis quam Mercatoribus non licere centeſimam, ne trimeſtrem quidem capere, per *dictam Legem Friſicam.* Item ſi mercator poſt trimeſtre ſpatium pecuniam repetens, eam debitori extorquere nequeat, verum hic eam, creditore volente, retineat, dicendum eſt, centeſimam, durante mora, continuari, per *d. art.* Niſi mora, ſicut ante dictum, & mox repetemus, aliquo modo interrupta fuerit.

22. Poſtremo velim obſervari, ſi partes maneant intra terminos licitarum uſurarum; non eſſe prohibitas hujusmodi ſtipulationes; *Si ad diem non ſolvas quincunces uſuras, debebis ſemiſſes,* *l. 9. § h.* de quo pacto tanquam fœneratorio dubitatum memini intra fori columnas, negatumque in concurſu creditorum alicui talis pacti effectum, re in judicium tamen non deducta. Pœna uſuræ legibus prohibitæ, ex L. XII. tabb. erat quadrupli, * Jure Codicis infamiæ, *l. 20. C. de his, qui infam.* quam pœnam ipſo Jure, nullo accuſationis medio, infligi vult D. Wiſſenb. ut ne crimen extraordinarium eſſe videatur, *th. 5. h. t.* Sed pœna ipſo Jure competens, non excludit, imo ſupponit, opinor, accuſandi facultatem, quæ requirit, ut de facto conſtet: nec dubium, quin ad Stellionatus figuram fœnebre delictum referri poſſit, *l. 3. § 1. in fin. de Stellion.* Civilis actio de Uſuris illicitis, eſt Condictio indebiti, ſorte ſoluta; vel ea manente, fit imputatio in ſortem, *l. 26. in pr. de Condict. indeb. & l. 18. C. de Uſur.* Sand. 3. 14. 7.

FINIS USURARUM.

XXIII. Finis uſuræ ſoluta ſorte. XXIV. Ut nec peti poſſit deinde, quod tamen limitatur. XXV. Tres aliæ limitationes. XXVI. Oblatio & conſignatio pro ſolutione; pariter ſcil., non oblatio ſola. XXVII. Æquatione ſortis uſuram finiri. XXVIII. Utrum rectius uſuræ ſolutæ & ſolvendæ, an hæ ſolæ in duplum computentur. XXIX. Hanc ſententiam Friſiæ Orainei ſecutos; certis tamen exceptionibus ex jure probandis.

23. Finitur uſura biſariam, per conſequentiam, aut per ſe. Per conſequentiam, quoties obligatio principalis eſt ſublata; tunc enim & uſuram ut acceſſoriam tolli, conſentaneum eſt, *l. 26. fin. pr. C. de Uſur. arg. l. 178. de R. J.* non modo ſi ipſo jure, ſed etiam, ſi per exceptionem, veluti præſcriptione temporis, ſublata ſit uſura, *d. l. 26. in pr.* Sed pone triginta annis actionem ſublatam, an uſuræ viginti novem annorum, a quibus ſcilicet anni 30. non ſint elapſi, adhuc peti poſſunt, quaſi initio *præſcriptionis* a ſingulis annis ducendo? ſicut eſt in *l. 7. § ult. C. de Præſcr. 30. annor.* ut uſum ejus rei & exemplum habuimus in *fin. libri ſexti Parte II. pag. 780. ſeq.* Non placuit hoc argumentum in uſuris, ſed nominatim præciditur *in d. pr. l. 26.* ratione diſparitatis non obſcura, quod in *d. l. 8. § ult.* jus ipſum, unde pentiones annuæ ſolvuntur, adhuc eſt ſalvum cum *in l. 26.* principalis obligatio ceciderit neque ſubſiſtat.

Ac, quamvis mandatum *Reg. d. ann. 1702 d. 15. Jul.* ſemiſſales, ac in cauſis cambialibus, beſſales quoque permiſerit; vid. Mencken. Diſp. *de tutore & Curatore ad uſuras ex ſuo debito uſurarum obligato. th. 22. & 24.* alio tamen Mandato recentiore *d. An. 1704. d. 10 Martii* priſtinum Jus reducere placuit, adeo, ut, ne quidem volente debitore, nec inter mercatores, aut pris cauſis, majores uſuras accipere liceat. vid. *Mand. El d. An 1671. App Corp. Jur. Sax p. 23.* Interim in aliis Saxoniæ Provinciis 6. pro 100. ſtipulari permittitur, teſte Richter *dec. 74. n. 5. ſq. & vol 2. Conſ 304. n. 7.* quas in Cambiis quoque promitti, patitur *d. Mand. Nov. Reg.* imo tolerantur etiam cenſus Promobiles, die Rutſcher-Zinſen, vid. M. *l. 1. n. 54.* qui, ſi ſtato die a cenſuo exacti & non ſoluti ſunt, altero die duplicantur, tertio triplicantur ac ob ulteriorem moram amplius multiplicantur. add. Carpz. *P. 2. C. 38. d. ult.*

* Noſtrum Jus uſurariam pravitatem graviſſime coercet. Nam (1) creditor jacturam totius ſortis patitur. *Mand. El. d. an. 1625. § So wollen. Corp. Jur. Sax. p. 508.* (2) Uſurarii manifeſti excluduntur a confeſſione, abſolutione & honeſta ſepultura, *d. § j. c. 2. d. Uſur. o.* ac (3) infames habentur & arbitrarie coercentur. conf. Carpz. *Pr. Crim. qu. 92. n. 40. ſeqq.* Imo debitores quoque uſurariam pravitatem reticentes, quarta parte crediti multantur, *d. Mand. § ſo wollen.*

24. Quin

24. Quin adeo verum est, obligatione principali sublata tolli accessoriam, ut, si creditori soluta sit pecunia sine usuris, quæ ex mora debentur, usuræ deinde solæ, quippe jam per consequentiam sublatæ, peti non possint, *l. 49. § 1. de Action. empt. l. 4. C. Depositi:* si modo vere ipsoque jure sublata sit Obligatio principalis. Unde quæsitum est super tali specie: Bona debitoris cujusdam erant distracta, pecuniis a Creditoribus accipiendis e manu præfecti auctionum, cui dies certa lege publica præfixa est; qua elapsa est in mora, secundum ea, quæ *paulo ante* de obligatione in diem certum, probata sunt. Primi Creditores post moram satis longi temporis acceperant pecuniam, deductis impensis ex venditione redactam, & dederant apocham. Sequentes Creditores deinde seorsim petebant usuras ex mora, quas ille peti posse negabat, obligatione principali per solutionem extincta: Sed condemnatus est ideo, quod solutione facta creditoribus sine cessione debitoris & domini rerum, non erat extincta obligatio principalis, sed Auctionarius se per exceptionem, & jure creditoris adversus dominum tueri debebat; Unde petitio usurarum accessoria, non modo propter æquitatem, sed etiam per subtilitatem juris supererat. Ita decisum *inter F. F. in qual. contra Duconem Nautam Æstuarium sententionum publice faciarum Harlingæ, d. 13. Octobris 1680.*

25. Quando etiam Creditor, accipiens sortem protestatus est de usuris, non prohibetur eas petere deinceps, quia protestatio conservat jus alioqui subtilitate Legis periturum, *arg. l. 4. § 1. Quib. ex caus. pign. sov.* ac ita in hac ipsa quæstione Sandius *3. 14. 10.* Hinc etiam sequitur, si quis in judicio petierit sortem & usuras non omnes, verum ad certum tempus usque, solutione facta, reliquas usuras non posse peti; cum in parte, quod ad partem, sit idem juris, quod in toto quoad totum, *arg. § 10. Inst. de Fideicom. hered.* Disputatum ea de re est apud Curiam in tali specie. Titia petierat a Cajo mercedes ex agris sibi restitutis perceptas, cum usuris usque ad litem contestatam extensis, atque in eam summam adepta erat condemnationem. Hac soluta, deinde per *declarationem*, petebat usuras temporis post litem contestatam, sine nova litis contestatione. Rejecta erat non simpliciter, *sed, ut procedebat.* intelligebat igitur, se nihil impetrasse propterea, quod cum nullam haberet condemnationem, sine judicio, per simplicem declarationem usuras petiisset. Ideirco nova petitione petebat usuras, etiam quæ post litem contestatam cesserant, & quæ ab initio petitæ sine dubio adjudicatæ fuissent Verum ut heic & nunc erat, non videbatur jus illas petendi superesse; quia ex mora veniebant, nec ulla causa, principali obligatione subleta, nitebantur. Sed quia Creditrix allegabat, etsi non plene probaverat, se esse protestatam de Usuris postea cessuris, & ob alias rationes æquitatis, tum quidem obtinuit. *Dorothea a Walta, contra Margaritam a Walta cum soc. d..... 1681.* Ex his intelligitur, si usuræ propriam habeant causam, ut non ex mora, sed ex stipulatione speciali vel sententia debeantur, tum solutione sortis sine protestatione acceptata, non cessare tamen petitionem usurarum, per *d. l. 49. § 1. de Action. Empt. l. 8. vers. ibi enim. D. Quod certo loco.* ut probat & judicatum refert Sandius *d. def. 13.* Verum si principalis obligatio non per solutionem, sed alia rescindente vel adnihilante causa sit extincta, tum usurarum petitio indistincte tollitur & evanescit, *d. l. 26. in pr. C. h. t.*

26. Solutioni æquiparantur oblatio & consignatio pecuniæ, * quibus pariter factis, desinit usura deberi, *l. 1. in fin. l. 6. l. 9. & l. 19. C. eod. l. 28. § 1. de Administr. & peric. Tut.* Ex quibus satis perspicue probatur, oblationem solam ad hunc effectum non usquequaque sufficere; quia post eam debitor non cessat uti pecunia, cujus idcirco debere pergit usuras. Aliud etiè putant nonnulli cum usura ex mora, quæ per oblationem tollitur & purgatur, ut docent *l. 73. § ult. & l. 72. in pr. de Solution.* debetur. Alii frequentem oblationem putant depositionis & obsignationis loco esse, quia tum constat. debitorem usum non esse pecuniæ. ** Sic D. Wissenbach ad *h. t. th. 25.* idque propter *l. 122. § 5. de V. O.* ubi, *Si Seja non cessasset offerre pecuniam, usuras jure non deberi.*

* Hac ratione debitorem a cursu usurarum se liberare, permittit *Dec. El. 27.* si forte judex de non solvendo præceptum emiserit, quod si enim pecuniam judicialiter deposuerit, vel in judicio obsignari curaverit, & a peculio sortis & a præstatione usurarum immunis est, Finckelth. *Obs. 19.* Philipp. *ad d. Dec. Obs. un.* j. Carpz. *P. 2. C. 30. d. 34.*

** Ob eandem rationem ab usuris *d. Dec. 27.* absolvit debitorem, qui Jurejurando, aliave ratione probat, se post emissum de non solvendo præceptum, pecunia credita non fuisse usum, licet eam judicialiter haud

item ob *l. 4. C. de usur. pup.* Occupavit ad hos textus responsionem D. Thomasius.

SCHOLIUM.

Sed hac limitatione non videtur opus, tum quia ad l. 122. § 5. de V. O. *etiam responderi potest ex* Part. I. Tit. quib. mod. toll. oblig. posit. 42. *tum, quia in* l. 4. C. de Usur. pupill. *specialis casus est de tutore, cujus debitum non est liquidum ante redditionem rationum, nos vero loquimur de debito liquido.*

RESPONSIONIS plenioris causa velim, sequentia serviant: Nos ipsi limitationem Wissenbachianam paulo superius intercepimus diversa interpretatione verborum, *si non cessasset*, in *d. l. 122.* Responsio, quam Thomasius suggerit ex *positionibus nostris*, hæc est; quod e legibus oblationem & obsignationem pariter requirentibus supplendi sint textus, qui de oblatione sola loquuntur. Nisi & hoc videatur; in illo § 5. pœnam videri esse fidei ruptæ & temerariæ litigationis, tribus sententiis consonantibus refutatæ, ne quis pecuniæ injustissime recusatæ usuras insolenter petat; cujusmodi malitia, præter responsionem Thomasii, offendit etiam in *d. l. 4. C. de Usur. pupil.* Hoc etiam tenendum, si non fuerit cui solveretur, usuram, quæ ex mora venit, non deberi, ut si pupillus non habeat tutorem, vel peregre abfuerit creditor, *l. 17. § 3. h. l. 7. § 2. de Minor.* Ejus enim temporis inculpata mora est, *l. 9. § 1. h. t.* Quid enim imputari potest ei, qui solvere etiam, si vellet, non potuit? *d. l. 17. § 3.* Quando obsignationi locus est, hæc in publico apud officium Judicis fieri debet, *l. 19. C. h. t.* ad cujus anceps damnum evitandum fit aliquando, ut Creditor se pecuniam habere pro consignata profiteatur, & tunc usuras quoque cessare consentaneum est; etiam vero, si judex, vel is, apud cujus officium fit obsignatio, idem apocha tradita sit confessus. Sand. *3. 14. 13.*

27. Diximus, quomodo per Consequentiam Usura tollatur; videamus, quo pacto per se finiatur. Id fieri *Conventione contraria*, tralatitium est; sed inprimis huc pertinet *Æquatio sortis*; Nec enim placuit, Usuram, quæ est accessio, fieri sorte majorem principali, & hoc est, quod dicitur, usuram non posse *duplum* excedere, *l. 26. § 1. de Condict. indeb. l. 10. C. de usur.* quemadmodum fere id omnibus linguis accidit, ut æquipolleant hæ formulæ, *dimidio plus, altero tanto plus & duplo plus vel majus.* Sed in duplo non computantur usuræ solutæ; *Tunc enim ultra sortis summam usuræ non exiguntur, quotiens tempore solutionis summa usurarum excedit eam computationem*, verba sunt *d. l. 10.* Placet audire Wissenbachii nostri ἐπίκρισιν. Hoc *Antonini Rescriptum*, inquit *th. 23. sana ratione destituitur. Ita enim meliore conditione erit acerbus usurarum exactor, creditor, quam benignus dilator; & rursus ex contrario, deteriore conditione erit diligens in solvendis usuris debitor, quam tardus & morator, contra l. 33. h. & l. 8. de Compensat.* Cujus *iniquitatis*, pergit, *admonitus Justinianus, constituit* in *Nov. 121. & 138. usurarum solutiones particulariter factas coacervari & in duplum computari, abrogata d. l. 10.* Quanquam & ante Justinianum Græci Impp. idem statuisse videntur, ut ex *l. pen.* de basilicis excerpta, *d. tit. C. de Usur.* intelligimus, ubi; *Usuræ minutim & per intervallum solutæ, cum duplo compensantur*; quem textum D. Wissenbach ut ἐμφυσῆμον *d. l. 10.* citat, minus attente inspectum.

28. Quod ad censuram Wissenbachianam attinet, non possum, quin valde ab eo dissentiam. Puto, civilius & prudentius consultum ab Antonino, quam a Justiniano. Nam, ut antea diximus, Legislator in moderandis usuris id inprimis spectat, ne homines angusta & inclinata re, destruantur; quales solent esse, qui usuras solvere nequeunt, creditoribus quidem raro cunctantibus exigere: Qui autem usuras prompte solvunt, non sunt in eo statu, ut egeant hoc levamine: Sic igitur nihil est causæ, quamobrem usuræ solutæ cursum usurarum solitum abrumpere debeant. Nec ideo placet distinctio Facultatis Wittenbergensis, utrum creditor fuerit in mora exigendi, an debitor in mora solvendi, ut tum scilicet huic parcatur, referente Strauchio *Dissert. Justin. 28. th. 16. in fin.* Præterea movet hæc ratio; quod regula, ne accessio major sit principali, tum proprie locum habeat, quando sors uno loco, & usura in cumulum redacta oppositio loco consistit; Ut tunc usura sorte sit major, equidem est absurdum, sicut habet *d. Lex 10.* sed usura soluta

depositoris, imo debitorem quoque, qui literas Moratorias impetravit, in usurarum prætentionem in solidum condemnari, non patitur *Dec. 30.* si probare possit, se, durante quinquennio, pecunia ac facultatibus suis uti non potuisse. j. Philipp. *ibid. Obs. un.* licet regulariter hujusmodi literæ cessam usurarum non sistant, sed exactionem tantum differant, *d. Dec.* add. Ant. Fabr. *Cod. l. 1. tit. 9. def. 8.*

οἰχεται,

ἔσχατα, abiit & est transmissa, nec, ut accessio quæ non est amplius, considerari potest. Tertia ratio; per sententiam Justiniani, nulla fœnebris pecunia, pro qua semisses usuræ solvuntur, ultra *sedecim* annos, usuris licet annuatim solutis, durare posset; quod pupillis, viduabus, & civitatibus præpostere cederet, quando bene collocatas sortes, e quarum usuris vivunt, eodem loco, ne apud Rempubl. quidem, nisi gratis, relinquere non liceret. Wissenbachii & eorum quos ille sequitur, rationem parvi esse momenti, satis ex dictis colligas. Non opus est, ut creditor, qui recepit usuras, fuerit acerbus exactor; Potuit esse *cum efficacia benignus, & cum instantia humanus*, uneſt in *d. l. 33. h. t.* neque tam debitor impudens, quam impotens morator, cui subveniendum sit, præsumendus est.

29. Has rationes sine dubio in conspectu habuerunt Illustres Frisiæ Ordines, quando per Edictum anni 1613. constituerunt, usuras *non solutas*, sortem non posse superare; annuatim vero *solutas*, * quamvis semel sortem æquaverint, tamen sorti postea non imputari, teste Sandio *3. 14. 5. in fine*, postquam docuerat, Legem de duplo non excedendo, pertinere ad omne genus usurarum, etiam pupillarium, ex stipulatione vel mora, pretio quoque non soluto, debitarum; quia *Lege non distinguente vel excipiente, nostrum non est, distinctiones aut exceptiones comminisci*, secus ac Autores, *quos ille citat.* Saltem si ex rationibus Juris non proferantur exceptiones, quales sunt duæ, quas collocabimus. Prima, quando debitor est condemnatus in sortem & alterum tantum usurarum: ab eo tempore, quia novatur prior contractus & nova inducitur obligatio, novus incipit cursus usurarum de sorte condemnationis, ut ipse probat Sandius *d. l. tit. 14. def. 11.* Altera exceptio esse videtur in usuris compensatoriis; Quamdiu usuræ non excedunt modum damni vel lucri cessantis, quod creditor vere se passum vel passurum demonstrat, nulla datur ratio cursum usurarum abrumpendi, ut erat in casibus supra in quæstione de usuris usurarum. Quando reus ex alieno agro tot annorum fructus percepit, ut duplum egrediantur, quis dubitet, in illis cessare constitutionem dupli; cum alioqui regula naturalis æquitatis, ne quis ex alieno locupletior fiat, offenderetur; atque ita in prædictis casibus usuris loco fructuum computatis a Curia Suprema judicatum est, ante magnas ferias 1679. & 1680. Carpzovius *part. 2. C. 30. Def. 28. n. 3.*

DE EO QUOD INTEREST.

XXX. Quid sit. XXXI. Ejus regula prima de duplo non excedendo in casibus certis, & usus ejus. XXXII. Regulæ contrariæ in casibus incertis & alias, usus. XXXIII. Sintne delicta casus certi, an incerti. XXXIV. Secunda regula, ne lucri & damni ratio sit extraordinaria, exemplo illustratur. XXXV. Tertia regula.

30. Explicata est pars prima Rubricæ de Usuris, quibus admodum affine esse ID quod INTEREST, aliquoties intelleximus. Est nihil aliud quam Æstimatio damni illati & lucri cessantis. *Interesse*, inquit Paulus, *est, quantum mihi abest, quantumque lucrari potui, l. 13. ff. Rem ratam haberi.* Tres ad æstimationem illam gubernandam regulas, habuimus in *Parte I. tit. de Action. n. 19. pag. 406.* de quibus luculenter agit Perezius *ad tit. C. de Sentent. quæ pro eo quod int. prof.* Usus earum regularum salubertimus est, si recte applicentur; sicut e contrario videre quidem contigit, earum neglectum in foro producere, quod Imper. in *d. l. un.* devitare voluit, ut *quibusdam machinationibus, id quod interest in circuitus inextricabiles redigeretur.* ** Addemus exempla quædam memoriæ nostræ.

31. Regula prima olim exposita est; *Ne id quod interest in casibus certis excedat duplum.* Quidam conduxerat prædium officinæ figulinæ, quod locatores ob neglectam renunciationem veteri conductori faciendam, præstare non poterant, ideo condemnati sunt in id quod interesset. Conductor probaverat, se potuisse in illo anno lucrari

* Jure Saxon. Electorali, non modo particulariter præstitæ usuræ ultra alterum tantum recte accipiuntur, sed etiam nondum solutæ peti possunt, si creditor doceat, se debitorem de facienda solutione, judicialiter interpellasse, *Dec. El. 29.* ibique Phil. *obs. 1.* j. Carpzov. *Pr. Crim. qu. 92. n. 59.* Id. *l. 4. Resp. 48. n. 2. seq. add. Dec. El. 8. & 9.*

** Hos circuitus ut evitent, permittit creditoribus ex singulis centenis quinque, tanquam interesse moræ, petere *P. 2. C. El. 30.* Torgauisch Ausschreiben *d. an. 1553. rnb.* von Wucher. § als haben wir. Carpzov. *l. 4. Resp. 50. n. 22. sq.* Id. *P. 2. C. 30. def. 1.*

mille florenos & amplius; denique condemnationem in tantum adeptus est. Atqui non debuisset ultra trecentos florenos consequi, quia merces annua prædii non excedebat 150. Carolinos, quod erat *simplum*, & contractus locationis est *certus*, id est certæ quantitatis, tales autem duplum egredi non possunt, *d. l. un.* Alias: Venditæ erant terræ paluſtres, unde cespites ustiles effodiuntur, eæque evictæ fuerant, ac ita venditores in id quod interest tenebantur. Contractus erat certæ quantitatis, ideoque non poterat id quod interest excedere duplum pretii. Emptores probaverant lucrum cessans, credo, ultra sextuplum; Venditoris Advocati non utebantur hac regula; *Ne ultra duplum.* quæ regula incredibile est quam vulgo ignota vita sit. Res ire videbatur ad condemnationem, nisi ex officio hæc regula suppleta fuisset; nec tamen eo tempore decidi potuit, nec quo pacto definita sit, intellexi. Nihil certius erat, quam ultra duplum pretii non posse id quod interesset, æstimari; utcunque liquidissime probaret Actor, sua multo pluris interesse, quod non modo ex *d. l. un.* constat, sed etiam juri veteri consentaneum est, *l. 13. § 26. de Action. empt. l. 9. & l. 44. de Usur. l. 4. de Naut. fœn. l. 15. de Usur.*

32. In casibus incertæ quantitatis, ut sunt Facta, possessio, & similia, cum nullum simplum sit, Regulam dupli cessare necesse est, *d. l. un.* Perez. *ibidem n. 12.* Quin etiam in certis casibus hæc est notabilis limitatio; Si quis *ob dolum* in id, quanti interest, condemnatus sit, eum in omne quod vere interfuerit, etsi ultra duplum, teneri, *l. 13. in pr. de Act. empt.* Perez. *ibid. n. 11.* cum quo conciliare vix possum, quod *idem n. 19.* tradit, si petatur id quod interest, propter culpam quoque in tradendo commissam, excedi posse duplum. Quod in hanc rem ex *l. 6. § 4. de Action. empt.* & ex *l. 19. § 1. Locat.* profert, id mihi potius aliam suggerit limitationem regulæ de casibus certis & incertis; Nempe, quod contractus certi recipere possint incertos casus accessorios: ut si venditor recipiat, integrum esse vas, quod integrum non sit. Ejusmodi qualitatis consequentia per *effusionem*, plane est incerta, cujus nullum extat simplum; ideoque nec ad duplum restringi potest hocce *d. l. 6. § 4.* Dein & sine conventione, damna quæ ex facto alicujus speciali immediate oriuntur, ab illo simpliciter ut accessiones præstari debent, veluti, quando vas pertusum ignoranti venditum est, ut liquor inde multus effluxerit, *d. l. 6. & l. 19.*

33. Cæterum, ex eo quod diximus, ob dolum posse duplum excedi, pendet decisio Quæstionis, an & delicta, quatenus in illis de eo quod interest, quæritur, regulæ dupli subjecta sint, negante Perezio, contra Glossographos ad *d. tit. n 20.* Quatenus in delictis dolus, ut plerumque, veritur, non potest dubitari; si culpa duntaxat, ut in Lege Aquilia, pretiumque rei perditæ vel corruptæ certum sit, videbatur esse locus *d. l. un.* Sed obstat *arg. d. l. 6. & l. 19.* specialis reatus facti. Postremo si conventione partium, id quod interest per modum pœnæ definitum sit, verius est, constitutionem generalem non prohibere, quo minus Pactio valeat, ut probant Perez. *d. l. n. 21.* & Vulden. ad *d. tit. n. 5.*

34. Secunda regula moderatrix ejus quod Interest, ponitur, *Quod lucrum cessans non foris, vel fortuito eveniens computetur, verum quod circa rem consistat, & ordinarium, non quod exquisitus aliquando casus obtulerit, l. 21. § 3. de act. empt.* Cujac. *9. obs. 31.* Perez. *ibidem n. 15. & seq.* sub eadem exceptione, *nisi dolus arguatur*, vel *proprium* culpæ *factum* post contractus perfectionem supervenerit, *d. l. 13. in pr. de Act. empt. d. l. 19. § 1. Locat.* Etenim tunc omne damnum vel lucrum cessans, etiam fortuitum, & ultra duplum præstari jubet cum lex, tum ratio juris; utcunque etiam alteri aliquod omissionis objici possit. Placet exemplo rem denuo illustrare. *Hippolytus ab Arssen* emerat ab alio cespitifodinas, hac Lege, ut venditor emptori liberum navigationis exitum præstaret in fossam communem. Emptor fossa peculiari ducta versus illam communem, reperit ibi orbem terræ modicum sibi non venditum, sed a venditore ibi studio relictum, ut emptori exitum in communem fossam, quod satis constaret, obstrueret. Condemnatus est venditor in id quod Emptoris interesset. Cum ad taxationem ejus quod interest perventum esset, Victor probabat, diurnum opus cespitum, ut loquuntur, illa æstate, qua impeditus fuerat, constitisse quadragenis florenis, postremo recidisse ad vicenos, pro quibus deinde coactus erat vendere suos cespites. Hoc damnum, vel lucrum cessans, ingentem pecuniæ summam, & longe forsan ultra duplum totius agri venditi, efficiebat. Alter hæc objiciebat; I. Pretium illud ingens cespitum fuisse extraordinarium. II. Damnum ex facto venditoris non necessario secutum esse; Nam si Em-

Emptor alia regione fossam duxisset propriam, non obstante orbiculo terræ intermedio, in communem fossam venire potuisset. III. Potuisset, ubi ad obstaculum terræ pervenerat, ponte facto, ut postea fecerat, confestim cespites in communem fossam transvehere, & ex continenti vendere; Proinde quod damnum mora suaque negligentia passus erat, id venditori non posse imputari. IV. Emptori oblatos fuisse pro singulis *operibus diurnis* cespitum, binos supra triginta florenos, quos cum recusasset, ipsi esse imputandum id lucrum cessans. Proinde venditorem non teneri, nisi forte ad impensas pontis deinde facti, & cespitum transportatorum. Quod ad primam rationem attinebat, pretium illud maximum illa tempestate commune tota Frisia fuerat; quale fori incrementum, licet inexpectatum, non potest effugere ejus quod interest æstimationem; & præterea per Dolum hic prætextus excludebatur, *d. l. 13. in pr.* Secunda fere allegabatur, postquam venditor in id quod interest erat condemnatus; nec antea potuerat obstare, quia probatum erat, venditorem data opera, hoc est dolo, terram intermediam reliquisse, ut impediret, quod ipse præstiturum in se receperat. Tertia ratio non proderat etiam Venditori, propter suum dolum, & quia pontis confectio res erat inventionis novæ, quam non erat mirum, emptori non statim in mentem venisse, ut testes etiam nonnulli ratiocinabantur. Nec *quarta* ratio dolum Venditoris excusare poterat, ut nec emptori imputandum fuerat, quod, cum cespites constarent 40. noluisset eos vendere pro 32. Quanquam juris igitur rationes pro *Triumphante* militare viderentur, tamen ut est hujus rei praxis valde lubrica, & tantum non arbitraria, factum est, ut Venditor vix ultra quam obtulerat, sit condemnatus πλησυντικῶς *d. 16. Septembris 1680.*

35. Ultima regula, *Quod non affectio domini, sed æstimatio communis spectanda sit, l. 33. D. ad Leg. Aquil.* patitur eandem doli exceptionem, propter quam actori licet in infinitum, pro affectione sua, taxare id quod interest. Quod est officium Jurisjurandi in litem, de quo satis actum *Part. II. tit. de In litem jurando.*

DE FRUCTIBUS &c.

XXXVI. Quando & in quibus Judiciis fructus præstentur. XXXVII. An usuræ fructuum præstentur, & quatenus ex legibus, aut usu fori. XXXVIII. Causa quid, & quotuplex. XXXIX. De Accessionibus. XL. Effectus Moræ superius omissi respectu debitoris. XLI. Alii respectu Creditoris. XLII. Casus quibus mora finitur.

36. Secunda pars est de Fructibus, de quibus agere occupavimus in *Parte I. pag. 114. & segq.* Rursus *in Parte II. pag. 760. & seqq. & pag. 770. sq.* Heic loci monendum vel repetendum, Fructus in bonæ Fidei judiciis a tempore moræ deberi, tam si mora sit ex Re, quam ex persona, *l. 32. § 1.* juncta *l. 34. h. t.* veluti in causa dotis, *l. 38. § 1. h.* Imo etiam in strictis actionibus, quoties æquitas ita dictat, ut in condictione rei indebite solutæ, *§ 2. d. l. 32. & l. 51. de Cond. ind.* in repetitione rei mortis causa donatæ, *§ 6.* in legatis & fideicommissis, *l. 3. pr. h.* In revocatione rerum in fraudem creditorum alienatarum, § 4. Additur, in repetitione rerum vi metuque ademptarum, *§ 5. & 6.* Sed hoc referri potest ad locum communem, quo dictum est alias, malæ fidei possessores ad omnes fructus restituendos teneri, hoc est, a tempore scientiæ, *l. 23. § 1. & l. 48. de A. R. D.* quæ cum per interpellationem acquiratur, dicendum videtur, ex mora personali fructus semper & indistincte esse restituendos. Sed absque mala fide hic est regula; Fructus in stricti juris contractibus a lite contestata esse præstandos, *d. l. 38. § 7. h. l. 91. § ult. de Leg. 1. l. 22. C. de R. V.*

37. Hoc & alias expositum: Sed quæstio digmum est, an fructuum perceptorum usuræ a condemnato præstentur. In *l. 15. h. t.* negatur, tam de fructibus ante, quam post litem contestatam ex officio adjudicatis: Atqui de fructibus ante, non post litem contestatam perceptis, usuras deberi, scriptum est in *l. 51. § 1. de Hered. Pet.* quod est ἀπροσδόκητον: Nam post litem contestatam præstationes sunt pleniores, & conditio actoris exinde fit melior, *l. 86. de R. J.* Sed ratio petitur ex intima juris philosophia. Non placet accessionis dari accessionem; fructus sunt accessiones fundi; Usuræ quoque sunt accessiones, Ideo non possunt accedere fructibus. Cur igitur in Hereditatis petitione? Quoniam in illa fructus non sunt accessiones, sed pars hereditatis, veniuntque in ipsam hereditatis petitionem, *l. 20. § 3. de Hered. petit.* cum in petitionibus rerum singularum veniant ex officio Judicis, *d. l. 15.* At in ipsa

hereditatis petitione, fructus post litem contestatam percepti, cum in petitionem venire nequiverint, ex officio adjudicandi sunt, ac ita fiunt accessiones incapaces usurarum, *d. l. 51. §. 1.* Nec aliter in foro servandum, docet Faber *l. 5. C. tit. 2. def. 4.* ubi diserte addit, ita juris esse, tametsi fructus certa quantitate fuerint æstimati, vel usuræ sint taxatæ; non magis enim fructuum usuras, quam usuras usurarum deberi; Idem Brunnemannus *ad d. l. 15.* Quod ab usu fori nostri, ut *supra* intellectum est, abhorret, ubi fructuum in condemnationem deductorum, si quantitatis æstimatæ sive *taxatæ* sint, usuræ suie dubitatione, tam ante litem contestatam in judiciis bonæ fidei, quam postea, præstantur & adjudicantur. Mornacius *ad l. 15.* accipit eam de fructibus in specie perceptis, non de æstimatione eorum pecuniaria, cum ait, illi esse derogatum per *L. frumenti. 12. C. h. t.* quæ statuit, hordei vel frumenti mutuo dati accessionem præstari; quin & in oleo ac quibuslibet fructibus, accessio ejusdem materiæ Usura dicitur, *l. 23. eod.* ut *supra* vidimus. Esse hanc veram *L. 15.* cum *d. l. 51.* comparatæ sententiam, haud fidenter dixerim; Sed habet æquitatem civilem: Satis enim grave videtur de possessoribus etiam malæ fidei, qui de fundis alienis certas mercedes tot annorum pro fructibus acceperunt, eos sine usuris illas pecunias restituendo defungi. Qui vero fructus ipsi perceperunt, postquam hi cum impensis collati, liquida pecuniæ summa æstimati sunt, quid est iniquum in eo, quod ab illo tempore quantitatis illius usuræ præstentur? imo illudne quidem in *l. ult. C. de usur. rei jud.* prohibitum videri, diximus *antea*. Sic etiam habet usus; sine scrupulo Fori nostri. Apud Sandium non nihil hac de re, tam frequentius usus, cum legibus ita confligentis, collocatum vellem. Plura de fructibus & eorum compensatione cum expensis occupata sunt apud *tit. de Rei Vindic. n. 7. & seqq.*

38. Pars *tertia* Rubricæ de CAUSIS loquitur. Quam πολύσημος illa vox sit, exponit copiose Brissonius *de V. S.* voce *Causa*. Ad hunc locum pertinet significatio, quod *Causa* sumitur pro omni qualitate & utilitate, quæ circa rem vertitur, ut Cujacius ad *h. t.* Hæc definitio indicat, esse duplicem causam, internam & externam. Ad internam pertinent qualitates rerum, ut bonitas, fertilitas, immunitas prædiorum, libertas hominis, agilitas, integritas, jumenti. Ad externam referuntur, quæ a rebus ipsis manant, ut partus ancillæ, qui non est in fructu, *§ 37. I. de A. R. D.* fœtus ex fœtu, qui fuit in fructu, Cujac. *h. t.* plane etiam fructus ipsi, sub causa generaliter sumta comprehenduntur, *l. 2. & l. 38. § 7. h. t.* Tu rogabis, quæ sit ratio appellationis; Nam quæ sunt enumerata, magis ad effectus quam ad causas pertinent. Non possum reddere meliorem, quam dat Justinianus in *§ 3. I. de Off. Jud. Non sufficit, si exhibeat rem is, cum quo actum, sed opus est, ut etiam rei CAUSAM debeat exhibere, id est, ut eam causam habeat actor, quam habiturus esset, si cum primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset.* Per *Causam* ibi Conditionem sive statum rei, de qua agitur, intelligere videtur. Plerumque Causa negotium ipsum denotat, causa hereditatis, causa fideicommissi, alia causa, *l. 5. de R. J. & l. 12. de Solut.* Sic in omnem *causam* fidejussor obligatus, *l. 54. Locati.* Inde tropus facilis pro conditione & qualitate causæ. Sic in omnem conditionem obligatus, idem quod in omnem causam, *l. 68. § 1. de Fidejuss.*

39. Tandem quoque pars IV. Rubricæ, quæ est de Accessionibus, etiam fructus atque causam continet; addit tamen aliquid prioribus, scilicet alluviones & avulsiones, insulasque in fluminibus natas, item consolidationes, *de quibus alibi dictum est.*

40. Postrema & V. Rubricæ pars de *Mora*, jam occupata, potest heic loci adhuc capere exhibitionem effectuum, qui inde apud Leges oriri dicuntur. Præcipui effectus sunt a parte debitoris, I. Quod res sive species debita, post moram commissam sit ejus periculo & pereat ejus damno, *l. 23. & l. 82. § 1. de V. O.* nisi casus, quo res periit, ejus generis sit, ut res apud ipsum Creditorem æque periisset, velut, si res sua natura intercideric, *l. 14. § ult. Depos.* quod tamen non semper usquequaque procedit, ut videre est in *l. 15. § ult. de R. V.* Addenda quoque est regulæ hæc limitatio; Nisi dolus creditoris intervenerit, quem in illo casu solum præstat, *l. 17. de Peric. & comm. rei vend.* II. Effectus secundus est, quod mora perpetuat obligationem, *l. 91. § 3. sequ. de V. O.* etsi dies fuerit adjectus, quoadusque duraret, *l. 95. § pen. d. Mandat.* III. Tertius effectus; Mora facit, ut fructus & usuræ in bonæ fidei judiciis exinde debeantur, quod *supra* expositum est ex *l. 32. § 2. l. 34. & l. 38. h. t.*

41. Respectu *Creditoris* Mora quem habeat effectum, similiter demonstratum est; si recusaverit

verit debitum opportune oblatum, ipsius periculo sita est res debita, *l. 30. & l. 72. pr. de Solut.* Cui adde, quod distractio pignoris jure Creditoris facta, post moram a se commissam non valet, *l. 8. C. de Distract. pign.*

42. Sed nec oblivisCendum, hos effectus cessare Purgatione moræ, quæ fit oblata debito, re adhuc integra, ut eleganter docet *d. Lex 91. § 3. de V. O.* item per novationem, *ex l. 8. pr. de Novat. l. 72. § 1. de V. O.* An & ComPensatione reciprocæ moræ, tolluntur ejus effectus? Ita videbatur, quia dolum mutuum compensari jam pridem intelleximus, *l. 57. § ult. de Contrab. empt. l. 3. § 3. De eo per quem fact.* Sed vix est, ut hoc usum habeat alibi, quam in transitoriis commissis: In his, quæ tractum temporis habent, posterioris effectus durat. Atque ita posterior mora nocet ei, per quem stetit, quo minus solveretur, aut solutio acceptaretur, *l. 17. de Peric. & Comm. rei vend.*

TIT. II.

De Fœnore Nautico.

I. Quid Fœnus Nauticum, & an usus ejus reprehendendus. II. Quantitas ejus. III. Analogiam ejus ad quasdam terrestres obligationes extendi.

NUsquam usuræ laxior facultas, quam in negotiationibus maritimis, propter lucri abundantiam, exercetur. Qua cum periculi magnitudo non sit minor, sæpe fit, ut pecunia navigantibus periculo Creditoris mutuo detur, quæ a trajiciendo mare, dicitur pecunia *trajectitia l. 1. & pass. h. t.* ejusque periculi respectu usuram capere licet centesimam, *l. 4. h. l. 1. & 2. C. h. t. & l. 26. § 1. C. de Usur.* quæ ob sortis, inquam, evidens periculum nihil habet iniquitatis, etsi Pontifex aliter in *c. navigantibus 19. X. de Usur.* nec non Plutarchus *Comparat. Demosth. & Ciceronis*; qui cum narrasset, Demosthenem se Regiis largitionibus corrumpi passum fuisse, πρὸς τὰς δωρεὰς ἀντιβλέψαι οὐκ ἂν ἐτόλμησεν. *Ad largitiones oculos vertere non fuisset ausus*, inquit; mox addit falsE, Οὐδὲ ἦν τοῦτο τὸ ἔργον ἀνθρώπου δανείζοντος ἐπὶ ναυτικοῖς. *Neque vero expectandum hoc erat*, inquit, *ab homine, qui usuras nauticas exerceret.* Puto Demosthenem in civitate, maritima negotiatione florente, non fuisse vitio vertendum, quod pecuniis suo periculo navigantibus credendis Mercaturæ adderet vigorem: ac ita, censent hodie prudentissimi quique Civitatium, in quibus mercatura viget, moderatores.

2. Quin etiam quia periculorum magnitudo & multitudo mirifice variat, prout magis minusve longinquum est iter, & sæpe mare infestum est oris barbaricis atque piratis, inde moribus hodiernis receptum est, ut pretium periculi pro ratione formidinis, hoc est usura, crescat & augeatur, etiam ultra centesimam, teste Grotio *lib. 3. Introd. c. 11.* Molinæo *de usur, n. 93. & seqq.* Græneweg. ad *l. 26. § 1. C. h. t. n. 2.* Notum est hoc genus usuræ vocabulo *Bodemerjie*, a voce *Bodem*, id est, *fundo navis.*

3. Quin etiam in terrestri negotiatione, quoties pecunia creditor hac conditione, si debitor eventu prospero negotietur, recipiat creditor pecuniam, secus eam perdat, usuram pro modo periculi augeri posse, docet *Lex 5. h. t.* De cujus intellectu & lectione, videatur Cujacius *9. obs. 18.* Wissenbach ad *h. t. th. ult.* Quam primum vero transierit *PERICULUM*, cessat etiam usuræ augmentum, *l. 4. h. t.* ut &, si per creditorem steterit, quo minus pecuniam, etiam intra certum tempus præstiturum accipiat, *l. 8. h. t.* Adeoque & sine stipulatione trajectitium fœnus incipit deberi, *l. 5. § 1.* & sola oblatio cursum trajectitii fœnoris sistit, *d. l. 8. h. t.*

TIT. III.

De Probationibus.

I. Continuatio & partitio. II. Quid probatio sit: eam non posse nisi plenam esse. III. Fieri bifariam, artificialiter, & inartif. Illam posse fieri per argumenta probabilia cumulata. etiam in criminibus: ubi de exemplo apud Sandium 5. 9. 14. IV. Alia duo exempla. V. Fama, Confessio, Juri jurandum, an species probationis sint. VI. Quis probare debeat. VII. Quo tempore facienda probatio. VIII. De interlocutione probandi causa. IX. De articulis probatoriis. X. De reprobationibus, earumque termino. XI. An probationes unius judicii locum habeant in alio.

Quan-

Quanquam Titulus de Probationibus ad caput de Judiciis commode referri poterat, nec forte non debuisset, heic tamen suum locum facile tuetur; quatenus nusquam crebrius de Probationibus, quam in materia contractuum, qui sunt de factis sæpe dubiis, & de quibus in superioribus libris actum est, disceptatur. Rubrica duas habet partes de probationibus & de Præsumptionibus. Doctrina de Probationibus, constat definitione, & ejus exegesi, qua divisiones in transitu complecti licebit, hoc modo:

2. Probatio nihil est aliud, quam *Legitima fides, Judici facta de veritate rei dubiæ, secundum actoris, aut aliquando secundum rei intentionem.* FIDES hic est persuasio, Græce πίστις, quod est a πείθω *persuadeo.* Nam probatio sic instituenda est, ut judici facultas sit, ex animi sui sententia, quid sine dubitatione credere debeat, existimandi, *l. 3. § 2. de Test.* ubi quidem verba *sine dubitatione* non habentur, sed ex sui animi sententia, quæ est προκίρεσις, aliquid statuere, id equidem cum dubitatione consistere non potest. Fides vacillans & titubans non persuadet: Sed oportet plene convictus sit judex, qui *ex animi sententia,* quid sit credendum, decernat. Unde patet, *semiplenam* probationem esse contradictoriam, atque ad alteram tituli partem *de præsumptionibus esse referendam.* Inde & sequitur, divisionem probationis in plenam & semiplenam, non esse juridicam. Qui aliter sentiunt, usum semiplenæ probationis præcipuum, in uno teste, demonstrant; quasi cum duo testes faciant *plenam* probationem, unus testis *semiplenam* facere debeat, quod arithmetice procedit, juridice non potest, si verum est, quod ait *Lex 9. § 1. C. de Testib.* unum testem, præclaræ licet Curiæ honore præfulgentem, nullo modo esse audiendum: Unum testem esse nullum, εἷς μηδείς. Olim unius testis non omnino nullam rationem habitam fuisse oportet, ex eo quod in *d. l. 9. § 1.* habetur; Sanximus, *ut unius testimonium nemo* Judicum in quacunque causa *facile* admittat; mox, *Et nunc sancimus, ut omnino non audiatur.* Unde liquet, immerito a Wissenbachio nostro ex particula *facile* collectum esse ad *tit. de Test. n. 32.* aliquando in causis civilibus unius testimonio stari posse. Hoc enim non est minus quam dicere; Testem unum semiplene probare, quod tamen ipse negat *ad h. t. th. 3.* Ex verbo *facile,* quod ad jus antiquatum pertinet, nihil est quod ad usum præsentem colligamus. Jam hac de re locuti sumus ad *tit. de Jurejur. n. 13.* idemque locus *paulo inferius* iterum occurret. Verum tamen est, doctoralem hanc esse divisionem in plenam & semiplenam, & in tritura Fori celebrem; nec desunt, qui ex ipsa juris arte petitam prædicant, quod procul a vero.

SCHOLIUM.

Ita videlicet Autor sint edoctus a Wissenbachio, ad h. t. th. 3. *qui propterea Johannem Monachum, Professorem quondam Lipsiensem notavit. Nos causam non vidimus, cur ab ista divisione recedamus. vid. ad* Strauch. XXV. 9. p. 363. Lex 9. § 1. C. de Testib. *uti varias limitationes admittit, quas vide apud Brunnem.* ibid. *ita nihil aliud dicit, quam quod unicus testis* non facile *debeat admitti, & sic a Judice plane non audiri, scilicet ut probationem plenam faciat, & ut ei credatur.*

RESPONSIO.

Qui crebras dissensiones *meas a Wissenbachio alibi notat, hinc facile discat, non* auctoritati, *sed rationi hac parte nos obsecutos. Responsio Romasii ad* l. 9. § 1. *jam a nobis occupata; & ultima, quæ aliorum quoque est, petit principium.*

N. ADDIT.

Neque eum in finem scholium a me erat adductum, ut Autori imputarem, ac si autoritatem Wissenbachii magis sequeretur, quam eius rationes, sed ut lectorem remitterem ad Autorem, qui plenius hanc quæstionem tractasset, quam tum expedita erat in positionibus. Si prælectiones ad Pandectas tum fuissent editæ, remisissem ad eas. Interim ut similiter declarem, quomodo semper paratus sim cedere rationibus melioribus, jam profiteor, me facere cum Wissenbachio & Autore, postquam scilicet sufficienter dictici, probationem minus plenam, i.e. semiplenam, & nedum semiplenam, esse purum putum inventum juris Pontificii.

Textus, quos alii proferunt & quos heic subjecimus, nihil ad rem pertinent; Ex *l. 3. § 2. de Test.* contrarium probavimus. Fideicommissi probatio in *§ ult. I. de Sing. reb. per fid. & l. ult. C. de Fideic.* pauciores quinque testibus quidem admittit, & ubi deficit probatio, juramentum purgationis; hoc autem quid ad semiplenam probationem? Idem *ad l. 3. C. de Reb. Cred.* tenendum, de qua dictum similiter ad *d. tit. de Jurejur. n. 12. Lex 5. § 6. de Re Milit.* de præsumptionibus opposite ad probationem agit. *Lex 37. § 5. de Legat. 3.* docet, scripturam codicilli

dicilli sine ulla probatione heredem obligare. Denique Tacitus in partes vocatur, 15. *Annal. 51. in fin.* ubi: Neronem *suspicatum esse, quæ vera non probabantur.* Hæc referre, idem est ac refellere.

3. Cæterum, quo minus rationes & argumenta æque fidei faciendæ valeant ac testes & instrumenta, non est dubitandum. Quo pertinet vetus Scholastica probationis divisio, in artificialem & inartificialem. Ut illa sit, quæ per ratiocinationes, hæc quæ per instrumenta vel testes fiat; quæ sola probationum voce communiter intelliguntur: quando quæ probandi causa fieri solet interlocutio, ad inartificialem solummodo pertinet. Ratiocinatio fit vel ex argumentis necessariis, vel probabilibus, quæ sunt præsumptiones. Necessaria sunt infinita, veluti, Qui fuit in Flandria, non adfuit eodem tempore Londini conjuratorum cœtui; non commisit ibi cædem. Cujus mater non fuit nupta Patri ejusdem, is est Nothus: Cujus pater est incertus, is spurius, & similia, *l. 19. C. de R. V. l. 2. C. de in lit. jur. l. 21. & ult. C. de Probat. l. 2. C. de Test. l. 34. C. ad L. Jul. de Adult. &c.* Probabiles rationes quid valeant, inferius dicetur; Sed huc pertinet observatio considerabilis, quod concursus probabilium adeo frequens & validus esse possit, ut judici fas sit, ex animi sui sententia statuere, sibi esse probatum, & *plenam* fidem esse factam, etsi plenior dari posset, idque etiam in causis criminalibus & capitalibus, per *l. ult. C. de Probat. l. 1. § 4. de Quæst. l. 1. § 3. ad Leg. Corn. de Sicar. l. 22. C. ad Leg. Corn. de Falsi.* Auctores in utramque partem laudat D. Wissenbach ad *tit. ff. de Pœn. th. 22.* & Sandius, qui ad objectiones quoque respondent, *lib. 5. Decis. tit. 9. def. 14.* ubi exemplum, de cujus re judicata centuram, sine suffragio Thomasius noster instituit ad *Position. 17. h. t.*

SCHOLIUM.

Sed mallem Sandius conjecturas istas determinasset: Nam quod attinet exemplum ibidem subjunctum, in eo forte plura desiderare quis posset, secundum ordinem processus criminalis apud nos recepti, quæ latius exequi hujus loci non est. Præprimis in enarratione casus ibi facta, nihil proponitur de depositione uxoris Bieckii, quæ tamen tempore homicidii commissi præsens fuerat. Nihil memoratur de qualitate & loco vulneris, item utrum cadaver dissectum fuerit; an minus &c. Nec obstat, quod eventus docuerit, Bieckium commisisse homicidium. Id enim factum fuit per accidens; & notum est, etiam ex falsis præmissis quandoque inferri posse conclusionem veram.

RESPONSIO.

Determinatio conjecturarum, quæ pro varietate factorum infinitæ sunt, frustra exigitur. Depositio uxoris homicidæ æque male desideratur, cum neque pro reo, nec contra eum admitti potuerit. De qualitate loco que vulneris & anatomia, quod requirit Scholiastes; non est de nihilo. Sed minus a Sandio scriptum, quam inquisitum fuisse, non est dubium; quando quod a Senatu diligentissime prudentissimeque semper administratur, id tum observatum fuisse, pro certo habendum est, ut vulnus absolute lethale fuisse, nullo modo sit ambigendum: verum a Sandio omissum puta, quia non pertinebat ad quæsitum illius loci; Id erat, utrum Bieckius esset cædis reus, non, an cædes facta esset.

N. ADDIT.

Et hic jam facile condescendo, quamvis in scholio non desideraveram determinationem conjecturarum infinitarum, sed determinationem saltem quarundam præcipuarum ex infinitis, neque adhuc videam, cur depositio uxoris homicidæ non fuerit admittenda. Ubi enim veritas aliter haberi non potest, ut in illo casu, etiam testes alias inhabiles admittuntur. Et quidni uxor admitteretur in criminalibus pro defensione mariti? De anatomia vero quæ monueram, forte in hoc casu erant de nihilo. Postquam enim interfectus ex vulnere statim moriebatur, nullum erat dubium, id vulnus fuisse lethale. Cum vero illud monerem, eram adhuc in erronea opinione quorundam judiciorum, quasi anatomia esset de essentia judicii criminalis, ita ut ea omissa non possit perveniri ad pœnam ordinariam, quem errorem jam satis distincte cognosco.

4. Cujusmodi circumstantiæ, & quales præsumptiones accumulatæ esse debeant, non est, ut diximus, expressum, neque potest designari, sed locum heic habet enixe, quod Hadrianus ait in *l. 3. § 2. de Test. lib. Quæ argumenta, ad quem modum probandæ cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest; hoc solum præscribi potest, non ad unam probationis speciem alligari debere, sed ex sententia animi judicem æstimare oportet, quid aut credat, aut parum probatum opinetur.* Species autem & unius observationis ita potest describi; Quando circumstantiæ factum immediate præcedentes & consequentes, ita reum premunt, ut tametsi corpus ipsum facti non ex-

tet probatum, sic tamen undique concluſum & coarctatum eſt, ut ab alio quam a reo perpetrarum eſſe nequeat; certitudine tamen morali, non phyſica, quæ ſcilicet ejusmodi ſit, ut contrarium plane ſit impoſſibile. Sic naturaliter impoſſibile non erat, in exemplo apud Sandium, Renicum a ſe vel ab uxore Bieckii fuiſſe vulneratum; ſed facti complexio ab illo poſſibili penitus abhorrebat. Loco generalis circumſtantiarum expoſitionis, quæ non habet facultatem, duobus exemplis rem notabilem illuſtrabimus, altero ex Nauta, noſtræ memoriæ altero. Quidam *Suffridus Wiggeri* dimicaverat cum alio, cui nomen *Jacob Jans*; illo penes ſe non habente cultrum; *Jacobus* aliquoties *Suffridum* ſuo cultro impetierat: donec a circumſtantibus ei culter extortus eſt, cum nemo *Suffridum* vidiſſet aut ſciret eſſe percuſſum. Is exinde in eodem loco per integram fere horam ſederat in ſcamno quodam, nulla de vulnere querela. Deinde egreſſus mox rediit, pileum tenens refertum ſuis inteſtinis, nec multo poſt extinctus eſt, nulla cum alio pugna rixave habita. Moribundus ajebat, a Jacobo ſe vulneratum, & hic, objectantibus quibusdam vulnus *Suffrido* inflictum, reſponderat aliis quidem, non eſſe tam grave vulnus; alias tacuerat. Poſt mortem Suffridi, Jacobus accuſatus negabat factum; probabat etiam, Suffridum aliquot ſeptimanis ante, cum apud ſecretum vincula femoralium ſolvere non poſſet, cultro illa diffindere conatum eſſe, tam imprudenter, ut parum abeſſet, quin cultrum ventri impegiſſet. Hoc non erat impoſſibile, quo minus & tunc evenire potuiſſet; Curia tamen factum peremptorium non exacte probatum adeo circumſtantiis undique preſſum judicavit, ut non dubitaverit, Jacobum, etſi necdum annos XX. natum, omiſſa Quæſtione, capitali addicere ſupplicio, *d. 8. Jul. 1643.* Nauta *Deciſ. MS. 127.* Quanquam autem in capitalibus & non capitalibus ratio juris eſt eadem, quia tamen heic in Judice firmum & ſerenum animi decretum, etiam exactior in capitalibus probatio, *l. 16. C. de Pœn.* requiritur, poteſt fieri, ut hæc res facilius in non capitalibus inducatur. Exemplum meæ memoriæ placet addere non capitale hujusmodi. Quidam vagabundus, Inſulis Flandrorum ortus, (*Carolo Caſtello* erat nomen) comarum effictor, ut ferebat, variorum criminum reus, Harlingæ aliquamdiu commoratus, ſub mediam noctem hoſpitio egreſſus erat; qua nocte effractis in quadam domo feneſtris, ingens copia argenti facti ablata erat furto. Ille cum ciſta & involucro turgido ingreſſus erat navem matutinam, integra hora ante ordinarium tempus ſolvendi in ea latens, præter conſuetudinem ſuam, qua, ſi ante tempus accederet, id in diverſorio terere ſolebat. Nunc ſedebat ore obvoluto tacitus, æque præter morem, apud ciſtam & involucrum ſuum: inter navigandum, anxius & ſæpe rogitans, quam mox Leovardiæ eſſent, ut Nautis etiam gravis eſſet: ſi quis involucrum attingeret, ægre ferebat, & ſollicite vetabat. Leovardia profectus Workumium, ibi deprehenſus eſt, cum omni argento illa nocte ſurrepto; quod erat in ciſta, cum prius ſcilicet in involucro fuiſſet. Rogatus, unde nactus eſſet argentum, reſpondebat, a quodam Gallo, qui aliquot diebus Leovardiæ apud Cigoniam diverterat, ſibi eſſe datum. Gallus eo tempore in illo diverſorio nullus fuerat. Quid de rebus involucro antea contentis factum eſſet, quid nocte Harlingæ feciſſet extra hoſpitium ſuum, nihil probabile expediebat; uxor ejus ægra in carcere dixerat, maritum ſuum eſſe furem, & quod pejus. Etſi nonnulli tormentis hominem ſubjiciendum putarent, eo quod factum effractionis & furti ipſum non erat demonſtratum, Curia tamen commiſſum facinus ab illo non dubitavit; de aliis vero crimininibus, quorum haud plene convictus erat, cenſuit eum per tormenta examinandum. Quæ cum facile pertuliſſet, ob furtum illud ſevere, non capitaliter tamen, eſt condemnatus, *d. 15. Novemb. 1680.* Hæc ad locum probationis rectius, quam cum aliis *ad titulum de Pœnis* referri poſſe videbantur.

5. Hactenus FIDES; ſequitur in definitione *facta Judici.* Sic enim res habet; Qui intentionem ſuam in aliquo facto fundat, *hoc judici adprobare debet, l. 12. in fin. de Probat. l. 2. C. de Edend.* Nec poteſt aliter, cum hic ſecundum acta & probata ſententiam ferre debeat, *l. 6. § 1. de Off. Præſ.* prout religio ſuggerit, *l. 79. § 1. de Judic.* qui textus optime conveniunt. Verum ſi quando accidat, ut ſecus ex actis & probatis liqueat, quam Judici conſtet, quomodo tum religio conſcientiæ cum actis atque probatis concilietur, ad *tit. Inſt. de Off. Jud.* tractatum eſt *n. 3. Part. I. pag. 465.* Quomodo autem in iis examinandis Judex verſari debeat, aliter quam ex *d. l. 3. § 2. de Teſtibus* indicatum eſt, præſcribi vix poteſt: niſi addere velis, in dubio faciendam concluſionem pro favorabilibus perſonis, aut ad liberan-

liberandum potius quam ad condemnandum, adeoque pro reis, *l. 125. de R. J.* Si quæ dissidentes sint probationes in speciem, non revera, has conciliare debere eodem prudentiæ & æquitatis temperamento, quam est in *d. l. 3. § 2. cap. cum tu. 16. c. in nostra. 32. de Testib.*

6. Denique ex eo, quod Probatio est Fides *Judici facta*, colligenda videtur ratio, quamobrem Confessio & Jusjurandum non sint species probationis, ut recte D. Wissenbach., qui non recte Famam & Præsumptionem cum illis conjungit *th. 4. ad h. tit.* Nam hæ duæ nec usu terminorum, nec effectis, cum probatione conveniunt; Præsumptio in *hac ipsa Rubrica* probationi opponitur; Fama *tam ficti prævique tenax* Maroni, *quam nuncia veri*, nulli viro prudenti loco probationis habetur: Nam quod de *communi fama* habetur in *d. l. 3. § 3.* id de facto notorio recte intelligetur. Quintilianum citat ut dissentientem D. Wissenbach. *d. th. 4. in fine*, quasi famam ille probationis speciem faceret *lib. 5. Inst. orat. c. 3.* Atqui is *ibi famam docet* bifariam considerari, vel *pro consensu civitatis & velut publico testimonio, vel pro sermone sine certo auctore dispersò, cui fere malignitas initium dat, incrementum credulitas.* Nec aliter *Menochius & Freherus*, quos æque sibi opponit, ut dissentientes ab eo, quod ponit, famam non esse probationis speciem, sentiunt, aut sentire possunt. Tu dices, an igitur Fama communis, illud publicum testimonium rei notoriæ, non est species probationis? Non est proprie, quia probatio est fides facta Judici per litigantes; Atqui de talibus nihilo magis Partes quam ipse Judex laborant: Quod jam constat, non opus est, ut probatione quæratur & judici persuadeatur. Eadem ratione dicimus, confessionem & Jusjurandum non esse probationis species: etsi vim probationis habeant; ut de confessione titulus *de Confessis* docet, & de Jurejurando *ad tit. de Jurejur.* vidimus: *Perinde, quod juratum, haberi, atque si probatum esset*, ait Lex *11. § ult. de Jurejur.* Quid vetat, dices, hanc esse probationis speciem? Præter id quod diximus, hoc obstat; Probatio est fides *judici* facta, requirit argumenta *ad hominem*, ut loquimur: Cujusmodi non est confessio & Jusjurandum, quoniam penitus a secreto animi confitentium & jurantium pendent. Rationes, quæ conscientiam unius tenent certitudine secreta, non sunt *ad hominem*, non valent aliis persuadendis. Sequitur in definitione;

7. *De Veritate facti dubii.* Facta materiam probationis, non Jura, constituere, per se notum est, Jura enim finita & certa sunt, *l. 2. de Jur. & fact. ignor.* eaque judici cognita esse oportet; cum aliter officium suum exercere nequeat, *pr. Inst. de Off. Jud.* Jus igitur allegatur, non probatur, etsi populariter etiam probandi verbum ad disputationes Juris & commutationes argumentorum referatur. Quanquam & circa leges, an earum usus alicui prohibitus, an illis renunciaverit, facti quæstiones, ac ita probationes, locum habere posse, non est dubitandum, *l. 5. in pr. h.* Facta quoque sint oportet *dubia*, non manifesta sive *notoria*, quæ publico testimonio omnibus constant, ut *modo* Quintilianus, & in *Cap. super eo. 3. in pr. de Testib. cog.* Differunt autem a Notoriis Confessio & Res judicata; licet alii notorium in his duabus speciebus juxta evidentiam rei constituant, quibusdam addentibus instrumentum publicum, Gail. *1. obs. 16. n. 7.* & famam, Sichard. *in l. 24. C. de Pignor. & hyp. n. 15.* de fama an recte, ex supradictis sciri potest. De confessione, de sententia, & instrumentis non videtur, cum de illis varie dubitari posse manifestum sit, quod de Transactione perinde res loquitur. In rebus magni momenti & capitalibus, si quis ob factum notorium sit puniendus, sæpe tamen probationes ipsis illis notoriis adhibentur, ut omnis absit injustitiæ species: ubi liceat applicare, quod Angli in processu adversus Carolum I. Regem suum, etsi illum in armis fuisse contra Senatum regni sui, notorium esset, tamen agmen testium ingens produxerint ad hoc probandum, ut videre est apud Leonem Aitsema ad *annum 1649.* utcunque tanquam ex contumacia procederent. Verum illa quæstio, non facti, sed Juris erat, an ista Curia potestatem haberet contra suum Regem Judicialiter procedendi: quod cum Rex summo Jure negaret, probationes facti in irritum cedere oportebat.

8. *Secundum Actoris, aut aliquando rei intentionem.* Hæc enim est qualitas probationis necessaria, ut sit conformis intentioni & conclusioni libelli a parte actoris, aut defensioni rei affirmativæ. Nam Persona quæ probat, est is, qui affirmat, non qui negat, *l. 2. & l. 21. h. l. 23. C. h. t.* sive actor sit sive Reus, *l. 19. in pr. h.* *Neganti* per rerum naturam probatio imponi non potest, utique si negatio sit in thesi, *d. l. 23.* secus si locorum, personarum, temporumve circumstantiis definita sit quæstio; Tunc enim qui negat, do-

cere potest, se tum temporis alibi fuisse, § *11. Inst. de Inut. stipul. Part. I. pag. 306.* Et quoniam actor plerumque petit & affirmat, hinc regulariter dicimus, actori incumbere probationem, *l. 23. D. & C. h. t.* non reo, *l. 8. eod. l. 7. C. de Test.* Attamen Reus in exceptionibus, quas profert, actoris instar est, *l. 1. de Except.* Quis autem sit affirmans, vel negans, non tam ex verborum figura, quam eorum sententia, reique natura colligitur, ut exemplis patet ex *l. 5. § 1. l. 8. & l. 15. h.* Mornac. *ad l. 18. C. h. t.* Si quis neget, emancipationem, testamentum, contractum, recte celebratum esse, tenetur ad probandum; quia vitium demonstrare debet, *l. 4. h.* Si filius se neget esse in potestate Patris, hic revera adfirmat, se esse emancipatum, quod probare potest, ac debet, *l. 8.* Qui negat aliquem esse fratris sui filium, qui pro tali habetur, id probare debet, *l. 15.* juncta *l. 14.* cujusmodi speciem in Suprema Curia probatam vidimus, anno 1682. memorabilem, de qua locus erit *ad tit. de Agnosc. lib.*

9. Plane igitur, quicunque se fundat in qualitate aliqua, intentionis suæ fundamentum probare debet, nisi sit in possessione juris; in quo se fundat, *l. 14. & 15. h. t.* Possessor enim non tenetur ad probandum, sed tuetur se commodo possessionis, quod, an *uno*, & quo *casu* aliter se habeat, quæsitum est ad *tit. Inst. de Action. Part. I. pag. 394. b.* Denique, si contra eum militet præsumptio, statim fit, ut ei probatio injungatur, *l. 2. 8. 9. & 25. h.* ut inferius inducetur. Qui etiam ex officio vel administratione convenitur, eum teneri ad probandum, quod bene; non adversarium, quod male gesserit, tradit A. Matth. *disp. 8. th. 58.* quod nec legibus, nec ratione se probat; cum qui peccatum arguit, id probare debeat, nec qui peccatum negat, per rerum naturam ad probandum adstringi possit, *l. 23. C. h. t.* Ex eo autem, quod Tutor & Magistratus probare debent, curatores & fidejussores solvendo fuisse, nullo modo regulam generalem formatam oportuit, ex *l. 3. C. de Probat. l. 1. C. de divid. Tut. l. 1. § 13. de Magistrat. conven.* ut visum D. Matthæo *ibidem.* Vide Wissenbachium *th. 11. h.*

10. Cæterum, ut ordine probatio fiat, interlocutione Judicis eam injungentis opus est, * quando vel cognita causa, videt partes in facto discrepare, neque meri Juris esse quæstionem, vel etiam a partibus ipsis rogatur, ut interlocutione sua viam probationibus aperiat. Quod tamen utrique parti, etiam petenti, si judex necesse non arbitretur, recusare potest, ut exemplo rei judicatæ probavimus in *Parte II. pag. 715. n. 25.* Regulariter tamen, etsi judici nondum liqueat, petentibus apud Acta conceditur, imo & Actori soli, quia non creditur, interlocutionem quæ ipsum remoratur, causa ita non postulante, fuisse petiturus: Si tamen deinde pateat, eum Judici imposuisse, mulctabitur, ut de usu Fori Frisici testatur Bouricius de *officio Advoc. cap. 18.* quod tamen usu carere temporis hodierni, probavimus *in Part. 2. Jurispr. hod. c. 23. n. 3.* Causam integram probationi delegandam, neque partim definitive, partim interlocutione secundam esse, res ipsa loquitur, & tamen id aliter evenire posse, ubi diversæ sunt instantiæ, quin imo in eadem instantia diversis personis, historia rei judicatæ probavimus in *Parte II. d. pag. 715. n. 25.* Præter quod exemplum, simile memini & reperi judicatum, *inter Mariam du Gardiin & M. W. 19. Mart. 1680.* Quando interlocutio fit simpliciter, tum probatio intra tempus Dilationum cujusque fori Legibus præscriptum, fieri solet, ideoque tunc apud nos judex his verbis utitur, *in factis, in forma.*

De tempore faciendæ probationis, nihil libris

* Idem nostro imprimis Jure requiritur; ubi Terminus Probatorius regulariter currit, ‡ ex quo sententia, qua actori injuncta est probatio, in rem judicatam transiit. *O. P. S. tit. 20. pr.*

‡ Cum olim Ordinatione Processuali cautum fuerit, quando in sententia exceptionum dilatoriarum ratio simul habita fuit, ut terminus probatorius initium capiat a conditione purificata, hoc est, postquam exceptionibus satisfactum, & JCti hanc constitutionem ad omnes alios casus, quotiens reo vel etiam actori alicujus rei præstatio fuit injuncta, extenderint, nunc hoc immutatum est, ut, si legitimatio ad causam, vel in negatoria dominii probatio injuncta, vetera jura observentur, in reliquis termini probatorii initium simpliciter a momento, quo sententia rei judicatæ vires nacta est, computetur, illi, qui in præstationibus injunctis negligens est, peculiari mulcta *Tit. 11. § 2.* constituta. *O. P. S. L. I. & E. Tit. 20. § 1.* Contra sententiam probationem injungentem, nec leuteratio, nec facile appellatio a Judice ad quem admittenda, rejecta potius appellatione pruritus ille quinque & amplius uncialium pœna castigandus. *d. Tit. § 2.*

Justiniani

Justiniani proditum esse, * tradit D. Matthæus *d. Disp. 9. th. 49.* nullum scilicet statum & ordinarium tempus. Sed hoc reperimus; si alter satis pro intentione sua probaverit, is potest renunciare, & alterum urgere, ut etiam renunciet. Hic vero tres *dilationes* menstruas petere potest, quibus finitis sententia fertur, *Auth. jubemus. C. de judic.* Quæ tres menstruæ dilationes, nisi fallor, sunt eædem cum tribus mensibus dilationum, qui referuntur in *l. 1. C. de Dilation.* ex qua discimus, si probationes petendæ sint e diversis provinciis, sex menses peti posse, & si trans mare sint conquirendæ, ad novem menses posse concedi. Moribus, hæc res varie habetur. Apud nos ordinaria dilatio est trium septimanarum: post quam nova dilatio sumitur a partibus, paris spatii temporis; qua finita, alter, qui magis properat, adversarium urget ad renunciandum, cunctantem accusat, petitque judicis dispositionem ad causæ conclusionem; Qui non aliter eam concedit, quam præscripta reo tertia dilatione, trium aut quatuor septimanarum: eaque elapsa, causa habetur pro conclusa. Ita apud Curiam. In dicasteriis inferioribus, competunt tres dilationes binarum septimanarum, quibus elapsis, renunciatum intelligitur, nisi Judex ampliores dilationes, causa cognita, concedat, *3. Stat. Frisc. 2. art. 46.* Sed in Foro supremo, quia compertum fuit, Advocatos mutua indulgentia terminos dilationum Legibus datos ingenti partium præjudicio, immodice protelare, Curia nostra tempus certum in plerisque causis utrique præfigere solet, sex septimanarum, vel ut plerumque, duorum mensium *pro omni dilatione.* Cujusmodi spatium ipsi quoque litigantes apud Acta sæpe constituunt, & juxta conventionem suam a Judice præscribi petunt. Sufficit autem, ante lapsum ejus temporis officium Judicis ad probationes insinuandas esse requisitum, quia sequens mora litigantibus imputari non potest. Petitam oportet, inquam, commissionem alicujus e judicibus, apud quem probationes fiant, atque citationem adversarii testiumque, eis tempus peremptorium a Curia præscriptum.

11. Ad complexionem probationis justam efficiendam, moris & Juris est, ut partes hinc inde concipiant articulos, ** sive positiones, quibus

* Jure Saxon. Electorali, in causis ordinariis terminus probatorius & reprobatorius ‡ continet spatium sex septimanarum & 3. dierum, ac currit naturaliter & continuo. *d. pr. O. P. S. Tit. 20.* Exceptio tamen spolii intra 15. dies etiam apud nos, probari debet. *O. P. S. Tit. 11.* § Desgleichen. Carpz. *P. 1. C. 6. def. 1. 2.* Menck. *Disp. Proc. VII. ad Tit. XI. O. P. S.* § 11. ac probationi juris coquendi & vendendi cerevisiam, spatium duorum mensium largitur die Landes-Ord. *d. An. 1555. tit.* Brauen, schencken. § weil sich aber. In Processu autem diffamatorio, diffamanti Ordinarium Terminum sufficere, ex Mand. Appellat. *d. An. 1670* § anlangende. *verb.* auch wenn *perpetuum Silentium imponiret* wird. monet Dn. Berger. *Elect. Proc. Prov. th. 32.* licet Carpz. *Proc. tit. 20. art. 3. n. 42.* & Svendend. *ad Fibig. Proc p. 605.* ei duplicatum Terminum Saxon. indulgeant, *vid.* Mencken. *Disp Proc. Prooem. II. th. 28.* In processu summario demonstratio, die Bescheinigung, ad fatale termini Saxonici non adstringitur, secund. Carpz. *Proc. tit. 13. art. 1. n. 197. sq. & P. 1. C. El. 16. def. 16.* unde salutare est, certum temporis spatium, intra quod ea fieri debeat, sententia exprimi. De prorogationibus, ac dilationibus probatoriis, actum fuit supra *P. II. p. 614.*

‡ Qui jure novissimo, non a citatione ad publicationem probationum, aut super hac disputationem instituendam, ut olim, sed ab insinuatione articulorum probatoriorum currere incipit, quæ insinuatio quando facta sit, accurate & sub 5. thalerorum mulcta ad acta consignandum est. *O. P. S E. I. & E. Tit. 21. § 1.*

** In Saxonia Electorali, currente adhuc termino probatorio, Articuli una cum nominibus testium, eorumque directorio, copiæ quoque instrumentorum, una cum eorum ad articulos inductione, exhiberi debent. *O. P. S. Tit. 20* § und dieweil Carpz. *P. 1. C. El. 16. def. 1. sq.* solicitatio etiam, pro impetrando termino productionis testium, sub pœna desertionis, non omittenda est ‡‡ *d. Tit. pr.*

‡‡ Judicis nunc officio continetur, ut statim aut saltim intra trium hebdomadum spatium, sub 5. uncialium pœna, terminum ad testium productionem, & pro re nata ad documentorum recognitionem, aut ad articulos, super quibus juramentum delatum est, responsionem præstituat, citationes fieri curet, & quod ad productum attinet, concesso integro spatio Saxonico, ad recognitionem sub pœna recogniti, ad responsionem sub pœna confessi & convicti. Quod si productus contumaciter absit, aut adsit, citationi autem non pareat, quod ad articulos attinet, ad quos respondere debebat, licet producens, qui adsit necesse est, eos una cum juramenti delatione non repetat, modo sint pertinentes & relevantes, pro confesso & convicto, documenta pro recognitis habenda, & ad testium examina sine mora pergendum. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 20. § 7.*

totam facti historiam omnesque circumstantias, quibus merita Juris applicentur, breviter & perspicue comprehendant; in quibus attente judicioque defœcato utendum: ne quid utile negligatur, neque superflua cumulentur, sed ad negotii cardinem cuncta vertantur; omnia vero facti sint, non Juris, nec modo rem ipsam, sed etiam circumstantias rem ipsam coarguentes contineant: Unde a libello, per quem fit contestatio, licet articulato, distinctas esse positiones probatorias, omnino expedit, aliter ac Gailius, si recte eum intelligo, * apud Cameram servari testatur, *l. Obs. 79. a pr.* Id autem nihil opus est, ut aliæ sint positiones, ad quas adversarius, aliæ, secundum quas testes examinentur, etsi hanc differentiam inter positiones & articulos a pragmaticis tradi, referat *idem*, ut positiones sint interrogationes adversarii; Articuli pro testibus concipiantur. In nostro Foro discrimen hoc verborum, alio sensu diu servatum est, ut tamen positiones atque articuli in eadem scriptura continerentur, σχέσις tantum & relatio variaret; quemadmodum colligi potest ex inscriptione, quæ talis erat: *Positiones, sive, in casu negationis, articuli.* Item in contextu, *Actor ponit; & in casu negationis articulatur.* Ergo positiones, si reus confiteatur, eædem cum *articulis* sunt; ubi vero negatæ fuerint, pro *articulis* habentur. At quemadmodum arbitrarium fuit hoc discrimen, ita non est mirum, hodie minus observari. Sed de positionibus respectu adversarii, satis actum est ad *Tit. de Interrogat. in jur faciend.* & quatenus iidem articuli a reo negati proponuntur, expectat nos Rubrica *de Testibus.*

12. Finitis dilationibus publicatisque testimoniis, nulla amplius admittitur probatio, nisi alter juraverit, se testimonia nondum explorasse, quo casu adhuc ad producendos testes admitti potest, *Auth. Atqui. C. h. t.* scilicet intra terminum dilationis Legalis, aut a judice præscriptæ. Nam post eum non datur facultas novæ probationis, nisi per remedium restitutionis in integrum, causa cognita, *Auth. Jubemus. C. de Judic. & l. 1. C. de Dilation.* Verum enim vero tunc ad Reprobationes faciendas nova currit dilatio; post publicatas, inquàm, probationes, ad refellenda, quæ adversarius protulit, tam si quid personis testium objicere possit, quo fides iis derogetur, quam si dicta illorum refellere queat, Gail. *l. observ. 105. n. 8.* In Jure quidem nostro novam hac gratia dilationem post publicatas probationes dari, non legimus, ratio tamen juris omnino dictat, *integram cuilibet servandam allegationem, quod testes fuerint corrupti, nec adimendam esse licentiam ex ipsis depositionibus, testimonium eorum arguere, l. 17. C. de Testib.* Sunt ibi duo Reprobationis argumenta, *vitium* personæ productæ, & *redargutio* ab illis dictorum, quibus tota res, sicut in Foro exercetur, plane comprehenditur. Quod si pendente lite, fatagendum sit, novam dilationem esse necessariam, res indicat, eaque in omnibus, ut puto, Foris indulgetur. Sed apud nos receptum est, ut producenti, objectas sibi reprobationes iterum refellere liceat, eaque gratia si novas probationes actor producere velit, novæ positiones sive articuli concipiuntur, & nova dilatio currit, post quam ulterius hac parte non proceditur, ut usus vult, & Sandius tradit *lib. 1. tit. 10. def. 5.* Quod si

* Obscurior omnino est Gailius *alleg. loco*, quam ut a JCto extero facile intelligi possit; sed illustrior quoque est illa Curia in nostro Imperio summa, quam ut temere ejus stylus inconcinnitatis argui debeat. Positiones olim passim fuerunt in usu, conceptæ ab actore sive ponente, ut per confessionem partis adversæ, vel, ut loqui amabant, ponati, ponens ab onere probandi levaretur. Ab his distant Articuli, sive ut notter ait, positiones probatoriæ, eo spectantes, ut negata testibus vel instrumentis probentur. Hæc nomina in camera olim promiscue usurpata sunt, maxime postquam ex Constitutione Spirensi de A. 70. libellus articulatus exhibendus fuit, & super illo lite contestata, libelli illius articuli loco positionalium & articulorum repetendi fuerunt, ut præstito juramento dandorum ab Actore, ad ea a reo mediante ejus juramento respondendorum responderetur. Ubi a reo illæ positiones aut articuli negabantur, probatio ab actore suscipienda fuit, qui novos articulos seu positiones probatorias concipiebat, vel illis ipsis libelli articulis utebatur probationis super iis, aut per testes aut per instrumenta peragendæ causa. Hodie postquam reus narrata libelli summarii, (articulato penitus in *Rec. Imp. de A. 1654.* abrogato,) vel actor exceptiones rei negavit, negata actor ex libello, reus ex exceptionibus in articulos probatoriales, qui soli in Camera hodie in usu, redigit, testes examinari petit, aut instrumenta producit, conf. Blumius *Proc. Cam. Tit. 73.* & Ill. Mencken. *ad O. P. S. Tit. 21. § 17. seqq.* de Positionibus autem illis ab actore sub Juramento dandorum, reo sub juramento respondendorum, oblatis ad affirmandum negandumve, videsis Stryck. *Introd. ad Prax. c. 17. § 12. & in Supplem. ad h. l.* Saxones & Positiones illas, infinitarum disputationum materiam & libellum articulatum ignorarunt semper, luculentiori remedio speciali litis contestatione usi.

testibus

testibus opus non sit, ratiocinationibus in eundem finem uti licet, quæ *Salvationes* vocantur, eo quod producens vim probationum suarum illis, contra objectiones adversarii *salvare* satagat: Ad has nihil opus dilatione peculiari. Sed nec omnino propter contrarias prohibitiones, dilatio vel nova productio conceditur in omnibus foris, non utique in Saxonicis, ut Thomasius scribit.

SCHOLIUM.

Conceduntur equidem & moribus nostris reo reprobationes, sed contra reprobationes non sunt in usu, nisi dicere velis, interrogatoria eorum vicem sustinere, de quibus, uti & de reprobatione, vide latius Ordin. Proc. Saxon.

Beckmannus, Saxo & ipse, *ad hunc tit. obs. pract. 9. n. 86.* scribit, *De Jure communi Actor* contra *reprobationes rei aliis Reprobatoriis uti, & novos articulos offerre potest, sed non regulariter de jure nostro* Saxonico; sic Respond. Scabb. Lipsienses mense *Junio 16....* Quod attinet ad interrogatoria, de quibus Thomasius, longe alium in his usum obtinere, videbimus *ad tit. de Testibus.* Sed in hac reprobationum & contra-reprobationum vicibus, sæpe luditur a partibus; Quando terminus probationis est elapsus, litigantes frequenter id agunt, ut sub prætextu Reprobationum, veras & primævas moliantur probationes: quas eum in modum plerumque circumducunt, ut difficulter a probatoriis discernantur, aut inter reprobatoria, quæ vere sunt talia, probatorios articulos inserunt: quod adversarius quidem pati non cogitur; sed tamen quia probandi facultas est favorabilis, raro ob hanc causam a judice productionem negatam vidimus. Sæpe etiam de initio dilationis reprobratoriæ dubitatum est: Et quidem post renunciationem probationum, currit haud dubie dilatio reprobandi: sed quando peremptorium tempus a judice pro omni dilatione partibus præscribitur, nulla fieri solet renunciatio; & productiones primæ, quando citatio saltem intra terminum facta est, sæpe multum, antequam sint absolutæ, illud tempus peremptorium excedunt. Ideo incipit dilatio reprobationis, a didicitis probationibus, & ex quo aliquis copiam testificationum adversarii accepit. At hoc plerumque incertum habetur, quia nullum tempus recipiendi aperturam illam sive *copiam* definitum est, utique ut in nostro Foro se res habet. Ideo qui vult concludere, & præcidere adversario prætextum reprobandi, si ille cunctetur, petere debet a judice, ut is alteri terminum præfigat, intra quem petat copiam depositionem, aut reprobatione privetur. Absque eo non potest adversarium cogere ad ultimam conclusionem, etsi partes etiam de certo tempore faciendi productiones convenerint, quia reprobandi facultas semper salva & recepta intelligitur, ac ita sæpe judicatum, nominatim inter *heredes Remeri Antonii, & Johannem Balk cum sociis. anno 1680.*

13. Postremo de probationibus ‡ quæritur, an quæ uno in judicio prolatæ sunt, in alio fidem faciant, an vero de novo sint producendæ & discutiendæ. Non facere fidem in alio judicio, nisi inter easdem personas, respondet A. Matthæ. *disp. 9. de Judic. th. 57.* sed textus, quos citat, ita non habent. Potius ita ex *l. ult. C. de Test.* (hæc sola rem tangit,) non cogi aliquem pati, ut adversarius probationibus in alio productis judicio, contra sese in alio rursus utatur; nisi testes sint mortui, cæteroqui denuo examinandos esse; nisi aliter convenerit, *d. l. ult. in pr.* Idque servatur in nostro Foro, ut conventione partium opus sit, quo producta in uno judicio fidem in alio faciant, etiam inter easdem personas. vid. Mascard. *vol. 1. de Probat. Conclus. 33. & 34.*

DE PRÆSUMPTIONIBUS.

XIV. Quid sit Præsumptio, & discrimen a Positionibus Juris. XV. Præsumptio levior. XVI. Fortior, & effectus ejus. XVII. Distributio præsumptionum. XVIII. Positiones Juris ex eo, quod plerumque fit, desumptæ, conditionaliter. XIX. Præsumptiones de hominis vita, in quæstione de hereditate. XX. Aliæ positiones absolutæ, contra quas non admittitur probatio. XXI. Fictiones Juris quales. XXII. Non esse fictiones rerum impossibilium in jure creditas.

14. Sic fuit prima Rubricæ pars de Probationibus. Altera de *Præsumptionibus*, absolvetur definitione, divisione, & effectu, breviter. Definiatur hoc modo, quod sit *Anticipatio Judicii, de rebus incertis, ex eo, quod plerumque fit, percepta.* Materia præsumptionum, sunt res in-

‡ Et hoc notandum, esse probationis speciem per ocularem inspectionem & calculum instituendum, de qua videsis *O. P. S. E. I. & E. Tit. 28.*

certæ,

certæ, quarum quia plena probatio non potest haberi, recurritur ad ejus, quod est verisimile, anticipationem, ut in eo, dum plenioris lux probationis affulgeat, subsistamus; Etenim *anticipare* est idem penitus quod *præsumere*, sive aliquid in antecessum quasi probatum sumere, capere; propterea, quod plerumque res ejusmodi ita evenire soleant, habita ratione prudenti circumstantiarum, rerum, hominumque similium. Cujusmodi collectionibus exercita mens, ad ejusmodi facultatem conjiciendi res futuras pervenire potest, ut haud facile quicquam in rebus etiam obscurissimis eam fallat, ut de se prædicat Cicero *6. Epist. ad Famil. 6.* quemadmodum & Plutarchus ei tantam præsumendi vim adscribit, ut toto, antequam evenirent, decennio res futuras prædicere potuerit. Videantur quæ hac de re diximus in *Part. II. pag. 558. a.* At hæc quorundam sagacitas, quæ tamen nunquam, quicquid Ciceroni, Catoni, aliisque adscribatur, infallibilis est, non facit, ut præsumptio non sit de rebus incertis inductio *probabilis*, etsi quandoque a Legibus accipiat vim Positionum, quæ solent vocari præsumptiones *Juris*, item *Juris & de Jure*; ut tamen etiam dentur Positiones Juris, de rebus quæ fieri possent, etsi constet eas aliter se habere, quæ sunt Fictiones: nos de Positionibus illis post præsumptiones agemus.

15. Definitio Præsumptionis loquitur de anticipatione, quam faciunt homines, id est, in hac materia, Judices; atque hæc Præsumptio recte dividitur in leviorem, & fortiorem. Levior movet suspicionem, & judicem quodammodo inclinat; sed per se nullum habet juris effectum, nec onere probandi levat, ut est exemplum in *l. pen. h. t.* Ancilla ait, se liberam esse, præsumi illud ex fideicommisso, & alimentis sibi tanquam nutrici a testatore relictis, sed nihil hoc solo proficit. Aliud; Sum ingenuus, quia frater meus est ingenuus, *l. 7. C. h. t.* Imo, quia pater meus fuit talis, ne id quidem prodest, *l. 1. eod.* quia ingenuitas a matris libertate pendet, *pr. I. de Ingen.* Huc etiam pertinet Fama sive rumor, & fuga, item fluxus sanguinis e cadavere ad alicujus præsentiam, respectu cædis. Id enim ut aliquando dederit occasionem homicidæ detegendi, ita sæpe aliis causis, licet occultis evenisse legitur. Exemplum, Anno 1629. cum Rex Bohemiæ Fridericus in lacu Harlemensi nave subversa ægre servatus esset, & juxta filium ejus primogenitum periisset aulicus quidam penes se habens uxoris nuper defunctæ imaginem, atque hæc ab ejus sinu post dies complures amoveretur, accidit, ut sanguis e naribus putridi cadaveris satis copiose efflueret, referente Leone Aitsema ad *annum prædictum*, quemadmodum idem ad præsentiam consanguineorum sæpe factum, accepimus. Ejusmodi igitur conjecturæ tot sunt, quod singularia, rerumque circumstantiæ, id est infinitæ; quin & unius testimonium huc referendum esse, constat ex iis, quæ *superius* dicta sunt ex *l. 9. §. 1. C. de Testib.*

16. Fortior præsumtio vocatur, quæ determinat judicem, ut credat, rem certo modo se habere, non tamen quin sentiat, eam rem aliter se habere posse. Ideoque ejus hic est effectus, quod transferat onus probandi in adversarium, quo non probante, pro veritate habetur. Exemplum: Repeto a te pecuniam ut indebite solutam. Tu negas, te accepisse pecuniam: Convictus es; at jam fuisse indebitam, contendis. Præsumitur esse debita, propter negationem tuum præcedentem. Ideoque si non probes indebitum, condemnabere. Contra, Fateris accepisse ab initio pecuniam, at ais, debitam fuisse; Præsumitur ita, & absolveris, si alter non probet contrarium, *l. 25. h. t.* Aliud: Quingenti testamento mihi legati sunt, totidem Codicillis ab eodem testatore; peto mille. Tu dicis, repetitionem esse, non duplicationem legati, & offers quingentos. Præsumptio est pro duplicatione, quia diversæ sunt scripturæ; sed in eodem instrumento magis præsumeretur repetitio, *l. 12. h. t.* quemadmodum & in re corporali bis, etsi diversis scripturis, legata, *l. 65. §. 5. de Legat. 2.* Qui occidit gladio, censetur habuisse animum occidendi; qui clave, vel cucuma in rixa, non videtur eo animo usus, *l. 1. §. 3. ff. ad L. Cornel. de Sicar.* Huc pertinet celebre judicium Salomonis, acute præsumentis, matrem infantis esse potius, quæ nollet eum in partes scindi; quam quæ annueret. Item Galbæ *apud Suetonium*, bovem ejus esse, ad cujus agrum capite obvoluto ab æquatione se reciperet. Hæc & similia in civilibus aliquando rei judicandæ causam præbere possunt, quotiens exitu opus est, nec alius exitus invenitur: non æque sufficerint ad certam possessionem ab aliquo alienandam. Multo minus in criminalibus, omniumque minime in capitalibus; Nisi plures undique circumstantiæ exploratæ, ex quibus singulis nihil quam præsumptio colligi possit, ita confertim undique premant, atque in arctum redigant factum, etsi non probatum, ut pro indubita-

to

to habendum sit; qua de re *superius*. Exemplum aliud si quis desideret, censeo, legat historiam jugulati Comitis *Essexii* in carcere Londinensi *13. Julii 1683.* ubi præsumptiones ingenti numero cumulatæ factum, quod non probatur, dubium tamen esse non patiuntur; utique si facta, e quibus colliguntur præsumptiones, ita ut narrantur, evenerint, qua de re penitus inquirenda nunc agi, intelligimus. Sic igitur & præsumptiones sufficere possunt ad sententiam, non per se, verum per consequentiam, si alter probatione deficiatur.

17. Denique, versantur hæ præsumptiones hominis potissimum, circa res, circa personas, earumque actiones, vel cogitationes, Menoch. *de Præsumpt. l. 1. q. 11. n. 9. q. 12. n. 6.* Circa personam ea, quæ naturaliter homini insunt, ut sensus communis, potentia generandi &c. Circa res, quemadmodum se naturali qualitate, insita vi habere solent. Prout est vel major, vel minor præsumptio veritatis, ita per majorem vel minorem eliditur & tollitur. Exemplum *in l. 6. de his, qui sui vel al. jur. l. 24. hic, l. 73. de Legat. 3.* Specialis præsumptio est fortior generali; naturalis accidentali; quæ actum valere, & pro Reo facit, melior est quam quæ secus &c. Menoch. *de arbit. jud. P. 2. Cas. 472. n. 1. & 19.*

18. Diximus, aliquas dari Positiones Juris, a Præsumptionibus, quæ sunt ratiocinationes hominum probabiles, distinctos, & tamen ex collectione eorum, quæ ut plurimum in similibus similiter eveniunt, desumptas. Sunt autem hæ regulæ vel conditionales, vel absolutæ. Priores, quæ ponuntur habenturque certæ, quamdiu contrarium non probatur. Absolutæ, contra quas nulla probatio admittitur. Exempla priorum sint hæc; Pater est is, quam Nuptiæ demonstrant, *l. 5. de In Jus voc.* quæ regula nititur præsumptione Juris Gentium, ut tamen, si contrarium probetur, cesset, *l. 6. de His, qui sui vel al. jur.* Pactum simpliciter initum, in rem potius, quam in personam censetur, ideoque heredibus in dubio prodest, *l. 6. h. tit.* de quali specie *pacti de non petendo*, cum heres reale, Creditor personale esse contenderet, consultus respondi die *5. Maj. 1638.* Qui reddidit debitori suo chirographum, censetur remisisse debitum, *l. 2. de Pact.* Quod in instrumento narratur, pro vero & solenni habetur, *§ 11. & 16. de Inutil. stipul.* Huc etiam spectant regulæ a Doctoribus traditæ; quales hæ sunt; Mutatio non præsumitur: Unde filius, patre vivo, in potestate esse creditur, *l. 8. h.* Quisque judicatur bonus, quamdiu non probatur malus, & id genus alia; si pari consequentia se commendent. Multa enim ad hanc classem ab Alciato, Menochio, aliisque referuntur, haud æque per omnia probabiliter, de quibus vide D. Matth. *disp. 9. de Jud. th. 74. & seqq.* Hæ sunt quæ vulgo *Præsumptiones Juris* appellantur, imo quælibet exempla fortiorem, quas diximus Præsumptionum, quatenus legibus prodita sunt, ad hanc classem non male referuntur, si hac distinctione placeat uti.

19. Estne aliqua præsumptio vel positio Juris, quamdiu homo victurus, aut in dubio vixisse credatur? Missis quæ Doctores hac de re Scriptoresque alii, quos vide apud Wissenbachium *th. 16. h. t.* dicamus, hac de re nihil certi esse proditum, nisi quod minimum tempus, quod in dubio præsumitur, est sexaginta, *l. 68. ad L. Falcid.* maximum vero centum annorum, *l. 56. de Usufr.* Sacra scriptura terminum suggerit, 70. vel 80. annorum, *Ps. 90.* Si quid hujus rei certum statui posset, valde interest ejus Quæstionis, qua sæpius in Foro occurrente judices teneri suspensos accidit; si quando agatur de hereditate hominis, qui utrum mortuus sit, an vivat, ignoratur. Scimus, hoc esse juris, ut talis hereditas proximis concedatur sub cautione reddendi bona, si ὁ δεῖνα salvus advenerit, ut finitur apud Sandium *4. 9. 8.* Verum quid si heres non possit invenire cautionem? Administranda est ab extraneis scilicet. Hoc autem perquam incommodum sæpe repertum est, heredibusque veris internecinum; maxime si pauperes esuriant, quod est difficilius, quam expectare, dum centum anni sint elapsi a nativitate τοῦ δεῖνα absentis. Tunc enim sine scrupulo heredibus proximis concedi posset, *arg. d. l. 56. de Usufr.* Forte ad octuaginta annos descendere liceret, auctoritate *Psalmi 90.* De facto ita notabiliter a Curia nostra decisum est. Triginta plus minus anni erant elapsi, ex quo heres primus fuerat desideratus. Mors ejus semiplene probata a substitutis. Ætas primi, si viveret, erat jam futura duorum & quinquaginta annorum. Lapsu temporis longissimi, probatione semiplena, paupertate extrema substitutorum heredum, qui cautionis præstandæ impotes erant, Curia censuit amplectandam esse præsumptionem juris, quæ ponit annos sexaginta, *d. l. 68. ad L. Falcid.* sententiaque lata declaravit substitutos heredes absentis, post octennium, si tum primus heres non adesset, ad hereditatem admittendos, quibus elapsis esset futurus 60 annorum,

norum, si vixisset: Interim de fructibus alendos. In causa *Lolle Witses cum sociis Requirant.* contra *Sasker Heeres in qual. requisitum*, ante magnas ferias 1680.

20. Absolutæ positiones sunt, quas Lex ita præsumit, ut quasi vim Legis, vel plenæ probationis iis adscribat. Sic is, qui post biennium scripsit chirographo, se accepisse pecuniam mutuam, non potest admitti ad probandum, quod nihil acceperit: Lex enim præsumit simul ac statuit, numerationem oportere esse factam, *l. 4. C. de non. num. pec.* Tutor in inventario professus modum patrimonii pupillaris, deinde tam valide præsumitur non esse plus vero professus, ut non admittatur ad probandum, quod tantum non sit in bonis, *l. ult. C. Arbitr. Tut.* Qui adulterii primo accusati, turpes amores deinde nuptiis conglutinarunt, pro convictis & confessis puniuntur, *l. 34. C. ad L. Jul. de Adult.* Filiusfamilias, qui pecuniam accepit creditam, præsumitur accepisse in causam castrensem, *l. ult. in fin. C. ad SC. Macedon.* Sed estne hæc Præsumptio Juris, an & de Jure? Plerique ad hanc speciem referunt; Thomasius in SCHOLIO ad *Posit. 18. h. t.* ad priorem, ut si probetur in alium usum accepisse, valeat veritas, quod verba ultima legis ita quidem ferebant, non æque præcedentia; *stare oportet Contractui, nulla differentia introducenda, ob quam causam pecuniæ creditæ, vel ubi consumptæ sint:* quæ verba contractus valorem non a probationis eventu suspensum enixe sanciunt.

N. ADDIT.

Et hic jam consentio Autori. In præcedentibus vero verba textus supplenda sunt, & loco Filiusfamilias, *legendum est* Filiusfamilias miles.

21. Cæterum præsumptiones istæ pariunt Positiones, sine inquisitione verumne sit, quod ponitur, an falsum, inquam. Sed dantur etiam Positiones, quæ præ se ferunt ejusmodi præsumptiones, quæ sciuntur esse falsæ: ut in Querela inofficiosi Testamenti, quam movent liberi, præcepta est hæc juris Positio; Patrem, qui filium sine causa exheredavit, fuisse mente captum, etsi plane constet, hoc esse commentitium, *pr. Inst. de Inoff. testam.* Qui dominium transferre debet in eum, penes quem res jam ante existit, quod sine traditione fieri nequit, huic traditio præsumpta, vel potius ficta tribuitur, quam brevem manum vocari, dictum est alias ex *l. 43. § 1. de Jur. dot.* Sunt enim hæ revera FICTIONES, quales an etiam in Actione Publiciana & Rescissoria, locum usumque habeant, suis locis quæsitum & definitum est.

22. Hoc observandum; Fictiones esse quidem de rebus falsis, at nunquam de rebus impossibilibus: hæ Metaphysicis relinquuntur; Juris Consulti non amant τῶν ἀδυνάτων ἔρωτας. Idque notabilem usum habet, quem exemplo quæstionis illustrabimus. Conditio adjecta Heredis institutioni, non facit testatorem intestatum respectu temporis intermedii, quo incertum fuit, utrum extitura esset conditio, vel secus; quia cum actu existit, retrotrahitur ad tempus aditæ hereditatis, atque jam tum extitisse fingitur, *l. 26. de Condit. Instit.* Sed dies heredis institutioni cum effectu non potest adjici, *§ 9. Instit. de Hered. Inst.* quia tum esset ante diem intestatus, & post diem testatus, quod juris ratio abhorret, *l. 7. de R. J.* Cur etiam dies non æque retrahitur, quam conditio ad tempus aditæ hereditatis? Quia hoc est impossibile, ut tempus retro currat. Hæc conditio, si navis ex India venit, potuit æque superiori, quam hoc mense impleri, sed ut res, quæ fieri injuncta & facta est post mensem, facta dicatur ante mensem, hoc implicat contradictionem. Agathon Poeta vetus, apud Aristot. *6. Eth. 2.*

Μόνα γὰρ αὐτὸν καὶ θεὸς στερίσκεται,
Ἀγένητα ποιεῖν, ἔσσ' ἂν ἢ πεπραγμένα.

Hæc sola res ipsi Deo negatur, ut
Infecta reddat, quæ jam pridem facta sunt.

Cæterum de eo, quod objici posset, fictiones esse mendacia, quid sit statuendum, diximus ad *tit. de Inoff. testam. n. 4. Part. II. p. 745.* Plenius hanc quæstionem novissime tractat D. Beckman ad *h. tit. Pand. 12.*

TIT. IV.

De Fide Instrumentorum & Amissione eorum.

I. Instrumenta generaliter sumpta, testes etiam complecti, non stricte, nec usu vernaculo. II. Divisiones instrumentorum, & quæ proprie publica. III. Quæ sint improprie publica. IV. Requisita publici instrumenti, Juris Civilis, cum moribus coniuncta. V. Testium subscriptio vel nuncupatio an necessaria. VI. De Protocollis, & illorum usu. VII. Constitutio juris Frisici de

de Protocollis egregia, sed neglecta, & quamobrem; mos Hollandiæ confertur. VIII. Notarius quid sit. IX. Mandatum a partibus ei primo omnium esse necessarium. X. Historia rei judicatæ ad eam illustrandam. XI. Quid juris, si testes aliter dicant, quam sert instrumentum. XII. Fides instrumentorum maxime publicorum, & de ætate probanda. XIII. Quo sensu, contra instrumentum testes non audiri dicantur. XIV. Forma instrumenti privato publici, & de subscriptione notarum pro literis. XV. Instrumenta mere privata nihil probare. XVI. De comparatione literarum. XVII. Statutum & mos Frisiæ super instrumentis. XVIII. Casus quidam excepti, quibus an privata instrumenta probent. XIX. De rationibus Mercatorum quid juris. XX. De exemplaribus a partibus aut a Judice recognitis, quatenus vim probandi habeant. XXI. An Collatio Notarialis ab eodem, qui scripsit Authenticum, facta, vim probandi habeat. XXII. De aliis adfinibus exemplis quæritur. XXIII. Instrumentum a tabellione qui scripsit, aut ab alio recognitum, non valere ad probandum. XXIV. Observationes duæ adfines. XXV. De tempore exhibendi instrumenta, tam ante quam post interlocut. XXVI. Nova quæ proferuntur instrumenta post interlocutoriam, & quousque id fieri possit. XXVIII. Instrumenta plerumque ad probationem, aliquando ad necessitatem atque essentiam actus pertinere. XXIX. Amissione instrumenti non tolli veritatem rei gestæ. XXX. Observationes circa illum articulum necessariæ.

Quanquam Artificialis Probatio nobilior ea, quam vocant Inartificialem, esse videatur, hæc tamen usu & auctoritate longe frequentior & notabilior est. Administrari illam per instrumenta, vel per testes, *superius* indicatum est; de Instrumentis prior occurrit locus. Etymologia, quæ est ab *instruendo*, notat omnia, quibus *causa* instrui potest, adeoque tam personæ, quam scripturæ testimonia, instrumentorum loco haberi: Consequenter, dilatio instrumentorum causa indulta, testibus quoque producendis recte usurpari posset, per *l. 1. h. t.* Sed longe prævalet strictior significatio, qua de Scripturis probationi servientibus ea vox usurpatur, ut tam ex collatione Rubricarum de *Instrumentis & de testibus*, quam *nigro* per singulas leges deducto liquet: item ex *l. 15. C. h. t.* Adeo ut secundum hunc prævalentem vocabuli usum, qui & in Germanicum sermonem penetravit, Dilatio instrumentorum causa concessa, non valeat ad testes producendos, quemadmodum sæpius in Curia Frisiæ scimus esse judicatum; quando qui post lapsum dilationis peremptoriæ vel conventionalis restituti erant, ut instrumenta noviter reperta proferre liceret, testes ejusdem restitutionis beneficio producere conabantur; sub hac tamen exceptione; *Nisi testes & articuli, ad quos interrogandi sint, unice ad instrumenta confirmanda* pertineant: quo casu permissam esse productionem testium ei, qui contra lapsum termini, ut instrumenta proceßus adhibere liceret, fuerat restitutus, concessam memini *in causa* Jacobi Studtles *Requirant en opposeerde, contra* Jeltie Pijtters *d. 2. Julii 1689.*

2. Sunt igitur instrumenta hoc loco nihil aliud, quam *Tabulæ*, sive *Scripturæ, quibus Judici intentionis nostræ fit fides.* Dividuntur in Publica & in Privata. Publica vocantur, quæ publica auctoritate munita sunt, ‡ reliqua privatim fiunt. Alia est divisio, quod sint Originalia sive Authentica, vel Exempla, quæ ex originali transferuntur, *l. 2. h. & l. 4. § ult. Famil. erciſc.* quamquam ubi plura ejusdem tenoris instrumenta conficiuntur, hæc omnia licet authentica, pariter exempla & exemplaria vocantur, *l. 24. ff. Qui testam. fac. poss. l. ult. de His, quæ in testam. del. & l. 47. de Legat. 2.* relatione ad usum facta, quatenus quæ uno plura sunt, exemplarii vice fungantur, *d. l. 47. § 2.* Sed publica vel stricte & proprie vel latius & improprie intelliguntur. Stricte publica sunt, quæ habent Reipubl. autoramentum, ut sunt tabulæ censuales, *l. 3. C. Sine cens. reliqu. & l. 10. de probat.* apochæ publicarum functionum, id est tributorum & vectigalium, *l. 2. C. de Jur. emphyt. & l. 6. C. de Suscept. Tit. C. de Apoch. publ.* Acta judiciorum, vel extrajudicialium negotiorum apud officium celebrata, *l. 2. C. de Edend. l. 31. C. de Donat. & l. ult. C. de Re Judic.* Denique, negotia privatim composita inque scripturam redacta, dein recognita in judicio, publicoque munita sigillo, recte eodem strictiore sensu Publica censentur, per *l. 19. C. de Testam.* ubi; *Actis Judicis publicavit Judicium.* etiamsi videlicet antea sint compacta, *c. Scripta. c. quoniam. X. de Fid. instrum.*

3. Publica laxius & improprie accepta, vocan-

‡ Quæ adeo in Saxonia recognitione adversæ partis non amplius indigent. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 25. § 2.*

tur instrumenta, quæ a Personis publice ad instrumenta facienda constitutis, sunt conscripta, vel confirmata, & subscripta, quales olim erant Argentarii in rationibus, *l. 10. §. 1. de Edendo.* ubi; *officium eorum atque ministerium publicum.* Item Tabelliones, sive ut hodie *Notarii*, nam hi *chartas publicas agere* dicuntur in *l. 3. C. de Tabular.* & publica vocantur instrumenta in *Nov. 73. c. 5.* Quam autem impropriè talia Tabellionum instrumenta vocentur *publica*, docet *Lex 11. C. Qui potior. in pign.* ubi parum abest, quin Ἰδιοχείρους privatis adæquentur. Imo nusquam invenio, Instrumenta per Notarium sive Tabellionem confecta, majorem habere vim probandi quam a privatis scripta, si modo hæc habeant trium testium subscriptionem, ut clare liquet ex *d. l. 11. & Auth. si quis*, subjecta, collata cum *Nov. 73. c. 3.* ut inde tuto statuere liceat; quælibet instrumenta trium habentia testium subscriptionem habere vim plenam probationis, ut illa non inconcinne privato-publica vocari possint. Hæc res ad effecta instrumentorum, de quibus *infra*, pertinens, hoc erat occupanda. Hoc satis etiam constat, Instrumenta per tabelliones confecta, non valere sine testibus, *Nov. 73. c. 5.* cum in vere publicis nulli testes desiderentur, sed publica conscientia sufficiat, *l. 19. in pr. C. de Testam.*

4. Ad instrumenta per Tabelliones facta requirit Justinianus, ut præmittatur 1. nomen Imperatoris. 2. annus Imperii ejus. 3. Consul. 4. Romanæ judictionis annus. 5. Mensis & dies, *Nov. 47. cap. 1.* quibus adde 6. nuncupationem & subscriptionem testium duorum cum Tabellione, *d. N. 73. c. 5.* vel trium testium privatorum, qui etiam sine Tabellione vim probandi habent, *d. Nov. cap. 2.* Denique 7. partium subscriptionem, *ibid.* His additur a Dd. octavum Requisitum; Invocatio nominis divini, quod scilicet primo loco ponitur. Verum ut in legibus non requiritur, ita nec moribus ubique receptum est, nulloque modo contractus ex ejus omissione vitiatur,* A. Matth. *d. disp. 9. th. 54.* Loci, quo negotium sit actum, mentio nusquam requiritur, nec a Dd. suppletur, adeoque non est necessaria, tametsi multis modis fieri potest, ut ejus adjectio sit utilissima, uti recte monet Gudelin. *de Jur. nov. l. c. n. 20.* Quod attinet ad mores, non ubique illa requisita omnia sunt necessaria; quanquam Thomasius omnia moribus Saxonicis esse necessaria, scribat in Schol. ad *Posit. 6. h. t.*

Invocatio nominis divini, de qua dictum est, neque nunquam, neque semper, adhibetur hodie: Fere in rebus sanctioris ἀγαθεωρήτου, veluti in Testamentis ob præsentem æternitatis meditationem, & in contractibus matrimonii, similibusque: Atque illum rariorem usum non tam neglectui, quam religionis curæ adscribendum censeo, ne mentio divini nominis vilescat, & profanetur dolis in forensibus negotiis sæpe latentibus, quo nisi fallor, pertinet illud tritum, *In nomine Domini incipit omne Malum.* Nomen Imperatoris aut Principis sub Imperiis Monarchicis servari, consultum, ut & annum Imperii ejus, etsi non ubique: apud nos id usum non habere palam est. Consulis loco fungitur hodie annus a Christo nato. Romanæ indictionis æra nostratibus extra Kalendarii usum ignota est.** Mensis & dies addi solet, neque non debet, ut tamen instrumentum ejus omissione non vitietur, ut Testamentum quidem, ubi maxime alioqui usum haberet, ut Sandius docet *lib. 4. tit. 1. def. 9.*

5. Nuncupatio Testium, in ipso instrumenti tenore melius fit, & facienda videtur; ut tamen, si appareat subscriptio, prævia nominatio nullum inferat vitium. Subscriptionem testium in Notarialibus instrumentis, sunt qui necessariam esse negant ex *d. Nov. 73. c. 5.* Sed Justinianus requirit τὴν ἐν γράμμασι τῶν μαρτύρων, ὡς εἴρηται, παρεσίαν, *Testium in literis, ut dictum est, præsentiam*, quæ, ni fallor, est subscriptio. Tametsi verum sit, probationem ideo non intercidere, si

* Multis hanc nominis divini invocationem ad formam instrumenti pertinere, adeoque necessitatis esse, persuasum est. v. *Volckmann. Emend. P. II. p. 74. & alleg.* ibi Dd. maxime autem Constitutionem Maximiliani *II. R. I. de A. 1512. §5.* verbis: Daß im Anfang, nach Anruffung deß göttlichen Namens, (von dem alle Gutthat kömmt) ꝛc. A Notariis haud tuto negligetur, quod in aliis instrumentis publicis privatisque forte est secus. Aliquando tamen æquius videbitur, contrahentes alienæ culpæ reos non facere; & ob omissam Invocationem nullitatis pœna non mulctare, ut omnino visum *Fac. Jur. Lipsi. M. Jul. 1705.* teste Ill. Menckenio *ad O. P. S. tit. 24. § 2.*

** Indictio Romana apud nos a Notariis omittenda haud est; circa eam errorem tamen dura nullitatis animadversione coercendum haud esse, plus simplici vice JCtis Lipsiens. placuit, teste Ill. Mencken. *O. P. S. Tit. 24. § 2.*

per

per alios teſtes rei geſtæ veritas demonſtrari poſſit, *d. Nov. c. 2.* Adde *l. 17. C. de Fid. inſtrum.* Sed hac de re locus infra offeretur. *Moribus noſtris*, ait Thomaſius *in Scholio ad poſit. 7. h. Saxonicis in Notarialibus inſtrumentis Partium ſubſcriptio non eſt neceſſaria.* Cæterum Inſtrumenta proprie publica, magis eſt ut ſubſcriptionem, quod ex legibus conſtet, non requirant, ut modo dictum ex *l. 19. C. de Teſtam. & l. 31. C. de Donat.* Imo ne partium quidem ſubſcriptio in his eſt neceſſaria, cum ſufficiat in Actis memorari; *Talem ſteti ſe in judicio & declaraſſe*, κατὰ τὰ ἐξῆς. Communiter tamen apud nos, ſubſcriptionem ejus, qui ſe obligat, in judicio quoque neceſſariam credunt; ut ægrè perſuaſerim aliquando, illam omitti poſſe in quadam Curia, cum ſocer cœcus in judicio fidejuberet pro genero ſuo publicarum auctionum Actuario, neque ſubſcribere poſſet: Publicæ fidei conſcientia valet heic pro teſtium numero, ut *aliquoties* dictum. Poſtremo, plerisque inſtrumentis uſu antiquo & hodierno inſeritur hypotheca bonorum, & clauſula prorogationis, ſive ſubmiſſio Curiæ. Quod autem aliqui ſeriem rei geſtæ inter requiſita ponunt, ut Pacius ad *h. t.* minus ſit accurate; quia rem ipſam a requiſitis ſuis ſeparari conſentaneum eſt.

6. Quia vero Inſtrumenta facile pereunt, Uſus magiſter docuit neceſſitatem Protocollorum. Quæ ſunt *memoriales ſcripturæ Tabellionum, quibus in Codice aliquo, geſti actus ſubſtantia colligatur*; ut inde pleni tenoris inſtrumentum conficiatur. Hunc enim finem & formam vox indicat, quia πρῶτον κώλον nihil eſt aliud quam *Prima ſcriptura.* Juſtinianus tamen in *Nov. 44.* vocem aliter uſurpat: Nam per protocollum intelligit chartam, in cujus capite habetur titulus Comitis ſacrarum largitionum, & tempus, quo charta facta eſt, *cum cæteris*, cujusmodi chartas inſtrumentis ſcribendis ſolummodo adhiberi jubet, ſicut hodie chartas ſigillo publico inſignitas ad eum uſum Tabellionibus injungi videmus. Sed Doctores *Protocollum* ejus, quem dixi, uſu intelligunt ſaluberrimi; ut ſi inſtrumenta deſiderentur, quod frequentiſſime accidit, hi quorum intereſt, ad protocollum recurrere atque inde juris ſui probationem petere poſſint. Habent enim publicam fidem, utpote ſcripta ab iis, quibus *publice agendi chartas*, ut ait *Lex 3. C. de Fabul.* cæperunt: Quod ut melius in tuto collocetur, prudenter ab Illuſtr. *Hollandiæ Ordinibus* conſtitutum eſt, ut Notariis vita defunctis Protocolla deferantur in ſecretarium judicii cujusque loci, ut illic in uſum publicum cuſtodiantur, Edicto *d. 22. Aprilis 1670.* cujus legis providentia ante aliquot annos ipſe cum ſociis potiti ſumus hereditate quadam fideicommiſſaria, cum teſtamenti copiam nullam haberemus.

7. Ordines Friſiæ nihil enixius magisque ſevere Statutis ſuis ſanxere, quam ut Tabelliones habeant *Protocolla* omnium contractuum, Teſtamentorum, aliorumque Actorum, quibus opera ipſorum adhibita fuerit, idque cum accurato indice bene cuſtodiant, ut illuc ſemper recurſus, ubi neceſſe fuerit, haberi queat, ſub interminatione perdendi officii in perpetuum, ac inſuper arbitraria pœna, ut loquuntur Ordines *lib. 3. Stat. tit. 1. artic. 3.* Forma faciendi protocolla præſcribitur *ibidem* hæc, ut eodem ordine, quo inſtrumenta confecta ſunt, eadem protocollo inſerantur: adeoque non debeant eſſe *Minuta* ſive rudes negotiorum delineationes, cujusmodi vox πρῶτον κώλον deſignare videtur, ſed ipſa Actorum ſubſtantia, vel potius exempla vim authenticam habentia. Proinde ſecundum originale protocollorum inſtitutum & Legis Friſicæ præſcriptum, ipſa Inſtrumenta contrahentium teſtiumque ſubſcriptione firmata partibus tradenda ſunt, & exemplum ejus manu Tabellionis confirmatum Protocollo inſerendum, quod ſecus apud *Batavos* aliisque locis ſervatur, ubi contrahentes atque teſtes in Protocollo ſubſcribunt, & exempla manu Tabellionis munita partibus eduntur, ad quam conſuetudinem ſpectat Quæſtio apud Doctores agitata, & a Wiſſenbachio *ad h. t. th. 25.* relata, an Protocollo non extante, Inſtrumentum Publicum fidem faciat. Affirmatur eadem ratione, qua inſtrumento a partibus ſubſcripto pereunte, Protocollum a ſolo Notario ſubſcriptum vim probandi apud nos haberet. Hac enim gratia receptum eſt hoc inſtitutum protocollorum, ut altero deficiente, non pereat probatio. Si quid in Friſia Reformationis egeat, inter ea ceneo ponendum eſſe negledum Protocollorum, ſummo publicæ rei detrimento; Quatenus illo brevi tempore, quo mihi licuit in Foro verſari, neſcio quot exempla Inſtrumentorum magni momenti, quæ perierant, hominesque gravibus jacturis adfixerunt, extiterint. Cauſæ tam enormis negledus videntur fuiſſe, deſidia Notariorum, & tenacitas contrahentium, ne duplex tantum ſolverent. Quibus tamen removendis facile ſufficeret judicum gravitas, ſi vim

probandi non darent instrumentis, nisi forma Statutis & Jure Civili præscripta compositis. Est alia ratio difficilioris refutationis. Quod homines nolint secreta ultimarum voluntatum & æris alieni, quæ duæ res materiam Instrumentorum maximam faciunt, legi in Protocollis Notariorum; qui plerumque non sunt ejus fidei & gravitatis, ut conscientiam arcanorum sustinere queant. Nec tamen hæc ratio tanti videtur, ut requisita Juris communis & Statutarii subvertenda fuerint, quibus alibi gentium corrumpendis eadem ratio non sufficit. Quod si Notarii Statutis hac parte parerent, facile Procuratores & Advocatos, qui nunc instrumentis scribendis æque dant operam, quam Notarii, finibus officii sui profligarent.

8. Hac occasione de NOTARIIS eorumque officio paucis agere placet. Est igitur Notarius, *Vir bonus, acta secundum leges concipere peritus, eamque ad rem publice constitutus.* Virum bonum esse debere, natura negotii & Statuta gentium requirunt. Nostra *lib. 3. tit. 1. art. 2.* ubi, Ad officium *Notarii nemo admittatur, quam hominues bene morati & publice pro talibus cogniti;* sic enim verba *vermaerde mannen* accipienda; non celebres, aut clari simpliciter, cujusmodi ἐπίθετον non capit illorum functio. *Artis scribendi peritum esse debere*, non est quod approbetur, nihilo magis quam *secundum leges* id esse faciendum. In eum finem solent examinari, sintne legum & Statutorum hac parte satis periti; quod Statuta Frisiæ præcipiunt *d. tit. 1. art. 2.* Nec enim facultas instrumenta conficiendi, sine rerum, de quibus concipiuntur, notitia recte fieri potest. Examinandus igitur Notarius non scholastice, verum pinguius & summatim, de his juris articulis, de quibus instrumenta confici solent, ut sunt nuptiæ, pactorum dotalium requisita, de Testamentis, & omni ultimarum voluntatum genere, de Contractibus eorumque accessionibus, de Privilegiis mulierum minorumque, de cautionibus, & clausulis, in quovis negotiorum genere solutis adhiberi, atque id genus alia.

9. Officium Notarii, ‡ in ipsa instrumenti confectione incipit a *mandato* partium, vel saltem ejus, cujus oneri præjudicioque serviet. Nam si absque tali mandato vel declaratione prævia, instrumentum conscribatur, manifestum est, eum qui in tali instrumento aliquid egisse vel promisisse dicitur, non teneri; quinquam si in instrumento habeatur, aliquem adfuisse atque mandasse, ei relationi quamdiu contra non fuerit probatum, fides habeatur. § *Item Verborum 11. & § Si scriptum. 17. I. de Inutil. stip. l. 14. C. de Contrab. Stipul.* In hoc monitum absolute necessarium, aliquando impingunt nostrates Notarii & Scriptores publici instrumentorum, qui sæpe mandatu unius partis, ad cujus commodum pertinet instrumentum, si *Vir bonus & gravis sit*, (aliquando & hoc insuper habito,) illud parant, eique credunt, ut a debitore subscribendum curet, ipsi postremo subscribunt, debitore non viso. Hinc erat fas dubitari, an instrumentum eo modo confectum vim probandi haberet, maxime cum Statutis nostris *lib. 3. tit. 1. art. 3.* sollicite injungatur Notariis, ne instrumentis comprehendant personas, sibi vel testibus sibi adjunctis ignotas. Et tamen adeo neglectim Notariale institutum apud nos habetur, ut cum hoc sæpe, nec raro, ut fatendum, bona fide, ad sublevanda itinerum incommoda, contingat, aliquando sciam esse dubitatum de valore talis instrumenti, in hujusmodi causa, cujus historiolam adjicere placet.

10. *Anna Lamberti*, vidua *Lasii Petrei* civis Snecani, conveniebat ex instrumento ab Advocato quodam utriusque Juris Doctore Snecæ conscripto, sine testibus, (ut fert usus Frisiæ, scilicet qui in medio foro, invita Jurisprudentia, invaluit,) *Tadium* quendam, ob solutionem trecentorum supra bis mille florenorum aureorum, cum usuris plurium annorum, quos socer ejus, cujus per uxorem mortuam Tadius heres factus erat, mutuo accepisset a Lasio soceri fratre. Cum essent conjecturæ, debitorem illum eo tempore non accepisse tantam pecuniam mutuo, quidam amicus Tadii convenit Scriptorem, eum-

‡ Decisione Elector. XXXVIII. cautum est, ut in causis criminalibus, actuario jurato adjungatur notarius publicus Cæsareus, nisi actuarius ipse ea potestate gaudeat. Idem est repetitum novissimo jure, & ut Actuarii, iidemque notarii, in casibus, ubi notarii præsentia opus est, se ea potestate gauderc, sub mulcta 5 thalerorum annotent. Exceptio est in Auditoribus, castrensibus nempe judicibus, ut Noster Serenissimus A. 1718. 12. April. rescripsit. Cæterum Notarius publicus Cæsareus ex edicto Anni 1721. 19. Febr, non admittitur in Terris Saxonicis, nisi a Facultate Juridica Saxonico-Electorali examinatus, & in Regimine Dresd. immatriculatus fuerit. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 2. § 7.*

que

que post multas ambages eo redigit, ut fateretur, se debitorem non vidisse, nedum pecuniam numeratam, etsi hoc in instrumento haberetur; Sed Lasium, qui summæ Vir fidei habebatur, sibi jussisse, ut ejusmodi obligationem scriberet; scriptam accepisse, ut debitori, qui adesse non posset, subscribendam offerret; post aliquot dies retulisse subscriptam, seque non dubitantem de fide hominis spectati, subscripsisse deinceps. De tali causa ut ancipite, miretur aliquis esse laboratum, & laboratum est satis, idque ob has rationes: 1. Quod per agmen ingens testium probaretur, Latium fuisse Virum probum & veracem, in quem tanti falsi non caderet suspicio. 2. Quia sæpe talia fiunt in Frisia, nec *articulus* ille *tertius* ex Statutis citatus, in plerisque servetur. 3. Quod subscriptio infra obligationem posita, cum manu Soceri debitoris collata, optime conveniret. 4. Quod Scriptor ille Doctor Juris corruptus esse posset in ultima declaratione: Quin priorem in officio factam, & instrumento, quod pro publico haberetur, expressam, meliore fide esse dignam. Responsum ad primam rationem, Testes, qui pro veracibus & probis habeantur, maxime valere ad fallendum, & vera reprobatum erat, fuisse eum imprimis callidum, ut vulgo *Doctor* vernaculus diceretur. Accedebat dolor præsumptus ab intercepta Lasio successione; idem quod vivus usuras a Tadio pluribus annis petere non ausus erat; etsi instrumento adscripserat, ab originali debitore aliquot annorum usuras esse solutas. Ad 2. Pessimi moris nullam esse consequentiam, & si in Statuto illo quædam obsoleta sint, mandatum debitoris ita ad substantiam instrumenti pertinere, ut obsolescere nequeat. Ad 3. Comparationem literarum, haud quaquam solide probare, *uti mox videbimus.* Præter quod etiam constitit, illum imitandi manus alienas fuisse peritissimum, quod tamen non nisi post confectas in judicio probationes, adversario innotuerat. Ad 4. Ad minimum per ultimam Scriptoris declarationem, fidem ejus, qua instrumentum unice nitebatur, sublatam, consequenter ipsum instrumentum inutile ad probandum esse factum. Sed in Jure ita cautum est, si testes instrumento adhibiti aliud deponant, quam ipsi in instrumento protesti sint, testimonia jurejurando firmata majoris esse fidei quam probationem, nec aliter fidelia ceteri documenta, quam si subscriptorum viva declaratio, cum instrumenti relatione conveniat, *Nov. 73. c. 3.* Atque testis unicus heic erat ille Doctor juris, qui juratus ea, quæ diximus, retulerat. Ergo prævaluit in ista causa, & merito, ut contra instrumentum, etsi πληρο φορικῶς, ac ægre judicaretur.

11. Pertinent hæc ad formam Instrumentorum; sed fluit inde Quæstio ad effectum probationis, quæ formæ instrumenti coliæret, spectans, ejusmodi, qualem in *Arnicnia* Justinianus usu venisse narrat, in *d. Nov. 73. c. 3.* An quod Imperator ibi decidit, *si testes aliter quam in instrumento scriptum est, deponant, majorem esse testium fidem;* id etiam obtineat, si testes *negotio quidem adfuerit*, sed instrumento super eo composito *non interfuerint*, nec ei subscripserint. Disceptatum est ea de re in tali causa. Vir Nobilissimus conveniebat Sempronium nomine cesso ad solvendum pretium fundi venditi. Is autem deducere volebat pretium mensuræ minoris, quæ reperta fuerat post venditionem; Actor hoc ei jus competere negabat, quia fundus ad speciem venditus fuerat. *soo groot en klein de Landen mogten zyn*, ut scriptum erat in literis instrumenti, quo casu non posse fieri deductionem, probavimus *Part. II. pag. 973. n. &.* Sed emptor per testes, qui venditioni adfuerant ut pararii, probabat, ita convenisse, venditumque esse fundum ad *mensuram, t' einde mate t' einde gelt;* qua formula deducendi facultas datur, ut *ibidem* tradidimus. Quæstio in hoc erat, utrum instrumento, an testibus major esset habenda fides. Plerique Domini testes præferebant, *arg. d. Nov. 73. c. 3.* accedente deductionis illius æquitate, qua parum abest, quin doli realis venditorem, eam non admittentem, arguat. Aliis tamen ita videbatur; Sanctionem Justiniani non habere locum, nisi quando testes ipsi instrumento conficiendo firmandoque sunt adhibiti, & deinceps aliter quam fert *collatio literarum*, jurato deposuerunt, ut verba *Nov.* satis perspicue declarant. Heic res aliter se habebat. Testes interfuerant venditioni, Instrumentum deinde conscriptum partibusque prælectum fuerat, testibus illis non præsentibus. Dicendum videbatur, instrumentum potius sequendum; quia cum testes & instrumenta, quæ sunt in forma probante, super eadem re seorsim consistunt, atque confligunt, hæc sine dubio prævalent, ut *mox videbimus;* accedit, quod post illam rem coram testibus gestam, partes aliter convenire potuerint, imo aliter, ex instrumenti compositione, prælectione, & subscriptione convenisse videbantur. Secus tamen in præ-

da

ta causa, vel per sensum generalem *d. cap. 3.* vel ob æquitatem deductionis illius placuit; *D. T. ab A. contra Claes Tjaerts, ante ferias O. S. 1650.*

DE EFFECTU PROBATIONIS *per Instrumenta tam privata quam publica.*

12. Quod attinet igitur ad fidem instrumentorum, de illis est hæc regula generalis; In litibus exercendis eandem vim obtinent tam fides instrumentorum, quam depositiones testium, *l. 15. C. h. t.* Nec tamen desunt res, quarum fluxa solet esse recordatio, in quibus instrumentorum solidior est probatio quam testium, maxime in designandis exacte rerum actarum temporibus, veluti in ætate probanda, *l. 3. C. Si minor se maj. dix.* ubi. *nisi palam & evidenter ex instrumentorum probatione, non per testium depositiones, te fuisse minorem ostenderis.* Quid igitur, an ætas per Testes nullo modo probari potest? Non censeo, id absolute prohiberi, sed in casu *d. l. 3.* duntaxat, si minor instrumento per sacramenti religionem se majorem adseveraverit, & postea tamen beneficium in integrum restitutionis imploret. Alioqui in venia ætatis impetranda, si desit testimonium baptisterii, vel adnotationis Parentum, non dubitatur, quin testes, qui causam scientiæ, quæ petitur, a comparatione rerum ipsis certo cognitarum reddere possint, admittantur; velut si testis habeat ipse liberos antea vel post paulo natos, si ab ineunte ætate sibi fuerit æqualis & id genus alia. Quin neque testes ab auditu repelluntur, si *adspectus* suffragetur, *d. l. 3. in pr.* sicubi non vertatur præjudicium tertii, ut quotidie servatur. Cæterum, de publicis instrumentis indistincte prædicatur, illa testibus esse potiora, *l. 10. de Probat. l. 31. C. de Donat.* de omnibus autem indistincte, si de fide eorum non dubitetur, nec falsi arguantur, adversus scripturam non esse testes audiendos. Paulus *5. sentent. 15. ibique* Cujacius, adfirmans tamen id in libris Justiniani non extare. Nam *lex 1. C. de Testib.* e Basilicis ab ipso adsuta, non a Justiniano est, *13. obs. 38.* Eam tamen & legem & regulam laudant ut Justinianeam, Præceptores nostri Ant. Matth. *de Judic. disp. 9. th. 56.* & Wissenbach. *ad h. tit. th. 21.* Falsi autem accusatio tam adversus publica quam privata instrumenta procul dubio admittetur, *l. pen. & ult. C. ad L. Cornel. de Falsi. l. 2. h. t.* Quod si falsi non arguantur; testes quidem non audiuntur contra tenorem narrationis in instrumento rite confecto; Sed quo minus res in eo narratæ refutentur, nihil impedimento est. Sic professio mulieris, quæ a marito repudiata, cum esset gravida, puerum odio viri in Actis Publicis declaravit spurium, refutatur, ut tamen Actis non derogetur fides, *l. 29. §. 1. de Probat.* Imo etiam testes admittuntur adversus ipsum tenorem narrationis, tam de veritate quam de solennitate. *§ item verborum. u. & si scriptum. 16. I. de Inutil. stipul.* juncta *l. 7. §. 12. de Pact.*

13. Quæro igitur, quis sit effectus hujus regulæ; *Quod contra fidem instrumenti testes non audiantur.* Nam si tu dicas, hoc ita esse capiendum; *si de fide eorum nihil dicatur*, ut Paulus *d. c. 15. §. 3.* id parum abest, quin sit cavillatorium; Quorsum enim productio tua testium contra instrumentum, si nec tenor narrationis nec res narratæ falsitatis arguantur? Vix est igitur, ut aliter usum habeat regula, quam ratione *postfacti;* si quis debitum instrumento comprehensum dicat esse solutum, integro & apud Creditorem adhuc existente instrumento: Non audietur, nisi ex Constitutione Justiniani quinque testes integræ fidei adfuerint, *l. 18. C. de Testib.* sed hoc ante Justinianum non videtur obtinuisse, quemadmodum certe nec hodie servatur, sufficiente duorum irrefragibili testimonio; teste Sandio *lib. 1. tit. 10. def. 8.* Fabr. *4. Cod. tit. de Test. def. 23. n. 13.* Cur enim non æque sit admittenda probatio, quod debitum instrumento comprehensum sit solutum; quum & narrationem & narrata veluti falsa refellere licet? Hoc igitur modo adversus instrumentum audietur testis; verum si quis de fide tabularum, aut eorum, quæ tabulis continentur, aliquid dicat, is æque audietur. Proinde oportet ad hoc relabamur: Si fas est, tam narrationem ipsam quam res narratas refellere, si licet ipsum instrumentum, ut est compositum, arguere falsi, ut modo licere traditum est, denique si & debiti instrumento comprehensi solutionem postea factam per testes probare licet, quis supereit usus aut tenius hujus regulæ; *Testes non audiuntur contra Instrumentum?* Quid enim hoc est? Videtur esse inepta Contradictio: Adversus *Instrumentum, quod falsi non arguitur, testes non audiuntur.* Videamus, an hoc modo explicari possit; Qui se obligavit in instrumento sciens ex falso fundamento, & ex quo non obligaretur, si professus non fuisset obligationem, ille se non potest eximere obligationi, nec admittitur ad contrariam probationem. Demus exemplum rei judicatæ

ante

ante hac etiam commemoratæ: Sempronius cum uxore, uterque suo nomine, sed adscripta qualitate heredum Titii, qui frater uxoris fuerat, vendiderant prædium, seque pro evictione pariter obligaverant. Uxore mortua, Sempronius cum uxoris heredibus ab emptore conventus est super evictione. Respondit, se non teneri; tantum venditionis auctorem uxori fuisse, quanquam errore Tabellarii, & suo, sine mentione qualitatis alienæ collocatus esset, multo minus se jam finita qualitate mariti, esse conveniendum. Hæc erant vera in se; attamen quia scriptum erat in Instrumento, cui ipse subscripserat, sese evictionem præstiturum, non poterat audiri probatio, contraria scripturæ tabularum. Proinde condemnatus est, salvo regressu adversus uxoris suæ heredes, *in causa Krenk Loubres Boxumani*, contra *Claes Claesen Kimswerensis cum socio*, ante magnas ferias 1679. Si quis hoc minus idoneum aut insufficiens arbitretur, omittat regulam, & dicat, adversus instrumenta rogari testes, & perpendi posse, utrum major fides illis insit, quam instrumento, *per Leges modo citatas*.

14. Effectum probationis ad publica instrumenta restringi, notum & aliquoties dictum; sed & hoc intellectum est, Privata, quæ habent trium testium subscriptionem, plenam facere fidem, *d. Nov. 73. c. 3.* nec vero publica, quæ per Tabellionem fiunt, sine testibus (ut videtur, duobus, quia numerus plurium duobus est contentus,) valent, *d. Nov. c. 5.* Qui textus docent; inter ejusmodi publica & privata, paribus munita testibus, exiguum quoad vim probandi, aut nullum esse discrimen: Eadem Nov. a Literarum imperitis quinque testes adhiberi præcipit in *Cap. 8.* quorum unus pro imperito literarum Negotii domino subscribere jubetur: Unde satis apparet, quod multis in locis deficiente scribendi peritia, pro literis admittuntur *notæ*, tam contrahentium quam testium. id non convenire cum ratione Juris, ut observant Faber *4. C. tit. de fid. inst. def. 23.* A. Matth. *disp. 9. Judic. th. 46.* quia quicquid in illiteratis, hoc est, scribendi imperitis, incommodi rex meruit, id in talibus, qui nullam literam norunt, obtinet. Quanquam apud nos id usu tacito sic inolevit, ut signa notæve, quas pingunt rustici simplicesque mortales, indistincte pro literis valeant, etsi ad Testamenta quod attineret, aliquando substituisse Curiæ Supremæ Δικαστὰς, intelleximus, non sine summa ratione, ut in loco *dictum* & *dicetur*. Vicit tamen usus. Quando igitur privata instrumenta sufficiente numero testium munita pro publicis funguntur, in eo res desinit, ut quoad vim probandi, distinctio non tam inter privata & publica, quam inter *munita testibus* & ἰδιόχειρα, sive *chirographa propria* valeat.

15. Scripturæ testibus non munitæ duobus juxta tabellionem, vel tribus aliis, nullam habent vim probandi, nisi quatenus contra eum, qui manum suam agnoscit, proferuntur; ‡ pro scribentibus non valent instrumenta domestica, privatæ adnotationes, vel testationes, neque rationes, *l. 5. 6. C. de Probat.* nec etiam defuncti declarationes in testamento factæ, etsi juratæ, prosunt heredibus, *l. 7. C. eod.* etsi contra illos valeant, *Auth. Quod omnimodo. C. de Prob.* aliis inquam, non præjudicatur, ut *ibid. in fine & d. l. 6.* D. Willen-

‡ Documenta recognoscibilia, licet in iis recognitioni fuerit renunciatum, in termino salvis exceptionibus sunt recognoscenda, aut in contumaciam pro recognitis habenda, qua sini partes statim ab initio sub præjudicio citandæ, quod judex faciat sub 5. thalerorum mulcta, interlocutoriis sententiis super recognitione abolitis. Documenta peregrini idiomatis, quæ producens a jurato interprete versa sub amissionis pœna articulis probatoriis & reprobatoriis adjunget, itidem sunt recognoscenda, salvis iis, quæ productus in ipsa recognitione vel subsequenti disputatione contra interpretationem monenda duxerit. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 25. § 3.* Diffessurus, ad diffessionem absque interlocutoria sententia, concesso brevi 8. aut 14. dierum spatio admittetur, in documentis propriis hac formula: se nec scripsisse, nec subscripsisse, neque se sciente, aut volente ab alio scriptum, subscriptumve esse; in alienis documentis: se nec credere nec opinari, illum, cujus id instrumentum esse dicitur, istud scripsisse, aut subscripsisse. aut eo sciente volenteve scriptum aut subscriptum esse. Si pars juratura in isto termino juratam diffessionem non præstat, aut ante istum terminum ab ea iterum desistit, licet forte altera pars non comparuerit, cui, si nihil habet, quod moneat, hoc licet, documenta ista, neglectis exceptionibus, pro recognitis habenda, & diffessionem detrectanti mulcta 10. 20. & amplius thalerorum ex arbitrio judicis injungenda, nisi jurato affirmare potuit, se, cum ad diffessionem se offerret, documenta omnino pro falsis habuisse, nec eo ipso in dolo versatum esse. *d. Tit. § 4.*

bach. *ad h.t. th. 23. ubi plures, & omnes ita Auctores.* Nullo jure igitur Theseus Hippolytum incestus arguebat; eo quod Phædra chirographum suum, quo Hippolytum accusabat, morte voluntaria confirmaverat; sic ille.

Ποῖοι γὰρ ὅρκοι κρείσσονες, τίνες λόγοι
Τῆς δ' ἂν γένοιτ' ἂν, ὡς' αἰτίαν φυγεῖν.
Quo Jurejurando, quibus rationibus
Facimus probari posset, ut sis innocens?

Scil. si declaratio moribundæ non sufficiat. Euripides *Hip. v. 319.* sic ille scilicet, affectu abreptus, non judicio ductus.

16. Scriptore chirographi, contra quem profertur, negante suam esse manum, peti potest comparatio literarum a producente, ‡ prævio Jurejurando calumniæ; Instrumentum autem, cum quo comparatur chirographum controvertum, debet esse procul omni dubitatione scriptum ab eodem reo, trium testium habens subscriptionem, quorum duo saltem manum suam agnoscant: aliter nullo modo permittitur, ne quidem ex chirographo, quod ipse contra se proferat, *l. 20. C. h. t.* Et tamen ne sic quidem ex comparatione firmum oritur argumentum, ut Justinianus docet in *Præfat. Nov. 73.* quia nunquam defuerunt homines, *qui ad imitationem alienarum literarum semetipsos maxime exercent*, ut *ibidem.* Scriptura, *ex qua fit comparatio*, verba Baldi *ad l. 20. n. 34.* quæ nihil est, *nisi quoddam argumentum a simili & vero simili*, imprimis ad eum finem est fallax, minime, si chirographum non totum a scribente scriptum, sed tantummodo subscriptum sit, quo casu vix credo, legibus omnino permissum iri comparationis institutum, de chirographis enim ipsis *d. lex 2.* loquitur; & in paucis literulis summa facilitas imitationis fraudulentæ fidem corrumperet. *arg. d. l. 20. in pr.* vid. Donell. *lib. 35. Comm. ad tit. de Fid. instrum. cap. 2.* Mornac. *Auth. Ad hæc. C. h. t.* Wissenb. *h. t. th. 22.* Cæterum, hæc diligens observatio Justiniani, in Foro usque adeo exacte non servatur; sed fit comparatio ex privatis etiam scripturis, quas alii fide digni homines, maxime liberi, conjuges & propinqui, bene se novisse, quod sint a manu defuncti, prædicent: Qua in re si comparatio tantum habeatur, ut haberi debet, pro verisimili argumento, non est periculi multum; At verendum est, ne non sæpe nimium ei tribuatur, præsertim apud nos, ubi Scripturis privatis certe nimium tribuitur.

17. Fuit apud Frisios consuetudo memorata in *lib. 3. Satutor. tit. 23. n. 1. Quod in hac provincia credatur instrumento contractus confirmato manu & sigillo scribentis.* Credo quod simplicitas & sinceritas gentis hanc consuetudinem nulla falsorum experientia tolerabilem fecerit. Sed in recensendis publicandisque Statutis adjecta sunt hæc verba: *Quoniam in Authentico juxta hanc consuetudinem adnotata reperiuntur hæc verba,* ET MALE, denique, *cum incertum sit, an prædicta consuetudo in hac Provincia unquam approbata sit, vel secus: Eaque res in* HIS TEMPORIBUS *multam fraudibus occasionem præbere posset, si prædicta consuetudo servaretur, statutum est, ut posthac, quod attinet ad Tabulas & instrumenta, Jus scriptum observetur.* Sed ut Reformatores dubitant, an unquam hæc consuetudo fuerit approbata, sic ego dubito, an unquam hæc Reformatio de anno 1602. in usum introducta sit, ut jus scriptum, quod est Romanum, quoad instrumenta servaretur: Adeo quantum memoria repetere, vel a majoribus natu exquirere potui, semper valuit, quod nunc obtinet, ut instrumenta non modo a Tabellionibus, sive Notariis, sed etiam ab Advocatis & Procuratoribus scripta, & a partibus, sine ullo alio teste subscripta, vim probandi haberent; imo etiam idiographa, mediante comparatione literarum, si falli non redarguantur; etsi nec sigillum, quod vulgo abiit

‡ Hæc literarum comparatio in Saxonia nunc penitus est abolita; quod vero ad recognitionem instrumenti per testes attinet, requiritur, ut admissis adversæ partis interrogatoriis, tam quoad personas testium, quam quoad merita causæ, duo saltim adsint testes omni exceptione majores, qui se, cum documenta subscriberentur, adfuisse, aut a producto ipso, hæc sua esse, audivisse dicant; qui, si juraverint, pars ad diffessionem non admittenda, pœna 10. 20, & amplius thalerorum, quod indecenter ad diffessionem se obtulerit, dictanda, documenta pro recognitis habenda, & si res hoc ita ferat, pars adversa adhibito JCtorum consilio ad suppletorium admittenda. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 25. § 5.* Quid si productus contenta diffiteri velit? potest, si prius juraverit, extensionem, se nesciente nolenteque, factam. Si subscripsisse se fateatur, sed documentum a se non lectum esse excipiat, a diffessione arcebitur, suas vero exceptiones in reprobatione, aut si in ipsa reprobatione tale quid contingat, seperata deductione judici exponet. *d. Tit. § 6.*

in

in desuetudinem, fuerit adhibitum, haud raro admittuntur. Ego peccaturum non puto, qui ad hujus consuetudinis elogium repetat illud antiquum glossæ, ET MALE.

18. Sed posita Juris Civilis hac parte disciplina, sunt tamen exceptiones quædam proditæ ab Interpretibus, quibus privatæ scripturæ vim probandi habeant, ut sunt adnotationes parentum de statu & nativitate liberorum suorum, *l. 26. & l. 29. de Probat.* quam tamen non admittit ut exceptionem D. A. Matthæ. *disp. 9. de Judic. th. 52.* De statu certe natalium legitimo, si tertii interfit, parentum testimonia merito suspecta habentur, ut nec abnuit *d. l. 29. § 1.* Ætatis probationem, aliunde quam ex ejusmodi adnotationibus habere vix licet, ideoque in foro admittuntur in hunc usum. Secunda exceptio ponitur in Rationibus argentariorum; sed non est de regula, quia magis est, ut pro publicis habeantur instrumentis, *l. 10. § 1. de Edendo.* Idem judicandum de relationibus publicarum personarum super expeditionibus ad officium suum pertinentibus, *arg. d. l. 10. § 1.* verbis: *quia officium eorum atque ministerium publicam habeat causam.* ac ita *ubique* servatur. Publicam scilicet, non autoritate saltem, sed etiam usu atque exercitio; ne quis Tutorum ut personarum publicarum rationes, idem jus habere contendat, quo nomine pragmaticos reprehendit D. Matthæus *d. th. 26.* Tertia exceptio; si adversarius jam pro se, instrumento aliquo sit usus, id deinde contra ipsum vim probandi habere volunt. Hanc exceptionem D. Matthæus *d. th. 6.* juri scribit esse contrariam; Textum vel-lem adduxisset, aut rationem. Hæc enim videtur pro exceptione militare; *Quod enim probo, non reprobo;* quod pro me servire feci, contra me pati debeo, *arg. Rubr. D. Quod quisque jur. in alt.* Nec in Foro nostro dubitatur, quin ex instrumentis semel a partibus agnitis probatio recte petatur, ob hoc ipsum, quod agnita fuerunt; adeo ut, si, postquam in judicio agnitum est instrumentum, perierit, ex copia sive exemplo per Notarium cum originali collato, quod alioqui non probat, in eadem duntaxat instantia, jus dici possit, ut apud supremam Curiam, teste Nauta, judicatum est, *in causa Aukien Feikes, contra Franciscum a Scheltema, d. 7. Febr. 1643.* hac de re mox prefius. Addit & rejicit aliam D. Matthæus exceptionem, quæ est, quod Scriptura privata, quam plura comitantur præsumptionum adminicula, probationi sufficere possit; quod ita concedere licet, quomodo ex concursu plurium præsumptionum cumulatarum, probatio, quandoque, ut *titulo præced.* expositum, colligi potest; aliter nequaquam.

19. Quinta exceptio est in Mercatoribus, quorum rationes sive Codices rationum, habent vim probandi,‡ si Jurejurando vel morte Mercatoris sunt confirmatæ,* ut universali fere per omnem Europam consuetudine receptum est, teste Gailio *lib. 3. c. 20.* Tulden. ad *C. h. t. n. 5.* A jure Civili id alienissimum est, quin exemplo pernitiosum judicatur, ut ei Scripturæ credatur, qua unusquisque sibi adnotatione privata debitorem constituit, *l. 7. C. de Probat.* ubi nec in Fisco, nec in alio quolibet id tolerandum pronunciatur. Sed postquam Nomina contrahendi vetus ratio, quæ collatis rationibus fiebat, obsoleta est; nec in mercatura, quæ confertim exercetur, chirographa identidem commutari possunt, publica necessitas hunc morem sane quam periculosum invexit. Hæc tamen requisita merito exiguntur: 1. Quod mercator sit bonæ famæ, nec falli alias convictus, aut valde suspectus. 2. Ut rationes propria manu scripserit, quod tamen non est perpetuum. Quid enim si scribere nequeant? tum si uxor socia mercaturæ, vel alium habet institorem, ab his scriptæ rationes non repellentur: sed numeri notæque memoriales ab illiteratis factæ, non faciunt fidem. 3. Ut causa vel materia debiti sit expressa, neque sufficiant repetita nude τὰ *Item.* 4. Ut sit Liber, qui contineat data & accepta, sive *debet*

‡ Secundum jus novissimum, si utraque pars e mercatorum ordine sit. Si mercator, neglecto eo, quod de chirographo a debitore justa & præscripta forma, ut instrumenti guarentigiati inde naturam habeat, exigendo, Mandato Electorali de An. 1682. constitutum est, adversus alius ordinis hominem agat, & probationis loco librum suum producat, ordinarie non suppletorium, sed purgatorium, aut si pro actore quædam adsint alia adminicula, suppletorium, non libri mercatorii, sed quæstionis principalis est injungendum. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 30. § 4.*

* Mors Mercatoris nostri fori observantia Libros ejus non ita firmat, ut ju jurandum vivi; sed aut ab heredibus suppletorie jurandum, aut petendum, ut ob probationem e suis libris semiplenam debitores jusjurandum purgatorium subire jubeantur. V. omnino Celeb. Dn. D. Barthium in *Hodeg. Forens. p. 458.*

& *credit*, ut loquitur; qua tamen in re conditionis peritiæque hominum ratio habenda. Sane id constat, debere librum esse *pragmaticum*, non tumultuarium, in quo raptim quovis modo res annotentur. Talia fere Gailius *d. cap. 20.* quibus adde 5. Tempus, quo res acceptæ sint, esse exprimendum. Denique, si valde probabiles sint rationes, quod non debeatur, maxime si reus docere possit, se nunquam ab illo mercatore solitum emere, non potest, neque debet tribui plena fides Rationibus. Denique & hoc tenendum, Jus hoc Rationum mercatoriarum, ad res quæ ad negotiationis cujusque materiam pertinent, spectare, non ad alia: quemadmodum & fides relationum, quas alii homines publici faciunt de expeditionibus, ad quas ipsi mittuntur, & quas officii ratione peragunt, non ad exotica referri debet, ut recte Gailius *d. cap. 20. n. 8.* Atque hæc ita in usu quotidiano servantur.

DE FIDE EXEMPLARIUM.

20. Porro, effectus probationis qui tribuitur Instrumentis, ad Authentica sive originalia, non ad exemplaria pertinet, *l. 2. h.* ubi exemplum *scriptura calumniosa* vocatur, ‡ *l. 7. C. de Edendo c. 1. X. de fid. l. Instr.* Exempla vero concedere debet ei cujus interest, is qui tenet Authenticum, *d. l. 7.* etsi forte jus petentis nondum sit natum; si modo comparatum sit, ut nasci queat; velut si heres fideicommissarius ante conditionem fideicommissi existentem, petat exemplum testamenti, in quo fideicommissum sibi post mortem primi heredis relictum est. Quæ res dubium vix habet, si ab initio petatur: Quando tamen post multos annos, re jam inveterata, petitur, solent heredes fiduciarii esse difficiliores; quasi in annos suos inquiratur, posse tamen ne tum quidem negari copiam, exemplo rei judicatæ firmatum est a Nostra nostro *decis. 15.* inter *Theodorum & Hectorem Wissema*, contra *Johannem Eelkama*, *d. 10. Julii 1640.* Neque descriptum modo exemplum, sed etiam recognitum concedi debet, *l. 5. D. Famil. erciscæ.* Recognitio variis modis fieri potest; in summa, vel consensu partium solo, vel etiam auctoritate publica. Consensu partium, sine publica auctoritate, fit sæpe, quando coheredes, ut in *d. l. 5.* aliive consortes, pro singulis totidem exempla fieri curant, ea pariter recognoscunt, & pro authenticis habenda sanciunt; illa tunc inter ipsos eorumque heredes vim plenam habere probandi, non est dubium, per ea, quæ Mynsingerus habet *cent. 6. obs. 74.* Auctoritas publica pari discrimine sumenda, quo *supra* de confectione publicorum instrumentorum diximus, de Magistratu judicibusve, vel de Notariis. Coram Magistratu judicibusve recognitio fieri potest cum pleno effectu probandi, si partes, quarum interest, ad hoc vocatæ atque citatæ fuerint; qua de re videndus idem Mynsingerus *d. cent. 6. cap. 74.* Quod si Instrumenta spectent ad litem pendentem, simplex denunciatio sufficit, ad quam si pars adversa non veniat, collatio nihilominus apud scribam publicum, cum effectu probationis in ea lite, sicut apud nos, procedit, ex Statuto *lib. 3. t. 23. § ult.* Absque citatione igitur vel denunciatione, facta collatio a Judice vel a scriba publico, non tribuit vim probandi.

21. Proinde nec collatio a Notario, apud quem citatio non habet locum, sine partium consensu facta, vim eandem habere potest: Nisi forte, *si sit idem Notarius, qui scripsit authenticum*, isque inde fecerit descriptum atque recognitum, *hoc habeat vim probandi*, ut tradit Mynsingerus *d. obs. 74. n. 3.* quod notabile esset, inprimis ad usum nostrum; In quo hæc nondum recepta, vel cognita, quod sciam, est exceptio; sed recipi debere videbatur, ob has rationes: Primam; Quia tunc est eadem auctoritas, qua primum originale confectum est, eadem fides publica, in eadem persona: Alteram, quia Doctores consentiunt, exemplum e Protocollo, id est authentico, sub fide manuque ejusdem Notarii descriptum, vim perfectam habere probandi, non extante li-

‡ Hac occasione ex jure novissimo annotabimus, documentorum ab adversa parte productorum, vel alias apud acta jam reperiundorum exempla, non amplius producenda, sed remissionibus ad actorum folia utendum, quæ si plane non, aut non recte sunt allegata, pœna negligentem manet 5. thalerorum. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 24. § 1.* Cæterum si documentum præter id, quod in controversia est, alia contineat, sufficit istam, quæ ad præsentem litem facit, partem, per modum Extracti, articulis subjunxisse, addito documenti initio, fine, & subscriptione, quo facto inducens documento illo amplius non, quam quatenus excerptum est, utetur. Extra istum casum, documentorum, quæ in producentis manu sunt, exempla integra articulis adjungenda, nec altera parte invita revocanda, aut negligenda instrumenta semel inducta, nec in inductione aliis signis & characteribus, præter literas, numeros, & planetarum signa, sub 5. thalerorum mulcta utendum. *d. Tit. § 2.*

cet

cet Protocollo, ut *supra* dictum est, & probat D. Wissenbach. *ad h. tit. th. 25.* nec non usus omnium locorum, in quibus Protocolla usurpantur, confirmat. Ergo exemplum de Authentico ipso ab eodem Notario descriptum, licet authenticum perierit, vim æque probandi habeat oportet. Rationes minime spernendæ equidem: Hæreo tamen, nec satis scio, an ejusmodi hoc jus sit, quod in usum (ut, si legale sit, fieri oporteret,) provehi debeat. Justinianus in *Nov. 73.* id agens, ut instrumenta caute conficiantur, fidem Tabellionum non sufficere solam statuit, sed testium præsentiam insuper accedere jubet, *cap. 5.* Verum in exemplo deinde ex Authentico descripto, solius Tabellionis fides, sine testium conscientia reperitur; quæ si non sufficiat in primo originali componendo, nec in recognito faciendo metum negligentiæ aut malitiæ penitus amoliri potest. Unde cadit prima ratio, quæ Mynsingeri est; etsi enim eadem sit persona Tabellionis, non adsunt iidem testes, & quod magis, utraque pars abest, quarum subscriptiones Authenticum ab omni suspicione liberant; Quantum igitur abest, ut eadem sit auctoritas in exemplo per Notarium descripto, quæ fuit in *originali* primum condendo! Ratio altera ab usu Protocolli desumpta, non valet Jure Civili, quo id genus Protocolla ignorantur; nec apud nos, ubi similiter ab usu remota sunt. Dein exempla Notariorum e Protocollis descripta, valent ideo ad probationem, quia se referunt ad authenticum, quod semper in Protocollo haberi potest; rarissime enim fit, ut Protocolla pereant. Si placuerit, ut ejusmodi casu inopinato exempla retineant fidem, quam prius habuerant, inde male ad exemplaria quorumvis instrumentorum, quæ facilius pereunt, consequentia ducitur: maxime contra juris rationem modo demonstratam.

22. Roget aliquis, an ubi instrumenta valent sine testibus, ut apud nos a solo Tabellione, Procuratore, aliave persona publica scripta; si ab hisce *copiæ* sive exempla scribantur, utrum hæc vim probandi habeant, quia testium defectus ibi non obstat? Ne hoc quidem dicendum: etsi enim testium defectus heic non noceat, partium tamen aut partis obligatæ subscriptio, quæ non minoris est momenti, deficit: Ideoque sine consensu partium facta ejusmodi descripta & recognita non merentur fidem, in eoque *per jura modo laudata* desinendum. Hoc tamen observato; si persona publica daret exemplum instrumenti, quod nullius habeat subscriptionem, sed quod totum a fide ac officio illius dependeat, ita ut authenticum ejus per se habeat vim probandi, tunc etiam ejus scripturæ exemplum, ipsius manu editum, eandem vim obtinebit. Ita qui publicis monumentis præsunt *Secretarii*, exempla actorum edentes, fidem faciunt sua manu. Idem de exemplis Actorum Consistorialium, editis a Pastoribus; de exemplis professionum, quæ sunt in baptisteriis a Custodibus templorum editis sub ipsorum manu, servatur, & quo minus servetur, nihil obstat *per jura citata.*

23. Ex superioribus nihil dubii relinquitur, si collatio facta sit ab aliis Tabellionibus, Advocatis, Procuratoribus, Secretariis, quam qui Acta contractusque pro aliis scripserunt, quin ex illis probatio peti & jus dici nequeat, etsi alia concurrant adminicula præsumptionum, quibus efficiatur, ut δύσωπτον prædurum videatur, ejusmodi exemplis negare fidem. Observatum hoc est in sequenti exemplo. *D. Petrus Lomers*, Consul Franekeranus, & Ordinum Frisiæ legatus Novemvir, petebat hereditatem fideicommissariam a *D. Johanne Suiderbaen*, ejusdem dignitatis Consule Doccumano. Nitebatur Actor exemplo Testamenti scripti ab optimæ fidei Notario, qui testis citatus non modo declarabat, se tale testamentum, quod bene meminisset, rogatu illius Testatoris scripsisse, verum se quoque e stylo agnoscere suum dictamen: Recognitum erat ab alio Tabellione non minus probo & diligente, qui subscripserat; *hoc exemplum verbotenus cum Authentico suo convenire.* Repulsus tamen est actor *ante magnas ferias 1679.* Optandum esset, ut similis accuratio in Authenticis observaretur. Qui enim hæc cohærent; Notario publico non creditur exemplum describenti ex Authentico, ne non aliquid desit; sed eidem Authenticum scribenti creditur soli, quod manus subscripta, sit debitoris? Scio, quosdam in disceptatione super illa causa putasse, non ideo probandi vim notariali exemplo denegari, quod fides Notario non habeatur, sed quod incertum haberetur, an non principale sive Authenticum esset abolitum vel cancellatum: quod, ut apparet, non est de nihilo. Sed tamen hæc ratio non minus obstat exemplis *vidimatis*, quæ vocant, sive publicis *copiis*, in judicio, post citationem partium solenniter, vel conventione eorum quorum interest, recognitis & confirmatis: Etiam quando per testes rei gestæ veritas, amisso instrumento, probatur.

Neque tamen illis casibus probandi virtutem labefactari, vel negari videmus. Sed hac de re adhuc aliquid sub *fin. h. tit.*

24. Atque ex his intelligitur, quid de exceptione generali, quam D. A. Matth. *d. disp. 9. th. 73.* & Wissenbach. ad *h. t. th. 24.* iisdem uterque verbis collocant, sit judicandum: Post regulam; *Authenticum probare, non exemplum.* ajunt: *Excipiendum est illud, quod fide publica & optima ex Authentico descriptum est, l. chirographis. 57. de Admin. Tut.* Nimis crude ponitur exceptio, cui præcipuum requisitum, *Citatio* partis cujus interest, deest, ut non modo Mynsingerus *dd. locis*, sed & Gailius *l. 94. 28.* scriptoresque ab illis laudati probant. Lex *Chirographis*, quam citant Præceptores nostri, non agit de exemplaribus; sed de fide Inventarii, quod vere publicum est Instrumentum. Hæc res facit, ut religio sit illis adsentiri, qui volunt, instrumenta in publicos indices sive codices redacta, hoc ipso vim probandi habere. Scilicet, instrumenta obligationum hypothecaria, jus prælationis acquirunt insinuatione facta in libros, qui publice in hunc finem a scribis judiciorum habentur; & testamenta, quibus fideicommissa continentur, cis biennium in publicos etiam libros apud Curiam redigenda sunt, alioquin irrita fiunt. Si post insinuationem Authentica pereant, ex illis exemplis, quæ in publicis istis codicibus habentur, Probationem peti posse, sunt qui volunt. Non censeo; quia descriptio illa fit partibus non vocatis, dum vocari possent. II. Quia descriptio illa non fit in eum finem, ut probationi inserviat, sed ut Legi ob usum plane diversum satisfiat. III. Quia descriptio non fit a publicis personis, sed plerumque ab amanuensibus non juratis. IV. Quia fideicommissariis descriptis, ut apud nos habentur, nulla judicialis recognitio adhiberur; insertio sola, vel subscriptio, ad scopum Legis sufficit. At ita consultus respondi *d. 3. Mart. 1638.*

Justior exceptio fuerit, quod, si instrumentum qualitercunque recognitum a partibus admissum, & secundum illud jus dictum fuerit, idem exinde in aliis quoque judiciis pro valido ad probandum habeatur; quia partium consensu sic satis illud approbatum videtur, idque indubitati Juris est ac moris in Foro: ut in novissima disceptatione rei maximæ de causa *Amelandica*, ex vetustum testamentorum exemplis antea quoque productis, in Suprema Curia judicatum est. Alio tempore Fideicommissi petitio adjudicata est, e copia sive exemplo Testamenti, sine partium voluntate collato; propterea, quod Authenticum alias in judicio agnitum superque eo lata sententia fuisset, ac in divisione inter coheredes agnitum. Cui accedebat, quod duo testes fideicommissum illud, in Authentico ita, ut in exemplo apparebat, scriptum fuisse deponerent in causa *Dd. Marci & Lælii a Lyklama*, contra *Elkam ab Aylva, ante ferias natalit. 1681.* Plus dubii fuit in eo, quod *supra n. 18.* memoravimus exemplo. Illic authenticum exemplum, in rio lit. exhibitum adversario, nec ab eo contradictum, pendente lite, perierat: nec aliud quam exemplum, a scriba publico recognitum, supererat. Reus, non posse ejus a judice rationem haberi, & sibi quoque ad refutandum authentico opus esse, contendebat. Sed Curia Actorem ad juramentum misit, *non esse* factum opera doloque suo, ut Authenticum interiret, admittere non dubitavit, ac ita secundum exemplum jus dixit, inter partes *supra* dictas, *d. 7. Febr. 1643.*

25. Tempus exhibendi instrumenta, fuit olim idem cum Editione, quæ cum in jus vocatione fiebat, ut olim didicimus ex *l. i. § 2. de Edendo.* ubi monitum fuit, exempla instrumentorum edenda esse sine die & Consule, quod hodie secus fieri diximus, & quare, ad *tit. de Edendo. Part. II. pag. 616.* Cæterum, ista exhibitio erat præparatoria. Dein rursus ad probandum vel eadem, vel alia deinde reperta instrumenta pro luci poterant, usque ad conclusionem in causa, secundum ea, quæ de termino probationum generali, dicta sunt *ad tit. præced.* Moribus hodiernis, exhibitio instrumentorum ‡ fit, vel ante, vel post interlocutoriam. Ante, quando junguntur libello aliive Scripturæ litis, in qua fit mentio instrumenti cum intentione probandi; tunc enim exhiberi debet, ut adversarius in ea, quæ ibi videntur, animadvertere possit; qui alioqui respondere non tenetur, ut

‡ Documenta inducta, quorum editio non exspectatur, in productionis termino, in prima vel secunda positione sub desertionis pœna, originaliter sunt producenda, &, ad acta, facta annotatione, authentica in judicio relinquenda, donec adversa pars ea satis inspexit, deinde parti sunt reddenda, relata tamen prius ad acta judicialiter vidimata copia; immo, si de forma instrumenti disceptatum est, retinendum est apud acta, parti redditis literis de hac retentione testantibus, & simul cum actis ad JCtos transmittendum. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 25. § 1.*

Statutis

Statutis noſtris expreſſum *lib. 3. tit. 19. art. 5.* Propterea non eſt fas reo, in ultima ſcriptura, ubi in ſcriptis proceditur, inſtrumentum exhibere, quoniam actor illud tum refutare non poteſt; vel ſi reus id fecerit, actor ad ultimam illam ſcripturam poteſt reſpondere, nulla rei contradictione permittenda, ut noſtrates præcipiunt in *d. art. 5.* Poſt interlocutionem de probando, fit productio inſtrumentorum vel iterata, vel nova. Iterata, quando interrogationes invicem proponuntur: tunc enim juxta poſitiones de factis controverſis, quibus ea probandis exhibita fuerunt ante interlocutionem, rurſus iisdem confirmandis adhibentur & adhiberi debent, alioqui non probant, ut vult Mynſinger. *cent. 2. obſ. 13. pr.* ac ita judicatum in Camera teſtatur, cujus tamen rei non video rationem. Cur enim quod ante interlocutoriam, in forma probante ut adverſarius id refellere potuerit, exhibitum eſt, & quod ſemel probatione functum eſt, ad finem usque litis probationi non ſufficiat? Fit quidem ſemper, & fieri debet, ut denuo apud interrogationes poſt interlocutoriam proferatur: Verum ſi quis *remiſſive* in poſitionibus inſtrumentum ante exhibitum & quod etiamnum apud Scripturas ante interlocutoriam extat, vel in promptu haberi poſſit, laudet, eoque provocet, non putem id vim probationis amiſſurum. Niſi fallit memoria, vidi id quidem accidiſſe, ut Curia noſtra non rejiceret demonſtrationem.

26. Nova productio fit poſt interlocutionem, eorum Inſtrumentorum, quæ prius allegare probationis cauſa uſu non venit, eaque adverſarius per reprobationes ſuo arbitratu & quovis tempore, donec probationes publicatæ ſunt, refellere poteſt. In quem finem apud officium Commiſſarii, quo parti adverſæ inſinuentur, tradenda ſunt, addito, in quem finem proferantur, *d. lib. 3. tit. 23. art. 3.* Idque non poteſt commodius adminiſtrari, quam fit quotidie, ut novæ poſitiones adverſario apud Judicem proponantur, quibus mediis probatio ex novis inſtrumentis inducitur. Poſt publicationem, ante concluſionem cauſæ & renunciationem, adhuc inſtrumenta exhiberi poſſunt in judicio, præſente adverſario, cui judex ad refutandum ſufficiens ſpatium præfigat, *d. tit. 23. art. 4.* Poſtquam vero partes in cauſa concluerunt, nulla amplius Inſtrumenta proferri poſſunt: niſi quæ forte deinceps reperta fuerint, idque cauſa cognita, ac ut videtur, reſtitutionis in integrum beneficio, cum Lex nullam producendi, quam ante concluſionem, tribuat copiam; etſi id aliis diſplicet, ut Mynſingerus indicat *d. cent. 6. obſ. 56. n. 9.* Sed apud nos ita ſervatur, & recte; Quid enim eſt aliud Reſtitutio, quam amiſſi juris redintegratio? & quis negat, jus inſtrumenta proferendi, per concluſionem amiſſum, aut etiam alias per lapſum termini dilationis peremptoriæ a judice præfixi? Sane, ſi pars adverſa non contradicat, productionem rite fieri, non eſt ambigendum, Mynſinger. *ibid. n. 10.* Poſt ſententiam an inſtrumenta noviter reperta †† proferri poſſunt, ad effectum ſententiæ, & *Tit. de Re Judic.* pertinet, eoque id referemus. Tu vide ſis eundem Mynſing. *cent. 4. obſ. 60.*

27. Hactenus de effectu probationis, quem habent Inſtrumenta circa res & acta, de quibus concepta ſunt. Non habent eandem vim circa res alias, & acta quæ referuntur in illis, ſed obiter, & de quibus inſtrumentum non fuit ex profeſſo compoſitum, etſi Notarius id a ſe viſum lectumque adfirmet, *l. ult. de Probat. Auth. Si quis in aliqua. C. de Edend.* Fachinæ. *12. controv. 3.* A. Matth. *diſp. 9. de Judic. n. 66.* Similiter exhibitio inſtrumenti obligatorii, non probat ſola mandatum vel ceſſionem, ſed hæc factum ſuum peculiari probatione præbere debet, *arg. dd. ll.* etſi in inſtrumento ſcriptum ſit, pecuniam legitimo exhibitori reſtituturum iri; cum facti ſit, utrum legitimus ſit, an ſecus. Plane, ſi inſtrumentum non habeat nomen certi creditoris, ſed in commodum exhibitoris generaliter ſit conceptum, qualia noviſſimis belli temporibus edidit Respublica noſtra, ſecus eſt dicendum: tunc enim inſtrumenti exhibitor eo ſic ut numinis utitur. In cæteris vero ſola inſtrumenti poſſeſſio non ſufficit. Hinc rejectus eſt Adminiſtrator Eccleſiæ cujusdam, qui diu poſt rationes redditas apocham, quadringentorum florenorum pro Eccleſia erogatorum a Tertio, exhibebat, cui tertio narrabat ſe ſolviſſe pecuniam, ſed non probabat ceſſionem, vel ſolutionem a ſe factam. *Jacobus Adama; contra Curatores templi Arumenſis. ante fer. natal. 1681.*

†† Ob quæ juramentum deferendum, ut conſter, tempore probationis aut reprobationis producentem, aut penitus nihil ſciviſſe, aut, ubi exſtiterint, prorſus ignoraſſe, modo hoc caſu legitime fuerint inducta. Cæterum iis, qui reſtitutionis in integrum beneficio gaudent, ſi nulla doli mali aut protractæ temere litis eſt ſuſpicio, quod ad hoc juramentum attinet, merito parcitur, *O. P. S. E. I. & E. Tit. 24. § 3.*

28. De-

28. Denique, præcipua Scripturæ virtus hæc eſt, ut res in ea contentas & actas probet; nec tamen ideo minus res geſta valebit, eo quod nullum ſuper illo negotio confectum fuerit inſtrumentum, ut docet *Lex pen. h. t. l. 3. C. de Probat. & l. 1. C. de Dot. caut.* Quippe Scriptura nihil ad ſubſtantiam rerum pertinet, extrinſecus tantum ob uſum probationis accedit. Verum tamen eſt, naturam negotiorum ſæpe ejusmodi eſſe, ut vel ad neceſſitatem, vel ad eſſentiam requiratur: Quid heic eſſentia & neceſſitas, etiam in Jure noſtro differant, in *Parte II. Digreſſ. lib. 2. cap. 20.* demonſtratum eſt: In univerſum igitur triplex Scripturæ virtus eſt; Aut enim ad eſſentiam pertinet; aut ad neceſſitatem; vel denique ad probationem. Triplicis hujus Scripturæ virtutis exemplum, dari poteſt in Teſtamento; Nam hoc aliquando ita conficitur, ut Scriptura non ſit neceſſaria, ſed probationis cauſa tantum adhibeatur: aliquando Scriptura neceſſitatis eſt, ab eſſentia tamen aliena: quandoque ad ipſam requiritur eſſentiam. Primo enim quando Nuncupativum conditur teſtamentum, ad hoc non adhiberi Scripturam, vox ipſa loquitur, nec tamen aliter fieri ſolet, quam ut teſtatoris voluntas memoriæ & *probationis ergo* in Scripturam redigatur. Rurſus, Teſtamentum cæci debet eſſe nuncupativum, & tamen hoc ipſum in Scripturam, ut valeat, neceſſario redigendum eſt, *l. 8. C. Qui teſtam. fac.* Tamen hæc neceſſitas *μὴ δηλοῖ τὸ τι ἐστιν*, non facit ad demonſtrandum, *quid res ſit:* Manet enim nuncupativum, ac ita non facit ad eſſentiam, quia tum ſcriptum oporteret eſſe teſtamentum, quod eſſe non poteſt. Tale vero fit, quando Teſtamentum conditur in Scriptis: tunc enim Scriptura *εἰς τὸ τι ἐστιν συμβάλλεται*, confert ad deſignandum, *quid res ſit*, quomodo eſſentiam deſcribit Porphyrius *Iſag. cap. 3.* vocaturque *Scriptum* Teſtamentum. Similis differentia conſpicitur in omnibus negotiis, quæ hoc modo contrahuntur, ut in ſcriptis perficiantur, de quibus agit *Lex 17. C. de Fide Inſtrum.* Scriptura, quæ plerumque non niſi probationis ergo adhibetur, eo caſu ad neceſſitatem quidem, non tamen ad eſſentiam pertinet; Manet enim v. gr. Emptio venditio, contractus *Conſenſualis*, nec etſi in ſcriptis celebretur, fit literarum obligatio, cujusmodi mutationem, ſi eſſentia mutaretur, fieri oporteret. Certe in obligatione Literarum, Scripturam ad eſſentiam negotii pertinere, ſatis ex iis, quæ *ad tit. Inſt. de literar. obligat.* dicta ſunt, manifeſtum eſt.

29. Explicitum eſt de *Fide Inſtrumentorum.* Sequitur altera pars hujus Rubricæ de AMISSIONE eorundem, de qua nihil eſt in *nigro*, præter id quod in *l. pen.* habetur; non deſinere negotium valere ideo, quod in ſcripturam non ſit redactum, modo aliunde probetur. Unde recte ſecundum Rubricam colligas, Inſtrumenti amiſſionem non nocere veritati, ſi aliunde factum adſtrui poſſit. *l. 1. 4. 5. 6. 8. 10. 11. C. h. tit. & l. 5. C. de Tranſact.* Imo, ſi debitor convictus ſit, inſtrumentum furto ſubtraxiſſe, id ipſum & ſolum ad probationem debiti ſufficere, dicitur in *l. 20. C. de Probat.* modo, ut res loquitur opus eſſe, argumentum ejus conſtet, quod tum ſine dubio ex *copia* ſive exemplo vulgariter recognito fieri poſſet: ut hic etiam caſus, quo exemplum probet, ſuperioribus addi queat. Verum quid ſi negotium in ſcriptis ita contractum ſit, ut Scriptura ad neceſſitatem vel etiam ad eſſentiam pertineat, an tunc amiſſio Scripturæ, eſſentia quippe ſublata, non tollit rem ipſam? Non videtur: Si modo quod in inſtrumento comprehenſum fuerit, aliunde probari poſſit, *d. l. 1. C. h. t. & l. un. D. Si Tabul. teſtam. ex tab.* ubi hereditas ſive bonorum poſſeſſio peti poteſt, etſi tabulæ, quas ad Eſſentiam teſtamenti ſcripti pertinere demonſtratum eſt, poſt mortem interierint.

30. Dices, Quomodo in hoc caſu ſciri poteſt, an teſtamentum fuerit jure factum, ſi non appareat ſcriptura. Teſtes enim de cunctis ſolennibus & myſteriis teſtamenti, deponere non poſſunt? Dicendum eſt, duo tunc videri eſſe neceſſaria: Primum, ut adſit exemplum Teſtamenti recognitum, etſi non ſolenniter. Et ſecundo; Authenticum ab heredibus poſt mortem fuiſſe inſpectum & approbatum. Hoc enim ſi factum ſit, univerſa Scripturæ boritas ſatis probata videtur & tum per teſtes ſingula capita in illo contenta facilius probari poſſent, quemadmodum accidit in cauſa modo relata *Lykiamana*, ubi, juxta teſtamentum facta erat inter coheredes diviſio: & Teſtes duo, fideicommiſſum in eo relictum fuiſſe, præter alia, quæ aderant argumenta, *deponebant.* Ac ita conſultus reſpondi in tali ſpecie; Teſtamentum perierat, ſed exemplum ejus in indicem publicum, qui fideicommiſſorum cauſa habetur, erat redactum, & extabat aliud a Tabellione recognitum; Duo præterea vel tres erant teſtes, qui Authenticum viderant

viderant post mortem Testatorum, & de contentis ejus adfirmabant. Respondi, si testes post mortem testatoris vidissent testamentum, & de requisitis etiam adfirmare possent, vel si actus aliquis coloredum, quo Authenticum ipse vidisset, proferri posset, sufficere exemplum. Et ejusmodi actum videri diximus, quod heredes Authenticum in publicos indices referri curassent, *d. 3. Mart. 1689.*

Cæterum, quando accidit, ut tabulæ post mortem perierint, non potest non habere locum scrupulus, quem *supra* attigimus, an *Authenticum a Testatore non fuerit abolitum.* Quam rem alioqui circa instrumentorum amissionem, non parvi ponderis esse, apparet. Et quidem de Testamentis statuendum videtur, ea non valere, si Authenticum tempore mortis non extiterit. Quod si Testes, non modo de contentis, sed etiam de omnibus Testamenti requisitis adseverare possent, quod difficulter eveniet, dicendum foret, petitionem quasi e testamento fieri posse, secundum *l. 2. § 3. de His, quæ in testam. del. induc. d. l. un.* quia Scriptura pertinet ad essentiam testamenti, quod tempore mortis demum habet suam perfectionem; id autem de Scriptura Testamenti factioni adhibita, hoc est de Authentica sola, verum est, *d. l. un.* Proinde licet exemplum optima fide publiceque vel ab ipso Testatore cum Authentico collatum sit, difficile tamen dictu est, si Authenticum tempore mortis non extet, exemplum quomodocunque recognitum habere vim testamenti; certe, nisi heres, Testatorem in eadem voluntate ad extremum usque perseverasse, vel exemplum illud habuisse pro Authentico, probaverit. Non minor difficultas se proderet, si quis ad antiquum debitum, principali obligatione amissa, petendum, exemplo αὐθεντικῶς recognito uteretur: Utique, nisi a partibus id exemplum fuisset agnitum, vel ea gratia ex Authentico descriptum esset, ut hoc abolito, illud pro authentico valeret. Alioqui si justa sit causa dubitandi, an instrumentum principale non sit abolitum, cancellatum, aut apocha inductam, non facile ex eo solo dabitur petitio adversus negantem se debere, atque in alieno versantem facto: ut probatio solutionis ab eo nequaquam exigi possit. Idem obstabit, si Creditor amisso instrumento per testes probet, obligationem fuisse contractam. Nec enim ita potest fundari petitio veteris debiti, contra negantes, nisi probari possit, quando perierit, & quod ante ἀμέσως, immediate in vigore fuerit.

131. Hinc adeo difficilis est usus ejus juris, quod habetur in *l. 57. de Administr. Tut.* uni instrumentis incendio absumptis, ex inventario actiones institui posse dicuntur. Hoc enim ut procedat, constare debet, instrumenta nuper extitisse, & in domo combusta fuisse; id enim ponitur in *d. l. 57.* Nec ita res difficultate caret. Meo tempore ventilata est ejusmodi quæstio; Tutor per tumultuariam fugam anno 1672. coactus erat e finibus Frisiæ migrare in tutiora loca. Pupillus in ea fuga dicebat instrumenta sua periisse, inter alia obligationem ad octingentos florenos Philippicos. Hanc summam petebat ex inventario judicialiter facto *d. 8. Octobr. 1688.* Commissarius & duo, qui subscripserant Inventario, testabantur, obligationem tunc fuisse præ manibus, Accedebat verisimilis, sed non plena probatio, instrumentum illud in ea fuga periisse. Ex eo post decennium fere pupillus movit actionem debitoribus, aut eorum heredibus; Qui negabant, se debere. Cum autem ille nihil proferret quam Inventarium, in quo nomina simpliciter & summatim recensebantur, major pars Dominorum non censuit, ex eo solo dandam esse condemnationem; cum nec instrumentum eo tempore periisse, vel quo tempore id evenisset, exacte demonstrari posset, nec, an solutione debitum non fuisset peremptum. Movebat etiam, quod Inventarium minus solenniter & exacte compositum esset: in causa *Swantie Pieters Impr.* contra *Luytien Kœnes Geden. ante fer. Nat. 1681.* Agemus hac de re denuo ad *tit. de Administrat. Tut.* Tu vero ex his aliisque supra dictis observa sis iterum, quam necessarius sit usus protocollorum. Item, Patremfamilias recte facere, si Authenticum obligationis instrumentum, quod redemit, custodiat, ne ex descriptis aliquando convenietur. Denique, multa opus esse Judicum prudentia in omni hac probationum materia.

Tit. V.

De Testibus.

I. Discrimen inter causas arcendi testes, & reprobandi, ejusque usus. II. QUINAM PENITUS ARCEANTUR, ubi variæ observationes. III. Quinam in certis causis, primo de subjectis in causa Principis. IV. De mutis, surdis, & cæcis. V. De mulieribus, & minoribus annis 25. & hæreticis. VI. Quilibet in sua causa. VII. Socii negotiorum & Criminum, non municipes. VIII. Advocati, Executores negotiorum, & quid hi, ad l. ult. h. t. item proxenetæ. IX. Judices in causis officii sui. X. Domesticos prohiberi, & quinam illi. An & famuli ingenui. XI. An fratres atque sorores. XII. De amicitia atque inimicitia. XIII. Personæ, quæ non absolute prohibentur, sed minus fidei merentur, ut infames vulgariter, viles, hæretici, cognati. XIV. Quibus invitis testimonium denuntiari nequeat. XV. An hoc in causis quoque civilibus obtineat. XVI. An affinitate soluta, duret privilegium. XVII. An Advocatus sit inter eos. XVIII. Quot testes requirantur, & de multis singularibus. XIX. Plus minusve fidei non pendere semper a numero, sed & a ratione scientiæ. XX. De testibus auritis, & oculatis. XXI. An specialiter rogandi. XXII. Modus & locus producendi. XXIII. Quibus necessitas veniendi in locum judicii remittatur. XXIV. An testes coram adversariis examinandi. XXV. De testibus extra vel ante judicium. XXVI. De Testibus in perpetuam rei memoriam. XXVII. De juramento testium. XXVIII. Quid adversario faciendum ante testium examinationem. XXIX. Quæstio peculiaris in eam rem. XXX. De articulis interrogatoriis. XXXI. Qua forma testes respondere, & responsa scribi debeant. XXXII. De reprobatione testium. XXXIII. Quot productionibus uti liceat. XXXIV. Judicis officium post omnia.

Constantinus Augustus ad populum; *In exercendis litibus eandem vim obtinent, tam fides instrumentorum, quam depositiones testium, l. 15. C. de fid. instrum.* de Testibus igitur agendi locus est præsentis Rubricæ. De fide effectuque probandi, quem habent testes, non erit perplexa quæstio, sed quinam admittendi sint ad testimonium perhibendum, difficilius explanatur. Summa distinctio & observatio est, testes aut prohiberi penitus, aut reprobari duntaxat. Prohibentur, qui plane non audiuntur; Reprobantur, quibus auditis aliquid objici potest, ‡ quo minus fidem mereantur. Ob primum genus Causarum, ubi testes producuntur, ab adversario fieri debet oppositio, superque eo lis obiter, an sit talis, quem lex arceat, ventilatur: Nam si de facto id constet, vel non audiendus est a judice, vel dicta ejus pro nullis habentur, ut nec ulla opus sit lite. Sed quia judex ultro vix cuiquam negat audientiam, & tamen ut ejusmodi testes audiantur, non caret præjudicio, semper ubi talis aliquis producitur, adversarius omittere non debet, quin se opponat examini, & fiat lis incidens. Imo plerumque, tametsi causæ non tam sint juridicæ ad arcendum, quam probabiles ad reprobandum, & paulo prægnantiores sint, oppositione solent uti; quod alioqui judices disputationibus reprobatoriis animum vix attendere soleant, nisi per oppositionem *in forma*, ut ita loquar, urgeantur. Argumenta reprobatoria vocabulo e Latino, Gallica corruptione, *Reproches* in foro appellantur. Quæ vero sint causæ testes omnino arcendi, quæ sint reprobatoriæ, ex sequentibus patebit.

2. Personæ prohibitæ vel ab omnibus arcentur testimoniis, vel a certis duntaxat. Ab omnibus qui prohibentur, sunt I. SERVUS, etenim

‡ Testes penitus prohibiti, a Judice ne quidem citari debent: omni exceptione non majores, aut, qui inviti testimonium non dicunt, citati comparent, ex his posterioris generis testes suas in termino exceptiones proponant, aut si, se cogi non posse, satis constet, scripto sua jura ante terminum allegant, quibus parcendum esse, si in sententia postea pronunciatur, sumtus a se factos a producente omnino possunt repetere. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 22. § 1.* Cæterum, si testis respondere, aut responsurum productus admittere nolit, super exceptionibus ejusmodi judicis est arbitrium, cui si stare nolit testis, aut productus, observanda, quæ occasione interrogatoriorum, *ib. Tit. 20. § 8.* statuta, *d. Tit. § 2.*

testis,

testis, homo liber esse debet, *l. 11. C. h. t.* & servi ab omni juris communicatione præcluduntur, *l. 20. § 7. Qui testam. fac.* ut tamen in subsidium, aliaque probatione deficiente, fuerint auditi, *l. 7. h.* etiam contra dominos in certis causis, *l. 53. de Judic.* II. Furiosi & DEMENTES, *l. 20. § 4. qui test. fac. poss.* ubi a testamentis quidem arcentur, sed ratio est generalis, *cum non sit compos mentis*, & quia nullum negotium gerere idonei sunt, § *Furiosus I. de inutil. stipul.* Quæ ratio cum esset in PRODIGIS, qui ingenio sæpe non destituuntur, hi a testimonio penitus repellendi non videbantur; sed luxuria & malitia meriti sunt, ut pro furiosis hac etiam parte habeantur, *l. 18. Qui testam. fac. arg. l. 40. de R. J. l. 6. de V. O. l. 12. § ult. de Tut. & Curat. dat.* D. Matthæus *d. disp. 9. th. 6.* III. SURDI etiam *mutique simul*, omnino prohibentur, in § *testes. I. de Testam. ordin.* ubi de testamentis quidem agitur; Sed in judiciis nihilo magis amitti possunt, quia nec interrogationes audire, nec responsa effari e possunt, quod est necessarium in *l. 3. § 1. in fin. h. t.* Verum surdi, mutive tantum, sive seorsim ita affecti, magis est ut inter eos, qui secundum quid prohibentur, referendi videantur, ut *mox videbimus.*

IV. IMPUBERES penitus prohibentur, *d. l. 3. § pen.* quo loco ex lege Julia de Vi. prohibitio illa descendere dicitur: sed non est dubium, quin ubique valeat, *l. 19. § 1. h. t.* nec fallit regula in pubertate proximis, ut vult Bachov. *not. ad Wesenb. n. 3.* Refertur autem hæc ætas ad tempus ferendi testimonii, non ad tempus rerum perceptarum: Ideoque si puberes facti, de rebus, quæ pubertate proximis obtigere, cum ratione adseverateque testentur, nihil est causæ, cur iis credendum non sit, ut Dd. communiter, teste A. Matthæo *9. de Judic. n. 10.* Scilicet, ad fidem probationis faciendam, impuberes ipso jure prohibentur: Sed ad Præsumptionem colligendam audiri possunt, & audiuntur, etiam in criminalibus, maxime si quid ipsis evenerit; quomodo duas puellas jussu Curiæ, Commissarius an 1680. propterea quod fœdo modo a quodam reo contrectatæ indigneque habitæ dicebantur, examinavi: Quia tamen nihil quam illarum adseveratio extabat, ne quidem ad tormenta, homo nec alioqui malus est, condemnatus: Adquæ tamen in atrocioribus delictis, ubi aliæ præsumptiones suffragarentur, sæpe valuerunt: quomodo Nauta refert, puerum octennem, cum de homicidio probando ageretur, fuisse examinatum, *d. 10. Jun. 1645.* at tum scilicet; absque juramento, quod ætas illa non capit, *l. 34. § 2. de Jurejur.* V. Qui judicio publico DAMNATI, nec restituti sunt, *d. l. 3. § 5.* VI. Qui se ad pugnam cum BESTIIS locaverunt, *ibid.* VII. Ut & qui pecuniam testimonii dicendi, vel non dicendi causa acceperit. VIII. Denique SCORTA publica, *l. 3. § 5. h. t.* ubi legis quidem Juliæ fit mentio, sed generalem esse prohibitionis intentionem, patet ab impuberis exemplo, & ex *l. 14. l. 15. pr. & l. 18. h. t.* Græcos in *basilicis lib. 21. tit. 1. § 4.* ad legem Juliam hæc restringere, scribit D. Matthæus *d. disp. th. 12.* Atqui ita scribunt, *περὶ βίας ἃ μαρτυρῶσι, de vi testimonium non dicunt* supra dicti; quibus nihil diversum dicunt a verbis Callistrati in *d. l. 3. § 5. Lege Julia de vi cavetur &c.* Usum vero prohibitionis esse generalem, non magis illi negant, quam Callistratus, & Scholiastæ Græci ad *d. locum Basil.* differre adfirmant. Iidem Scholiastæ, ex Constitutione recentiore, scortis addunt LENONES *τὰς μαστροπίαν ποιοῦντας*, & merito. Idque ita servatur, Curiæque nostræ visum est in quodam lenone & ejus uxore, in suburbio Leovardiensi, qui de rebus domi suæ gestis erant deposituri, in causa *Henrici Conteri, contra H. de H. ante ferias natalit. 1679.*

IX. In *d. l. 3. § 5.* damnatis judicio publico subjicitur, *Quive in* VINCULIS *custodiave publica erit.* Hæc verba sic collocantur seorsum ac ita vulgo recensentur, quasi omnes in vinculis publicis detenti, ab omni testimonio excluderentur, ut nec audiri possent; quod non habet rationem, cum etiam ob æs alienum & modica delicta carcerum coloni fiant; Enimvero ut talium rerum suspecti pro intestabilibus habeantur, iniquum foret, *l. 1. C. de His, qui infam.* Videndum igitur, ne non aliter sit interpungendus hic locus, quam sit, hoc modo. *Quive impuberes erunt. Quive in judicio publico damnatus erit, quive eorum in integrum restitutus non erit, quive in vinculis custodiave publica erit: Quive ad bestias &c.* Ut ita *τὸ in vinculis* a judiciis publicis dependeat. Vulgo autem hæc verba, *Quive in vinculis*, duobus punctis a prioribus distinguuntur, ut reliqui separatim & per se prohibiti; At in Basilicis cum judicio publico damnatis conjunguntur. Gothofredus autem ad *d. l. 3. § 5.* etsi punctis separat hoc colon, non intelligit tamen vinculis addictos aliter a testi-

monio excludi, quam post damnationem, diserte contra textum, qui utrosque & damnatos & carcere detentos exprimit.

X. Qui ob *carmen famosum* damnati sunt, etiam penitus a testimoniis arcentur, *l. 21. pr. h. t. l. 5. §. 9. de Injur.* XI. Pagani,* Apostatæ, id est, defectores a fide Christiana, item insignes hæretici, *l. 4. l. pen. C. de Hæret. & Manich.* quinam vero tales, alibi videndum; Utique moribus hodiernis hæc res tam rigide non habetur. XII. Postremo ad intestabilium ordinem liberi perduellium referuntur, *l. Quisquis. 5. C. ad L. Jul. Majest.* Quod etiam ut nimis rigidum, usu forensi non videtur prosequendum, ut nec cætera, quæ in *d. l. 5.* liberis ob parentum crimen imputantur. XIII. Postremo, qui ob turpitudinem Senatu moti sunt, Lege Julia testimonium dicere prohibenter, *l. 2. de Senator.* Denique omnes, qui vel Edicto vel Lege sententiave judicis infamia sunt notati, inter absolute prohibitos esse habendo, sentiunt Dd. *communiter* eosque secutus A. Matthæus *d. disp. 9. th. 13.* sed capita legum ab iis adducta id minime probant; nec solemus exceptiones nominatim a legibus factas, ad dissimilia, sicut heic eveniret, extendere. Infra in prohibitione speciali *videbimus.*

CAUSÆ PROHIBITIONIS TESTIUM SPECIALES.

3. Sequuntur igitur prohibitiones speciales eorum, qui certarum causarum hominumve respectu excluduntur, quales sunt primo LIBERTI, qui non poterant adversus Patronos testari, *d. l. 3. §. 5. in pr. l. 12. C. h. t. l. 10. §. 4. de Quæstion.* propter inæstimabile beneficium libertatis, quod ab his acceperunt, *d. l. 3. §. 5.* Quæ ratio facit, ut nec pro Patronis adhiberi potuerint. A. Matth. *d. disp. 9. th. 3.* A libertis ad vasallos solent argumentari Doctores, Sichard. ad *l. 12. C. de Test. n. 3.* Wesenbec. *ad h. tit. n. 3.* parum justa analogia, quatenus liberti veteres multo arctius Patronis, quam Vasalli feudorum dominis erant obstricti. Fuisse ea de re quæstionem, indicant Gerardus & Obertus, sed desinunt in hoc, quod vasallum in criminalibus consistere posse negant, in civilibus concedant, de *Consuetud. recti Feud. §. 2.* Ad vasallos accedunt proximi SUBDITI respectu *Principum* suorum, quos in eorum causa non posse testes esse, statuunt Accursius, Donellus, aliique apud D. Matthæum *n. 18.* qui tamen iis testimonii dictionem concedit, si jusjurandum subjectionis civibus remissum sit, quod etiam requirit D. Wissenbach. ad *h. tit. n. 31.* Tu, ni fallor, rectius dixeris, subjectos imperio non prohiberi esse testes, at non esse habendos omni exceptione majores, siquidem aliorum testium copia possit haberi, *arg. l. 5. C. de Testam.* Sed remisso jurisjurandi subjectionis, nihil ad juris rationem pertinet: quia locum habet in iis, quæ ad regimen Reipubl. spectant, non in patrimonialibus, nec cives ad veritatis tesseram ullo modo commutandam obligat. Obstat fidei talis testimonii, metus a potentatu, vel a gratia Superioris: qui remisso jurejurando non cessat, quamdiu subjectus imperio manet.

SCHOLIUM.

*Ita tamen receptum est in praxi.*** *Nec obstat ratio Autoris, quia in evitandis perjuriis etiam conscientiis erroneis aliquid indulgendum.*

RESPONSIO.

Non intercedimus, quo minus Testi conscientiæ scrupulum moventi, jusjurandum subjectionis remittatur. Nostra juris est Quæstio, an ejus remissio vere ad testimonii fidem requiratur; quod, cum hæres plane diversi generis sint, non inficiatur dicendum.

4. Secunda specialis prohibitio, est in *Surdis*, utique si de veritatibus, quæ ex auditu constare debent, agatur. In cæteris causis videntur ad-

* Ergo Judæi quoque, in causis judicialibus contra Christianos ad testimonium non admittuntur, *a. l. 11. C. de hæret. j.* Autor *infra post. 13. h. t.* Sed secund. Weidb. *art. fin.* si duo Judæi cum teste Christiano concurrant, pro inhabilibus non sunt habendi. Carpz. *P. 1. c. 16. def. 17. n. 5.* Soli ergo etiam apud nos vix Judici fidem facient. Schilt. *ad ff. Ex. 35. th. 23. sq.*

** Adeo quidem, ut morosi in relaxatione compelli queant præcepto pœnali, aut comminatione, daß die Zeugen widrigen Falls von der Pflicht erlassen gehalten werden sollten. ceu factum *in Supr. Cura Prov. Lipsi. M. Febr. 1698.* quamvis III. etiam Menckenio *ad O. P. S. tit. 20. §. 14.* monente, satius fuerit, observantia hac eliminata, explicari vim juramenti subjectionis subditis, inculcarique diligenter, illud, quo minus veritatem strenue dicant, nihil impedire. Si tamen cui, ut sunt mentes hominum aliquando plane indociles in talibus, scrupulus eximi non possit, fragilitati humanæ mos erit gerendus, & absolvendus subditus saltim, ut *c. 38. X. de Test.* ait, *ad cautelam.*

mittendi,

mittendi, si veritas aliter constare nequeat: nam si possint haberi, cum quibus verba commutari queant, hos esse præferendos, nemo dubitat. Quin si literarum, hoc est legendi imperiti sint, verius est, surdos plane non admittendos, quia interrogandi & respondendi vices ad testium examina sunt necessariæ, *l. 3. §. 1. in fin. h. t.* Hæc ratio *mutos* etiam scribendi imperitos, arcet penitus: nam ut signa gestuum pro responsis habeantur fidemque faciant, ut vult Farinacius *tract. de Test. quæst. 16.* eumque secutus Bachovius *not. par. ad h. t. n. 3.* gravitas judiciorum admittere non videtur; cum illa signa nec habeant infallibilem significationem, nec, si aliquando, ubi præsentia tacitoque saltem consensu opus est, sufficiant, *l. 48. de O. & A. l. 124. de R. J.* ideo adversus tertium admitti debeant. D. A. Matthæus, ne quidem scribendi legendique peritos admittit surdos & mutos, Donellum ac Hotomannum secutus, cum argumento *d. l. 40. & l. 124.* tum per *l. 3. §. 3. h. t.* scilicet, verbis opus esse, neque scripta testimonia vim habere probandi. Quod est verum de attestationibus, quæ extra judicium scriptæ, in judicio proferuntur: Sed ut depositiones, in judicio a testibus ipsis conscriptæ, eodem jure censeantur, cum scripto æque mens hominum exprimi possit quam verbis, non habet rationem. Harmenop. Ἄλλη ἐστὶν αὐθεντία τῶν παρόντων μαρτύρων, καὶ ἄλλη ἡ τῶν ἀπογεγραμμένων ἐκ μαρτυρίων. Alia est auctoritas præsentium testium, & alia testimoniorum quæ leguntur, *l. 1. c. 6. n. 21.* De *Cæcis* non est tantum dubii; prohibentur in ejusmodi causis, quarum veritas, nisi ex visu, cognosci non potest. Cum enim *Cæcus* ab aliis causis non excludatur, cum & interrogationes audire, responsa reddere possit, judicioque non sit immunito, denique judicis officio fungatur, *l. 6. de Judic.* nihil obstare potest; etsi Doctores antiqui cum juxta mutos & surdos hac etiam in parte collocent, eosque secutus Wesenbec. ad *h. tit. n. 3.*

5. Ad speciales prohibitiones præterea pertinent, *mulieres*, & *minores* annis XX. Mulieres in testamentis prohibentur, *§ 3. I. de Testam. ordin.* Item adulterii damnatæ, *l. 20. § 6. Qui Testam. fac.* ubi ex illis exceptionibus recte colligitur, mulierem in aliis recte testem produci, secus ac Harmenopulus, qui mulieres negat esse testes, nisi in ejusmodi negotiis, quibus viri non interveniunt, Αἱ γυναῖκες καὶ εἰ ἄνηβοι ἀπείρηνται μαρτυρεῖν, αἱ δὲ γυναῖκες μαρτυρέσιν, ἔνθα ἡ τῶν ἀνδρῶν ἐκλείπει στάσις. *Mulieres & impuberes arcentur a testimonio; sed mulieres testantur in ejusmodi rebus, unde virorum violentia excluditur.* Promptuar. *l. 1. c. 6. n. 14.* Verum plura habet illic Harmenopolus, quæ cum in Juris libris non extent, a nobis negligenda sunt, inter quæ & hoc, quod in *§ 41.* ad civiles causas requirit ætatis χρόνους δέκα ἑπτὰ, *annos octodecim.* Sed minores annis viginti in criminalibus prohibentur, si ab *accusatore* producantur, *l. 20. h. t.* unde limitatio quibusdam probatur, judicem ex officio minorem annis 20. testem admittere posse, Carpzov. *part. 3. Crim. Quæst. 114. n. 24.* Idem habet aliam limitationem, *si veritas aliter haberi nequeat & delicta sint difficilis probationis*, qualia furtum, adulterium, suppositio partus, simonia, & omnia nocturno tempore commissa, *n. 35.* Hæ limitationes, etsi Legum suffragio careant, non tamen ratione destituuntur, ideoque in foro admitti videntur, maxime conjunctim, ut in talibus causis officio judicis aliquando admittantur. Imo forte an etiam Accusatori producendi permittuntur; ut sane Procuratori Generali, facultas producendi minores annis XX. testes conceditur; utique si conte tem habeant majorem annis 20. eoque casu in rebus difficilis probationis plenam aliquando fidem merentur. Quomodo memoria mea octodecim annorum ancilla cum Patrefamilias, plenam fecere fidem in atrocissima effractione aedium nocturna, quæ commissa erat in pago *Ecstrum* ante Pentecosten 1680. idque non raro & alias usu venisse accepimus, etsi in universum tamen non sit recedendum a definitione Juris civilis. A. Matth. *de Crimin. lib. 48. tit. 5. cap. 2. n. 2. & 11.* Ultimo loco Judæi & Hæretici non improbissimi, contra orthodoxos produci nequeunt, *l. pen. C. de Hæret.* Paganis & improbioribus hæreticis omnino prohibendis, ut antea dictum est. At hæc res hodierni moribus non videtur observari; certe non, ubi libertas religionum viget; Sacrificulos tamen Jesuitas aliosque prohibitarum religionum antistites, cum non habeant personam in civitate, testes produci non posse, omnino statuendum est.

6. Latius quam priores, patet positio specialis prohibitionis, qua nemo in re sua suorumque testis esse posse dicitur, *l. 10. D. & l. 10. C. h. t.* Propriam cautam ab aliena quemadmodum discernimus? Et palam est, eam esse propriam causam,

sam, cujus emolumentum vel damnum ad aliquem in totum vel pro parte, suo nomine pertinet, *l. 1. §. ult. D. Quand. appell. sit.* exceptis legatariis in Testamento, ut *suo loco* demonstratum est. Ergo non tantum dominus, vel cui directe jus in Re vel ad Rem est, intelligitur, sed etiam venditor in causa Emptoris, cedens in causa cessionarii, & quicunque reum indemnem præstare debent, *l. 4. §. 3. de Appellat.* Etsi id necdum constet, si tamen reus id præ se ferat, non potest eundem producere testem, ut Curiæ nostræ visum est in tali causa: Reus ab alio conventus Sempronium vocaverat, ut se præstaret indemnem, quasi ad hoc obligatum; antequam id esset judicatum, volebat eundem producere testem; sed non est admissus, in causa *Dris P. R. in Q.* q. contra *Andries Douwes cum sociis. d. 16. Mart. 1680.* Sed causa criminis, de qua judicio publico disceptatur, non videtur ejus, qui per illud crimen est læsus, propria: Quoniam agitur ad pœnam corporis, vel mulctam Fisco applicandam, & tota est Reipubl. causa. Idcirco in criminalibus Procuratori Generali non negantur ejusmodi testes; accedente hac ratione, quod alioqui vix ulla crimina probari, atque puniri possent. Si tamen hi, qui læsi sunt, ex eventu judicii emolumentum expectant, velut, si judicium civile pro ipsis super eadem causa vertatur, videndum est, ne testimonium eorum non sit admittendum; Qua de re actum in alia causa. Vir quidam spectatus curru vectus in aggere maritimo, puellæ, quam prætervehebatur, per lasciviam flagellum instar laquei collo circumjecerat, eamque per aliquod spatium, pendentem protraxerat, quo nomine a Procuratore Generali & a puella injuriarum simul conveniebatur. Producta testis ab illo, puella, non est admissa, quæ admittenda fuisset, si pecuniarium ejus commodum inde non pependisset *ἀμέσως. 6. Decembr. 1680.* Pro testimonio in causa propria sumitur etiam, declaratio mulieris innuptæ & impregnatæ vel parientis, quod e tali vel tali sit impleta, ut probat Sandius *lib. 1. tit. 10. def. 2.* Quæ tamen positio recipit hanc limitationem; nisi manifestum sit, mulieris declarationem non pertinere ad ullum ejus commodum, sed potius ad aggravandam ejus conditionem. Velut si virgo vel vidua locuples, impregnatam se fateatur a Viro uxorato; cum illa confessio neque lucri, nec matrimonii conciliandi gratia fiat, eam non parum habere ponderis, nec ut in re sua editam, esse rejiciendam, vult ratio & usus, exemplis non deficientibus.

7. Neque tantum in causa plane sua, sed etiam *ex parte propria*, testes æque prohibentur, quando scilicet de re communi agitur eodemque defensionis genere uterque in judicio utitur, per *l. 1. C. de Comm. rer. alien. l. 10. § ult. de Appell. & Dd. comm.* A. Matth. *d. disp. 6. th. 21.* Idem ad socios criminis extenditur in *l. 11. C. h. t.* tam pro, quam contra reum, *l. ult. C. de Accusat.* Etsi Dd. excipiant aliquot criminum species atrociorum, & quæ nec sine sociis facile, nec cum aliis arbitris committuntur, de quibus Mornacius & Brunnemannus ad *d. l. 11.* At verius est, eos quidem interrogari, minime tamen habere vim testimonii legitimam. A. Matth. *d. Crimin. l. 48. D. tit. 15. c. 2. n. 4.* Huc potest referri Quæstio vulgata de causa universitatis, an singula universitatis membra ejus participia censeantur, adeoque, si Universitati cum alia universitate, vel privato lis sit, an singularum membra, testes in *sua* causa æstimentur. Minime, nisi utilitas inde privatim ad testes redundet, per *l. 6. § 1. in pr. de Rer. div. l. 7. § 1. ff. Quod cujusque univ.* Mornac. & Costal. *ad d. l. 6.*

8. Porro non tantum in causa patrimoniali ter propria, sed etiam affectu tali, quam nostram aliquo modo fecimus patrocinando, * administrando, testibus esse non licet. *Mandatis enim cavetur, ne* patroni in causa, *cui patrocinium præstiterunt, testimonium dicant, l. ult. h. t.* idque propter affectum, quo ferri solent erga causas, quibus advocationem vel aliud in judicio ministerium præstiterunt; Ad alias enim causas hæc prohibitio non pertinet, Sand. *l. 10. 4. l. 18. § 1. C. de jur. fisc.* Sed quod additur *in d. l. ult.* Idem *& in* executoribus *negotiorum esse servandum*, habet difficultatem. Etenim si per executores negotiorum intelligantur, qui in *l. 11. § & si quidem. & l. ult. C. de Judicibus.* & in *l. ult. C. de Princip. agent. in reb.* dicuntur a judicibus dari ad exsequendas sententias, quemadmodum Lexicographi, interque eos Brissonius, pro intellectu *d. l. ult.* tradunt; mirari liceat, hos excludi a testimonio, qui maximam fidem de his, quæ in officio publico gessere, merebantur.

* Hinc nec Curator mulieris pro Curanda sua testis erit idoneus. Carpz. *P. 1. cap. 10. def. 17.* quod limitat idem, nisi ad eam litem alius Curator datus sit, *l. 3. Resp. 91 n. 12.* sed ne sic quidem eum testem omni exceptione majorem videri, monitum a Mencken. in *Tr. Synopt. ff. tit. de testib. p. 330.*

bantur. Quæ res Vivianum & Johannem gloſſatores movit, ut in *d. l. ult.* putaverint intelligendos Procuratores, Syndicos & actores, qui a partibus ad *exſequendas*, id eſt, ad finem perducendas lites dantur: quod & Mornacius, notato in contrarium Hotomanno, ſtatuit, probans hanc ſignificationem ex *l. properandum 13. § illo procul dubio. 9. C. de Judic.* ubi Advocatorum honoraria dicuntur a clientibus exigi, per executores negotiorum, qui certe potius ad illum finem fuerint publici Executores, ut ſemper alias nominantur, quam privatorum res agentes. Plane quod ad rem attinet, Mornacius & gloſſa vicerint, quos & Gothofredus *ad d. l. ult.* ſequitur: etſi de verbi uſu juridico probatione laborent. Proxenetæ, pararii, & Arbitratores (non arbitri) qui contractibus & transactionibus conciliandis utrimque adhibentur, a teſtimonio non arcentur, quia talibus maxime in probationibus utimur. Gail. *10. obſ. 15.* Cæterum, etſi verba legis generalia ſint, ne *Patroni vel exſecutores in cauſa, cui Patrocinium præſtiterunt, teſtimonium dicant*, res tamen & ratio vult, id de teſtimonio *pro* ipſius cliente dicendo, non etiam contra eundem, eſſe accipiendum: Quo minus enim contra ſuum clientem ab adverſario productus, ſi velit, admittatur, nihil quod prohibeat eſſe videtur, ut Coſtalius & Mornacius *ad d. l. ult.* etſi Catonis dictum ſit; *Adverſus clientem ſuum nemo unquam bonus teſtimonium dixit.* apud Gell. *lib. 5. c. 13.* An invitus ad teſtimonium contra ſuum clientem cogendus ſit, inferius videndum erit.

9. Heic de Judice quærendum ſupereſt, an is in cauſa, de qua priore inſtantia judicavit, in caſu appellationis (quippe dum eſt Judex, eum teſtis officio non poſſe fungi, res loquitur, *c. dilecto. X. de Teſtib.*) teſtimonium dicere poſſit. Non videtur; verendum enim eſt, ne plus in eam partem, pro qua ſententiam dixit, quam in alteram propendeat; De his vero, quæ coram ipſo acta ſunt, quæque ad ordinem *proceſſus* pertinent, recte interrogatur, ut Coſtanus *ad d. l. ult.* atque ita judicatum eſt in Curia noſtra, cum nonnulli e judicibus Franekeranis vocati eſſent ad teſtimonium, in cauſa prius a ſe decisa perhibendum; ut admitterentur quidem in his, quæ ad acta proceſſus, non in iis, quæ ad merita cauſæ ſpectabant: erit in noſtris inferioribus Dicaſteriis ratio affectus ad cauſæ judicium minus valide obtenditur, quia non ſua, ſed Juris Conſultorum ſententia res judicant; Curia tamen non receſſit ab hac obſervantia, in cauſa *Harmen Hoedes Requirant en oppoſeerde*, contra *Baetie Dirks Requireerde en oppoſante. d. 9. Julii 1680.* Idem in arbitriis obtinere, docet analogia, quæ in arbitriis ad judicia exigitur, *l. 1. de Recept. qui arbitr.* Unde ad declarandum laudum ſive ſententiam compromiſſoriam, Arbiter ipſe teſtis citari, nec recuſari poteſt, etſi deinde fuerit Advocatus alterius partis, ut Curia noſtra cenſuit, in cauſa *Petri Velſen ab Heixan, Requir.* contra *Sixtum Wierſma* in *qual.* Requiſ. *Ante magnas ferias 1681.*

10. Diximus, prohiberi quemque teſtem eſſe non modo in ſua, verum quoque in *ſuorum* cauſa; Quippe domeſticos prohiberi teſtes, ſatis conſtat *l. 3. C. h. t.* An vero ita, quemadmodum in Teſtamento, accipiantur pro conjunctis ejusdem poteſtatis vinculo, ut in § *teſtibus. Inſt. de Teſtam. ordin.* quæritur. Adfirmat D. Matthæus *d. diſp. 9. th. 25.* Negatum a nobis eſt *ad d. tit. 10. n. 15. Part. I. pag. 171.* & res ac juris ratio non minus quam textus loquuntur. Nam pater in teſtamento filii emancipati, poteſt eſſe teſtis, *d.* § *teſtibus. 8. I. de teſt. ordin.* in cauſa judiciali nullo modo, *l. 9. de Teſtib. l. 6. C. eod.* Non placet etiam Duarenus, qui *lib. 1. diſput. anniverſ. c. 28. h.* domeſticos, ait eſſe teſtes, quicunque ſunt ejusdem gentis, familiæ & agnationis, quem hoc nomine merito reprehendit Matthæus *d. th. 25.* Quid vetat mediam eligere ſententiam, voci *domus* conveniertem? Paulus ita; *Teſtes eos, quos accuſator de domo produxerit, interrogari non placet, l. 24. h.* De Domo autem producuntur omnes, qui ſub patris familias imperio ſunt, *quibus imperare poteſt, l. 6.* Familia proprie dicta continetur domo; unde Græci familiam vocant οἶκον, id eſt *domum:* In hac autem ſunt plures perſonæ ſub unius imperio natura, aut Jure ſociatæ, *l. 195. § 2. de V. S.* Natura, ut liberi atque parentes, quorum usque adeo ſtricta conjunctio eſt, ut nunquam, licet emancipati & ſeorſim habitantes; in cauſa parentum teſtes adhiberi queant, *d. l. 9. & l. 6.* Perſonæ jure ſociatæ ſunt, non modo ſervi reſpectu dominorum; ſed etiam vir & uxor, quos in ſuis litibus invicem teſtari non poſſe, nulla dubitatio eſt, *arg. d. l. 195. § 1. d. l. 24. de Rit. Nupt. l. 1. de dict. rer. amot.* ita *Lat. Comm.* A. Matth. *diſp. 9. th. 25.* De [illegible] antea dictum eſt, eos plane a teſtimoniis arceri. Contra Dominum vero ſpecialiter omnique modo prohibentur, *l. 8. C. h. t.* exceptis atrocioribus delictis, in quibus aliquando

do contra dominos torqueri poterant, *l.1. § 16. & l.11. § 5. de Quæstion.*

11. De famulis mercede conductis, idem tradit D. Matthæus *d.disp. 9. th. 26.* laudato inter alios Harmenopulo *lib.1. Tit. 6. § ὁ μισθωτὸς, mercenarius.* Ait Harmenopulus, Ὁ μισθωτὸς εἰς μαρτυρίαν ἐρχόμενος τῷ μισθευσαμένῳ ἀπεβλήθη, *Mercenarius ad testimonium ab eo, qui conduxit illum, productus, rejectus est;* loqui videtur de conducto ad testimonium, non ad famulitium. Verum est, conductos famulos domo contineri; sed intelligenda sunt membra domus perpetua; ne quis omnes, qui ad unum panem & ad unum calicem vivunt, comprehendi putet, ut volunt aliqui *Dd.* merito *communiter* improbati. Argumentum ex *l. 6. h. t.* non posse testes esse, quibus imperari potest ut testentur, forte locum habeat apud gentes, in quibus famuli conducti pæne tam adducte quam servi habeantur; apud nos, cum arbitraria libertate, nec nisi ad tempus agant, hæc ratio non concludit, ut potius inter eos, qui refutentur, quam qui prohibentur, habendi sint. Sic etiam qui colonos in causa dominorum fundi, personis prohibitis adjiciunt, ut Wesenb. *parat. de Test: n. 4.* recte habent, ubi *adscriptitii* sunt coloni, homines proprii, quos servilis esse conditionis, *alibi* dictum est; ad ingenuos agrorum conductores, ratio nulla patitur illud extendi. Atque hæc in usu Fori non habent difficultatem. Maynard. 4. *Decis. 95.*

Sed ad domesticos redeamus; Fratres atque sorores, quamdiu in eadem domo continentur, merito pro domesticis habentur, nec admitti debent, etsi forte sint emancipati, ut recte Sichard. ad *l. 6. C. h. t.* Duaren. *1. disp. anniv. c. 28.* sed domibus separati fratres atque sorores, domestici esse desinunt; amicitiæ causa suspectum, non prohibitum est eorum testimonium, ut communiorem esse sententiam, tradit Costal. *ad l. 4. h. t.* Ac ita in Foro nostro sæpe judicatum est, olim in *causa Jacobi ab Adelen*, contra *Dominicum ab Hottinga. d. 18. Febr. 1635.* Rursus *inter Titium Nollenia, & inter Creditores Wopko Hienks Popta. d. 2. Febr. 1680.* Alias, in causa matrimoniali, cum virgo peteret Virum, fidemque sibi datam per tres probaret sorores, patriæ quidem potestati non subjectas, sed una cohabitantes domo, Curia non censuit admittendas fuisse, nisi ipse reus in priori instantia apud inferiorem judicem, illas admisisset, secundum *l. 17. C. h. t.* in causa *Johannæ Heslinga Appellatæ & Requirentis, contra Conradum Dose Med. Doctorem. Appellantem & opponentem. d. 29. Jun. 1680.* Atque ita in civilibus; In Criminalibus fratres sorores que difficilius aut prorsus non admittantur, ut Dd. *comm.* & Costal. *ad d. l. 4.* ne qui dem contra, multo minus pro fratribus atque sororibus, *l. 13. C. de his, qui accus. non poss.*

12. Postremo ad hunc locum referri potest, quod amicitia testimonium quidem reddere suspectum, prohibere penitus non solet, *l. 3. pr. h. l. 5. & 17. C. h. t.* Inimicitia si capitalis sit, ut ad criminis accusationem usque procedat, abscisse prohibet testem, sicut eadem prohibitio stat, si quis in causa criminali producatur testis, qui ante in eum reum testimonium dixit, *l. 23. h. t.* alioquin inimicitia causam refutandi duntaxat præbet, *Nov. 90. cap. 7.* ubi Cujacius. Denique, de his plerisque prohibitionum causis, hæc limitatio prodita est; ut testes domestici aut inhabiles quandoque admoveantur, si genus causarum sit hujusmodi, ut veritas ab aliis, quam ab hujusmodi personis, haberi non possit, qualem ait Costalius *ad d. l. 4.* esse causam matrimonialem, respectu domesticorum, quod equidem caute accipiendum; Si enim agatur de matrimonio contrahendo, nusquam calidiores in alteram partem sunt propinqui, minimeque tantum fidei quantum extranei, quorum nihil interest, mereantur, ut Curiæ nostræ quoque in prædicta causa, & alias in similibus visum: Sed ubi de plagis mulieri a viro inflictis, deque ejus comessationibus, concubinatibus, aut mulieris contumacia, jurgiis domesticave luxuria vel de insidiis mutuis quæritur, de quibus rebus nemini facilius, quam domesticis constiterit, in hujusmodi rebus eorum testimonia non negliguntur, *l. 8. § 6. sub fin. C. de Repud. l. ult. C. ad L. Cornel. de Sicar.* Potuisset ad hunc locum generalem referri, quæ ab initio posita est, prohibitio libertorum, *n. 3.* nec intercedo, quo minus inde, si cui lubet, huc πρὸς κόσμον transferatur.

DE CAUSIS REPROBANDI TESTES.

13. Vidimus, quæ personæ penitus prohibeantur. Addendum, quinam admissi hactenus refutentur, ut ne plenam mereantur fidem. Hi primo sunt, personæ prohibitæ *supra*, quando in exquisitis magni momenti causis, quarum notitia per alios haberi non potest, admittuntur, ut probat communis Dd. Schola ex *l. 7. D. Ad L. Jul. Maj. l. 4. C. eod. l. 31. C. de Epis. & Cler. l. quoniam.*

quoniam pen. in fin. C. de Heret. & Manich. l. 12. & seqq. C. de Quæst. l. 8. 9. & 10. §1. D. eod. l. 21. §2. h. t. Non probari positionem illam firmiter, aut in universum, ex adductis textibus, existimat D. Matthæus in *d. disp. th. 31.* non omnino tamen esse damnandam, statuit idem de *Crimin. l. 48. tit. 15. c. 2. n. 11.* Admittuntur equidem, sed absque plena fide, si per se consistant, neque per alios contestes validasque præsumptiones adjuventur. Igitur juxta hoc requisitum, ne tales vocentur, nisi deficientibus aliis probationibus, addendum omnino, ne aliter ipsis credatur, quam si adsit contestis omni exceptione major, aliæque deinde præsumptiones efficaces illius testimonium confirment. Vid. Mornac. *in l. 3.* Hotom. *l. 2. C. h. t. &* Wesenbec. *Par. h. n. 3.*

Præterea, ad hunc ordinem referendi videntur *Infames*, qui non habentur in prohibitione abscissa, *l. 3. § 5. h. t.* cum, quod exceptiones ejus loci contrarium supponunt in casibus non exceptis; tum, quia ad Judicis officium spectare dicitur, perpendere testimonii, quod tales perhibent, fidem, *l. 13. h. t.* Doctores antiqui omnes juris infamia notatos, absolute prohiberi censent, quos sequitur A. Matthæus, ut *supra* jam meminimus. Sed argumenta legum, quibus utitur, id nihilomagis evincunt, quam ratio; non *lex 1. § 1. h. t.* quæ testes adhibendos ait, qui non prohibentur. Non *Lex 2.* quæ in testibus fidem, dignitatem, mores spectari monet; quod ipsum præfert nostra thesis. *Lex 13.* a nobis adducta est. Nec adeo quicquam in eam partem validi profertur; Quid enim alienius, quam ut damnati injuriarum, pro Socio, Mandative, aut ob aliquem dolum, vel qui fœnoris excessum commiserint, ab omni testimonio penitus arceantur? Recte igitur alii, posse tales audiri, sed videndum esse judici, quid fidei mereantur. Donell. *lib. 25. Comm. Cap. 1. de Testib.* Duar. *2. disp. anniv. & ad tit. C. de Test. c. 1.* Wissenb. *ad h. t. n. 13.* Nec obstat, quod infamia facti, ut loquuntur, notatos ejusdem generis esse volunt Dd. ususque Fori, ut audiendi sint, etsi minore fidei effectu pro Judicis arbitrio, ut idem A. Matthæus auctoresque laudati testantur; Nec enim inde sequitur, infames juris omnes absolute arcendos. Cum indefinita latitudo sit admissionis officiique judicis in examinanda fide, dignitate, gravitate testium, nihil vetat utriusque generis infames, legibus non exceptos, audiri, & suis quemque meritis æstimari, *l. 2. h. t.* Viles personæ sordidæque χαμαιπετεῖς καὶ ἐπιδεφεῖς, *abjectas & humi repentes*, quos vocat Justinianus in *Nov. 90. c. 1.* illic prohiberi videntur, in urbe regia, scil. ubi copia testium honestiorum haberi potest. Sic enim omnes hujus classis homines inter prohibitos collocari possunt, si non desint alii fide digniores, ut *dicere occupavimus.* A. Matth. *ibid. n. 24. de Crimin. tit. 15. c. 2. n. 10.* Wissenb. *d. n. 3.*

De Judæis & Hæreticis dictum est *superius*, illos prohiberi adversus orthodoxos, nec id tamen usquequaque servari; posse tamen inter reprobationis argumenta referri hodieque, quod testis aliquis sit hæreticus, dicendum videtur: Utique, si Religionis odio præcellat, quales adversus Reformatos Pontificii & rigidiores Lutherani: ut tamen ea res magis a singulorum moribus, quam universa definitione pendeat; etiam vero ex genere causarum, si a studio partium non sint remotæ. Denique cognatos & omnes adfines, qui non abscisse prohibentur, reprobrationi tamen, hoc est diminuendæ fidei argumento, obnoxios haberi, juxta famulos, nutrices, pædagogos, & amicos, dubium non est; lateque admodum patet hujus rei considerario, ut docet JCtus *in l. 3. pr. h. t.* Paul. *5. sent. 15.*

DE HIS, QUI INVITI NON DICUNT TESTIMONIUM.

14. Testimonii perhibendi publicum est officium, ad quod etiam *inviti* compelluntur, * *l. 21. § 1. h. t. l. 16. & 19. C. h. t.* etiam Prætores alique Magistratus, *d. § 1.* non tamen Illustres, nisi jussione sacra, *d. l. 16.* exceptis etiam personis proxima necessitudine conjunctis, quales præter parentes, fratres, atque patronos, sunt etiam soceri, generi, vitrici, privigni, statim a sponsalibus contractis, sobrino nati utriusque sexus, & *qui priore gradu sunt, l. 4. & 5. h. t.* Ad ulteriores igitur gradus hæc legalis exceptio producenda non est,

* De pœna testium contumacium, ‡ vide *O. P. S. Tit. 22.* ex quo apparet, eos coërceri multa 10. florenorum, inter Magistratum & producentem dividenda, quæ, si testes in contumacia perseverarint, duplicari poterit. *d. Tit.* conf. Svendend. *ad Fibig. p. 1445.* Extra autem Electoratum pœna est arbitraria & multa, si qua dictetur, ad solum Magistratum pertinet. j. Carpz. *P. 1. C. El. 16 def. 47.*

‡ Testes omnes absque discrimine prima vice sub 5. thalerorum pœna citandi, quæ & exigenda & in ulteriori citatione nunquam non geminanda est. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 22. § 1.*

ut velle videntur Græci, niſi alium computandi modum ſequantur. Scholiaſtæ *Βασιλικῶν ad d. l. 4.* Καὶ ἁπλῶς, ἐὰν ἀναγκάζηταί τις ἄκων μαρτυρεῖν κατά τινος ἐνδοτέρω ὄντος τοῦ ζ βαθμοῦ: *Plane, non cogitur quis invitus teſtimonium dicere adverſus eum, qui infra ſeptimum gradum ſit.* Atqui ultimus gradus apud Paulum eſt, *ſobrino natus*, quem eſſe in quinto gradu, notum eſt; Forte an error eſt in *numero* literula expreſſo, facili ad lapſum; ut ſcriptum fuerit in Græco ε, quod notat 5, idque longius productum fallere poteſt pro ζ, quæ eſt nota 7. Quicquid ſit, error non præjudicat veritati. Ultra quintum igitur gradum, non extenditur hæc facultas evitandi neceſſitatem dicendi teſtimonii.

15. Sed quæritur, utrum criminalibus ſit propria cauſis, an vero ad civiles quoque pertineat hæc remiſſio; Baſilici de criminalibus tantum accipiunt, *lib. 21. tit. 1. ad d. l. 4.* Ἄκων δὲ εἰς μαρτυρεῖ ἔτι ἐγκληματικῷ δικαστηρίῳ κατὰ τὰ ἴδια πενθερᾶ. *Invitus nemo teſtatur in judicio criminali contra ſocerum* &c. Verum Scholiaſtæ Græci ad Baſilica, ſumunt generaliter, ut & Latini Interpretes, poſt Accurſium *in d. l. 4.* Donellus *d. loc. de Teſt. c. 9.* Duar. *ad h. t. C. cap. 2.* Wiſſenb. *par. h. n. 3.* A. Matth. *d. diſp. th. 33.* Pro criminalibus argumentum eſt, quod in *d. l. 4.* privilegium illud propinquitatis, ex lege Julia publicorum judiciorum proficiſci dicitur, *in d. l. 4.* Verum ut prohibitiones dicendi teſtimonii, in *l. 3. § 5.* ex lege Julia nominatim profectæ generaliter intelliguntur, eodem modo de his caſibus æſtimandum videtur; Etſi non eſt diffitendum, rationem utilitatis publicæ a ſententia Græcorum non abhorrere; Quid enim incommodi non eſt in eo, quod ad quintum usque gradum propinquos ad fidem veritati præſtandam cogere non licet? Nec temere ſit, quod cum hac de re in Suprema Curia occaſione cauſæ criminalis ageretur, Viros Amplißimos Jurisque dicendi Veteres audivi adfirmantes, antehac Senatui viſum eſſe, Privilegium illud ad accuſationes criminum eſſe reſtringendum, citabantque rei judicatæ exemplum de anno 1653. In Senatu tamen Pariſienſi judicatum eſſe, adfinem uxoris fratrem, non teneri invitum dicere teſtimonium, in cauſa levi injuriarum contra adfinem, *20. Jul. 1582.* teſtatur Robertus *lib. 2. Rer. judicat. C. ult. in marg. An cauſæ delictorum civiles hac parte crimmalibus æquiparandæ?*

16. Quæſitum eſt, an adfinitate ſoluta, duraret adhuc idem privilegium: Quod Curiæ noſtræ viſum fuit, in privigno, qui contra novercam in cauſa criminali, a Procuratore Generali citatus erat, cum adfinitatis cauſa ſecundis nuptiis pridem mutata fuiſſet. Excuſatus eſt tamen; Cum enim ante nuptias ex ſolis ſponſalibus, reverentia futuræ adfinitatis privilegium illud tribuat, *l. 5. h. t.* quidni vetus reverentia in eundem effectum maneat? Verum ad ſecundum genus adfinitatis non fuit extenſum Privilegium, quo uxor Privigni ſimiliter uti volebat, ne contra novercam mariti teſtari cogeretur, *d. 19. Decemb. 1680.* At hoc eodem tempore placuit, Teſtem citatum & exculantem ſe, non cogi litem ea cauſa ſubire; ſufficere, ſi reus producenti ſe opponat, atque contendat, excuſationem teſtis in judicio propoſitam, eſſe admittendam, ejusque productionem accuſatori negandam: ne teſtis in re aliena ſe liti implicare cogatur. *in cauſa Procuratoris Generalis*, contra *Eliſabetham Indiſcheraven, tempore prædicto.*

17. Sæpe movetur, adhuc a nobis dilata Quæſtio de Advocato, An contra ſuum Clientem productus teſtis, fari cogatur. Ratio dubitandi, quia contra Patronum nemo teſtari cogitur, *d. l. 4.* inter ipſum vero & clientem, Patrocinii neceſſitudo eſſe videtur, cui accedit modo citatum Catonis dictum; *Pro cliente ſæpe contra cognatos, adverſus clientem nemo unquam bonus teſtimonium dixit.* apud Gell. *5. c. 13.* Senatus quidem Pariſienſis, Advocatum ad dicendum contra ſuum clientem teſtimonium ſimpliciter cogi poſſe, judicavit, apud Robertum *lib. 2. Rer. judicat. c. ult.* Curiæ noſtræ ſcio ante aliquot annos placuiſſe diſtinctionem inter Advocatum adhuc actu patrocinantem, ac patrocinio defunctum, ut priore caſu excuſetur, altero cogatur. Agebatur de ſecreto cauſæ, quod *Foppius Tamia* Advocatus, e cliente ſuo ſolus intellexiſſe dicebatur; eum Curia tum quidem excuſavit; dein cliente mortuo, cum ipſe heredibus amplius operam non daret, denuo produſtus ab adverſario; cum res judicata opponeretur, ea, tanquam mutata cauſa, inſuper habita, condemnatus eſt ad copiam veri faciendam. Convenit hoc ei, quod Argentræus *ad Conſuet. Britann. art. 157. gl. 2.* monet, non eſſe cogendum Advocatum ita dicere teſtimonium, ut arcana cauſæ prodantur. Alii ne hoc quidem admittunt, ſed Advocatum nihilominus cogendum centent: Quod ita verum eſſe queat, ſi a teſtimonio Advocati tota cauſa

sa pendeat; Nec enim permittendum, ut reus alterum e conciis eligendo Advocatum, eludat probationem, quomodo apud Quintilianum Accusator queritur: *Nihil de advocatione dico, Testem perdidi. Sic proditores corrumpuntur! Declam. 334.* In illa vero causa apud Curiam nostram, de facto quidem secreto, & quod argumentum præberet non spernendum, agebatur, non pertinente tamen ad summam causæ, de quali forte secus judicandum foret.

DE NUMERO ET QUALITATE TESTIUM.

18. De numero Testium nihil certi in universum est proditum: nisi quod unus non sit audiendus, ut *supra* dictum ex *l. 9. C. de Test. l. 20. de Quæstion.* Duo regulariter sufficiunt, ubicunque testium mentio fit simpliciter, quia numerum pluralem apud Latinos, qui *duali* carent, duobus esse contentum novimus, *leg. 12. h.* Sic tamen ut Lex, veluti in testamentis, aut judex, justa ex causa plures requirere possint, *l. 1. § ult. & l. 3. § 2.* ubi *numerus testium, h. t.* Nec quidem in tantum ex ratione juris valet unus testis, ut juramentum suppletionis actori deferatur; qua de re tamen videnda, quæ diximus ad *tit. Jurejur. n. 13. Parte II. pag. 889. seq.* atque *ad tit. de Probat. n. 2.* Excipitur recte casus, si convenerit inter partes, ut unius testimonio stetur, in causis quidem civilibus, non æque in criminalibus, *arg. l. 26. de Re Jud. c. tuis. X. de Testib.* Mynling. *5. obs. 26. n. 3. & seqq.* A. Matth. *d. disp. th. 34.* Wesenb. ad *h. t. th. 32.* Ad articulum Unus Testis referuntur etiam testes singulares, qui de aliis aliisque locis & temporibus deponunt, circa unum eundemque actum; quales contra Susannam testes a Daniele seorsim examinati. Sed Doctores habent varias limitationes, de quibus vide Gailium *lib. 2. obs. 66. n. 11. 12.* Mynsing. *cent. 2. observ. 20. & obs. 100. n. 6. 7.* Inter limitationes hæc est; ut si factum aliquod in genere probandum sit, tum singulares testes admittantur; veluti si probandum sit, aliquem esse infamem vel hæreticum. Alii contrarium tenent, ut Mynsingerus refert *cent. 3. obs. 76.* qui istas opiniones conciliat, nescio an satis tuto. Forsitan heic locum habet monitum Hadriani in *l. 3. § 2. h. Quæ argumenta ad quem modum cuique rei sufficiant, nullo certo modo satis definiri potest, nec ad unam probationis speciem cognitio alligari debet &c. Ex sententia animi æstimare oportet &c.* Certe ut aliquis pro hæretico vel infami habeatur, id a testibus suspendere singularibus, potest esse periculosum, ut, inquam, e pluribus factis per singulos testes probatis conclusio generalis colligatur: Fieri tamen potest, ut Testes ita conspirent ad eundem finem idemque genus delicti, ut ratio dubitandi nulla sit, quin reus certi criminis sit convictus. Exemplum. Quidam *Antonius de By*, Leovardiæ multas mulieres obvias impudice contractaverat in plateis, in ædibus vim quibusdam facere conatus erat, omnia noctu, idque diu continuaverat magno cum terrore mollioris sexus. Testes omnes de eo, quod sibi seorsim evenerat, deponebant: Curia tamen non dubitavit, eas esse conjungendas reumque pro convicto habendum, *d. 21. Mart. 1645.* Aliud; *Christianus Siamburg* tributorum Collector, accusatus extorsisse tributa hominibus, qui non debebant, quibusdam reddidisse, aliis secus, pro convicto, me referente, est habitus, etsi de pluribus & singulis concussionibus nonnisi testes essent singulares, ante *ferias Caniculares 1650.* Alius haud multo post Residuorum accusatus, quod vehiculis Præfectus in Castris, longe majorem pecuniæ summam a Republ. quam illis impenderat, accepisset, nonnisi per singulos aurigas de eo, quod sibi evenerat, deponentibus, est convictus & condemnatus. *Omnibus* scilicet *in unum rei finem conspirantibus & concordantibus*, ut est in *l. 16. C. de Pœn.*

19. Quamvis autem quod plures ajunt, plus fidei mereatur, quam quod pauci, non semper tamen numerus testium vincit, aliquando *dignitas & auctoritas* pluris est quam numerus, *d. l. 3. § 2. h. Non oportet respici ad multitudinem, sed ad sinceram testimoniorum fidem, ut animum advertamus, quibus potius lux veritatis adfuerit, l. 21. h.* Inprimis advertendum, si res non simplici perceptione, sed rationabili constet, quis meliorem scientiæ causam reddere possit. Exemplum satis notabile accidit apud Curiam hujusmodi; Magistratus *Worcumanus* conveniebat artificem rei metallariæ, cujus culpa majorem campanam urbis suæ ruptam arguebant, ex eo, quod malleum intus pendulum nimis ponderosum fecisset; in quam rem quatuor habebant testes, e quibus tres erant artifices ejusdem professionis, qui adfirmabant, campanam præ nimio pondere mallei esse ruptam. Rogati causam scientiæ, respondebant, ita sibi videri. Reus alios producebat testes duos ejusdem artis peritos, qui campanam ea causa non fuisse ruptam

adfirmabant, & causam scientiæ hanc reddebant: Campanam *talis* diametri esse *tanti* ponderis; mallei pondus non esse nimium, si non excederet proportionem trium & semissis a Centum totius campanæ: hunc autem malleum consistere eis & intra illam proportionem, ratione ponderis ejus ex diametro collecti: Quanquam Worcumani campanam pendi, ac ita pondus ejus exacte colligi non permiserant. Reus etiam, etsi non plene probabat, se monuisse Worcumanos, ne tam valide campanam quaterent, atque ut situm ejus, quia tritis erat lateribus ea parte, qua tum pulsabatur, mutarent; Reus absolutus non tam his adjutoriis, quam duorum fide testium adversus quatuor consentientium. *Nicolaus Joh. Adamæ cum soc. in qual.* contra *Wilhelmum Sprakel. ante ferias Natali 1680.*

20. Huc etiam pertinet, quod testes oculati præferuntur auritis, etsi de auditu testes ideo non sint rejicienti, utique si ipsi audiverint, potius quam si ex aliis se audisse narrent: neque tamen ejusmodi assertiones in rebus antiquis & publicis semper contemnendæ sunt, *l. 25. de Probat. l. 2. § idem Labeo. de Aqu. pluv. arc.* Quod si quis ipse audiverit rem solo auditu constantem, nihilo minoris est fidei quam qui vidit rem solo visu percipi aptam: Etsi in comparatione, quanto quisque viderit accuratius, tanto certior habendus est testis, ut tamen gradus non variet speciem. Exempli gratia. Effracho, rapina & vis publica nocta, atrocissima in agro commissa fuerat. Duo testes erant. Famula domus se ex duobus fratribus Primum vidisse ac in faciem intuitum esse, clareque cognovisse testabatur, alterum non plane agnoverat: Paterfamilias *Secundum* fratrem distincte ex ipsa facie agnoverat, Primum etiam cognoverat e vestitu, mole corporis & tono vocis, ut constanter adseveraret, eum a se cognitum, certoque adfuisse facinori. Testimonium hoc respectu Primi plenæ fidei est habitum, & Primus frater, ut duobus testibus convictus, est condemnatus; alter etsi uno teste gravissimisque præsumptionibus dux & auctor sceleris habitus, non potuit tamen nisi Quæstioni, ad quam se mire duraverat, delegari, *ante ferias Pentecost. 1680.*

21. An & testes rogati specialiter, fortuito intervenientibus præteruntur? Ita in testamentis præcise requiritur, *l. 21. § pen. Qui testam. fac.* In instrumentis conficiendis idem fere observatur, *l. 18. C. h. t. Nov. 73. c. 2.* aliis rebus inopinatis nihil interest, *l. 11. h. t.*

DE MODO ET RATIONE TESTES EXAMINANDI.

22. Sequitur modus & ratio testes producendi, atque examinandi. ‡ Primo sumptus a producente repræsentandi sunt. ‡‡ pro cujusque dignitate, *l. 3. § ult. h. l. 11. C. h. & l. 6. § 2. C. de Appell.* Fisci pro antiqua frugalitate sua, nobili vel nobilitatis pari personæ foris evocatæ assignant bino in diem florenos, id est, quinta parte minus quam thalerum imperialem; Si in loco judicii *deponant*, unum modo florenum capiunt, si velint: Plebejis utroque casu dimidium ejus, quod nobili datur, sufficere visum, idque tam pro vocatione, quam pro expensis, *Stat. l. 3. tit. 33. cap. Gottingen.* Quod si adversarius in expensas condemnetur, producens ea, quæ expendit, recuperat, *scilicet.* Debent autem ipsi testes examinari, neque sufficiunt probatæ exhibitæque in judicio Depositiones, de quibus Hadrianus Cæsar; Testibus *se, non testimoniis* creditum, si rapte

‡ Si testes non sunt eidem judici, coram quo causa agitatur, subjecti, producto ante tres hebdomadas, quam requisitoriales transmittuntur, articuli insinuandi sunt, ut intra illud spatium interrogatoria sua, & exceptiones contra testes & articulos, coram judice requirente proponere queat, qui de his arbitrabitur, illa transmittet. Judicis requisiti officio non continetur, producentem aut productam de termino facere certiorem, potius testes sub mulcta citabit, & partibus etiam absentibus examinabit, quæ tamen, si volent, & eo nomine judici requisito se offerent, suis sumtibus testes jurare videbunt. *O. P. S. E I & E. Tit. 22. § 4.*

‡‡ In Saxonia testi intra quartum lapidem degenti, nobili aut nobilibus pari, 2. Unciales pro itineris sumtu, & in singulos dies, quibus in judicii loco commoratur, alii duo unciales, reliquis honoratioris conditionis personis dimidia pars, vilioribus denique civici aut rustici ordinis hominibus in unumquemque lapidem sive milliare 4. grossi, in dies singulos 6. aut 8. grossi, a producente solvantur, ita quidem ut pecuniam una cum articulis, aut intra spatium judici *O. P. S E. I. & E. Tit. 22. § 7.* præfixum offerat, nisi, hoc neglecto ad dupli solutionem se adigi malit, quo casu id quod pœna est, inter judicem & testes dimidiaris portionibus dividetur. In pauperum causis testes eos sumtus petere nequeunt; est tamen eorum etiam in fine litigii, ut aliorum sumtuum, pro re nata, ratio habenda. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 22. § 3.*

rescribit

referibit in *l. 3. § 3. h. t.* Proinde licet mortui sint testes, scriptis eorum adtestationibus fidem non esse habendam, verius est; quatenus creberrime compertum est, eas leviter, ex gratia, dictantibus sæpe iis, quibus serviunt, conscribi; denique sæpius evenire, ut ab ipsis in judicio testibus juratis, interrogatis, examinatis, aliter res exponantur. Sed an absentes per alios judices, quam ubi causa agitatur, examinari possunt? In civilibus, ita; de criminalibus secus esse cautum, scribit A. Matth. *d. disp. 9. th. 73.* quod a ratione non abhorret, at in textibus ab illo citatis non extat, *l. 3. § 3. h. l. 16. & l. 19. C. h. t.* Quin Lex 16. tam in criminalibus quam civilibus jubet testes vel *propria voce testimonium ferre, vel si non adfuerint, mitti ad eos Procuratores partium, apud quos deponant quæ noverint, vel dejerent quæ ignorant:* idque ita in Foro nostro servatum memini, ut, si testes in criminalibus ad locum judicii venire nolint, aut nequeant, advocati partium mittantur ad locum examinis.

23. Necessitas autem veniendi ad locum judicii in civilibus etiam pluribus remittitur, militibus, senibus, valetudinariis, Magistratibus, Reip. causa absentibus, publicanis in statione occupatis, & generaliter quibus venire non licet ex justa causa, *l. 3. § ult. l. 8. & l. 19. h. t.* ubi tales inviti dicuntur non perhibere testimonium; quod non ita capiendum, quasi testimonio dicendo subducere se queant, sed quod sine contumacia differre suum adventum, vel quod domi suæ, aut illic ubi agunt, examinandi sint, quem honorem volunt leges Episcopis esse habendum, *l. 7. & Auth. Sed judex C. de Episc. & Cler.* Moribus nostris, hæ excusationes non valent, nisi ob inevitabilem morbi aut absentiæ necessitatem, quo casu Judex seu Commissarius, in locum, ubi tales personæ reperiuntur, se confert; quod & sæpe fit, utilitatis causa, ut sumptibus parcatur, ubi ingens testium numerus in eodem loco reperitur, tam in criminalibus quam civilibus causis. Alioqui testes in locum judicii venire mulctæ quoque dictione, vel si res majoris momenti, carcere coguntur. Quid autem si testes evocati non statim examinentur? Observare debent judicem per quindecim dies, *l. pen. C. h. t.* At cujus impensis? Si per judicem stet, hic iis impendia dabit, *l. 3. § 4. h.* quæ alioquin a producente suppeditantur, *l. 11. & l. 16. C. h. t.* Finitis autem quindecim diebus, Testes recedere, nec unquam ut redeant, cogi possunt, *d. l. pen.* Verum illud quindecim dierum spatium, moribus haudquaquam servatur. Statutis nostris hac parte cautum est, ut, si judex Commissarius non præsens aut paratus sit, die præfinito testes audire, producens alium ex continenti petere possit Commissarium surrogandum, *lib. 3. Statut. tit. 3. art. 1.*

24. Fuit modus & locus producendi testes, sequitur illos examinandi ratio, de qua prima incidit Quæstio, utrum testes seorsim a Judice, an utroque litigatore præsente, sint examinandi. Communis est sententia in Foro ubique recepta, quod vocandi quidem sint, ut videant jurare testes, examen secreto fieri debeat, Donell. *25. comm. de testibus. c. 10.* Hotoman. ad *l. 12. C. de Testib.* Gudelin. *4. de Jure Noviss. c. 16.* Faber ad *h. t. C. def. 13. & 52.* Dissentiunt Præceptores nostri A. Matthæus *d. disp. 9. th. 42.* Wissenbachius *ad h. tit. th. 23.* qui censent, adeo litigantium, inprimis adversarii, præsentiam requiri, non modo ad jurandi conspectum, sed & ipsas depositiones testium audiendas, ut μονομερῶς, id est absente adversario, nisi is per contumaciam absit, testes examinari nequeant. Textus & Juris ratio debent regere nostrum judicium. Adhibimantes non videntur admodum fidenter uti debere argumento *Legis 14. C. h. t.* ubi, *ad Judicantis intrare secretum;* hoc enim *de Secretario*, id est secretiore judicis conclavi, oppositio ad Forum veteris Romanum, in quo testes audiebantur, intelligi potest, in quo partem adversam adesse nihil vetet: Verum eo potius nitantur, quod novissimæ Constitutiones meminerunt temporis, quo testimonia publicantur & partibus innotescunt, *Auth. Ut qui semel. C. de Probat. & Nov. 90. c. 4.* qua de re actum *ad tit. de Probation.* cujusmodi tempus non habet usum aut intellectum, si præsentes adversarii testium depositiones, dum fiunt, audiant. Textus, quibus utuntur Viri summi, non cogunt ad hoc, quod volunt; *Lex pen. C. h. t.* præsentiam adversarii ponit, nisi contumaciter abiit; eandem præsentiam apud ipsas vivæ vocis depositiones non requirit. *Lex 18. C. de fide instrum.* diserte equidem ait, *Depositionibus sub utriusque partis præsentia factis.* Imo in *Novel. 90. c. ult.* sic habetur, *præsentem esse & audire attestationem*, satis clare, ut videtur. Sed in eadem *Nov. 90. cap. ult.* sequitur inferius; *Si enim recusaverit, & advenire noluerit & audire depositiones; (etenim publicabuntur.)* Quæ verba significant, præsentiam & auditionem, quæ adversario tribuitur, non intelligi de momento examinis

& depositionis, sed de publicatione, quæ non diu postea in loco judicii celebratur. In Veteri tamen Foro, satis cum ex historiis, tum ex Orationibus Ciceronis constat, examina testium, maxime criminalia quæstionesque palam fuisse habitas, ac institutas partibus omnino præsentibus, eoque pertinet *Lex 27. § 7. Ad L. Jul. de Adult.*

25. Quando ventum est ad Judicis secretum,* producens vel ejus Procurator, exhibet judici positiones sive articulos, secundum quos examen testium sit faciendum, de quibus ad *tit. de Probat. & de Interrogat. in Jure*, dici occupatum est. Juxta exhibitionem articulorum, ante examen, a testibus juramentum veritatis exigitur, sine quo testes non merentur fidem, *l. 9. & l. 18. C. h. t.* ubi *cum Sacramenti religione deposuerint.* Adiguntur autem ad jurandum, *priusquam perhibeant testimonium.* Si post attestationem verbis factam jurent, depositiones non habent vim probandi, licet in continenti juramentum fuerit subjectum, ut recte D. A. Matthæus *d. disp. 9. th. 83.* ubi plures citati auctores, nec aliter in foro servari, testatur Mynsingerus *cent. 4. obs. 77.* Ratio non est obscura, quod ubi juramentum sequitur declarationem, religio jurandi non arctaverit loquentem, & pudor homines a retractando, si deinde juramentum exigatur, retineat: ut videre memini, testes apud Judices, qui per ignorantiam juris, in continenti post depositionem jusjurandum ab illis exigebant, repentino rubore suffusos & perplexos adigi ad id præstandum. Gailius tamen in Camera Spirensi narrat esse receptum, ut *præposteratio* ex continenti commissa depositionis fidem ne tollat, *l. obs. 101. n. 9.* Hinc porro sequitur, testes jurare nolentes non esse audiendos, quod etiam in *Mennonitis* nostratibus servatur, qui temperamento ab Ordinibus illis concesso, ut Deum testem duntaxat invocent, sæpe nolunt uti; remittuntur inauditi, prius admoniti, ut in officio esse velint, atque edocti nihil esse juramentum quam formulam precandi; sine fructu plerumque apud homines ἰδιοτρόπους, ut crebro experti sumus. Erat talis, qui rogatus a Commissario, quid scrupuli inveniret in Deo teste invocando. *Quid scio*, inquit, *an Deo volupe sit esse mihi testi?* Memini talem Mennonitam malæ mansioni hanc ob causam traditum & mulctatum esse; quod respectu superstitionis, rigidius videtur, nec carcer hac causa probatur in *l. 19. pr. C. h. t.* Ideo nunc ea res modica verborum castigatione transmittitur. In alios vero, qui non metum religionis, sed contumaciæ causam habent, rigor extremæ Jurisdictionis intendi posset, *arg. l. 1. D. Si quis Jus dic. non ob.* Non potest igitur Judex remittere jusjurandum? Non potest, ne Catoni quidem, aut Xenocrati, cui non tam judex quam populus Atheniensis eum honorem habuit, teste Diog. Laertio *in ejus vita.* Pars adversa equidem remittere potest juramentum,** *arg. l. 26. de Re Jud.* quod de civili capiendum, non de criminali causa, ubi accusator non de suo, verum de eo quod interest Reipubl. agit, & decidere nequit, Mascard. *vol. 1. quæst. 5. n. 108.*

26. Juramentum a testibus exactum & examen, responsio adversæ partis ad positiones analogice præcedere deberet; ut cognitis adversarii responsionibus, producens scire posset, quibus factis opus sit per testes probandis, etsi plerum-

* Apud nos in Termino a Judice præfixo ‡ producens, sub pœna desertionis, testes tenetur producere realiter, si sint præsentes, absentium autem accusat contumaciam & absentes tanquam præsentes producit, eos vero, qui comparuerunt, prævio jurejurando ad articulos, antea a se exhibitos, a judice petit examinari. *O. P. S. Tit. 20.* § ebenmäßig. § wann es nun.

‡ Non comparente producente, probatio per testes, aut documenta, aut articulos, super quibus productio juramentum delatum, facienda, pro deserta habetur. Producente autem comparente, solenni productione testium vel præsentium vel etiam absentium non amplius indiget, sed judex vel petente producente, vel ex officio examinando præsentes, vel citando absentes, in causa rite perget. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 20. § 7.*

** Jure Saxonico & partis producentis consensus requiritur, & quidem non tacitus, sed utriusque litigantium expressus. *O. P. S tit. 20. § 3.* verbis: den gewöhnlichen Zeugen-Eid leisten, und dessen keiner ohne beyder Theile ausdrücklicher Bewilligung erlassen, auch auf den Gegenfall, da der Zeuge nichts minder ohne Eid abgehöret wird auf des Parts Ansuchen, auch nach eröffnetem Gezeugniß, auf vorhergehenden gewöhnlichen Zeugen-Eid von neuem examiniret werden. Casus cum eos, in quibus remissione partium non obstante, Judex jusjurandum ex officio exigere potest, tum alios, ubi testibus injuratis creditur, annotavit Ill. Mencken. ad *O. P. S. tit. 20. § 12.*

qua

que apud nos una feria adversarius & testes citantur. Et tunc primo fere testes juram, dein adversarius juratus de calumnia, respondet. Quo facto eædem positiones, secundum quas fiet examen, adversario tradendæ sunt, ut articulos apponat *interrogatorios;* item ut eas exploret, an sint causæ legibus congruæ, an contineant res indecoras, a causa alienas, an facta, de quibus ante interlocutoriam nihil sit dictum, contineant, quod Statutis nostris vetitum, *3. 18. v. 9. 10.* Examinat etiam personas Testium, an non sint inter eos, qui testimonium in ea causa dicendi jus non habeant. Si quid ejusmodi deprehendatur, & res tanti sit, potest se adversarius opponere testium examini. Super qua re summarie disceptatur, eaque lis incidenter deciditur; quæ decisio nihil est quam interlocutio.

27. Quæritur autem, si quæstio facti sit, *utrum* scil. *merita personæ sint ejusmodi, ut a testimonio excludi debeat,* an tum dilatio tanta sit ac interlocutio facienda probationis causa, testesque in eam rem producendi. Respondetur, non facile id esse admittendum, quia tunc interlocutione opus esset ad interlocutionem, imo plures interlocutoriæ aliquando cumularentur. Exemplum: Testis in causa criminali a Procuratore generali producebatur. Reus opponebat se testi pluribus argumentis facti, quo minus admittendus esset, offerebatque se probationi. Impetravit interlocutionem & dilationem probandi causa. Testes etiam contra testem illum produxit; quorum uni se rursus opponebat Procurator Generalis, præparatorie probans illum esse inhabilem, petebatque, ut sibi in eum finem liceret producere suos testes: At hoc negatum, ne duplex interlocutio fieret in interlocutorio processu; etsi meritum causæ magis hanc interlocutionem, quam priorem exigeret. Simul animadversum est, primam quoque interlocutionem rectius omittendam fuisse: Præsertim quia Reus in sequenti dilatione, quæ datur reprobandi causa, rationes, cur ille testis fidem non mererertur, suo commodo probare poterat. Ita observatum *in causa Procuratoris Generalis contra Christianum Siamburg. d. 14. Februar. & d. 20. April. 1650.* Solet tamen ita servari in Foro nostro, ut in causis majoris momenti, quando is, contra quem testis producitur, præparatorie probat causas sufficientes testem penitus excludendi, interlocutio quandoque concedatur.

28. Quæsitum est, an talis oppositio fieri posset ob hujusmodi causam; Producens in calce positionum suarum ita collocaverat; *Rogo, domine Judex, ut ex testibus quærere velis, numquid iis amplius de causa, quam hcic positum est, compertum sit.* Fiebat oppositio; propterea quod adverta pars ad ejusmodi generale supplementum non posset articulos concipere *interrogatorios,* quod jus ei nefas esset intercipi. Quidam tamen putabant, nihil ejusmodi positione comprehendi, quam quod Judicis officio continetur, *l. 3. § 1. in fin.* ubi, *ad ea quæ interrogavèras. & §3.* ubi, *Ipsos interrogare soleo:* nec judici hac parte modum aut tempus, si intra causæ terminos maneat, præscribi posse, *l. pen. de Interrogat. in jur. fac.* atqui contra judicis quæsita, quæ ex officio fiunt, nullos adversa pars *interrogatorios* opponendi facultatem habet. Quid autem plus erat in ejusmodi articulo generali, quam imploratio judicis officii? qualis semper ipsis interrogatoriis subjici solet. Fecit tamen illa prior ratio, ut oppositio admitteretur, producensque illam thesin inducere juberetur, *in causa Simonis de Wyn tn qual.* contr. *Alrichum Hajinga, Prætorem militarem d. 15. Octobr. 1679.* Habet disciplina fori suam formularem trituram, a qua non facile, tametsi forte ratio juris haud prorsus eam exigat, recedendum.

29. Cæterum, positionibus exhibitis, Adversa pars, articulos, quos sæpe dixi, adjicit interrogatorios, * quibus rogatur judex, ut testes velit examinare super *talibus* circumstantiis causisque

* Etiam nostræ *O. P. Tit.* 20. § nachdem &c. producto potestatem facit interrogatoria offerendi, ‡ si modo ante Terminum vel in ipso termino ea exhibeat, nam ex officio ea a Judice non solent confici. Suendend. *ad Fib. Pr. p. 1420.* Prohibentur autem *d.* § interrogatoria generalia ad causam, & specialia tantum ad singulos articulos directa, aut generalia ad personas testium pertinentia, admittuntur, ubi judicis incumbit officio interrogatoria inepta, impertinentia, statim rejicere, nec testes super iis examinare, conf. Stryk. *Introd. ad Prax. for c. 18.* Joh Sam. Stryk. *Disp. d. interrogatoriis ineptis* eumque in finem ea in termino cum produce:te communicare, ut excipiendi detur copia. Martin. *ad d. § n. 142.* Suendend. *l. c. p. 1418.* non antea, ne forte testes subornandi suppeditetur ansa. Nicol *Proc. p. 1. C. 16. n. 1.* Lang. *Proc. 54. n. 10.* Super interrogatoriis licitis vero, legitime exhibitis, si testes de facto examinati non fuerint, repetendam eorum ell depositionem, admonuit Suend. *d l. p 1420.*

‡ Super interrogatoriis, pariterque articulis, num pertinentes sint nec ne, multis non est disputandum; scien-

scientiæ, quas alter pro se momentum aliquod contra producentis intentionem habere putat, præmissa protestatione magistrali parumque necessaria, cum res ipsa eam continent; *se non admittere positiones, nisi salvis reprobationibus & salvo jure in omnibus*, clausulaque subjecta *implorandi interrogationes juris*, quæ sunt officii judicis, ut *modo* indicatum est, versanturque in eo, an satis sibi constent voce, vultu, dictione; nam qui vacillant, aut inter se discrepant, his merito fides subducitur, *l. 21. § ult.* & similibus.

30. Redhibitis positionibus, quod fieri debet quantocius, Judex *Commissarius*, aut quod alibi moris est, scriba publicus singulos articulos testibus prælegit & singulis declarationes testium explicite subscribit, ut rei momentum postulat & Statutis nostris præcipitur; quæ diserte prohibent, depositiones concipi remisseve ad articulos, velut, Testis ait; verum esse *articulum primum; negat secundum;* nescit *tertium*, sine expressione, quid testes declarent, sub pœna nullitatis & impensarum novi examinis, *lib. 3. tit. 22. art. 1.* Ubi hoc bene servatur, carere licet hac quæstione, quomodo testes respondere debeant; *scire se*, an *credere*, vel *arbitrari*, aut *videri sibi*, de qua vide Auctores apud A. Matthæum *d. disp. 9. th. 45.* Veteres modestiæ causa *videri sibi* & *arbitrari* amabant loqui, ut Cujacius probat *3. observ. 26.* Quin Cicero argumentum refutandi testis Galli inde petit *orat. pro Fontej.* quod *verbum illud consideratissimum nostræ consuetudinis*, ARBITROR, omiserat; *quo nos etiam tunc utimur*, ait, *cum ea dicimus jurati, quæ comperta habemus, quæ ipsi vidimus.* Verum hic scepticismus abiit ex usu temporum; nec, *etsi de omnibus dubitandi institutum revixerit*, hac parte receptum est, ut responsa testium dubia pro certis habeantur. Verum si quis nolit dicere testis, sibi constare, se vidisse, audivisse, scire se, testimonium ejus vim probandi non habebit nec in civilibus neque maxime in criminalibus, ut rede Duaren. *ad tit. C. de Test. c. 4.* Gomez. *3. Res. 12. n. 10.* Costal. *in l. 21. de Recept. qui arb.* Quod autem D. Matthæus id in universum & de omnibus casibus affirmare non posse scribit *d. th. 45.* res ipsa loquitur, de his, quæ testes non bene sciunt, recte eos facere, si dubitanter loquantur, pari fide illis adhibenda. Cæterum, ipsa pars adversa per *Credit* & non *Credit*, defungi potest, quia quod ipse præstat juramentum, id est opinionis, quod a testibus exigitur, hoc veritatis est. Quid si testis ultro aliquid ad causam pertinens exponat, hoc etiam judex adnotabit? Sine dubio; quando & ipse tam positiones producentis, quam interrogatoria partis adversæ in examinando, *ut modo probavimus*, egredi potest.

31. Testibus auditis & testimoniis publicatis, ‡ qua de re *ad tit. de Probation.* actum adversa

si super ejusmodi, vel interrogatoriis, vel articulis forte testes per negligentiam examinati sunt, eorum in sententia ratio haud est habenda; rectius tamen judex ea omnia statim & ex officio rejiciet, super reliquis, neglectis iis, quæ ab adversa parte rejecrentur, testes examinari faciet. Si una alterave pars arbitrio judicis stare nolit, & ad JCtos provocabit, licebit hoc ei, sed suis impensis, & V. thaleris in casum succumbentiæ apud judicem repositis. Contra ejusmodi sententiam nulla prorsus leuteratio, nisi in causis statim ab initio in suprema curia ventilatis, nec appellatio facile apud Judicem ad quem locum inveniet. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 20. § 8.*

‡ In Saxonia Electorali probatione & reprobatione absoluta, testibus auditis, documentis recognitis, juramentis etiam præstitis, judex, spatium 14. dierum concedens, ex officio partes ad publicationem attestationum citat, & istas in termino rite publicat, parte etiam neutra comparente, probationem reprobationemque, quæ pro publicatis habendæ, Actis adjicit, partibusque comparentibus vel non comparentibus rotulorum exempla, intra 14. dies sub 5. thalerorum pœna confecta, communicat. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 29. § 1.* Quod vero ad positiones attinet, quibus super probatione & reprobatione disceptatur, iis spatium trium hebdomadum est præfinitum, quarum prima nunc promiscue ab actore intra illud spatium, ab elapsis 14. diebus confectioni rotulorum destinatis computandum, est porrigenda, adversus quam reus intra simile spatium excipit, atque ita actor replicat, & reus duplicat. Uti autem hæc spatia, nec a judice, nec partium compromisso, prorogari possunt, ita, si alterutra pars ea non observaverit, nulla contumaciæ accusatione opus est, sed judex ex officio omne id, quod post illud spatium offertur, rejicit, & ab actis repellit. Illarum positionum duo nunquam non exempla sunt offerenda, quorum unum apud acta retinetur, alterum parti petenti traditur, *d. Tit. § 2.* Denique vim probationum in causis, quarum probatio & reprobatio per documenta facta, oretenus

pars

pars facultatem habet *Reprobandi* hoc est, objiciendi personis testium quicquid ad fidem illorum minuendam in ista causa facere potest, eorumque testationes refellendi, vel ipsis inter se dictis eorum comparatis, aut contrariis aliunde probationibus, etiam testibus in eam rem denuo productis, *l. 17. C. h. t.* & dixi *ad tit. de Prob. n. 12.* Sed personalia quod attinet, sciendum, excludi non posse testem ab eo, qui prius eundem produxerit, ne quidem in alia lite, nisi ob causas deinceps ortas, *d. l. 17.* Quid si testis non productus ab aliquo, sed absque reprobatione admissus fuerit, an hic deinde repelli non potest? Commune dictum in Foro est, *Quem probo, non reprobo, d. l. 17.* Atque in eadem lite, diversa instantia non posse excludi, nec quidem cum effectu reprobari, absque nova causa, dicendum videtur, & Curia nostra judicavit in causa memorata *Johannæ Heslinga adversus Curandum Dosé*; qui cum sorores Actricis apud Judices inferiores admisisset, in judicio appellationis illas frustra excludere conatus est. In diversa causa quo minus reprobandi jure possit uti, non videtur esse justa ratio; cum fieri possit, ut alia rerum hominumque conditio atque fiducia in diversis negotiis appareat; Quæ ratio velle videtur, ut etiam qui produxit testem in una causa, videatur eum recusare posse in lite diversi generis; si causa reprobandi non petatur ab odio personæ, sed ab affectione causæ, *arg. d. l. 17.* verb. *non licebit ei personas eorum excipere.* Fit aliquando, ut qui produxit testem, eundem reproducere velit, ut sua dicta corrigat: Sed hoc aliter non permittitur, quam si fiat in continenti, priusquam locutus sit cum producente, justamque erroris causam alleget; Ex intervallo non permittitur, *l. ult. C. h. t.* A. Matth. *d. disp. 9. th. 41. & 46.* Quominus tamen judex ultro ex officio testem de obscuris dictis iterum examiner, nihil impedimento est, *arg. l. pen. de Interrogat. in jur. fac.* Matth. *d. th. 41.*

32. Quoties produci possint testes, quæri video. In *Nov. 90. cap. 4.* sic est definitum; Tres productiones sunt licitæ; ad quartam non admittitur litigator, nisi juraverit, se non percepisse testificationes adversarii; nam post harum perceptionem nullas amplius productiones, licet una tantum facta fuerit, adhibere licet, *d. cap. 4. in fin.* Sed numerus Productionum unde æstimetur, ab horis, an a numero dilationum, quærunt etiam; Cujacius, Donellus, A Matthæus, decem dies censent numerandos inter singulas productiones, credo ex verbis *d. cap. 4. non tamen post longum intervallum.* Hæc quisque cum usu fori sui conferre potest. In nostro distinguuntur testium productiones, ut dictum *supra*, in Probatorias, Reprobatorias, & Contrareprobatorias. Probatoriæ habent dilationem ordinariam, aut a Curia præscriptam, *ad tit. de Probationibus* expositam. Reliquæ duæ trium Septimanarum dilatione legitima circumscribuntur. Intra illos terminos licet uti tot productionibus, modo non iidem sint articuli & testes, quot ipsa res exigit, etsi nunquam plures tribus ego viderim factas; numerus dierum inter singulas productiones non est præscriptus, ut forte nec jure civili; modo fiant intra terminum dilationis legitimæ, & ante cognitas adversarii probationes; nisi quod reprobatoriæ productiones semper fiunt postea, Saud. *l. 10. 5.* Quod de productionibus secundum horas distinguendo illi quærunt, parum intelligo. Usum certe non habet quem viderim.

33. Omnibus productionum vicibus absolutis, postquam a partibus in causa conclusum, Judex e testimoniis aliisque probationibus judicaturus, ex sententia animi sui æstimare debet, quid aut credat aut parum sibi probatum opinetur, *l. 3. § 2. h. t.* nec valde opus est, ut moneamus, eum plus fidei tribuere debere pluribus quam paucioribus, adfirmantibus quam negantibus, dignioribus quam humilioribus, senioribus quam junioribus, masculis quam feminis, ut tradit e Dd. A. Matthæus *d. disp. 9. th. 50.* Hæc enim tot exceptionibus & cautionibus circumscripta sunt, ut non minus quam alias opus sit eo, quod Arcadius ait in *l. 21. § ult. h. t.* *Credendum est, quod naturæ negotii convenit confirmabitque judex motum animi sui ex argumentis & testimoniis, quæ rei aptiora & vero proximiora esse comperit &c.*

DE TESTIBUS EXTRA JUDICIUM COGENDIS.

34. Dictum est *superius*, necessitatem testimonii dicendi esse publicam a lege derivatam in Magistratum, qui non tantum requisitus a partibus, sed etiam ex officio in causis publicam utilitatem spectantibus cives adigere potest ad testi-

excutientibus septiduum, non computatis diebus dominicis vel festis, injunctum, actore iterum initium faciente, qualis procedendi modus etiam obtinet, quotiens illi, cui juramentum delatum, conscientiam per probationem defendere libuit *d. Tit. § 3.*

monium jurato præstandum. Privati vero neminem ad hoc compellere possunt, *arg. l. Constitutio jubet. C. de Testib.* rogati in testamentis, in contractibus cæterisque inter vivos aut mortis causa negotiis adhibentur, *Nov. 90. C. 2.* nec inviti ad hoc coguntur. Sed quia Judicii publica est auctoritas; hinc eo contracto constitutoque datur facultas ex lege testes cogendi; cujusmodi auctoritas & vis legis in extrajudicialibus cessat, etsi Magistratus officium requiratur; quando enim id non fit ex causa publica, sed privati alicujus rogatu, nemo tenetur hujusmodi requisitioni parere. Quamvis igitur *Præparatoriæ*, quas vocant, testium examinationes, frequenter ita instituantur, ut homines sine litis contestatione, de factis quibusdam juxta conceptas positiones respondeat, si quando hoc eveniat, ad Magistratus quidem vocati accedere debent, in arbitrio tamen habent, utrum respondere velint, an secus. Nec ea res ad Magistratus, qui non nisi requisitus officium suum adhibet, contemptum pertinet, etsi meminerim, ubi perperam id existimatum & in cives ea causa animadversum sit, imperite. Quin si responsiones hoc modo sint elicitæ, nihilo tamen plus valoris, quam adtestationes a Tabellionibus scriptæ in se continebunt.

35. Ita quidem in universum: Sed excipitur Examen testium *in perpetuam rei memoriam* ‡ ad quod testes etiam compelli possunt, si adsint hæ duæ conditiones; prima, si lis nondum possit moveri, sive quod jus necdum sit natum, vel quod alia sint impedimenta. Secundo, si testes ob senectutem vel peregrinationem tempore litis forte non sunt adfuturi, qua causa lis etiam moveri potest, antequam jus sit natum, executione donec id natum fuerit, differenda, *l. 40. D. ad L. Aquil.* Istæ quidem conditiones in eo, qui jus agendi habet, requiruntur; Reo facilius hujusmodi extraordinarium Examen indulgetur, quia ille non habet in potestate rem in judicium deducendi, & quia reus semper alias præ actore favorabilis habetur, *l. 125. de R. J.* Idem in Criminalibus adhuc justiore de causa Reo concedendum; Accusatori non æque; Tametsi Procuratores generales præparatoriis examinibus officium suum frequenter exercent, attamen absque necessitate Publica juramentum exigendi, vel si hoc maxime sit præstitum, probationis fidem faciendi. Modus autem producendi testes in perpetuam rei memoriam, est, ut libello supplice petatur illa facultas, & Commissarius judex, a quo testes examinentur, vocata parte adversa, quæ testes videat jurantes, juxtaque positiones probatorias articulos ponat interrogatorios, sicut in examinibus testium post interlocutionem judicialem fieri solere, supra commemoratum est. Depositiones conseri, tæ apud officium Judicis sive in ipsa Curia custodiuntur, ut occasione judicii suo tempore movendi, inde repetantur, atque tunc justum plerumque proband. effectum habent; sic tamen, ut si testium copia tunc etiamnum haberi possit, iidem denuo producendi atque interrogandi sint, ut in Curia nostra judicatum est *in causa Freerk Galiks Requirant contra Jds Foekes, Gedaedte.* Vid. *Cap. Quoniam X. de Test.* Mynling. *4. obs. 71.* Gail. *1. obs. 22.*

TIT. VI.

De Juris & facti ignorantia.

I. Continuatio, & quotuplex sit Juris ignorantia. II. Personæ, quibus jus ignorare licet, non sine discrimine tamen. III. De intellectu regulæ, quod Juris ignorantia noceat in lucris, non in damnis. IV. Objectiones quædam removentur. Ignorantia facti quatenus excuset.

In facti Quæstionibus, circa quas probatio versatur, usu venit ignorantiæ allegatio, quæ secundum Rubricam, duplex, Juris vel facti est, de quibus philosophorum sententias non excutiemus; sed quæ in Juris artem ex ipsa philosophia translata sunt, breviter videbimus. Ignorantia Juris est vel naturalis, vel positivi. Et hujus vel divini, vel humani. Rursus hujus, vel Gentium vel Civilis. Juris Naturalis & divini moralis ignorantiam, excusare neminem, cum non modo Sacræ Scripturæ, sed etiam cordium tabulis insculptum sit, ut Apostolus docet *ad Rom. 1.* clarum est. Idem in Jure Gentium, quia naturalis ratio hoc inter omnes homines constituit, § *1. de Jur. Nat.* Horum igitur sine flagitii confessione prætendi non potest insciția: Nec quidem Juris Civilis, quod est communis omnium civium sponsio, *l. 1. & l. 2. de LL.* nisi jus novum sit, vel

‡ Qua probationis specie, uti licet, & reo & actori, etiam per documenta, si parti quoad probationem aut reprobationem periculum immineat. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 27. § un.*

pla-

plane non promulgatum, vel quod absens scire non potuerit, quomodo in historia sacra Jonathan edictum patris de jejunio ignoraverat. Et videntur ejusdem generis esse municipales super ordine rerum agendarum constitutiones, *l. u. t. D. de Decret. ab ord. fac.*

2. Sunt tamen, qui & ob ignorantiam Juris communis, quod Civile est, excusantur, etiam in delictis, ut feminæ a pœna incestus non jure Gentium prohibiti, *l. 38. § 2. D. ad L. Jul. Adult.* quod hodie non habere locum, quatenus jure divino prohibitio continetur, usu vulgatum est. Excusantur a pœna Turpilliani SCti, propter accusationem temere motam & omissam, *l. 1. § 10. vers. Atqui Pap. D. ad SC. Turpil.* Minoribus etiam annis 25. in quibusdam minoribus delictis, præsertim omissionis succurritur, ut si heres minor non sit persecutus necem defuncti, *l. 6. C. de His, quæ ut indign.* si mater annis 25 minor, tutorem liberis suis petere superfederit, *l. 1. C. Si adversus del.* Quod igitur *in l. 9. pr. h. t.* minores & femin e non læsi dicuntur, *ubi non est delictum*, de gravioribus commissis & facinoribus accipiendum, *l. 37. § 1. de Minor.* Inter minores autem & feminas hoc interest, quod illis, ne in lucris quidem obstet ignorantia Juris, feminæ tantum in damnis excusentur, *l. 1. C. l 8. D. h. t.* Militibus etiam Juris ignorantia remittitur in testamentis, *l. 1. & 1. tit. D. & C. de Testam. mil.* in adeunda hereditate, *l. 9. § 1. h. l. ult. in pr. C. de Jure delib.* adeoque etiam in causis lucrativis. Rusticis quoque juris ignorantia est innoxia, in modicis malefactis, ut albo corrupto, *l 7. § 4. de Jurisd.* pœna SCti Syllaniani, *l. 3. § 22. d. SC. Syllan.* item in condendo testamento, *l ult. C de Testamen.* in petenda hereditate, sive bonorum possessione, *l. 8. C. Qui admit. ad bon. poss.* adeoque etiam in lucro. Sed feminæ, in quam, ita sunt inter exceptas personas, ut vix aliter quam in civilibus delictis valere videatur exceptio. Nam in lucrativis causis non excusatur earum Juris ignorantia, & in damnis hæc nemini, nec maribus quidem præjudicat, *l. 7. & 8. h. t.*

3. In utrisque igitur, tam maribus quam feminis, eundem habet effectum ignorantia Juris; de qua est regula generalis; quod in compendiis quidem non prosit, veluti in Quarta de legatis detrahenda, si Legum Falcidiæ ignarus fuerit, *l. 9. § 3. h. t.* in damnis autem non noceat, *d. l. 7. & 8.* Ait autem *d. lex 8. In damnis amittendæ rei sine.* Hoc quidam ita accipiunt, ut tantum habeat locum, quando agitur de transferendo dominio, quod certe vocabulum *sine* in stricto sensu, signficat: Verum & sæpe latius pro omni eo, quod ad nos pertinet, accipitur, ut in definitione Justitiæ, *suum* cujusque, item in *l 44. de Condict. indeb.* & *alibi.* Hoc ita sumendum esse, jubet æquitas, quæ damnum alicui per ignorantiam infligi vetat, quo pertinet, quod probavimus ad *tit. Inst. de obl ex quasi contr. part. I. pag. 345.* condictionem indebiti per Juris ignorantiam non amitti; quoniam ibi vere de damno vitando certatur, etsi dominium rei solutæ sit translatum, quod & verba *legis ad h. t.* confirmant, dissentiente licet D. Wissenbachio *ad h. t. n. 41.*

4. Cæterum, si hanc regulam ad exempla redigas, videndum, ne non habeat difficultatem, quia sæpe & in damnis nocere, & in lucris excusare videtur ignorantia juris. Nam qui credit mulieri fidejubenti, & filiofam. mutuum accipienti, per ignorantiam SC. Vellejani & Macedoniani non juvatur, nisi minor sit, etsi illi casus ad damnum vitandum pertineant, *l. 9. in pr. h. t.* Rursus, Heres in legatis agit de lucro, & tamen juris ignorantia non vetat repetere cautionem legatorum causa in testamento remissam, *l. 1. Ut in possess. legat.* Juris ignorantia non vetat lucrari fructus hereditatis possesse, *l. 25. § 6. de Hered pet.* Adhuc dicendum videtur, Restitutionem damni antea perfecte illati, ut in duobus illis prioribus exemplis non esse casum damni vitandi: Qui credidit filiofam. aut ad intercessionem mulieris, amisit pecuniam male creditam. Hanc recuperare per juris ignorantiam, aliud est, quam non perdere, cujus adhuc jus salvum est. Quibus accedit, quod regula prædicta semper ita accipienda est, ut non præjudicet alterius juri per leges quæsito. Sic etiam executio Juris antea perfecte acquisiti, quamvis lucrosi, ut in sequentibus exemplis, non est casus lucri captandi sive quærendi, sed ejus amissio pro damno est habenda. Ut ita si hereditate acquisita, fructuum perceptio, per Juris ignorantiam impeditur, id magis pro damno, quam contrarium ejus pro lucro sit habendum; cum e contra, si quis in eo sit, ut hereditatem primum acquirat, huic juris insciti noceat, *l. 1. in pr. h. t.*

5. Hactenus de Juris ignorantia. Altera species, quæ facti est, habet regulam, quod *facti ignorantia prosit*, hoc est *excuset*, *l. 2. & l 8. h. t.* Ratio redditur in *d. l. 2.* quia cum jus sit finitum, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos

fallit. Plurimùm tamen intereſt, facti proprii, an alieni ſit ignorantia, *l. 3. in pr. h. t.* hæc enim facilius, quam prior ſe probat, *l. 15. in fin. C. de Reſcind. Vend.* At in univerſum ita proditum eſt; ignorantiam facti excuſare, ſi modo non ſit craſſæ negligentiæ, aut nimiæ ſecuritatis, *l. 3. § 1. & l. 6. h. t.* qualis ut plurimum facti proprii ignoratio eſſe videtur, ut tamen ne heic quidem civilis abſit excuſatio, in factis antiquis, factorumque circumſtantiis, lubrico ſui, memoriam fallentibus, ut in *l. 44. de Acquir. poſſeſſ.* & id genus aliis. Pro hac quoque facti ignorantia militat præſumptio, ut adfirmanti quod alius ſciverit negotium quod facti quidem eſt, incumbat probatio, *l. 21. & l. 27. de Probat.* Non diſtinguitur etiam in excuſatione hujus ignorantiæ, de lucro agatur, an de damno, *l. 8. h. l. 7. C. h. t.* adeoque tam in delictis, quam in contractibus habet locum, etiam in diviſionibus, *l. 4. C. h. t.* in conditionibus, *l. 7. & l 10. C. eod.* in delatione & acquiſitione hereditatis, *l. 1. h. t.* denique & in Uſucapionibus, *l. 4. h. t.* eo ſenſu, quo Thomaſius explicat, *ad Poſit. 2.*

SCHOLIUM.

Prodeſt quidem ignorantia facti in uſucapionibus, l. 4. h. t. *ſcilicet uſu capienti, qui v. g. ut Gloſſa ſubjicit, ignoravit vendentem non eſſe dominum, non vero prodeſt ei, contra quem uſucapitur; quamvis de damno vitando certet.* l. ult. C. de Præſcript. long. temp. vid. *Fachin.* lib. 1. controv. 66. *Brunnem.* ad § ult. Inſtit de Uſucap. *quæ exceptio nititur ratione utilitatis publicæ, cujus intereſt, ut dominia rerum non ſint incerta.*

LIB. XXIII.

TIT. I.

De Sponſalibus.

I. Continuatio. II. Genus ſponſaliorum, mentio & repromiſſio. III. Differentia futurarum nuptiarum: Primo reſpectu eorum, qui nuptias per ætatem, aut temporar. legis impedimentum, adhuc contrahere non poſſunt. IV. Quid ſi differantur Sponſalia in tempus poſt conjugis mortem viventis, contra Grotium. V. Quomodo ſponſalia de futuro, intelligantur reſpectu cæterorum, quibus in promptu eſt facultas nuptiarum. VI. Inter ſponſalia hac ordinaria, & ritum ducendi uxorem, non fuiſſe alium de nuptiis intermedium conſenſum; quomodo igitur ſponſalia a contractu nuptiali diſſent. VII. Sponſalia ordinaria fuiſſe ipſum contractum nuptialem, ſeu de præſentibus, ſive dictis futuri temporis nuptiis initum. VIII. Hinc Jure Canonico Matrimonii contractum a puris ſponſalibus non diſcrepare. IX. An verba futuri temporis, hoc Jure nunquam ſignificare poſſint contractum nuptialem. X. Juri communi & moribus videri conſentaneum, ut poſſint. XI. Verba ſponſaliorum debere eſſe indubitata. XII. Probationem æque claram. XIII. Acceptationem accedere debere. XIV. Conſenſui adverſam eſſe vim, ubi de Invitis nuptiis. XV. Item errorem. XVI. An & error accidentalis vitiet ſponſalia. Quid de clericatus & affectuum cauſa. XVII. De conditione ſponſalibus adjecta, & ejus a modo diſcrimen. XVIII. De forma celebrandi ſponſalia. XIX. De effectu ſponſaliorum. XX. Convenientiæ ſponſaliorum quod ad effectus attinet, cum Nuptiis, in variis effectis. XXI. Diſcrepantiæ.

Quartam hanc Digeſtorum partem, quæ incipit a *Libro vigeſimo*, in duas *ibi* partes diſtinximus, quarum prior fuit de Acceſſionibus Contractuum, ut Pignoribus, Ædilitio Edicto, Evictionibus, Uſuris, Fructibus, Cauſis & Mora; Denique de Probationibus, earumque ſpeciebus. Altera pars erat de Actionibus ex jure mere perſonali, próximoque naturæ Contractuum, quales matrimonium & Tutela ſunt, oriundis: nec male poſt locum de Contractibus abſolutum immediate. In his primum locum occupat *Matrimonium*, de cujus præparatione, perfectione, ſequelis, finiendique modis ordine tractatur. Præparatio conſiſtit in ſponſalibus; Perfectio in requiſitis matrimonii explicandis; Impletio in ritibus & concubitu; Sequelæ in dote, donationibus conjugum, & ſimilibus. Quoniam vero de *Nuptiis*, ad Inſtitutiones plena manu fuit actum, heic ſubtiliore utendum erit calamo, in ſpicilegio potius, quam metie adminiſtranda. De Sponſalibus non egit Juſtinianus in *Manuali ſuo.* Id-

Ideoque licet a nobis aliquid de iis sit delibatum, ad *tit. de Nupt. n. 5.* res tamen jubet, heic eundem prosequi locum velut intactum.

2. Collocanda igitur definitio Sponsaliorum, etsi nota, nec indicta. Florentinus: *Sponsalia sunt nuncio & repromissio nuptiarum futurarum, l. 1. h. t.* Mentio non tantum est commemoratio, sed & tractatus, & stipulatio, quam sequitur repromissio sponsæ, vel ejus, qui sponsam in potestate habet. Nam moris fuit Veteribus, *stipulari & spondere sibi uxores futuras, l. 2. h.* A. Gellius, *Qui uxorem*, inquit, *ducturus erat, stipulabatur, eam in matrimonium ductum iri: Qui daturus erat, itidem spondebat daturum; Is contractus Sponsionum stipulationumque, dicebatur Sponsalia; tum quæ promissa erat, Sponsa appellabatur: qui spoponderat ducturum, sponsus. lib. 4. noct. Att. c. 4.* Sed deinde receptum est, ut sine verborum solennitate, simplici consensu Sponsalia perficiantur, *l. 4. l. 7. & l. 11. h. t.* tam eorum, qui conjunguntur, *l. 6. l. 11. & l. 13. h.* quam quorum in potestate sunt, *l. 7. l. 11.* cum *ll. seqq.* Proinde sicut liberi sine Patrum, qui habent eos in potestate, jussu, Sponsalia contrahere non possunt, *d. l. 7. § 1.* ita nec filiosam. dissentiente, Sponsalia ipsius nomine fieri possunt, *d. l. 13.* Filiæ aliquanto arctius haberi videntur, cum hisce dissentiendi facultas non detur, nisi indignum moribus vel turpem sponsum ei pater eligat, *l. 12. § 1. h.* major enim hac in parte verecundia sexum decet, quo pertinet eximium illud Hermionis ex *Andromache* vers. 987.

Νυμφευμάτων μὲν τῶν ἐμῶν πατὴρ ἐμὸς
Μέριμναν ἕξει, κ' ἐκ ἐμὲν κρίνειν τάδε.
Sponsaliorum cura nostrorum Patri
Erit meo, nec est res judicii mei.

Videtur tamen hoc civiliter accipiendum, si filia non abhorreat: absolute enim cogi illam, etsi forte nec indignus, neque turpis in aliorum oculis sit sponsus, ratio non patitur, *l. 134. in pr. de C. & D.* Fit aliquando, ut Patres liberos suos testamento nuptiis alicujus destinent, ut in *l. 66. de Rit. nupt. l. 101 in pr. de V. O.* Verum hæc sponsalia non esse, ubi conventio nulla, palam est, nec liberis eandem infert necessitatem, quam vivi patris auctoritas; nam filia, non obstante illa destinatione, libere cui velit, nubere posse videtur, etsi pœna, si patris voluntati non pareat, testamento sit imposita, per *l. 28. in pr. & l. 72. § 4. de C. & D. l. 134. pr. de V. O.*

3. Sic fuit genus Sponsaliorum. Differentia plus habet difficultatis in recessu, quam in fronte præfert. Nam verba *futurarum Nuptiarum*, nihil aliud indicant, quam sponsalia præcedere, nuptias sequi, ut res ipsa loquitur. Primo id evidentissimum est in sponsalibus contractis ab his, qui nondum per *ætatem* nuptias inire possunt; Nam qui septennio majores sunt, recte contrahunt sponsalia, *l. 14. h. t.* idque manent, etsi nuptiæ fuerint *collatæ*, *l. 9. h. t.* de cujus vocabuli sensu disputat Budæus ad *d. l. 9.* qui *collatas*, reddit *dilatas.* Cujacius *11. obs. 15.* το *collatæ* legit, at intelligit *collocatæ.* Connanus 8. *comment. c. 2.* vult, collatas dici nuptias, quia sponsa se *contulit* in domum sponsi. Mornacius ad *d. l. 9.* collatas vocat nuptias, in idem tempus, quo sponsalia, *collatas.* Accursius *collatas* accipit *contractas.* Potius ita; conjunctione sponsi atque sponsæ *conjunctas* qualicunque, licet irrito successu; Ideoque nihil amplius sunt quam sponsalia, si hæc intervenerint. Si non, *collatæ* nuptiæ inter impuberes ipso jure *nihil* sunt, *d. l. 9.* Similis evidentia *futurarum nuptiarum*, se prodit in iis, qui per alia Legum impedimenta matrimonium contrahere prohibentur, qualis est Præses Provinciæ respectu mulieris Provincialis, quæ cum uxor ei esse nequeat, sponsa fieri potest, *l. 38. h. t.* Viduam eis annum luctus nubere cum nefas sit, desponsari non prohibet *l. 10. § 1. de his, qui infam. not.*

4. Ad eandem observationem refert hanc speciem Grotius, *Si quis nunc habeat conjugem, futuri matrimonii promissum ineat cum alia, lib. 2. de J. B. & P. cap. 11. n. 8. in fin.* ubi: Id jure naturali licitum, e Lege civili utilitatis causa irritum fieri, docet. Si mera facultas naturalis & simplex jus, sine comparatione *τῶ hic & tunc* consideretur, nescio an forte ferri queat illa sententia; Sed ego probo jus naturæ non esse *nullo extrinsecus adsumpto æstimandum, sed etiam respectu aliarum personarum, ad quas id, quod geritur, pertinet*, ut Tryphoninus docet in *l. 3. § 1. Depos.* Denique, ejusmodi sponsalia quomodo cum individua animorum conjunctione, qua conjuges unum fiunt, consistere possent? Sed Grotius ad conjugii naturam, jure naturæ & vetere divino nihilo plus exigit, *quam ut femina sit quasi sub oculis & custodia mariti, d. lib. 2. c. 5. n. 8 in fin. & pr 9.* cum quo forte non pugnent id genus sponsalia: Sed apage illam definitionem, & sponsalia, quæ manifestum mortis adversus præsentem conjugem de-

siderium præferunt & plerumque in adulteria desinunt! ut in exemplo, quod Grammondus *Hist. Galli. lib. 2.* refert, Paulini & Panatiæ, Reinesio nuptæ; quæ vivo illo, hujusmodi chirographo sponsalia futuri temporis, implemento præsenti obsignaverat. - *Nos Rapistagmus vicecomes Paulini & Castelpersia de Panato, fidem mutuo adstringimus, matrimonio palam contrahendo, ubi primum occasio dabitur: Et quo plenior sit fides, quo item obligatio firmior, consummationem intercedere placet, ex pacto.* Subscriptum. *Castelpersia. Rapistagmus. 1. Januar. 1666.* Censeo, Regis Galliæ non modo civili, sed etiam Juri Naturæ consentaneum fuisse decretum; quo id utrique Juri contrarium, & eædem Sponsorum in flagranti delicto a marito commissam, venia dignam videri, constituit. Longe aliam esse rationem Sponsaliorum ante annum luctus, vel durante Provinciæ Præfectura contractorum, res ipsa loquitur, & *diximus.*

5. Sed Sponsalia quemadmodum de futuro sunt non modo ab his, quibus nuptias contrahere non licet, verum etiam ab iis, quibus est in promptu illas actu inire, contrahuntur, ut ex ordinario spondendi more, quem ex Gellio & *l. 2. h. t.* demonstravimus, liquet. Plane, si pactum de nuptiis ineatur ab iis, quibus necdum est animus implere conjugium, ut vulgo fit, in diem & exitum rei futuræ ac incertæ: *Ducam te, cum Pater obierit; cum ex India reversus ero, & quæ similia,* non minus est evidens futuri, a præsenti contractu matrimonii differentia. Verum undique etiam apparet, conventionem de Nuptiis præsentaneam & illico implendam, *sponsalia* a Romanis appellatam fuisse. Juvenalis *Sat. 6.*

Conventum tamen & pactum & sponsalia nostra
Tempestate paras.

Mox:

Et digito pignus fortasse dedisti,
Uxorem postume ducis?

Omnia continuo: Sponsalia, pignus, uxorem ducere; pluribus idem illustravimus *in lib. 2. Digress. cap. 8.* nihilque certius, quam tractatum de Matrimonio, pactumque de conditionibus matrimonii mox implendi, *sponsalia* vocari, ut & indicat *lex ult. h.* Tamen etsi & talia sæpe justis & necessariis de causis ad annum, biennium & quadriennium protrahantur, ob valetudinem, mortes, crimina, longioresque peregrinationes, *l. pen. h.* Sine justa vero causa, post biennium alteri parti, per quam non stat, ad alia vota transire licet, ut cautum est in *l. 2 C. de Nupt.* quod inde ab Augusti temporibus repetitum videtur, qui tempus Sponsaliorum coarctavit, teste Suetonio *in vita ejus cap. 34* quod explicat Dion. προσέταξε μηδεμίαν ἐγγύην ἰσχύειν μετ' ἂν ἐκ δυοῖν ἐτοῖν διελθόντων γαμήσει τις. *Præcepit* Augustus, *ne ulla valeant sponsalia, nisi intra biennium postea duceretur uxor, lib. 54.* Quando igitur Sponsalia contrahuntur ab his, quibus nondum est animus inire matrimonium, inquam, distinctio futuri temporis a nuptiis satis adhuc est conspicua.

6. Verum quia mos ordinarius Sponsaliorum eo modo & hac mente celebrari solitus est, ut cum primum esset commodum, Nuptiæ sequerentur, sæpe eadem die, sicut in Comœdiis Terentii Plautique passim videmus: satis est manifestum, inter sponsalia sive spónsiones uxorum ordinarias, atque ducendi uxores solennitatem, nullam fuisse intermediam & distinctam de Nuptiis consensionem. Proinde nihil quum hic duæ res, circa institutum nuptiale vel concipi, vel constitui potest; Sponsalia, Nuptiæ, quæ sunt ipsa uxoris ductio, sive actus vel ritus ducendi uxorem. Unde patet, quo sensu Sponsalia dicantur esse mentio & repromissio *futurarum nuptiarum*; id est ducendi uxorem, qui ritus & actus solennis erat, quo modo Nuptias proprie sumi, docet Justinianus in *l. 24. C. de Nupt.* Futuræ, inquam, nuptiæ, post sponsalia nihil aliud esse possunt, quam uxoris ductio, sive ritus ducendi, quia nihil intervenit aliud. Quemadmodum & immediate, post Sponsalia sequitur *titulus* de Ritu nuptiarum. Hinc jam oritur non levis ut mihi quidem videtur, aliis transmissa difficultas, quorsum evadant Nuptiæ, quæ solo consensu perficiuntur, tot claris textibus proditæ, quales sunt *l. 30. de R. J. l 13. de C. & D. l. 4. de Fid. instrum. & l. pen. fin. pr. de Donat. int. Vir. & ux.* Sic enim veritime statuitur, neque concubitum neque deductionis ritum, ad nuptiarum, quæ consensu fiunt, perfectionem necessario requiri, ut a nobis ad *tit. 1. de Nupt. in pr.* & latissime *part. 2. Digress. lib. 1. cap. 11. & seqq.* probatum est. Quod si igitur Nuptiæ a Sponsalibus differant, ut omnino dicendum est, legesque adfirmant, signare *lex u. h. t.* rogo, an consensus in nuptias fuerit distinctus a Sponsalibus, & a ritu ducendi uxorem. Ejusmodi actus distincti nusquam, ut opinor, re-

vestigia apparent, nihil præter Sponsalia ritumque ducendi, quem concubitus sequitur, proditum vidimus. Aut igitur Sponsalia sunt idem cum Matrimonio sive Nuptiis, aut hæ sunt idem cum ritu ducendi in uxorem. Utrumvis eligas, incommodum est & juri contrarium, ut antea diximus: Intermedii autem consensus celebrati nulla mentio, λόγος ἐδεὶς, quod utique constet.

7. Putavi & scripsi antehac, Sponsalia non esse proprie, nisi inter personas nuptiarum per ætatem aut ratione Juris incapaces, vel qui longo tempore adhuc nuptias perficere non cogitabant; Quæ autem vulgo fierent Sponsiones matrimonii quam primum implendi, pro nuptiis, quatenus consensu fierent, esse habendas, idque probare videntur omnia loca, quibus post Sponsalia, in continenti ductas vidimus uxores. Sunt, inquam, ejusmodi Sponsalia contractus Nuptiarum. Verum tamen quia Nuptiæ frequenter pro ritu ducendi uxorem, vel actuali conjunctione sumuntur, *l. 15. de C. & D. l. 24. C. h. t. & l. 1. h. t.* moris fuit, ut hoc respectu conventio illa de Nuptiis, Sponsalia vocata, de futuris nuptiis fieri diceretur, ut *d. lib. 2. cap. 8. & 9. Digress.* pluribus demonstratum est. Nec dubium, quin illa Conventio quemadmodum hodie, sic etiam olim, verbis aliquando præsentis temporis expressa fuerit. Nam quibus animus erat sine longa mora procedere ad ipsum Conjunctionis actum, sive illi dicerent, *promitto me in uxorem te ducturum, accepturum*, sive *Accipio, habeo te in uxorem*, fidem suam in nuptias sive matrimonium præsens obligabant; & quod ad vinculum obligationis attinet, eodem matrimonii contractu se obstringere videbantur: Etsi veteres, quod constet in hac conventione plerumque verbis futuri temporis uti sint soliti, habito respectu ad actum conjunctionis, sine quo nihil egisse videbantur. Quemadmodum autem hæc verba Promittis? Promitto. Dabis? Dabo. *Facies? faciam*, præsentem & peremptoriam obligandi vim continent, § *1. Inst. de V. O.* sic etiam hujusmodi, *Ducam te, Nubam tibi, Dabo tibi uxorem, accipiam in uxorem*, ab his, qui nullum tempus adjiciunt, statim obligabant, neque plus moræ, quam ferret apparatus nuptiarum, sine justis cautis accipiebant, § *2. d. tit. Inst.* ubi: *confestim peti potest. l. 17. h. t.*

8. Cum his conferenda breviter, quæ Jure Canonico hac de re prodita sunt. Notum est hoc Jure, quod in matrimonialibus maxime servatur, distingui Sponsalia, quod sint temporis futuri vel præsentis. Futuri, quando contrahentes utuntur verbis futuri temporis, *Ego te recipiam in meam, & ego te in meum*, sive similia. Præsentis, quando sic ajunt, *ego te in meam accipio, & ego te accipio in meum*, vel alia verba consensum exprimentia de præsenti, *Cap. pen. X. de Sponsal. & Matrim.* Ab hac Sponsaliorum utraque specie, differt matrimonium, *de Rubr. & t. tit.* Diversitas nominum arguit diversitatem rerum. Ergo cum formula de præsenti purum in Nuptias consensum exprimat, non videtur ex hypothesi Juris Pontificii, Matrimonium simplici partium, licet puro consensu, perfici; verum aliud quod ad conjugii perfectionem requiri, copulam scilicet carnalem, & benedictionem sacerdotalem. Ideo nec paucis ita visum est, Jure Canonum solo consensu Matrimonium minime esse perfectum, sed concubitum atque Ἱερολογίαν ecclesiasticam accedere oportere, *ex c. Aliter caus. 30. qu. 5. Cap. 13. X. de Præsumpt.* Idque Tuldenus *ad tit. C. de Nupt. n. 5.* multo fortius tradit ex decretis Concilii Tridentini *sess. 24. Cap. 1.* quod necessario vult adhiberi parochum viri aut feminæ, aliumve Sacerdotem ab illo, vel ab Episcopo mandatum habentem, præsentibus insuper duobus testibus. Expeditum igitur erat hos quasi gradus constituere, Sponsalia de futuro, *Ducam;* de præsenti, *Duco*; Matrimonium, *Copulor.* Sed quid facimus aliis textibus, qui de Nuptiis ita prorsus, ut leges Civiles, loquuntur? *Matrimonium non facit coitus, sed voluntas, c. 1. caus. 27. qu. 2.* Alibi, *Matrimonium in veritate contrahitur per legitimum viri & mulieris consensum. C. tuæ fraternitati. 25. X. de Sponsal.* Coitus post nuptias supervenire dicitur, *d. caus. 27. q. 2. 35. & seq.* An his adversantur textus antea monstrati, & derogatum est Tridenti? Non puto; De textibus citatis primo. In Cap. *aliter.* paranymphi quoque dicuntur adhibendi. In Cap. *qualis. ibidem* dos requiritur. In Cap. *Sponsus.* ut prima nocte flos virgineus Sponsæ relinquatur, & id genus alia. Non ubicunque igitur ad matrimonium aliquid requiri dicitur, hoc statim ad perfectionem ejus est necessarium. De Tridentinis verum est, illos Ecclesiasticam celebrationem ad necessitatem matrimonii adhibuisse, non ad substantiam ejus addidisse; Matrimonium in se perfectum est consensu; verum si consensus ille non celebretur in Eccle-

Ecclesia, nullitatis pœnam adjecerunt. Ipsum interim matrimonium voluntate partium solo contrahi, post Concilium etiam Tridentinum docet Pius V. Pontifex in 7. *Decretal. lib. 4. tit. 1.* ubi sic ait: *Matrimonia per verba de præsenti contracta, non tamen consummata, interdum Sponsalia appellari.* Et mox; *Sponsaliorum appellatione non nisi improprie, matrimonium verbis de præsenti conceptis contineri.* Ex quibus clare patet; consensum purum de Nuptiis per verba præsentis temporis expressum, hodieque secundum doctrinam Juris Canonici esse Matrimonium, sponsaliaque appellari respectu implementi, in quo contrahentes summam rei votique sui concipiunt & constituunt.

9. Hactenus igitur Juri Canonico & Civili bene convenit. Videndum in hoc ne discrepent; Jure priori promissio vel pactio conjugii, serio facta cum hoc animo, ut quantocius ad Rem procedant, seu dicant, *Accipimus* sive *accipiemus nos invicem in uxorem, maritum*, quoad vinculum obligationis, ipsum efficit matrimonium ipsasque nuptias, ut *supra* demonstravimus. Canones aliter definiunt. Qui dixit, *Accipio:* non tenetur, si postea rursus ad aliam dixerit, *Accipio. d. Cap. pen. X. de Sponsal.* Sed comparemus cum hoc textu alios; *Si quis Juraverit mulieri legitimam sese eam uxorem* HABITURUM, *sit illa legitima uxor.* habetur in *c. si qui. 9. Q. 5. caus. 30.* Formula contracti conjugii. *Andreas; quod eam ab eo tempore pro conjuge teneret.* Ipsa Andreæ; *Se illum pro marito* HABITURAM. Hi sunt Vir & uxor, *c. ex Parte 9. X. de Sponsal.* præsentis & præteriti temporis verba ibi promiscue sumpta faciunt matrimonium; ut parum absit, quin ita intelligamus; sensum potius & id quod agitur, quam tempora verborum inspici oportere.

Quoties igitur contrahentes jungunt fidem in conjugale fœdus, & invicem promittunt, nunquam mutaturos fidem, neque alterum ab altero desertum iri, nulla causa est, non utique in flexione verborum, quare id pro vero matrimonio non sit habendum. Quid igitur *ad d. Cap. penult.?* Difficile dictu est, tantum in nuda terminatione verbi, *accipio* & *accipiam*, versari discrimen; Sed videndum, quid agatur. Si quis leviter, nec id serio, ut conjugale fœdus ineat, agens, dicat, *Accipiam te in uxorem*, vel ita, *si permittas, me rem tecum habere*, non est hic consensus, sed pactio futuri, merito a matrimonio differens, *cap. 1. X. de Sponsa duorum.* At qui πραγματικῶς, data opera solenniter spondet, se Cajam in uxorem accepturum, pro tali habiturum, nunquam desecturum, *corde & ore consentiens ducere d. cap. 1.* hoc videtur esse fœdus conjugale, vinculum matrimonii firmiter adstringens, per *dd. textus.*

10. Sed quicquid hac de re Canonici statuant, Juri Communi & moribus, ni fallor, nostris, id quod diximus consentaneum est; Effectum Sponsaliorum, quæ serio inita, nec ab ullius rei exitu suspenduntur, etsi verba futurum in modum concipiantur, non esse minorem, quam si præsentaneis verbis concepta fuerint. Atque ita facile concedimus, quod Wissenbachius *ad h. t. in pr.* non tam e textibus Juris, quam Auctoribus & ipsa re suffragante, ponit; *in dubio sponsalia censeri esse de præsenti*, quia sive futuris, sive præsentibus sint usi verbis, obligatio inde præsens & peremptoria est ad implementum: possunt tamen ejusmodi esse facti circumstantiæ, & personarum status, ut præsumendum sit, non fuisse animum immediate inire nuptias, sed in tempus longum incertumque differendi; cujusmodi sponsalia, respondimus nuper, in dubio visa fuisse, quibus adolescens XVIII. annorum, Linguæ apud Scholam trivialem agens, promiserat nuptias cuidam puellæ, quibus ideo dissolvendis facilitas major adhiberi potest, ut *inferius* videndum. Etsi autem quæ in longius incertum tempus differuntur sponsalia, *de futuro* cum reali discrimine a Contractu Nuptiarum intelligamus, si tamen longius quidem sit tempus at certum, & promissio nuptiarum efficax & enixa; non est dubitandum, quin hic sit consensus nuptialis, & matrimonium in vinculo suo perfectum adeoque sponsalia de præsenti quoad fidem obligationis, etsi futurum verbi tempus, præsenti anteverterit. Quippe per quam promissionem duo fient unum, eam ejusmodi esse oportet, ut nullam consensionem novam desideret, qualis hæc posterior; non etiam illa prior esse videtur: Sed ordinariæ desponsationes habent ejusmodi conjunctionem, quam non sequitur alia verborum nuptialis conventio: Sed ea ipsa conjunctio, *gaergiste*, ut vulgo sponsalia vocant nostrates. Nec unquam mihi vel populari existimatione, vel in peristylis fori, aut in judicum Consessibus, datum est animadvertere, discrimen aliquod reale poni in Promissione, qua dictum erat, *Accipio te in uxorem.* vel pure & simpliciter, *Accipiam te in uxorem:* quod nec ratio,

ut

ut antea dixi, nec conventionis natura discrimen agnoscit.

11. Cum autem nihil in rebus humanis sit majoris in omnem vitam momenti, ratio vult, sponsalia non intelligi, nisi verbis indubitatis expressa & acceptata. Vaga & generalia verba, in re tanti momenti non sufficiunt, etsi alter dolo in illis proferendis sit usus: Quin eo longius a matrimonio res abest, quo magis dolosa verborum ambiguitas voluntatem abfuisse demonstrat, ut docet Pontifex in *cap. 26. in fin. X. h. t.* Exemplum in Curia Suprema: Erat, qui ad puellam a se impletam scripserat, *se etiam atque etiam ei fidelem*, hou en getrou, *futurum, se nunquam eam desertarum.* Conventus inde quasi ex Sponsalibus, cum ea verba se de ope, auxilio, alimentisque accepisse testaretur, absolutus est, *ante ferias Natal. 1686.* Antehac tamen aliquoties judicatum intelleximus, ejusmodi verba paulo ante, vel juxta concubitum prolata, matrimonii fidem inferre videri: Nec tamen non verius videtur, si Vir declaret, ea verba se non de nuptiis, verum ut *superius*, intellexisse, non inferri matrimonium e dictis matrimonii mentione carentibus. Si quis dicat, fraudem suam, qua mulieri verbis ambiguis imposuit, contra ipsum interpretandam; respondetur, hujus fraudis aliam posse atque debere dari pœnam, dolum non esse matrimonio mulctandum. Atque ita in ejusmodi casu visum Curiæ; Cum puella quædam adfirmaret, juvenem sibi fidem matrimonii dedisse, pauloque ante, vel juxta concubitum sibi promisisse, *non fore ut unquam eam desereret*, absoluto reo sub juramento purgationis, disceptatum est, an juraturus esset tantum, se non dedisse fidem matrimonii, an vero etiam, quod non diceret, *se nunquam eam esse desertarum.* Placuit prius & posterius tanquam non peremptorium, insuper habitum est, *d. 20. Decemb. 16[illegible]9.*

12. Probatio debet etiam esse clara & indubitata, sicut in aliis rebus, ita inprimis in tanti re præjudicii. Nec facile juramentum actrici ad supplementum probandi, plerumque reo ad purgandum se a suspicionibus offertur, velut, si mulier annulos, nummos solidos, aliaque viri quæ fuerant, tanquam Arrhæ loco sibi donata ostendat, accedente licet probatione conversationis suspectæ, ut sæpissime judicatum est, nec adeo exemplis opus sit, cujusmodi unum refert Nauta inter *Titiam Beima & Johannem a Kingma d. 27. Octobr. 1638.* Quod non tam ejus exempli causa, sunt enim quotidiana, quam ideo posuimus, quod idem Nauta quasi ex sententia Senatus ibi differit, juramento suppletorio non fore locum, etsi ad illas præsumptiones unus accederet testis, qua de re dictum est aliquid *ad tit. de Jurejur. p. 878. sq.* ubi Carpzovii in utramque partem auctoritas: De uno scilicet teste simpliciter: Si tamen is omni exceptione major esset, aliæque præsumptiones accederent, non negem fieri posse, ut, ubi juramentum suppletionis usu receptum est, judex id actori vel actrici merito deferendum putaret.

13. *Porro* ut obligent Sponsalia, oportet acceptata sint, quia sunt *mentio & repromissio, l. 1. h.* ita tamen, ut stipulatio sive præcedens interrogatio, duret ac vim habeat acceptationis, *§ 1. & tot. t. l. de V. O.* nec ab eo tempore conventionis perfectæ datur retractatio, sed necessitate, uterque obstringitur, *pr. I. de Obl.* Quare si vir rogaverit, mulier adstipulata sit, non datur inde regressus; multo minus, si vir in signum interrogationis dederit arrham: qua de re judicatum extat apud Nautam hujusmodi; Quidam *Egbertus Jepei*, dederat arrham Sponsalitiam filiæ cujusdam *Cornelii Wobbesii*, sub lege deliberandi, pro se & parente suo. Post arrham traditam *Egbertus* statim pœnitentia ductus fuerat. Sed puella cum Patre conditionem acceptaverant, nuptiasque adimpleri petebant. Ille tergiversari, nolle adstipulari, contendere, se nec teneri sine novo adsensu. Condemnatus est tamen *d. 15. Julii 1636.* Nauta videtur in ea sententia esse; Virum arrha data pro sua parte omnino teneri, nec posse retractare, priusquam mulier arrham & sponsalia accepiet, aut renuens reddat. Sed verius est, tam jure civili quam naturali, neminem habere jus ex promissione, nisi post acceptationem, sive reciprocum consensum, nec arrham datum aliud addere quam certitudinem obligationis, cujus est accessio, non obligationis perfectio. Quare si *Egbertus* ante puellæ & Patris acceptationem revocasset suum dictum interrogationis & renunciasset sponsalibus, puto, condemnari non potuisset; Si & renunciasset, inquam: Nam revocatio non certificata nihil operatur; sicut illius probatio, quod coram aliis pœnitentiam testatus esset, ut Nauta refert, merito non profuit, eodemque modo non sufficit, acceptationem a muliere, Viro ignorante, esse factam: Consensus ab utraque parte non aliter quam in conscientiam coalescit, Grotius *de J. B. & P. lib.*

2. cap. 11. n. 14. & 15. Quod autem *sectione* sequenti Grotius addit, promissum ante acceptionem revocari posse, non modo sine injustitia, sed etiam sine inconstantiæ nota, pendet a singularibus facti, & a causa mutationis impulsiva; sæpe enim in aliam crisin incidunt ejusmodi specimina.

14. Consensus etiam respuit INVITUM. Quod dupl'ex Philosophi tradunt, per vim & per ignorantiam. Per vim invitum est, ὧ ἡ ἀρχὴ ἔξωθεν, *cujus principium est extra agentem, ut nihil is, qui agit aut patitur, adjumenti adferat*, velut si alius te arrepta manu mea pulset, ego invitus ago. Sed quæ majoris mali metu fiunt, mixta dicuntur, ut tamen propius ad voluntaria accedant, μᾶλλον ἑκούσιοι ταῖς ἑκουσίοις, ait Aristot. 3. *ad Nicom. c. 1.* Priori modo fieri non potest, ut sponsalia ab invito contrahantur; posteriori, ut metu mortis initæ, naturaliter valent, quia consensus hic μετὰ προαιρέσεως, cum deliberatione & electione adest, ut Philos. docet: sed vicissim ille, qui metum injustum intulit, cum damnum injuria dederit, eum, qui obligatus est, si promisso stare nolit, liberare tenetur, Grot. *l. 2. cap. 11. n. 7.* Secundum hæc Jure civili, etiam is, qui per metum contraxit, obligatur & convenitur; sed petentem exceptione repellit, quæ non modo metus auctori, sed cuivis alii obstat, quia expedit, ea, quæ per vim contrahuntur, prorsus irrita esse, *tot. tit. D. Quod met. c.* Sed extra contractus, quæ vi illicita sunt, ut omnia quæ cum legibus pugnant, sunt ipso jure nulla, *l. 5. C. de LL.* Proinde cum Sponsalia & nuptiæ contractuum jure non censeantur, ut *ad tit. I. de Nupt. a pr.* demonstratum est, nec ita Prætoris Edictum ad eas spectet, sequitur, vim & metum eas civiliter nullas reddere, scilicet vim metumque injustum accipe, non quem paterna reverentia liberorum verecundiæ impressit, *l. 22. de rit. nupt.* Sunt, inquam, nullæ; & Jure Canonico, *c. significat exter. c. 14. & 25. de Sponsi.* & Civili, *l. 14. C. de Nuptiis, & d. l. 12.* ubi, *matrimonium inter invitos non contrahitur.* Quin & dotis promissio metu facta, ut appendix conjugii, non videtur rescindi, ut cætera, sed ipso jure nulla esse, *l. 21. § 3. Quod met. c.* Dix. *ad tit. Quod met. c. n. 13. pag. 676. Part. prac.*

15. Alteram invicti speciem, constituit Error & ignorantia τῶν καθ' ἕκαστα, ἐν οἷς καὶ περὶ ἃ ἡ πρᾶξις, *ignorantia singularium, in quibus & circa quæ negotium vertitur*, ait Arist. *cod. cap.* Cum quæritur, an error nuptias reddat nullas, distinguendum haud dubie inter ea, quæ necessaria sunt, & quæ abesse possunt. Ad necessitatem pertinet consensus circa ipsos contrahentes, tam personas eorum, quam essentiales conjugii qualitates. Qui aliam pro alia ducit, procul dubio nihil agit, nec tenetur, *arg. l. 35. de R. R. D. l. 15. de Jurisd.* licet Jacobus Patriarcha imponi sibi passus sit, *Genes. 29.* Idem est, si per ætatem immaturam, aut vitium corporis perpetuum faciendæ proli alter ineptus, aut conditionis servilis, aut prohibitio gradu sanguinis reperiatur. Quæ cum ipsam facultatem conjugii tollant, consensum quoque mutuum sine dubio extinguunt.

16. Sed error accidentalis in rebus, quæ essentiam matrimonii non spectant, non est obligationi Sponsaliorum impedimento. Ut si quæ deformis est, pulchram putaveris, si inopem, si lascivam, vel imperiosam, pro divite aut modesta experiare. Quid si pro virgine corruptam? Essentialis non est error, nec matrimonium facit nullum, * nisi repudii causam præbeat. *Deuteron. 22. v. 21. Nov. Ie. 39.* de quo *infertur.* Quid si falsa opum, formæ, aut morum opinio, per dolum alterius causam nuptiis dederit, quæ alioqui contractæ non fuissent, an tunc saltem vitiantur, uti contractus bonæ fidei, quibus dolus causam dedit, sunt nulli, *l. 7. de dol.?* Sic multis videtur, nec absurde. Nam promissio fundata in præsumptione facti, quod ita non habet, naturaliter est nulla; Est enim hic consensus quasi conditionalis, qui deficiente conditione, non est consensus, ut docet Grotius *l. 2. c. 11. n. 6.* Si quis igitur dolo & fraude mala persuasus, (secus si temere crediderit,) bene natam, moratam, dotatam esse, in qua contra sunt omnia, & in nassam sit tractus, cum nec res nec animus ferret, ducere talem, is teneri non videtur, per ea quæ Grotius tradit *d. num. 6.* Quid de nuptiis, quas non δι' ἄγνοιαν, *per inscientiam*, sed ἀγνοοῦντες, *ignorantes* contrahimus, ut per ebrietatem, vel amoris insaniam? Sane si quis tam sit ebrius, ut ea,

* Facit tamen nullum in Saxonia, si vitio cognito non accesserit ratihabitio, v. g. per concubitum, ut etiam præjudicio firmat Ill. Mencken. *in Theor. & Prax. Pandect. tit. de Ritu Nupt.* § 30. Conf. quæ habet Beyerus in *Volkm. Emend. P. III. c. 36. n. 3. 4. 5.*

ἐν ὅις ἡ πρᾶξις, *in quibus actio versatur*, & de nuptiis se loqui, ignoret, is non magis quam qui furit, tenebitur, & actio est invita, modo pœniteat. De amore secus est, τὰ μὲν ἀκόντια λυπηρὰ, *invita sunt tristia*, τὰ δὲ κατ' ἐπιθυμίαν ἡδέα, *quæ per cupiditatem, suavia*. Ast quod nuptias amor conglutinet, adeoque principium actionis hujus maxime a cupiditate sit, Ἄτοπον δὴ τὸ τιθέναι ἀκόντια ταῦτα, *Absurdum igitur, hoc invitum statuere*, est doctrina Arist. 3. *ad Nicom. c. 1. sub fin.*

17. Plane, si per modum conditionis expressæ adjecta sint talia, quæ ad essentiam matrimonii nullo modo pertineant, hujusmodi tamen deficiente conditione, non est dubium, quin obligatio deficiat, *c. de illis. 3. c. super eo. 5. X. de Condition. appos.* quia generaliter verum est, promissiones sub conditione quacunque factas, spem facere duntaxat, si conditio existat obligationis, *sub conditione. § 4. I. de Verb. obl.* Sed heic bene distinguatur oportet, inter conditionem, a qua suspenditur obligatio, & modum, quo usus negotii, de quo contrahimus, limitatur, & per quem aliquid ipsi rei superadditur. Huc pertinet facti species apud Curiam olim decisa, teste Nauta *Decis. Ms. 42.* Contraxerat aliquis sponsalia cum puella, cui virium a famulo suæ domus illatum fuerat. Consenserat illa, sub hac lege, ne unquam sibi vir illud transversarium *exprobraret*; quod is in se receperat. Sed non steterat dictis: Objecerat dedecus illud, etiam acerbius quam res erat, *meretricem* appellando durante adhuc festivitate Sponsaliorum. Hanc ob causam sponsa negabat adimplere matrimonium; Sed aliter visum est Curiæ. Nauta rationem reddit, *quia conditio illa non spectabat ad essentiam matrimonii.* Sed minus recte opinor; quia tametsi quis sponsalia contraxerit, *si pura virgo, si nobilis, si decem millia in bonis habeat*, non tenebitur, ad implendum, si res aliter se habeat, conjugium; Quia non consensit aliter quam sub illa conditione, nec absque Consensu contrahitur matrimonium. Verius igitur est, Sponsam in illa specie non potuisse recedere a Sponsalibus, quia non erat illa conditio suspensiva, sed erat *modus, promissio*, cujus neglecti alius, quam nota perfidiæ, & imploratio aliqua Judicis officii, effectus esse non poterat, de quibus est paræmia vulgi, hujus sent: *Quando sponsa est in nassa, pereunt promissa.* Porro & hoc tamen interesse videtur inter veras conditiones, Matrimonio & aliis contractibus adjectas; quod illud non recipit conditiones resolutivas, extra causas, quibus leges id resolvi permittunt. Satis enim constat, id contrahi quidem hominum voluntate, sed non resolvi, nisi legibus a Christo Domino latis. In emptione venditione, *si pretium non solvatur, si melior conditio afferatur*, res inempta fieri potest. Nupta sub lege commissaria, vel addictione in diem, non potest innupta fieri.

18. Hæc igitur est forma Sponsaliorum interna, *Consensus*, eo modo quo diximus, expressus. De forma & ritu externo Sponsaliorum, non datur locus heic agendi; pertinet ad Historiam Romanam, & videndi, qui ex professo de illis egerunt, Brissonius, Hotomanni, aliique antiquitatum commentatores. Nonnulla & a nobis observata sunt *in part. 2. Digress. l. 1. cap. 12.* Jure novo summa simplicitas hac parte viget; præter consensum nihil solenne, nihil adscititium, * ne præsentia quidem partium, *l. 4. h.* Arrhæ solent quidem in Sponsalibus adhiberi, sicut olim ex juvenali *supra*; Ast *digito pignus fortasse dedisti.* & vulgo inter eos Arrha major aut minor, pro viribus Sponsi datur, quæ apud nuptam relicta pro Sponsalitia largitate, de qua *inferius*, habetur: Verum hæ Arrhæ adeo non sunt necessariæ, ut ab honoratioribus amplius in contrahendis Sponsalibus non usurpentur.

19. Effectus sponsaliorum erat olim, ut actio inde ex sponsu daretur, in eum, per quem stabat, quo minus uxor duceretur, in id quanti interesset, ut Gellius ex veteribus tradit, in *lib. 14. noct. Att. c. 4.* Quæ nec repudiorum licentia postmodum introducta, de qua *infra*, cessare videtur: Alia quidem nulla datur in recusantem actio, *l. 2. de Divort. l. 1. C. b. t. l. 2. C. de Repud.* Quo minus autem pœnæ in stipulatum deductæ nomine possit agi, cum causa utique honesta sit, nihil est dubitandum, secus ac aliis visum, abusis *l. 7. § 1. de C. & D. l. 2. C. de Inutil. stipul. l. 134. de V. O.*

* Jure Canonico & Saxonico vero præsentia duorum testium requiritur, unum testem adhibuisse non sufficit, *Ord. Eccl. Sax. El. rubr. gen.* Von Ehe-Sachen. *Spec.* von Ehe-Gelöbnissen. § wo auch. conf. Carpz. *Jur. Conf. l. 2. def. 35.* Id. *l. 5. Resp. 109.* Heig. *P. 1. qu. 22. n. 35.* ubi tamen Parentum testimonium, non negligi, patet ex eod. Carpz. *P. 1. C. 16. def. 49.*

quæ docent, libertatem conjugii a tertio pœnis adſtringi non poſſe; quo minus ipſi promittentes ſe pœna pecuniaria ad fidem liberæ conjunctionis præſtandam obligare queant, nihil toto jure eſt impedimento. Poſtquam Chriſtianorum pr.....: Repudiis repudium miſerunt revixit actio ex ſponſu ſive contractu nuptiali, non modo ad æſtimationem litis in id quanti intereſt, ſicut olim, verum ad ipſum matrimonium adimplendum; cujusmodi ſententiam executione non deſtituendam eſſe, juſtitiæ vigor poſtulat. Eſt tamen ubi ad executionem ſententiæ tam rigidam non procedatur, *ut invitus aliquis aut invita, nuptiis in Eccleſia ipſo actu celebrandis adigatur: Cap. 17. X. de Sponſal.* Apud nos tamen illuc usque proceditur; ut qui condemnatus eſt, per Executorem publicum ducatur in Templum, ibique ceremonias & promiſſione ſolenni defungatur, exemplis affatim exiſtentibus; domumque ducat, aut ducatur. Quæſitum eſt, an is, qui Sponſalia futuri temporis contraxerat, ſub hac conditione, *ne mulier ipſum in judicio conveniret, quamdiu non ambiret aliam mulierem nuptiarum cauſa*; numquid etiam prius, non obſtante illa ſtipulatione, conveniri poſſet. Reſpondi, poſſe, quia conditiones matrimonio adverſantes, qualis hæc erat, pro non adjectis habentur, *c. ult. X. de Condit. appoſ. in deſponſat.* Præſertim quia poſt ſponſalia pure contracta, hæc conditio deinceps erat adjecta, *ut in illa quidem ſpecie facti, de qua conſultus fui non dudum, evenerat.*

20. Ex his omnibus diſcrimen ſponſaliorum & Nuptiarum ſatis intelligitur. Sed repetam. Quod ad conſenſum attinet, parum abeſt, quin Sponſalia ordinarii uſus cum matrimonio conveniant; In his, quæ ab actuali conjunctione & cohabitione pendent, differunt. A conſenſu in nuptias eſt, quod ſocer & ſocrus, gener & nurus ſtatim a Sponſalibus appellantur, *l. 6. § 1. & l. 8. de Grad. & affin.* quod tamen uſu loquendi hodierno aliter obtinet. Quod bina ſponſalia ſimul contracta, infamiæ pœnam merentur, *l. 1. de His, qui not. Infam.* Quod prohibitiones nuptiarum ad ſponſalia quoque pertinent. *l. 5. & l. 16. h. t.* Quod Sponſa adulterium committat; ſponſus de adulterio ſponſæ jure Viri agere poſſit, *l. 13. § 3. & 8. l. 7. C. ad L. Jul. Adult.* quod ſponſus æque ac maritus, de injuria Sponſæ illata agere poteſt, *l. 15. § 24. de Injur.* juncta *l. 1. § ult. eod.* Hoc denique & ex *ſupra dictis* patet, quam inter ſe coincidant ordinaria ſponſalia & matrimonium, adeo ut Leo & Anthemius narrent, Nepotianum magiſtrum Dalmatiæ conſultatione ſua, & litigantes apud illum diverſis juris lectionibus, & legibus utrimque prolatis, diſputaſſe, idem eſſe maritum & ſponſum. in *l. 5. C. de bon. quæ lib.* Quin & aliquando ſponſus ac ſponſa præſumebant ea, quæ ad cohabitationem reſpiciebant; Sæpe enim ſponſus bona ſuæ ſponſæ adminiſtrabat, ut ex Dione *lib. 54.* colligitur, ubi Conſtitutio Auguſti, de Sponſalibus intra biennium in Nuptias convertendis, refert, ei fuiſſe additum, δεκέτη πάντως ἐγγυᾶσθαι τὴν τὰ ἀπ' αὐτῆς ἀπολαύσοντα, *Decennem omnino ſponſam eſſe oportere, ſi ſponſus aliquid de bonis ejus percipere vellet*; Antea dixerat; *ei ἐγγυώμενοι τὰς τιμὰς τῶν γεγαμηκότων ἁρπάζοντο. Sponſi fructus de cenſu nuptarum*, (ſic enim & ille promiſcue,) *percipiebant.* Sane dotem ſæpe illis prorogatam fuiſſe, liquet ex *l. 14. de Jur. dot. l. 17. § 1. de Reb. auct. Jud. poſſid.* quæ & privilegium nuptæ ad illam extendunt, quod confirmatur in *l. 5. C. de Bon. quæ lib.* ubi, quod de fundo dotali in nuptarum gratiam ſtatuitur, ad ſponſas extenditur, laudato ſententiæ auctore Juliano, quam & Gajus tradit *l. 4. de Fund. dot.* Habent ſponſæ eandem actionem, idem privilegium exigendi ante alios Creditores, eadem eſt prohibitio de fundo dotali non alienando, *dd. ll.*

21. Quid ergo de hypotheca & privilegio inter hypothecarios, quod datum eſt pro dote Nuptis in *l. ult. C. Qui pot. in pign.* licetne ad ſponſas, quæ dotes prorogaverint, extendere? Videbatur ita *ex arg. Legum prædictarum.* Attamen communiter non fit; Omnes, ſponſæ pro dote prorogata privilegium inter perſonales duntaxat adſcribunt, ut vidimus ad *tit. Qui potior. in pign. n. 38.* Forte, quod Juſtinianus hanc hypothecam & privilegium ad cohabitationem conjugalem retulit his verbis, *d. l. ult. § 1. Quis enim earum non miſereatur, propter obſequia, quæ maritis præſtant, propter partus periculum, & ipſam liberorum procreationem?* Sic etiam ad cohabitationem pertinet Societas lucri & damni, quæ eſt inter conjuges, ut traditum ad *tit. de Societate ſub fin. Part. II. p. 970.* Sand. *lib. 2. tit. 5. def. 1.* Quod etiam uxor virum lugere debet, cum ad corporum conjunctionem reſpectum habeat, ſequitur, in ſponſis non habere locum, *l. 9. § 1. de his, qui not. inf.* Sed de lucris & liberalitatibus

qux-

quæritur, an quæ nuptis concessa, sponsis jure acceptis etiam debeantur. Et quidem de Donatione proditum est discrimen, quod inter virum & uxorem prohibita, liceat tamen inter sponsos, *l. 32. §. 1. de Donat. int. Vir. & Ux.* An inde sequitur, commoda nuptarum sponsis quoque non deberi? Inde equidem hoc non sequitur. Leges enim *supra* citatæ sponsis in favorabilibus æquant nuptis; id non tollitur ex eo, quód in pœnalibus atque odiosis separentur. Successionis ab intestato fundamentum est Jure Civili, voluntas & favor defuncti. Conjuges deficiente omni sanguinis linea, vocantur ex affectione defuncti, *l. un. D. & C. Unde Vir & Ux.* Ea res non habet respectum ad cohabitationem vel corporum conjunctionem. Atqui affectus erga Sponsam non est minor quam in uxorem. Non erat igitur absurdum, Edictum *Unde Vir & Uxor.* extendere ad sponsas. * Idem de lucro doris & donationis propter nuptias, Lege quorundam locorum competentis, videtur Costalio ad *l. 1. h. t. & l. 5. de Donat. int. Vir. & Ux.* Alber. Gentil. *2. de Nupt. c. 23.* & aliis. Plerique tamen in Legibus & contractibus Mariti & Uxoris nomine Sponsas, juris & populari usu ab illis discretas, non contineri statuunt, sed opus esse ritu ducendi uxorem, ut fuisse dicantur & intelligantur uxor atque maritus, *l. 24. C. de Nupt.* cui accedit, quod Dos, cui donatio propter nuptias respondet, respectum ad onera matrimonii habet, *l. 20. C. de Jur. dot.* Sunt auctores & populi, qui copulam insuper hymenæi exigunt, ut commoda nuptarum acquirantur, adeo ut si in festivitate nuptiali sponsa decesserit, nec uxor fuisse, nec commodis nuptarum gaudere judicetur. Sed hoc quidem juris textibus adversari videtur, *l. 30. de R. J. l. 15. de C. & l. D. 24. C. d. Nupt. l. pen. C. de Don. int. V. & Ux.* Mores Gentium, ut dixi, variant, teste Mornac. ad *l. 7. de Rit. Nupt.* Lamb. Goris *adverf. tract. 1. cap. 2.* Wissenb. *ad h. tit. th. 2.* ubi & Sandium citat ex *lib. 1. tit. 5. def. 1.* qui tantum de initio lucri & damni loquitur; quod cum sit ex *collaboratione*, ut citat ex Capit. Caroli Magni, merito inde auspicamur. Plus momenti habet hæc Quæstio, in locis, ubi communio bonorum universalis inde ab initio matrimonii stabilitur, de qua specie tractat eleganter *d. loco* Goris; Sed pergamus ad Nuptias.

Tit. II.

De Ritu Nuptiarum.

I. Justæ nuptiæ & uxor injusta disparium acceptæ. II. Olim uxorem usu captam non injustam, sed justam & Matremfam. fuisse. III. Consummatio matrimonii primo in promulgatione. IV. Ante Promulgationem inquirendum, an personæ sint capaces, ratione consensus eorum in quorum potestate sunt, ubi de Consensu Parentum Jure Canon. & Naturali. V. De ratihabitionis effectu, remiss. *Responsio ad objectiones. VI. Filiam majorem annis 25. non eximi patris consensu. VII. Quid hac parte Jure Frisico. VIII. Ad* Lib. 1. Stat. tit. 1. art. 6. & 7. De Consensu matris, *IX. Et* Curatorum. *Ubi de abusu potestatis Curatoriæ. X. Sufficere tacitum Consensum. XI. De celebratione* Ecclesiastica. *XII. De concubitu. Unde ætatis discrimen. XIII. Cum incapace procreandi sobolem, non consistere matrimonium. XIV. De visitatione & congressu. XV. An senectus prohibeat a Nuptus. XVI. Remissio ad cætera.*

Argumentum hujus tituli late prosecutis *ad tit. Inst. de Nupt.* heic manu contractiore spicilegium, ut diximus, colligendum, dicta saltem ut non repetantur, idque secundum requisita Nuptiarum, quæ a legibus præscripta, ut justæ Nuptiæ fiant, *loco citato* exposita & illustrata sunt. Operæ pretium est scire, quid sint *justæ* nuptiæ. In promptu est Justiniani responsio, Sunt ea, quæ *secundum præcepta Legum* contrahuntur, *pr. Inst. de Nupt.* Adversus quæ si qui coierint, nec Vir, nec uxor, nec matrimonium intelligitur, *§ pen. I. de Nupt.* Proinde quæ contra Leges ducta est, hanc *injustam* vocari uxorem sequitur. Opponitur; Quæ non est uxor, sive quæ contra Legum præcepta ducta est, non fit adultera, quod supponit nuptias, nec adulterii potest accusari, *l. 13. § 6. ad L.*

* Jure Saxonico, neque sponsus, neque sponsa quicquam, vel ex pactis dotalibus, vel statuto aut consuetudine loci, aut juris communis dispositione lucratur, nisi consensio thalami accesserit. *Const. Cl. 19. P. III.*

Jul. de Adult. Atqui *injusta* uxor etiam Jure Viri potest adulterii accusari, *d. l. 13. § 1.* Quare sciendum, justam injustamque uxorem bifariam sumi. Primo, ut dictum est; Secundo, pro solenniter, non *solenniter* ducta. Priore sensu Justinianus loquitur in *d. princ.* & Probus in *l. 9. C. de Nupt.* ubi *Justa uxor*, quæ domi cum affectu maritali, liberorum procreandorum causa habetur. Quintilianus *lib. 5. cap. 11.* Nihil obstat, quo minus *justum matrimonium* sit, *mente coeuntium*, etiamsi tabulæ signatæ non fuerint &c. Suetonius de Vespasiano: *Antoniam libertam quondam dilectam, revocavit in contubernium, habuitque etiam Imperator pæne* justæ uxoris *loco, cap. 3.* Ovidius *noto versu.*

Quos facient justos ignis & unda Viros.

Rursus, quando solennis ductio per aquam & ignem in domum mariti omittebatur, hæc erat *injusta uxor*, uti fiebat, quando quæ prius concubina fuerat, affectione, titulo & dignatione maritali honorabatur, vel quoties furtivi amores nuptiis conglutinabantur, ut apud Terentium Demea ad filium, amasiam puerperam & sibi desponsatam domum ducere volentem:

Vin' tu huic seni auscultare? quid? missa hæc face,
Hymenæum, turbas, lampadas, tibicinas,
Atque hanc ut horto maceriam jube dirui,
Quantum potest, hac transfer, unam fac domum,
Transduce & matrem & familiam omnem ad nos.

Satius hoc,
Quam illam puerperam nunc duci huc per viam.

Hujusmodi uxor *injusta* vere tamen uxor erat, adulterii & accusationis jure viri capax, *d. l. 13. § 1.* Sed altero sensu *injusta uxor*, contra Leges ducta, non erat uxor, nec adulterii habilis, *d. l. 13. § 6.* quod imposuit Cujacio *lib. 3. Obs. cap. 9.* putanti uxorem *injustam* esse, apud Ulpianum *d. § 1.* quæ sine consensu Patris ducta sit: Ipse agnovit errorem & retractavit *l. 6. obs. 5.* Hæc sane & *injusta* dici potest, ut testamentum *injustum*, quod non jure factum est, neque valet, *l. 1. de Injust. rupt. irr. f. testam.* sed priore sensu *in d. l. 13.* vox *injuste* non adimit, sed limitat uxoriam qualitatem.

2. Cicero in Topicis: *Genus est uxor, ejus duæ formæ. Una matrumfamiliarum. Hæ sunt, quæ in manum convenerunt; altera earum, quæ tantummodo uxores habentur.* Hinc Brissonius *lib. sing. ad L. Jul. de Adult.* uxorem *justam* ait esse, quæ in manum convenit; Injustam, quæ usu habetur. Conventio in manum fiebat ritu coemptionis, quando maritus uxorem quasi emebat certis verbis coram testibus decem, adhibito farre, unde *Confarreatio* hic ritus, apud Ulpianum *tit. 11.* per illam cum omnibus suis bonis in mariti potestatem transibat, ut Cicero *ibidem.* Erat quasi adoptio, quam per modum Emptionis celebratam fuisse constat, & diximus in *lib. 1. Digress. cap. 4. n. 4.* Servius ad hunc versum Virgilii: *Teque sibi generum Thetys emat omnibus undis. Quod ait,* EMIT, *ad antiquum nuptiarum pertinet ritum, quo se maritus & uxor emebant.* Mulier empta sic erat Viro *filiæ loco*, scribit Boetius *in Top. Ciceronis.* Verum ut dominia rerum non modo per mancipationem, sed etiam usucapione acquiruntur, ita potestas maritalis in personam & res uxoris, præter coemendi ritum, etiam usucapiebatur, scilicet usu anni non interrupto, quod spatium rebus, quæ moveri poterant, erat præscriptum, *pr. I. de Usucap.* idque in uxore perinde fuisse observatum, patet ex Gellio *lib. 3. cap. 2. sub fin.* Quod si ante finem anni usucapio interrupta fuisset, uxor non erat in manu mariti. Interruptio fiebat *trinoctio*, ex Lege XII. tabb. quo intra annum a Viro, si in manu ejus cum bonis suis esse nollet, secubare debebat. Interruptio usucapionis vocatur Usurpatio, *l. 2. de Usurpat. & Usucap.* Hinc mulier per illud trinoctium *usurpata* dicebatur; quo pertinet quæstio ex Scævola apud Gellium *dicto loco* tractata, possetne usurpari mulier, quæ intra triduum ante finem anni a Viro secesserat. Alia igitur est usucapta, vel usu habita uxor, & alia est usurpata; opponuntur sibi invicem. Quæ usu capiebatur, æque erat in manu mariti, quam coempta, sicut usucapio æque dominium tribuit, quam emptio: Sed usurpata subduxerat se potestati maritali, ut esset quidem uxor, non tamen justa uxor pleno jure, sive materfamilias Non igitur hæc erat *injusta* uxor, quæ usu habebatur & capiebatur, ut Brissonius, sed quæ usurpata erat, inquam. Usu habita uxor, post annum quoque in manum convenisse dicebatur, ut docet Cicero *pro Flacco*, quem locum in hujus rei argumentum adduximus & illustravimus *Part. 2. Digress. lib. 1. c. 17. n. 5.*

Summa huc redit. Justam uxorem, id est matremfamilias, olim fuisse, quæ in manum viri convenisset, coemtione, vel usu annali, sine usurpatione trinoctiali; Injustam, id est uxorem tantum, non matremfamilias, fuisse primo, quæ

aqua

aqua & igni quidem accepta, sed non coempta, nec usucapta, sed usurpata erat; dein, quæ ne solenniter quidem ducta, sed domi cum affectione maritali habita fuerat. Postremo *injustam esse* uxorem, quæ nec uxor quidem est, ut sunt omnes contra legum præcepta ductæ, *d. pr. & § pen. I. de nupt.* Deductio igitur in domum mariti, non fuit necessaria ut *uxor*, sed ut *justa* uxor fieret, adeoque ab substantiam matrimonii non pertinebat, ut diximus ad *tit. I. de Nupt. n. 2.* copiose *in Part. 2. Digress. lib. 1. C. 11. & seqq.*

3. Sed illa fere ad jus antiquarum pertinent, quemadmodum requisitum Civitatis Romanæ, *de quo ad Inst. n. 7.* unde & de cæteris requisitis dicta non repetemus; verum quid ad Nuptias atque ad Justas Nuptias, ut hodie sunt receptæ, requiratur, quatenus in *parte priore* dictum non est, videbimus. Post contractum matrimonialem, quem ad Sponsalia retulimus *tit. præced.* sequitur Consummatio, quæ, ut hodie res habet, ad duo capita referri potest, ad celebrationem publicam, & ad concubinatum, atque cohabitationem, quorum occasione articulorum, quæ de requisitis nuptiarum indicta *ad Inst.* occurrent, considerabimus. Sponsalibus contractis, ubique Juris & moris est, ut contrahentibus, antequam ad concubitum & cohabitationem procedant, promulgationem petant Sponsaliorum trinis fere vicibus, * in eum finem, ut hi, quorum interest, si nuptiarum impedimento, ex causis legitimis opponere possint. Promulgationem sequi debet celebratio & benedictio Ecclesiastica. Neglectæ promulgationis, pro moribus Gentium, variæ sunt pœnæ; apud nos est mulcta duodecim florenorum in primum, viginti quatuor in secundum & pœna arbitraria in tertium neglectum, tribus septimanis inter singulas vices interjectis, *1. Stat. 1. art. 11.* ubi petitio promulgationis fieri dicitur apud ministros Ecclesiæ, vel apud Judices; quod ad *præced. artic.* respicit, ubi distinguuntur Reformati ab Hæterodoxis; ut illi Ecclesiasticas, hi judiciales adhibeant promulgationes. Utrisque injungitur, ut si qua difficultas Juris incidat, ad Curiam Supremam se referant, *d. art. 12.* Ex quo dicendum videtur, hujus rei primam instantiam, notionem ad Ecclesiæ ministros spectare: quod est Pontificii Juris vestigium, apud Belgis que Protestantibus receptum, ut causæ matrimoniales sint Jurisdictionis *Consistorialis*, ut hæc tamen a summo potestate dependeat. Supremæ igitur Curiæ decretis Ecclesiastæ parere debent, salva ipsis censura morum; sed promulgationem a Curia concessam si recusent, remediis Prætoriis compelli possunt; quod experti sunt Ecclesiæ cujusdam Civitatis in Frisia pastores, qui par hominum, qui per Curiæ sententiam conjuncti fuerant, e Cathedra promulgare nolebant, hanc Jurisdictioni Civili non esse subjectam, arbitrati. Sed modum agendi, qui est Ecclesiasticus, a Jurisdictione dividere docti sunt, evocati post aliquot irritas jussiones, & parere coacti, anno 1681. Cæterum, in plerisque Belgii civitatibus promulgationis venia petitur a Magistratibus, etiam inferioribus, ut Ecclesiasticis nudum promulgandi ministerium relinquatur.

4. Injungitur Magistratibus & Ecclesiasticis, ut in personas promulgationem petentes inquirant, an nuptiarum capaces sint, cum ratione consensus eorum in quorum potestate sunt, tum sanguinis & honestatis respectu; de quibus rebus ad Institutiones actum non agemus, sed intacta delibabimus. Quod ad consensum ipsorum contrahentium attinet, hunc ad Sponsalia retulimus. De consensu Parentum, Juris Civilis ** requisitum,

* Ita nostro quoque jure cautum, proclamationem Ecclesiasticam desponsatorum, fieri debere tribus vicibus, *Art Gen. 13.* § es sollen. *verb.* drey Sonntage nach einander. j. Ehe Ord. *d. Ann. 1634. punct 5.* § erstlich). Carpzov. *Jur. Conf. l. 2. d. 137.* accedente dispensatione tamen, item in casu necessitatis, ea contrahi, & una, vel binis vicibus tamen fieri, aut etiam plane omitti potest. vid. Mencken. *Disp. de omissa Proclam. Eccl.* § 4. *seqq.*

** Vid. *supra P. 1. p. 26.* Quod si tamen Parentes sine causa consensum suum denegent, Consistorium consensum eorum supplet. Carpzov. *Jur. Conf. l. 2. def. 55. sq.* Justam autem dissensus causam parentes habuisse censentur, si liberi sine ipsorum voluntate pure sponsalia celebraverint. Id. *d. l. def. 59. & l 5. Resp. 110.* unde etiam in casu injusti dissensus consistorii consensus impetrandus est, antequam liberi sponsalia contrahant. *Ord. Eccl. tit. gen.* Von Ehe-Sachen. *Spec.* von Ehe Gelöbnissen. § Dagegen. Interim si sine Parentum consensu celebratis sponsalibus copula carnalis accedat, in matrimonium ea transeunt, secundum Carpzov. *P. 4. C. El. 20. def. 15. & Jur. Conf. l. c. 60.* licet liberi, ob neglectam Parentum voluntatem, exhæredari, & carcere includi possint, ac emigrare quoque cogantur. *j. d. Ord. Eccl. rubr.* § würden. & Carpz. *d. def. 60.* Extra Electoratum tamen sponsalia, in-

Exe-

executi sumus *ad h. tit. Inst.* Jura Canonum inter se parum convenire, diximus & textus in diversum euntes citavimus *num. 9.* Quos ita plerique conciliant, an committunt; de honestate parentum quidem consensum requiri, ex necessitate nequaquam? Covarruv. de Matrim. *part. 2. § 8.* Sand. *2. t. 2. vers. nam communis.*

Minus recte equidem Pontifices ἀναγκαστικὴν δύναμιν, coactivam vim, contra exemplum Juris sacri & profani, huic liberorum officio subtraxerunt. Sed quod viri doctissimi totam hanc distinctionem inter honestatem & necessitatem, ut impiam iis exprobrant, jure fieri non videtur. Nonne honestas emancipatum filium æque ac filium familias obstringit, nonne tam matris, quam Patris consensum postulat, & tamen neutro casu necessitatem contineri, exploratum est, *l. 19. de Rit. nupt. arg. l. 2. eod.* omni enim jure plus valet patris, quam matris potestas, & magis subjicitur, qui pars est familiæ, quam qui exiit e familia; sed nihil attinet ea repetere, quibus toties hæc distinctio probata est, nominatim *Part. 2. Digress. lib. 1. c. 7. n. 4.*

Quin nec Jus naturæ hoc loco ab eadem distinctione abhorret. Naturalis quidem ratio, ut honestati consentaneum suadet omnino hunc consensum, non tamen adeo præcise, ut absque eo matrimonium velit nullum esse; quia Principium, dans actui internam validitatem, penes solos est contrahentes; nihil tam naturale est, quam ut quisque de facultate sua, id est, eo quod plene & directe ipsius est, libere disponat. Sed quid est tam proprie nostrum, quam gignendi jus: cuius naturalem consuetudinem quilibet ei, cui volet, per fœdus connubii, (nam vulgivaga venus humanum genus confundit,) addicere potest? Accedit, quod uxorem qui ducit, novum condat familiam; Ergo nec familiæ imperium Patri jus prohibendi naturaliter tribuit, quia non pertinet hic actus ad familiæ ipsius statum. Nam quod Romano jure filius uxorem in domum paternam deducit, & pars ejus manet, ex instituto mere civili, non gentium fluxit, ut *alibi.* Interim gratitudinis & prudentiæ præceptum est, ut cum maximi res hæc sit momenti, consilium & voluntas Parentum minime negligatur, quod multum a necessitate, a qua actus plane pendeat, differt. Hinc optime Theoph. *in d. princ.* naturalem rationem explicat: ἐπειδὴ δίκαιον τὰς γονεῖς τιμῆς, *quia æquum est Parentibus hunc honorem exhibere, in gratiam educationis*, ut addit. Hactenus interim manet Pontificii Juris nævus, quod a severitate divina & Romana hac in parte recesserit. Nam licet usu illa distinctio in universum non careat, hic tamen non sequitur applicandam fuisse, quemadmodum certe applicanda non fuit.

5. Pertinet huc etiam nota Quæstio de *Ratihabitione*, quam nuptias inde ab initio facere legitimas, ut liberis etiam ante ratihabitionem natis prosit, iique legitimi censeantur, probatum est textibus & rationibus *ad d. tit. Inst. n. 10.* cui sententiæ ratio populorum hodierna mosque notissimus eorum, qui Jure Romano utuntur, quos inter *Frisii*, nullo quamlibet Statuto in contrariam, ex intellectu Juris communis suffragatur. Sed responsionem ad textus rationesque discrepantis sententiæ, remisimus *ad hunc locum.* Summa nostræ positionis ratio, consistit in vi retrograda ratihabitionis ex *l. 16. § 1. de Pignor. & l. 56. de Judic. & aliunde.* Hanc tamen convellit Vinnius ad *princ. Inst. de Nupt.* Ratihabitio *retro operatur*, ait, *in his, quæ sunt in pendenti: non quæ nulla sunt.* Sed unde probatur hæc distinctio? Ego falsam puto. Nam donatio inter virum & uxorem est ipso jure nulla, *l. 3 § 9. de donat. int. Vir. & ux.* ratihabitio tamen efficit, ut ab initio valuisse censeatur, *l. 25. C. d. tit.* ubi præcipue quidem de testamentaria ratihabitione agitur, sed ratio, quæ sequitur, omnibus congruit; nec refert, quomodo fiat ibi ratihabitio, modo ad mortem usque duret voluntas. Porro nihil tam nullum est quam testamentum, in quo filius fam. est præteritus, quod tamen, secuto filii consensu, usque ab initio convalescit, *l. 17. de Injust. rupt. test.* Adeo ut contra argumentari non verear: *Quicquid est nullum, fit ab origine valitum, si postea acquiescat is, in cujus gratiam Lex nullitatem statuit.* Contractus pupillorum, alienatio rerum minoris sine decreto, aliaque, de quibus *in loco*, sunt nulla, sed accedente pupillorum & minorum ratihabitione, (positis terminis habilibus) nunquam nulla fuisse videntur. vid. Sand. *lib. 2. Decis. tit. 2. defin. 1.* Atqui matrimonium sine Patris consensu in gratiam Patris est nullum; jus enim hoc est patriæ potestatis & libere ab ejus ar-

vitis Parentibus inita, per concubitum in matrimonium transire, negat Struv. *Jur. Rom. Germ. l. 1. t. 6. § 4.* Fibig. *Coll. Legal. Sem. 2. qu. 3. j.* Sand. *l. 2. tit. 1. def. 4.*

bi-

bitrio pendet, ut sola ea, quæ ad favorem pertinent nostrum, *l. pen. C. de Pact.* Ergo si recedat ab hoc jure suo, tota nullitas in præsens & præteritum evanescet

Quod Bachovius *vol. 2. disp. 6. th. 5. lit. C.* ratihabitionem negat retrotrahi *in his, quæ jussum requirunt*, ut nuptiæ, nihil noceat. Nam jussum hic nihil peculiare, verum simplicem consensum, etiam tacitum significare, probatum *ad Instit. ex l. 5. C. h.* Vel præcipitur quidem, non præscribitur, ut necessarius. Quin & sæpe, ubi jussus requiritur, ratihabitio valet pro jussu, ut in ipsa actione quod jussu, *l. 1. § 6. Quod Juss.* & actione mandati. *l. 60. de R. J.*

Noster acutissimus Tim Faber *disp. anniversf. 5. th. 8.* & ex eo Vinnius ad *princ.* volunt, in textibus, quibus id, quod ratum habetur, retro valere dicitur, non tradi causas, in quibus id fiat. sed effectum ratihabitionis. Quod quidem primo falsum est. Nam quorsum alias verba *d l. ult. C. ad SC. Maced. generaliter omnis ratihabitio &c.* nisi ad causas spectant, & verba *l. 25. C. de don. int. Vir. & uxor. sicut & alias ratihabitiones negotiorum gestorum?* Sed jam largiar, & assumam quod illi excipiunt. In his textibus tantum de effectu agitur. Sic est. Nam ratihabitio non efficit, ut nuptiæ revera justæ ab initio fuerint, sed eundem tribuit effectum, ac si legitimæ semper fuissent.

In quibus igitur non de effectu permanente, sed de facto tantum agitur transitorio; ibi ne quidem post ratihabitionem nuptiæ dicuntur ab initio valuisse; nec adeo magis id fieri potest, quam ut id, quod factum est, reddatur infectum, qua de re versiculos Agathonis ex Aristotele *lib. 6. ad Nicom. c. 3.* recitavimus ad *fin. tit. de Probat. & Præsumpt.* Non fit igitur per ratihabitionem res vere gesta, quod Pater ab initio consenserit; Juris saltem effectus quidam supplentur, ac si inde ab initio suppleti fuissent. Exemplum in *l. 13. de his, qui inf..m.* Pater est infamis; cujus jussu ab initio matrimonium intra annum luctus est repetitum, non quia postea ratum habuit. Etenim hic utique ipso facto non jussit, ad quod sanctio spectat. Ita nec adulteram accusare potest jure viri, post ratihabitionem Patris, quæ antea se alii substraverit, *l. 13. § 6. ad L. Jul. de Adult.* Nam talis accusatio veritatem facti supponit, quod fuerit justa uxor, quam ratihabitio non præstat: delictum est factum, quod aliter quam res acta est, se habere non potest. Ratihabitio ad effectum modo nuptiarum starumque liberorum pertinet. Temere igitur hi reatus objiciuntur, qui & in materia versantur pœnali ac odiosa, quæ semper restringitur, nos in favorabili, quæ facile extensionem recipit.

Præceptor tandem noster, D. Wissenbach. *Disp. 6. ad h. t. th 21.* regulam de ratihabitione, tantum in contractibus valere contendit; sed frustra; Nam donatio an contractus est? Negat ipse, in qua tamen eadem regula servatur, *d. l. ult C. de don. int. V. & U.* Ratihabitio vim suam retro exerit in his, quæ consensu fiunt; est enim subsequens consensus; Ergo etiam in nuptus. quæ licet contractus non sint, nihilo secus tamen liquido consensu fiunt.

Verum tamen alii defectus, qui terminos habiles nuptiarum tollunt, neque in partium consensu consistunt, non nisi a tempore quo cessant, vitium matrimonii corrigunt, & tunc liberis demum natis obesse desinunt. Hinc Præses, qui feminam provincialem contra Leges duxit, deposito demum officio, si tunc duret voluntas, uxorem incipit habere legitimam, & justos qui postea suscipiuntur, liberos, *l. 65. § 1. de rit. nupt.* Secuta & renovata voluntas hic non retrotrahitur; quia consensus non potest retrorsum operari in id tempus, quo nullus plane consensus esse potuit, ob vitium Legale personarum. Si quis demum minorem annis 12. duxerit, hæc uxor erit, cum justos annos expleverit, consensus tunc secutus non reddet nuptias ab initio, quo ducta est, validas, quia tunc termini habiles deerant, *l. 4. de rit. nupt.* Idem in priori specie. Nam inter Præsidem & provincialem nuptiæ nullo modo consistunt. Ratihabitio igitur emendat solum consensus paterni defectum, præsuppositis cæteris Legum requisitis.

Postremo D. Vinnius multum tribuit contra liberos antea natos *Legi XI. de Stat. Hom.* sed cum ea nihil de ratihabitione, tantum de statu prolis, avo ignaro conceptæ agat, nobis nihil officiet, nec dubitamus, de casu secuti consensus Paulum aliter responsurum fuisse. Proinde cum hæc sit Juris Romani sententia, nostrum quoque Statutum, negans ratihabitionem prodesse, de pœna incapacitatis, non de nullitate actus accipiendum erit. Hæc patrem respicit & liberos, illa contrahentes, qui deliquerunt. Patri satisfit, liberi juvantur ratihabitione; ipsi conjuges merito pœna non liberantur.

Sed operæ pretium est videre textum. In Stat. lib.

lib. 1. tit. 1. art. 6. in fin. ubi sic habetur; pœnas matrimonii parentibus invitis contracti, habere locum, etsi contrahentes, post impletum concubitu matrimonium, ratihabitionem impetraverint. An non inde patet, ratihabitionem expressam vel tacitam, in implendis nuptiis adhibitam, prodesse liberis postea natis, sed contrarium esse dicendum, si post liberos natos ratihabitio accesserit? ut Sandius etiam tradere videtur, *d. lib. 2. tit. 1. def. 2.* Sed magis est, ut Statuta nostræ positioni nihil obstent. Agunt enim de pœna delicti, quo aliquis ipso facto puellam invitis parentibus duxit: quod commissum non mutatur per secutam ratihabitionem; Ideoque pœnam nihilominus obtinere, quicquid parentes pro sua indulgentia de jure potestatis suæ remiserint, publicæ disciplinæ vigori consentaneum est. Sandius quæstionem nostræ positionis non tractat, neque decisam refert.

6. Consensus parentum cum sit effectus patriæ potestatis, quamdiu hæc durat, requiritur; Et cum ætate 25. annorum ea non finiatur, non est dubium, quin & filia major sine consensu patris nuptias contrahere non possit. (*In locis, ubi ætas eximit a Patria potestate, hæc cessant*). Nec operæ pretium erat huic quæsito immorari, nisi auctoritas Sandii nostri aliorumque hominum doctissimorum, secus postularet. Sandius *lib. 2. Decis. tit. 1. def 5. statuit ipse & in Senatu refert esse judicatum*, fil amfam. majorem annis XXV. sine Patris consensu validum inire posse matrimonium. *Nos eam sententiam nec Statutis probari, nec Juris civilis rationi consentaneam esse, nec a Senatu ita adhuc esse judicatum credimus; quod ut ἀπροσδοκητον & Sandio, ut videtur, repugnans, forte aliquos offenderit. Verba Sandii, quibus sententiam Curiæ demonstrat, hæc sunt;* Hinc, cum quidam filiamfam. 25. annis majorem in jus vocasset, cum qua fatebatur se, inscio patre, matrimonium contraxisse, filia vero matrimonium negasset, ad probandum admissus fuit, cumque in probatione defecisset, absoluta est. *Unde colligi vult, si juvenis probasset contractum matrimonii, filiamfam. fuisse condemnandam. Sed quam id nullo modo tutum sit asfirmari, norunt qui judiciis interfuerunt. Nam propter multitudinem causarum, quando partes circa facti historiam discrepant, omni die contingit, ut interlocutio ad probandum fiat, etsi facta illa non sint litis decisoria; sive quod non vacet Judicibus exacte curioseque examinare, num sine claritudine illorum factorum causa fuiri queat; sive quod speretur, e discussione factorum aliquid lucis causæ disceptationi adspersum iri.*

Non ita pridem hæc quæstio rursus agitata est in Senatu Supremæ Curiæ. Cajus despondérat sibi filiam Titii majorem 25. annis, sine Patris consensu, quanquam multis id egerat ut probaret, Patrem ex postfacto consensisse. Pater tamen nuptias detrectabat; Cajus eum in Jus vocaverat, petens, ut condemnaretur ad permittendam celebrationem nuptiarum; virgo subscripserat libello. Pater jus patriæ potestatis allegabat, nec sibi imputari posse moram in elocanda filia; esse virum alium Ecclesiasticum boni moris & famiæ, cui filiam destinaverat. Cum ad rem judicandam ventum esset, primo quidem Domini consentiebant, exemplum Sandii non facere judicatum Curiæ, nec adeo quæstionem adhuc esse decisam. Pars etiam major, re bene disceptata, sentiebant, non esse verum, quod filia major annis 25. sine Patris consensu nuptias contrahere possit: cum enim nullum sit aliud ejus sententiæ fundamentum, quam in Nov. 115. c. 3. § si alicui 11. *quam urget Sandius, ille textus bene examinatus nihil ejusmodi continet. Verba sunt;* Si vero usque ad viginti quinque annorum ætatem pervenerit filia & parentes distulerint eam marito copulare, & forsitan ex hoc contigerit in suum corpus eam peccare, aut sine consensu Parentum marito se, libero tamen, conjungere; hoc ad ingratitudinem filiæ nolumus imputari: quia non ejus culpa, sed parentum id commisisse cognoscitur. *Videmus, quæstionem hujus loci esse, non, an valeant nuptiæ, sed an filiæ ingratitudinis loco sit imputandum, quod inscio Patre sui consilerit, ita videlicet, ut exheredari possit; qua de re per totum hoc caput unice disseritur. Si Leges hactenus ignoscunt impatientiæ virginis a Patre vel a procis tam diu neglectæ, ideone matrimonii contractus omni Jure subsistet? Sanctus ipse docet, ex eo, quod majoribus annis viginti paulo remittitur pœna Statutaria;* ne quid conjuges sibi mutuo relinquant, *non sequi tamen, nuptias subsistere. d. lib 2. tit. 1. def 5. in fin. In hac Novella nihil habetur, quam exheredationis pœnam remitti; Quia causa est, ut ex hujusmodi remissione pœnæ, conjugium magis convalescat? Et quare ætas tot annorum sequiorem sexum magis subducet patriæ potestati, quam filios, de quibus textus non loquitur, nec Sanctus sentit? a 1. quia difficultius puellæ tolerant virginitatis onus, quam Juvenes? Ratio*

tio lenone quam Cæsare dignior. Numquid in textu d. Nov. 115. c. 3. § 11. *reperitur, quod hujus sententiæ, quam mirari liceat a tam multis ejus receptam, dederit causam? Proferuntur hæc verba;* Si forsitan contigerit in suum corpus eam peccare, aut sine consensu parentum marito, libero tamen, conjungere. *Unde colligunt,* posse talem filiam se conjungere marito. *Sed recte Bachovius* ad Treutl. Tit. de rit. nupt. th. 5. *observat, illis verbis minime legitimum intelligi matrimonium, sed conjunctionem facti qualecunque; idque probat ex verbis* libero tamen, *quæ exceptio indicat, illic agi de conjunctione, quæ de serva etiam prædicari posset, alioqui inepta foret limitatio; at de servo matrimoniaot nullo modo potest dici, siquidem cum eo duntaxat est contubernium, non conjugium,* l. 3. C. de Incest. nupt. *Aliud evidentius argumentum ad id refellendum, ex ipso textu Nov. suppetitatur.* Etenim si hæc verba textus: si forsitan contigerit, eam sine consensu Parentum marito se conjungere, *virgini jus darent id faciendi, quod in conditione memoratur, idem prorsus eveniret in his verbis, quæ habent eundem contextum;* si contigerit eam in corpus *suum peccare, cum eodem spiritu a Cæsare pronuncientur, quod tamen absurdum esse nemo non videt. Denique, Justinianus ne quidem ingratitudinis absolvit filiam viginti quinque majorem annis,* nisi parentes distulerint eam marito copulare, ὑπέρθωνται, *inquit,* rejecerint, *cum esse occasio. Plane in id facile consentias, filiamfamil. perfectæ ætatis, facilius auctoritate publica parentis consensum elicere posse.* His convenienter D. Saekma Curiæ nostræ Senator, ad notas MS. in *art. 6. lib. 1. tit. 1. Statut.* refert, anno 1610. ante ferias O. S. a Senatu judicatum esse, filiam etsi majorem annis XXV. sine Patris consensu nubere non posse, nisi pater filiæ conditionem non quæsiverit, ut est in *l. 19. h. t.* hoc est, si requisitus a filia sine justa causa negaverit, in causa *Uylke Tjaerts, contra Saep Tjaerts,* & rursus in *causa Casparis de Jonge contra Claes Joukes. ante ferias O. S. 619.* Filium quoque majorem annis 25. sine Patris consensu nihilo magis uxorem ducere posse, Curia Suprema censuit, in causa *Antje Pieters contra Heyn Doeckes. d. 30 May 1632.* Factum tamen est, ut tum temporis cujus ille sponsa potiretur, sed ob rationes facti magis quam juris illius ex *d. Nov. 115.* in causa *Georgii Blankart contra Isaacum van der Hellen.*

7. Sed liceat heic obiter digredi & quærere, an huic sententiæ Jus Frisicum obstare non videatur, *artic. 6. lib. 1. tit. 1. Statut.* Ubi cautum est, *Si quis filiamfam minorem annis XX. sine consensu Patris aut Matris duxerit, vel mulier filiamfam. minori annis XXV. ita nupserit, eum vel eam nihil de bonis alterius, Dotalitii, aut ullius lucri ex causa matrimonii nomine percipere posse.* Nam exinde sequi videtur, si quis filiamfam. majorem annis XX. duxerit invitis Parentibus, sine distinctione sexus, *sonder consent van Vader ofte Moeder,* eum pœnæ expertem esse, ac ita matrimonium illud valere: quod etiam inde patet, quia prohibetur aliquid nomine *Dotalitii* vel alterius lucri matrimonialis percipere; quæ prohibitio vel pœna, *matrimonium* consistere supponit. Non temere movetur hæc difficultas, quam auget observatio Thomæ Herbaji Viri Cl. in notis *M. S. ad d. art. 6.* qui non dubitat Collectores Statutorum hac parte erroris arguere: *Cum Jure Civili,* inquit, *Consensus Parentis in nuptiis filii tam sit necessarius, ut & jussus præcedere debeat, ac quod contra factum est, id irritum sit, utique supervacuum est, quod de Dotalitio bonisque dotalibus statuitur, quæ nulla esse possunt, ubi matrimonium nullum. Itaque, quod bona pace dictum sit, qui colligendis his Constitutionibus præfuerunt, non videntur percepisse, huic Constitutioni inesse aliquid ex errore Canonistarum, qui & invito Patre volunt valere matrimonium. Contra quem errorem cum Carolus Imperator V.* (est enim Carolina Constitutio in *d. § 6.*) *animadvertaret, se nihil posse statuere quoad matrimonium ipsum, cavit saltem de Dote: Proinde tolli debuerant, quæ de dote etiamnum hic habentur.* Hactenus *Herbajus;* Verum ad hanc objectionem haud incommode responderi potest; sicut matrimonium inter personas prohibitas est *putativum,* ita dotem quoque vel dotalitium ejusdem esse naturæ, nomine tale, revera nullum; quemadmodum mulier, quæ nubit avunculo, nihil agit ipso jure, *dotem* tamen, quam dedit, recuperare dicitur, *l. ult. D. de Condict. sine causa.* Plus difficultatis est in priore scrupulo, quod prohibitio tantum de filiabus annis XX. & de filiisfam. *art. 7.* annis XXV. minoribus loquitur. Nam hoc ipso, quod pœnam statuit in eos, qui ducunt filiasfam. minores annis 20, & in eas, quæ nubunt filiisfam. minoribus annis 25. sequi videtur, Statutum permittere nuptias cum illa ætate majoribus, sine Parentum consensu. Valde equidem vereor, ne non Auctores Statuti in ea fue-

fuerint ſententia, Nuptias a filiisfam. contractas per ſe eſſe validas, præſertim quia in *artic. 5. ἀμέσως* præcedente, matrimonium in prohibito gradu ſanguinis *penitus irritum* declarant, cum in defectu conſenſus Paterni nihil ejusmodi exprimant. Quando tamen praxi adſidua non interrupta, nullitas recepta eſt, dicendum videtur, eas pœnas ipſi facto eſſe impoſitas, nullitatis ratione ſeorſim conſideranda, quam non abolitam Statuto, manere, ſicut eſt Jure Civili conſtituta; præſertim quia nihil vetat, illam pœnam, quæ matrimonium *de facto* ſupponit, cum nullitate Juris conſiſtere. Eaque interpretatio inde juvatur, quod incapacitas lucri dotalis non infligitur ipſis nuptiis, ſed ei tantum, qui minorem annis viginti puellam *ſollicitat atque ſeducit.* Ipſa puella ſeducta, Juvenis etiam minor annis 25, non prohibentur ejusmodi capere lucra, *d. art. 6. & ſequ.* Facto ſive commiſſo pœna Statuti imponitur; de Nuptiarum validitate cum nihil conſtitutum ſit, hæc juris Communis deciſioni relicta cenſetur.

8. Proinde cum pœna illa *non lucrandi*, teneat æque ob neglectum matris quam Patris, *d. § 6.* valor matrimonii ſine matris conſenſu initi, ſimiliter Juri communi relinquendus videbatur. Ac ita, ſicut nuptiæ liberorum, qui Patris conſenſu carent, ſunt nullæ, eodem modo Conſenſus matris abſolutam nullitatem inferre non poſſe videbatur, qua de re locuti ſumus *ad h. t. Inſt. n. 11.* in hanc ſententiam; Eſſe quidem filiæ minori annis 25. matris & propinquorum conſilium adhibendum, at ipſi electionem eſſe liberam. Receptior tamen eſt interpretum ſententia, Matris conſenſum filiæ minori 25. annis eſſe neceſſarium; quos enumerat Sandius *d. lib. 2. tit. 1. def. 2.* quorum ſententiam Curia noſtra ſequitur, ut idem teſtatur, & Herbajus *not. MSS. ad d. § 6.* Patre ſcilicet non extante, quod, ut res loquatur, ſollicite tamen ab Herbajo monetur.

9. Jure Romano Curatores nihil auctoritatis, quod ad nuptias, in adultos adultasve exercent, quia Curator rebus datur, & nuptiarum jus inter mere perſonalia habetur, *l. 20. de Rit. Nupt. & l. 8. C. eod.* Unde quæ ſub Curatoribus eſt, Magiſtratus, propinquorum, & ſuo arbitratu nubit; de Curatoribus κενὸς λόγος, *altum ſilentium, l. 20. C. de Nupt.* Sed Jus Friſicum *d. tit. § 13.* Similiter, ait, *qui ſubſunt Curatoribus, matrimonium ne contrahant ſine Curatorum conſenſu, idque ſub pœna, quod ſit futurum nullum, quicquid alter alteri reliquerit.* Praeter hanc pœnam D. Sandius ſtatuit *eod. tit. def. 6.* Nuptias, inſciis Curatoribus initas, eſſe nullas, quod intelige, niſi ætatem modo in filiabus definitam excedant; idque Curia noſtra ſervat. In cujus auctoritate libenter acquieſcimus, quanquam contra diſputari poterat. Nam ſi pœna Statuti non tollat id, quod jure communi præcipitur, ſed cum eo conciliatur & jungitur, modo poſſint concurrere, ut Sandius ipſe docuit *defin. 1. 2. 3. 4. 5.* cur non idem hic fiat? Qui ducit puellam ignaro Curatore, nihil unquam ab ea lucrari poteſt; hactenus nec ultra, recedit Statutum a Lege Romana; quid obſtat, quo minus reliqua conveniant; An verba prohibitionis, *ne contrahant &c.* Atqui ipſe habet ſimile in *defin. 1.* Statutum ait, *Nemo contrahat nuptias, niſi poſt trinam proclamationem & ἐξολογήσιν ſub pœna pecuniaria.* Heic ſola multa habet locum, & nuptiæ absque illis valent, etſi directa & concepta ſit prohibitio, ex ratione Juris Civilis. Quidni & hic Statutum cum Jure Romano concilietur, quatenus illud non mutat? Amplius, Qui filiamf. absque patris conſenſu ducit, eadem mulcta adficitur: Valor tamen nuptiarum diſpoſitioni Juris communis relinquitur, ut *ſupra* intellectum eſt. Heic prorſus eadem ratio eſt. Jus Commune vult nuptias valere, quæ ſine Curatoris adſenſu contractæ ſunt, & Statutum hac parte nihil mutat. Unde igitur diverſa concluſio?

Si Curator primo diſſenſit, deinde voluntatem adhibuit hac Lege, ut bona quædam puellæ fideicommiſſi onere adfecta, in utilitatem propinquorum conſentientium ſequeſtrarentur, valeatne promiſſio? Non valere, judicatum eſt; quia nec matrimonii, nec tutelaris officii, mercatoria vel mercenaria eſt natura, *in cauſa M. T. S. adſiſtente marito, contra C. V. W. cum ſociis d. 16 Mart. 1680.* Quin ob ejusmodi & ſimilia commiſſa in Curatorem animadverti poteſt, ſi poteſtate ſua temere ſit uſus in negandis vel concedendis ſponſalibus, ejusque ab arbitrio ad Judicem provocari poteſt. Ita cum Vir ſpectabilis puellam ſuæ curæ commiſſam, fratri ſuo collocaſſet in matrimonium, Curia quidem matrimonium re non integra non reſcidit, Curatorem tamen ab officio ſuo removit, *d. 20. Decemb. 1636. In cauſa Ordii Doyen, contra Pybonem a Doma & N. Vogelſang cum Dorothea Tedema.* An puella Curatori ſubdita, locis ubi jure communi utuntur, Sponſalia prætextu

tu ætatis & Curatoriæ potestatis retractare queat, *ad Inst.* dictum est. Magis est, ut ratione juris non videatur.

10. Consensus Parentum & Curatorum expressus esse debet; Ait enim Imperator in *d. pr. I. h. t.* jussum præcedere oportere. Quod tamen ita accipiendum, ut magis commendetur, quam sub pœna nullitatis injungatur, quod attinet ad *jussum præcedentem.* Textus enim alii docent, sufficere, si pater sciat nuptias, nec contradicat, *l. 7. § 1. de Sponsal. & l. 5. C. de Nupt.* Verumtamen inter expressum & tacitum consensum discrimen ingens tradit Sandius in *lib. 2. tit. 7. def. 2.* ubi vult Patrem non amittere usumfructum in bonis liberorum, si non nisi tacite consenserit, quem si jusserit, amittat. Sed non esse hoc discrimen Juridicum, neque a Curia probatum diximus in *Part. II. pag.* 557. Nec adeo Curator, qui scivit nuptias promulgari, neque contradixit, a rationibus & reliquis reddendis, præstandis liberatur; Sciviſſe autem creduntur, qui in eadem provincia fuere, cum promulgationes more solito publiceque factæ sunt, ut a Curia judicatum est, in causa *Annii Tarquinii nomine uxoris, contra Annium Boetii.* Condemnatus hic est, ut Curator, Annio nomine uxoris rationes & reliqua præstare, licet absque ejus consensu matrimonium esset initum, sed promulgatum sine ejus oppositione, cum in loco satis propinquo habitaret. *Ante ferias Natal. 1680.*

11. Satis prolixe de Consensu; post ea, quæ *ad Instit.* hac de re exposita fuerant; neque de cæteris capitibus tantum est, quod heic addendum occurrat. Post promulgationes rite factas, sequitur Ecclesiastica copulatio, qui ritus sane vetus & laudandus est, adeoque a Viro gravi non facile omittendus, etsi tempore Justiniani, seculo sexto, non fuisse ritum hunc in usu, patet, inde, quod altum ejus in toto Jure silentium sit, ut recte observat Rittershus. *ad Nov. part. 4. c. 1. n. 18.* Non debent igitur Sponsi ante copulam Ecclesiæ ultra primam lineam amare, nec colubram addere carnis. A majoribus natu accepimus, olim sponsus coram facie Ecclesiarum nostrarum rogari solitos, utrum delibassent τὴν ἔυρεσιν, an cestum intactum custodivissent; Si faterentur obreptum esse, pœnitentiam ante benedictionem publice profiteri cogebantur. Transiit antiquus rigor, cui par non fuit posteritas. Sed majoris momenti & celeberrima Quæstio est, an ejus omissio matrimonium faciat nullum, liberosque illegitimos, si de affectione titulóque conjugii non dubitetur. Negatur, si nullitas Lege speciali sancita non sit, quemadmodum in Hollandia Zelandiaque, & in Pontificiis oris ex Concilio Tridentino, *sess. 24. c. 1.* Tulden. *ad Tit. C. de Nupt. § 3.* Apud nos mulcta, quam diximus, imponitur XII. florenorum prima vice, & secunda post tres septimanas XXIV. Sed a quo tempore mulctarum illæ vices incipiunt? A tempore primi congressus, *van de eerst byeenkomste*, ut judicatum refert D. Saekma Senator, in causa *Dris Epema*, contra *Ilke Obbes* cum uxore. *d. 27. Octobr. 1627.* Sed ambigua sunt verba primi congressus, utrum de concubitu, an de cohabitatione sint accipienda. Nam utrumque sensum fert vocabulum *byeenkomste.* Priorem sensum antiqua severitas exigere videtur. Magis tamen est, ut conventus & cohabitationis initium sit intelligendum: Nec enim mulcta excessui amoris, inter sponsos jure conjunctos imposita videtur, saltem ut hodie fert hominum mos & opinio. Sed matrimonium in se valere, quando constat, virum & mulierem se pro conjugibus invicem habuisse, de jure certum, & perpetuo apud Frisios existimatum est, teste Sandio *lib. 2. tit. 1. def. 1.* & Sackma Not. *lib. 1. Stat. tit. 1. art. 7.* abundantibus exemplis; quibus adde sis, quod etiam liberi e tali conjunctione nati, Jure succedendi gaudeant in præjudicium quoque diversi matrimonii, & liberorum inde natorum, ut Curiæ visum est *in causa Auke Baukes cum soc.* contra *Fridericum Henricum.* ante ferias Caniculares 1671. & sæpe alias. Neque tantum, si benedictio sacerdotalis, sed etiam, si promulgatio penitus omissa fuerit, ex eo solo, quod vir mulierem uxoris titulo dignatus sit; etsi probabile esset, id pudoris causa magis, quam ex vero affectu fuisse profectum, nec unquam Vir ullum actum contractus conjugalis celebrare voluisset, ut usu venit observari in causa *Thomæ van der Mark Domini de Leur, contra Christinam Taepkens. ante magnas ferias 1682.*

12. Post benedictionem Ecclesiasticam, (cujus loco Heterodoxis injungitur fere confirmatio judicialis,) sequitur Concubitus, in quo præcipue desinit implementum matrimonii. Cujus exercitium quidem ad matrimonium contrahendum non pertinet; Aptitudo tamen & potentia, est requisitum necessarium, *ut Masculi sint puberes, feminæ viripotentes. pr. I. de Nupt.* Ratio autem, cur feminæ celerius quam mares

ad nuptias matureſcant, redditur ab Horo apud Macrobium 7. *Saturn. c* 7. quia *calent ambitus, & calor ſemper generationis cauſa eſt.* Idem Athrylatus Medicus apud Plutarch. 4. *Sympoſ. qu.* 4. tuetur, & experimentis demonſtrat. Quin & Hippocrates *lib. 1. de morbis mul. ſect. 5.* feminas ſcribit habere θερμότερον τὸ σῶμα, *calidiorem ſanguinem*, adeoque θερμοτέρην τὰ ἀνδρὸς, *utro calidiorem eſſe mulierem.* In contrarium diſputat Symmachus, apud Macrob. *d. loc.* & *quod cito*, ait, *admonentur generationis, non nimii caloris, ſed naturæ infirmioris eſt, ut exilia poma celerius matureſcunt; robuſta ſerius.* Athrylatum refellit etiam Florus apud Plutarch. *loco cit.* Ariſtoteles quoque *lib. 4. de generat. animal. c. 6.* ἀσθενέστερα γάρ εἰσι καὶ ψυχρότερα τὰ θήλεα τὴν Φύσιν. *Sunt enim feminæ debiliores atque frigidiores naturæ.* Imo hanc ait eſſe rationem, ὅτι πάντα πρώτερον ἐπιτελεῖται τοῖς θήλεσιν ἢ τοῖς ἄῤῥεσιν, οἷον ἥβη καὶ ἀκμὴ καὶ γῆρας. *Quod omnia in feminis celerius quam in maribus perficiuntur, veluti pubertas, virilis ætas & ſenectus.*

13. Eſt igitur gignendi pariendique capacitas ſubſtantiale requiſitum. Quare ſi conſtet, alterum eſſe ineptum ad prolem faciendam, matrimonium eſt ipſo jure nullum, ut ſi Vir eunuchus, mulier tam arcta ſit, ut mulier fieri nequeat, ſicut Ulpianus ait in *l. 14. § 7. de Ædil. Ed. Non ſatis eſt, maritum ſolo tantum oſculo putari.* Quintilian. *Declam. 229.* Idem: *Maritus non eſt, qui Pater fieri non poteſt. Declam. 279.* Unde licet mulier velit, cum Eunucho tamen non conſtare nuptias, verius eſt, etſi ex eorum genere ſunt, quos Terentius *maximos ait* eſſe *mulierum amatores, ſed nihil poteſſe*, quibus & mulieres quandoque corruptas, laſſæ voluptatis imitamento delectari, ſcribit Juvenalis *Satyr. 6.*

Sunt quas Eunuchi imbelles & mollia ſemper
Oſcula delectent, & deſperatio barba.

Hujus generis agitatam fuiſſe Litem *Pariſiis*, Eruditorum diaria nos erudierunt. * Dionyſius Binotius Mayenenſis, impos gignendi, nuptias contraxerat cum puella, parentum ejus conſenſu, Verum ſacerdos nuptiis benedicere nolebat, eamque recuſationem judex Mayenenſis, cum Binotius impotentiam fateretur, approbaverat. Appellavit Senatum Pariſienſem cui ſponſa ibi juncta. Nitebantur *cap. 4. X. de Frigid. & malef.* ubi de arctis ſive clauſis ſancitum eſt, *Quas tanquam uxores habere non poſſunt, habeant ut ſorores*, nempe ſi animo conſentiant, *cap 5.* Patrocinabatur illis celebris *Talonus.* Curia tamen contra communem expectationem ſententiam, priorem confirmavit, *Audientia magnæ Cameræ, die Jovis 8. Jan. 1665.* ſapientius quam Lucius & Celeſtinus Pontifices, in *dd. cc. 4 & 5* quos textus alii de tolerantia ex poſtfacto, forte non temere, accipiendos putant. Rectius ſane Auguſtinus, *Propagatio liberorum prima eſt & naturalis cauſa nuptiarum*, ait in *lib. 1. de Adult. conjug.* Cum ſterili tamen non eſt prohibitum; etſi minus, ubi conſtet, laudabile matrimonium, quo ſi non adſequimur τὸ τεκνογονεῖν, procreationem liberorum, evitatur tamen τὸ πυρέσθαι, *uſtio*, quem utrumque ſcopum Apoſtolus agnoſcit *1. Corinth. 7.* Non ſunt modo nuptiæ, verba Chryſoſtomi, παιδοποιΐας ἕνεκεν, ἀλλὰ καὶ ὑπὲρ τὸ σέσθαι τὴν τῆς Φύσεως πύρωσιν, *non tantum ad liberos procreandos, ſed etiam ad extinguendam naturæ uſtionem, de Virginitate cap. 19.* Quæ ratio ceſſat utraque in impotentibus ineptisque τὰς παιδοποιΐας ἀδυνάς, ut ore Jocaſta Dorienſi loquitur in *Phœniſſis.*

14. Sed eſt diſcrimen haud dubie inter Eunuchos ſive caſtratos, & impotentes: Quod, cum illis nuptiæ ſtatim ut initæ, nullæ ſunt de jure, ſic etiam facto impediuntur. Cum his contractæ, ſi ſpes non omnis decollaverit, valent, *l. 39. § 1. ff. de Jur. dot.* dum legitimum patientiæ, quod eſt triennale tempus, exegerit alter, *Auth. ſed hodie C. de Repud. Nov. 22. c. 6. c. 3. & c. 6. in f. X. de Frigid. & malef.* Attum quidem matrimonium recte nullum cenſetur fuiſſe, licet divortium quoad eventum appelletur, ubi diſceſſus placuerit: ſin conſentiant, manent ut ſorores, *d. c. 3.* Si vero dubium ſit, & Vir impotentiam ſuam neget, primo quidem inquiſitio inſtituitur, an aliam aliquam cognoverit, *d. cap. ult.* Si nec hoc conſtet, ipſe tamen ſe habilem profiteatur, in Foro Pontifi-

* Similis lis in Foro Saxonico agitata eſt, de qua ſi lubet, vide *Conjugium Eunuchi*, die Capaunen-Heyrath. h. e. *ſcripta & Judicia varia de Conjugio inter Eunuchum & Virginem Juvenculam in 1666. contracto, tuno temporis a quibusdam ſupremis Theologorum Collegiis petita, poſtea hinc inde collecta, ab* Hier. Delphino *C. P. Halæ rec. 1718. 4.*

cio

cio mos est antiquus instituendi visitationem, & deinde specimen congressus, in quo si Vir se Virum non præstiterit, divortium decernitur; de quo more Robertus *lib. 4. rer. Judic. c. 10. Testes*, inquit, *mulierum hujus seculi procacitas & licentia, ut nihil fere quicquam occurrat in judiciis & Senatu frequentius impudicis istis expostulationibus, & lascivis nuptarum querimoniis; quæ non modo non vindicantur, sed & magno Fori Ecclesiastici dedecore etiam cum applausu admitti solent. Statim enim* Visitatio *indicitur eorum, quæ natura velavit. Mox decernitur* Congressus, *ut grato lasciviæ colluctationis ludicro immodesta libidinosæ puellæ cupiditas exerceatur*; Adde sis: *Patrum illius Ecclesiæ ipsorum*; quos inter multos esse fratres *Cornelio Brugensi* similes, qui tam facile ad ejusmodi invercunda specimina procedant, veri perquam simile est; Mos enim ille visitandi, plane *Cornelianus*, imo turpior est. Sic Robertus: *In visitatione uterque conjugum & Vir & Mulier, nuda corpora exhibere judicibus*, (ecclesiasticis) *medicis, matronis jubentur.* Deinde: *In ista autem membrorum denudatione, quæ Judice Ecclesiastico decernente fit, illud indignissimum est, cæteras corporis partes, quas honestate permittente, revelare licet, tectas & opertas manere: quas autem natura velut obscœnas celari & abscondi voluit, eas solas nudari & proferri.* Describit deinde Vir gravis modum visitationis: *Puella resupina jacet*, & cætera, quorum pudet. Digniora quæ sunt, ex Cypriano, Ambrosio, Augustino, refert. Item exempla rationesque ad arguendam incertitudinem visitationis & *congressus*, qui fere sequebatur: *Cur ad congressum, tanquam ad sacram ancboram recurritur*, inquit, *cum etiam plerumque nulla frigiditatis suspicione, multi casus eveniant, quibus coëundi faculeas sistitur & impeditur? Quis dubitat coitum veneficis artibus carminibusque magicis retineri?* quod exemplis prosequitur. *Sed quid solas artes magicas accusamus, cum etiam sine maleficio vires sæpe desiderio non respondeant?* Sed nihil attinet, quæ ab illo magno labore & eloquentia in hanc rem congesta sunt, excerpere. Mirari licet, tantam Fori Pontificii turpitudinem fuisse toleratam, ut ante paucos annos, cum falsitas examinis illius Priapæi, nobili exemplo comperta fuisset, a Senatu Parisiensi visitationem & congressum publicum intelligam esse prohibitum. Tu dices, quomodo igitur lis finietur super impotentia virili? Præsumptio erit pro Viro, si extrinsecus nihil defectus appareat, nec ille fateatur; eademque est contra mulierem, tam propter inverecundiam ejus, quam quod in sacris literis orbitas semper mulieribus, nusquam Viris imputetur: quod argumentum memini celebrem Theologum suppeditare cuidam Philosopho, cum orbitas huic objiciebatur.

15. Igitur impotentia, sive ante pubertatem, sive in ætate virili, nuptiis est impedimento non æque senectus, quæ licet effœta, nunquam tamen prohibetur, nisi quatenus *Res ipsa vetat*, ut alio sensu Ovidius. Lege Papia Poppæa limitatæ, non prohibitæ erant seniles nuptiæ: Nam Vir sexagenario major, non poterat ducere mulierem quinquaginta annis minorem. Et mulier quinquagenaria, minori annis sexaginta nubere non poterat, ne scilicet aptum proli faciendæ semen inutiliter effunderetur, apud Ulpian. *tit. 16. § ult.* Sed hanc limitationem sustulit Justinianus *in l. 27. C. h. t.* etsi nuptias decrepitæ senectutis minus esse laudabiles, e rationibus commemoratis non obscure colligi possit.

16. Reliquum matrimonii implementum, in Cohabitatione mutuisque conjugum officiis, in potestate maritali, subjectione conjugis, consistit: Sed his de rebus, vel actum est in *lib. 3. de Jur. Civit. c. 1. & seqq. Adtit ff. de His, qui sui vel alieni Juris sunt*, vel agetur *ad tit. de Tutelis*, aut infra *de Divortiis*. Non placet etiam latius agere de matrimonio sanguinis ratione prohibito,* quam est actum *ad tit. Inst. de Nupt.* Præsertim quia caput hoc plena manu executi sumus in *lib. 2. Digress. cap. 14. præced. & seqq.* Ideo de Secundis Nuptiis, quod superest, caput absolvemus.

* Jure nostro, præter nuptias Jure divino prohibitas, nuptiæ sine dispensatione illicitæ censentur usque ad gradum tertium lineæ æqualis; ita ut hic ipse gradus veritis annumeretur. *vid. d. Ord. Eccl. rubr. Gen.* v. u Ehe Cap. seu. *Spec.* welchen Personen [illegible] in Ehe Ordnung nicht erlaubet, in verbotenen. *Corp. Jur. Sax. pag. 273.* De Prohibitione nuptiarum in secundo genere affinitatis, dictum *supra P. I. p. 27.*

DE

DE SECUNDIS NUPTIIS.

I. Secundæ Nuptiæ, non illicitæ, at odiosæ. II. Sanctionum pro liberis prioribus contra secundas Nuptias, prima ex l. 3. C. de Sec. Nupt. *III. An ex tribus conjugiis primi liberi, tertiis præferantur. IV. Quatenus parens binubus de illis bonis habeat testandi facultatem. V. Secunda sanctio ex* L. Hac Edictali. 6. C. de Secund. Nupt. *VI. De Tutela ac educatione matri binubæ adimenda. VII. De usufructu uxori binubæ relicto. VIII. De non revocanda donatione ob ingratitudinem. IX. Pœnæ secundarum nuptiarum intra annum luctus. X. Casus quibus cessant pœnæ secundarum Nuptiarum, ubi, an, si conjux defunctus eas superstiti permiserit. XI. Quid si liberi secundis nuptiis consenserint, expresse vel tacite? XII. Jure Canonico* has pœnas non esse *abolitas. XIII. Secus ac pœnæ festinationis intra annum luctus, quas & alibi esse abolitas.*

1. Polygamiam Magistri dividunt σχολαστικῶς in simultaneam & successivam. Rectius forte digamiam a polygamia distinxeris: ut hæc sit, quando plures eodem tempore ducuntur uxores, & illa, quando una elata, ducitur alia uxor. Polygamiam esse deteriorem quam singulare conjugium, non tamen nefariam, statuit Grotius *lib. 2. de J. B. & P. c. 9.* Rationes in utramque partem, quæstionisque decisionem, executi sumus in *lib. 2. Digression. c. 16.* quæ nihil attinet repetere. Lector ibi brevem, nec, ut puto, injucundam reperiet exegesin, quæ satis ad hunc locum sit: Pluribus contra profanos contrariæ sententiæ adsertores, egit *proprio tractatu* Vir Rever. D. Meyerus, Harderowicenæ Academiæ Theologus. Digamiâ, id est Secundæ Nuptiæ, nullo quidem jure prohibitæ, sed odiosæ tamen sunt. Unde Justinianus *felicem & beatam prædicat a Secundis Nuptiis abstinentiam.* Εὐδαίμων καὶ μακάριον, inquit, μένειν ἐπὶ τῆς προτέρας εὐνῆς. *Felix beatumque subsistere in primo cubili.* Hinc idem: *Matre jam Secundis nuptiis FUNESTATA. l. 3. C. de Sec. nupt. E contra viduam, quæ non transit ad secundas Nuptias, pudicitiam suam,* ait *intactam servare.* Convenient hæc dicta receptæ Veterum non modo Christianorum, sed etiam Gentilium sententiæ, minus æquæ secundis Nuptiis; qua de re diximus in *part. 2. Digress. lib. 1. cap. 14.* Juris quæstionem absolvunt hæc Apostoli verba: Γυνὴ δέδεται νόμῳ ἀνδρὸς ἐφ' ὅσον χρόνον ζῇ ὁ ἀνὴρ αὐτῆς. Ἐὰν δὲ κοιμηθῇ ὁ ἀνὴρ, ἐλευθέρα ἐστὶν ᾧ θέλει γαμηθῆναι. *Mulier Lege Viri tenetur omni tempore, quo vivit Vir: At ubi is obdormiverit, liberum est ei cui velit, nubere, 1. ad Corinth. 7. in fin.*

2. Huic libertati Lege civili nihil equidem derogatum est; Sed quia sic fere usu venit, ut Euripides *in Medea,* Παλαιὰ καινῶν λείπεται νηδυμάτων, ut novæ *nuptiæ veterum necessitudinem labefactent,* Beneficia quædam liberorum prioris matrimonii introducta sunt, quas vulgo *pœnas* secundarum nuptiarum, sed improprie, cum rei licitæ nulla sit pœna, appellant: idque etiam inde colligitur, quod nullis existentibus liberis, nihil quod instar pœnæ videri possit, reperitur. Quæ autem respectu liberorum constituta sunt, breviter recensebimus. Primum beneficium est hujusmodi. Quicquid mater iterum nupta, vel Pater digamus, a Primo Conjuge, inter vivos aut mortis causa, immediate, vel per successionem liberorum prioris matrimonii, adepta fuerit, ejus proprietatem per secundas nuptias amittit, usufructu tantum retento, eademque bona post mortem ejus ad liberos ejusdem *matrimonii* pertinent ab intestato, vel quibus ex iis mater ea testamento reliquerit; ad extraneos nullo modo pervenire possunt, *l. 5. C. h. t.* Hoc ita in favorem liberorum prioris matrimonii constitutum, si quando nulli extent liberi, vel omnes sint mortui, cessare, consentaneum est. *in fine d. l. 5.* Proinde tali casu illa bona matri binubæ pleno jure competunt, ut merito in foro servatur, & judicatum est apud Sandium *2. 3. 1.*

3. At sæpe Quæritur, si trium extant matrimoniorum Liberi ex una matre, num quid in eo, quod mulier ex secundo matrimonio lucrata est, primi liberi *æquentur secundis*, & plus juris habeant, quam tertii: quasi in primis cesset odium, quod in tertiis intendatur. Non dixerim; Quia lex vult consulere liberis ejus matrimonii, unde bona processerunt; *aliis etiam ex EODEM matrimonio progenitis liberis superstitibus*, habetur in *d. l. 5. § 1.* & tota Lex agit de certo matrimonio liberisque exinde natis. Quamvis igitur SECUNDÆ nuptiæ ad hunc usum memorentur, dubium tamen non est, quin ad tertias quartasque nuptias eædem constitutiones pertineant. Kittershus. ad *Nov. part. 4. c. 2. in fin.* Cumque benefi-

cii

cia Constitutionum, ad ejusdem matrimonii, unde bona venere, liberos, inquam, spectent, eorumque proprietas his acquiratur, necessarium fit, si mulier post secundas in tertias concesserit nuptias, bona, quibus aucta est e secundis nuptiis, ad solos ejusdem matrimonii liberos pertinere, exclusis tam primi, quam tertii matrimonii liberis: nec enim, ut dixi, pœna repetitarum Nuptiarum est, sed pro liberis beneficium; ac ita *consultus* non semel respondi. Etiam de hoc quæsito; Liberis secundi matrimonii omnibus extinctis, an lucra inde profecta, matre intestata mortua, non æque ad liberos tertii, quam primi conjugii pertineant. Non dubitavi adfirmare, per verba *d. l. 5. in fine:* Liberis ejus matrimonii, quibus Lex consuluit, omnibus extinctis, matrem binubam *in illis bonis plenum proprietatis jus obtinere, & testandi circa quos voluerit, liberam habere facultatem.* Ergo & ab intestato.

4. Quod autem *supra* diximus, matrem inter liberos ejusdem matrimonii de illis bonis testari posse, ei derogatum est per *Nov. 22. c. 25.* quod attinet ad dotem respectu Viri, & donationem propter nuptias respectu uxoris, imo etiam quoad ea, quæ ex ultimis voluntatibus a Viro percepit, *c. 23. d. Nov.* Bonorum, quæ a liberis perceperit, mentionem non facit Justinianus in *d. c. 23. & 25.* Proinde in illis testandi licentia matri relicta videtur. Adde, etiam Patri binubo, nam ad hunc constitutio hæc tota extenditur, *dd. Capp. & l. 5. C. h. t.* Sand. *2. 3. 2.* Etiamvero si liberi aliunde quam a priori conjuge parente suo, bonis sunt aucti, id nihil ad hanc Constitutionem, ideoque ad parentem διγαμον pleno jure transmittitur. *Auth. Ex testamento. C. h. t.* Sand. *d. tit. 3. def. 3.*

5. Secunda sanctio contra parentem διγαμον est, quod conjugi secundo, Patri vel matri, non liceat inter vivos, aut mortis causa plus relinquere vel donare quam uni ex liberis, cui minimum cessit, prioris matrimonii: Quod autem plus secundo Conjugi relictum fuerit, inter liberos priores dividitur, *l. hac Edictali. 6. C. h. t.* idque videtur esse verum, etsi Conjux binubus in testamento dixerit, se quod abundet ultra modum *l. hac Edictali.* additum velle liberis e posteriori conjugio, per ea, quæ Sandius disputat *d. tit. def. 6.* utcunque alias Parens etiam binubus, hisce posterioribus liberis, plus quam prioribus relinquere non prohibeatur, ut idem docet, ac probat. Cui adde Gailium *2. 82. in fin.* Idque etiam respectu avi aviæque & nepotum statuitur, habita ratione repræsentationis, ut secundo conjugi ne liceat plus relinquere, quam nepotibus pariter sit relictum, *d. l. 6.* Sand. *2. 3. 5.* Qui definitione *præcedente* docet, nihil interesse, τὸ plus illud, in substantia bonorum, an usufructu consistat, faciendo computatione ususfructus juxta ætatem conjugis, præscripto *l. 68. Ad L. Falcid.*

6. Tertia pro liberis Cautio est, quod Matri tutela suorum liberorum, & Educatio quoque adimatur, *l. 2. & Auth. sequ. C. Quand. mul. Tut. off. l. 1. C. ubi pup. educ.* Quod liberorum cura placuisse, patet ex *l. 22. § Servi etiam. C. de Admin. Tut. ubi:* quod matres binubæ *novis maritis non solum res filiorum, sed etiam vitam addicant.* Quæ ratio satis indicat, hanc seu pœnam, sive cautionem, ad matres, non ad Patres pertinere, cum hi non sint in manu uxorum secundarum, sic ut, hæ maritis sunt obnoxiæ, quod tamen minime perpetuum, imo sæpe contra usu venit. Unde nec moribus hodiernis ea Lex adversus matres, quod attinet ad educationem, servatur. Videbimus *infra* ad *tit. Ubi pupill. educ. vel mor.* Priores duæ sanctiones apud nos servantur, & passim, teste Grœnewegio, qui plurimos citat auctores. Aliter Thomasius.

SCHOLIUM.

Communiter Dd. quoad pœnas secundarum nuptiarum distinguunt inter has, quæ in odium earum, & illas, quæ in favorem liberorum prioris matrimonii reperta sunt, has vigere putant, non vero illas. Sed notat Brunnem. ad l. fin. C. de Secund. nupt. *moribus plerarumque provinciarum Germaniæ, ad nihil amplius obstringi parentes ad secunda transeuntes vota, quam liberis suis tutores petant & inventarium bonorum conscribant. Nec aliud apud nos observatur, ut arbitror.*

7. Præter has pœnas ad favorem liberorum pertinentes, olim mulier ad secundas nuptias transiens, amittebat usumfructum sibi a marito relictum, isque liberis prioris matrimonii addicebatur, *l. un. C. Si secund. nupt. mul.* quod mutatum est *Nov. 22. c. 32.* ubi requiritur, ut maritus id diserte caverit, ne diutius quam ad secundas usque nuptias maneret usufructus, *Auth. d. l. un. subjecta.* Cæterum, quod Matrona per secundas nuptias amittat dignitatem, quæ a priore marito ei adhæserat, *l. 10. C. de Nupt. Nov. 22. c. 3.* non tam ut pœna, quam ut secundi matrimonii sequela, quatenus mulier nunquam aliter quam ex viri Dignitate censetur, considerandum est, *d. l. 10. l. 8.*

l. 8. & l. ult. de Senator. l. 13. C. de Dignitat. Denique non est operæ pretium huc referre, quod mulier tenetur ad cautionem Mutianam, propter legatum sub conditione viduitatis relictum, *d. N. c. 32. & sequ.* ut & reliquorum legatorum cautiones, *c. 41.* quibus mutatur *l. pen. & ult. C. de Indict. viduit. toll.* quibus erit locus *ad tit. de C. & D.*

8. Sed ad pœnam propius accedit, quod mater binuba non potest ab ingratis liberis revocare donationem, *l. 7. C. de Revoc. don.* Sed parum abest, quin hoc omne sit abrogatum per *Nov. 22. cap. 35.* ubi tres ingratitudinis species excipiuntur: si liberi vitæ matris insidias struxerint, si manus impias intulerint, aut substantiæ totius controversiam moverint. Atqui alias quinque tantum sunt species ingratitudinis ad revocandam donationem; Præter illas tres, atrox injuria, & violatio conditionum adjectarum, *l. ult. C. de Revoc. donat.* Aut igitur hæ causæ liberis adversus matrem binubam remittuntur, quæ contra exteros pœnam merentur, aut Justinianus per *d. Nov. 22. c. 35.* sustulit usum *d. l. 7.* quod minime præ se fert in *d. cap. 35.*

9. Sed operæ pretium est audire, quam sit infesta lex* secundis nuptiis *intra annum luctus* festinatis; nam talis mulier fit infamis, fit incapax ultimarum voluntatum: etiam hereditatum ab intestato ultra tertium gradum. Amittit quæcunque a priore marito, inter vivos, aut mortis causa, adepta erat, *l. 2. C. h. t.* Nec tamen adversus maritum festinatis votis adscitum, tam morosa lex est; Etsi enim hic infamis quoque fiat, reliquæ tamen pœnæ illum non feriunt: nisi quod mulier ipsi ultra tertiam bonorum partem in dotem dare, vel donare, testamentove relinquere, prohibitur *l. 1. C. h. t.* His autem pœnis sit etiam obnoxia mulier, quæ absque nuptiis parit intra annum luctus, modo constet, fœtum ex marito defuncto non fuisse conceptum, *Auth. Eisdem C. cod. tit.* Quin etiam post tempus lugendi, mulier tutrix liberorum suorum, quæ contra sacramentum suum, non redditis rationibus nec præstitis reliquis, ad secundas nuptias transvolat, iisdem pœnis subjicitur, *d. Auth.* ubi tamen in fine videtur indicari, juramento mulieribus remisso jure novissimo, simpliciter eas a tutela repelli.

10. Examinandi porro sunt casus, quibus secundarum nuptiarum pœnas, quæ dicuntur, cessare volunt Interpp. quorum *primus* est, si ex priore matrimonio nulli extent liberi, sive ante, sive post repetitas nuptias obierint, quod verum est in his, quæ ad favorem liberorum prioris matrimonii pertinent, Grœneweg. *ad tit. C. de Sec. nupt. l. 3. n. 5.* Sand. *d. lib. 2. tit. 3. def. 1.* Casum II. ponit idem Grœnewegius, si vir aut mulier a Principe secundas nuptias impetraverit, per *l. 10. de His, qui infam. not.* minus justo argumento; Nam a pœnis nuptiarum intra annum luctus, ad amissionem beneficiorum, quæ dantur liberis prioris thori, non valet consequentia. Nec adeo princeps concedendo secundas nuptias, quicquam præter id, quod in odium illarum veramve pœnam, non quod in aliorum favorem sit constitutum, abolere videtur. Casus III. ponitur, si conjux superstes ex voluntate defuncti nuptias contraxerit, quam exceptionem agnoscunt laudatissimi Scriptores, Gailius *l. 2. obs. 98. n. 18.* Mynsinger. *5. obs. 24.* Christianæ. *vol. 3. decis. 131. n. 11.* Bachov. *ad Treutl. vol. 2. disp. 16. th. 4. lit. D. ver. sicut nec mariti.* Struvius *ad h. tit. 53. n. 4.* quem refellit Thomasius *ad posit. not. 17. h. t.* Magis placet negativa, quæ est Coraſii *3. miscell. 1. n. 12.* Sarmienti *1. Select. interpr. c. 4. n. 3.* Fachinæ. *3. Controv. 65.* Tuldeni *ad h. t. C. n. 5.* & Wissenbachii *d. disp. 45. th. 3.* Nemo enim potest facere, quo minus Leges in suo testamento valeant, *l. 55. de Leg. 1.* Sed ut concedamus, Patrem posse liberis ut heredibus prohibere, ne beneficio legum utantur, nego, patrem id voluisse videri ex simplici permissione secundarum nuptiarum. Fuit amoris & æquitatis animi erga uxoris libertatem argumentum. Fuit consilium, quo notæ fragilitati ejus voluit consultum. Fuit desiderium, ut ex alio fortean prolem masculam haberet: in quem casum videmus quidem matronas legatis a viris suis in spem secundi conjugii pignoratas. Nihil opus est, dicamus, patrem suos liberos beneficiis legum, quod ipse non dixit, voluisse privatos. Ipsum vero Parentem binubum, non posse liberis suis, etsi heredibus, vetare, ne

* Uti satis certum est ex *Ord. Matrim. Elect. Sax. de A. 1624. puncto 5. in fine*, in Electorali Saxonia, Annum luctus in Viduabus requiri, nisi dispensationem principis ex justa & probabili causa meritæ sint; ita communior est sententia, Canonum etiam auctoritate suffulta, cum alias pœnas jure civili proditas, tum inprimis infamiam jure nostro cessare. Vide quæ hanc in rem commentatus est B. Bergerus *in Disert. de Concubitu intra tempus luctus, c. 11. § 6. 7. 8.*

legibus

legibus illis utantur, extra controversiam, & jam satis dictum est.

11. IV. Casus; si prioris matrimonii liberi eorumve Tutores, in secundas nuptias expresse consentiant, vel etiam, si tacite, Gail. *d. c. 98. n. 22.* Decker. *l. 2. dissert. 4. n. 13. cum seqq.* atque ita in Sabaudia eo tempore judicatum, refert Faber *lib. 5. C. t. 5. def. 5.* Tacitum autem consensum ait Grœnewegius esse, quando liberi promulgationibus secundarum parentum nuptiarum non contradixerunt, *ad d. l. 3. n. 10.* Neque tamen heic contraria sententia, caret auctoritate gravissimaque ratione, probante eodem Wissenbachio nostro *th. 4.* Ego, ut liberos favori pro se introducto renunciare posse, non negem; ita renunciasse videri, consentiendo gratulandoque parentibus de secundis nuptiis, nedum quiescendo, a ratione juris alienissimum puto. Nemo sua voluntate jus suum amittit, nisi qui specialiter, aut saltem expresse renunciat, *l. 4. § 3. Si quis caut. jud. sist. c. fact. non obtemp.* Quid autem, an liberi id, quod nullo jure facere possunt, omittendo, jus suum perdent? Non possunt intercedere promulgationibus nuptiarum liberi parentum. Nullius momenti, ridicula foret intercessio; Hanc igitur omittendo jus sibi legibus quæsitum amittent? Sandium laudat Grœnewegius ex *lib. 2. tit. 1. def. 2. verb. succedit.* Quid ibi? Mater, quæ potest impedire nuptias jure Frisico, videtur consentire, si non impediat promulgationes. An ideo liberi quoque matris nuptias impedire poterunt? aut si non poterunt, & certe nequeunt, tacendo jure suo legali cadent? Ἄθεμιτον, iniquum, nihilque minus quam juridicum est! maxime, si & Tutores in fraudem pupillorum fileant, ut vult Grœnew. Quin omne jus liberorum contra secundas nuptias, hac una exceptione evanesceret; quia nunquam liberi promulgationibus nuptiarum, quas parentes fieri curant, intercedunt, aut contra eos protestantur, aut ullum, inquam, jus habent faciendi. Rectissime igitur in nostro Foro jus liberorum exercetur, sine ullo harum exceptionum obstaculo. Idemque jus per Belgium observari, testatur ipse Grœnewegius *ad d. l. n. 3.* ex JCC. Batavis, Christinæo, Busio, Gudelino, Zypæo, Corenio & aliis. Quibus idcirco hanc ultimam exceptionem non posse probatam esse, manifestum est.

12. Quæri solet, quid jure Canonico hac parte sit constitutum. *Placet sententia*, sic Wissenbachius noster *d. disp. th. 2.* distinguentium, eas tantum sublatas, quæ odio digamiæ, sive iterantis nuptias, sunt sancitæ, non illas, quæ favorem liberorum prioris matrimonii respiciunt. Sed huic distinctioni obstat, quod secundis Nuptiis Canones benedici vetant, & quod Presbyter iis interesse nequeat, *c. 3. X. de Secund. Nupt.* Quod digami a dignitatibus Ecclesiasticis excluduntur, *c. 3. X. de digam.* Quæ omnia ad odium nuptiarum repetitarum, non ad favorem liberorum pertinent. Recte tamen existimant, qui, cum nulli textus jura liberorum tollant, ea per Canones non esse abrogata statuunt; odiosas quippe locutiones de secundis nuptiis, æque jure Romano frequentari, intelleximus.

13. Verum pœnas matrimonii intra annum luctus contracti, jure Canonico cessare, probabilius adfirmatur. Infamia certe nominatim tollitur, & sit superstiti potestas ad secunda vota libere transeundi, *cap. penult. X. de secund. Nupt.* Unde quaslibet etiam pœnas esse sublatas, recte colligitur; etsi Pontifices abutantur Apostolico dicto, superius *in fin. pr.* adducto, & rectius Jure civili consultum. Mores tamen Jus Canonum hac parte sequuntur, ut prolixe probat Grœneweg. *ad d. l. 2. C. h. t.* nisi quatenus Statutis municipalibus alicubi novæ sanctiones sint conditæ, ut apud nos spatium novem mensium est præfinitum, pœna arbitraria, *l. 1. Stat. t. 1. art. 14.* in Hollandia sex menses, alibi plus minusve, ut testis est Grœneweg. *ad d. t. 1.* Viris nullum tempus est præscriptum. * Statuta tamen *nostra dicto loco* tempus honestitis præcipiunt, quod est arbitrarium: Vulgus sex hebdomadas quam minimum præsumit. Sed decora gravitatis reputatio longiorem moram commendat.

TIT. III.

De Jure Dotium.

I. Favor dotium, & nomina Græca. II. Definitio, & quatenus sint causa onerosa. III. Divisiones, & quatenus Pater dotare cogatur. IV. An etiam ex postfacto teneatur, etsi non promiserit.

* Per *l. 9. pr ff. de his qui not. infam.* Sed in Saxonia Electorali semestre est, quod expectare jubentur mares, in *Ord. Matrim. de A. 1624. punct. 5. in fin.*

V. Matrem regulariter non teneri, secus ac hodie. VI. Causæ & modi dotem constituendi. VII. Quid si dos simpliciter sine quantitate promissa sit. VIII. Expositio & vindiciæ L. ult. C. de dot. promiss. IX. Nota veræ Dotis ad usum hod. X. Quæres in dote sint, & quo sensu vocetur Universitas. XI. Jus dotis quid a dote differat, & de actione, quæ marito datur. XII. De sponsalitia largitate. XIII. De Arrhis sponsalitiis. XIV. De bonis paraphernis. XV. An ab iis Receptitia diserepent. XVI. De rebus propter nuptias donatis, remiss. XVII. Moribus fere obsoletas esse dotes. XVIII. Quid jure Frisico. XIX. Donationes propter nuptias obsoletæ. XX. Donationum ante Nuptias usus.

Quantum onus sit honesta familiæ sustentatio, quamque impediti, quibus in re angusta, uxori liberisque prospiciendum, ille Menandri servus de suæ domus agens miseria, satis efficaciter dixit, apud Gell. 2. 23.

Ὦ τρὶς κακοδαίμων, ὅστις ὢν πένης γαμεῖ,
Καὶ παιδοποιεῖ, ὡς ἔστ' ἀλόγιστος ἀνήρ.
O ter infelicem, qui pauper uxorem ducit,
Operamque dat liberis, quam male ponit calculos!

Ideo Dotes repertæ sunt, quarum præsidio mariti sublevarentur, atque ad ineunda matrimonia invitarentur. Indotatæ enim difficulter maritos inveniunt, Plautus *Aulul.*

Virginem habeo grandem, dote cassam, inlocabilem. Idcirco dotium causa semper & ubique præcipua est: Namque publice interest, dotes mulieribus conservari; cum dotatas esse feminas, ad sobolem procreandam replendamque liberis civitatem, maxime sit necessarium, ait *Lex 1. Sol. matrim. dos quemadm. pet.* Adde *l. 2. h. t.* Vocatur autem Dos Græce Φέρνη, bona reliqua mulieris παράφερνα, *unde vulgo Paraphernalia*, id est *Praterdotalia*, de quibus *infra*. Apud Homerum Agamemnon Achilli filiam suam e tribus unam, offert ἀνάεδνον, (indotatam, ait interpres *Iliad. I. v. 164.* Male;) *sine sponsalibus donis.* Sic enim Didymus *ad d. vers.* Ἀνάεδνον, ἄνευ ἐδνων. Ἔδνα δ' εἰσὶ τὰ πρὸ τῶν γάμων τῇ νυμφίᾳ διδόμενα δῶρα τῇ νύμφῃ. *Edna sunt quæ ante nuptias a sponso dari solent sponsæ.* Patet hoc etiam ex eo, quod Agamemnon mox subjicit, Ἐγὼ δ' ἐπομείλια δώσω. *Ego vero dotem dabo*, quod est Patris. Didymus, Μείλια δ' εἰσὶν, οἷς μειλίσσεται τοὺς τῶν νυμφῶν πατέρας τοὺς ἄνδρας, Sunt Μείλια, *quibus Sponsarum Patres viros demulcent.* Προῖκα δὲ λέγει, pergit Didymus, τὴν ἡδέως διατιθεμένην τὰ κατὰ τὴν ψυχήν. *Vocat προῖκα.* quæ vox alias Dotem significat, *dispositionem animi suavem in sponsa.* Hæc de verbis.

2. Definimus DOTEM, quod sit *Donatio quædam, facta marito ad sustinenda onera matrimonii.* Genus placuit *donatio quædam;* Et enim esse eam donationis speciem, vox indicat. Est enim Græca, Δώς, significans donationem, ut in Hesiodæo illo:

Δὼς ἀγαθὴ, ἅρπαξ δὲ κακή.
Quam bona Dos est, Tam mala rapacitas.

Cum quo bene convenit, quod antiqui Juris conditores inter donationes, etiam dotes connumerarunt, ut Justinianus testatur in *l. ult. med. pr. C. de Donat. ant. Nupt.* Quia tamen datur ad onera matrimonii sustinenda, & quibusdam necessitas eam dandi injungitur, addenda fuit impropriæ locutionis *nota*, ut in definitione Legati. Finis, qui differentiæ causa adjectus est, *oneris ergo matrimonialis*, est in *l. 56. § 1. h. & l. 20. C. eod.* Hinc inter lucrativas causas non numeratur, *l. un. vers. Si vero. C. de impon. lucr. descr.* Etsi revera in accipientis *lucrum* vertatur, ut *ibidem* textus. Idem est in *l. 19. de O. & A.* Ex promissione Dotis non *videtur causa lucrativa esse.* Denique *non est illa donatio, cum pro oneribus matrimonii detur, l. 21. § 1. de Don. int. vir. & ux.* Ideo pro genere in definitione dotis placuit aliis vox *pecuniæ*, ut post alios D. Wissenb. ad *h. tit. th. 1.* voce *pecuniæ* latissime sumpta pro omnibus, quæ sunt in patrimonio, *l. 5. de V. S.* Hoc tu e proprietate *onerosa* tuto colligas, maritum ignorantem non teneri actione Pauliana, qua teneretur, si Dos pro lucrativa causa haberetur, secundum *l. 6. § ult. & l. ult. § 1. de His, quæ in fraud. Cred.* quibus alii jungantur effectus discrepantes ex *d. l. un. & l. 19. de O. & A.* Hoc operæ pretium non est moneri, Etsi quidem matrimonii accessorium Dotem, minime tamen necessarium; nec *enim dotibus, sed adfectu matrimonia contrahuntur. l. 11. pr. C. de Repud.* Quo facit, quod multis gentibus sapientibus Dotes improbata fuerint, morum causa, qua re nihil decantatius. Loca veterum in hanc rem accumulare, longum ac otiosum esset.

3. Definitionem sequitur divisio Dotis, quæ in summa duplex traditur; Est enim profectitia, vel adventitia. Necessaria, aut voluntaria. Profectitia

fectitia dos est, quæ datur a parente virilis sexus, etsi filiam in potestate non habeat, qua in re differt a peculio profectitio, *l. 5. in pr. & § 10. h. t.* Dos adventitia vocatur, quæ a matre, vel ab alio quovis datur, *d. l. 5. § ult. l. 6. C. h. t. l. un. § 13. C. de Rei ux. act.* Ulpian. *fragm. tit. 5.* Porro, Dos Necessaria est, ad quam pater tenetur, respectu filiæ quam in potestate habet, si prohibeat eam nubere, & dotem dare noluerit, *l. 19. de Rit. Nupt.* Voluntaria, quæ datur nullo jure cogente, ab aliis quam a patre liberos in potestate habente, *arg. d. l. 19.*

Ait autem dicta Lex 19. ex *cap. 35. Legis Juliæ* cogi patrem, si liberos injuria, ducere uxorem vel nubere prohibuerit: prohibere autem videri & *qui conditionem non quærunt:* Hoc autem a verecundia soli seculique nostri abhorret, utique respectu dotium pro filiabus, quibus non patitur decus & pudor, ut parentes quærant conditiones. Necessitas igitur *nostris moribus* tantum habeat locum, si pater filiam impediat, honestasque conditiones, ætate jam matura, repudiet ac avertat. Inde pendet etiam Quæstio, An pater filiam, quæ inscio & invito illo nupsit, dotare cogatur? quam esse quæstionem otiosam ac inertem, cum jure *nullum* sit ejusmodi matrimonium, scribit Wissenbach. noster *ad hunc tit. th. 9.* Respondet tamen adfirmate, vir minime ineptus Mornacius *ad d. l. 19.* At sani sensus ratio, id de filia nubere prohibita & plusquam matura, forte jam annis XXV. majore, vult intelligi; qualem ab avari patris raptam penatibus, esse nihilominus dotandam, a senatu Parisiensi judicatum, refert *ibidem* Mornacius. Usque adeo intendunt hanc necessitatem Interpp. ut si dos data sine culpa filiæ perierit, eam denuo a Patre dotandam censeant, Mornac. ad *d. l. 19.* Fab. *Cod. l. 5. tit. 6. def. 13.* scilicet, si perierit antequam marito daretur, vel ad secundas nuptias; non ita scilicet, ut dos viro data & consumpta, durante eodem matrimonio, reddenda sit.

4. Quod si pater filiam simpliciter in matrimonium collocaverit, nulla dotis promissione facta; potestne cogi deinceps, ut filiæ dotem constituat? Videtur omnino, per *d. l. 19.* ubi Mornacius. Idem Perez. *ad tit. C. de Dot. promiss. n. 10.* Struv. *Ex. 30. th. 7.* Brunnem. *ad l. 22. C. h. t. n. 3.* Quæ tamen limitanda videtur sententia, nisi filia sit locuples; tunc enim cessat ratio coactionis illius satis molestæ: Nam ita plane statuendum est, Patrem non teneri ad filiam locuplerem dotandam, *arg. l. 5. § 7. de Agnosc. & al. lib. & l. ult. C. de Dote promiss.* ubi quæritur, si pater simpliciter Dotem promiserit, utrum ex suis, an filiæ bonis, eam pollicitus videatur: quod otiosum esset, si filiam bonis præditam, dotare cogeretur, etsi obiter paternum officium dicitur esse indistincte, dare Dotem; quod aliunde restringendum. Plenius id probat, ac ab objectis vindicat D. Wissenbach. ad *h. tit. th. 8.* Quid si maritus sit locuples? Si duxerit alienam filiam, Patre consentiente, sine conventione Dotis, difficile dictu est,* eum postea cogendi jus habere; cum indotatam sciens duxerit, cessante præsertim ratione juris publici, ut matrimonium famil. aque consistere possint, *d. l. 1. Sol. matrim.* Unde si non sit dives gener, & socer sit locuples, non est hærendum, quin etiam postea Dos recte petatur, *ex d. l. 19.* quin nec Auctores supra laudati limitationes illas omnino addunt, Patremque simpliciter teneri, scribunt. Ratio tamen illas exigere videtur, &, nisi fallor, usus illas probaret: maxime cum petitio Dotis ex *postfacto*, nulla promissione facta, prope insolens, & rari usus esse videatur. Quid si pater non senserit expresse, verum tacite passus sit nuptias promulgari, celebrari, numquid tum cogi posset ad dotandum? Si verum est, quod Sandius scribit in *lib. 2. tit. 7. def. 5.* Patrem, qui non nisi tacite nuptiis consensit, non teneri ad usumfructum de bonis adventitiis, reddendum liberis, minus profecto ad dotandum teneri videbitur. Sed de usufructu quidem probavimus contrarium *Part. II. pag. 557.* Proinde cum matrimonium

* Reipublicæ Romanæ intererat, mulieres non esse indoratas, ut in magna hominum nequitia, matrimoniorumque fuga, vel hoc lucro alliciantur mares ad replendam Sobole civitatem, *l. 1. ff. Sol. Matr.* In magna etiam divortiorum licentia erat in manu mariti Uxorem, quam spe dotis accipiendæ, absque tamen conventione duxerat, iterum dimittere, quo ipso, ne matrimonia alias bene concordantia dissolvantur, prospiciendum erat magistratui, & cogendus pater. Quæ omnia si quis tenere applicaverit nostræ civitati, næ ille magnum erraturus est errorem. In Germania nostra ab antiquissimis temporibus dotem non Uxor Marito, sed Maritus Uxori obtulit, ut Tacitus *in Germ. c. 18.* annotavit. Et postquam Mares hujus juris negligentiores facti sunt, legibus fœminis constitutum est emolumentum, quod vulgo Portionem statutariam appellamus. Licet ex his argumentum contra dotium ab Uxoribus offerendarum necessitatem petere.

eo casu consistat, nulla est ratio, cur dotandi publica necessitas adeo favorabilis, inde, si termini habiles adsint, removenda sit, quam alii quoque Patri, licet dissenserit, injungendam putant; scilicet in locis, ubi tale matrimonium nihilominus subsistit, ut Mornacius ad *d. l. 19.* quod tamen recte negat Perezius ad *tit. C. de Dot. promiss. n. 11.* Nempe si per patrem non steterit, quo minus filiam elocaret.

5. Necessitas igitur dotandi filiam, venit ex patria potestate; Emancipatio filiam removet a sacris Patris, & quasi extraneam constituit. Ideo quia non pater modo, sed avus etiam ratione neptis, quam in potestate habet, tenetur; imo hic solus, quia pater, si is ipse in potestate sit, tum non obligatur, ut patet ex *l. 5. §. 8. h. t.* Perez. *ad d. tit. C. de dot. promiss. n. 13.* Matrem non teneri ad dotandum, sed hujus respectu Dotis dationem esse *voluntariam*, sicut in omnibus extraneis, æque inde manifestum est, & ex *l. 34. h. t. & l. 14. C. h.* quæ docet tamen, esse legibus expressas speciales causas, quibus mater ad dotandum quoque teneatur, veluti si pater sit inops, mater hæretica, *l. 19. §. 1. sed & doter. C. de Hæret.* quæ est Justiniani, cum *d. lex 14.* sit Diocletiani & Maximiani, qui duobus & amplius seculis illo sunt vetustiores: Quænam igitur sunt *causæ Lege specialiter expressæ*, de quibus illi in *d. l. 14.*? Credibile est, hæc verba esse a Triboniano adsuta, ut interpolationes non tantum in Pandectis, sed etiam in Codice ab illo sunt exercitæ. Hotom. *6. obs. 20.* Fratri tanto minus incumbit necessitas dotandi sororem, quanto minor est ejus necessitudo; nec probat secus *l. 12. § pen. de Administr. Tut.* Tutori enim non modo necessariæ, sed etiam valde probabiles expensæ restituuntur, ut ex ipso illo *§ pen.* videre licet. Verum hic articulus, de necessitate dotandi filiam soli patri incumbente, moribus hodiernis abiit in desuetudinem, onusque illud utrique Parenti incumbit. Cujus mutationis hæc est ratio, quod jure Civili Paterfamilias totum onus familiæ, omne lucrum & omne damnum ferebat, ut dictum ad *tit. D. de Societate n. 3.* Nunc autem in pluribus populis universalis sit bonorum societas inter conjuges; huic autem societati, etiam inter extraneos, imputantur sumptus dotandi sociorum filias, *l. 73. in fin. & l. 81. pro Socio*, ut observat Perezius *ad d. tit. n. 14.* Sed hoc verum est de Societate, qua res omnes, etiam hereditatis, plenissime communicantur, *d. l. 73. in pr.* Non æque de societate simplici omnium bonorum, qua non hereditates, sed ea tantum, quæ ex quæstu & collaboratione veniunt, communia fiunt; Huic enim dotes filiarum non imputari, satis constat *arg. l. 7. & seqq. d. tit. pro Soc.* Quid ergo in iis populis, ubi talis societas Acquæstuum, ut vocant, inter conjuges obtinet, an ibi dotandi onus non erit commune Parentibus? Non est dubium, quin apud nos, & ubicunque Patrimoniis conjugum separatis, lucri tantum & damni communio est, onus tamen dotandi communes filias utrique commune sit, ut hæc pro differentia societatis conjugalis a vulgari, merito habeatur, neque dubitem huc producere, quod alii de societate conjugum universali adfirmant, si pater filiæ simpliciter dotem dare promiserit, eam tamen ex communibus, non ex suis tantum bonis, intelligi factam, veluti suo &, pro uxore, nomine Curatorio. Covarruv. *var. resolut. l. 3. c. 19. n. 3.* Grœneweg. *ad l. 14. C. de Jur. dot. n. 1.*

6. Definitionem & Divisionem sequitur *Constitutio* Dotis; circa quam, ut in Dominio acquirendo, causæ a modis distinguendæ sunt. Causæ dotis constituendæ sunt promissiones, tam stipulatio, Ulp. *fragm. tit. 6. de dot.* Caj. *2. Inst. tit. 9. § sunt & al. obl.* quam pacta simplicia, scripta vel non scripta, quæ jure novo Legitima & vi actionis prædita sunt, *l. 6. C. de Dot. promiss.* qua de re vide observationes quasdam D. Vinnenbachii *ad h. t. th. 12.* Modus, quo Dos constituitur, & acquiritur, est Traditio, *§ 40. Inst. de A. R. D.* per quam dominium rerum dotalium in maritum transfertur, non dotis universitas, quæ consistit ex rebus tam incorporalibus quam corporalibus, sed rerum singularium & traditionis capacium, ut prolixe demonstratum est *in l. b. 4. Digress. cap. 9.* ubi & de natura Dominii illius, de qua similiter actum *ad tit. Inst. Quib. alien. lic. vel non. n. 7.* Hoc intellectu, potest mulier, aut parens, vel quilibet alius, tantum in dotem in re quantumlibet, etsi omnia sua bona dare velit, quo Imperiali lege prohibetur, *l. 4. C. h. t.* Si vero in restitutionis in integrum beneficio, si imprudenter consuluerit, tam major quam si minor annis sit, idque de causis legibus proditis, *l. 9. § 1. de Minor. l. 6. § ult. h. & l. un. C. Si adversus dot.* quæ ob rem non eget τῷ oppono & respondeo, ut D. Vinnenbach. eam inducit, *hoc th. 15.*

7. Si dos simpliciter, sine quantitate vel specie rerum promissa sit, an valeat, non levis est contro-

ver-

troversia, de qua varias Interpretum opiniones recensere, longum, nec instituti est nostri. Puto hanc esse thesin juris verissimam, *Promissionem dotis, licet incertam, valere*, per rationem Papiniani in *l. 69. § 4. h. t.* quod dotis quantitas, etsi non expressa, pro modo facultatum Patris, & dignitate mariti, facile constitui possit; secus ac in fundo promisso non demonstrato, *cum inter modum constituendæ dotis, & corpus ignotum, differentia magna sit*; quam rationem cur Antonius Faber, nulla ratione contraria, convertat, mirari liceat, in *l. 5. C. tit. 6. def. 13.* Papinianus rectissime addit, idem juris esse, quanquam de arbitratu promittentis, aut alterius, nihil adjectum sit; hoc enim tacite ab eo, qui dotem promisit, intellectum videtur, *d. § 4.* ut ab illa adjectione rem male suspendat Perezius, ad *tit. C. d. Dot. promiss. n. 5.* nec id probat *Lex 7. C. d. t. de Dot. promiss.* dum ait; eum, qui dotem promisit, non *addita quantitate*, sed daturum *se quodcunque arbitratus fuerit ipse*, teneri; quid enim magis incertum & arbitrarium esse potest? De uxore, quæ dotem promisit, aliud rescripsit Alexander *in l. 1. C. de dot. promiss.* Si nihil aliud nuptiali instrumento sit adscriptum, *ait*, quam quod ea, quæ nubebat, dotem dare promiserit, actionem ad dotem constituendam marito non dari. Exceptionem a priore sententia esse dixerim, *si uxor ipsa promiserit*; hac, opinor, ratione, quod bona mulieris non secreta in dotalia & *paraphernalia*, quæ dicuntur, impleto matrimonio simplicia, id est *præterdotalia*, sint facta, nec id invita illa mutari possit.

8. Non potest heic præteriri *Lex ult. C. de Dot. promiss.* propter scandalum, quod inde capiunt Interpp. de quo vide Grœnewegium *ad d. l. ult.* & Wissenbachium *ibid. & th. 10. h. t. Quid obtusius*, ait hic, *& Baotico ingenio convenientius, quam* quod est in *d. l. ult. dici potest?* ex Hotomanno *Disp. de dotib. c. 3. n. 19.* Videamus, an justa sit hæc reprehensio, tam parum comis in majestatem Cæsaris. In Lege sunt hæ theses. Prima, *Si pater pro filia fam. aut emancipata locuplete, & Patris creditrice, dotem simpliciter promiserit, de suis propriis bonis eam promisisse videtur.* Hoc articulo nihil simplicius, quam ut idem, qui promisit, maxime Pater, de Dote teneatur, cum dotatio ad ejus officium pertineat, ut nec moribus nostris aliter, quicquid Grœnewegius ad *h. l. n. 5. & seqq.* obtinere putem, ut putavit & judicavit Camera Spirensis, apud Mynsing. *Cent. 5. Obs. 32. n. 2.* idemque merito statuit Christinæus. *Vol. 3. Decis. 132. n. 14. in fin.* Altera thesis Justiniani; *Quando Pater egenus de suis & filiæ bonis dotem promisit, tota de filiæ bonis debetur.* Nec hoc absurdum; Dotis promissio non debet esse irrita, per *l. 1. D. Sol. matrim.* Proinde habeat effectum, ut potest; Patris nihil habentis respectu, non potest habere effectum: Ideoque ejus qualitas adjectitia est, Curatoria respectu filiæ valet. Duas objectiones habet Wissenbachius; *Mirari hic liceat*, inquit, *judicium Imperatoris; ponit. Patrem promisisse dotem ex rebus filiæ; itaque ex alieno liberalem esse, qui de suo esse debebat.* Resp. Quomodo de suo; qui nihil habeat? hoc enim casu solo in filiam incumbit onus. Et cur, quod in ipsius gratiam tendit, jure Patriæ vel curatoriæ potestatis, in ipsam a Lege derivari nequeat? Hoc solum est irregulare in hoc casu; quod Promissio utriusque nomine facta, quæ altera parte est irrita ob inopiam Patris, filiæ soli impingitur: Id autem favori dotis, & juri Patris ipsi filiæ prospicientis, tribuitur. Secunda Wissenbachii objectio: *Ponit, patrem promisisse filiæ, quod jam ante ipsius erat, contra § Sed si rem. 10. l. de Legat. l. 3. § 4. de Acquir. poss.* Quid hoc, an dos promittitur filiæ, an heic ejus fit proprium, quod jam erat ipsius? Nihil minus verum: Promittitur marito, *l. 5. C. de Dot. prom.* nec usquam aliter; maritus idem fit dominus Dotis, sive rerum dotalium, non filia durante matrimonio, ut *alias* dictum, & *modo* repetitum est. Tertia *thesis* Justiniani; *Quando Pater locuples suo & filiæ nomine promisit dotem, de suo tantum eam præstare tenetur.* Hoc aliquid amplius τᾶ παραδόξᾳ habet, non tamen est παράλογον. Wissenbachius: Imperator *onus dotandæ filiæ transfert in solum Patrem, quod vi promissionis factæ commune esse debebat.* Resp. Justinianus derogat Patri locupleti jus dotandi filiam ex filiæ bonis; Censet æquum, si Pater dotare velit, de suo id ut faciat, filiæ vero de suis bonis, arbitratu proprio, dotem dare vel non dare permittat; quod iterum in favorem dotis, & ad ampliandam ejus facultatem introductum, utique sine convitio saltem tolerari, censuræque tam theoninæ parci potuisset. Non nego tamen, simplicitati juris convenientius esse, quod Leo Cæsar statuit in *Nov. 21.*; Si pater communi nomine dotem promiserit, de utriusque bonis, si extent, eam esse præstandam, idque moribus hodiernis ita servatum iri, non videtur esse dubitandum. Quo minus autem

autem reliqui duo casus, ita, quemadmodum a Justiniano definiti sunt, observentur, nihil obstare videtur. Denique non modo super dote, sed etiam de donatione propter Nuptias, *d. Lex ultima* in eum modum, quo diximus, constituit. De hac autem nos inferius.

9. Ex prædicta *l. ult. & l. 1. C. de dot. promiss.* satis liquet, si Dos promissa vel tradita non sit in hunc modum & finem, ut si donatio quædam pro sustinendis oneribus matrimonii, adeoque ut DOS sit, bona mulieris non esse dotalia, sed *paraphernalia* quæ dicuntur. Cum enim promissio & Traditio ad certum finem, sint res facti, quæ non præsumuntur, sed probari debent, *l. 7. § ult. de Curat. fur. l. 13. § 3. de Public. in rem act.* manifestum est, Dotis dationem aliter non intelligi, quam si facta probetur, nec aliter usum habere privilegia Dotis. Gail. *2. obs. 82. n. 2. & seqq.* Fab. *5. Cod. t. 7. def. 18.* Sand. *2. tit. 2. def. 2.* Wissenb. *ad h. t. th. 14.* Nec tamen hujus finis expressio, vel titulus Dotis, ad constituendum jus Dotale sufficit; si bona marito non dentur, ut dominium & usus-fructus ad eum pertineant, quemadmodum ad dotis essentiam requiritur, *l. 13. § 2. de Fund. dot. l. 20. C. de jur. Dot.* Quare cum mulieres Pactis nuptialibus sibi rerum suarum non modo dominium, sed & administrationem reservant, & nihilominus dotale jus stipulantur, ea re nihil agi, nec privilegia dotis acquiri, maxime in præjudicium tertii, sæpe *Consultus* respondi. Quod autem dixi, promissam vel traditam esse oportere Dotem; non est divellendum, quasi dos promissa non tradita, pro vera dote habenda esset. Etenim promissio, vel cautio sola, dotem non facit, *l. 1. C. de dot. caut. non numerat.* traditio, numeratio illam demum in actu atque in esse constituit, *d. l. 1. d. l. 13. § 2. & l. 14. § pen. C. de Fund. Dotal.* Dotem igitur promissam vel traditam diximus, quæ vel promissione prævia, vel sine pactione præcedente, in hunc finem specialiter tradita est. Cui sententiæ nihil obstat, quod Dos sæpe dicitur cauta, promissa, ut facile intelliges, & explicat D. Wissenbach. ad *h. tit. th. 6.*

10. Ex eo, quod toties diximus, Dotem promitti, caveri, tradi, numerari, facile colligimus, hac voce res ipsas in dotem datas intelligi, *l. 9. § 2. h. t.* quæ dicitur Universitas in *l. 1. § 4. de Dot. præleg.* comprehendens omnia, sive cujusvis generis res, quæ in Patrimonio esse queant, mobiles, immobiles, incorporales quoque, ut ususfructus, *l. 66. h.* Actiones & nomina, *l. 2. C. de O. & A.* quibus ipse quoque maritus uxori sit obstrictus, *l. 77. h. t.* ubi docet Jctus, ut dominia rerum in dotem datarum transeant in maritum, ita jus crediti in eundem penitus transire; Ideoque mariti debitum in dotem ipsi datum, confusione extingui, nec usuras ideo dotales censeri, quia nullæ sunt, ubi sors nulla; secus quam si nomen alienum in dotem sit datum; hoc enim manet *nomen* sive creditum, & usuræ manent, augentque dotem, si pariter in dotem sint datæ, *l. 67. § 1.* Nam alioqui Sors in dote est, usuræ marito cedunt, *d. l. 77.* quemadmodum usufructu in dotem dato, si aliud actum non sit, jus ipsum est in dote, marito cedunt fructus, *l. 7. § 2. de Jur. Dot.* quod secus esse, quando bona simpliciter in Societatem conjugalem inferuntur, diximus ad *tit. D. Pro Socio. n. 9. in fin. & n. 10.* Quamvis autem Dos recte Universitas dicatur, noli tamen putare, Dotem ejusmodi universitatem esse, qualis est Hereditas, ut unum jus in Re constituat, unamque pariat in rem actionem universalem. Talis in Jure nulla est prodita; Rei uxoriæ, vel ex Stipulatu actio de dote universa, in personam est, *l. un. C. de Rei ux. act.* In rem, quæ datur marito, de singulis rebus competit, *l. 6. C. de R. Vind.* planè sicut Patrimonium est universitas rerum, quæ in cujusque bonis sunt, nec tamen est unum jus in Re, quia nulla ex eo in rem actio universalis nascitur; ita vitam veritatis ignorare, qui jus Dotis universale jus in Re esse volunt, accurate probavimus in *prælect. lib. 4. Digress. cap. 9.* Hoc interim tenendum, Universitatem dotis esse vel inæstimatam, vel æstimatam. Priore sensu denotat res omnis generis, *d. l. 9. § 2. h.* quæ finito matrimonio uxori eodem numero & statu, quo durant, restituuntur, eique fiunt meliores aut deteriores, *l. 10. pr. & seqq. h. t.* Universitas æstimata, constat vel certa quantitate pecuniæ, v. gr. decem millium aureorum, vel rebus omnigenis pecunia æstimatis, ut ejusmodi summam efficiant. Atque hoc casu maritus non ad res, sed pecuniam illam tenetur restituendam; ideoque periculum singularum rerum ad ipsum pertinet, *l. 5. & l. 10. C. h. t.* quo respecta Viro magis expedire dicitur, ut res ne sint æstimatæ, *l. 10. in pr. h. t.* atque de tali Universitate æstimata capiendum, quod impensæ dotem ipso jure minuere dicuntur, in *l. 5. pr. de Impens. in rem dot.* qua de re *inferius in loco* dicendum.

11. Hinc etiam intelligi potest, quid *Jus dotale*

tale differat a *Dote*: Non ita ut Jus Dotale significet JUS IN RE, quod maritus habeat in res universas dotales, quam opinionem refellimus in *d. Cap. 9. lib. 4. Digress.* verum Jus dotis *in hac Rubrica* significat facultatem, qua res dotales ad maritum pertinent. Si cauta vel promissa sit, habet actionem personalem ad dotem a promissore petendam, quæ est ex Stipulatu, si stipulatio intervenerit, sive Condictio certi, *pr. I. de V. O.* vel est condictio ex Lege, si pactum intervenerit, ex Lege *6, C. de Dot. prom.* Quando autem Dos est tradita, maritus habet Dominium in rebus corporalibus, *ut dictum*, & pro illis rei vindicationem, *l. 9. C. h. t.* Si ususfructus sit, habet actionem Confessoriam, *d. l. 67. §. 1.* junctо *§ 1. I. de Action.* Si actio vel obligatio, maritus habet utilem actionem adversus debitorem, *l. 26. de O. & A. L. 71. h. t.* Proinde si annuum quid in dotem promissum fuerit, actio quotannis, hoc est, initio cujusque anni, dabitur, ut ad *tit. de annuis Legatis* videbimus. Non infrequens hac de re Quæstio est, an cum socer genero ad *sustinenda onera matrimonii* certam pecuniæ summam quotannis promiserit, hæc etiam, uxore liberis superstitibus mortua, peti possit. Pro affirmativa facit, quod liberi sunt onera matrimonii maxima, & quod Promissio annui sit perpetua, ac ad heredes transitoria, *l. 16. §. 1. de V. O.* cui accedit, quod Dotes, ut in Foro servatur, ad liberos mulieris indistincte pertineant. Sand. *lib. 2. tit. 2. def. 5.* Verius tamen est, post mortem mulieris in hac specie non dari petitionem, cum effectu; Quia finito matrimonio, promissionem quoque ad onera matrimonii sustinenda finiri, necesse est, cum sine matrimonio Dos esse nequeat, *l. 3. h. t.* Unde patet responsio ad primam rationem. Secunda ratio vera est, in promissione Annui simpliciter facta, *d. l. 16. §. 1.* non æque in ea, quæ se refert ad certum finem & statum, qualem hanc esse vidimus. Idem ad tertiam rationem tenendum. Atque ita Supremæ Curiæ visum est, *in causa Dris Jacobi Kercalf &c. contra P. H.* ante Pentecost. 1630. An ex dote non annuatim, verum una pensione promissa, mortua sine liberis uxore; detur adito genero, videbimus *infra.* Habes apud Sandium *d. lib. 2. tit. 2. def. 6.*

12. Satisfactum est Rubricæ, de Jure Dotium; quod antequam cum Moribus, ut est ratio nostra, conferamus, actum Dotibus jure bonaque, in Jure cognita, recensebimus. Sunt autem hæc; Sponsalitia largitas, Paraphernalia, Receptitia bona, & donatio propter nuptias. Sponsalitia largitas, est donatio, quam facit Sponsus Sponsæ, vel hæc illi, quod raro evenire, dicit Justinianus in *l. 16. C. de donat. ant. nupt.* Fit autem hæc vel pure, vel sub conditione. Pure, quando *liberalitatis gratia* Sponsus *aliquid dat, ut confestim fiat accipientis, nec unquam ullo facto ad se reverti velit, l. 1. §. 1. de Donat. Confestim*, ante diem nuptiarum; Quod enim ex lege Sponsæ donatur, ut tunc dominium ejus acquiratur, cum nuptiæ fuerint secutæ, sine effectu est, *l. 4. C. d. tit. de Don. ante nupt.* propter vetitas inter virum & uxorem donationes, de quibus *infra.* Hujus igitur puræ donationis hic est effectus, quod dominium statim transferatur, nec deinde revocetur, *l. 12. C. eod.* Si videlicet hoc diserte sit adjectum, ne ullo casu revocetur, *dd. ll.* nec id puto novis constitutionibus esse mutatum, etsi aliter Perezius *ad d. tit. n. 10.* Sub conditione quæ fit donatio, vel expressam, vel tacitam habet conditionem. Expressa conditio, quæ regulariter *alias* est suspensiva, in hoc negotio non nisi resolutiva esse potest, per ea, quæ modo ex *d. l. 4.* diximus, Nempe sub lege, *nuptiis non secutis, ut res* auferatur, *d. l. 1. §. 1.* Quin imo hæc conditio tacite semper inest his Donationibus, ut si sponsa vel ejus parentes, nuptias impediverint, Donata restituantur, *l. 15. d. tit. C. de Donat. ant. nupt.* Idem est, si, morte nuptiæ præveniantur, nisi sponsus osculo interveniente Sponsæ donaverit; hoc enim casu dimidia pars donationis manet penes sponsam, *l. 16. eod. tit.* idque ita, nisi aliter expresse convenerit, *l. 7. eod.* Idemque locum habet in dote, quæ data est mulieri nondum per ætatem habili ad matrimonium, *l. 5. de condict. caus. dat. non sec.* Cujus legis argumento apud Sandium Curia nostra judicavit, donationem ante nuptias factam, non modo revocari, si matrimonium plane secutum non sit, verum etiam, si per mulierem steterit, quo minus *tam diu duraret, donec decima providentia matrimonium morte alterutrius, naturali cursu, dissolveretur.* Consequenter heredes mulieris, quæ nuptiis concubitu impletis, strepente adhuc Hymenæo, se odio viri suspenderat, non habere petitionem rerum, sponsæ nuptiarum causa donatarum, *lib. 2. tit. 2. def. 1.* Textus ille quidem *d. l. 8.* ita non fert, nec ubi legere memini, sponsalitiam largitatem matrimonio semel impleto, propter divortium, vel finem conjugii alterius culpa evenientem, revocari, quin contrarium e

textibus prædictis, qui de repudio, vel morte ante nuptias impletas, speciliter loquuntur, colligendum videtur; etiam vero ex *l. 64. de Don. int. vir. & ux.* Perez. ad *d. t. C. n. 14.* In judicando tamen, a sententia Curiæ recedere nolim. Alia enim est ratio veteris divortiorum licentiæ, & alia sanctitatis matrimonii Christianæ, secundum quam non est dubium, quin a partibus id actum sit, ut ad mortem usque in officio conjugali perseverarent. Proinde si quando contra id, quod ex natura negotii actum erat, mulier commiserit, donatio hac gratia facta merito infringetur. Ex eadem ratione censui aliquando, negari posse mulieri ante nuptias donationem promissam, ex eo, quod odio viri, ad hujus usque mortem pertinacissime corporis sui copiam, τὴν ἐφιλομένην εὔνοιαν, quam verecunde vocat Apostolus, ei, quod satis constaret, pernegaverat.

13. Cæterum sponsalitiæ largitatis partem, facere videntur Arrhæ sponsalitiæ, si nuptiæ sint secutæ: Si non sequantur, redeunt ad dantem nisi per eum steterit, quo minus sequerentur, * *l. 3. C. de Sponsal.* quod intelligendum de sponsalibus mutuo consensu perfectis: Nam si Arrha detur a viro mulieri non adstipulatæ, sed deliberaturæ, ut apud nos fit, cum hoc casu Vir etiam pœnitendi & revocandi jus habeat, ut ad *tit. de sponsal. n. 13.* probatum est, Arrham quoque repetendi jus habere videtur, *arg. d. l. 3.* quod refer *ad d. loc. de Sponsal.* Quid autem? An arrha non redditur sponso nuptiis secutis? vel imputatur in summam propter nuptias donatam? An vero mulier habet eam præcipuam, ut seorsim donatam? Ita apud nos servatur, usu & Sandio teste, *2. 2. 8.* Sentit autem, hoc a jure civili discrepare, secutus Auctores laudatos. Sane de Arrha ab emptore data ita juris est, ut in pretium computetur. Sed nescio, an arrhæ sponsalitiæ diversa non sit ratio, ob affectionem naturamque negotii. Probat *d. l. 3.* quæ vult arrham restitui, *si sponsus vel sponsa decesserit ante* nuptias: Ergo si postea moriantur, manet, ut quidem videtur.

14. Hæc non nisi ante matrimonium fiunt; Dos etiam postea constituitur, vel augetur, *l. 19. in pr. d. tit. C. de Don. ant. nupt.* Quæ bona non dantur in dotem, ea sunt, ut vulgo communiter distinguunt, paraphernalia. Priora sunt, res simpliciter extra dotem constitutæ, ut vocantur in *l. pen. pr. D. ad L. Falcid.* quæ maritus administrat, verum ita, ut uxori rationes reddere debeat, *d. pr.* Cui etiam liberum est, prohibere viro administrationem, *l. 3. C. de Pact. conv. sup. Dot.* Quod si mulier viro cautiones sive nomina tradiderit, ut loco paraphernorum apud ipsum maneant, idque dotali instrumento fuerit adscriptum, videtur accepisse mandatum exigendi, non modo usuras, ut in rem uxoris & suam eos convertat, sed etiam sortes ipsas, uxori tamen reddendas, quæ nec suam tacitum mandatum revocare prohiberur, & per alios exigere pecunias, *l. ult. eod. tit.* Quin etiam paraphernalia bona marito ita possunt tradi, ut in dominium ejus transeant, finitoque matrimonio non vindicentur ab uxore, sed condicantur ut alienata, neque tamen dotalia fiant, quoniam hoc animo data non sunt, *l. 9. § 3. D. de Jur. Dot.* Cui puto consentaneum esse, quod etiam ante finitum matrimonium, a muliere condici & repeti possint, per *d. l. 8. & ult.* Verum quæ simpliciter in domum mariti ab uxore inferuntur, etsi hic chirographo sit confessus se accepisse, tamen eorum non fit dominus, sed Depositi vel Mandati tenetur, ut *in § 3.* docetur.

15. A paraphernis bonis Receptitia distingui solent, vereor ut recte: Magis enim est, ut quæ olim receptitia dicebantur, deinceps Παράφερνα vocata fuerint. Receptitia quidem diverso a paraphernis sensu in Jure non reperiuntur. Dos quidem Receptitia dicitur, sed alio sensu, quatenus qui dotem dat, a Viro stipulatur, eam sibi post mortem mulieris redditum iri, *l. 31. § sed & dos. D. de Mort. caus. don.* sed apud Gellium ipsa, ni fallor, parapherna vocantur Receptitia. *Quando mulier*, inquit, *dotem marito dabat, tum quæ ex suis bonis retinebat, neque ad virum transmittebat, ea recipere dicebatur, sicut nunc quoque in venditionibus, quæ excipiuntur neque veneunt*, recipi dicuntur. *lib. 17. c. 6.* quod etiam in legibus nostris frequens, ut probat Brisson. *de Verb. Signif.* verb. *Recipere.* Videmus, apud veteres bona uxoris fuisse vel dotalia, vel receptitia; Recentiori jure, dotalia vel parapherna. Vel dic ita, Græce bona mulierum sunt φέρνη vel παράφερνα, Latine dotalia vel receptitia. Ferme tamen ita servatur, ut quæ bona mulier extra dotem ad se recipit, neque viro administranda permittit, hæc *Receptitia* appellentur, ut tamen etiæ parapherna, tutus ex *supra dictis* intelligatur.

* Quo casu nocentis arrha ab innocente retinetur, aliquando etiam, ex moribus nostri etiam fori, Consistorio vindicatur. Conf. Ill. Mencken. in *Theor. & Prax. D. p. 731.*

16. Ab

16. Ab his omnibus differunt bona propter Nuptias donata, * de quibus occupatum est agi *ad Inst. tit. de Donat. n. ult.* Olim ante Nuptias donatio vocabatur, quia tantum ante matrimonium impletum fieri poterat. Postea receptum est, ut tam ante, quam post nuptias constitui, vel augeri posset; unde communi voce, *propter nuptias*, designatur. § *pen. d. tit. I. de Donat. l. pen. C. de Don. ant. Nupt.* Vocatur ἀντιφέρνη, quasi *reciproca Dos*, quia datur Uxori a marito in vicem & in securitatem dotis, eo sensu & effectu, quo vidimus ad *d. tit. Inst.* Adde Perez. ad *pr. d. tit. C. n. 16.*

17. Hactenus ex Jure Civili. Mori! us hodiernis hæc instituta magnam .ecepere mutationem, per societatem, quæ est inter Conjuges omnium bonorum, sive universalem, sive lucri damnive duntaxat. Namque ubi maritus ipso jure fit Dominus dimidiæ partis omnium bonorum uxoris, & uxor ejus iterum sit consors omnis alius substantiæ, ibi nullus est usus secernendæ dotis ab aliis bonis. Quod si communio bonorum excludatur, ut apud nos Statuto, apud Batavos pierumque pacto nuptiali, salva tamen communione reditus, nec sic quidem Dos usum habet notabilem: Quid enim plus illa præbet in eventu quam usumfructum; si quidem finito matrimonio, redit ad mulierem ejusve heredes, ut *infra* videbimus? Inter quos igitur ususfructus omnium rerum communicatur, his causa nulla est, Dotem a reliquis bonis secernendi. Atque adeo inde factum est, ut dotes ubique fere Gentium in desuetudinem concesserint, teste Gudelino *de jur. noviss. l. 1. c. 8. vers. Caterum.* Grot. *Introduct. lib. 2. part. 11, n. 12.* Grœneweg. *ad l. 1. C. de jur. dot.* ubi excipit casum, *nisi pactis antenuptialibus ab illa communione omnino recessum atque ad jus Romanum reditum sit:* quod tamen raro accidit, ut communio redituum excludatur. Si contingat, & mulier certa bona, vel pecuniam viro det ad sustinenda matrimonii onera, hæc vero dos instituti fuerit Romani.

18. De Jure Frisico scribit Sandius, Rerum quidem Dotalium fructus non solius mariti, sed ipsius & uxoris esse communes, inde tamen minime sequi, omnia dotium jura & Privilegia in Frisia cessare: Proinde mulieres hoic Dotis nomine habere hypothecam in bonis mariti, jus prælationis inter creditores ejus, aliaque privilegia, nominatim Statuto non sublata, *lib. 2. tit. 2. def. 2.* Quæ sunt vera, si id actum sit ut Dos constituatur; Dote specialiter non constituta, Dotis jura quoque cessare, necesse dictu est. Ut autem Dos constituatur, fieri posse non nego, fieri solere non puto, nec scio, an unquam factum viderim. Mulieres bona sua *inferunt* ad maritum, a quo prudentiores chirographum accipiunt, quo fateatur quid acceperit, quid uxor *intulerit*, idemque de mariti bonis Uxor aliquando præstat & profitetur. Hæc bona utriusque appellant *Inbreng*, hoc est *illata* bona. Sic autem juris est, bona, quæ conjuges simpliciter fatentur se ex æquo INTULISSE, paraphernalia, non dotalia sunt, ut docet Ulpianus in *d. l. 9. §. 3. h. t.* idemque probat Sandius *d. def. 2. vers. At quæstionis est.* Et quidem hæc ratio, quando mulieres sunt ἐπίσυνοι, *beslarven*, ita ut omni patrimonio suo potitæ sint, nunquam fere non servatur. Cum enim maritus ipso jure administrationem & usumfruct. habeat omnium uxoris bonorum, cui bono, inquam, Dotis sequestratio, quod ad mariti usum attineat? Major ejus usus esse queat, si Pater uxoris, aut alius, mulierem dotaverit: Tunc enim hæc bona seorsim per se consistunt & speciem Dotis facilius recipiunt. Tamen etsi plerumque, si non semper, ita fiunt hæ donationes, ut ad mulieres dirigantur: Pater profitetur, se filiæ suæ, Amicus se sponsæ, respectu matrimonii *tantum* dare, *een medegifte aen de Bruidt.* Hactenus Dos non est, quam esse pecuniam marito datam, *supra* intelleximus. Mulieres ejusmodi Donationes sibi factas, dein ad viros *inferre* solent, ac ita παρὰ φέρνην, non nisi jure paraphernorum censeri possunt. Verum tamen est ac certum, posse mulierem aut Patrem ejus, constituere Dotem, *eroque* dare, tanquam *Dotem*, ut hoc nominatim exprimatur: neque tum privilegia Dotium in illis non valebunt, eaque re mulieres sibi recte consulerent, quæ sim-

* De donatione propter nuptias, actum fuit superius ad *lib. 23. tit. 4.* de muneribus nuptialibus, quæ forte noviter nuptis ab amicis offeruntur, hoc loco observare licebit, ea apud nos regulariter utrique Conjugum æqualiter cedere. Carpz. *P. 2. C. 22. def. 1.* Richt. *de Success. Int. Sect. 4. membr. 3. n. 52.* nisi forte inter conjuges eorumve parentes aliud convenerit. Si tamen, post mortem mariti, dona nuptialia non amplius extent, viduam eorum æstimationem petere posse, negat *Dec. El 51.* ad quam vid. Phil. *Obs. 2.* Secus olim visum fuit Carpz. *P. 3. C. El. 22. def. 6.* conf. *Jurisp. P. I. p. 414.* ubi in donis nuptialibus, dotis loco datis, aliud obtinere, fuit monitum.

plici illatione in domum mariti amittunt illud nobile exigendi ante alios creditores privilegium: qua re fit, ut innumeræ matronæ suis patrimoniis evolvantur, quæ Dotis contractu cum viris celebrato servare potuissent; atque etiam illo casu, etsi reditus, ut moris est, sunt communes, nihilominus res forent Dotales, quemadmodum jure Civili parapherna esse non desinunt, etsi reditus ususque rerum ad virum transferatur, *supe dicta l. 9. § 3. h. t.* Sand. *d. def. 5. apr.* Hoc igitur tenent, qui filiabus privilegiis Dotalibus consultum velint, ut maritis nomine filiæ dent dotem, & reliqua servent, quæ servanda esse diximus.

19. Sublatis ex usu populorum promiscue Dotibus, Donationes propter nuptias ex instituto juris Romani pariter defierunt: * Quippe Dos reciproca; ἀντιφέρνη, quæ unice in vicem & securitatem Dotis a marito dabatur uxori, dote nulla, tanquam relatum correlato extincto, usum & facultatem amittit. Argumentumque dotium apud nos quoque *de facto* desuetarum præbet hoc, quod certissimum est, Donationis propter nuptias, quam Vir faciat uxori, ut soluto matrimonio ad ipsum redeat, ejusdem cum dote quantitatis & qualitatis, nulla esse vestigia apud nos, aut in aliis, quod existimem, populis. Sed ut hodie res habet, Donationes propter nuptias sunt peculia, quæ tam viro, quam uxori dantur, a parentibus aut ab aliis, ad onera matrimonii communiter sustentanda, quæ manent proprietate singulorum, quibus data sunt, usufructu in rem communem cedente, administratione penes maritum collocata, in cujus bonis uxor habet tacitam hypothecam, tam ex *l. 20. C. de Admin. Tut.* quam ex *l. f. C. de Pact. sup. dot.* Hujusmodi peculia respectu mulieris pro paraphernis habentur, *d. l. 9. § 3. h. t.* quamquam ubi dotes φέρνας actu non existunt, nulla quoque παραφέρνα intelligi possunt: adeo ut tunc uterque conjux idem jus in suis peculiis habeat; nisi quod mulier ratione administrationis a viro exercitæ, præcipuo jure hypothecæ gaudeat, ut diximus. Hoc observare licet: mulierem ante impletum matrimonium pacisci posse, ut omnia, vel quædam bona sibi retineat, neque maritali committat administrationi; Cujusmodi Pactum esse licitum, videbimus ad *tit. de Tutel.* & judicari potest ex iis, quæ de societate conjugali pacto cessante, diximus ad *tit. de Soc. n. 12. P. II. p. 967. sq.* Talia matronarum bona veritatis imitamento, *Receptitia* recte appellabuntur.

20. Quod attinet ad donationes ante Nuptias, sive sponsalitias largitates, hæ parum, ut in Jure sunt proditæ, supraque de illis egimus, ab usu temporum abludere videntur: nisi quod oscula dictio, quæ est in *l. 16. C. de Donat. ant. Nupt.* nostris moribus haud attendereatur; quoniam usus eorum nostratibus adeo tralatitius est, secus ac Italis, ut nullum inde notabile discrimen deduci queat, ut recte Græneweg. fuse ad *d. l. 16.* Igitur quod Nuptiarum causa sponsus donavit sponsæ, hac ante nuptias mortua, repeti potest, *l. 15. C. d. tit.* Idem juris est, mortuo sponso, tam in *jocalibus* ita dictis, quam in prædiis aliisve rebus majoris momenti, *d. l. 15.* Impleto autem matrimonio, tam Arrha sponsalitia, quam donatio ante nuptias pleno jure fit manetque mulieris aut mariti, a quo accepta sit donatio, Sand. *d. lib. 2. tit. 2. def. ult.* Græneweg. ad *l. 16. n. 9.* Impletum autem matrimonium hac parte censetur, ubi publice promulgatum & celebratum fuerit; etsi forte concubitus necdum secutus sit, modo non procaciter negatus fuerit, *arg. l. 24. C. de Nupt.* Græneweg. *ibidem, & quos ille citat.*

21. Est in usu temporum aliud genus Donationis propter Nuptias; qua Vir Uxori in casum viduitatis, bona quædam usufructu tenus, aut reditus certos assignat & constituit, unde se post mortem mariti tueatur; quod vulgo solet adpellari *Morganatica*, voce deducta a *Morgengalica*, Germanicæ originis, quasi *Morgengabe*; quia mane ab impletis concubitu nuptis fieri solebat, ut Calvinus in *Lexico*. D. Wissenbach *ad h. t. in pr.* auctoresque ab eo laudati. Est idem quod vulgo Dotalitium, Gallico *Doüaire*. Unde vidua talis, Dotalitia, *Doüairiere*; plerumque hodie fit ante matrimonium, & usum habet inter magnates hominesque valde copiosos, uxoribus haud æque dotatis. Donationes matutinæ, *Morgengaben*, hodie magis in jocalibus, ait Græneweg. *ad l. l. 16. n. 16.* constituunt, etsi melius & hæc ante nu-

* Sollicite adeo distinguenda est Donatio propter nuptias Romanæ legis, in dotium securitatem inventa; & Donatio propter nuptias morum nostrorum, die so genannten Gegen-Vermächtnisse, quæ sunt dotes Germanicæ, dotalitia, dotaria, *Doüaire*, Hypobola, de quibus ipse Auctor infra § 21. Distinguas tamen a dotalitio, *Morganaticam Morgengabam*, donum matutinum, de quo vide Ill. Gundlingium *de Donatione Uxorum, Dote & Morgengaba c. III.*

ptias

ptias dentur. In summa aliqua pecuniæ, præsentibus nummis aut per chirographum, ejusmodi Morgengabas primo mane post impletas nuptias committi, meminimus, eæque sustinentur contra sententiam Juris Romani, qua donatio post deductionem in domum facta, non valet, *l. 6. C. de Donat. ant. Nupt.* Græneweg. *ibid.* Est adhuc tertium genus *Morgengabæ*, quod *Hypobolum* Græci vocant, quando maritus uxori post mortem suam addicit aliquam pecuniæ summam, vel bona quædam, ipsi in casu viduitatis, danda supra dotem; quasi accessio Dotis: unde ὑπέβολον, παρὰ τὸ ὑποβάλλειν, ab *adjiciendo*, quasi fructuum ex dote perceptorum causa. Vide Cujacium *5. obs. 4.* Quibusdam in locis ex Statuto ejusmodi hypobola debentur. Apud nos omne hoc institutum satis est incognitum; nisi quod uterque conjux superstiti aliquid de suis bonis adsignare solet donativi, quod hypoboli instar haberi potest.

TIT. IV.

De Pactis Dotalibus.

I. Pacta dotalia quæ licita, aut secus. II. Præcipua pactorum dotalium materia, remissive. III. Pacta nuptialia quænam, & eorum materia. IV. Quæ bonis moribus adversentur. V. Quæ naturæ negotii; ubi de pactis successoriis. VI. Forma hujusmodi pactionum. VII. Effectus eorundem.

Sicut Pacta dant Legem contractibus, *l. 23. de R. J.* Ita dotium jura Pactis regebantur. Expedit autem distinguere Pacta Dotalia, quæ proprie sunt hujus Rubricæ, & Pacta Nuptialia. Nam priora, dotibus fere sublatis, exiguum habent usum: Posterioribus nihil est frequentius. Nos Rubricæ prius satisfaciemus, initio a Regula facto, quod *Pacta super dote valeant, quæ non prohibentur.* Et primo quidem prohibentur, quæ mulierem faciunt minus dotatam, ex ratione *l. 2. de jur. Dot. l. 1. D. Sol. matrim.* Cujusmodi pactum est, ut minus exigatur a muliere, quam maritus accepit, *l. 5. in pr. h.* ne maritus de culpa circa res dotales commissa teneatur, *l. 6.* ne morte mariti soluto matrimonio, dos ad uxorem redeat, *l. 2.* ut repetitio dotis in diem ulteriorem differatur, *l. 16.* Cum qua non pugnat *Lex 10.* quæ nec eget emendationis. Tu vide Wissenbach. *ad h. t. th. 21.* Ut maritus uxori fructus, ex fundo in dotem dato perceptos, loco fundi restituat, *l. 4.* Quod si convenerit, ut maritus & fundum & fructus reddat, non valet pactum, quia naturæ dotis est contrarium, ut dos sit sterilis, quæ ad onera matrimonii sublevanda datur, *d. l. 4.* Eadem ratione non valet pactum; ne maritus impensas necessarias repetat, *l. 5. § ult. h. t.* Denique, ne pacta Dotem melioris aut deterioris conditionis, quam est donatio propter nuptias, faciant, cautum est jure novissimo, *l. 19. & Auth. sed jam. C. de Don. ant. Nupt. Auth. Æqualitas. C. de Pact. sup. dot.*

2. Præcipua vero pactorum dotalium materia, circa restitutionem Dotis, soluto matrimonio, consistit, de qua passim in *hoc titulo* agitur. Sed antequam hæc res perspicue explicetur, scitum oportet, quid juris sine pacto, sit in repetitione dotis, & dein, qualis per pactum mutatio introduci queat. Prior autem articulus expectat nos apud titulum: *Soluto matrimonio, dos quemadmodum petatur.* Ibi commodissime & hoc, quando vi pacti dos petatur, considerabimus. Heic interim solum ponemus, eum, qui dat dotem pro muliere, quælibet pacta recte adjicere, modo id faciat in continenti, sive extraneus, *l. 2. § 1.* sive pater sit, *l. 7.* Ex intervallo autem, quia Dos & jus repetendi quæsitum est mulieri, non aliter huic quam si consentiat, præjudicari potest, ut latius in *d. l. 7.* Datur autem ex pactis Dotalibus, sive doti adjectis, tam actio, quam exceptio, *l. 1. C. de Dot. promiss.* juncta *l. 7. de Pact.* Actio, si pactum in continenti sit adjectum, quam præscriptis verbis vocat Maximinus in *l. 6. C. de jur. Dot.* ubi vide Wissenbachium & Cujacium *11. obs. 17. in f. & 14. Obs. 21.*

3. Pacta Nuptialia, non ad Dotem proprie, sed ad executionem & ornamenta matrimonii, præter dotem, pertinent, *Houwelijks Voor-waerden*, ut vulgo. De officiis quidem Conjugalibus parcius, dum illa conscientiæ juris communis relinquuntur; Potest tamen de habitatione, de cultu & famulitio, *ut vehatur, quoquo eundum sit, l. 26. §3.* Carruca, (*pensili* addit Mornacius, *quod fere nunquam hodie prætermittitur in tabulis puellarum nobilium dotalibus, maxime apud Lutetiam*, inquit,) *item* de moderatione domus, educatione liberо-

berorum, similibusque conveniri, quale quod *supra* habuimus, ne vir uxori certum dedecus objiceret, & id genus alia. Sed maxime de Donationibus ante nuptias, de impensis mulieris extraordinariis, de bonis paraphernis, aut peculio a singulis in domum communem illato, inferendo, de ipsa communione rescindenda, vel augenda, de administratione bonorum Viro permittenda, vel subtrahenda, de mutuis donationibus in casum viduitatis, aut hypobolo vel *morgengabica*, denique de successione mutua, vel alterutrius, aliisque similibus.

4. Est autem de his regula tralatitia; Sunt licita, quæ non prohibentur. Et prohibentur, quæ bonis moribus, aut naturæ negotii contraria sunt. Hinc improbatur pactum, ne de moribus agatur, *l. 5. in pr. h.* apud censores scilicet. Quod etsi pro vetere disciplina non sit amplius in usu, *tit. C. de Repud. & judicio de Morib. sublato*, nunquam tamen actio de moribus, vel imploratio Judicis officii, est abolita, vel abrogari potest, ut non sit meritus ideo Tribonianus exagitari a D. Wissenbachio *ad h. tit. th. 1.* Idemque Statutis gentium frequenter cautum est. Nostra eximie: *Judices supremi & inferiores* per præventionem, *omnem inter conjuges acerbitatem & malitiosum convictum, causa cognita serio animadvertant, partemque noxiam ad æquitatem reducant, carcere, mulcta, aliisve modis convenientibus. Lib. 1. tit. 1. n. 14.* Pactum igitur, ne liceat hac gratia judicis officium implorare, non valebit: Uti nec illud; Alterum alterius religionem improbatam secuturum. Si autem Hæreticus aut heterodoxa promiserit, se maritum ad sacra publica secuturum, valet pactum; non ut cogatur, si postea nolit, vel ut matrimonium pridem consummatum rescindatur, sed ut conditiones licitæ, in eum casum constitutæ, obtineant. Quippe in universum Pacta matrimonii resolutiva, vel etiam, ne liceat ad ejus implementum agere, non valere, dictum est antea, videbimusque iterum *ad tit. de Divort. & repud.* Pactum de potestate maritali minuenda num valeat, sæpius usu venit quæri: Ad Bona quod attinet, valere dicendum est, velut, *ne vir sit Curator uxoris;* quod jure civili nec est, nec esse potest: Ideoque moribus, quo minus caveatur ne sit, nihil obstat. Parci tamen dictis velim: Sufficit uxor caveat, ut penes se solam sit administratio: nec opus adjiciatur, ut *maritalis auctoritas cesset*, quo modo in Hollandia Notarios vidi adjicientes, adjectumque habuit suis pactis nuptialibus Vir Cl. A. de G. qui ab Amstela uxorem hucce duxerat. Verberat hoc aures hominum merito. Reliquas etiam facultates maritalis potestatis restringere licet; salvo tamen principatu domus, cui renunciare non est boni moris; etsi Ægyptiis tempore Sesostris frequentatum accepimus. Jus Gentium, & pactis majus est illud:

Θεμιςεύει δὲ ἕκαςος
Παίδων ἠδ' ἀλόχων.
Vir quisque gubernat
Uxorem prolemque suam.

5. Naturæ negotii repugnat pactum futuræ successionis. quia testamento vel lege, non pactis, nominatim pactis dotalibus, hereditas non defertur, *l. 15. C. de Pact. l. 5. C. de Pact. conv. sup. dot.* Ideoque non modo libera testandi facultas ejusmodi Pacto non amittitur, sed nec valet contra jus ordinarium successionis, etsi nihil contraria voluntate suprema sit constitutum, *d. l. 5.* ubi: *Intelligis, nulla te actione posse convenire heredes seu successores, ut tibi restituantur, quæ nullo jure debentur;* etsi hactenus, dissentiant Wesenbec. *ad d. l. 15.* Hartm. Pistor. *l. 4. Qu. 4. n. 8.* Heig. *part. 1. Qu. 25. n. 15. & sequ.* Sed hoc jus nescio an usquam, præterquam in Frisia, servetur. Omnes omnium Gentium Scriptores, pacta dotalia de successione futura, esse recepta testantur, quos vide apud Sandium *lib. 2. tit. 2. def. 7.* Grœneweg. *ad d. l. 5.* & Wissenbachium *ad h. t. th. 23.* habentque autoritatem Leonis in *Nov. 19.* Quæ cum non deroget Justiniano, Frisii hic etiam parte Justiniani auctoritatem sequuntur, & omnia pacta futuræ successionis, æqualis aut inæqualis, etiam inter Conjuges repudiant, ut judicatum refert Sandius *d. def. 7. in fin.* & certi juris habetur. Conventiones autem donationesque particulares, pactis nuptialibus factæ, valent absolutæ, ut scripsimus in *posit. ult. h. t.* D. Thomasius in illa verba crimen exercuit, & pro *donationesque*, vult a me scriptum esse *pactionesque;* Sed tum esset tautologia, & respexi ad liberalitates, quæ inter vivos exercentur, oppositas ultimarum voluntatum beneficiis. Has omnino licitas esse, ex iis, quæ de donationibus ante nuptias & hypobolis dicta sunt, intelligi potest. An omnium bonorum donatio valeat, commodius ad *tit. de Donation.* refertur.

6. Forma pactorum dotalium, nulla solennis est,

est,* & fiunt solo Consensu, voce vel scripto expresso, *d. tit. C. de Pactis conventis.* Sed pro rei magnitudine plerumque instrumenta tabulæque conficiuntur; Unde quod per Nuptias fit, *confectis dotalibus instrumentis* fieri dicitur, § *ult. I. de Nupt.* qua de re diximus *ad tit. Inst. de Nupt.* § *ult.* Bene autem animadvertendum est, verbis ultimarum voluntatum, an Conventionis & Pacti Instrumenta concipiantur, cujus rei discrimen mox collocabimus; difficulter autem id aliquando discerni, patet ex his, quæ Sandius hac de re tradit in *l. 2. tit. 2. def. 4. & l. 5. t. 1. def. 3.* Videbimus ad *tit. de Donat. & sequ.* Recte etiam consulent, qui vera Pacta inire volunt, tres, non quinque testes, ut vulgo faciunt, adhibeant; quia numerus quinarius ultimis voluntatibus convenit; etsi tamen non faciat tales, si verba sint propria Pactorum.

7. Effectus pactorum nuptialium, est idem quem diximus esse dotalium, Actio scilicet, vel exceptio, Moribus hodiernis indistincte, sive in continenti, seu postea sint adjecta, per ea, quæ diximus *ad tit. de Pactis n. 11.* Sic tamen, ut nunquam ob eorum neglectum nuptiæ retractentur, ut *antea* dictum. Sed de eo quod pecuniarie interest, ordinaria actione utendum, *l. 26. § 3. & pass. h. t.* Cujusmodi ad litem, an uxori curatore opus sit, ad *tit. de Judic. Part. II. pag. 707. n. 14.* disputatum. In his, quæ ad officia conjugalia spectant, officium judicis implorandum, quo is auctoritatem suam interponat, ut & fides pactis servetur, remediisque in eam rem Prætoriis utatur, qualia modo ex Statutis *Frisiæ l. 1. t. 1. n. 14.* demonstravimus. Quo minus Dotalia & nuptialia pacta, consensu partium retractentur, ut in universum juris est, *l. 5. C. de O. & A.* nihil impedimento est; nisi quod alter in alterius gratiam, juri lucrativo per pactum quæsito renunciare non potest, quia incideret in donationem conjugibus inter se prohibitam, ut *inferius* docebitur, quale etiam esse Pactum de mutua conjugum successione, tradit Grœnew. *ad l. 5. C. de Pact. conv. n. 4.* quod tu limita, si alter inde præ altero notabiliter auctus & honoratus sit; secus si nihil aut parum interfit. Possunt etiam revocari ab altero Donationes instrumento antenuptiali, per modum ultimæ voluntatis, aut donationis mortis causa relictæ, secundum naturam ultimarum voluntatum, *l. 4. de Adim. Legat.* Postremo ad effectum pertinet, quod Sandius prolixe refert judicatum, Nuptiale Pactum prioris matrimonii non censeri repetitum in secundis Nuptiis, cum alio aliave initis, *lib. 2. tit. 2. def. 3.* Tu dices, quid dubii, cum hæc sit notissima Pactorum natura? *l. 25. § 1. l. 42. de Pact. l. 25. l. 26. C. eod. l. 2. C. Res int. al. act. l. 26. § 1. h. t. l. 68. de jur. dot.* At quid non dubium facit disputandi varietas? Sunt textus, qui dotem in priore matrimonio constitutam, cum suis qualitatibus, in contractu secundi matrimonii repetitam censent, *l. 30. l. 40. & l. 63. de jur. Dot. l. pen. § 5. Sol. matrim.* Scilicet Textus vel iidem ipsi vel sequentes, hoc de iisdem conjugibus, post breve divortium in unum reversis loquuntur. Quod autem Gailius tradit, mulierem ad secundas nuptias eandem in dubio attulisse dotem, quam priori marito dedit, habet aliam rationem & facile concedendam, quatenus ad præsumptionem quantitatis in dubio colligendam spectat. *2. obs. 82. n. 7.*

Tit. V.

De fundo Dotali.

I. Sententia Ittuli, remissive, cum additam. *II. De dominio fundi,* & ad L. 30. de jur. Dot.

Prohibitio de non alienando fundo dotali, Lege Julia facta, Rubricam peculiarem peperit, cujus sententiam executi sumus ad *tit. Inst. Quib. alien. lic, vel non n. 6.* Quibus heic addemus, etsi maritus fundum Dotalem communem cum alio possidens, socium ad divisionem provocare nequeat, eo tamen provocante divisionemque petente, cum sit causa necessitatis, ad eam procedere posse, *l. 2. C. h. t.* Quemadmodum & omnis hæc prohibitio de voluntaria alienatione, non de

* Secundum *P. 2. C. El. 42.* pacta dotalia fiunt vel per modum ultimæ voluntatis, vel per modum contractus. Illa, ut aliæ voluntates ultimæ, nisi in præsentia utriusque Conjugis judicialiter fuerint insinuatæ. *d. C. § f.* quinque testium præsentiam minimum requirunt. *verb.* und es wären fünf oder mehr Zeugen dabey ꝛc. vid. Carpz. *ad eand def. 4 seqq.* In his vero d. Constitutio duos vel 3. testes desiderat, nec sine Curatoris consensu, uxores ea tuto inire posse videntur. j. Richt. *dec. 20. n. 18.* Carpz. *dec. 143.*

necessaria

necessaria intelligenda est; quo minus enim ære alieno uxoris cogente, aut alimentorum causa fundus dotalis alienetur, nihil obstare potest, Perez. *ad h. t. C.* Ad res mobiles quoque Legem Juliam non pertinere, certum est *l. 4. h. & l. 2. C. h. t.* easque Mulier a viro alienatas vindicare prohibetur *l. 9. C. eod.* Extradotales, potest mulier, etiam sine Viri consensu, res suas alienare & obligare, *l. 8. C. de pact. Convent. & l. 12. C. de pignor.* quod moribus aliter est, cum vir plerumque sit curator uxoris. Perez. *h. t. C. n. 8.* Sand. *2. tit. 4. def. 3.*

2. Ex alienatione fundi Dotalis prohibita sequi, maritum durante matrimonio, esse Dominum fundi Dotalis, probatum est ad *d. tit. Inst. n. ult.* Objectiones autem, quibus contrarium ab aliis sustinetur, removimus iisque satisfecimus in *lib. 4. Digress. c. 9. n. 4.* Censeo & addas, quæ D. Wissenbach. commentatus est, quæ huc referre nihil necesse est, ad *l. 30. C. de jur. Dot.* Summa huc redit: Dominium, quod maritus habet in fundo dotali, cum soluto matrimonio restituatur mulieri, est revocabile, unde fit, ut dolum & culpam præstet, quam alioqui nemo in re propria fuit, *l. 17. de Jur. dot.* eoque sensu dominium uxoris aliquando, non ipsius dicitur, *l. 3. § 5. in fin. de Min.* Confer. *l. 22. de Acq. poss.* In *l. 30. C. de Jur. dot.* idem est, sed ibi Cæsar exorbitat adeo, ut mulierem rei quoque æstimatæ in dotem datæ dominam esse dicat, quod nullo modo verum esse potest, *l. 10. C. de jur. dot.* Loquitur igitur plane καταχρηστικῶς.

SCHOLIUM.

Potest equidem aliquo modo defendi, uxorem esse dominam dotis æstimato datæ, si nimirum æstimatio taxationis causa facta fuerit. Aliud si venditionis. An vero hæc distinctio conveniat cum mente Imperatoris in d. l. 30. *alia quæstio est.*

RESPONSIO.

At hæc est quæstio hujus loci; E textu satis liquet, Justiniano propositum esse, dominii prælationem indistincte muneri adscribere, quæcunque res datæ fuerint, mobiles, immobiles, se moventes, æstimatæ, inæstimatæ. Quoties autem res simpliciter æstimatæ dicuntur, non taxationis, sed quasi venditionis subesse causam, satis arguit l. 5. & l. 10. C. eod.

N. ADDIT.

Etsi hæc quæstio sit hujus loci, non tamen obligatus eram, de omnibus quæstionibus mentem meam aperire. Erat & illa hujus loci, an Autor, dum Justinianum taxat, recte dixerit, nullo modo verum esse posse, quod mulier rei quoque æstimato datæ domina dicatur, quam recte negavi in Scholio, & Autor nihil habuit quod respondeat. Si de mente Justiniani sententia mea dicenda est clarius, vel ipse modus loquendi in Scholio indicat, quod jam tum putaverim, eam distinctionem parum prodesse menti Justiniaveæ. Et nunc quod taxationem Justiniani attinet, ulterius quam Autor, progredior. Etiam Justinianus non solum in eo falsus est, quod mulierem dicat dominam dotis æstimatæ, sed & in genere, quod mulierem constante matrimonio putet mansisse vere dominam dotis, etiam inæstimato datæ, & quod maritus solum subtilitate juris dominium in re dotali habuerit, naturaliter autem ea in mulieris Dominio manserit. Sed hæc se res habet. Competebat uxori saltem actio personalis, vel hypothecaria, quarum utraque in judicio est, non peti dotem tanquam rem propriam ex jure dominii. At Justinianus volebat eam præferre hypothecariis anterioribus. Non melius remedium, quam si Justinianus daret ei rei vindicationem. Sed quomodo daret, si maritus fuit dominus dotis? Rumpit hoc dubium Justinianus, ut Alexander nodum Gordium, cum solvere non posset. Negat inquam, maritum esse dominum. Et cum tot leges & rationes obstarent, facile fuit ei, qui consilium dedit ad antinomias quascis conciliandas, subtili ratione distinctionem quandam excogitare, ut hoc consilio ipse uteretur, tradita a Cl. ex regulis naturæ & artis subtilitati cerebrine adhærendo, quam vero inventionem, non improbabiliter subtilitati persuasionis Romæ suæ originem debentem, saltando aquilam & rectæ rationis saltu. Ita videlicet decebat Imperatoriam majestatem, non solum armis decoratam, sed & legibus armatam, ut in condenda arte sua armis, & gladio voluntatis suæ, leges intermeret, i. e. ratione, quæ est anima legis, privaret. & sic deinutationem suam ostentaret. Undeisthent, quod nitentur ejus admiratores & adoratores, ut & serenue hactenus fecerunt, & in posterum absque nostra admonitione facient.

Moribus hodiernis, sublato fere Dotium instituto, fundi dotales prohibitam alienationem non tam cessare, quam usu carere, per se intelligitur.

LIB.

LIB. XXIV.

TIT. I.

De Donationibus inter Virum & Uxorem.

I. Ratio prohibitæ Donationis inter virum & uxorem. II. Prohibitiones per consequentiam personarum, aut rerum. III. De donatione marito facienda, in uxorem derivata. IV. Licitas esse donationes, quæ donantem non faciunt pauperiorem, cujusmodi variæ species explicantur, ubi de re aliena, de fructibus, de reciprocis donationibus &c. V. De confirmatione Donationis, per silentium Donatoris usque ad mortem. VI. De usu moris hodierni.

Inter inexpectata Juris Civilis, haberi potest donationis inter Virum & uxorem prohibitio. Quibus enim major quam conjugibus, affectionis & liberalitatis causa, cum necessitudine conjugali nulla sit artior, esse queat? Sed magistra fidelis experientia, *l. 1. h.* docuit Romanos, quod Ratio primo intuitu obscurius dictat, adeo tamen non sine ratione, ut in mores usque hodiernos prohibitio duret, in iis quidem locis, in quibus universalis bonorum communio terminos habiles non sustulit, ut monet Grœnewegius ad *pr. h. t. D. & C.* Namque ubi quæstus & damni societas est tantum, ut apud nos, ibi pleræque donationes suum, si prohibitæ non essent, usum retinerent. Rationes adducuntur tres in *l. 1. 2. & 3. h. t.* Prima, *ne mutuato amore spoliarentur;* quia fere sic accidit, ut alter alteri conjugum sit obnoxius, evitari non posset, quin sæpe fieret, ut mollior, *ἐ ἥττων* exhauriretur. Secunda ratio, ne abducantur a studio liberos educandi. Hos enim si habeant, cui bono donationes mutuæ? cum parentum hæc sit cura, *τοῖς τέκνοις θησαυρίζειν, liberis colligere & custodire pecunias.* Tertia ratio, quia sæpe fieret, ut *discuterentur matrimonia*, si non donaret is, qui posset, ac ita simultates pullularent. Sponsalitiis largitionibus, dotibus, & propter nuptias donationibus, satis amori, satis *ἐπιμειλίοις*, illiciis matrimonii consultum. Durante conjugio donationis licentia nihil boni, mera incommoda producebat.

2. Stabilitæ prohibitioni consequens fuit, ut non modo directe vetarentur donationes inter virum & uxorem, sed & inter omnes, per quos donatio inter conjuges indirecte perpetrata videri posset; Consequentiæ autem illæ inprimis ab unione patriæ potestatis oriuntur. Hinc mater non potest donare filio, qui est in patris sui potestate, quia per eum patri, suo marito, donaret, *l. 3. §. 4. h.* ubi excipitur, nisi militi & in castra eunti donetur, adde *l. 17. C. de Donat.* Sed cum hodie pater donata filio non acquirat, nisi fructu tenus, an si mater filio hac lege donet, ne pater usumfructum habeat, donatio tum non valet, quia pater idemque maritus donantis, inde nihil acquirit? Ita videtur *arg. l. 1. & 4. C. de Bon. quæ lib.* Socer etiam non potest donare genero vel nurui, hoc est, pater conjugis, qui hunc vel hanc in potestate habet, quia per patrem conjux donare videretur, *l. 3. §. 5.* nurui autem a socru donari, non est prohibitum, quia non vertitur patria potestas, *d. l. 3. §. 7.* Nec frater conjugis, qui in ejusdem patris cum illo illave potestate, *d. l. 3. §. 2.* Adde, quod ut socru nurui donet, raro contingat, quatenus si Terentio fides; *Omnes Socrus oderunt nurus:* secus ac soceri generos; *Quam sanctum soceri nomen!* Claudian. *bell. Get.* & Theocr.

Χαίρεις εὐπατέρεια γαμβρέ.
Quippe boni soceri gaudet amore gener.

Exemplum donationis ex intimo affectu, Pyndarus a socero ad generum petit:

Φιάλαν ὡς εἴ τις ἀφεινᾶς ἀπὸ χειρὸς ἐλὼν
Εἶδον ἀμπελα κοχλάζουσαν δεσσῳ, δωρήσεται,
Νεανίᾳ γαμβρῷ πρεπινων
Οἰκόθεν, οἰκάδε.
Tanquam si phialam munifica manu
Spumantem latices purpureos meri
Propinans genero suscipiat socer,
Et donet placiti conjugii novis
Aptum pignus amoribus.

Ubi addit Scholiastes: *Ἕνεκα τῆς ἐμοφροσύνης, ἣν ἔχει ὁ νεανίας πρὸς τὴν τοῦ δωρησαμένου θυγατέρα.* Propter concordem benevolentiam, qua juvenis filiam donatoris prosequitur. Bene est, quod factum ita donandi non prohibetur, sed jus tantum revocandi datur legibus, ut *infra.* Quin nec consocer consocero recte donat, si ambo conjuges sint in potestate donantis & donatarii, *l. 32. § oratio. 16.* Sed hos casus, moribus hodiernis non at-

tendi, facile constat ex eo, quod conjuges hodie nunquam sunt in patria potestate, quæ nuptiis solvitur, ut *alias* dictum & notum est. Sunt etiam consequentiæ prohibitionis ex natura negotii, quoties sub alio titulo id agitur, ut conjux alter ex alterius bonis augeatur: cujusmodi non tantum est acceptilatio & delegatio, qua conjux Debitori suo jubet, ut conjugi solvat, *d. l. 3. §10. & 12.* sed etiam emptio venditio, si res minoris vendatur, ut reliquum gratis habeatur, *l. 5. §5. & l. 7. §6.* Imo quoties id actum est a conjuge, ut alter etsi ad tempus, aliquid commodi perciperet, irritum est quod geritur, *l. 49.* Ergo, nec, si vilius locetur fundus, valebit locatio, *l. 52.* Quid autem? si virum gratis in ædibus suis habitare permiserit, valet donatio, *l. 18.* si minoris locaverit, non valebit? Hæc non cohærent, nisi gratuitam habitationem ad breve tempus intelligas & necessitatis causa; sicut usus servorum & vestimentorum *ibidem* sine dubio accipiendus est. Denique liberalitatis causa inita societas, non valet, *l. 32. §24.* cujusmodi casum & exemplum habuimus *ad tit. pro Socio n. 12. vers. constante matrim.*

3. Idem est, si maritus donaturum sibi rogaverit, ut uxori donaret, tam mortis causa, quam inter vivos, *l. 3. §ult. & l. 4.* Non est idem, si maritus legaturum sibi rogaverit, ut uxori potius legaret, *l. 31. § Quod legaturus. 7. h. t.* Quæ ratio differentiæ maximæ inter legatum & donationem mortis causa? Pomponius ait, *quia nihil ex bonis mariti diminuitur, d. §7.* Sic ut Ulpianus: *quia pauperior non fit, qui non acquirit, sed de patrimonio deposuit*, hoc est submovit, ut ei non accederet. Atqui id ipsum usu venit in donatione nondum facta, & in uxorem derivata. Sed ibi locum habet fictio *brevis manus*, qua perinde habetur atque si maritus *accepisset* & rem suam factam *uxori dedisset. d. l. 5. § ult.* Quæ ratio facit, ut in donatione mortis causa, traditione non secuta, idem juris oporteat esse, quod est in Legato. Apud eos populos, quibus æquitas validior est quam Jus civile, forte plus valeat prior ratio sat solida; maritum in causa donationis nondum factæ, nihilo magis pauperiorem fieri, quam in specie legati inspecta fictione brevis manus, nec ideo invidendum uxori, quod mariti benevolentia non ex ejus patrimonio ad illam pervenerit.

4. Quin illa ratio, Donationes ideo esse prohibitas, ne donans fiat pauperior, sententiam hujus instituti plenius detegit. Ergo si transitorium & brevem usum servorum, jumentorum, vestium, domus concesserit, valebit Donatio, *l. 18.* Hinc etiam munera, quæ sunt modicæ præstationes esculentorum, potulentorum; vel strenæ natilitiæ aut novi anni, inter conjuges non prohibentur, *l. 1. § 1. ad L. Jul. Repet.* modo non immodica in genere suo, *l. 31. § 8. h.* Imo talia in infinitum capere licet, *l. 7. § 1. d. tit. ad L. Jul. Repetund.* Quomodo hæc cohærent? In *infinitum*, hoc est, non certo numero præscriptum, ut *in § 4. I. de Hered. inst.* instituere licet unum vel plures usque *in infinitum*; singula tamen ut sint modica munera. Sic etiam donare licet conjugi, ut *honestius se tueatur, d. l. 31. § 8. h.* quo pertinet *lex C. h. t.* ubi, quæ dignitatis causa dantur, accipientem facere negantur locupletiorem. Quippe dignitatis non modo tuendæ, sed etiam adipiscendæ causa, ab uxore donari potest, *l. 40. & seqq. h. t.* quod cave pro moribus hujus seculi accipias, quibus dignitates pretio acquiruntur: spectat ad censum equestris aut Senatoriæ dignitatis, qui Romæ requirebatur, supplendum: Cujusmodi donationes credibile est sæpe dicis gratia esse factas, sub tacita fide restituendi, duntaxat ut Legi satisfieret, quemadmodum hodieque fieri scimus in locis, quibus ad Senatoriam vel decurionalem dignitatem adipiscendam, census est præscriptus. Ad eundem locum pertinent reliquæ donationes, quæ miserationis aut necessitatis habent causam, veluti ad sepulturam, *l. 5. § 1.* ædificandi domum exustam, *l. 14.* dotandi communem filiam, *l. 34.* exilii tolerandi gratia, *l. 43.* At suave est, quod in *l. 25.* habetur, donationem rei alienæ, conjugi a conjuge factam, valere, quia donans rem alienam dando non fit pauperior; de suo non potest esse liberalis, ex alieno fas est? Verum sit hoc ex iis, quæ videntur, non sunt absurda. Donatio rei alienæ inter conjuges facta, valet ita, quemadmodum inter extraneos, sine præjudicio Domini, cum hoc effectu duntaxat, ut usucapiendi facultatem bonæ fidei conjux habeat, *d. l. 25.* Cujac. *18. obs. 15.* Hotoman. *12. obs. 7.* Sed de fructibus rerum donatarum quid videtur? Quorum sicut usurarum valere donationem, etsi donatarius Conjux sit locupletior, scribit Ulpianus in *l. 17.* imo quatenus locupletior est uxor donataria, finito matrimonio fructus sunt restituendi, *l. 8. C. h. t.* Concilia ex *l. 9. § 1. de Donat.* Si fundus sit donatus, fructuum perceptio non habet rationem Donationis; Si vero ipsi fructus sint donati, hæc est donatio, ac inter conjuges facta pro illicita habetur, & repetitioni subjecta

jecta est. Adde Pac. *8. Antinom. 21.* Ex eadem ratione dicendum, mutuas Donationes, quibus alter alterum conjux æquabiliter honorat, sine notabili differentia, non esse prohibitas, quia donantes per illas non fiunt pauperiores, *l. 7. § 2. h. & l. 32. § 14. h.* Ita Peckius *de Testam. Conjug. 8. n. 2.* Mynsing. *2. obs. 33. n. 6.* Gail. *2. obs. n. 7.* Fachin. *3. controv. 8.* Mornac. *in l. 1. h. t.* Diss. Cujac. *in par. C. h. t.* Giph. *in l. 14. C. h. t.* Wissenbach. *hic, n. 8.*

5. Prohibitionis effectus est, quod donatio sit ipso jure nulla, *l. 3. § sciendum. 10. h. t.* scilicet inter vivos. Nam mortis causa donatio, non minus licita est inter Conjuges, quam legata sunt, quoniam exitus ejus confertur in id tempus, quo conjuges amplius non sunt, *l. 9. § 2. & seqq. h. t. & l. 40. de Donat.* Quæ ratio est, quod Socer genero vel nurui, mortis *suæ* causa frustra donare, dicitur in *l. 53. h. t.* quia moriente socero, matrimonium inter ejus filiam & donatarium non erit dissolutum. Inde vero, quod mortis causa viro & uxori donare licet, fluxit hoc jus; quod silentio ad mortem usque firmetur & convalescat* donatio ipsa inter vivos, quasi per modum ultimæ voluntatis, *l. 32. § 1. 2. 14. & 23. l. 24. in fin. h. & l. 25. C. eod.* idque ex oratione Severi & Antonini, quæ ad donationes rerum, id est traditione perfectas, solummodo pertinuit, ad eas, quæ promissione perficiuntur, non spectabat, ut Ulpianus secundum Papinianum orationem Severi interpretatur, *l. 3. h. 3.* Wissenbachius noster alios secutus; quos laudat plures, ex eodem Ulpiano probat, confirmationem illam æque ad donationes stipulatione constitutas, quam traditione perpetratas, spectavisse. I. Profert *d. l. 32. § 1.* ubi dicitur, illa confirmatio *ad omnes* donationes inter Virum & Uxorem pertinere. Ad *omnes?* Ergo & ad eas, quæ stipulatione constant. Non sequitur. Vocabulum *Omnes* heic ad quoslibet actus liberalitatis, etsi proprie donationes non sint, referendum. II. Profert *§ sive autem*, ejusd. *L.* ubi: *universæ donationis;* Est eadem responsio, quæ firmatur ex ipso textu; nam remissio obligationis & acceptilatio, quæ fit donandi animo, etsi donatio non appellatur, morte tamen firmatur; quia non sola promissione, sed reali præstatione ejus quod promissum, impleta fuit liberalitas. Sed gravius obstat *L. 33. h. t.* quæ est ejusdem Ulpiani: *Si stipulata fuerit mulier annuum, id ex stipulatu petere, constante matrimonio, non poterit: sed si manente matrimonio, decessisse maritus proponatur, palo, quia in annuo quoque donatio vertitur, posse dici, Stipulationem confirmari ex Scto.* Difficile dictu est, eundem Ulpianum in re tralatitia sibi ipsi esse adversatum, quod mihi nondum accidit agnoscere, ut idem JCtus sibi ἀμάχως esset contrarius. Alii distinguunt inter orationem Severi in *l. 25.* & Antonini in *d. l. 32. § 1.* ut D. Wissenbach. *ad h. tit. th. u.* Non placet, quia Antoninus habuit orationem suam Patre collega superstite, *d. l. 32. § 1.* cujus idcirco nomen primo loco Senatus Consultum prætulit, adeoque & Severi dicta fuit oratio, neque de pluribus in hanc rem orationibus, Patris & filii seorsim, quicquam memoriæ prodirum est.

Malo responsionem petere ex *§ 1. d. l. 32. Si uxor marito annuum versa vice præstiterit.* Est continuatio similis speciei. Hic agitur de annuo realiter præstito. Dic etiam ita; *In princ.* Annuum non tantum fuisse promissum, sed etiam præstitum. Promissum duntaxat, ait, peti non posse. Quod dein subjicit de confirmatione, id ultro de annuo præstito intelligere voluit, cum satis docuisset, confirmationem ad alias quam rerum donationes non pertinere; idque mox ἀμέσως indicat, cum pergit, *Si uxor marito annuum versa vice præstiterit &c.* Jure novissimo non est dubium, quin tam Donationes promissione constitutæ, quam traditione impletæ, silentio ad mortem usque continuato indistincte confirmentur, *Nov. 162. Cap. 1.* Confirmata morte donantis liberalitas, inde ab initio jure facta censetur, & ad principium suum retrotrahitur, tam quoad fructus, quam quod ad Dominium attinet; modo non excedat summam quingentorum solidorum, aut si illam excedat, insinuata sit Actis Donatio, *l. 25. C. h. t. d. Nov. 162. cap. 1.* qua omissa quid juris sit, ex loco communi Donationis, quem habuimus ad *tit. I. de Donation. n. 5.* petendum. Cæterum id ultro ex his, quæ dicta

* Ita nostro quoque Jure regulariter quidem etiam obtinet, non convalescit tamen donatio Geradæ ab uxore marito in præjudicium cognatæ facta, licet alias mulieres, inter vivos valide Geradam donatione, in liberos vel extraneos conferre, non prohibeantur, *P. 2. C. El. 13. §* Diese donation. *verb.* daß sie durch folgendes Absterben der Frauen nicht bekräftiget wird, non obstante vero hac prohibitione, uxorem marito Geradæ nomine aliquid donare, imo etiam ipsam Geradam, & in Testamento quoque, ei vendere posse, existimat Carpz. *ad d. C. def. 9. fqq. def. 21.*

sunt, liquet; Donantem habere in potestate, revocare donationem, non æque ipsius heredem, *l. 32. § 2.* Sufficit etiam tacita revocatio, per divortium ex ira & cum offensa, nisi reconciliatio intervenerit, *l. 32. § 10. & ult. h. t.* Etiam per venditionem rei donatæ, & quamlibet alienationem; quin & per oppignorationem, non modo si res tradatur, sed etiam per hypothecam, *d. l. 32. § 5.* quod a Justiniano quoad pignorationem abrogatum est, in *d. Nov. 162. med. pr.*

6. Moribus hodiernis quid de hac prohibitione servetur,* inde a *principio* dicere occupavimus. Quæ gentes universalem inter Conjuges societatem sive communionem recepere, non habent materiam Donationis exercendæ; quia quicquid alteri acquiritur, utriusque statim commune fit. Qui tamen inter eas, quicunque sunt in facultatibus nec vota sua præcipitant, Pactis dotalibus a communione recedunt, exceptis reditibus; manifestum est, in ejusmodi populis prohibitæ donationis usum non magis infrequentem esse, quam apud gentes, quæ Lege universa communionem exciuserunt: Sic tamen ut inter ejusmodi Conjuges, donationes earum rerum, quæ ad reditus pertinent, ut si domus vilius locetur & id genus alia, non habeant facultatem. Verum si conveniat, ut quorundam reditus bonorum societati eximantur, aut hæc tota, vel ex parte, cum alterius lucro cessiet, locum inprimis habet hæc sanctio, ut antea dictum est. Denique, si Redituum communio quoque inter conjuges sit exclusa, tum nihil est causæ, quin Jus Romanum hac parte valeat, ut largus alioqui juris abrogandi Grœnewegius, æque statuit *ad pr. d. tit. Codicis.* Est ubi & mortis causa Donationes inter virum & uxorem sunt prohibitæ, quod de Ultrajectinis testatur Vir Cl. Joh. Voet. *ad h. tit. in fin.*

Tit. II.

De Divortiis & Repudiis.

I. Divortii & Repudii differentia. II. Facilitas Juris Romani in dissolvendis Sponsalibus. III. Juris Canonici, utique in sponsalibus de futuro. IV. Quid mores hac parte serant. V. An diversa ratio in sponsalibus, quæ habent tempus incerti eventus. VI. Sponsalia pura, licet de futuro, esse irrevocabilia. VII. An sponsalia pura, contrario partium consensu resolvi non possint.

Sic sunt res humanæ; *Omnia orta intereunt;* ne matrimonium quidem, etsi individuam vitæ consuetudinem continens, hac lege eximitur, non modo illa fatali mortis, quæ est omnium linea rerum ultima, sed & aliis, divortia quæ dicuntur atque Repudia. Divortium inter Virum & uxorem fieri dicitur; Repudium vero sponsæ remitti videtur, quod tamen & in uxoris personam non absurde cadit, ait Lex *101. de V. S.* Nam & uxor repudiari, *l. 12. pr. de Rit. nupt.* & Repudium illi mitti dicitur, in *l. pen. ad L. Jul. adult.* Idem ex *l. 1. § 1. & 2. h.* liquet. Apud Suetonium, Cæsar ut filiam Cinnæ post Juliam inde natam *repudiaret*, nullis Syllæ minis adduci potuit, *vit. Cæs. in pr.* Plane sic habendum; Repudii & repudiandi verbum, sponsis atque uxoribus commune, Divortium his solis, minime Sponsis, esse proprium, *l. 191. de V. S.* Sed nequaquam ut eodem nomine sponsæ nuptæque dimitti possunt, ita jus est idem repudiis atque divortiis. De singulis videamus.

DE REPUDIIS.

2. In Sponsalibus solvendis alia est ratio juris Civilis & alia Canonici, quo hac parte magis utimur. Jure Romano sponsalia quemadmodum solo partium consensu ineuntur, ita pari consensu, imo alterutrius voluntate, dissolvuntur; *Nam alii desponsatæ, renunciare conditioni & nubere alii* liberum esse rescribunt, ut juris notissimi, Diocletianus & Maximianus in *l. 1. C. de Sponsal.* Valerianus & Gallienus Paulinæ, *Liberum est*, ajunt, *filiæ tuæ, si consilium mutare voluerit, nuntium remittere Sponso. l. 2. C. de Repud.* Quam libertatem scilicet, non minus competere viro, indubitatum est. Qua in re sicut veteres omnia formulis complecti solebant, hujusmodi verba probata sunt, CONDITIONE TUA NON UTOR, *l. 2. § 2. h. t.* quæ tamen non fuit

* Nostris moribus, licet donatio Uxori a marito facta regulariter non subsistat; Carpz. *P. C. El. 13. d. 14.* uxorem tamen una cum Curatore, marito judicialiter valide donare, contendit Id. *d. l. def. 16. j.* Schilt. *ad ff. Ex. 30. § 102. seqq.*

solennis

solennis formula verborum, quia & inter absentes commutari possunt, § *ult. d. l. 2.* ideoque & æquipollentia sufficere, non est ambigendum, *d. l. 1. C. de Sponsal.* Sponsaliorum autem ad hunc effectum appellationem sic esse accipiendam, ut ipsum matrimonii Contractum, qui consensu perpetratur, comprehendat, ex iis quæ *supra* de Sponsalibus disputata sunt, cognosci potest; idque nec esse quod miremur, facit eadem divortiorum licentia, quæ in nuptiis consummatis apud veteres fuit, ut mox intelligemus. Jure Civili igitur non est dubium, quin ipse matrimonii contractus nondum consummatus, utriusque vel alterius consensu retractari possit, salva tamen, ut videtur, etsi rarius usu veniat, in id quod interest actione, ratione damni, si quod illatum sit, aut lucri cessantis, *arg. l. 2. de Sponsal.* Postea placuit exigua restrictio; quod Sponsus sine justa causa renuncians, amittat arrham; Sponsa, quæ sui juris & major annis 25. duplicatas restituit; si minor, simplo defungitur, Parentes ad duplum arrhæ tenentur. Excusatio ætatis, ad Sponsos etiam extenditur in *l. 5. C. de Sponsal.* Causæ vero justæ sunt, matrimonium Legibus prohibitum, turpis, prodiga, vel impudica Sponsæ conversatio, religionis diversitas, impotentia, *d. l. 5.* Hactenus de jure Civili.

3. Videamus, quid jure Canonico in sponsalibus retractandis sit receptum. Nota est hujus juris inter sponsalia de futuro & de præsenti distinctio. In sponsalibus de futuro dissolvendis, satis faciles sunt Canones. Rumpuntur enim mutuo consensu, *c. 2. X. De sponsal.* qui textus loquitur *de his, qui de Matrimonio pure & sine omni conditione contrahendo, fidem dederunt;* hi quidem modis omnibus commonendi sunt, ut præstitam fidem servent; si autem se invicem admittere nolerint, datur eadem libertas, *quæ sociis in renunciando, ne quis talem, quam odit, ducat.* Ex quibus, etsi unus dissentiu, Sponsalia rumpi posse dixeris: non tantum si persona sit talis, quæ non nisi de futuro sponsalia conferre possit, de quibus est *Cap. a nobis. 8. X. de Despons. impub.* sed etiam qui purum de matrimonio consensum inierunt, *d. cap. 2.* Quin etiam mulier, quæ juravit se alicui nupturam, monenda potius est, quam cogenda, ut nubat, si nubere renuat, *Cap. 17. D. t. de Sponsal.* Et tamen in *cap. 10. ejusd. tit.* qui juravit se mulierem esse ducturum, compellitur uxorem recipere, & maritali adfectione tractare, nisi rationalis causa obstiterit. Quæ limitatio vel est addenda *d. cap. 17.* vel ego ista conciliare non possum. Rationabiles causæ quænam erunt? Arbitrariæ? Magis est ut sint ejus generis, quales habentur in *cap. 25. De Jurejur.* fornicatio subsequens, lepra, paralysis, oculorum aut nasi ademptio, vel turpius aliquid. In non juratis igitur sponsalibus, dicendum videtur, jure Canonico, non cogi sponsos aut alterum ex illis, ad fidem implendam; sed repudium in patientia tolerandum, *d. cap. 2. & c. 17.* Quando igitur tanta facilitate Sponsalia de futuro in irritum cedunt, non est mirum, si quis alienam de futuro Sponsam, sibi verbis præsentibus despousaverit, hisce de præsenti Sponsalibus, priora de futuro rescindi, *c. 22. & c. 31. d. tit.* Cæterum, si ad verba futuri temporis accesserit coitus præsens, hoc ipso sponsalia de futuro transeunt in Nuptias consummatas, nec amplius resolvi possunt, *c. 15. c. 30. Cap. ult. X. eod. tit.*

4. Sponsalia, quæ de præsenti vocantur, esse ipsum matrimonium, habetur in *c. 25. d. tit.* & vidimus *ad tit. de Sponsal.* nec ideo mutuo consensu dissolvuntur, *c. 3. eod.* nec adeo ob alias causas quam propter quas matrimonium rescindere licet, de quibus *inferius*, dissolvi possunt. Adeo, ut si quis post sponsalia de præsenti cum una contracta, dein aliam sibi despondeat, etsi posteriora concubitu adimpleta fuerint, priora tamen præferenda sint, *c. licet. 3. X. De Sponsa duorum.* Wissenbach. *ad h. tit. th. 5.* ubi plures *citati.* Priusquam ad Divortia progrediamur, pauca de usu eorum, quæ diximus, addenda, vel cum *supra* dictis conferenda. Satis prolixe *ad tit. de Sponsal. n. 10. & præcedenti* in hoc fuimus, ut probaremus differentiam terminationis futuri vel præsentis temporis in Sponsalibus contrahendis, non posse tantum differentiæ momentum inferre, quantum ei Pontifices adscribunt: Sed promissionem matrimonii puram, esse contractum matrimonialem, etsi quis non dixerit, Accipio, sed; do tibi fidem, quod accipiam; Promitto me accepturum te in uxorem. Ideoque ita ex ratione juris & in usu nostro observandum: Qui dixit ad unam, *Promitto me accepturum te in uxorem.* Et ad alteram, *Accipio te in uxorem.* quicquid Jus Canonicum indulgeat, polygamus erit ac ita punietur, ut qui duplex inierit matrimonium, *l. 1. & l. 13. § 1. & seqq. de His, qui infam. not.* Quin si dixerit; *Do tibi fidem, quod te accipiam in uxorem.* & ad aliam, *Accipio.* et concubitum adjecerit, prior tamen actionem salvam ad matrimonium habebit.

habebit. In omnium memoria est exemplum amanuensis ampliſſimi Curiæ noſtræ Senatoris, ad majora deinde provecti, qui cum famula ejusdem habebat Sponſalia futuræ terminationis, nec enim adhuc in ſtatu erant implendi nuptias. Juvenis deinde aliam locupletem puellam ſibi deſponſavit & abduxit, liberosque ex ea procreavit. Prior tamen ſponſa jus ſuum perſecuta & exſecuta, virum per ſententiam Curiæ coegit, poſteriorem uxorem dimittere, & ſe ducere in uxorem, quo facto poſterior alii deinde Viro nupſit.

5. Quin valde dubito, an noſtri Sponſalia inita ab iis, qui jus ſtatim implendi habent, etſi dilata in tempus incerti eventus, a contractu matrimoniali diſtinguerent. Dixerit aliquis ita; Do fidem, *promitto me in uxorem te eſſe ductorum, ubi Doctor, ubi Paſtor alicujus Eccleſiæ, ubi ex India redux factus ero.* Si interea duxerit aliam, videntur in ea ſententia eſſe vulgo, polygamiæ reum eſſe, & a prioribus nuptiis cum alia celebrandis intercedi poſſe, neque deſunt exempla Paſtorum ob ejusmodi commiſſa ſuis locis motorum. An tamen ex ratione juris ſtatuendum ſit, ejusmodi ſponſalia per alia pura non tolli, ex iis, quæ *ſupra* de *ſponſalibus* diſputata ſunt, haud immerito ambigitur. Probavimus enim, in ejusmodi exemplis ſponſalia vere eſſe *futurarum nuptiarum*, hoc eſt, futuri contractus matrimonialis, qui deinceps adhuc ſequi poteſt. Tu dices, obligatio in diem ſtatim naſcitur, imo etſi dies incertus ac ita conditionalis ſit, tamen qui in idem vel ſub conditione promiſit, quamdiu conditio non defecit, retractare non poteſt, cum etiam ſpes obligationis ad heredes tranſeat, modo natura negotii ſic ferat, § *Conditiones. l. 7. Inſt. de Verb. obl. l. 57. de V. O.* Reſpondetur, id eſſe verum de actione in id quod intereſt, ad quod tenetur, qui non ſtat promiſſis, *l. 72. pr. de V. O.* quod etiam de Sponſalibus ejus generis verum ſit. Quin etſi ſiat obnoxius pœnis aut mulctis, qui bina Sponſalia contraxerit, etſi altera ſint conditionalia, non facit tamen ejusmodi promiſſio matrimonium. Proinde ſi interea matrimonium pure contrahatur, maxime ſi impleatur, hoc omnino conſiſtere debet; de altero agatur in id quod intereſt, aut ad pœnam, vel cenſuram. Quod ſi conditio, vel tempus incerti eventus extiterit, jam promiſſio purificata eſt; ſi defecerit conditio, nulla eſt promiſſio; ut & ſi promittens non habeat jus ſe obligandi; etſi poſt conditionem exiſtentem habiturus ſit jus: Veluti, cum filius fam. nuptias promiſerit, ſi quando *pater mortuus fuerit*; vivo patre nulla eſt promiſſio, & aliam conditionem eligere poteſt, § *pen. I. de Nupt.* Eo mortuo, conditione jam impleta, promiſſio pura ſit, teneturque promittens ad fidem præſtandam, *arg. d. § 6. I. de Verb. Obl.* Jus idem ſe obligandi, negatum intellige etiam perſonis per ætatem matrimonii incapacibus, quibus repudium ſine dubio liberum, vel potius ſupervacuum eſt.

6. Igitur de pura promiſſione non videtur eſſe dubitandum, quin non tantum obligatio inde præſens, etſi verba futurum tempus induerint, producatur, ſed etiam contractus matrimonialis in ſe conſiſtat & perficiatur. Nonne pontifices ipſi ita agnoſcunt? Innocentius III. Brixienſi Epiſcopo, *Poſtulaſti, utrum ex ſolis verbis, & ex qualis matrimonium contrahatur. Nos igitur inquiſitioni tuæ taliter reſpondemus, quod matrimonium in veritate contrahitur, per legitimum ſi & mulieris Conſenſum:* SED NECESSARIA SUNT, QUANTUM AD ECCLESIAM, VERBA CONSENSUM EXPRIMENTIA DE PRÆSENTI. *c. 25. De ſponſal. & matrim.* Videtur matrimonium ſtatuere in conſenſu puro; Sed jure poſitivo Eccleſiæ, diſtinctionem præſentis & futuri temporis introductam eſſe; cum revera jus quæſitum ex promiſſione ſine conditione, vel tempore incerti eventus facta, licet in futurum concepta, ſtipulatori non poſſit auferri. Quare nec ab ejusmodi Sponſalibus, altero invito, recedere licet, *c. 31. X. De ſponſal.* nec quidem mutuo conſenſu, ut ex eodem *textu & c. 1. X. de Sponſa duorum.* probatur evidenter. Vide Wiſſenb. *ad h. t. th. 4.* ac ita jus dicitur, ut expoſuimus ad *tit. De Jurejur. num. 8. Part. II. pag. 874.* Nec adeo pœnitentiæ locus eſt: Nec ſi maxime petat actor vel actrix, qui quæve de facto probat, matrimonium eſſe contractum, impetrare poteſt, ut contra matrimonium judicetur. Hac de re tamen hujusmodi exemplum referam. Caja convenerat Titium de matrimonio, quod contractum aſſeverabat: Titius a fide ſervanda alienus, peregre ſe contulerat neque reſpondebat, ideoque per contumaciam erat condemnandus. Caja videns, ſi condemnationem impetraret, ſe fore impeditam ab aliis nuptiis, nec hoc marito potituram, non urgebat litem, eaque per aliquot annos jacuerat. Deinde ab alio conditionem optatam habere poterat: quam ut amplecti liceret, cauſa priore cadere cupiebat.

bat. Quamdiu enim lis illa pendebat, proxima erat in potentia matrimonii acquirendi, simulque perpetui impedimenti ab aliis conditionibus; petebat igitur a Curia, ut non obstante rei contumacia, ipsius petitio per definitivam rejiceretur. Dubitatum fuit, an concedi posset, quia videbatur esse renunciatio matrimonii illicita. Impetravit tamen, *primo*, quia adfertum quidem, non tamen probatum erat matrimonium, & absque interlocutione probandi causa, talia non definiuntur. Cum igitur mulier nihil probaret, rejici poterat. *Secundo*, quia satis apparebat, virum illam deseruisse, cum animo nunquam ducendi; cujusmodi malitiosa desertio ipsi matrimonio rumpendo sufficiebat. Denique, favor matrimonii, & ne mulier apta proli creandæ in irritum implicaretur, non levis ratio accedebat: ad libellum supplicem *Lollii Harkes d. 28. Aprilis 1680.*

7. Cæterum, an ex ratione Juris Gentium & Divini, Sponsalia pura, id est contractus nuptialis, ne partis quidem utriusque consensu sint revocabilia, mihi, ut ingenue dicam, non admodum liquet. Jus ita dici intelleximus, & recte quasi ex Jure Christiano, vel ideo, quòd Reipubl. nihil in universum magis interfit, quam ut matrimonia frequententur, nec contracta revocentur, *l. 2. de jur. Dot.* Sed ratio, quæ ex legibus Christianis hoc jus invexit, est, quod vir & uxor in unam carnem eademque in ossa redigantur, quod non modo ad animum, sed etiam ad corporum conjunctionem spectare, manifestum est. Quid aliud efficiat, ne regulæ naturales; *unumquodque solvitur eo modo, quo colligatum est, & quæ consensu fiunt, ea contrario consensu resolvi*, in nuptiis obtineant, nihil profertur, nisi hæc regula & doctrina: *matrimonium non facit coitus, sed consensus.* At hæc regula dictat, obligationem fidei conjugalis & vinculum matrimonii, esse contractum & perfectum solo consensu; verum quo minus obligatio consensualis, utriusque diverso consensu retractetur, illa regula efficere non potest. Unitas personarum, carnis & ossium, quæ rescissionem non admittit, sola voluntate animorum non conficitur. Ideoque ab illa sola ratio irrevocabilitatis absolute non proficiscitur, sed hæc venit a conjunctione corporum, ut docet Apost. *1. Cor. 7.* Qua non interposita, mutatio voluntatis ab utraque parte commissa, videtur esse innoxia, quemadmodum si privatim fiat, ut sæpe accidit, pro crimine non solet haberi, sed & conniventia toleratur. Quod tamen non fieret, si post promulgationem & benedictionem Ecclesiasticam, non secuto concubitu, retractatio fieret: Nec enim vigor publicæ disciplinæ tam manifestam rei sanctæ temerationem, silentio ullo modo transmittere posset.

DE DIVORTIIS.

VIII. Origo Divortiorum, & causæ, propter quas bona gratia fiebant. IX. De jure patriæ potestatis in divortiis. X. Causæ divortii communes utrique conjugi. XI. Propriæ contra uxorem & maritum. XII. Quid Jure Evangelico, & Canonico. XIII. An malitiosa desertio, ut ab Apostolo traditur, recipiat, & quam extensionem. XIV. Utrique conjugi par esse jus in his divortii causis. XV. Adulterium videri ipso jure abolere matrimonium. XVI. An parti noxiæ licitæ sint novæ nuptiæ. XVII. A divortii causis distincta Nullitas, ejusque speciem esse impotentiam. XVIII. Corrupta pro virgine ducta, quid juris. XIX. De Separatione mensæ & thori. XX. De morte, & ignoratione mortis.

8. Sed transeamus ad *Divortia*, quorum jus aliud vetus, Romanumque, aliud fuit recentius, Divinum, & moribus hodiernis approbatum. Apud priscos Romanos plus quingentis annis nullum divortii exemplum fuit, quod primum edidit Sp. Carvilius, religionis causa; quod apud Censores jurare coactus fuerat, uxorem se liberorum quærendorum causa habiturum; ea vero quam habebat, ipsi dilectissima, corporis vitio liberos non pariebat, ut refert Gellius *lib. 4. c. 3.* Ab eo tempore paulatim ita invaluit hoc institutum, ut divortiis nihil frequentius fuerit, quemadmodum certe hæc necessitas indivisibilis societatis, ut sunt mores hominum, multis durior accidit, quando nulla societatis in perpetuum coitio, *l. 70. Pro Soc.* quæ moribus etiam bonis, ut discordiarum fomes, adversa creditur, *l. 77. § 20. de Legat. 2.* cujus veritatis experientia, ne quidem in societate Nuptiali deficit. Causæ divortii bifariam distinguuntur; quod alii cum *bona* gratia discedunt, *alii cum ira sui animi & offensa, l. 32. § 10. de Donat. int. vir. & ux.* Causæ, propter quas bona cum gratia solvitur Matrimonium, recensentur in *l. 60. in fin.* cum *seqq. eod. tit.* Sacerdotium, sterilitas, valetudo, militia, senectus; quando propter illas judicabant matrimonium haberi non posse, ideoque

que *bona gratia* matrimonium dissolvebatur, *l. 62. in pr.* Tametsi non semper has causas bonam gratiam habuisse, verisimillimum est, cum sæpe vetulæ tædio sui dimitterentur, quemadmodum Juvenalis *Satyr. 6.* de tali divortio:

Collige sarcinulas, inquit libertus, & EXI.
Jam gravis es nobis & sæpe emungeris, EXI.
Ocyus & propera: sicco venit altera naso.

Quin & mulier eadem libertate causam repudii præstare poterat, *l. 6. h. t.* Nec deerant potentium dominarum servi & liberti, maritos impares, cum uxoribus essent tædio, infectari, nihilo quam vetulas moderatius, τὸ Φρόνημα τῆς γυναικὸς, τὴν δελοπρέπειαν τῶ ἀνδρός, οἰκετῶν ὀνείδη! ὁ πένης ἐκκοδύτης, ὁ ἄτιμος ἐξ ἀτίμων. τί γὰρ ἦλθεν ἔχων; ἃ πάντα τῆς κυρίας; *Superbiam mulieris, servile mariti obsequium! Tandem convitia domesticorum! Egens*, ajunt, *ille, pannis obsitus*, olim, *inhonestus inhonestorum; quid habuit cum veniret? nonne cuncta sunt Dominæ?* Chrysostom. *homil. 75. in Matth.*

9. Quin etiam, si bene conveniret, patres habebant olim jus filias a maritis revocandi, & divortium jure patriæ potestatis imperandi, ut probavimus in *part. 2. Digress. lib. 1. c. 18.* Dein Marcus *Imper.* statuit, non esse permittendum Patribus, ut *bene concordantia matrimonia jure patriæ potestatis turbentur, l. 1. § ult. de Liber. exhib. Nisi magna & justa causa interveniente, Pater hoc fecerit, l. 5. C. de Repud.* ubi Marcus novi juris auctor laudatur. Proinde si filia metu, reverentia, nimiove mariti amore, nullo pacto se a Viri omnibus flagitiis cooperti consuetudine divelli patiatur; pater hodieque sine voluntate filiæ nuptias dissolvere, eamque domum adducere potest, jure, inquam, Codicis; etiam jure novissimo, si causæ divortii sint legibus probatæ, de quibus porro videamus.

10. Jure novissimo Justiniani, causæ Divortii probatæ, sunt vel communes utrique conjugi, vel propriæ singulis. Communes sunt quatuor; Prima Adulterium, *l. 8. § 2. & 3. h. t.*

SCHOLIUM.

Sed adulterii mentionem non facit Imp. in N. 117. c. 9. respectu Viri. Et qui facere potuisset, cum de jure civili Vir non committat adulterium?

RESPONSIO.

Quid hoc novi, vir non committit adulterium, qui utique adulter? Ipse textus, quo respicit Thomasius, docet contrarium. Adulterium in Nupta committitur, l. 6. § 1. ad L. Jul. adult. *a quo nisi a viro? An quia Vir rem habens cum soluta, non committit adulterium; secus ac nupta cum calibe, an ideo Vir alienam matremfam. corrumpens, non sit particeps communis delicti appellatione? Cur ergo*, ait, *omittitur adulterium inter causas divortii a viro faciendi in* d. N. 117. c. 9.? *Quia satis eo contineri videbatur, quod diverti ab eo liceat, si alias mulieres, invita uxore, domi habeat*, d. c. 9. *idque propter adulterii suspicionem. Quanto magis ob ipsum adulterii crimen?*

N. ADDIT.

Sic ex una lite fiunt duæ. Una, de quæstione, an ex mente Justiniani adulterium a marito commissum, sit causa; ob quam uxor ab eo divertere possit? Altera, an maritus possit committere adulterium? Priorem quod attinet, eam adhuc nego, quia Justinianus recensens causas justas, ob quas mulier divertat a marito, adulterium mariti omisit. Nec juvat Autorem, quasi adulterium mariti comprehendatur sub causa, si alias mulieres invita uxore domi habeat. d. cap. 9. *Id enim plane a Justiniani intentione alienum esse, patet, si quis modo verba Justiniani attente consideraverit. Ait Imperator;* Si quis in ea domo, in qua cum sua conjuge commanet, contemnens eam, cum aliis inveniatur in ea domo manens; aut in eadem civitate degens, in alia domo cum alia muliere frequenter manere convincitur, & semel, & secundo culpatus, aut per suos parentes, aut per mulieres, aut per alias aliquas fide dignas personas, hujusmodi luxuria non abstinuerit: licere mulieri pro hac causa solvere matrimonium. *Jam vide Lector, an hæc causa inserta sit ab Imperatore, ut mulier secedat a marito, solum, ut Autor dicit, propter adulterii suspicionem, quanto magis ob ipsum adulterium. Nam primo inconveniens est, causæ hujus rationem in suspicione adulterii quærere, cum pelices, de quibus agit* d. § 5. c. 9. *etsi non semper, tamen plerumque sint personæ solutæ, cum quibus maritum non committere adulterium concedit. Inde expresse patet, quod Justinianus hic non respiciat ad ipsam actum concubitus, qui alias adulterium facit, vel ejus suspicionem, sed ad consuetudinem conversationis, &, ne uxor cogatur pellicem in una domo vel civitate ferre. Ergo si maritus cum mille aliis extra urbem, ubi domicilium habet, concumbat, imo etiam in ipsa urbe, modo non eam feminam frequentet, vel cæcus palpabit, adversus talem non posse allegari ab uxore istam Justiniani Novellam. Ad secundam quæstionem. Hic mallem, ut Autor ab*

admi-

admirabunda illa quæstione abstinuisset: Quid hoc novi, vir non committit adulterium? *nam idem quod ego, ipse Autor alibi. Vide & Prælectiones & Positiones* ad Inst. de Publ. judic. *ubi Autor docet, adulterium esse corruptionem uxoris alienæ, maritum vero, etsi rem cum virgine, vel vidua habeat, non committere adulterium, sed stuprum, & ita etiam polygamiam ex principiis Juris Civilis non posse considerari ut adulterium. Sed tamen, urget Autor, maritus cum aliena uxore se conjungens adulter est. Quis hoc negaret? Sed quid hoc ad præsentem quæstionem, est tum adulter intuitu mariti illius uxoris, quam violavit, qui potestatem etiam habet, eum accusandi de adulterio. Non est adulter intuitu propriæ uxoris, quæ non habet jus tori, quæ adeo non potest accusare maritum de adulterio. At de adulterio mariti* intuitu uxoris *propriæ, sermo est, quod adeo semper debet subintelligi, etiamsi non exprimatur. Non tamen intercedo, quo minus hæc verba inferantur ad finem Scholii ad præcludendas in posterum ejusmodi cavillationes. Habes autem simul jam rationem, cur Justinianus ex hypothesi Juris Romani non potuerit uxori concedere divortium, ob concubitum mariti simplicem, etiam cum alia uxore, quia scilicet uxor non habens jus tori, non potest etiam conqueri de toro violato, & illata sibi injuria.*

Secunda communis causa est: crimen perduellionis, aut ejus reticentia. Tertia: Insidiæ alterius vitæ structæ, *d. N. 117. c. 8. & 9.* Quarta communis causa est: consensus partium, quem ut divortii causam improbaverat Justinianus in *Nov. 117. c. 10.* Sed nepos ejus Justinus II, eam causam reduxit in *N. 140. c. 1.* ubi: Θεσπίζομεν ἐξεῖναι κατὰ τὸ παλαιὸν τὰς ἐκ συγκινέσεως διαλύσεις ἐπὶ τῶν γάμων ποιεῖσθαι: *Sancimus, antiquo more divortia per mutuum consensum facere licere,* addita ratione, quia nuptiæ fiunt ἀμοιβαδὸν, *consensu mutuo;* Proinde easdem εἰκότως ἐναντία γνώμη κατὰ συγκίνησιν διαλύει, *Contraria sententia per consensum merito illas dissolvit.* Thomasius monet, addendam fuisse quintam communem causam, quæ est Mors, *Scholio ad posit. 9. h. t. lit. f.* Sed agimus de divortio, non de modis finiendi matrimonium. Mors autem non est, opinor, causa divortii.

N. ADDIT.

Ita opinor & ego, & omnes, qui non gerunt cerebrum in calcaneo. Stipes fuissem & supinissime negligens, si dixerim, mortem addendam esse causis divortii communibus. Ubi ergo hoc dixi? in scholio ad posit. 9. lit f. *Tu vide Lector & judica. Positio 9.* Moribus hodiernis sequimur Jus divinum novi fœderis, quo duæ tantum causæ cognoscuntur, adulterium, item malitiosa desertio, quæ fit cum animo non revertendi, per quas vinculum quoque ipsum conjugii dissolvitur, ut e textibus liquet, etsi aliter jure Canonico. *Hic ad verba,* duæ tantum causæ, *adjeceram illud Scholium.* Intelligendum hoc est de divortio, ut quod fit inter conjuges viventes. Nam quod morte solvatur conjugium, non est dubium. (*Vides hic me ipsum mortem a divortio separare. Quomodo ergo possem uno quasi halitu mortem velle addi causis divortii communibus? Ideo vero hoc monitum adjeci, quia in fine positionis mentio fit dissolutionis ipsius vinculi, & communiter tres causæ a Theologis nostris & JCtis afferuntur, quibus vinculum conjugii solvatur, mors, adulterium, & malitiosa desertio, ne videatur Autor duas saltem causas recensens, aliquid novi tradere voluisse.*) Unde huc (*id est ad mores hodiernos & modos divertendi receptos,*) quoque spectabit causa octava ex posit. 9. non mulieri tantum propria, sed & viro competens. (*Erat vero ibi causa octava: si uxor absentem maritum non temere audiverit esse mortuum.*) *Ex his ultimis verbis Autor excusare vult, quasi jusserim mortem tanquam novam causam addendam esse causis divortii marito & uxori communibus. Quanta supinitas ne quid gravius dicam.*

II. PROPRIÆ Causæ, quas Vir habet adversus uxorem, sunt etiam quatuor. I. Si cum viris aliis, invito suo, convivata sit. II. Aut cum illis laverit. III. Si foris pernoctaverit alibi, quam apud parentes. IV. Si ludos circenses aut theatrales, sine Viri consensu, spectaverit, *d. Nov. 117. c. 8.* Contra Virum mulieri proditæ sunt totidem causæ. I. Quando vir uxorem prostituit, vel ejus castimoniæ insidiatur. II. Si uxorem temere adulterii accusaverit. III. Si maritus domum suam, invita uxore, ducat habeatque mulierem, aliasve mulieres. IV. Si foris, at in eadem civitate, crebro aliam mulierem visit, & neque monitus desistat. Hoc enim uxori intolerandum, *d. Nov. 117. c. 9.* Alias divortii causas inter conjuges ne quidem pacto in antecessum constitui posse, docet eadem *lex 8. § ult.* Si ex his causis divortium factum fuerit, Vir quidem statim, mulier post annum, propter incertum uteri, ad alia vota transire potest, *d. c. 8. § 4. in fin.* Non est igitur, quod

quod quis hisce causas putet esse *separationis* mensæ atque thori potius, quam vinculi conjugalis, etsi nos illud equidem mallemus.

12. Unde enim hæc deformis a jure divino, quo duæ tantum Divortii causæ sunt proditæ, Christianis Imperatoribus discrepantia? Merito equidem hæc licentia Pontificibus displicuit, qui tamen nec ipsi τὸ ὀρθὸν usquequaque tenuerunt, in defectu peccantes; dum negant ullas dari causas, quibus ipsum matrimonium, seu vinculum conjugale solvatur, nisi propter quas ab initio nullum fuisse judicatur, qualis est frigiditas & impotentiæ antenuptialis causa, *l. 1. & tot. t. X. de Frigid. & malefic.* Sed vinculum conjugii nec ob adulterium quidem rescindi, statuunt *cap. 3. Caus. 32. Qu. 5. Cap. 2. dict. caus. Qu. 7.* ubi sic habetur: *Licite dimittitur Conjux ob causam fornicationis, sed manet vinculum prioris. Propter quod sit reus adulterii, qui dimissam duxerit, ETIAM ob causam fornicationis.* Diserte contra quam Christus Dominus, qui reum adulterii facit eum, qui dimissam duxerit uxorem, Ἐκτὸς λόγου πορνείας, *extra rationem, sive excepta causa fornicationis, Matth. 5. v. 32. Item εἰ μὴ ἐπὶ πορνείᾳ, nisi ob scortationem, Matth. 19. v. 9.* Pontificios quidem Theologi nostri abunde refutarunt, nominatim Spanhemius *dub. Evang. 159.* Sed alii existimant, Christum Dominum illis verbis non exclusisse omnes præter adulterium causas, sed exempli causa adulterium posuisse, non exclusis aliis similibus, quos inter Bucerus *lib. de regno Christ. cap. 36.* & ex JCtis novissime D. Bokelman. *disput. Inaug. medic. 4. ax. 3.* & alienis licet verbis, Struvius *Exercit. 30. th. 41.* Christum agere censens de privatis divortiis, non de publicis, in quibus a juris civilis laxitate non putat abhorrendum. Sed tutior & verior est communis sententia, Christum in his verbis: *Quisquis uxorem dimiserit, extra rationem scortationis, facit eam mœchari,* satis valide præjudicasse Magistratibus & excludisse causas omnes, ut alia non sit admittenda, nisi ex auctoritate divina; qualem habemus pro malitiosa desertione, de qua Paulus *1. ad Corinth. 7. v. 12. & seqq. Ego,* inquit, *non Dominus;* de quo conflictu vide Spanhemium *dub. Evang. 147. sub fin.* & Wissenb. *h. tit. th. 13.* Loquitur de infideli conjuge fidelem deserente; sed ratio ad omnes pertinet, ἃ δεδούλωται ὁ ἀδελφὸς ἢ ἀδελφὴ ἐν τοῖς τοιούτοις, *In similibus frater aut soror non sunt obnoxii servituti,* v. 15. Atque hæc extensio ab infidelibus ad quosliber, suos conjuges malitiose, id est cum animo nunquam redeundi vel se conjungendi, deserentes,* ubique in Protestantium Ecclesiis recepta est, teste Carpzovio *Jurispr. Consistor. lib. 3. tit. 5. def. 86. num. 15.*

13. Ait Apostolus, Ἐὰν δὲ ὁ ἄπιστος χωρίζεται, χωριζέσθω, *si infidelis separet se, separator.* An separatio præcise tantum respectu habitationis, an vero etiam ratione τῆς συνουσίας, conjunctionis corporum intelligi possit, acerrime disceptatum est Heidelbergæ in exitu anni 1697. & circiter; quo tempore ibi cum agerem, Princeps Elector *Carolus Ludovicus* divortium ex hac causa ab uxore moliebatur; eoque, licet indirecte, pertinebant theses Bokelmannianæ, tum primum januam gratiæ sibi patefacientis. Satis enim constat, Electorem ita contendisse, diu & contumaciter negatam sibi fuisse a conjuge debiti conjugalis copiam, eamque sibi causam fuisse aliam uxorio adfectu tituloque adscitcendi. Si constitisset de diuturnitate temporis, maligno animo, contumacia invincibili, (hæc enim negabantur a parte Electricis. Ille veri, ut ferebant, testandi causa, sacram synaxin in templo majore solenniter celebraverat) jus non usque adeo a finibus veri abhorrere videtur. Major enim est perversio conjugii, ex malitia separare, quod solum facit unitatem carnis & ossium, in qua vis matrimonii consistit, quam si domibus separentur, & difficile dictu est, cur Apostoli dictatum, Ἐὰν χωρίζεται, χωριζέσθω. ἃ δεδούλωται ἀδελφὸς ἢ ἀδελφὴ ἐν τοῖς τοιούτοις. *Qui se subducit, subducat se,* non est *addictus servituti in talibus frater aut soror,* huc applicari nequeat. Non defuere & *alias,* qui occurrente notabili exemplo, quo puella Sponso juncta, cum pertinacissime inde ab initio corporis copiam viro, & quidem ejus, ut testabatur, odio, negaret, si in longum duras-

* De edictali citatione conjugum deserentium, dictum fuit *supra P. II. p. 594.* add. Finckelth. *Obs. III. n. 15.* & Carpz. *P. 3. C. El. 26. d. 26.* Non licet autem parti desertæ novum contrahere matrimonium, antequam per sententiam judicis declaratoriam, prius conjugium fuerit dissolutum. Carpz. *Jur. Consist. l. 2. d. 67 sq.* post quam si desertor vel desertrix in territorio Saxonico deprehendatur, fustigatur & perpetuo relegatur, nisi pars læsa matrimonium redintegrare velit, tunc enim, in honorem matrimonii, pœna fustigationis in pœnam carceris commutatur. *Ord. Matrim. d. an. 1624 punct. 3. pr.*

set

set, divortium peti posse judicarent, & forte petitum fuisset, ni mors prævenisset. His diebus in hac civitate par agit hominum, post prævia Sponsalia comprobata, per sententiam Curiæ coagmentatum, e quibus Vir nec ad lectum, nec ad mensam, nec ad ullam partem consuetudinis mulierem admittit; nec unquam se admissurum dejerat, etsi cohabitationem metu judicis tolerat. Si in hac malitia diu satis perseveret, in tecto parietibusque non videtur esse matrimonium. Sed ejusmodi hominem malitiosæ desertionis reum existimarem: Ut tamen id ipsum aliorum judicio prudentiæque libenter submiserim.

14. Porro in his divortii causis, utrique conjugum par est jus & facultas; Tam uxor quam Vir, Divortium petere possunt, etiam jure civili, *d. l. 8. § 2. & 3. C. h. t. & Nov. 117. c. 9.* Apostolus idem graviter docet, cum utrumque negat τῆ ἰδίᾳ σώματος ἐξουσιάζειν, *proprii corporis habere potestatem, sed alterum esse in alterius potestate, 1. Corinth. Epist. c. 7. v. 4.* de quo ratio vult, etsi Vir cum soluta rem habens, non sit adulter jure civili, ad divortium tamen hoc æque sufficere, quam si mulier cœlibi se committat; imo etsi cum meretrice rem quis habuerit, uxori ad divortium hoc sufficit, quia ex Apostoli ratione, rumpit vinculum matrimonii, unitatem faciendo cum alia. Etsi jure civili hactenus sit dispar a viro uxoris conditio, tantum in hoc, quod uxor virum publico adulterii judicio reum peragere non potest, *l. 1. C. ad L. Jul. adult.* Thomasius *ad posit. 10.* ideirco id ita placuisse putat, quia vir non committat adulterium; sed hoc abunde refutatum est. Fuerit hac in parte, quod ad usum publicæ accusationis, inquam, inter virum & uxorem differentia: cum etiam in ipso crimine sit evidens discrimen, quatenus vir gravius multo, quam uxor, adulterio læditur; primo interpretatione contumeliæ, qua viri ludibrio extremo per uxorum impudicitiam, mulieres e virorum stupris miseratione magis excipiuntur; dein suppositione partus, quam faciunt adulteræ, ut maritus alienæ prolis habeatur pater. Non opus igitur, ut ex fictitia Thomasii ratione, discriminis hujus momentum repetamus.

N. ADDIT.

Meam vero rationem nequaquam esse fictitiam, sufficienter docuit nova additio modo ad initium n. 10. adjecta.

Plura in hanc rem, aliaque habet D. Wissenbach. *ad hunc tit. th. 11.* Idem multis prosequitur hanc positionem, *quod maritus non cogitur uxorem adulteram, licet maxime resipuerit, in thorum recipere, quia pœnitentia non abolet hoc delictum. l. 43. § 4. de Rit. Nupt.* quod proinde respectu uxoris, si vir adulterii convictus gratiam redintegrare velit, statuendum vult eadem ratio. Verum quod is, qui deprehensam in adulterio uxorem retinuit, adulterumque dimisit, lenocinii reus fit, & Lege Julia punitur, *l. 29. in pr. ad L. Jul. Adult.* ad uxorem non extenditur. Nec etiam extra hanc causam videtur maritus prohiberi, adulteram pœnitentem recipere & penes se retinere, *Nov. 134. c. 10.* nec uxori adulteræ adhærere, si malit, quam cedere, fraudi est. Imo quoties reconciliatio intervenerit, expressa vel tacita, divortio renunciatum intelligitur. Et tacita censetur reconciliatio, quando post cognitum adulterium, pars innocens debitum conjugale cum adultero adulterave communicavit, ut servatur & judicatum est apud Sandium *2. 6. 2.*

15. Ex eo tamen, quod Conjuges libertatem habent utendi jure suo vel non utendi, non sequitur, adulterio matrimonium ipso jure non solvi, ut vult D. Wissenbach. ad *h. tit. th. 12.* laudans Bachovium *vol. 2. disp. 6. in fin.* Dicendum potius videtur, essentiam matrimonii consistere in fide conjugii, ac unione corporum rupta, alteroque ad unionem tertii segregato, matrimonium hoc ipso, ante declarationem judicialem rumpi; Ἔσονται οἱ δύο εἰς σάρκα μίαν, *fient ambo una caro.* Ὁ δὲ κολλώμενος τῇ πόρνῃ ἓν σῶμά ἐστιν; *Qui autem scorto se adjungit, una cum illa fit caro.* Ideoque ruptum est vinculum unitatis: quod est matrimonii; Quanquam si de facto dubitetur, judicis opus est declaratione, sicut in omnibus, quæ *ipso jure* dicuntur existere, fieri, notum & necessum est. Verum si res certa & clara sit, detecta ἐν ἔργῳ, confessione, vel re ipsa utero, vel partu indubitata, non opus est expectare judicis declarationem. Potest confestim repudiari, nec erit polygamiæ crimen, si pars innocens aliud matrimonium contrahat, etsi priusquam novas nuptias publice exequatur, Judicis expediat adhibere decretum. Sic vult ratio, nec usus, opinor, abhorret, jus divortii per se existere, facto esse opus ad executionem, cum si tu neges adulterium ipso jure matrimonium solvere, polygamus foret, qui ante sententiam nova vota contraheret. Hinc etiam ad objectiones respondendum. Wissenbachius in contrarium nititur, per *l. 8. C. h. t.* quæ

dicit, *matrimonia non nisi misso repudio dissolvi, in pr.* Quod etiam primum Bachovii argumentum est. Sed jam diximus, quæ fiunt ipso jure, non possunt executione facti carere; si vir adulteræ non mittat repudium, retinet eam, nec ab ea liberabitur. II. Oppon. *N. 117. c. 8. Si de adulterio maritus putaverit, posse suam uxorem convinci, oportet virum prius inscribere mulierem, aut etiam adulterium: Et si hujusmodi accusatio vera esse ostenditur, tunc repudio misso, habere virum super ante nuptias donationem &c.* Resp. Hoc ita facto opus esse, quoties crimen non est manifestum, ut fit in omnibus, quæ ipso jure fiunt, nec potest aliter. Denique, ad obtinenda lucra dotis, aliaque parti innocenti ob adulterium competentia, de quibus heic agitur, semper opus est judicio. Habet aliam rationem in *fin. th. 2. ejusdem Disput.* ubi de sponsa egit; si sponsalia fornicatione sponsæ ipso jure nulla essent, *in potestate foret sponsæ peccando se liberare sponsaliorum nexu, mutet adulterando se a Viro, cujus satietas eam cepit, liberare posset. Quod sine evidenti absurditate dici nequit*, ait ille. Non est opus dicere, nihil in hoc esse absurdi, cum simul pœnæ se reddat obnoxiam, & ipsa Sponsaliorum Nuptiarumque solutio habeat rationem pœnæ adversus nocentem. Sed tu negas illam consequentiam: Etenim executio nullitatis semper est in arbitrio ejus, in cujus favorem introducta est: Qua si uti nolit, res manet in statu; Contractus cum solo pupillo initus, est ipso jure nullus, nec tamen dolo, qui cum eo contraxit, nullitate uti potest *pr. I. de Auct. Tut.* Testamentum, in quo filius fam. est præteritus, est ipso jure nullum, *pr. I. de Exhered. lib.* Si tamen filius acquiescat, convalescit, *l. 17. de Injust. rupt. testam.* Idem de Nuptiis puta; sunt ipso jure nullæ per adulterium; Vir non est polygamus, si statim aliam ducat. Nec tamen ideo si uxorem retinere malit, hæc dicere potest, matrimonium esse nullum, faciendum esse divortium. Quas habet ab illis diversas Bachovius ratiunculas, Lector facile solvet. Primam ejus rationem habuimus. II. Est hæc, *Morbus incurabilis sponsalia vel nuptias ipso jure non tollit, Ergo nec adulterium.* Tu nega consequentiam. Qui enim commune habet moribus in tractu temporis hærens, & cujus exitus vix unquam certus est, cum adulterio, actu transitorio? calamitas cum crimine; malum triste, solat o conjugali maxime egens, cum malo turpi, quo nil matrimonio inimicius? III. Bachovius: *Quia in d. l. 8. & in Nov. 117. c. 9. Adulterium cum aliis causis conjungitur, quæ ipso jure vinculum non solvunt.* Resp. Videnda cujusque causæ natura; Reliquæ matrimonii unitatem immediate non evertunt, sicut adulterium. Conjunctio cum cæteris causis ad exitum divortii pertinet; Nullitas aut rescissio, a diversitate singularum. IV. Quia in *d. l. 8. Mulier jure divertit, si vir cum alia rem habeat, & cum nihil interesse possit, utrum hæc nupta an soluta fuerit, absurdum sit, per stuprum, quod cum hac committitur, ipso jure conjugium solvi.* Resp. Ex interna matrimonii natura, & jure Apostolico, per stuprum, id est coitum cum virgine vel meretrice, matrimonium ipso quoque jure solvi, diximus antea; sed de jure Civili, negatur id quod Bachovius ponit, divortii causam nisi ex eo, quod vir cum alia rem habuerit. Non extat in *l. 8.* sed traditur, si vir ante oculos uxoris cum impudicis feminis cœtus agat, divortio causam dari.

16. Soluto per adulterium matrimonio, consequens erat, utrique novarum nuptiarum copiam fieri, nec eam noxiæ parti, sicubi pœna capitalis adulterio non sit imposita, negari; sed legibus adulterii damnatam, prohibitum est in uxorem ducere, sub pœna Legis Juliæ, quæ olim, ut dictum ad *tit. I. de Publ. jud. n. 6.* relegatione gravior non fuit, *l. 27. §1. ad L. Jul. de Adult. l. 9. C. eod.* Justinianus deinde post quinquennium mulieri ex justa causa repudiatæ novum matrimonium permisit, *Nov. 22. c. 15. §1. & c. 18. in fin.* Nec hoc Statutis sublatum videtur, quibus soli innoxiæ parti nova matrimonii ineundi facultas datur; ut nostris *lib. 2. tit. 11. n. 4. Parti innoxiæ per Magistratum*, ajunt, *causa legitime cognita, permitti poterit aliam ducere vel nubere.* Id enim de eo, quod statim fieri possit, intelligendum: Noxia pars moræ legibus præscriptæ committitur. Sed an ejusmodi Statutum non adversatur ei, quod diximus, Adulterio matrimonium ipso jure tolli? Non videtur: Respiciunt hæc verba effectum novi matrimonii publicum; Promulgationi enim nuptiarum Magistratus, ut *supra* vidimus, animum advertere, & his quidem specialem causæ cognitionem adhibere debent. Cæterum, si quis probationem adulterii uxoris liquidam in manibus habens, sponsalia nuptiasque cum alia contraxerit, hic non erit polygamus, modo antequam eas celebret, judicis consensum impetraverit; idque sæpius usu venit, nec semel ita *consultus respondi.* De malitiosa desertione non est idem dicendum, quod ipso jure tollat matrimonium,

nium, quæ cum fere tractum temporis habeat, atque ex animo derelinquentis colligenda sit, non habet terminos habiles immediatæ nullitatis. Deferenti autem novæ nuptiæ non videntur esse negandæ, ubi desertus vel deserta sese alii conjunxerit; nec prius ullo modo sine crimine polygamiæ: Quia quod malitia desertionis dat causam divortio, non nisi in favorem derelictæ, minime ut desertor liberetur, receptum esse, manifestum est.

17. Porro a causis divortii, de quibus adhuc actum, differunt causæ nullitatis, quando commissum est aliquid contra essentialia matrimonii requisita, veluti cum ante competentem nuptiis ætatem matrimonium est contractum, aut per vim, per dolum dantem causam, sine consensu patris, in cujus potestate sit is cave, qui duxit aut quæ nupsit; denique si ratione sanguinis aut affinitatis illicitum sit matrimonium; his enim casibus cum nec vir, nec uxor, nec dos, nec matrimonium sit, non opus esse rescindi, cum inde ab initio nihil actum sit, docet Justinianus *in § pen. I. de Nupt.* & de causis ad *tit. I. & ff. de Nuptiis* late satis actum est: Hoc solummodo notandum, posse aliquando rigorem nullitatis rescripto Principis ob exquisitas æquitatis aut utilitatis publicæ causas mitigari; maxime propter temporis diuturnitatem, statumque liberorum, ut notabiliter exemplo a Marco & Lucio Imperatoribus est demonstratum, in *l. 57. de Rit. Nupt.* Inter causas vero nullitatis referendum esse mariti impotentiam, *supra* dictum est ad *tit. de Ritu Nupt.* quibus hoc nihil opus est, nisi quod ad executionem, quæ similis est Divortio, pertinet, quando & Justinianus Repudium vocat, quod ex hac causa instituitur in *l. 10. C. de Repud.* ubi conceditur executio hujus cautæ, si maritus ab initio matrimonii per *duos annos continuos uxori minime coire potuerit;* sed hodie triennii potentiam exercere debet, ex ejusdem Justiniani Constitutione *in Nov. 22. c. 6. & Auth. sed hodie. C. d. tit.* Impotentia superveniens post inchoatum matrimonium patienter toleranda, nec separationi quidem habitationis justam causam præbet, ut ubique servatur, & testatur Carpz. *lib. 2. Jurispr. Consist. Def. 200. & 203.* Postremo potest hoc quæri, An sicut mulier triennium expectare cogitur, eadem patientia Viro præstanda sit, forte si tam arcti sit mulier, ut mulier fieri nequeat, quemadmodum loquitur *l. 14. § 7. de Ædil. Ed.* Non videtur.

SCHOLIUM.

Sed poterit citius liberari a tali conjugio, quia nimirum, ut Imperator dicit d. Nov. 22. cap. 6. *exempla non defuerunt, impotentiam in marito cessasse, quod de arcta sperari non potest.* Conf. Carpz. d. l. def. 201. *Idem tamen etiam mulieri concedendum erit, ut triennium non cogatur expectare, si vir ob excessum in quantitate ad congressum sit inhabilis.*

18. Vulgata hujus loci Quæstio est, si corrupta pro virgine ab ignorante ducta sit, (scienti enim nulla querela,) utrum hæc sit nullitas, vel an Divortio sit locus, an neutrum. Non esse nullitatem, quia cum vitiata æque omni ex parte quam cum integra, matrimonium consistere potest, haud dubie statuendum, idque contra Treutlerum, aliosque facile probat Bachovius *vol. 2. disp. 6. th. 6. lit. E.* Super divortio summa quoque varietate disputatur. Pro divortio frequens usus est temporum, teste Carpzovio *Jurisp. Consistori. lib. 2. tit. 11. def. 193. & sequ.* Proque ea sententia militat cum jus Divinum, *Deut. 22. v. 21.* & Canonicum, *can. un. 29. Qu. 1. in fin.* tum ratio, quod sciens talem non præsumitur fuisse ducturus; *Nihil enim magis,* inquit Leo Cæsar hac ipsa de re, *matrimonio adversatur, quod opinio, non veritas copulavit, Nov. 39.* Wissenbachius noster *ad tit. de Sponsal. th. 3.* inclinat in distinctionem Harmenopuli & Patricii Græcorum, ut si mox ab initio vir dedecus spontæ detexerit, ἐν τῷ καιρῷ τῶν γάμων, *in ipso tempore Nuptiarum,* ἐν αὐτῇ τῇ νυκτὶ, *in ipsa nocte prima,* sit viro potestas repudiandi, postea vero οὐκ ἔχει, ajunt, ἐξουσίαν ἐκδιώκειν τὴν γυναῖκα, *non habet jus expellendi mulierem.* Cui sententiæ dedit occasionem id, quod in *Deuteronomio* legitur *d. cap. 22.* Eo quoque respexi in responso, quod retuli in *Jurisp. hodiernæ lib. 1. c. 6. n. 10.* Civis Franekeranus duxerat uxorem, forma, ingenio & moribus, ut videbatur, minime vulgarem; quæ post dies *unum & sexaginta supra centum* a nuptiis contractis, pepererat infantem perfectum & validum. Persuaserant viro bono, mulier, obstetrix, & amor, non esse hoc præter naturam, donec cognati secus inculcarent, qui & repudium urgebant, contra quod ipse, si modo infantem, uxore retenta, agnoscere non cogeretur, emollitus erat. Consultus respondi, de infante nihil esse dubii, cum dies *viginti duo* ab his, qui Legibus requiruntur, deficerent, secundum ea, quæ diximus ad *tit. ff. De Statu*

Hominum. n. 4. Part. II. pag. 548. Divortium vix esse, ut post tanti temporis spatium impetrare posse videretur. Duas enim minimeque plures Divortii causas, probant Ecclesiæ Reformatæ, quas habuimus, adulterium & desertionem malignam; ab adulterio autem hujusmodi stuprum procul abest, ut laudatus etiam Harmenopulus scribit, ἀνάγκη λύεσθαι τὸν γάμον, μὴ κατακρινομένης γυναικὸς ἐπὶ μοιχείᾳ, διὰ τὸ τρὸ τοῦ γάμου πλημμεληθῆναι τὸ ἁμάρτημα. *Matrimonium quidem solvitur, sed adulterii mulier non tenetur, quia peccavit ante matrimonium. lib. 60. tit. 37. in fin.* Secundum hæc in nostra Positione *ult. ad h. t.* scripsimus, esse locum divortio, si ante copulam, vel statim post eam detectum sit vitium, non æque si conjugium sit inveteratum. De Sponsalibus equidem, sive de contractu matrimonii, si quidem eo necdum impleto detecta sit turpitudo, parum credo fore difficultatis; quando & Josephus justitiæ laudatur, quod Sponsam ἐν γαστρὶ ἔχουσαν, *prægnantem*, clam derelinquendam putaret, *Matth. 1.* Quid post celebrationem publicam, & juxta, vel statim a concubitu, servaretur apud nos, vix ausim adfirmare; difficilius sane ejicitur, quam non admittitur hospes. Lex Mosaica, quæ mortem infligit mulieri, ob stuprum antecedens domi Patris admissum, hodie non obtinet. Notas etiam læsæ virginitatis non esse certas, satis constat, ut actus *primanocte e lecto exiliendi*, de quo Harmenopulus *d. loco*, inter homines cordatos usum fidemque non inveniret. Magis igitur est, ut si cui tale quid post Nuptias innotuerit, is forti animo suum malum ferre debeat; quemadmodum, si nobilem, divitem, sanam, modestam opinatus, quædam vel omnia secus experiatur. Jure Canonico, cujus in hac materia non levis, etiam apud Protestantes, auctoritas, præcedentia stupra Nuptias non rescindunt, ne Sponsalia quidem, utique de præsenti quæ vocant, *c. 25. X. de Jurejur. & c. 1. c. 29. qu. 1.* De mariti stupris antecedentibus nulla movetur Quæstio, neque valet heic argumentum a Wesenbecio *ad tit. de Nupt. n. 8. ex Rubr. Quod quisque jur. in alt.* Hactenus enim longe dispar est ratio mulierum, quam virorum, ut nemini obscurum esse potest; Etsi durante matrimonio, *Lex eadem, quæ uxori, sit viro.*

19 Hactenus de vero divortio. Est & aliud instar divortii, quod Jure Canonico est unicum, *cap. 2. & t. t. X. de Divort.* Dicitur, a thoro ac mensa:* Cujus causa præcipua, sævitia immanis mariti, aut procacia intolerabilis uxoris, vel etiam hujus insidiæ contra viri incolumitatem; denique, si, quod plerumque accidit, uterque sit in culpa inimicitiæ atrocis odioque irreconciliabilis, Carpz. *Jurisp. Consist. lib. 2. tit. 11. def. 189. def. 192. & seq.* non aliter tamen quam causa cognita, tentatisque prius omnibus remediis suadendi & compellendi. Sæpe enim usu venit, ut mulieres instituant, sicut in *Menæchmis Plauti* matrona:

Pater, vivere hic non possum neque durare
ullo modo,
Proin tu me hinc abducas.

Ut tamen examinatis cautis, uti illic, tales minime reperiantur. Quamvis etiam uterque conjux segregationem petat, non nisi causa cognita permitti debet. Ideo rejecta fuit petitio conjugum, qui Supremæ Curiæ libello supplice declarabant, se non posse una vivere, separatione opus sibi esse a mensa & thoro, nec posse aliter; ita ad Libellum supplicem cujusdam *Take Eelkes & Aefke Folkerts, d. 1. Jul. 1650.* Quod si abunde constet, de inimicitia capitali, de remediis irritis, nec alius detur exitus, pro extremo remedio non gravatur Curia nostra, ad petitionemque utriusque conjugis, in hoc solo conspirantium, concedere separationem, spe reconciliationis hac via procurandæ. Ita par hominum notabile in hac Civitate decreto Curiæ ad ipsorum supplicationem vidimus separatum; postquam civilis & ecclesiastica in illos centura fatigata, omniaque tentata remedia in irritum ceciderant; cum prius quoque privatim in separationem consensissent, eamque chirographo obsignassent, quo fidem dabant, nunquam redituros in unum, licet extrema alterius paupertate vel miseria, ut mortem funestissimam ambo

* Hæc, cum ad tempus tantum fiat, & secuta reconciliatione iterum cesset, non adimit apud nos etiam conjugi nocenti, id est ei, qui separationi causam dedit, jus successionis statutariæ in bona conjugis defuncti. Moller. *P. 3. Consil. El. 36. n 3.* ibique Carpzov. *def. 15.* Id. *Jur. Consist. l. 2. def. 215.* atque ita *resp. fac. jur. Lipsiens. Mens. Febr. 1711.* Dissert. Berl. *P. 3. Concl. 36. n. 28.* Brunn. *Jur. Eccl. l. 2. c. 17. § 23.* Cæterum, non nisi Magistratus autoritate hujusmodi separatio suscipi potest, si enim privato Conjugum arbitrio & conventione facta sit, utrosque carcere coerceri jubet *Ord. d. Matr. d. punct. 3. § würden.* donec se invicem in matrimonium recipiant. Conf. Carpz. *Jur. Consist. l. 2. def. 211.*

præ-

præoptarent, neque tamen non redierant, successu perverso, ut fere id genus ingenia se habent ἀνιάτως. Ubi res ita constat, non opus est singula in judicio discuti: quæ dedecore & homines & matrimonii secreta cumulare solent. Ideo bene Alcibiades uxorem, apud populum contra verum domestica declamantem, brachiis suis sublatam domum deportavit. Accommodemus huc Ovidii versiculos *de Remed. am. 2.*

Tutius est aptumque magis discedere pace,
Quam petere a thalamis litigiosa fora.
Nec causas aperi, quare divortia malis,
Nec dic quid doleas; clam tamen usque dole.

Quod si alter sine judicis auctoritate secesserit, quid tum ratione redituum & alimentorum juris sit, dicere occupavimus ad *tit. ff. Pro Soc. part. præced. pag. 968.*

2c. De morte nihil opus est monere, per eam solvi matrimonium. Verum si maritus procul & diu absit, neque constet, utrum sit mortuus, an vivat, si mulier nova conditione potiri possit, & cupiat, molestæ quæstionis est, an permitti possit; idque sæpe in his regionibus ob longinquas navigationes usu venit. Quam difficilis explicatu visa sit hæc propositio Cæsaribus, loquuntur textus juris. Nam Constantinus quadriennio elapso, mulieri, quæ nullum sospitatis viri indicium habere potuit, alias nuptias permisit in *l. 7. C. de Repud.* jam antea, quinquennium fuerat definitum, *l. 6. de Divort.* Justinianus tandem ad decennium tempus produxerat, *Nov. 22. c. 14.* Sed postremo, quantocunque tempore vir desideretur, mulier sustinere debet, nisi ille, sub quo militat, responderit, eum vere esse mortuum, idque apud acta judicii cum jurejurando deponatur: Non ut dux, sub quo stipendia facit, juret, sed is, qui illum rogavit, *Auth. Hodie. C. de Repud.* ex *N. 117. c. 11.* Responso ducis æquipollent hodierni apud Societates navigationum Indicarum catalogi publici viventium & mortuorum. His non bene convenit, quod Wissenbachius noster ad *h. tit.* habet *th. 14.* ubi, postquam hæc ipsa tradiderat: *Deficientibus,* inquit, *probationibus, post exactum certum annorum numerum, peractumque edictorum, citationum, denunciationumque ordinem, si non revertatur maritus, non dubitamus cum Paulo pronunciare: Non esse servituti subjectum fratrem &c.* Hæc malitiosæ desertioni conveniunt; Sed minime casu, quo probationes deficiunt, usu veniunt. Tunc enim mulieris est, omni modo & *quantiscunque annis* abstinere, *d. Auth.* Vide tamen & applica, sis, ad hanc speciem, quod habuimus ad *tit. de Probat. & Præsumpt. num. 19.*

TIT. III.

Soluto matrimonio, Dos quemadmodum petatur.

I. An & quando constante matrimonio dos repeti possit. II. Qualis actio detur mulieri. III. Muliere mortua, quid juris in dote adventitia. IV. Quid in dote profectitia. V. Quando cesset repetitio dotis & donat. ante nupt. *VI. Beneficia Mariti respectu hujus actionis. VII. An soluto matrimonio, Dos promissa a marito post mortem liberorum peti possit. VIII. Exceptio dotis cautæ, non numeratæ. IX. Usus earum rerum.*

Dotium usu minus hodie frequente, non esse tantum hujus tituli, quam olim fuit, his temporibus usum, facile præsumetur. Non potest tamen, neque debet ejus expositio negligi; etsi minore digrediendi, vel proprias ex usu rerum observationes & exempla proferendi occasione, licebit nobis esse brevioribus. Rubrica significat, heic agi de repetenda Dote, soluto Matrimonio; namque eo consistente, repeti non posse Dotem, pro ejus sustentatione datam res ipsa loquitur. Excepto casu manifesti periculi, ne mulier indotata fiat, quod accidit per inopiam mariti eo redacti, ut ejus bona doti reddendæ non sufficiant, *l. 24. h. pr. h. t. l. 29. C. de Jur. dot.* idque licet antea viri inopiam non ignoraverit, ut videtur, & defendit Bartolus, eumque post alios secutus Wissenbachius ad *l. 29. C. de jur. Dot.* quia summa ratio, ne mulieres indotatæ fiant, *l. 1. h. l. 2. de jur. Dot.* validior est, quam quod quisque facilitatis suæ pœnam ferre debeat, *l. 3. § ult. Ut in poss. Legat.* E ratione prædicta sequitur, maritum, oblato fidejussore, restitutionem intempestivam dotis evitare posse, *d. l. 24. § 2.* etsi dissentiat D. Wissenbach. *ad h. tit. th. 1. & d. l. 29.* Quin etiam marito ad bonam copiam reverso, dotem ultro esse restituendam, vult ratio *l. 4. § 1. de Muner. & honor.* Gail. *2. obs. 85.* Wissenb. *d. th. 2. in fin.* Eadem dotis amittendæ ratio vult, repetitionem esse dandam; si maritus sit deportatus, *l. 1. C. de Repud.* Denique, si maritus ultro dotem, con-

constante matrimonio, reddere velit, non potest, quia donatio foret, *l. un. C. Si dos const. matrim. sol.* nisi fiat ob causas alimentorum, similesque valde necessarias, *l. 73. § 1. de Jur. Dot.*

2. Soluto matrimonio, dabatur olim actio rei uxoriæ, id est Dotis, quæ erat bonæ fidei; sed pro illa Justiniano placuit actio ex Stipulatu, quam suo arbitratu admodum singulari jure constituit, *in l. un. C. de Rei ux. act.* Nam primo datur & dicitur ex Stipulatu hæc actio, licet inutilis aut nulla stipulatio interposita sit, *d. l. un. in pr.* Eadem est bonæ fidei, licet omnis ex stipulatu actio sit stricti juris, § 2. Habet denique tacitam hypothecam & privilegium, de quibus actum quod satis est, ad *tit. Quib. ex caus. pign. tac. & Qui pot. in pign.* Datur autem hæc actio Mulieri matrimonio superstiti, aut aliis ex Pacto, contra maritum, vel ejus heredes. Mulieri datur, sive divortio, seu morte mariti rupta sic copula, quamvis ipsa non dederit dotem, sed pater, avus, aut extraneus, tametsi mulier ab eo sit exheredata, *d. l. un. §. videamus. 11.* Nam hoc ipso, quod Dos est data, jus ejus mulieri acquisitum est, *l. 7. de Pact. dotal. & l. 7. C. h. t.* Si tamen filia adhuc in potestate sit, (quod hoc seculo in vidua non habet facultatem,) Pater actionem instituit filia consentiente, vel hæc, sub cautione ratihabitionis paternæ, *l. 22. § 4. in fin. & § 5. h. t. l. 34. l. 5. de Legat. 2. d. l. 7. C. h. t.* Emancipata igitur, & *hodie* quælibet Nupta dotem sola repetit, *dd. ll.* Scilicet, vel res ipsas, vel æstimationem, si dos æstimata fuerit, *l. 5. & l. 10. C. de jur. Dot.* cum fructibus rerum ipsarum, post finem matrimonii perceptis; ultimi anni fructibus, pro rata temporis, dividendis, *d. l. un. § cumque. 9.* juxta *l. 6. l. 7. § 1.* de qua videatur Wissenbach. ad *h. tit. th. 20. l. 11. & l. 31. § ult. h. t.* Contra tertium, habet mulier Rei vindicationem, ut domina, vel hypothecariam, pro hypothesi, qua vir dominus statuitur. Ita enim fluctuantem videas Imperatorem in famosa *l. 30. C. de jur. dot.*

3. Muliere mortua, Dos adventitia manebat olim penes maritum, ejusque lucro cedebat. Ulpian. *fragm. tit. 6. § adventitia. l. ult. § pen. Ut legat. nom. cav.* nisi vir uxoris mortem vindicare neglexisset, tum enim in fiscum redigebatur, *l. 20. & sequ. de His, quæ ut indign. l. 27. de jur. Fisc.* Quanquam si vir ipse eam occidisset, ad heredes uxoris pertinebat, *l. 10. § 1. h. t.* Cur tam varie? Quia hoc casu vir dotem plane non acquirebat, ideoque nec a fisco ob ejus delictum publicari poterat. Sed priore casu dotem prius acquisiverat. Constat etiam, si dotis dator pactus esset, eam sibi restitui, idque in continenti, ad hunc reverti Dotem; Sed pactum ex intervallo, dote jam mulieri, quæsita non aliter valebat, quam si hæc consensisset, *l. 7. de pact. dot. l. 20. § 1. eod.* Jure novo Dos adventitia ad heredes mulieris, nisi aliter convenerit, pertinet, *d. l. un. § 6.* Et cum promissiones quoque jus ad heredes transitorium pariant, Dos promissa similiter ab herede mulieris peti poterit, nisi jure vel pacto, Dos soluto matrimonio ad promittentem reverti debuerit; per *d. § 6.* quo pertinet, quod Sandius tradit *lib. 2. tit. 2. def. 6. in pr.*

4. De dote profectitia, muliere mortua, doctrina juris antiqui fuit, eam reverti ad patrem, vel avum paternum; *jure succursum est patri, ut filia amissa, solatii loco cederet, si redderetur ei dos ab ipso profecta, ne & filiæ amissæ & pecuniæ damnum sentiret, l. 6. in pr. de jur. Dot.* Alibi, *Pater profectitiam Dotem potuit petere, si filia constante matrimonio, decessisset. l. 5. de Divort.* Ad virum autem non pertinebat ejusmodi Dos, uxore mortua. Jus hoc patri competebat, eoque casu dos ad heredes transmitti non poterat, nec adeo ad liberos, nisi vi pacti, *d. l. 26. in pr.* cujusmodi Pactum tacite initum intelligitur, si convenerit, ut *in matrimonio sine liberis defuncta filia, Dos retineatur, d. l. 26. § 2.* quamvis aliter D. Wissenbach. ad *h. t. th. 17. vers. objicio. d. l. Inter socer.* Absque pacto, pater qui dotem dedit, eam recuperat, etsi liberi supersint, inquam, *dd. ll.* Durius hoc videtur, cum dos data filiæ dicatur illi acquisita; *l. 7. de pact. dotal.* eam ad liberos non transire. Quæ res facit, ut quamvis in puncto juris, quod ajunt, verius sit quod posuimus, idque pars major Interpp. statuat, in Foro tamen diversum obtinuerit, ut refert Sandius *lib. 2. tit. 2. def. 5.* quam & Schoranus, qui libenter usum fori cum Legibus componit, sequitur in *exam. ad h. tit.* Ad rationes, quibus hæc pars nititur, facile respondet Wissenbachius noster ad *h. tit. th. 17.* nisi quod ad legem *26. § 2. de pact. dot.* nos aliter modo respondimus. Ad *l. 40. h. t.* respondet D. Wissenbach. per emendationem Cujacianam ex Basilicis. Si quis a Florentino recedendum non putet, is videat, an hoc modo respondere liceat. *Post dotem datam & nuptias contractas stipulatus est pater, filiæ voluntate divortio facto, Dotem dari.* Dos eo casu filiæ acquisita fuerat, ut in casu divortii ad illam reverti deberet, *l. 7. de pact.*

pact. dotal. Consensit tamen patri, ne divortio facto dos ad se rediret; sed maternus affectus dictat, eam noluisse patrimonium suum abjicere, in præjudicium liberorum. Ergo, *si conditio stipulationis impleatur*, divortio secuto, & pater statim agere velit, *exceptione summovendus erit*, ut *in fine Legis*, in favorem liberorum, qui extant vel extare possint, & quos filia tacite excepisse videtur. Verum *si postea mulier, sine liberis decesserit, non impediendus pater, quo minus ex stipulatu agat.* Quid valeat præsumptus amor liberorum, in ambiguis conventionum ultimarumque voluntatum interpretamentis, undique constat, & docet *l. 102. de C. & D.* idem in hac materia *d. l. 26. § 2.*

5. Quid restituere debeat maritus uxori, ex natura rerum, quæ datæ sunt in dotem, existimandum: Si dos sit æstimata, quantitas æstimationis reddenda, *l. 5. & l. 10. C. de jur. Dot.* nisi æstimatio taxandi causa fiat duntaxat, hoc autem agatur, ut res ipsæ restituantur, quod fieri videmus in *l. 69. § cum res. 7. de jur. Dot.* etiam ut optio detur alterutri, *l. 10. § ult. eod. tit.* Si vero species sint datæ, maritus quod inde superest, reddit, neque de periculo, si res attritæ vel diminutæ sint, aut perierint, tenetur, *l. 10. h. t.* Res etiam immobiles, adeoque fundos restituit, ita ut finito matrimonio exstitunt, nec, si deteriores sint, tenetur, si modo dolus & culpa abfuerint. Veluti in fundis habentibus lapidicinas aliasve fodinas, vir excisum marmor acquirit, *l. 7. § si vir. 13. & seqq. h. t.* quod si lapis renascatur, marmor est in fructu, & si fundus melior sit factus, impensas quoque recuperat maritus, *l. ult. de Fund. dot.* Hinc etiam, quando ususfructus specialiter in dotem datus est, vir fructus percipit, & finito matrimonio, usumfructum, sicut est, non fructus perceptos restituit, *l. 7. § 2. de jur. dot.* Atque ita jus illorum locorum satis intricatum, accipi posse videtur. Unde liquet, plus juris habere maritum in dote, cujus fit dominus, quam jure societatis in rebus ab uxore simpliciter illatis, quemadmodum probavimus ad *tit. pro Socio. n. 9. & 10. part. præced. pag. 965. seq.* ubi tamen quod de Reditibus annuis & de usufructu diximus, ex ratione juris, ut nobis videtur, plerisque in foro non probari, indicavimus: qui volunt, Reditus annuos ad vitam, & fructus ex usufructu cedere communioni, nec quicquam inde finito matrimonio, reverti; ac ita post nostrum e Foro discessum ab Amplissimo Senatu judicatum intellexisse, in *causa Johannis Balk* M. D. *Requirentis, contra heredes Remeri Antonii, Requisitos. d. 27. Mart. 1683.*

6. Admittitur jus mulieris in petenda Dote, per adulterium, adde sis, malitiosam desertionem; & juxta Dotem, maritus liberis deficientibus, ex reliquis ejus bonis lucratur summam, quæ tertiam dotis partem æquat: Liberis autem existentibus, & Dos & reliqua bona servantur. Per mariti adulterium, uxor donationem ante nuptias lucratur, quæ una cum reliquis bonis cedit ejus liberis, aut illis deficientibus, uxori jure proprietatis. Sed non capit tertiam donationis partem, ex reliquis mariti bonis, ut virum ex illius bonis capere diximus, verum hujus cætera bona per adulterium in Fiscum rediguntur, *Nov. 117. c. 8. & 9.* Quod de osculo quærit hac parte Wissenb. *th. 22.* nostris moribus non meretur examen. Sed de vidua, quæ intra annum luctus stupro se polluit, notandum heic loci, illam perdere donationem propter nuptias, si Statuto vel pacto apud illam remanserit, *Nov. 39. cap. ult.* & præterea patitur easdem pœnas, quæ infliguntur mulieri intra annum luctus ad secundas Nuptias transvolanti, *d. N.* quas *supra* habuimus ex *l. 1. & 2. C. de Secund. Nupt.*

7. Conventus super Dote maritus, haber duplex Legis beneficium. Primum est, quod res mobiles (immobilibus statim restituendis,) & incorporales, non nisi post annum restituere cogatur, atque deinceps ad usuras teneatur, *d. l. 10.* Nescio, unde Wissenbachius noster ipsius anni, quod marito indulgetur, fructus ad uxorem pertinere contendat, Fachinæum laudans & Zasium *th. 21. h. t.* Rectius, ni fallor, Tuldenus tenet contrarium, nec id obscure e *d. § 7.* colligitur. Est autem hoc qualecunque beneficium in loco annuæ, bimæ, trimæ diei, quibus olim discretæ dilatæque erant pensiones Dotis, *d. § 7.* Alterum mariti beneficium est, quod non teneatur ultra quam facere potest, hoc est, ne egeat, *l. 12. & seq. h. t.* Cui nec renunciare potest, quia contra bonos mores esse videtur, ut maritus ab uxore nudus prostituatur, *l. 14. § 1. h. t.* Socer etiam quando a nuru convenitur, ad dotem ab illo susceptam restituendam, gaudet eodem beneficio, *l. 17. in pr. h. t.* Nam æque socer a genero conventus ad promissam Dotem præstandam, soluto matrimonio, casu quo ad virum pertinet; secus, si tempore matrimonii contra socerum agatur, *l. 21. & l. 22. de Re Judic. juncta l. pen. de jur. Dot.*

8. Non prohibetur igitur gener a socero Do-

tem promissam petere, soluto matrimonio, si modo ad dantem finito matrimonio, non sit reversura, *d. l. 22. & l. peu.* Consequenter, si ad liberos defunctæ mulieris Dos pertineat, ut hodie ad illos pertinet, pater pro illis, aut ipsi dotem a socero vel ab eo recte petunt, *l. 29. § 1. de Pact. Dot.* Sandius tamen *2. 2. 6.* in diversum inclinat, super hac specie: *Titius Filiæ suæ Gajo nuptæ & moribundæ promiserat, se ei Dotis nomine tantumdem daturum, quantum filiæ suæ natu majori dedisset. Filia decessit relicto filio.* Non vocat in dubium Sandius, quin filio isti Dos promissa deberetur. *Sed filius ille paulo post etiam in humanis esse desiit,* herede patre. Quod filio isti fuerat quæsitum jus, hoc ad patrem ejus heredem omnino pertinere videbatur. Sandius tamen contra statuit secutus Tessaurum & Barbosam, idque hac ratione; quod jure Civili Dos profectitia ad Patrem, qui dedit, muliere defuncta redeat: hodie quidem secus esse receptum, ad hoc, ut novum jus esset restringendum ad Dotem datam, & in promissa Dote jure antiquo standum. Sed hæc distinctio multo minus coloris, quam prior sententia valoris habet; scil. jura liberis quæsita in Patrem, ut heredem, transire debuisse. Quibus accedit, quod pater moribundæ filiæ promittens, ad casum post mortem & ad heredes imprimis spectasse videbatur. Hoc etiam movet, non fuisse Dotem illam proprie loquendo, quam pater filiæ moribundæ promitteret; Quippe Dos marito datur, ut supra ad *tit. de Jure Dotium* observatum, *l. 5. § 9. de Jur. Dot. l. ult. C. de Dot. promiss.* Quando autem filiæ datur a parente peculium matrimonii causa, hæc est liberalitas, cui similem parentes filiis maribus nuptias contrahentibus dare solent, quæ sit quidem nuptiarum causa, sed non est *Dos.* Hæc nunquam viris datur; at ista peculia viris æque ac feminis dantur, eodemque nomine vocatur, *Medegifte*, Frisiis *Uitbernsinge*, quasi dicas *Exfiliationem*, expositionem liberorum ad nuptias: Has pecunias a parentibus aliisve acceptas, vir novus & uxor conferunt in unum, & vocantur utrimque *Inbreng*, *Collata bona*, aliena a natura Dotis; nec si Dos vocentur, erunt Dos; Quin sermo noster non habet vocabulum, quo *Dos* exprimatur, vox *Houwelyks-gifte* vocabulum generale est, æque ei, quod viris datur, inquam, ac quod feminis, conveniens. Ergo male Sandius a natura Dotis profectitiæ Romanensis, ad donationem, quam faciunt parentes suis liberis, ut in communionem matrimonii inferantur, qualis erat illa promissio, argumentatur. Quin jam fortius dicendum; quod pater ita se donare professus est filiæ, id ipsi pleno jure acquiri, & ad heredes transire, licet necdum sit traditum; nedum ut dubitari fas sit, an quod a parentibus est traditum, ad liberos eorumque heredes transmittatur, sicut in eam partem Sandius evidenter propendet, *d. lib. 2. tit. 2. def. 6.* Bene est, quod Curia secundum ejus rationes non judicavit, sed generum ideo repulit, quod promissionem a socero factam non satis probaverat, ut refert *in fine d. Decis. 6.* Ex his velim suppleatur aut corrigatur, quod posuimus in *Jurispr. vernac. lib. 1. c. 8. n. 23.*

9. Postremo loco, si Dos non data, sed promissa tantum, sive cauta sit, maritum scilicet, non teneri ad restituendum, satis indubitatum est. Quod si Dotalibus instrumentis sit cautum, ut sit, Dotem esse datam; conventus maritus habet exceptionem non numeratæ pecuniæ, intra annum a soluto matrimonio, si matrimonium non constiterit ultra biennium: Si diutius manserit incolume conjugium, maritus exceptionem intra tres a finito conjugio menses opponere debet; nisi per decennium vixerint una conjuges, tum præsumptio juris & de jure, quod ajunt, est, Dotem, quæ soluta dicitur, revera fuisse præstitam, *l. ult. & Auth. seqq. C. de Dot. caut. non num.* Quod si maritus non conveniatur, idem haud dubie faciendum, quod in exceptione non numeratæ pecuniæ, quæ locum habet in mutuo, fieri solet; ut vel protestatio fiat de solutione non facta, vel condictio instrumenti, quo confessio Dotis acceptæ continetur, ut expositum est ad *tit. Inst. de Liter. Obligat. n. 2.*

10. Hæc equidem in veris dotibus cur hodieque locum habere nequeant, causam non video, * & apud nos servabuntur, per ea, quæ Sandius habet *2. 2. 5.* Sed adsentior Grœnewegio ad *d. tit. C. de Dot. caut. non num.* rarissime fieri ut obtineant, quia veræ Dotes admodum raro con-

* Apud nos ex iis, quæ successione mariti supra *P. I. p. 276.* monita sunt, facile potest constare, dotem, sive profectitiam sive adventitiam, uxore mortua non ad ejus heredes reverti, si in mobilibus consistat, sed, salva tamen liberorum & parentum legitima, marito cedere, add. Zobel. *P. 3. dff. 9. 11. 12.* Carpz. *P. 3. C. 11. def. 31.*

stituun-

ſtituuntur. At quando mulieres petunt ſua bona in communionem illata conjugalem, verius eſt, maritum, qui confeſſus eſt in inſtrumento, quid ab uxore acceperit, non habere exceptionem ſolutionis, vel traditionis non factæ, quam non niſi in terminis Lege ſpecialiter expreſſis dari, conſtat. Non habebit hic etiam locum dilatio annalis, in rebus mobilibus reſtituendis, quam in Dote vidimus. Sed beneficium, ne maritus teneatur ultra quam facere poſſit, etiam in rebus paraphernis habet locum, quia maritus generaliter in quovis contractu habet hoc beneficium, *l. 20. de Re Judic.* heredes mariti non habere idem beneficium, conſtat ex *l. 15. §1. h. t.* Sed vide quæ de exitu Societatis conjugalis, & repetitione rerum ab altero conjugum illatarum diximus ad *tit. D. Pro Socio. ſub fin.*

Pro COROLLARIO materiæ dotalis, addere placet; eſſe quoddam genus Dotis neceſſariæ, ſine matrimonio; Quando ſtuprator Virginis, qui habet electionem, ut ducat aut dotet, ex *Cap. 1. X. de Adult.* quod univerſali conſuetudine receptum eſſe, teſtis eſt Sandius *2. t. 10.* & Græneweg. ad *tit. I. de Publ. Jud. §4. n. 14.* aliique illic citati auctores: quando is, inquam, dotare mavult. Sed de quantitate Dotis illius quæritur; Plus dandum videbatur inopi, quam locupleti, ſed contra inſtituitur. Nam quia mulier omnia ſua bona in dotem dare poteſt, ut *ſupra* intelleximus, hinc ſtuprator tantum dotis dare cogitur, non modo quantum Pater ultro ei dediſſet, ſed omnino quantum ipſa in bonis habet, ut Statutis Friſiæ cautum *l. 2. tit. 11. n. 2.* Sand. *def. 10. fin.* ubi aliquando etiam computatam fuiſſe hereditatem expectatam parentum narrat; quod poſtea diſplicuerit, ob incertitudinem futuræ ſucceſſionis. Ejus loco deinde computata fuere, juxta bona, quæ in præſenti haberet, id quod Parentes ei in dotem dare poſſent, aut pridem aliis liberis dediſſent, ut ſervatum in cauſa *Foppii N, cum filia, contra Pierium Dijes. ante magnas ferias 1629.* idque deinde ſervatum. Inter bona præſentia tamen non eſt computata Donatio, quam matertera corruptæ Virginis ei fecerat, forte quod augendæ Doti adfectata videretur, in cauſa *Annæ Johannis, contra Annæum Veltriel. d. 20. Decemb. 1625.* Cur alioqui bona donata, ſi fraus abſit, non æque ad calculum totius patrimonii accedere poſſent, ratio nulla videtur. Cæterum viduæ, licet honeſtæ, conſtupratæ, non debere hoc augmentum, plerique ſtatuunt Interpp. & noſtra Statuta nominatim de Virgine loquuntur *lib. 1. tit. 4. in pr.* Sandius *d. loco.* An concubinæ, quæ domeſtica conſuetudine pro uxore habetur, idem debeatur, deciſum non reperio. Videtur tamen, ſi virgo fuerit & expulſa, deberi. Suffragatur Statuti noſtri Rubrica quarta *lib. 1. De Concubinis*, ubi mox de illa dote ſubjicitur. Opp. Concubinæ moribus Chriſtianis, major & turpitudo, quam puellæ, cui ſemel obreptum. Adde, quod verba Statuti in factum concipiuntur, *een Maegdeken deflorceert en ſchendet*, non in ſtatum vitæ longiorem. Reſp. Concubina primo fuit virgo, & deflorata eſt; nec additum eſt, ſemel an ſæpius. Si tamen virgo, cauſam dediſſet ſtupro, vel concubinatui, Virumque ſeduxiſſet, non haberet jus petendi dotem, *d. tit. §ult.* nec ſi *pellex* fuerit virgo. De polygamia noſtri quoque ſtatuerunt; Si quis cum duabus matrimonium contraxerit & cum ſecunda quoque rem habuerit, ad hanc ſimiliter dotandam tenetur. Quin etiam, ſi mulier idem commiſerit, hæc eadem mulcta adficitur, hoc eſt, viro tantum Donativi matrimonialis dare cogitur, quantum vir mulieri ad dotandum dare cogeretur, *lib. 2. tit. 12. art. 2.*

LIB. XXV.

TIT. I.

De Impenſis in res Dotales factis.

I. Impenſæ quotuplices, & quæ reſtituantur. II. Quo ſenſu neceſſariæ Dotem ipſo jure minuant. III. An detur condictio impenſarum poſt reſtitutionem rerum. IV. An impenſæ reſtituantur ultra, quam res in eventu eſt melior. V. Uſus hodiernus.

In reſtituendis Dotibus fiebant reputationes impenſarum, quæ ad perpetuam vel diuturnum rerum Dotalium utilitatem pertinebant, *l. 4. h. t.* Nam quæ ad præſentis an-

ni usum, vel ad fructus percipiendos spectant, cum fructibus compensantur, *d. l. 3.* ut & stipendia & tributa, *l. 13.* Quin nec modicæ impensæ in reparandis ædibus propagandisque vineis curantur, *l. 12.* quia maritus res dotales tueri suo sumptu debet, *l. 15.* Majores autem & durabiles impensæ sunt vel necessariæ, vel utiles, vel voluptuariæ; discrimine & *alibi* commemorato.

2. Necessariæ sunt, sine quibus res durare non poterat, & de quibus neglectis maritus in id quod interest teneretur, *l. 4.* atque hæ dotem minuere dicuntur, id est quantitatem ejus. Proinde si Dos in quantitate consistat, sive pecunia ab initio data, sive res æstimatæ fuerint, quantitas immediate fit tanto minor, quantum est impensum, *l. 5. in pr. h. l. 1. § 4. de Dot. præleg.* si vero in corporibus inæstimatis Dos consistat, impensa tamen dotem minuebat, non singula corpora, sed universitatem ejus, ut maritus res dotis retinere possit, *d. l. 5. & l. 56. § f. de jur. dot.* nisi mulier intra annum impensas refudisset, ut *d. l. 56. § ult.* quam limitationem adjecisse Tribonianum, censet Cujacius *23. observ. 12.* Hanc igitur retentionem non sustulit Justinianus, *d. l. un. § 5.* Sed non videri esse retentionem, cum Dos imminuta sit, interpretatus est Thomasius, atque in hanc rem adjecit sequens

SCHOLIUM.

Dicit equidem Ulpianus in d. l. 5. *deminutionem dotis proprie in pecunia locum habere, non in corporibus; in corporibus tamen propter impensas desinere fundum esse dotalem, vel totum, vel pro parte, atque adeo marito propterea competere detentionem, scilicet tanquam in re communi. Æmulus Ulpiani* Paulus *contra in* l. 56. § 3. de Jure dotium, *marito quidem Jus retentionis concedit, sed non tanquam in re communi. Negat siquidem, fundum propter impensas, vel pro parte dotalem esse desinere. Cæterum, cum Imperator* in l. un. § 5. C. de rei ux. act. *in genere dicat, propter impensas non concedi retentionem in dote, item necessarias ipso jure dotem minuere, magis videtur Ulpiani sententiæ favisse, quam Pauli. Aliter Doctores Paulum cum Ulpiano conciliant.* Vide Strauch. III. 15. Willenb. h. t. th. 2.

RESPONSIO.

Pauli & Ulpiani nomina, Thomasio in contineuti malum omen & ideam ingerunt antinomiæ. Nihil opus esse eo recurrere, mox videlimus. Justiniani quæ mens sit in d. l. un. § 5. *dictum est* superius.

N. ADDIT.

Judicet lector impartialis, an nomina Pauli & Ulpiani, an res ipsa summatim in Scholio indicata, antinomiam subesse, persuaserit mihi. Ita Ulpianus: Quod dicitur: necessarias impensas dotem minuere, sic erit accipiendum, (ut & Pomponius ait,) non ut ipsæ res corporaliter deminuantur, ut puta fundus, vel quodcunque aliud corpus: etenim absurdum est, deminutionem corporis fieri propter pecuniam. Cæterum hæc res faciet, desinere esse fundum dotalem, vel partem ejus. Manebit igitur maritus in rerum detentione, donec ei satisfiat, non enim ipso jure corporum, sed dotis fit deminutio. Ubi ergo admittimus deminutionem dotis ipso jure fieri? ubi non sunt corpora, sed pecunia. Nam in pecunia ratio admittit deminutionem fieri. Proinde si æstimata corpora in dotem data sint, ipso jure dos deminuetur per impensas necessarias. Hoc de his impensis dictum est, quæ in dotem ipsam factæ sint, cæterum, si extrinsecus, non imminuent dotem. *Ita contra Paulus:* Quod dicitur: necessarias impensas ipso jure dotem minuere, non eo pertinet, ut si forte fundus in dote sit, desinat aliqua ex parte dotalis esse, sed, nisi impensa reddatur, aut pars fundi, aut totus retineatur. Sed si tantum in fundum dotalem impensum sit per partes, quanti fundus est, desinere eum dotalem esse, Scævola noster dicebat, nisi mulier sponte marito intra annum impensas obtulerit. Si pecunia & fundus in dote sint, & necessariæ impensæ in fundum factæ, Nerva ait, dotem pecuniariam minui. Quid ergo, si mulier impensas marito solverit, utrum cessabit dos, an ex integro data videbitur? cujus manifestior iniquitas in fundo est, secundum Scævolæ nostri sententiam, nam si desinit dotalis esse, poterit alienari. Rursus quemadmodum poterit fieri dotalis, data pecunia? an jam pecunia in dote esse videbitur? & magis est, ut ager in causam dotis revertatur, sed interim alienatio fundi prohibeatur.

Ratione utilium impensarum, Justinianus retentionem prohibuit, ejusque loco dedit actionem mandati, vel negotiorum gestorum, *l. un. § 5. C. De rei uxor. act.*

3. Condictionem impensarum, si Dos a marito, non deductis impensis, *tradita sit*, non dari, scribit Cujacius *23. obs. 11.* & ex eo Struvius *ex. 39. n. 5.*

n. 31. secundum ea quæ habuimus ad *Inst. pag. 109.* Plerique sane eam hic negarunt, Sed Marcellus eam dedit, & Marcelli Ulpianus sententiam propter æquitatem admittendam esse, ait *in l. 5. § ult. h.* Quin & utilium expensarum nomine dari exactionem, habetur in *l. 7. in fin. h. t. item*, de Dote judicium propter impensas dari, in *l. 12.* His verbis potius adducor ut fidem habeam, quam Viris egregiis nude adfirmantibus contrarium. Nec alienus sim hinc etiam colligendi, cæteris bonæ fidei possessoribus, ex æquitate dandam esse ejusmodi condictionem ex ipso jure civili, quæ datur in Dote. Sunt autem utiles impensæ, ut alias dictum, quæ rem faciunt meliorem, *l. 6.* Sed voluptuariæ, quæ tantum ornant speciem, & voluptati serviunt; eæque non pariunt actionem, ne quidem si volente muliere sint factæ, *l. 11. h.* Verum a marito re illæsa, tolli queunt; nisi mulier tollentem pati nolit, quo casu tenetur, scilicet, ad solvendum, *l. 4. d. l. un. §5.*

4. Cæterum, de impensis antehac intellexi-mus, eum, qui bona fide rei alienæ impendit, duntaxat repetere, quatenus res est melior facta; si vero parva impensa, res multo melior facta sit, tantum repetere quod impendit, ut probavimus ad *tit. de Rei Vind. num. 10. part. præced. pag. 771.* Sandius *l. 2. tit. 15. Dec. 4.* An hoc etiam in Dotalibus impensis servandum? De necessariis equidem non videtur; Sed hæ absolute repetuntur, quia dotem ipso jure minuunt, ac efficiunt, ut si tantum sit impensum per partes, quanti fundus est, desinat esse dotalis, *d. l. 56. §3.* non ut alienari possit, sed ut maritus eum tantisper retinere queat, donec ei refusæ sint impensæ, *l. 5. in pr. h. t.* quod, ut dictum, non mutatur in *d. l. un.* nec contraria sunt in *d. l. 56. & l. 5.* secus ac modo Thomasius. Adde Wissenb. *h. th. 2.* De utilibus non est idem dicendum, nisi voluntate mulieris factæ sint impensæ. Absque ejus voluntate repetuntur equidem, si res vere per eas melior, hoc est, universitas Dotis majoris pretii sit facta, *l. 5. § ult. h. t.* sub alia adhuc limitatione, si mulier aliunde habeat, unde solvat; nec enim cogitur vendere fundum dotalem, ad impensas utiles solvendas, *l. 8. h. t*

5. Quod ad usum attinet hodiernum, quibus in locis, & quos inter conjuges obtinet universalis bonorum communio; inter hos de impensis non posse quæri, manifestum est. Sed quia plerumque inter eos, qui sunt in facultatibus & consulto agunt, pactis dotalibus ab illa recedi-tur, siquidem in totum id fiat, habent usum ea, quæ *hoc tit.* traduntur. Si vero salva redituum & acquæstuum communione fiat, ut apud nos ipso jure se res habet, *reparationes ac meliorationes factæ in domo vel prædio unius conjugum, ut acquæstus, in communionem veniunt*, ait ex Charonda Sandius *lib. 2. tit. 5. def. 3. Vers. Reparationes; Quatenus scilicet, res tempore soluti matrimonii melior apparet*, addit Grœnewegius ad *h. tit. in fin.* Adeo ut *quicquid maritus, sive nolente, sive volente uxore, constante matrimonio, sive bene sive male in res alterius impendit, communi conjugum damno cedat*, ait idem *paulo ante*, refertque ita in supremo Hollandiæ Senatu judicatum esse ex Neostadio *de Pact. antenupt. obs. 20.* De utilibus impensis nihil refrager; De necessariis non puto recedendum a jure civili; illas indistincte esse computandas, ut dimidia pars alteri conjugi restituatur; In quibus etiam retentioni, sicut de Dotalibus dictum, locus esse potest; ut plane fundus uxorius per impensas necessarias fieri possit communis, sicut dotales eadem via desinere posse dotales esse, vidimus antea. Fundum habeo uxorium superficie rustica, quæ colloni erat, gravatum; hujus taxationem solvimus. Horreum labens instauravimus aliasque impensas fecimus necessarias tanti valoris, ut jam totus fundus pluris vendi nequeat ac in eum est impensum; nec tamen omnibus illis impensis factis, tanti fundus est pretii, quanti initio matrimonii fuit, nec multo plus dimidia parte mercedis inde modo redigimus, quam percepimus antea. Numquid igitur perdidi impensas illas; uxor soluto matrimonio fundum suum auferet immunem? Minime censeo, verum aut reddat dimidiam impensæ partem oportet, aut fundus ut nunc est, communis existimetur, *arg. d. l. 66. § 3. de jur. Dot. & l. 5. pr. h. tit.* Simul id observetur: Si lapsu temporum fiat, ut post impensas, fundus in exitu matrimonii non sit pluris, quam fuit in principio, id impensarum repetitioni non præjudicare, quin res ut est in se-se, emendata consideretur, & *melioratio* materialis, potius quam *formalis*, ut ita loquar, æstimetur.

Tit. II.

De Actione Rerum amotarum.

I. Quid hæc actio, & prima ejus proprietas. II. Secunda proprietas. III. Tertia. IV. Quatenus heredi & in heredem detur. V. Ad quid detur. VI. Quando cesset hæc actio, & usus hodiernus.

Divortiorum licentia peperit hunc, inter alia, fructum, scil. rerum amovendarum insidias, quibus mulieres in animo habentes dissidium, aut brevi a marito sibi inculcatum iri, *Res Tuas tibi habeto*, dabant operam, ut non nisi rebus illius auctæ dimitterentur. Ad quas repetendas datur actio rerum amotarum. Quæ *soluto matrimonio, conjugum uni datur adversus alterum, ad repetendas res, quæ ab altero, constante matrimonio, Divortii causa*, subtractæ sunt. Verba definitionis tres suggerunt hujus actionis proprietates. Prima, quod solutum oporteat esse matrimonium, ut hæc actio detur; Adversus *eam, quæ fuit uxor*, datur, *l. 1. h. t.* Quamvis enim uxor in rei veritate furtum marito facere possit, furti tamen actio non modo adversus eam cessat omnino, *d. l. 1. & l. 3. § 2.* sed ne hæc quidem circumductæ locutionis actio, quæ nec infamis est, durante matrimonio datur, verum condictio simplex, in *l. 25. h.* aut in factum actio, *l. 2. C. h. t.* quæ tamen & ipsa rerum amotarum dicitur, utilis, in *l. ult. § ult. C. de furt.*

2. Secunda proprietas, *quod constante matrimonio res amotæ esse debeant.* Nam si ante contractum matrimonium res sint amotæ, furtum committitur, etsi ne tum quidem furti agatur, sed condictione tantum, *d. l. 3. § 2. dum scilicet uxor est*, ut diserte habet textus. Post divortium vero, quo minus furti agatur, de eo, quod ante matrimonium vel post ejus exitum surripuit, nihil obstat, opinor, etsi aliter alii. Nam Paulus ita infit: *Si post divortium res viri contrectet, etiam furti tenebitur. l. 3. in pr.* Dein subjicit: *sed & cum uxore*, dum uxor est, *furti agere possibile est; si ei, cui heredes sumus, furtum fecit, vel nobis, antequam nuberet, tamen propter reverentiam personarum, in utroque casu furtivam tantum condictionem competere, non etiam furti actionem, dicimus.* De his duobus casibus adversus uxorem, dum est talis, usu venientibus loquitur. De tertio nihil, quam quod de priore dixit, *furti tenebitur*, adfirmat; quod *alios* tefellit.

3. Tertia proprietas hujus actionis; quod res amotas oporteat esse, *divortii causa*, *d. l. 25. Non modo si res lucrandi* animo detineat, sed etiam, si comederit, aut donaverit, modo divortii consilio, *d. l. 3. § 3.* de quo animo si dubitetur, juramento adigi potest, *l. 11. § 1. 2. h.* Quod si morbo gravi, cum mulier de vita mariti desperasset, subreptis quibusdam rebus, abierit, vir, si convaluerit, utilem *amotarum* actionem habet, *l. 11. in pr. h.* viro mortuo, heredes ejus competenti actione res persequuntur, *l. 6. § 1. h. t.* Absque divortii consilio res amotæ, repetuntur a marito rei vindicatione, vel condictione, *l. 24. h.* aut in factum actione, *l. 2. C. h.*

4. Heredibus hanc actionem dari, non est dubium, *l. 21. § pen. h.* In heredes eadem datur, quatenus ad eos pervenit, *l. ult. C. h. t.* quia licet actio sit rei persecutoria, tamen ex delicto est; cujus meritum heredi non convenit; ideoque nec actio in eum datur, nisi quatenus *ex re* venit obligatio; sicut alias probatum, nullam actionem ex delicto, licet rei persecutoriam, in heredes aliter dari, *Præl. ad Instit. tit. de perpet. & temp. act. n. 5. P. I. p. 438.* ne excepta quidem condictione furtiva; nam eam ex delicto non esse, censemus, & dicto loco demonstravimus. Quod igitur hanc actionem dari in heredem, sicut condictionem furtivam, legimus *in l. 6. § 4.* ad τὸ ἔτι, non ad τὸ πᾶς, referendum, ut expositum in *prælect. ad Inst. de Obl. ex del. n. ult.* Adde Wissenbachium *h. t. th. 5.*

5. Intentio actionis primo quidem est, ut appareat, ad restitutionem rerum amotarum; vel si res ipsæ restitui nequeant, ad æstimationem agitur, quanti fuerunt eo tempore, quo sunt amotæ, quod tempus non ponitur in *puncto*, sed ut terminus a quo; nam si deinde res putris fuerit, dum res apud mulierem, vel apud virum, (nam & hic tenetur hac actione, *l. 7.* etsi feminis id vitium sit frequentius, ut *pass. h. t.*) tempore crescat æstimatio, *l. penult. h. t.* tenetur etiam in id quod interest, *l. 21. § 4.* Imo si per contumaciam dolumve res non reddat mulier, tenetur in litem, hoc est, quanti maritus in litem juraverit, *l. 8. § 1. & l. 9. h. t.* juncta *l. 4. § 2. de In lit. jur.*

Æsti-

Æstimationem ubi præstiterit, quasi rem emisset, eam retinere, vel a tertio possessore petere potest, *l. 22. in pr.*

6. Quibus casibus cesset hæc actio, e proprietatibus ejus intelligi potest: Præter eas, nota sis; Compensatione reciprocæ amotionis, in totum, vel pro parte tolli hanc actionem, *l. 7.* Item matrimonio, post divortium redintegrato, *l. ult. h. t: Moribus*, cum actio furti pœnalis & famosa, non detur amplius privatis; sed condictio tantum, sequitur, & hujus actionis a furti actione discrimen evanescere. Contenta tamen ejus sine dubio locum habebunt, si contingat, adulteram aut malitiosæ desertionis ream, expilasse mariti domum, ut a talibus fieri insolitum non est. Nam perfidia, impudicitia, & furacitas, pari fere passu ambulant.

TIT. III.

De Agnoscendis & alendis Liberis, vel Parentibus, vel Patronis, vel Libertis.

I. De agnoscendo & alendo partu, post divortium nato. II. De agnoscendo partu, constante matrimonio edito. III. IV. De plena probatione contra talem filium, tam matrimonii tempore, quam antea conceptum. V. De alendis a parentibus liberis. VI. Onus matris & avorum hac parte. VII. Usus hodiernus. VIII. An alii post parentes cogantur. IX. De his, qui non habent propinquos ad alendum obstrictos. X. Prætextu futuræ paupertatis, non esse arcendos incolas. XI. An aliqua ex alimentis perceptis obligatio nascatur.

Post matrimonialia, de liberis agi consentaneum est. Rubrica duas habet partes, de liberis agnoscendis; & de alendis iisdem, aliisque, se ipsos qui tueri non possunt. Partus agnoscendi usus, venit bifariam, soluto matrimonio, neque non dum consistit. Utroque casu id agitur, ne partus subjiciatur, quo nihil indignius & intolerabilius; ideoque de his, quæ falsum partum subjecerunt, eodem Sćto, quo de partu agnoscendo, cautum fuit, *l. 1. in pr. h. t.* Fuit hoc *Plancianum*, *l. 3. § 1. h. t.* de pœna vero partuum subjectorum, agendi locus est *inferior*, in libris *terribilibus*, quos vocat Justinianus. De agnoscendo partu, post divortium, hoc modo agebatur. Mulier, aut si filiafam. sit, pater ejus, denunciat marito, vel ejus Patri, ipsis, aut ad domum ubi lar est, quæ hospitium vocatur in *l. 1. § 2. h.* qua de re dix. *P. 2. Digress. l. 1. c. 12. n. 3.* idque intra dies XXX. continuos a divortio numerandos, quod prægnantem se putet esse, *l. 1. § 1. & 6.* Si post dies 30. denunciet, cum facilis sit error calculi in talibus, causa cognita, deinde tamen audietur, § 7. Quin si plane omissa sit denunciatio, partui tamen non præjudicatur in quæstione principali, § 8. Denunciatio enim pertinet tantum ad *provisionem*, quam vocant, respectu alimentorum, non ut quod natum est, marim proles habeatur, *d. l. 1. § 14.* Maritus denunciatione facta, si non habeat causam negandi, quod ex se prægnans sit, mittere debet custodes ad ventrem custodiendum, ne suppositio fiat, § 3. Si putet ex se uterum non esse, potest contra denunciare, non esse ex se prægnantem. Quo facto non cogitur agnoscere prolem, nisi vere ipsius fuerit, § 4. In quam rem opus judicio vel principali & pleno, cum quæritur, an suus heres sit, § 12. vel summario, si de alimentis quæratur, *l. 5. § 8. h. t.* Nec si in hoc aliquis sit condemnatus, in altero præjudicatur, *l. 5. § meminisse. 9. h. t.* ut recte, quos noverim, tali judicio damnati, injuriam sibi fieri, quod Patres & adfines vocarentur, præ se tulerint. Si vero maritus nec miserit custodes, neque testatus sit contra, tenetur ad agnoscendum & alendum, *d. § 4.* rursus absque præjudicio veritatis & successionis, *d. § 12. 13. & 14.*

2. De hac autem, pleno judicio deinde quærendum, sive post divortium, sive etiam constante matrimonio partus sit editus; de quo casu cum Planciano Sćto nihil esset cautum, aliud Senatusconsultum Hadriani tempore factum est, *d. l. 3. § 1.* Potest autem filius constante matrimonio natus, negari filius esse, vel jus filii habere, tribus ex causis; prima, si mater negetur fuisse legitima uxor, quo casu præjudicio locus esse dicitur in *d. l. 3. § 4.* quod an non est quartum præjudicii exemplum, præter illa tria, quæ sola agnoscit D. Wissenb. *h. t. th. 11.?* Quæstio principalis ibi est

de

de statu filii; *præjudicialis, an mater ejus uxor fuerit;* cujus decisio præjudicium faciet alteri; quamlibet non necessarium. Potest enim fieri, ut tametsi constet, matrem fuisse uxorem, filius tamen non sit ex marito; Tametsi hæc sit præsumptio & Regula Juris, *Pater est, quem Nuptiæ demonstrant. l. 5. de In jus voc.* Quæ regula valet, quamdiu contrarium non probatur. Contraria probatio conficitur, vel probatione subditi partus, ut ne quidem ex uxore natus, vel quod a marito non sit genitus.

3. Et hoc probatur, si, *verbi gratia,* maritus ab uxore tamdiu abfuerit, ut naturaliter ab eo genitus esse non potuerit: veluti si quis *per decennium absens, reversus amiculum domi suæ offendat, l. 6. de His, qui sui vel al. jur.* Sed qui cum uxore sua adsidue versatus filium ex ea natum agnoscere non vult, ferendus non est, *d. l. 6.* etsi uxoris castitatem fidemque merito suspectam habeat, imo etsi adulteram esse constet, quia fortior est illa præsumptio Legis: *Patrem esse, quem Nuptiæ demonstrant, d. l. 4.* Quæ non nisi plena probatione, revinci potest, artificiali vel inartificiali; hæc per testes aut scripturam, illa per argumentationes necessarias. Qualis procul dubio, illa decennalis absentia in *d. l. 6.* Sed an decem mensium absentia sufficit? Videtur, quia hoc tempus est longissimum, quo partus in utero esse queat, *l. pen. C. de Postum. hered. instit.* Quanquam si matrona procul ab omni suspicione absit, secus multi existimaturi sint, per ea, quæ Sandius habet in *lib. 4. tit. 4. Decis. 10.* & a nobis scriptum est *part. prec. p. 37.* Si causæ in deterius suspicandi extent, facilius absentia decimestris admittetur ad reprobandam prolem, quemadmodum usu venit in causa Leotychidis, Agidis Spartani regis filii. Decimo quo Agis ab uxore Timæa abfuerat mense, natus erat, dum Alcibiades ille famosus luxuriæ artifex egerat Spartæ. Reversus Pater invenit filium, Timæam vero suspectam in Alcibiade, ex domesticis testimoniis. Et compertum erat, ipsam mulierem sæpius filium, Alcibiadis nomine vocitasse. Quare Pater negaverat, eum ex se natum. Moribundus agnoverat filium. Rejectus tamen, & Agesilaus Patruus regno potitus est, Xenophonte teste *lib. 3. Hist. Gr.*

4. Si cui filius nascatur perfectus, ex legitima uxore ante septimum mensem a nuptiis & a primo congressu inchoatum, hunc virum agnoscere & alere non cogi, sæpe dictum est, per *l. 12. de Stat. hom.* In Anglia secus esse moris & juris, scribit Auctor non levis Emmanuel de Meteren: *In Anglia,* inquit, *admodum rigide servatur regula;* Pater est, quem Nuptiæ demonstrant. *Nam si vir ducat in uxorem viduam ignarus prægnantem ex alio viro, infans erit præsentis viri proprius. Similiter, si quis puellam ducat in uxorem, ignorans impletam ab alio, proles erit viri propria & hæres ejus, qui matrem duxit in uxorem.* Ita Meteranus *Hist. Belg. lib. 14. cap. de Legibus & institutis civilibus Anglorum.* quod an etiamnum obtineat, suo loco relinquimus. Idem adhuc obtinere, statuit D. Chamberlanus in *nov. Stat. Angl. c. 18.* In regni utique successione illos non agnoscere infinitam illius regulæ nuptialis vim, nuper abunde significatum est. Non abhorret hinc exemplum, quod *positioni nostræ quarta* subjecit Thomasius, nisi quod auctorem & tempus editum oportuit

SCHOLIUM.

Hinc judicari potest de Decisione in supremo Parisiensium auditorio facta. Mulier quædam a judice Ecclesiastico separationem temporariam a marito suo impetraverat, impotentiam ejus prætendens. Durante vero tempore separationis, ex Titio filium procreat, eumque consensu Titii tandem ex eo prognatum baptizari curat. Postea coram alio judice querelam impotentiæ mariti sui repetit, seque cum Titio copulari petit. Judex rerum antea actarum ignarus, condescendit primis cum maritus mulieris, haud dubie & ipse ab uxore adultera liberari cupiens, se impotentem esse, agnoverit. Jungitur igitur Titio per benedictionem sacerdotalem. At Titii cognati fraudem detegunt ostendentes, maritum priorem impotentiam suam per mendacium agnovisse. Declaratur itaque matrimonium cum Titio nullum. Bene. Sed & insuper filius pendente separatione progenitus; quem mulier ex Titio conceptum affirmaverat; Titiusque ipse consenserat; marito priori, tempore separationis uxorem suam haud frequentanti, adjudicatur. Ratio accisionis quæritur in regula hujus positionis. Jam quid videtur?

N. ADDIT.

Desiderat autorem & tempus Autor. Autoris quidem recordor, unde hæc excerpseram, sed non temporis. Autor idem est, ex quo alium notabilem casum retuli in Scholio ad tit. Inst. de Locat. cond. n. 11. *relato, Lucien Soefve, sive Lucianus Soefvus in nova Sylloge Quæstionum notabilium in Audientus Parlamenti Parisiensis decisarum,* centuria

turia 4. cap. 95. *Contenta hujus libri vide relata, in Actis Eruditorum Lipsiensium* mense Martio & Aprili anni 1685.

Cæterum, si quis omni tempore uteri gesti apud uxorem moratus sit, is Pater est; nisi constet, maritum valetudine aliave causa impeditum tanto temporis spatio cum uxore non concubuisse, ut infans ex eo natus esse non possit, *d. l. 6. de His, qui sui vel al. jur.* Tametsi forte solius morbi probatio non sufficiat, ut visum est aliquando Curiæ nostræ, apud Sandium *lib. 4. tit. 8. def. 10.* Inartificialis probationis, per testes & instrumenta, non ita pridem notabile exemplum in Curia nostra disceptatum est, inter *Thomam van der Mark, & Christinam Taepkens pro se & filio Jacobo van der Mark.* Quæstio erat de hereditate Johannis van der Mark, in Frisia defuncti, cujus se Christina uxorem, & Jacobus filium ferebat. Et quidem illa, tametsi nec sponsalia, nec ducendi ritum, nec promulgationem, aut celebrationem Ecclesiasticam probaret, quorum vir nihil unquam adhibere voluerat, tamen se pro uxore habitam, honoratam, & appellatam, abunde probabat; quod ut jure Civili, ita apud nos, pro jure uxorio & conjugali sufficere, plus semel dictum est. Puerum se peperisse Ultrajecti, dum vir esset in Frisia, probabat per obstetricem aliasque testes, quem a patre quoque pro filio agnitum, satis constabat. Ab altera tamen parte probabatur, ex codice baptisterii Ultrajectini, illo tempore, quo puer natus erat, ex eadem domo oblatum esse baptismo puerum ejusdem nominis, sed ex alia matre, cujus nomen erat additum, propinqua Christinæ. Maritus obstetricis, uxorem fuisse corruptam pecunia & chirographo centum Carolinorum, testatus erat; etsi hic iterum ab aliis ebrietatis & levitatis insimulabatur; quemadmodum utrimque circa testes mirifice perplexabatur ipsa Christina, falsi aliunde convicta, nec boni moris εὐγνώμων. Cum hæc ratio, tum fides testium, & baptisterii publicum inprimis monumentum, fecit, ut Curia filium pro subdititio habuerit, atque ab hereditate excluserit, admissa licet muliere ad jus pauperum viduarum. *ante magnas ferias 1682.* Nuper in alio non paulo magis illustri theatro, probationem immediatæ nativitatis exhibitam vidit mundus; an sic satis fidelem, fama dissulit, *tam ficti pravique ferax quam nuntia veri.* In dubio valere regulam, *Pater est, quem nuptiæ monstrant*, non esse dubium, sine veri præjudicio satis constat *ex prædictis*; nec minus verum *grande præjudicium pro filio, confessionem Patris, l. 1. § 12. in fin. h. t.*

5. Pater igitur liberos suos non modo agnoscere, sed alere cogitur, *d. l. 1. § 14.* atque ad hoc ipsum extra ordinem compellitur, & coercetur, *§ 3. d. l. 1.* Nempe si potest, si extrema egestate non prohibeatur. Nam hac causa poterat olim pater filium suum recens natum exponere, quod antiquitus apud Græcos & Romanos usitati moris fuisse, constat, & probatum a nobis est *Lib. 2. Digress. cap. 5.* ejusque moris vestigia extant in *l. 26. de Manumiss. testam. & l. 16. C. de Nupt.* Sed absque causa egestatis extremæ, vel postquam infans fuit *sublatus*, id est susceptus ad alendum, qui infantem publicis etiam locis aliorum misericordiæ, quam ipse non habuit, exposuit, si infans inde sit mortuus, necasse videtur, *l. 4. h. t.* si vivus servetur, extra ordinem coercetur, *d. l. 2.* Postea Constantinus hanc etiam exponendi ob egestatem licentiam, sustulit, ejusque loco substituit venditionem infantis sanguinolenti, id est recens nati, *l. 2. C. de Infant. expos.* qua de re nos egimus in *d. lib. 2. Digress. c. 5.* Hæc aliter paulo Præceptores nostri D. A. Matthæ. *tract. de Crim. lib. 47. ff. tit. ult. c. 2.* Wissenb. ad *h. t. th. 17.* Moribus, servitute sublata, vendendi licentia quoque sublata est, adeo ut parentes nunc, etsi egentissimi, liberos suscipere & alere cogantur, etsi eleemosynas pro illis sint collecturi; exponentes ea, quæ dicta est, pœna adficientur. Ne quidem a liberis extra matrimonium susceptis, ex adulterio licet, ac incestu, alendis pater excusatur, non obstante *Nov. 89. c. ult.* Ad quam respondimus, & totum hunc articulum absolvimus, in *prælect. ad Inst. p. 270. sq.* ac ita aliquandudum consultus respondi viro, qui in florenti ætate, anu divite ducta, duos ex ejus ancilla liberos sustulerat, quos cum apud matrem diu aluisset, sumptum gravatus destituere cupiebat. Dissent. D. Wissenb. *h. t. th. 16.* & Struv. *Ex. 30. n. 79.* Quin & matri patrem ejusmodi liberos concedere alendos, & sumptum præbere cogi, humanum est, ut Curiæ nostræ visum apud Sand. *lib. 2. tit. 8. def. 1.* In casu divortii per culpam viri commissi, hic etiam matri sumptum ad liberos alendos præbere debet; Si matris culpa sit, Pater liberos servat ac alit; nisi pater sit pauperior & mater locuples, tunc ipsa suo sumptu liberos alere jubetur, in *Nov. 117. cap. 7.* Hæc ita parentibus injunguntur, si liberi se ipsos exhibere nequeant, seu propriis facultatibus, sive opificio, vel ministeriis, *l. 5. § 7. h. t.* Ingratitudo filii

filii gravis, & forte talis, ob quam datur exheredandi facultas, parentem quoque ab alendi onere liberat, *d. l. 5. §11.* Si luxu bona sua perdiderit, tamen alendum esse, ait Struv. *d. Ex. 30. num. 76.* quod est verum, si vere miserabilis sit, non si validus & pauper. Huic recte Apostolicum illud occinetur; *Qui non laborat, non edet, d. l. 5. §7.*

6. Post Patrem, mater ad alendum tenetur, quoniam hoc onus pietatis, non patriæ potestatis est, & quidem vulgo quæsitos sola, reliquos si pater non possit; etiam liberos trimo majores, ait *l. pen. C. de Patr. pot.* siquidem ante triennium per se lacte materno ali soleant. Consequenter & avus maternus, ac avia tenentur, *l. 5. § 14. 5. 6. d. N. 117. c. 7.* scilicet, si liberi de suis bonis ali nequeant. Si vero mater & avia sponte, liberos aut nepotes bona propria habentes aluerint, habent jus repetendi, si hunc animum testatæ sint, aut in rationes suas retulerint impensas, *l. 11. C. de Negot. gest. l. 34. D. eod.* Denique, si dum res filiorum aut nepotum administrabant, eos aluerint, repetendi animum habuisse videntur, *d. l. 34.* Sand. *lib. 2. tit. 8. def. 3.*

7. Moribus hodiernis, universali bonorum communioni, vel saltem societati, quæ ubique viget, lucri atque damni conjugalis, est consentaneum, ut onus alendi liberos commune sit utrique conjugi, ut de Hollandia quoque testatur Grotius *lib. 3. Introd. part. 35. n. 20.* Grœnewegius *ad l. 5. §14. h. t.* D. Joh. Voetius *ad h. t. n. ult.* qui id ipsum adfirmat, si divortium ob alterius conjugis delictum sit factum; ut tamen facile audiendus sit, opinor, conjux innocens, quo, si ipse non nisi ægre liberos exhibere possit, onus illud alteri magis copioso injungatur, *d. N. 117. cap. 7.* Cum hæc res apud nos, ubi societas lucri & damni omniumque onerum & commodorum matrimonialium ipso jure viget, eodem modo se habeat, nec quisquam dubitet, quin & sumptus alendi liberos, societati ac utrique conjugi, partibus æquis imputetur, non intelligo, qua ratione scribat hoc modo Sandius *lib. 2. tit. 8. def. 1. in f. Si filius patrem habeat locupletem*, inquit, *mater ab ipso repetet, quod alimentorum causa*, de quibus ibi loquitur, *in filium expendit.* Accipiebam hoc ita; ut partem dimidiam repeterer, si totum expendisset. Verum hanc interpretationem non patiuntur sequentia Sandii: *Mater enim alimentis præstandi obnoxia non est, si liberi patrem eundemque satis locupletem habeant, l. 5. §14. de Liber. agnosc. l. 43. de Jur. dot.* Ex jure civili, quo totum onus familiæ viro incumbebat, argumentatur ad usum soli & seculi nostri, quo familiæ sustentandæ onus est commune. Refert tamen, ita a Senatu Supremæ Curiæ esse judicatum, quod non potest aliter, quam in casu divortii judicis auctoritate facti, quo cesset communio matrimonialis, intelligi: per consequentiam communionis hac parte inter patrem & matrem infantis, dicendum videtur, Patre vel matre deficiente, Avum aviamque paternos maternosque, sine discrimine sexus aut lineæ, sed pro modo facultatum cujusque, teneri ad alendum. Sed quamdiu alter ex parentibus primi gradus sufficit, ad ulteriores cessio non producitur, eaque ita servantur, ut puto. Liberti olim Patronos alere cogebantur, *l. 5. § 18.*

8. Parentes ad alendum non tantum civili, sed etiam jure & ratione naturali tenentur; quatenus quos procrearunt, iidem ut subsistere queant, præstare debent. Ut vicissim liberi parentes inopes alant, eadem quidem necessitatis ratio non flagitat, pietas tamen & gratitudo id ipsum acerrime commendant, officiumque illud in necessitatem a Lege convertitur, non modo in primis, sed etiam in ulterioribus, utriusque sexus adscendentibus, *d. l. 5. § 2. h.* Fratrem atque sororem, ad alendos se invicem compelli, nusquam certe proditum est; citantur quidem Lex 73. § *ult. de Jur. Dot. & l. 20. D. Sol. matrim.* sed hæ nihil, quam valde æquam & probabilem causam videri, significant. Neque *Lex 4. D. Ubi pupill. educ.* cogendi facultatem probat. Nam quod Tutori alimenta sororis pupilli reputantur, id probabilem justumque fuisse impensam, non ad quam pupillus cogi potuisset, indicat. Idem ad *L. 12. §3. & L. 15. de Administr. Tut. § 2.* tenendum. Etsi per has Leges, & magis per æquitatis rationem, communis est sententia, fratres atque sorores, tam uno quam utroque latere conjunctos, ad alendum cogi posse, probante auctoresque laudante Sandio, *l. 2. tit. 8. def. 2.* Ut tamen in concursu, cum is, qui ab utroque latere junctus est, sufficit, ὁ ἀνέπλεως; prætereatur, per ea, quæ Sandius *ibidem* pro uterinis fratribus disputat. Hoc idem recte, non cogi fratrem aut sororem, qui quæve liberis manibus ipse vel ipsa victum duriter exerceat. Post fratres sororesque, ratio propinquitatis remissior est, quam ut necessitatem & cogendi vim addere possit, adeo ut nec Patruus alere cogatur fratris sui filios, ut Sandius *ibidem in fin.* & Wissenbachius *h. n. 17.* ubi respondet ad argumentum a suc-

ſucceſſione ab inteſtato petitum, quod urget Fachinæ. *Contr. c. 61.*

9. Quid igitur de pauperibus, qui ſe ipſos tueri, vel ex ſuis bonis exhibere non poſſunt, a quibus alendi, ſi quidem fami illos dedere nefas? (Quid ſub alimentis omnino contineatur, videbimus ad *tit. de Aliment. Legat.*) Plane bifariam habentur pauperes; aut in Cœnobiis, aut ſpartis domibus. Cœnobia ſive communes convictus, ſunt varii generis. Xenodochia ſive Hoſpitalia, in quibus hoſpites, ſive peregrini pauperes; *Noſocomia* pro ægrotis; *Orphanotrophia*, pro orphanis; *Brephotrophia*, pro infantibus; *Gerontocomia*, in quibus ſenes; *Morotrophia*, in quibus inſani aluntur. Et de his, qui ad ejusmodi publicas domos pertinent, nulla eſt Quæſtio: Verum multæ id genus non publici & promiſcui uſus, ſed privatæ aut limitatæ diſpoſitionis habentur: De quibus ex cujusque legibus & inſtitutis judicandum. De cæteris ſpartim habitantibus, frequentior ambigendi cauſa & uſus venit. Summa Quæſtio eſt; Ad Rempublicam, an vero ad univerſitates particulares, onus alendi pauperes ſpectet. Receptumque eſt poſterius, ut tamen univerſitates aliæ, quam oppidorum & pagorum, non intelligantur, ſicut in Belgio paſſim obtinuit, Sandius *l. tit. 8. def. 1.* Verum in oppidis & pagis duplex eſt univerſitas, una habitatorum quorumvis, altera Eccleſiarum. Proinde ad has earumque Diaconos remittuntur pauperes, qui conſortes Eccleſiæ ſunt. In quibusdam locis etiam illorum liberi, etſi in plerisque orphani impuberes, ad communitatem pertinent. Quæ tam ad reliquos omnibus proſpiciendum tenentur. Eccleſiæ prohibitæ aut toleratæ, ſolent etiam ſuos alere, cogi tamen non poſſunt, quia non agnoſcuntur, nec habent perſonam ſtandi in judicio. Quæritur eſt, ſi Heterodoxi cum Orthodoxis pactum de alendis pauperibus iniverint, an ad hoc ſervandum cogi poſſint, quia perſona ſtandi in judicio careant. Si Eccleſiæ ſint plane prohibitæ, non videntur poſſe conveniri, cum hoc ſupponat eorum conſtantiam; Verum ſi toleruntur, poterit adverſus eas agi, ut ſtent, quamdiu toleruntur, quomodo curiæ viſum eſt, *inter Diaconos Eccleſiæ Sinceræ, & Inſpectores Eccleſiæ Mennonitarum anabaptiſticæ. ante magnas ferias 1680.* Quia vero creberrimæ ſunt lites inter univerſitates, de pauperibus aliunde ortis & alibi ab inopia deprehenſis, expedit hos aliqua temporis nota diſcerni: In quem uſum Ordd. Friſiæ prudenter *quinquennium* præſcripſerunt. Ut ſi qua perſona vel familia, egeſtate alicubi oppreſſa ſit, & quinquennium illic habitaverit, *ibidem* alenda ſit: quinquennio nondum elapſo, ad locum originis remitti poſſit, *Edicto d. 30. Mart. 1670.*

10. Habent in more poſitum Civitates quædam & pagi, ut homines ſæpe gnavos & inſtrios arceant a finibus ſuis, metu futuræ inopiæ, ſi forte viduas orphanosque relinquant, niſi fidejuſſoribus in futurum caveant; ſed male; neque ex publico bono, quod hominum multitudine enixe promovetur: Neque res humanæ, ut ab omnibus incommodis futuris eximi queant, ita ſunt comparatæ. Proinde nec univerſitas, in qua degunt homines necdum alienæ opis indigi, ſed quibus egeſtas, ut ambulator, appropinquat, alteram, unde oriundi ſunt, cogere poteſt ante quinquennium, ut illos recipiat; Jus enim illud remittendi, non niſi pauperie cervicibus incumbente, naſcitur; ut Curia cenſuit in cauſa *Foppii Gellii cum ſoc. nomine pagi Wirdumenſis, contra Patronos pagi Warregan. ante magnas ferias 1690.* Plura ad hanc rem ſpectantia, contulimus in *Jurispr. hodierna lib. 1. c. ult.*

11. An Alumni ex alimentis perceptis ad aliquid obligantur? Diximus, ſi qui ſponte propinquos patrimonio non deſtitutos aluerint, hos in dubio ad reſtituendum obligatos habere alumnos, atque ſi hunc animum teſtati ſunt, abſolute. Si quis vero egenum ſponte aluerit, pietatis ac eleemoſynæ cauſa feciſſe videtur, nec ideo, licet poſtea locuples factus ſit, adverſus invitum habet actionem, niſi hunc animum teſtatus ſit, *arg. l. 11. C. de Negot. geſt. l. 34. D. eod.* Quod ſi coactus aluerit, an poteſt hunc animum induere, ut ſi deinde alumnus bona conſecutus ſit, idum habeat obligatum & reperat impenſas? De liberis a parentibus altis, certum eſt non poſſe, cum alimenta ipſis, non ſecus ac æs alienum, debeatur, *arg. l. 5. § 15. in fin. de lib. & poſth. teſtam.* Item de parentibus a liberis altis videtur, *arg. l. 15. in pr. eod. tit.* In fratribus atque ſororibus, alia ratio eſſe videtur; quia nec legitimæ petitionem, quæ ad alimenta ſpectat, regulariter habent, nec in legibus usquam neceſſitudis illis imponi dicitur. Quando igitur his fratres injunguntur alendi, videntur ita ſe comparare poſſe, ut ſi aliquando frater abundet, is ad reſtituendum teneatur. Idem de remotioribus, ſi propinquos egenos aluerint, haud dubie tenendum;

dum; Repetere possunt, si de hoc eorum animo constet olim: Aliter non possunt agere, ex pietate eleemosyna præstita. Quod ita de cœnobiis, Diaconis, publicisque pauperum Curatoribus? Repetere possunt ex pacto, Lege, vel Consuetudine: Quæ non solent in tempus post alimenta percepta dirigi; sed frequenter ita, ut si quid pauperibus, dum aluntur, obveniat, hoc ipsis cedat, modo sumptus factos non egrediatur: Hujusmodi consuetudines sunt justæ; magis tamen laudabiles, quæ sortes bonorum propriorum, si quæ sint, orphanis relinquunt, reditibus altores jubent esse contentos. Præterea Respublicæ, aut aliquando privati, solent educare alumnos ad studia. Possuntne petere ab illis, ut sibi deinde ministerium doctrinæ suæ præstent? Non possunt, nisi, ut dictum, ex pacto, vel Lege, qualem heic esse in Frisia, de provinciæ alumnis intelligo. Sicubi nihil legis vel pacti inveniatur, jus commune sequendum. Ea de re exemplum Pastoris Leovardiensis Hagam Comitis vocati, qui fuerat alumnus ejusdem civitatis, ex Nautæ decisionibus retuli, in *Jurispr. vernac. lib. 2. c. 23. n. 39.* Postremo, an heredes eorum, qui alere coacti sunt, tenentur ad continuationem alimentorum? Videntur, utique heredes liberorum, qui parentes aluerunt, eoque magis heredes parentum, qui liberos aluerunt, utique in casu extremæ egestatis, quo coactio ad alimenta locum habet duntaxat, *l. 5. § 17. h. t.*

TIT. IV.

De Inspiciendo Ventre Custodiendoque partu.

Præcedentia Senatus Consulta non habuere locum, si mulier dissimularet vel negaret, se esse prægnantem, *l. 1. § 1.* Quod si contingat, ut post divortium mulier se prægnantem esse neget, Vir aliter persuasus, & Pater esse cupiens, potest mulierem vocare ad Prætorem, & rogare; Si negare perseverat, mittere potest obstetrices ad ventrem inspiciendum; quæ, vel earum duæ si renunciaverint esse prægnantem, custodes apponuntur, *d. l. 1. pr. & § 1.* Si mulier nolit, pignoribus captis, aut mulctis cogi potest, *§ 3.* Aliam vim illi adhibere nefas est, ne quidem ut, dum inspicitur, ventrem invitæ ulla tangat, *§ 10.* Similis exploratio fit, cum mulier, mortuo marito, se prægnantem esse adfirmat, sed quia tum majus vertitur præjudicium agnatorum gentiliumque, per quinque obstetrices mulier exploratur, eo modo, qui prolixe & curiose describitur in *d. § 10.*

SCHOLIUM.

Neque hodie hic titulus plane est inutilis, præprimis in viduis nobilibus. Vid. Hahnium *ad Wesenb. h. t.* Schilter. *Exercit. 39. th. 125. 127.*

TIT. V.

Si Ventris nomine, mulier in possessionem missa, eadem Possessio dolo malo ad alium translata esse dicatur.

Vix opus est pluribus verbis, quam sunt in Rubrica, modo hoc sciamus; Viduam prægnantem mitti a Prætore in possessionem bonorum mariti defuncti, ventris nomine, ut in *pr. l. 1. h.* obiter ponitur, & plenius traditur in *tit. ff. de Ventr. in poss. mitt.* Hæc si impetrata bonorum possessione, dolo malo eam ad alium, qui bona forte dissipet, fructus consumat, neque solvendo sit, transferat; datur actio propinquis mariti, aut substitutis, in id quod interest, perpetua contra mulierem, vel ejus patrem in cujus potestate est, quatenus ille doli particeps sit, aut ad eum pervenerit, *d. l. 1. § 1. & ult. l. 2. § 1. h.* Is vero, in quem translata fuit possessio, per Interdictum ex illis jubetur decedere, *l. 1. § 2.*

TIT. VI.

Si mulier ventris nomine, in poſſeſſione calumniæ cauſa eſſe dicatur.

QUod ſi mulier calumnioſe mentita ſe eſſe prægnantem, prætori ſubrepſerit, ut in poſſeſſionem mitteretur, propinqui aut ſubſtituti agunt in id quod ſua intereſt, actione famoſa, *l. un. §. 3. 6. 7. h.* juncta *l. 15. & ſequ. De his, qui infam. not.* Si mulier, hærede deferente, juraverit, ſe eſſe prægnantem, hac actione non tenetur: Sed de natalibus infantis deinde tamen, ubi natus fuerit, quæri poterit, *l. 1. in pr. h.*

TIT. VII.

De concubinis.

I. Definitio Concubinatus, & an Mariti concubinas habuerint. II. An Concubinatus ſit licitus. III. Concubinatus alia ſpecies, improprie dicta & magis honeſta.

PRoxima Uxori eſt Concubina, quæ cum *Cœlibe* vivit uxoris loco, ſine titulo & dignitate uxoris. Cum *Cœlibe* diximus; Nam quo tempore aliquis uxorem habet, concubinam habere non poteſt, ait Paulus *2. Sent. 20.* Idemque neglectum, ut videtur, denuo ſanxit Conſtantinus in *l. un. C. de Concubin.* De facto, mariti ſæpius amicas ſuas videntur appellaſſe concubinas, quod nomen honeſtius erat, quam amicæ & pellicis, cujus multo turpior erat appellatio, ut eſt apud Gellium *l. 2. c. 3. & l. 144. de V. S.* Præter quod pellicis appellatio cum reſpectu ad uxorem dicitur: Jovis amicæ pellices Junonis. Ita Cicero concubinam vocat, quæ ducta erat a Patrefam. Romæ, qui uxorem habebat in Hiſpania, *1. de Orat.* & cum Marcianus *in l. 3. § 1. h.* per concubinatum negat adulterium committi, maritos habuiſſe concubinas, evidenter ſignificat, quicquid D. Wiſſenbach. ad *h. t. th. 22.* argutetur.

2. Quando tamen concubinatum in jure dicimus permiſſum, de cœlibum amicabus loquimur: quas fuiſſe permiſſas, tam eſt indubitatum quam quod certiſſimum, ut videre licet in *l. 1. pr. § 1. & § ult. l. 3. § 1. h. l. 41. de Rit. Nupt.* quod demonſtratum, atque ab objectionibus vindicatum, *in lib. 2. Digreſſ. cap. 11.* Nec usquam hoc jus mutatum liquet, ex *N. 12. c. ult. N. 89. c. 8.* ubi quod in *pr.* dicitur, naturales veteribus incognitos fuiſſe, id de effectu ſucceſſionis legitimæ eſt accipiendum, per *l. 17. § 4. ad SC. Treb. l. 7. pr. de confirm. tut.* Moribus Chriſtianis, concubina nihilo melior eſt quam vaga amica, & inter naturales atque ſpurios nihilo plus diſcriminis eſt, quam quæ ex certitudine aut incertitudine patris oriatur, quod & Leo in *Nov. 91.* conſtituit. Wiſſenb. ad *h. t. th. 23. 24. 25.* Nec ideo jus Civile; maxime Impp. Chriſtianos defendendos, ſed excuſandos arbitramur, quod veterem vagæ libidinis licentiam, hac concubinatus licentia, cum penitus cohibere non poſſent, circumſcribere maluerint. Nam ejusmodi indulgentiam ex gravi cauſa eſſe licitam, exemplum Moſaicum in divortio, Judæis propter duritiem cordis eorum permittendo, ſatis demonſtrat. Laudare Juris auctores concubinatum, nusquam liquet. Nec id probant verba *l. 1. in fin. pr. h. t. Honeſtius eſt Patrono, libertam habere concubinam, quam Matremfam.* Item quod Libertabus, Patronorum concubinis, *honeſtas matronarum* adſcribitur in *l. 14. de Rit. Nupt.* ut probavimus *d. cap. 11. lib. 2. Digreſſ.* Adde quæ dix. *part. 2. Digr. lib. 1. c. 2. n. 2. & 4.*

3. Eſt & aliud genus Concubinatus, quod pro conjugio haberi poteſt, etſi requiſita quædam & effecta juris civilis ei deſint. Exempli cauſa; Inter ſervum & ancillam, jure Romano contubernium eſſe dicitur, non matrimonium, *l. 3. de C. Inceſt. Nupt.* ubi graviter animadvertitur in decuriones, qui ancillis alienis ſe junxerint, etſi revera ad ipſam matrimonii naturam in tali conjunctione nihil deſideretur: quo pertinet *inæqualis conjugii* appellatio, in *l. 3. C. de Natural. lib.* Matrimonii enim eſſentia videtur adeſſe, quando indiſſolubilis unius cum una conjunctio inita & continuata eſt, ut Grotius diſſerit *lib. 2. de J. B. & P. c. 5. n. 15.* Verum ut talis conjunctio inculpata videri queat, contrahentes id palam præ ſe ferre oportere videntur, ita quemadmodum in exemplis prædictis, uſu venit. Nam ejusmodi clandeſtina conjunctio, licet hoc animo, ut indiſſolubilis ſit, tamen ſi abſit titulus honosque matrimonii, coram Eccleſia ac hominibus non videtur honeſtati, nec ſcopo nuptiarum in liberis, qui illegitimi naſcuntur, ſatisfacere: etſi vulgo

mariage de conscience, matrimonium conscientiæ appelletur. De tali autem conjunctione, intelligi volunt Pontificii Concilium Toletanum, de quo est *can. Is qui. & can. seq. Dist. 34.* Adde Grotium *d. loco & in not.* ubi Augustini auctoritas in eundem finem. Wissenb. *ad h. tit. th. ult.*

LIB. XXVI.

TIT. I.

De Tutela.

I. De Tutela, remissive. II. De Cura similiter. III. De Cura maritali in uxorem & bona ejus. IV. Non posse mulierem sine viro stare in judicio, sub exceps. V. Nec alienare, aut obligare se, aut virum, aut bona sua. VI. Nec ideo tamen vir potest solus alienare, vel obligare bona mulieris. VII. Cessare hanc curam, si vir ipse sit in Cura. VIII. Per pactum. IX. Per divortium, & X. Per interdictionem, quæ an ex inopia fieri possit. XI. Quando vir incertis causis se non gerat ut Curatorem. XII. Mulierem licite cum viro agentem, non egere Curatoris. XIII. In rebus ad Œconomiam spectantibus. XIV. In Negotiatione publica, quam mulier cum viro exercet. XV. Si mulier contradicat. XVI. Fidejussiones excipiuntur, ut & donationes. XVII. De Judicis officio. XVIII. Cessare in ultimis voluntatibus Curam mariti. XIX. De alienatione rerum denuo.

Absolvimus primum juris personalis articulum, de Nuptiis, cum suis appendicibus; Sequitur alter de Tutelis; cujus pleraque plena manu cum *ad Instit.* tum in *Digression.* executi, breviores heic esse poterimus. Definitionem Tutelæ, verbotenus expositam dedimus in *lib. 3. cap. 2. Digress. & ad Inst. tit. de tutel. n. 2.* neque plura ad hanc Rubricam requiri videntur, cum divisio & cætera distinctis titulis sequantur: Nisi addere velis, quod utilissimum observatu, de Tutelis, quæ in gratiam & utilitatem Tutorum magis, quam pupillorum sunt repertæ, collocatum in *d. lib. 3. cap. 1. Digression.*

2. De Cura non est titulus specialis in Pandectis, sicut in Institutionibus; quoniam apud Veteres munus Curationis Lege XII. tabb. non fuit constitutum, nisi furiosis, & dein ad prodigos Lege Lætoria extensum; postea a Juris Consultis ad similitudinem Tutelæ & ad alios casus productum, tamen sub Tutela latebat. Unde nec ullam propriam actionem, sed utilem Tutelæ pariebat, ac etiamnum parit; a Divo Marco postea munus ordinarium Cura in minores facta est, ut probavimus in *lib. 3. Digress. c. 15. & c. 16.* Quin hoc institutum Curæ, progressu temporis latius propagatum est; adeo ut Cura omnis in varias admodum species & usus, per Divisiones expandi possit. In summa duplex ut sit, Bonorum duntaxat, aut bonorum una cum personis. De Cura bonorum *tantum*, sunt varia exempla; Quando Creditores mittuntur in possessionem Debitoris latitantis aut indefensi, Quando ventri datur Curator, Quando ad singulares actus, ut ad divisionem, ad solutionem, ad litem, aliasque res innumeras, dantur Curatores, de quibus in suis locis agetur. Pertinent huc etiam Administratores, qui testamento ad curanda bona, pupillis jam habentibus tutores relicta, dantur. Sed ejusmodi Curationes non sunt munera publica, sicut est cura Minorum: sed privata officia, quæ non nisi volentibus imponuntur, ut probat Sandius *l. 2. t. 9. Def. 1.* Cura, quæ publici muneris habet necessitatem, est vel Minorum annis 25, vel aliorum extra puberes. De ultima specie titulum habebimus *infra* specialem, & de utraque habuimus *ad tit. I. de Curat.* ubi & de convenientiis & differentiis Tutelæ atque Curæ, earumque usu. Quibus additum velim, etsi Tutelæ & Curæ, sicut nomen ita jus, hodiernis moribus confusum Belgici scriptores testantur, ut Vinnius *ad pr. Inst. Quib. mod. Tut. fin. & ad pr. I. de Curat. n. 3. & seq.* Grotius *l. Inst. 1. n. 7.* aliique citati Groenewegio *ad d. tit. Quib. mod. Tut. fin.* tamen non ubique, nec in Germania, de qua Gailius 2. *obs. 96.* nec prece in Frisia obtinere, ut Groenewegius *ibidem* & nos *ad d. tit. Inst. n. 3. in fine* probavimus. Credo etiam negari non posse, quod aliqua saperint differentiæ, quas rei natura non fert esse abolitas, & quæ in progressu nobis occurrent.

3. Maritalis potestas, de qua non fuit adhuc locus fat commode agendi, solet etiam referri ad Curam, ac ita fere ubique receptum est & loquuntur,

tur, Virum esse Curatorem uxoris suæ, *Man en Voogd.* Hoc enim vocabulum notat Curatorem, sicut *Momber* Tutorem. Ita Gudelin. *de jur. noviss. lib. 1. c. 7.* Grot. *introd. lib. 1. part. 5. n. 27. & seqq.* Herbaj. *rer. quotid. cap. 13.* Sand. *lib. 2. tit. 4. def. 1.* ac alii passim. Existimo tamen, ut vocabulum *Voogd*, quamlibet potestatem significat, mariti potestatem in uxorem & ejus bona, non esse *Curam* proprie dictam, sed potestatem sui generis maritalem. Etenim Cura, quæ est bonorum una cum persona, sicut hæc species se habet, causam agnoscit ætatem, vel ex ratione juris antiqui, sexus imbecillitatem. Hoc autem maritale jus, non est ob ætatem, quia competit etiam in anus, neque propter sexum,* quia non competit in virgines, aut viduas: Præter quod Viri non tenentur ad rationes reddendas, nec ad inventarium faciendum, neque confirmantur a Magistratibus, quæ omnia secus in Curatoribus se habent, de quibus *vid.* Sand. *d. lib. 2. tit. 4. def. 1.* E quibus nova ratio colligitur, hoc jus non esse Curam; quia non tam est in gratiam eorum, qui sunt in potestate, sicut Tutela & Cura sunt, quam in utilitatem eorum, qui potestate sunt præditi, ut Herbajus quoque noster utiurpat *rer. quotid. 3. § 12.* Verum tamen est, hanc potestatem, si Cura non sit, haud quaquam minus, imo ut ex illis speciminibus apparet, plus continere. Et esse ex institutis Germanorum, ut Grotius censet *d. c. 5. n. 31.* a Jure Romano abhorrentem, quo Viri potestas & Curatoris auctoritas, in eadem persona consistere non possunt, *l. 14. de Curat. fur. l. 45. & seqq. de Rit. Nupt.*

4. Quanquam autem hæc proprie CURA, ut dictum, non sit, ejus tamen vim & virtutem complectitur. Ideoque ubi primum puella nupserit, Curatoris, quem habet, potestas in continenti finitur, ut Sandius *d. tit. 4. def. 1.* Quamvis etiam eo modo in bona uxoris detur, ut non minus in personam sit per consequentiam, quam id de minoribus adfirmatum est alias, ex *l. 12. § 3. de Administr. Tut.* non complectimur tamen sub ea potestatem, quæ juris Gentium & divini est, quæque subjectionem mulieris infra Virum, & hujus principatum, *l. 196. de V. S.* comprehendit, citra *verbera* tamen, ut Grotius censet *d. cap. 5. n. 29.* Cura adeo, de qua heic agimus, ad bona proprie pertinet, atque ad personam mulieris, quatenus hæc ab administratione bonorum inseparabilis est, ut ex sequentibus patebit. Sequemur porro ejusdem Grotii filum.

5. *Vi hujus auctoritatis sive Curæ Vir*, inquit, pro *uxore* sine ejus voluntate ** *stat in judicio n. 32. Mulier contra non habet personam standi in judicio, nisi ex mandato Viri, p. 35.* vel ejus auctoritate; *Gesterkt met deselve*, ut loquuntur. Si tamen Vir absit, nec ejus copia vel consensus haberi possit, uxor admitti potest ad interventionem pro Marito, sub renunciatione SCti Vellejani & cautione de rato, ut Sandius judicatum refert *lib. 1. tit. 5. def. 1.* Cautio de rato, quam habet in subscriptione decisionis ejus, indicat, uxorem non modo intervenire maritumque defendere, sed etiam pro illo actionem instituere posse, quemadmodum omnes personæ conjunctæ, *l. 35. in pr.* junct. *l. 33. § 3. de Procurat.* idque ita in usu nostro servatur. Imo si Vir longo tempore peregre fuerit, ut non constet, ubi sit, vivat an secus, non est insolens, mulierem, ut Cura Viri liberam, simpliciter in suis rebus admittere, quod Curia censuit in causa Creditorum *Titiæ Thomæ Oosterbaen*, contra *heredes J. S. qui moverant exceptionem adversus Creditricem* tali viro nuptam. *23. Octobr. 1623.* Contra maritum etiam mulier sola consistere potest, ut probavimus *ad tit. de Judic. n. 14.* etsi recentior usus velit, ut tali casu ei Curator in litem adjungatur.

6. Pergit Grotius. *Vir potest alienare & obligare bona uxoris, etiam quæ extra communionem penes se recepit, pro lubitu suo, ut nec ejus consensu indigeat, n. 33.* idque indistincte, res sint mobiles an immobiles.*** Hoc satis enorme vide-

* Immo vero ob sexus fragilitatem, quæ facit, ut mulieres apud Germanos, inprimis Saxones, sint in perpetua cura. A virginibus & viduabus ad Uxores non valere argumentum, res ipsa loquitur; neque tamen illæ sunt extra curam. Rationes non reddunt, inventarium non faciunt, a magistratu non confirmantur, immo utilitatem capiunt omnes illi, qui ipso Jure, legibus moribusque Germanicis sunt Tutores. Patris potestas solvitur in Saxonia filiarum nuptiis, certissimo indicio, maritum der Eheliche Vogt, in Cura habere uxorem, sui Juris existentem, *a. pr. Id. Tutel v. notata P. I. p. 42.*

** Quod in Saxonia nostra fallit, ob expressum textum *Ordinationis Proc. Sax. tit. 8. §* da sie aber. *verbis final.* und die Ehemänner ohne sonderbare curatoria, oder zum wenigsten Caurione rati, nicht zugelassen werden. Carpz. *P. I. C. 1. def. 31.* quæ cautio rati remissa maritis *O. P. S. E. Noviss. ad d. t. 8. § 1. p. 68.*

*** In Saxonia nostra res immobiles dotales alienat, non nisi uxore consentiente & adhibito ab ea Curatore in litem. Paraphernalia alienat Uxor, consensu mariti, ut Curatoris legitimi, valide, nisi maritus pretium velit lucrari, quo casu etiam Curatore ad litem Uxore opus est, *Dec. El. 24.* Carpz. *P. III. C. 23. def. 30. 31.*

tur

tur, non modo contra jus civile, *l. 8. C. de Pact. convent. super dot.* sed etiam ultra jus Curæ, quæ tantum administrationem, non alienandi pro lubitu facultatem tribuit. Rectius nostræ Curiæ Διαιτηταὶ non agnoscunt res soli alienantem Virum, nisi mulieris consensus liqueat, idque tam de rebus Dotalibus quam paraphernalibus, ut docet Herbajus *c. 13. § 6.* & testatur Sandius *lib. 2. tit. 4. def. 2.* idemque de oppignoratione quotidie servatur, *arg. l. ult. C. de Reb. alien. non alienand.* Grotius idem; *Si vir æs alienum quacunque e causa contrahat, mulier etiam post mariti mortem indistincte tenetur,* * dum e contra mulier nec alienare quicquam, ne obligare se, vel bona sua, nisi Auctore Viro, potest, *d. loco n. 35.* Si quid eorum fecerit, contractus est ipso jure nullus, ut probat Sandius *d. tit. 4. def. 3. vers. cum igitur mulier;* ut tamen, si mulier sine Viro utiliter contraxerit, adversarius ejus, beneficio nullitatis uti nequeat, ut recte Sandius, convenienter juris communis rationi, *d. def. 3. vers. Hinc ex facto.* Enimvero utrum maritus præsens, non absens, in ipso negotio, an postea consensum adhibeat, cum utique Tutela non sit, nihil refert, ut idem in *eadem Decis. vers. Porro cum hic.* Atque in eo jam Maritalis potestas Tutelarem & Curatoriam excedit, quod pupilli & minores non teneantur e contractibus Tutorum & Curatorum, nisi constet, in rem illorum versam esse pecuniam, ut ad *tit. Quand. ex fact. Tut. & Cur.* Vir autem uxorem obliget, etti per luxuriam æs alienum sit contractum, ut occupavimus ad *tit. de Societ. n. 8.*

7. Addendi sunt casus, quibus cessat (incipit ab impletis nupriis & cohabitatione, Herbaj. *c. 13.* § 2.) hæc auctoritas vel cura maritalis: qui sunt vel tales, quibus omnino cessat, vel quibus in certis casibus locum non habet. Casus priores sunt hi; I. Quando vir ipsemet est sub Cura, propter ætatem minorem, insaniam, vel prodigentiam; Tunc enim mulier, si minor sit, manet sub Curatore proprio, quemadmodum ipse vir manet in sui Curatoris auctoritate, nisi veniam ætatis impetraverit, ut Herbajus *c. 13. § 3.* & Sandius docet in *præd. tit. def. 1.* Sed pone, mulierem esse majorem annis 25, maritum minorem nec venia potitum, siquidem Vir consenserit, etsi Curator non sit, valere tamen contractum mulieris, statuit Sandius, ut consentiat tanquam Vir, non ut Curator, *d. def. 3. vers. Quid si 25. annis minor.* Numquid igitur eget contentu viri, an vero sub hujus Curatore erit vel potius sui juris & auctoritatis censebitur? an vero tandem inspectorem aliquem & quasi Curatorem habet? Eadem est quæstio, si vir fiat insanus aut prodigus. Sandius remittit ad Herbajum. Hic fluctuat, nec quid certi suggerat, habet, in *d. cap. 13. § 19.* Ego nullus dubito, quin mulier ut sui juris consideranda sit. Cum enim nullius auctoritatem, nisi maritalem, matrona major annis 25. agnoscat; hac deficiente, non potest aliter quam soluta & libera Curæ adspici. Ut mariti Curatori subjiciatur, ipsi Herbajo absurdum videtur, de Inspectore λόγος ἄθεος & Herbajus proponit, nihil definit. Ergo nihil præ eo, quod diximus, reliquum. Nec aliter sentire visi Curiæ Supremæ Domini, cum Juris Consulto cuidam, dignitatibus functo, consilii prompto & callido, de quo haud inepte cives sui dicebant, eum omne consilium insumsisse aliis, ut nihil sibi retinuisset; cum huic bonis interdictum & Curator datus esset, de uxore ejus actum. Erat illa rebus suis gerendis haud quaquam apta, nec tamen prodiga, vel insana. Curatorem mariti nihil in eam juris habere, pro certo erat. Igitur persuasum ei, ut ipsa Curatorem eundem, quem maritus acceperat, quasi ob mentis inopiam, peteret. Si consilio valuisset, sibi relicta fuisset, quemadmodum fit, de uxoribus furiosorum & prodigorum. Nec obstat ratio Herbaji; Potestas sive Cura maritalis, est in utilitatem mariti, est jus commodumque matrimonii, quod ideo retinet, quamdiu matrimonium durat: Et sic maritus minor impedire poterit uxorem contrahentem, vel coget adhibere consensum; prodigi autem viri & furiosi Curator, jus ejus hac parte custodiet. Responde; Curam mariti esse jus commodumque matrimonii, si vir ejus sit capax; si non sit, Cura nulla est, ideoque jus ejus & commodum æque erit τῶν μὴ ὄντων. Inferius idem ratione & exemplo rei judicatæ patebit amplius.

8. Secundo cessat hæc Cura, per Conventio-

* Non tenetur in Saxonia, si dotem & bona illata repetat, ne quidem de Gerada in subsidium, *O. P. S. tit 43.* § und weil hierbey. Carpz. *P. II. Const 14. def. 62.* secus est si Morgengabam & Cibaria das Mußtheil perceperit, *d. O. P. S. tit. 43.* § und weil hierbey. Carpzov. *P. III. C. 30. def. 9.* Vidua, quæ portionem statutariam accepit, ære alieno postea emergente, pro rata tenetur. Carpz. *P. III. c. 29. def. 46.*

nem

nem antenuptialem, qua vir potestati suæ in bona uxoris renunciat, vel, quod idem, liberam administrationem uxori permittit, quod fieri posse, jam dictum est ad *tit. de Pact. Dotal. n. 4.* & firmatur ab Herbajo nostro *d. cap. 13. n. 10.* quia nec bonos mores neque jus publicum ea re lædi, patet inde, quod apud veteres hæc potestas in bona uxoria inusitata & incognita fuit, adeoque maritus de suo jure tantum remittit. Verum an post contractum matrimonium illa renunciatio fieri possit, merito dubites; quia cum hoc jus ad commodum mariti pertineat, ut dictum, & omnis remissio lucrosa inter virum & uxorem sit prohibita, renunciatio potestatis hujus in speciem donationis incideret. Verum quia hæc renunciatio pactis antenuptialibus sæpe, salva communione redituum & acquæstuum, ac ita sine damno pecuniario, qua vir etiam sæpe constante matrimonio, in causis singularibus abstinet, aut desistit ab auctoritate sua, ut mox intelligemus; hinc si communione salva, renunciet administrationi Curæque suæ, nihil donationis exercere videtur: possunt enim separari communio & auctoritas; ut vir, illa salva, hanc omittat aut amittat; quemadmodum sæpius accidit, ut communione salvâ, vir tamen autoritatem retineat, hactenus ut sine ejus consensu mulier alienare, vel obligare se, aut in judicio consultere, non possit; quod usu venit in maritis obæratis, qui, ne uxores oneribus suis implicent, bonorum separationem instituit; qua facta, mulieres ex ære alieno ab illis contracto non tenentur; reliquas tamen auctoritatis partes, quibus specialiter renunciatum non est, quo minus retineat, nihil obstat.

9. Tertio finitur Cura mariti, finito matrimonio, præter mortem; per adulterium, & malitiosam desertionem alterutrius, si pars innocens jure suo in animum induxerit uti; qua de re diximum *ad tit. de Divort.* An etiam per separationem quoad mensam & thorum quæ dicitur? Ita, si per Judicem approbata maritoque imperata sit: Ideoque hic modus ad *Interdictionem* Judicis referendus est, qui proinde *Quartus* est modus.

10. Causa interdictionis, primo est eadem, qua viro suis propriis bonis interdicitur, & qua fit prodigus; etsi hic modus jam comprehensus sit inter casus, quibus ipse Curæ subjicitur. Sed quando uxori ob viri sævitiam, aut importunos & intolerandos mores, seorsim habitare suasque res agere permittitur, hoc ipso Curam & administrationem viro competentem cessare, manifestum est. Nec dubium, quin etiam fieri possit interdictio maritalis Curæ, sine separatione habitationis, & sine interdicto a propriis bonis, si vir aut propria bona non habeat, aut manifesta consilia inopia, nec minore temeritate res uxorias administret: qua de re deliberatum quidem in Curia nostra, decretum nihil memini, licet fieri posse non dubitaretur. An hoc solo, quod maritus ad inopiam vergit, a Cura rei uxoriæ removeri possit, dubitatum est; Dotem ex hac causa Jure civili repeti posse, diximus ad *tit. Sol. matrim.* unde prona videtur hæc consequentia; si dominium rei Dotalis marito auferri queat, eundem ex eadem causa facilius a Cura removeri. Neget tamen hanc consecutionem Herbajus *d. cap. 13. § 10.* quia *Societatis ratio postulet, ut fortuitorum eventus utrumque conjugem æquo onere premat. Mox, si ex æquo dispendii partes ferant, patet, quæ de Dote constituta sunt, huc non facere; cum jure civili id actum sit, ut ea salva esset, lucri damnique expers.* Quanquam Herbaji ratio ad communionem, non ad Curam spectat conjugalem, non est tamen ab ejus sententia recedendum, solam paupertatem adversamve fortunam non esse causam removendi maritum a Cura uxoris, per ea, quæ de Tutore ob hanc causam removendo, diximus ad *tit. Inst. de susp. Tut. in fin.* Verum si paupertas ex imperitia, temeritate, pervicacia, ut sæpe accidit, oriatur; denique si paupertas sit ex ære alieno multiplici, ante matrimonium conflato, uxoremque celato; unde ipsa per Curam & administrationem mariti creditoribus & executoribus obnoxia intricetur, non est recusandum, quin & separationem bonorum Mulier & cessationem Curæ maritalis impetrare possit, ac *ita servatur.*

11. Sequuntur casus certi, quibus Cura maritalis non habet usum; quorum aliquos habet Sandius *d. tit. 4. defin. 4. lib. 2.* Nos primum casum ponimus late patentem; Quoties vir se non gerit ut Curatorem, sed præ se fert contrarium, quod eum facere posse, non est dubium. Si enim a Cura maritus in universum desistere potest, in singulis actibus id ipsum facere posse, necessarium dictu est. Nostra quoque Statuta *d. tit. lib. 1. art. 1.* id indicant his verbis: *Viri in hac provincia se gerentes ut Curatores uxorum suarum &c. Haer dragende als voogden, enz.* Possunt igitur se gerere ut Curatores, possunt etiam secus. Et quidem Curatoriam qualitatem satis aperte negat

vir, quando mandatum uxoris præfert, vel etiam cavet, illam, quod egerit ipſe, ratum eſſe habituram, quæ cautio ſupplet defectum mandati, nec habet locum, niſi in eo, qui ſe mandati indigere fatetur, *l. 12. §. 1. D. Rem ratam haberi.* ut Sandius etiam docet *lib. 1. tit. 2. def. 2. verſ. Hæc ita procedunt.* Ideoque miror, hanc ſpeciem eum non recenſuiſſe inter exceptiones, quas data opera enumerat in *lib. 2. tit. 2. def. 4.* Atque hanc rem certi juris, ſi animadverterent ſcriptores inſtrumentorum, quibus ſe vir, pro ſe & uxore aliquid agere profitetur, non tam facile cautionem de rato maritorum qualitati adjicerent; dum hi plerumque nihil minus cogitant, quam ut juri Curatorum in rebus uxoriis abſtineant, quod nec Herbajus noſter animadverſione ſua intactum reliquit, *d. cap. 14. §. 9.* Eſtne igitur neceſſe, ut maritus qualitatem Curatoris aperte præ ſe ferat, ut ſi vir & uxor pariter in Actis commemorentur, pari jure cenſeantur? Non videtur. Eſt enim Vir uxoris Curator, ſi nihil aliud præ ſe ferat, ac ita Curiæ noſtræ viſum in cauſa *Johannis Duringii Appellantis, contra Philippum Borhuſium d. 15. Jul. 1642.* Hic retractum inſtituerat pro uxore ſine qualitate curatoris; Ad retractum autem præciſe mandatum in judicio exhibendum eſt; At quia Curator non eget mandati, *l. 23. de Adminiſtrat. Tut. & Cur.* hoc a maritis nomine Curatorio agentibus non requiritur. Appellans nec mandatum nec Curatoriam qualitatem adeſſe cauſatus, Retractum non jure factum contendebat. Sed aliter judicatum. Si quis roget, quid interſit, quoad effectum; dic, ſi mandatum prætulerit, nec habeat mandatum maritus, aut ſi de rato caverit, mulierem invitam non teneri, ſed virum in id quod intereſt alterius, quod mulier non acceſſerit contractui, teneri, quemadmodum in ſimilibus ſemper juris eſt. Non poteſt enim non teneri ad id, quod promiſit. Nihil igitur potius eſt, quam ut vir ſine uxore contrahens præferat ſuum nomen, & Curatorium uxoris reſpectu, vel pro ſe & uxore ſe agere dicat. Quæſitum aliquando, cum vir ita dixiſſet: Agere ſe pro ſe & uxore, cum negotium ad uxorem ſolam pertineret, an totum pro illa ſubſiſteret. Videbatur non poſſe, cum ſibi partem adſcripſiſſet, quæ cum eſſet inutilis, uxori accreſcere non poterat, quia jus accreſcendi ceſſat in contractibus, *l. 110. in pr. de V. O.* Judicatum tamen apud Nautam reperio, in prædicta cauſa *Duringii contra Borhuſium*, valere quod actum eſſet pro uxore, totum, etſi vir pro ſe & uxore retractum inſtituiſſet, cum mulieri ſoli ratione ſanguinis conveniret; vel quod hæc verba, *pro ſe & uxore*, duos quaſi reos in ſolidum conſtituebant; quorum altero ſublato ut inutiliter adjecto, alter tamen ſupererat: Vel quod verba *pro ſe*, hoc modo poſſent accipi; quatenus viri auctoritas ad uxorium actum erat neceſſaria; licet effectus rei in hanc ſolam redundaret.

12. Hæc obſervatio, quod vir non ſit curator uxoris, quando eam præ ſe non fert, evidenter probat, * id quod alias & aliquoties probavimus, heic etiam *n. 7.* uxorem non egere Curatoris ad litem, quando cum viro litigat, aut quando juxta virum, ſe non gerentem ut Curatorem, res agit, vel denique, cum Viro aliquid rei licitæ contrahit. Qua de re extat Curiæ noſtræ judicium in tali ſpecie. Mulier ſolers viro tardiori nupta, cum eo pacta erat, ut ſuis bonis ſinguli fruerentur, neque hactenus erat notabilis differentia, ut citra donationis ſpeciem facile ſubſiſteret. Præterea placuerat, ut negotiationem, qua victum exercebant, cui vir erat impar, mulier ſola curaret, lucrumque & damnum inde proveniens ipſa perciperet aut ferret; vir ad ſuſtentationem familiæ mediocrem pro rebus ipſorum pecuniam conferret: Mariti heredes deinde conventionem illam oppugnabant, cum, quod mulier ea ratione ſe per commercium locupletaſſet, tum quod in ea conventione nullum habuerat Curatorem. Curia tamen contractum approbavit, in *cauſa Annæ Ruitenburg, contra Hiltiam Haringa. d. 20. Dec. 1678.* Unde reſultat duplex obſervatio, illa, quam diximus, *Quando mariti auctoritas ceſſat, mulierem alii Curæ non ſubjici.* & quod conventio habens incertum proventum lucri & damni, quamquam ſpe lucri facta, non ſit habenda pro donatoria, licet eventus lucrum attulerit. Quod tamen an ſemper & indiſtincte obtineat, ex rebus & perſonis, & conſilio partium, videtur eſſe dijudicandum.

13. Secunda exceptio adhuc frequentioris uſus

* Quæ tamen omnia aliter obtinent in noſtra Saxonia. Scilicet adeo eſt neceſſitatis, fœminam in Judicio habere Curatorem, ut non habenti tam ad agendum, quam ad defendendum, a Magiſtratu ex officio conſtituendus ſit. *P. II. C. 15.* Si etiam mulier cum alio contrahat, ſed in Mariti favorem, curatore indiget, ut ſupra monitum. conf. *O. P. S. E. Noviſſ. T. 8. §. 6. p. 68.*

eſt,

est, quando mulier contrahit de rebus ad œconomiam spectantibus, Grot. *d. lib. 1. c. 5. sub fin. tot de Huyshoudinge*, ajunt Statuta nostra. Huic enim Curæ a viro præposita intelligitur. Continet autem vocabulum illud quotidianas familiæ necessitates, maxime, quæ ad victum & amictum & supellectilem pertinent, cum temperamento etiam ne modum excedat, habita ratione dignitatis & opum mariti, boni viri arbitratu, ut monet Herbajus *d. cap. 13. n. 20.* & Sandius *d. decis. 4. vers. secund.* Ut *eatenus*, inquit ille, *detur actio, qua creditum est in iis, quæ quotidie alendæ familiæ sunt necessaria. Nam ut millia aut centena mutuo sumat, nemo neget, præter mentem legis esse, sicut &, si non necessario emat in diem, mox ea distractura argento præsentario.* Laxius tamen hac in parte viri boni illud arbitrium sit oportet, ne ad sola necessaria restringas. Quin posse mulierem, ignaro marito, emere supellectilia satis notabili summa pecuniæ, etsi brevi postea per auctionem rursus vendita sint, judicatum esse a Curia in causa, *Tryntje Gysberts* contra *Drem Ten Hove*, testatur Saekma *not. ad d. tit. 2. art. 1. ante ferias Quadragesimæ 1619.*

14. Tertius casus particularis exceptus, est *si mulier cum viro publicam exerceat mercaturam*, contractus eo spectantes, etiam sine viri consensu notitiaque, valent, Grot. *ibid. Stat. Fris. d. tit. 2. art. 2.* Herb. & Sandius *ibidem.* Hanc exceptionem merita est feminarum inferioris Germaniæ industria, ut etiam viros suos ex hac & præcedente causa occupare possint, non quasi ex auctoritate, sed jure communionis, & tacitæ præpositionis a Viro factæ; Quæ docet, utroque casu virum uxori, commercium ratione œconomiæ & commercii publici, interdicere posse, modo interdictum publice promulgetur, alioqui tertio non præjudicat, *arg. l. 11. § 2. de Exercit. act.* Quod si mulier sola, viro aliis rebus aut otio dedito, mercaturam exerceat, idem juris est, ut recte Herbajus *d. loco.* & quidem tanto fortius eo casu, quod ejusmodi matronæ rei pecuniariæ dominæ, sæpe maritos uxorum instar, ut docet usus, habent; fere ut in exemplo modo relato evenerat. Quarto; si maritus pro auctoritate Curæ, volet inire contractum inutilem atque damnosum, uxor contradicendo suamque contradictionem alteri insinuando, potest efficere, ne per Curam viri teneatur, qua de re vide quæ diximus ad *tit. de Societate Parte II. pag. 967.*

15. Similis ei est casus, quem *sexto numero* posuimus; si maritus id, quod mulier utiliter & ex re sua gessit, ratum habere nolit, æquum est, Judicem auctorem fieri, sine præjudicio mariti, Sand. *d. decis. 4. vers. Quintum.* Ejusmodi quoque subsidiariam auctoritatem Judex adhibere potest, si maritus diu vel procul absit, & necessitas urgeat contractum aliquem impleri. Sand. *ibidem vers. Quartum.* Sed absentia mariti longinqua, per se mulierem non subducit ejus Curæ, nec facit habilem ad contrahendum, vel judicio experiundum, certe non ita, quo minus vir reversus id auctoritate sua rescindere possit. Sed tertius non potest recusare litem cum muliere contestari, vel negotium cum illa sola contractum implere; si modo caveatur ei, maritum rem ratam esse habiturum, ut Sandius tradit, & judicatum refert in *lib. 1. tit. 5. def. 1.* Sine ejusmodi cautione, mulier non potest alium in jus vocare, aut celebrare contractum, etsi mariti absentis copia nullo modo haberi possit, ut judicatum in causa N. N. *contra Alexandrum Sanders. ante Natal. Chr. 1680.* etsi causa agendi ex facto rei, absente marito, nata esset, & mulier læsa videretur. Secus tamen placuisse Curiæ, si vir tam diu peregre abfuisset, ut, num viveret, an mortuus esset, ignoraretur, modo relatum, & judicati exemplo confirmatum est.

16. Septimo, Auctoritas & Cura mariti non obligat mulierem, in causis mere personalibus, quæ marito soli conveniunt; qualis præter maleficia, est Fidejussio, quando vir pro alio intercedit. Ex hac causa viri potestas in uxorem, eam non complectitur, quia Lege factum est, ne mulier ullo modo ex fidejussione teneatur, qua proinde per maritum eam implicari, in fraudem Legis foret, idque ita communiter tenent, & apud nos servatur, ut diximus *ad tit. de Societate n. 8.* ubi & rationem reddidimus, cur mulier ex Tutela tempore matrimonii administrata; licet illa mulieri quoque non conveniat; teneatur, & latius in *Auct. Domest. pag. 25. & seq.* In populis, quibus est societas universalis ipsorum bonorum, ne quidem fidejussiones viri, quo minus hæ uxorem teneant, excipiuntur; ac ideo Grœnewegius *ad tit. C. Ne ux. pro Mar.* & Rodemburgius *tract. de potest. Marit. tit. 2. c. 1. n. 8. 9. & 10.* Sandium negant audiendum de fidejussione. Quid enim ille? *Mulier de fidejussione viri non tenetur*, ait, *quia fidejubere quodammodo est perdere & donare.* At illi tenent, mulierem quoque de viri donationibus teneri. Quid tu? Ratio quidem Sandii minus forte apposita est, ut nos *d. loco.* At de donationi-

bus viro factis, sic habendum; Modicæ fiunt communes: magnæ penes eum manent, cui facta sunt, ut probavimus ad *tit. de Societ. n. 7. part. præc. p. 964.* Eodem modo donationes viri modicæ, ad onus commune pertinere videntur, majores ad virum solum, *arg. l. 10. de R. J.* Hactenus enim valet ratio; donare tantundem esse ac *perdere*, quod sane administrationis & curæ facultatem excedit.

17. Octavo, dicamus non esse opus mariti auctoritate, quoties obligatio ex Re venit, *arg. l. 46. de O. & A.* hoc est, quoties ipsa res & æquitas manifesta secum fert obligationem, ut si quis impensas fecerit in rem uxoris, ex communione, quam habet cum alio, & ex solutione indebiti. Herbajus *d. cap. 13. §14. ex quasi contractu*, ait, paulo laxius quam ratio ferat; quia ex negotiorum gestione *activa*, aut ex hereditatis aditione, quæ res facti sunt, non potest sine viro mulier obligari, nec alium ad divisionem provocare. Sed delicta recte ad obligationem, quæ ex Re venit, referuntur, *pr. I. de Oblig. ex del.* Ideoque mulier pœnam pecuniariam insciо viro, committere potest, Herbaj. *d. cap. 13. §15.* Sand. *d. Decis. 4. vers. His adde.*

Non habet locum maritalis auctoritas, ut nec Curatorum aliorum, in ultimis voluntatibus; etsi apud quosdam populos secus obtineat. Tiraquell. *ad LL. Connub. gl. 5. n. 93. & seqq.* Christinæ. *ad Consuet Burgund. tit. de Jur. Conjug. Rubr. 4. verb. Ny aussi par testam.* Quoniam autem Donatio mortis causa, per omnia ad similitudinem ultimarum voluntatum est redacta, teste Justiniano in *§ 1. de Donat.* nihil est causæ, quare & illam uxori facere non liceat, absque respectu ad mariti auctoritatem, modo rem eo vivo, vel manente conjugio, non tradat Donatori, ut mortis causa donantes facere posse, notum est ex *l. 2. de Donat. m. c.* Ac ita recte statuit Herbajus *d. cap. 13. §17.* alique citati a Sandio *d. Decis. 4. sub fin.* qui tamen sequi maluit Antonium Fabrum dissentientem, eo quod Donatio mortis c. fiat per acceptationem, adeoque per conventionem ad instar contractus. Nam modus ille faciendi donationem non eximit eam ultimis voluntatibus, earumque naturæ & proprietati, quæ talis est, ut cum societate vel auctoritate maritali nihil habeat commune, cum in id tempus, quo Vir & Uxor amplius non erunt, differatur, *l. 10. de Donat. int. Vir. & Ux.*

18. Superius ad verba Grotii, marito dantis alienandi res uxorias potestatem, diximus, id ex delata Cura & administratione concessa non sequi, ac ideo nostratibus ita recte videri, maritum non posse res uxoris immobiles, ipsa ignara, alienare: De mobilibus nihil in hac Cura diversum ab aliis Curatoribus, quibus in his nihil præjudicatum est, statuendum videtur, ut *ad tit. de rebus eorum, qui in Tut. vel Cur.* videbimus. Vellem ideirco, Herbajus & Sandius nostri in locis, ubi de hac parte maritalis potestatis agunt, hujus necessariæ distinctionis meminissent; nec ille ita scripsisset, *quod maritus bona uxoris, quæcunque ea sunt, distrahere non possit, ea remittendo. d. cap. 13. §6.* Iisdem fere verbis & æque indefinite, Sandius in *d. lib. 1. tit. 4. def. 2.* docet, maritum quasvis uxoris res administrare, sed non posse alienare, nec ullo verbo secus in mobilibus esse, monet Lectorem. Tu tamen ita velim existimes, id eos a Lectore juris ignaro per se facile intellectum iri credidisse, præsertim cum ad jus civile, quo res non habet dubium, se referant: Nos tamen id supervacuum, quod moneretur, non putavimus: Præsertim quia res hæc alias habet juris consequentias notatu non indignas; veluti cum quæritur, an vir alienare possit obligationem uxoris, eamque in alium transferre per concessionem, sine ejus consensu. Non est res immobilis, sed neque mobilis; verum quia sic obtinuit & receptum est, ut obligationes cum de totis Patrimoniis quæritur, mobilium jure censeantur, magis est, ut vir hanc potestatem solus, sine mulieris consensu habeat, sic ita jam olim a Curia judicatum est, *in causa Thomasiles, contra Livium Feyes. ante ferias Natal. 1624.* Atque hæc res ab usu præsenti tempus non abhorret, maxime quia nihilo plus est in ejusmodi cessione, quam est in actione pecuniæ fœnebris uxoriæ, & apocha debitori data, quam potestatem maritus habet sine dubio, & quam Sandius atque Herbajus in *locis citatis* ei asserit. Plus ἀναθεωρήσεως est in eo, quod Nauta refert esse judicatum super hac specie. Titius Cajo vendiderat hereditatem uxoris, ipsa ignara & invita, consistentem in superficie rustica fundo conducto imposita & quibusdam mobilibus, instrumento rustico, & supellectilibus. Uxore dein revocante res suas, aut ejus herede, Curia censuit, ait Nauta, virum habuisse jus, illas res, ita sicut instituerat, vendendi, *in causa Petri Antonii cum sociis, contra Aggæum Petri cum sociis, d. 26. Octob. 1642.* Quod ad res mobiles attinebat, nihil erat ambigendum. De superficie movit hoc fine du-

dubio; quod dominium ad superficiarium non pertineat, sed ad dominum fundi, superficiarii jus desinit in petitionem taxationis, finita conductione, per actionem personalem & hypothecariam, ut expositum est ad *tit. de Loc. Conduct. capite de Aedificiis Rusticis & Taxationibus.* Adeo ut talis juris venditio, magis sit cessio juris pecuniarii, quam alienatio domus, quæ seorsim a conductione fundi non habet usum alienationis. Non est tamen hæc res adeo liquidæ considerationis, quam *Decisio præcedens.*

19. Ad locum de Tutoribus in genere spectat adhuc observatio, quid sint Actor, Administrator, Adjutor, & notitiæ gratia Tutor datus, quorum in positionibus obiter meminimus, & de quibus heic latius agere supersedemus, post ea, quæ plena manu de illis dicta sunt *part. 2. Digress. lib. 4. c. 27.* Summa huc redit. Actor est, qui certis pupilli negotiis a Tutore impedito, ipsius periculo per Magistratum præficitur, *l. 20. de Administr. Tut.* Administrator, qui Tutori ad universas pupilli res, a Magistratu, ob senium aut valetudinem adjungitur, *l. 13. § 1. de Tutel.* Adjutor, quem ipse Tutor sibi petit adjungi, ob eandem rationem, *d. l. 13. §. 1.* Tutores notitiæ gratia, erant homines tenuiores, qui ob notitiam rerum domesticarum præcipuis tutoribus adjungebantur, ipsique erant tutores quidem, sed absque administratione, *l. 14. § 1. & 6. de Solut.* Plura vide, inquam, *in d. cap. 27.*

Tit. II.

De Testamentaria Tutela.

I. Remissio, & Quæstio de Origine hujus Tutelæ explicita. II. Responsa ad objectiones de Tutore dando exheredato.

Divisio Tutelæ triplex, in Testamentariam, Legitimam & Dativam, singulæque species, quantum ad fundamenta paratitlaria opus est, apud *Institutiones* absoluta fuit: Proinde, nisi quid observationis occurrat peculiaris, heic commemoratione Rubricarum defungi liceret. De Testamentaria Tutela difficilis occurrit Quæstio; Nam fundamentum ejus est patria potestas, *§ 3. Inst. de Tutel. l. 1. in pr. h. t. Lege XII. tabularum*, ait Gajus, *permissum est parentibus, liberis suis, si modo in potestate sint, Tutores dare testamento.* Atque verba XII. tabularum hæc fuerunt: *Paterfamilias uti super pecunia tutelaque rei suæ legassit, ita jus esto*, teste Ulpiano *tit. n.* Cicerone *de Invent. l. 120. de V. S.* juncta *l. 53. de V. S.* Quæ verba cuilibet Testatori dant hanc potestatem, non soli patri. Quamobrem Serranus ad *lib. XI. Platonis de LL.* auctor est, alia fuisse in XII. tabulis verba, quibus Tutela ex patria potestate deduceretur, hujusmodi; *Parentibus Tutorum liberis in potestate, dandorum jus esto.* Verum hæc verba a Serrano conjecta esse & ficta, satis constat, cum nusquam antiquitatis reperiantur. Quomodo igitur Gajus illa interpretatus est? Pomponius rationem reddit in *d. l. 120. de V. S. Verbis Legis XII. Tabb. Uti Legassit &c. latissima potestas tributa videtur, Tutelas constituendi &c. Sed id interpretatione coangustatum est, vel Legum, vel auctoritate jura constituentium.* Necessitas interpretationis fecit, ut Jurisconsulti & Leges secutæ, verba Legis XII. ad patriam potestatem restringerent. Quia, cum Tutela sit jus in personam pupilli, id a nemine, quam ab eo, qui personam in potestate habet, stabiliri potest. Testator qua talis, non nisi de pecunia tutelaque respectu pecuniæ disponere potest. Hinc duplicem Tutelam Juris conditores elicuerunt, unam per interpretationem, quæ proprie Tutela fuit, in personam pupilli. Alteram ex nudis verbis, ad bona spectantem, de quibus speciebus actum a nobis *ad tit. I. de Tutel. n. 3. pag. 43.* quibus adde quæ dicta sunt *lib. 3. Digress. cap. 3.*

2. Inter propriam & improprie dictam Tutelam testamentariæ speciem, hoc inter alia discrimen traditum est, *d. n. 3.* Quod tutor improprie datus, non nisi pupillo heredi instituto dari possit; proprie Testamentarius etiam exheredato, quod tamen hodie non habet usum, nisi vel exheredatio bona mente facta sit, ut fieri posse, docet inter plures *l. 18. de lib. & post. hered.* vel si puer præmatura malitia causam ingratitudinis contraxerit, quod vix habet facultatem: Sed hæc sententia, quod Pater etiam liberis exheredatis, jure patriæ potestatis, Tutorem dare queat, aliquot objectiones patitur satis notas, quæ brevissime commemoratæ sunt in *d. § 3.* Sed responsiones ibi desiderantur, easque in hunc locum ibi condiximus; Ergo heic necessario sunt collo-

candæ. Objectiones petuntur ex *l. 73. § 1. de R. J. l. 53. pr. de V. S. l. 26. § f. h. t.* In *l. 73. § 1. de R. J.* ita scriptum est; *Nemo potest Tutorem dare cuiquam, nisi ei, quem in suis heredibus, cum moritur, habuit, habiturusve esset, si vixisset.* Atqui exheredatus non est suus heres. Responsio simplex est hæc; Suus heres in *d. § 1.* intelligitur, qui ordine legitimo & ab intestato talis est futurus *si vixisset*, non eventu testamenti inspecto. Secunda objectio ex *l. 53. de V. S.* sic inducitur; Tutor separatim sine pecunia dari non potest. Ergo Tutor dari non potest, nisi cui pecunia data est; Atque ita non potest exheredato. Resp. Sensus illorum verborum sic est; Pater non potest heredem dare Testamento, nisi de pecunia simul disponat, id est, heredem eodem testamento faciat; non utique filium, cui tutorem dat, necessario, sed duntaxat, ut aliquem heredem instituat, neque de Tutela sola disponat. Tertia Objectio. Tutor, qui a Magistratu confirmandus est, non jure datus censetur, *l. 1. de Confirm. Tutor.* Atqui Tutor exheredato datus, a Magistratu confirmandus est, *l. 26. § ult. h.* Resp. Confirmatio, quæ illic adhibetur, non fit, ut datio Tutoris testamento facta confirmetur a Magistratu, sed quia Tutor testamentum, in quo datus est, per Querelam Inofficiosi rescindere parat. Ex quo idem idcirco qualitatem Tutoris in ista lite petere non potest. Propterea litis ordinandæ gratia, petit se a Magistratu interim confirmari, ut quasi Tutor litem inofficiosi pro pupillo agere possit.

3. Moribus hodiernis, postquam jus illud excellens Patriæ potestatis, apud plerasque gentes ab usu recessit, Tutores omnes vi lentur ut improprie dati Testamento considerari, quia indistincte confirmantur a Magistratu. Adeo ut e Testamento non jure facto, Tutor datus tamen sit confirmandus, ut Scribinos Lipsienses respondisse, testatur Beckman. *ad h. t. n. 25.* Imo, licet hereditas non sit adita e testamento, tutoris dationem valere, censet Grœnewegius ad *l. 10. h. t.* ubi JCtus contrarium respondet de Tutela testamentaria proprie dicta. Ratio usus hodierni est, quia licet Testamentum non valet, ut hereditas inde petatur, valet tamen ad voluntatem Testatoris significandam in rebus, quæ solennitatem juris non desiderant, ut exemplo videre licet *in l. ult. De rebus eorum, qui sub Tut.* Verum in locis, quæ jure scripto, quatenus Statutis non est abrogatum, utuntur, ut in Frisia, nihil causæ video, quamobrem jure civili non sit standum. Plane Tutorem in Testamento imperfecto vel destituto datum, volentem posse confirmari, nemo dubitet; Invitum nego; nisi Magistratus illum ex officio, tanquam Dativum constituerit.

TIT. III.

De Confirmando Tutore vel Curatore.

I. Causa confirmationis Tutorum. II. Modus confirmandi. Legitimos Tutores non confirmari. III. Sintne confirmati Tutores Dativi, an Testamentarii. IV. De Curatoribus confirmandis quid Moribus obtineat.

Tutores testamento jure dati, *immediata* vi dationis testamentariæ fiebant Tutores, protinus simul *atque aliquis heres extitisset. l. 7. h. t.* Nec enim hæc res impedit, quo minus Tutela immediate e Testamento valeat, non magis quam legata dominium ipso jure transferre impediuntur, eo quod ab hereditatis aditione pendent, *arg. l. 9. h. t.* juncta *l. 64. in fin. de Furt.* Tutor igitur vi patriæ potestatis in testamento jure facto datus, nulla eget confirmatione. Sed omnes reliqui, in quibus aliquis juris defectus argui potest, confirmandi sunt a Magistratu, *l. 1. h. t.*

2. Modus confirmandi est, ut fiat vel simpliciter, vel eodem modo, quo Magistratus aliqui dant Tutores ex officio. Simpliciter fit confirmatio, quando Pater non jure dedit Tutorem, veluti filio emancipato, vel in Codicillis testamento non confirmatis, aut verbis Precativis, *d. l. 1. & l. 3. h. t.* Si vero mater aut extranei dent Tutorem testamento, confirmatio fit per inquisitionem, vel per satisdationem. Priore modo per Magistratus majores, posteriore per minores, *l. 5. h. t.* Quanquam & circa Tutores a Patre non jure datos, quædam causæ cognitio versatur, an duraverit Patris voluntas; nam qua Tutoris ignorata morum emerserit improbitas, aut inimicitiæ cum patre pupilli exarserint, vel damnosum aliquem cum Fisco contractum inierit, *l. 5. & seqq.* Ita ut Prætor ultimam potius quam primam Patris voluntatem, imo utilitatem pupillorum magis, quam Scripturam testamenti sequa-

tur,

tur, *l. 10. hic.* Cæterum, ad Legitimos Tutores non pertinere confirmationis supplementum, omnes hujus tituli Leges, quæ de solo Tutore testamentario loquuntur, indicant, ut & situs Rubricæ, quæ est ante Legitimos Tutores. Ex cujus tituli exegesi idem mox intelligetur.

3. Est hujus loci Quæstio, quam ad naturam confirmationis pertinentem, prætervehi non licet. Cum tres sint Tutelæ species, Testamentaria, Legitima & Dativa, nec ac Legitimam Confirmatio spectet, novamne speciem Confirmata faciat, an referenda sit ad alterutram duarum. Nihil erret, opinor, qui propriam statuat speciem Confirmatam, quasi mixtam e Testamentaria & Dativa. Cum utriusque, Testatoris & Magistratus, factum in ejus perfectione concurrat: ut tamen, nisi fallor, Magistratus factum magis ad τὸ τί ἐινοι, *ad essentiam*, quam Testatoris pertineat, ut si ad alterutram speciem redigi deberet, potius ad Dativam referri posse videretur. * Rationes sunt hæ; Testamentarius Tutor is demum appellatur, qui jure datus est in testamento, *l. 3. § 1. de Testam. Tut.* Sed qui confirmantur, ideo magistratus officium requirunt, quia non sunt jure dati, *l. 6. h. t.* Secunda ratio; Tutores testamentarii protinus e Testamento proficiscuntur, & simul ac heres aliquis extiterit, sunt Tutores, *l. 7. h.* Sed confirmatus Tutor fit demum Tutor ex decreto confirmationis a Magistratu interposito, & ante confirmationem non est Tutor, ut docet Modestinus in *l. 13. § 12. de Excusat. Tut.* ubi tradit, Tutorem ab alio quam a Patre testamento datum, non excusare se, nec ei currere tempus, quo Tutores dati, si nolint esse tutores, excusare se debent, quia *ipso jure non sunt Tutores*, antequam confirmentur. Ex quibus rebus apparet, causam, qua Tutor aliquis immediate constituitur, esse factum Magistratus, hoc est Dationem, ac ita nihil esse potius, quam hunc Tutorem esse Dativum Testamentaria qualitate temperatum.

4. Rubrica meminit etiam Curatorem confirmandorum. Sed in his non obtinet distinctio Causarum, e quibus confirmentur. Omnis enim Curator Testamento non jure datur, etsi a Patre datus sit filio, quem habet in potestate, ideoque generaliter omnes sunt confirmandi, *l. 1. § ult. h. t.* Quod etiam moribus hodiernis sine dubio servatur. Idemque ad ipsos Tutores generaliter productum, eo quod discrimen Tutorum & Curatorum in usu temporum atque Fori penitus obsolevit; Ut jam indistincte Curatores Tutoresque passim a Magistratibus confirmari videamus: idque eo magis ad rem pertinet custodiri, quod nunc omnes Tutores & Curatores jurejurando fidem suam obstringunt, ** quod Justinianus de Curatoribus & Tutoribus, quibus Decreto celebrato committitur Tutela, tradit in *Nov. 72. c. ult. Auth. Quod nunc. C. de Curat. Fur.* Juramentum autem istud aliter, quam a Magistratu, nec solet, nec commode potest exigi. Plane sic usus hominum hac parte invaluit, ut sine confirmatione judiciali, nullus Tutor auctoritatem suam exercere possit, unde confirmatio nostratibus *authorisatio* dicitur: Plane ut omnes quasi Tutores non summo jure dati, sicut antea dictum, considerentur & subjecti sint eidem inquisitioni, qualem ex *l. 8. & seqq. h. t.* commemoravimus. Idque nostris quoque Statutis satis est consentaneum *lib. 1. tit. 7. art. 1.* Exceptis tamen Parentibus utriusque sexus, qui non confirmantur a Magistratibus.

TIT. IV.

De Legitimis Tutoribus.

I. Remissio ad Instit. II. Matres non esse Legitimas Curatrices liberorum. III. An etiam in Legitimis Tutelis inquisitio locum habeat. IV. Collatio Juris hodierni.

De Legitima Tutela & quatuor ejus Speciebus, totidem titulis in Institutionibus actum non agemus. Sufficit admonuisse, cunctas illas species jure novo aut abolitas, aut in unum esse con-

* Unde haud absurda est sententia affirmantium, omnem tutelam hodie certo modo esse dativam, licet magistratus commendationem testatoris aut legitimi, absque justa causa haud facile negligat. Ista autem confirmatio publica Imperii lege est sancita *Rec. Imp. de A. 1577 tit. 32. § 2.* Daß ein jeglicher Vormünder, er sey gleich in Testamenten, weis verordnet, oder durch das Recht, oder Richter gegeben sich der Vormundschaft nicht unterziehen soll, die Verwaltung sey ihm denn zuvor durch die Obrigkeit decerniret und befohlen. *Conf.* Leipziger Vormundschafts-Ordnung § 2. & 3. *j. O. P. S. E. Noviss. T. 8. § 1. p. 68.*

** Non obstringunt sese in Saxonia. vide quæ *infra ad Tit. VII.* hujus libri § 2. notabuntur.

statas,

flatas, coalescente cum illis & quinta specie, quæ est Matrum & aviarum; de quibus cunctis valet regula, quod gradu primus in Tutela sit primus,* gradu pares in hac quoque sint pares,** manente unius ex omnibus aptissimi electione, secundum dispositionem Juris communis in *Nov. 118. cap. 5.* Curam non esse Legitimam, nisi olim in furiosis & prodigis, *ad tit. Inst. de Curator.* dictum est.

2. Unde satis constat, Matres quoque non habere Legitimam Curam liberorum puberum, quemadmodum hæc qualitas iis nusquam in Jure tribuitur, sed Tutricum duntaxat, *l. 1. & Auth. subjecta C. Quand. mul. Tut. off.* Quod moribus aliter ubique receptum est, per confusionem Tutelæ atque Curæ, quas iisdem quoque nominibus exprimi novimus, qua de re diximus ad *tit. I. De Curat.* Præter hanc confusionis causam, hæc etiam recte a Gailio profertur, qua tacito adultorum ipsorumque Tutorum Consensu, administratio ad ætatem usque Legitimam continuetur, *2. obs. 46. n. 2.* Quod argumento est, si puberes non consentientes alium petere velint Curatorem, hoc iis non posse negari; quemadmodum ex iis, quæ ad *tit. de Tut. & Curat. dat.* paulo *inferius* dicenda erunt, amplius patebit.

3. Quod etiam de Legitima Tutela ipso jure, sine ullo facto hominis deferenda, dictum *in pr. tit. I. De Legit. agnat. Tut.* in usu fori non videtur esse receptum. Nec enim hodie proximiores semper, neque omnes, qui sunt ejusdem gradus, pariter ad Tutelam vocantur, sed prout Magistratui pupillari visum est, ut scribit ac probat Grœnewegius *ad § ult. Inst. De Cap. Diminut.* Jure Frisico hac de re cautum est hoc modo; *Si proximi cognati ad Tutelam minus idonei, sive non qualificati deprehendantur, Prætores sive Magistratus, alias personas ad eam rem idoneas constituent & confirmabunt. lib. 1. tit. 7. art. 1.* Agnoscunt hæc verba Legitimam Tutelam, & Dativam non admittunt, nisi deficientibus idoneis cognatis; Sed arbitrium qualitatis deferunt magistratibus. Sunt, qui jam olim Lege Claudia constitutum tradunt, ut ne omnes Tutelæ Legitimæ ex Lege XII. Tab. immediate deferrentur, sed ut Consules, non servato agnatorum ordine, tutorem ex agnatis maxime idoneum eligere possent, contra quos disputamus in *l. 3. Digress. cap. 4.* tamen etsi non omne circa Legitimos Tutores officium Magistratus cessaviſſe, quo constaret, utrum satis essent idonei vel secus, *ibidem* concessimus *n. 4. in fin.*

4. Forte nec plus nec minus, quam heic in Statuto nostro, traditur: Magistratus potest alios Tutores constituere, si proximi non sint idonei, Judicium hoc ad illos pertinet. Hinc duæ conclusiones oriuntur. Prima, Magistratus non potest extraneos eligere Tutores, si non desint proximi ad Tutelam *qualificati*, utcunque minus idonei quam forsitan inter extraneos reperiri possint. Secunda, minus evidens, quod inter cognatos arbitrium aptitudinis a judice exerceri possit, ideoque magis idoneus minus apto præferri possit. Cum enim idem articulus det Magistratibus Tutoris constituendi potestatem, *secundum jus Commune*, standum videtur jure civili, quatenus ei hac parte non est derogatum. Fit autem heic mentio *proximorum cognatorum*, ut hisce deficientibus aut non idoneis, alii constituantur. Ergo si proximi existant satis idonei, nec hi præterire, nec remotiores cogi posse videntur, ut ne plus & minus non variet speciem. Magis tamen est, ut usus & existimatio communis ita ferat, Magistratus optimo pupillorum consulere, & eum, qui e propinquis maxime sit idoneus, eligere atque pupilli rebus præficere posse? Ac ita meminit, inter partes nobilissimas placuisse Curiæ, ut agnatus Pontificiæ religionis, in casu, quo alioqui Lege non excludebatur, adsumi Reformato postponeretur. Etsi & alia ratio in illa causa accederet, quod eorum Mater pupillorum ad secundas Nuptias transiisset, quo casu non Legitimæ, sed Dativæ Tutelæ esse locum, alias probatum est ex *l. 2. in fin. C. Quand. mat. Tut. off.*

* Quæstio hic incidit, an mater vel avia, Avo paterno vel materno præferenda sit, in *Nov. 118. cap. 5.* haud decisa. Ambigue, ut solet, loquitur Imperator. videntur non præferri, verbis: *omnibus a latere cognatis quoad tutelam præponuntur:* immo videntur præferri, verbis: *testamentaris solis tutoribus præcedentibus eas.* Optime adeo Ordinatio Tutoria Lipsiensis, civibus lex, alias sive civitatibus eximia exemplum, § 4. verbis: auſſerhalb des väterlichen Großvatters, wenn der verhandelt und Vormund seyn wolte.

** In Saxonia agnatus cognato, & ex agnatis pari gradu Senior præfertur. v. notata *P. I. p. 49.*

TIT.

Tit. V.

De Tutoribus & Curatoribus datis ab his, qui jus dandi habent: & qui, & in quibus cauſis, ſpecialiter dari poſſint.

I. Summaria Rubricæ expoſitio. II. Tutoris dationem eſſe ex Lege ſpeciali, remotis objectionibus. III. An tutor alias quam qui danti ſubjectus eſt, dari poſſit. IV. Cur Magiſtratus minores cum ſatisdatione, majores cum inquiſitione Tutores dederint. V. Invitos adoleſcentes non accipere Curatorem, remiſſive & ſummatim. VI. De Tutoribus & Curatoribus ad certos actus. VII. De Tutoribus & Curatoribus extraordinariis ad totum patrimonium.

Bimembris eſt Rubrica. Prima pars de Tutorum & Curatorum datione univerſa, promittit agere, de qua titulus *Inſtit.* eſt de Attiliano Tutore: Altera de utrisque, & eorum datione extraordinaria in caſibus certis. Primus hic locus eſt, quod Tutorum & Curatorum mentio pariter facta ſit, etſi ad *tit. de Tutelis* de hac comparatione aliquid occuparum, & aliquoties dictum ſit, inter eos hodie nullum eſſe diſcrimen. Heic loci primo quod ad jus Civile pertinet, indictum, exponemus. Dein poſitiones quasdam differentiarum inter Tutores & Curatores, quas nec hodie ab uſu eſſe remotas putemus, collocabimus.

2. Jus dandi Tuores apud Romanos, non fuiſſe jurisdictionis ordinariæ, ſed a ſpeciali Lege pependiſſe, diximus ad princ. *tit. Inſt. de Attil. Tut.* ex *l. 6. §. 2.* & ex *d. pr.* ubi & aliquot objectiones removimus, & verba §. 4. *pro jurisdictione*, interpretati ſumus, ut non poſſent excedere terminos jurisdictionis ſuæ. Pari modo verba Edicti prætoris in *l. 3. in pr. de Poſtul. Cujus de ea re jurisdictio fuit*, de Tutelæ & Curæ datione uſurpata intelligi debent, nec alia opus eſt reſponſione ad *l. 3. §. 2. in fin. Judic. ſolvi.* Quanquam an Conſtantinus veterem differentiam Jurisdictionis & poteſtatis ex Lege ſpeciali venientis, in animo habuerit, cum in *l. 1. C. de off. Præt.* ait: *Prætori defertur hæc jurisdictio &c. Tutoris dandi, Curatoris ordinandi &c.* dubito: Magis eſt, ut omnem Magiſtratus poteſtatem, undecunque delatam, promiſcue appellet Jurisdictionem. Plus ſcrupuli habet hæc vulgaris objectio; Quicquid facere poteſt Legatus proconſulis, id mandari poteſt; quia Legatus nihil proprium habere dicitur, niſi cum ipſi mandata eſt jurisdictio, *l. 13. de Off. Proconſ. & Leg.* Quod autem mandari poteſt, id eſſe jurisdictionis ordinariæ, conſtat ex *l. 15. eod. tit.* Reſponſio colligi poteſt ex eo, quod diximus ad *tit. de Off. Proconſ. & Leg.* cujus ſumma hæc eſt: Mandatum Proconſulis facere, ut ſit Legatus, non ut omnia faciat quæ legatus facere poteſt, horum enim quædam ſunt ex lege ſpeciali, nominatim Tutoris datio, *l. 1. h. t.*

3. Verum hoc diximus, verba Legum, quæ Tutorem ajunt *pro jurisdictione* Magiſtratus dari, hoc velle, quod terminos jurisdictionis ſuæ excedere non poſſint, quantum ad pupillos attinet, nihil dubii habet: neque ratio fert, ut de Tutoribus aliud intelligamus. Quare cum magiſtratus municipales Tutores dare poſſe dicuntur, merito adjicitur, *ſed illum, qui ab eodem municipio vel agro ejusdem municipii eſt. l. 3. de Tutor. dat. ab his, qui jus dand.* At idem Ulpianus auctor *d. l. 3.* diverſam Tutoris & Pupilli hac parte rationem eſſe, tradit in *l. 10. de Tutel.* Etiam *non municeps*, inquit, *Tutor dari poteſt, dummodo municipi detur.* Sed hæc varietas in modo potius quam in re ipſa conſiſtit, quem modum explicat Paulus in *l. 24. h. t.* unde liquet, alienum municipem citari Tutorem non pro jurisdictione magiſtratus municipalis, qui nullo modo actum jurisdictionis exercere poteſt in alterius municipii civem; ſed imperio præſidis totius provinciæ; quod uſum habet, quando in eodem municipio non reperiuntur homines idonei ad Tutelam, qua de re latius dictum in *part. 2. Digreſſ. lib. 1. c. 26. n. 2. & ſequ.* Aliter Wiſſenb. *ad tit. de Tut. n. 4.* Hanc rem hodie uſum habere, negat * Thomaſius in *ſchol. ad poſit. 5. h. t.* quia *vix caſus dari queat, quo*

* Non adeo frequens omnino eſt conſtitutio tutoris dativi, qui judicis dantis Jurisdictioni non ſubſit. Circa legitimam vero tutelam ſæpius contingere poteſt, ut agnati ſub diverſa jurisdictione conſtituti, ad eam perveniant, quo caſu non tantum a judice pupilli apud nos confirmantur, ſed &, invito Magiſtratu, res ac pecunias pupilli in alienam Jurisdictionem transferre prohibentur, rationes quoque in loco adminiſtrationis reddere obligati, ſecundum *Reſ. Gr. d. Ann. 1009. gr. 7. 8. Corp. Sax. p. 582.* adde *Reſcriptum* Joannis Georgii I. *inter Statut. Lipſ. p. 265.*

in eodem municipio nemo ad tutelam sit idoneus. Si inde res pendet, sæpius equidem accidit, ut ad tutelam multo sit aptior aliquis in vicino municipio, quam in eodem, quo pupillus habitat. Sed tamen ibi eo consilium & circuitum Pauli in *d. l. 24.* non exerceri fateor; quia propinqui pupillorum, aut ipsi adolescentes, directe tunc adeunt Præsidem sive Supremam Curiam, quæ hodie jus præsidis habet. Ita ut hæc non jubeat dari, sed ipsa det Tutorem; quia causæ pupillares inde a prima instantia ad Supremas Curias referuntur, ex *l. un. C. Quand. Imp. int. pup.*

4. Cæterum, quare minores Magistratus per Satisdationem, majores per inquisitionem tutores dare soliti sint, quæsitu hoc loco non est indignum, & quamvis ad antiquitatem juris pertinet hæc differentia, ratio tamen nobis hodierni saporis, neque a nostro instituto aliena esse videtur, etsi ipsa differentia nunc obsolevit: cum satisdationes hodie nec a majoribus, neque a minoribus exigi soleant magistratibus. Sed olim ita visum, ut cum majores magistratus, quales Supremæ Curiæ, inquisitione defungerentur, minores, inquam, fidejussores exigere cogerentur. Dicam, mihi quid in mentem venerit. Ita compertum habeo, quibus in rebus Decreto, causæ cognitione, vel potius inquisitione ex officio magistratus opus est, in iis judices Supremæ Curiæ multo diligentius & severius procedere, quam facere solent judices inferiores. Exemplo sit alienatio rerum immobilium, quæ ad pupillos & minores pertinent: Hanc magistratus minores æque causa cognita decretoque permittere & administrare possunt, quam Curiæ Supremæ: ab utrisque fieri debet inquisitio in causas alienationis, an sint necessariæ, nec enim solam utilitatem sufficere, *infra* dicendum erit. Ast in hac dijudicatione, licet præscriptum Legis omnibus sit commune, mirum dictu est, quam multo remissiores sint municipales Judices, quam Curiæ Supremæ; dum illi tralatitias utilitates pro necessitate facillime, Curiæ ne præguantissimas quidem utilitatis rationes admittat. Causam hujusce diversitatis ego nullam animadverto; nisi quod inferioribus, quanto dignitas eorum minor est, tanto gravitas etiam severitasque tuendi amplitudinem suam minor, quam Curiis supremis esse consuevit, eaque varietas non tam ex morum hominumve præsentis aut exacti seculi, quam ex reputatione honoris & dignitaitis majoris oriri videtur. Cum igitur Romanis eadem esset experientia, consulendum ita putarunt, ut Minoribus imponerent necessitatem exigendi fidejussores, in quorum facultatibus pupilli plus præsidii, quam in diligentia & gravitate inquisitionis, quæ ab illis speri non posset, habituri videntur. *καὶ ταῦτα δὴ μὲν ταῦτα.*

5. Est adhuc quæstio hujus Rubricæ, an inviti adolescentes accipiant Curatores, de qua prolixe egimus in *lib. 3. Digress. cap. 15. 16. 17.* nec non *ad tit. I. de Curator. in pr.* quorum hæc est summa. *Prisci Romani a adolescentibus, toga virili accepta, quod fere evenichat anno ætatis decimo quinto, res suas permittebant, dicebantque* in sum tutelam *venisse. Cura non erat munus publicum, nisi in furiosos & prodigos; ita ut qui e tutela exiret, Curatori non absque nota ignominiæ subiret. Marcus Philosophus constituit primus, ut cura munus publicum esset, juvenesque minores annis XXV. Curatores petere possent,* non redditis causis, *hoc est, sine dementiæ prodigentiæque notâ:* Invitis tamen non dabatur Curator, præterquam in litem, *ut Justinianus docet* in § 2. Inst. de Curatoribus, *quod cum aliis Juris locis optime consentit. Admonebantur quidem a Tutoribus, ut sui peterent Curatores,* l. 55. § 1. ff. de Administr. Tut. *& credi par est, admodum paucos adolescentes e Tutela exisse, quin peterent Curatores,* arg. l. 33. § 1. ff. eod. tit. *Sed qui ætate maturiores erant parentes, si fiducium sui haberent, sibi permittebantur, nec admoneri quidem dicuntur; cogi certe ullos omnino, res inaudita est,* l. 2. in fin. Qui pet. Tut. vel Curat, *adeoque multos sine Curatoribus egisse adolescentes, satis probat* l. 3. C. de restit. minor. *ubi minores distinguuntur* inter Curatorem habentes & sine Curatione constitutos. *Verum enimvero quod directo ture in eos non statuebatur, ad hoc indirecte sæpe cogebantur. Nec enim judicio poterant contendere, nec debitores suos ad solutionem adigere, nec quicquam alicujus momenti cum aliis actitare poterant, nisi prius Curatores petere in animum induxissent,* l. 2. C. Qui pers. stand. in jud. non hab. l. 7. § 2. ff. de Minor. *Atque hæc inevitabilis difficultas, qua minores Curatoribus destituti, impliciti sunt, in causa fuit, ut regimen Curatorum in adolescentibus, tanquam ordinarii juris commentaretur:* Et hoc est, quod Alexander, octavus post Marcum Princeps, Minores annis 25. ait, ipsi sibi Curatores, SI RES EORUM EXEGIT, petere debent, *l. 6. C. Qui pet. Tut.* An hæc res moribus hodiernis, omnino aliter se habeat, *inferius paulo* videbimus. Nunc ad alteram Rubri-

Rubricæ partem progrediemur, quæ est, *In quibus causis specialiter Tutores & Curatores dantur.*

6. Ut hunc articulum ordine complectamur, dicemus, Tutoris dationem esse vel ordinariam, vel extraordinariam. Ordinaria, quæ deficiente Testamentaria Legitimaque, datur inde ab initio a Magistratu, ad res personamque pupilli; In Curatoribus eadem hactenus est ratio; Quin ita fere obtinuit, ut Tutores extraordinarii sæpe Curatores appellentur; Ordinantur autem vel ad singulos actus vel ad totam administrationem certis casibus. Qui ad singulos actus dantur, hi sunt Curatores, non Tutores, quia tunc supponitur, extare Tutores; Atqui Tutorem habenti non datur Tutor, § 4. *I. Qui testam. Tut. l. 2. & l. 14. de Testam. Tut.* cujus rei rationem indagavimus in *lib. 3. Digress. cap. 19.* Excepto actu hereditatis adeundæ, si Tutor ordinarius ei negotio superesse nequeat, aut is appellaverit: Tunc enim Tutor extra ordinem datur, & Curator ad eum actum dari non potest, *l. 17. § 1. de Appellat.* quoniam ea, quæ solennitate juris constant, actusque Legitimi, qualis est Tutoris datio, *l. 77. de R. J.* Tutoris qualitatem necessario requirunt, *l. 19. de Auctor. Tut.* quia Tutoris ipsum nomen est Legitimum ex Lege XII. tabularum, Cura non est Legis nomen, aut munus; sed a JCtis ad similitudinem Tutelæ paulatim introducta, quæ nadnodum plenius demonstratum est in *d. lib. 3. Digress. cap. 19.* Ad reliqua negotia singularia, & ad ipsam quoque litem Curatores dari, tralatitium est, § *ult. I. de Auctorit. Tut. l. 3. § 2. de Tutel. & alibi passim:* quorum tot exempla, quot negotiorum genera, sunt in medio.

7. Quandò ad totam administrationem dantur extra ordinem Tutores & Curatores, utrius sint generis, judicium pendet ab illa regula; deturne Tutorem habenti, an non habenti. Tutorem habenti datur his casibus: I. Si quis absit Reipubl. causa; Cum enim hic non desinat esse Tutor, § 2. *I. de Excus. Tut.* is, qui adjungitur ei, Curator est, *l. 15. h. t.* etsi Tutor *imitamento* vocetur, *l. 12. de Tutel.* Qui datur in locum Tutoris relegati, datur habenti Tutorem, ac ideo Curator est, *l. 28. § ult. de excusat. Tut.* neque tamen non Tutor appellatur, *l. 4. in fin. In quib. caus. Tut. vel Cur. hab.* Denique, si Tutor appellaverit, aut absit, eo casu dandum *Tutorem temporarium*, qui tutela fungatur, est in *l. 2. h. t.* cum manifesto datus sit Tutorem habenti, ac ita temporarius ille sit Curator, *l. 15. d. tit.*

8. Casus, quibus ille temporarius vere Tutor est, quippe datus non habenti Tutorem, sunt sequentes. Qui datur in locum Tutoris remoti, *l. 13. § 10. de Susp. Tut.* in locum excusati, *l. 11. de Testam. Tut.* quamvis & hic improprie Curator dicatur in *l. 2. & l. 10. C. In quib. caus. Tut. vel Cur. hab.* Qui datur in locum muti & surdi Tutoris, non habenti Tutorem quoque datur, ac ita verus Tutor est, *l. penult. de Tutel.* Tutor datus ei, qui habet Tutorem sub conditione, vel in diem datum, etiam vere Tutor est, *§ 1. Inst. de Attil. Tut. l. 11. pr. de Testam. Tut.* Et quidem si quis sub conditione Tutorem habeat, quia conditio nihil ponit *in esse*, ut vulgo ajunt, non est dubium, quin hic Tutorem non habeat. Sed qui Tutorem ex die certo datum accepit, an is ante diem non habet Tutorem? Atqui ex die certo obligatus, etiam ante diem est obligatus, § 2. *Inst. de Verb. obl.* Cur adeo Tutor in diem, non statim Tutor intelligitur? Est eadem, ut videtur, ratio, quamobrem Statu liber, cui in diem libertas est data, non magis ante diem est liber, quam qui sub conditione libertatem accepit, *l. 9. & l. 29. de Statu lib.* Obligatio est jus patrimoniale, quod per se consistit, nec immediate pendet a facultate personalis exercitii: Sed libertas & Tutela, sunt jura mere personalia, quæ non habent intellectum, nisi ex functione personæ, qualis ante diem functioni præscriptam nulla esse potest. Supererat expositio; An non moribus hodiernis aliqua remanserit differentia inter Tutelam atque Curam: Sed quia fundamentum differentiæ, quam nos adhuc agnoscimus, est petitio Tutoris & Curatoris, per alium aut ipsos adolescentes faciendæ, quæ ad sequentem Rubricam pertinet, ibidem illam observationem subjicere, potius videtur.

TIT. VI.

Qui petant Tutores vel Curatores, & ubi petantur.

I. Qui petere tutores jubeantur sub pœna, qui moneantur duntaxat, & pœna matris non petentis. II. Usus ejus rei hodiernus. III. Modus petendi Tutorem judicialis. IV. Curatorem non

nisi ab ipso pubere peti. V. Positiones aliquot inde fluentes, & de usu hodierno. VI. Sequi & inde, quod ad Curam non possint cogi adolescentes.

Quia Magistratus scire non possunt, quibus opus sit Tutoribus dandis, officium petendi Tutores quibusdam commendatur, aliis ex necessitate imponitur. Commendatio dirigitur ad cognatos, adfines, familiares, educatores, & amicos, *l. 2. in pr. in §. 1. h. t.* Necessitas injungitur Matribus & Libertis. Mater non petendo ζημίαν, *damno adficitur*, Libertus τιμωρεῖται, *corporaliter punitur*. ait Modestinus in *d. l. 2.* Mater enim, si non petat Tutorem liberis, vel si petat ἐσίας χάριν, *defunctorie*, sine effectu, amittit successionem liberorum ante pubertatem ab intestato morientium, *d. l. 2. § 2. l. 3. C. ad SC. Tertull.* Intra quod tempus Tutor petendus sit, ut a pœna sit liber, expressum non legitur, sed *confestim* officium facere debet, *d. l. 2. § 2.* At res loquitur, si ante mortem pupilli facta sit petitio, pœnæ hereditatis amittendæ non esse locum: Morte vero eveniente, quocunque tempore non inveniatur tutor petitus, cadit in commissum; Debet enim *confestim*, ut dictum, petere: quod tamen ita accipiendum, ut non excludatur civile temporis laxamentum, *arg. l. 4. de Vacat. & excus.*

2. Hæc jussio respectu matris jure novo non habet usum, nisi mater ad secunda vota transierit, cum alias sit ipsa tutrix Legitima. Tum vero lex acerbe de matribus præsumit, quasi res & vitam liberorum novis maritis dedere solitæ, *l. 22. § servi etiam. C. de Administr. Tut.* cujusmodi exemplum si gitiis plenum, habet Livius *lib. 39. cap. 8.* de quo nos egimus in *lib. 3. Digress. cap. 8.* Moribus alicubi certum tempus præfixum legitur, ut duorum mensium in Hollandia quibusdam locis, teste Grotio *lib. 1. cap. 7. n. 21.* Sed pœna amittendæ hereditatis in plerisque Foris abrogata censetur, ut vult Grœnewegius ad *l. 8. C. Qui pet. Tut. vel Cur.* aut negligitur. Apud nos abrogatam esse, nemo dixerit; quia nec verum heic est, quod idem abrogati Juris auctor scribit ad *l. 8. C. Qui dar. Tut.* pœnas legales aliquem jure suo privantes, esse abolitas, ut *alibi* dictum atque dicendum est. Non memini tamen, unquam hujus rigoris exemplum evenisse: Cujusmodi rarior usus aut neglectio, ad abolendum jus non sufficit. Adde Carpzov. II. *Const. 11. def. 15.*

3. Apud nos, Judices pedanei pagorum, vicini & vespillones, jubentur etiam Magistratus facere certiores, sine pœna tamen certa, *l. Stat. 7. art. 3.* Verum propinqui id officii plurimum præstant, atque simul petendi partibus funguntur, quod plerumque per modum voluntariæ jurisdictionis peragitur; etsi Tutoris datio, cum in invitos quoque decernatur, magis sit contentiosæ jurisdictionis. Petens Tutorem, constituit se quasi Impetrantem sive Requirentem, rogatque judicem, ut Titium velit declarare Tutorem hujus aut illius, qui postquam animum suum atque consensum exposuit, Judex negotium in Acta redigit, atque a novo Tutore jusjurandum fidelitatis exigit. Quando autem Testamentarius Tutor in judicio confirmatur, etsi res ad eundem fere modum vulgo peragi soleat, nihil tamen opus erat, duas quasi partes in judicio constitui, cum nemo Testamentarium Tutorem petat; sufficere omnino debet, si Testamentum judici exhibeatur, ejusque nomen & sententia Testamenti, actis inseratur, cum exactione jurisjurandi: Licet, inquam, tritura fori discrimen hoc parum servet.

4. Hæc quidem de Tutoribus. Curatores pro adolescentibus nemo petere cogitur, neque potest petere, *d. l. 2. § 4. & 5.* Proinde nec mater heic ullam metuit pœnam. *Petendi enim filiis Curatores necessitas matribus imposita non est*, ait Alexander Imp. in *l. 6. C. Qui pet. Tut.* Ad quæ verba Grœnewegius, *Hodie*, inquit, *sicut Tutores, ita & Curatores filiis petendi necessitas matri imposita est.* Quod ut verum sit apud Batavos aliosque simili utentes jure, de nostra aliisque gentibus, quæ jure scripto, si Statuto vel consuetudine indubia non sit abolitum, utuntur, minime secus est quam jure Romano cautum. Ita nos servamus; Pro impuberibus petunt propinqui, & quos diximus alii. Puberes ipsi petunt Tutores. Ipsi ut Impetrantes & Requirentes in judicio collocantur, non mater, aut alii, pro ipsis. Hæc est indubitata nostri juris & moris observatio. Unde fluunt hæ positiones. I. Differentiam inter puberes & impuberes respectu Tutelæ atque Curæ, non omnem esse sublatam. II. Matrem, quæ transit ad secundas nuptias, non cogi liberis suis petere Curatorem. III. Liberos puberes non esse sub Legitima matris cura, sed ipsos petere posse Curatorem. IV. Si pupilli habentes Tutorem, maneant sub ejusdem Cura, id eos sua voluntate facere centeri, ut *supra* ex Gailio. V. Si puberes sub ejusdem, qui Tutelam habuit, Cura manere nolint, alium eos Curato-

rem

rem petere posse. VI. Tutelam ipso jure, pubertate finiri.

5. Hinc etiam sequebatur; Tutela pubertate finita, novam confirmationem sive dationem a Magistratu esse necessariam, quo pertinet, quod ad *tit. Inst. De Curator. n. 30.* exemplo rei judicatæ de anno 1619. probavimus, olim placuisse Curiæ nostræ, Curatorem, qui fuerat idem Tutor pupillæ, non habere jus prohibendi Nuptias adultæ, quod alioqui jure nostrate Curator habet, quia post finem Tutelæ non fuerat de novo, requirente puella, datus & confirmatus Curator, itemque latius prosecuri sumus *in Auspic. domest. pag. 81. & seqq.* Re tamen ad usum præsentis ævi admota, non videtur dubitandum, quin apud nos idem, quod de Germania Gallium supra adfirmantem audivimus, obtineat, ut si Tutor manserit in administratione, tempore Curæ, id cum adolescentis *voluntate factum videri, veteremque* Tutelæ dationem sufficere ad auctoritatem Curatoris, statuamus. Quod tamen non obstare, quo minus si pubes velit, alium petere possit; aut Tutor etiam, ubi Curæ tempus attigerit, rationes reddere Curæque se subducere queat, ex ipsa illa datione, non nisi volente minore facienda, colligi potest.

6. Præterea ex eo, quod diximus, Curatorem ab alio quam ab ipso minore peti non posse colligimus id, quod Modestinus scribit in *l. 2. §. 5. h. t.* ex Ulpiano egregio, neminem alium pro minore Curatorem petere posse: Invitis igitur non potest obtrudi Curator, præterquam ad litem, § *2. I. de Curat.* vel cum aliud quid majoris momenti agendum est, quod adversarius cum adolescente, propter metum restitutionis in integrum, solo, administrare gravetur, veluti quando solutionem a debitore sibi vult fieri, *l. 7. § 2. de Minor.* Igitur regula est; non coguntur, nisi in litem, aut rem certam. Ad litem, autem non coguntur ad hunc aut illum accipiendum, sed aliquem in genere; individui electionem ipsi habent: Ergo & regula de non facienda coactione, non de individuo, sed in genere accipienda, alioquin exceptio esset eadem cum regula. Ex quo refellitur eorum sententia, qui minorem cogi ad accipiendum curatorem, non cogi ad hunc aut illum, cavillantur; contra Justinianum clara dicta in *d. § 2.* Inviti adolescentes curatorem non accipiunt, quod vertit Theophilus ἄκων ἐδεὶς κεκρατεῖται, *Invitus nemo curationi subest*; aperte non ad personam, sed ad munus Curatoris se referens. Facit huc *l. u. C. Qui pet. tut. vel curat.* ubi dicitur, puberem non habere personam standi in judicio, secundum *Leg. 2. C. Qui pers. st. in jud. hab.* nisi interposito decreto de venia ætatis, aut curatore dato sive administrandi patrimonii sive litis gratia. Unde liquet, minores & fuisse absque curatoribus haud raro, & cum iis sesipienda erat, ut curator omnino habendus esset, tamen non fuisse coactos eum ad totum accipere patrimonium; sed hunc recusare, petere autem ad litem, quem vellent, poterant. Scil. olim habebat minor personam standi in judicio, ut de M. Cotta Valerius Max. *l. 5. c. 4.*

7. Quapropter, ubi hæc doctrina, quod Curator non nisi petenti atque volenti detur adolescenti, recepta est, ibi & illam consequentiam, quod invito non detur Curator, obtinere necesse est. Quid igitur, an moribus nostris, invitis adolescentibus a Magistratu non datur Curator? Non, puto, si frugi sint. Nulla Lex, nec ulla, opinor, consuetudo coactionis facultatem præbet, neque vero exempla juvenum, qui sine Curatoribus egerint, desunt, quod meminerim. Non coguntur equidem a Magistratu; Sed res plerumque eos cogit; quia vix est, ut non incidant aliquando difficultates negotiorum, in quibus Curatore sit opus. Et tamen si quis tam bene compositum habeat Patrimonium, ut sine tricis, sine ambagibus & scrupulis tranquille gubernari possit, nihil in Jure civili, Statutis aut moribus nostris, quo talis adolescens cogatur, extat. Exemplum ea de re dedimus in *prædicto loco Auspiciorum.*

TIT. VII.

De Administratione & Periculo Tutorum & curatorum, qui gesserint vel non: & de Agentibus vel conveniendis, uno vel pluribus.

I. Præparatoria administrationis 1. Jusjurandum. II. Satisdatio, remissive *& Inventarii confectio. III. De illius Prohibitione. IV. Usus inventarii duplex. V. Post inventarium quid*

fiat, & summa administrationis. VI. Officium Tutoris in emendis prædiis & pecuniis fœnori collocandis. VII. Non teneri tamen in pecuniis mutuo dandis Tutorem ultra mediocrem diligentiam. VIII. De periculo Tutelæ indivisæ. IX. Quid si divisa sit. X. Monitum inde colligitur. XI. Quatenus Tutor, qui non administrat, teneatur. XII. De actionibus, quas Tutores movent. XIII. Quæ contra eos moveantur, & quomodo, si plures sint Tutores. XIV. Proprio nomine Tutorem non teneri, nisi id actum sit.

Præcipua pars & quasi corpus officii Tutorii, est *Administratio*, quam comitatur Auctoritas, & periculum consequitur, quarum prior & posterior est sub hac Rubrica, sequens titulus de Auctoritate. Administratio habet præambulones aliquot, Jusjurandum, Satisdationem, & inventarii confectionem. Jusjurandum a Justiniano est additum Tutoribus duntaxat datis, ut dictum *ad fin. tit. de Tutor. dat. Ab his volumus*, ait Justinianus, *dum celebratur decretum, quod traxit curam ei, qui ad eam accedit, etiam jusjurandum eum dicere, sacrosancta Dei Evangelia tangentem. Nov. 72. cap. ult.* Quod autem observatur, ex usu magis arbitrario, ita ut videtur, quam vi verborum, uti cautionis potius, quam necessitatis sit, neque non remitti possit a Magistratibus,* aut simplici stipulatione transmitti, ut Faber tradit *lib. 5. C. Tit. 25. def. 2.* & Sandius *2. 9. 10.* Hoc in testamentariis & Legitimis Tutoribus eo facilius admittas, quod in illis ne quidem Justinianus juramentum requirendum putaverit: Etsi enim in tota *Nov. 72.* de cunctis Tutoribus & Curatoribus agatur, tamen hoc *ultimo* in *capite*, ubi de jurejurando, loquitur de Cura, *quæ traditur decreto*, quod de solis honorariis intelligi abesse, patet ex *supra dictis tit. de Testam. & Legit. Tut.* non obst. *l. ult. § 1. C. Arbitr. Tut.* etsi paulo aliter D. Wissenb. *th. 3. h.* ac aliter moribus, ut dictum *supra*.

2. Secunda Administrationis Præparatio, est Satisdatio, de qua titulum ad Institutiones habuimus, nec est quod hoc supppleamus; quando nec de usu ejus hodierno hinc quod res est, monere obliti sumus. Adde sis Wissenbach. *th. 2.* hic. Dicamus de Confectione Inventarii. Est hoc descriptionem rerum pupillarium, alias & melius Repertorium dictum, ex *l. 7. in pr.* & aliunde constat. Sciendum tamen, ab illo diversam esse descriptionem rerum, quam Magistratus statim a morte patrisfam. fieri curat, indicis & memoriæ causa, quam plerumque sequitur obsignatio custodiæ gratia; ut passim observatur, & cautum est in nostris Statutis, *t. tit. 7. art. 2. ubi*; Facient magistratus, *hoc casu*, mortuo Patrefam. sine liberis, aut fieri *curabunt in continenti per suos commissarios, exactum inventarium de familiæ bonis, eaque jubente necessitate, obsignabunt.* Si nempe Tutores nulli, aut absentes sint, neque tales amici, quibus sine exceptione fidi possit. Unde liquet, hanc descriptionem esse diversam ab Inventario, de quo nos loquimur, utpote, quod ipse Tutor aut Curator facit, secundum quod bona suscipit, rationes secundum idem redditurus, *l. ult. C. Arbit. Tut.* Sed ne duplex Inventarium gravi sumtu fieri necesse sit, usus rei sic fert, ut prior illa Descriptio penitus omittatur, ejusque loco semper & in continenti fiat Inventarium bonorum obsignatio, exceptis iis, quibus in præsenti carere nequeant. Quæ obsignatio, Tutore dein confirmato & petente, rursus a Magistratu tollitur: quitum, præsente & profitente Tutore cognatisque pupillorum, fiet inventarium *publice*, ut est in *d. l. ult.* Quod si tutor inventario faciendo supersederit** & dolus arguatur, removetur cum infamia, & extra ordinem coercetur, *d. l. ult. § 1.* tenebiturque in id quod interest jurejurando in litem æstimandum, *d. l. 7. in pr.* ubi exceptio; nisi id justissima causa intervenerit non fecerit.

3. Talis casus est, si pater pupillorum *specialiter inventarium facere prohibuerit*, *d. l. ult. § 1.* Qua prohibitione *moribus hodiernis*, nihil est

* Consuetudine Saxoniæ hoc juramentum tutoribus perpetuo remittitur, ubi tantum admonentur officii sui & juris jurandi Magistratui præstiti, ac stipulata manu promittunt, se pupillorum debitam habituros curam. vid. Leipziger *confirmirte* und wiederholte Vormundschafts-Ordnung *d. An. 1692 §§.* verb. Sie sollen sie, an eines leiblich geschwornen Eides Stat, und bey denen Pflichten, damit sie unserer gnädigsten Herrschaft und uns verwandt und zugethan seyn, mit einem Handschlage geredet, gelobet, und zugesagt. Leipz. *Statut.* und *Privileg. p. 250.* add. Sobac. *ad ff. Lib. 37. § 88.*

** Apud nos, sicuti de herede *supra P. I. p. 222.* monitum, ita etiam a tutore specificatio jurata exigitur, si inventarium non fuerit confectum, atque hanc Mater quoque tutrix præstare compellitur. conf. *D. c. Ll. 21. & 57.* Carpz. *dec. 74. n. 4. seq.*

frequen-

frequentius, tam, quod homines ament ſtatum patrimonii ſui habere occultum, quam quod M. Augustus eam rem non tam pro ſcopo legis, in ſecuritatem ac utilitatem pupillorum, quam pro jure commodoque officii ſui tractant, sumptu modico hereditatibus ſæpe graviori. Quare pro cauſa juſta omittendi Inventarii publici, habetur etiam modicitas patrimonii, quoties Tutorum & amicorum qualitas plenam pupillis ſecuritatem polliceatur; quemadmodum Curiæ noſtræ viſum eſt, ad libellum ſupplicem *Regneri Lolinde Paſtoris in Kimswert, contra Magiſtratum Harlinganum, menſe Martio 1679.* Ubi illa perſonarum qualitas & pupillorum ſecuritas non eſt in conſpectu, a publica Inventarii forma non eſt recedendum. Ideoque ſimilem petitionem Curia negavit, ad libellum *Jacobi Leiges, contra Magiſtratus Staurienſes, d. 29. Mart. 1690.* Cæterum, Patris voluntas quomodocunque ſignificata, ad eam rem ſufficit, nec opus teſtamento, aut codicillis, *arg. l. ult. C. de Reb. cor. qui ſub tut. vel Cur.* Adeo ut Curia noſtra Magiſtratibus Harlinganis negaverit officii ſui partes, in hereditate civis ſui & Mercatoris, qui in codice rationum ſuarum ſcripſerat hujusmodi prohibitionem, filioque ſuo majori natu, Advocato & Juris C. eximio *Theotardo Vander SLUYS*, dederat auctoritatem pro liberis minoribus occupandi atque res curandi. *d. 22. Febr. 1681.* Quamvis autem publica Inventarii confectio remiſſa ſit, Tutor ideo ſine deſcriptione res pupillares aggredi non debet; ſed coram propinquis & teſtibus idoneis, indicem rerum fidelem componere debet, ex quo deinceps ratio bonorum conſtare queat, ut docet uſus, & monet D. Schotanus *exam. ad h. t.* Quo ſervato, non opus eſt, ut Magiſtratuum arbitrio committendum putemus, an voluntatem Teſtatoris inventarium prohibentis approbare velit, ut Græneweg. *ad d. l. ult. §. 1.* aliique ab eo citati volunt.

4. Ex his uſus Inventarii ſatis liquet, in eo præcipue conſiſtens, ut pupillus ſcire poſſit, quid repetendum habeat, utque rationes & reliqua præſtentur; cujus rei tam ſolidum eſt fundamentum in Inventario, ut ſi Tutor deinde præ ſe ferat, errorem eſſe commiſſum in profeſſione facta per inventarium, non audiatur, quo minus *ſecundum vires ejusdem Scripturæ, patrimonium pupilli vel adulti exigatur, d. l. ult. in fin. pr.* Quod tamen cum aliquo civili laxamento accipiendum videtur, ut ſi juſtiſſimi erroris cauſa demonſtretur, ue-

ganda non ſit in integrum reſtitutio, ut Gothofredus, Autumnus, & Græneweg. aliique *ad d. l. ult.* cenſent. Dolo ſane alterius ſi aucta ſit profeſſio, textus ipſe non negat tutori defenſionem; quippe ſuum cuntaxat factum excuſare non poteſt. *Neque enim ſic homo ſimplex, imo magis ſtultus, a Fabio eſt, inveniatur, ut in publico inventario contra ſe aliquid ſcribi patiatur.* Quod ſi Tutor liquido probare poſſit, procula ſtultitiæ ejus tantum abeſſe lapſum, difficile dictu eſt, hujusmodi officium ipſi eſſe damnoſum: ſi res magni ſit diſcriminis atque momenti. Alius Inventarii uſus indicatur in *l. 57. Chirographis Debitorum incendio exuſtis, aut alio caſu intereuntibus, Tutores ex inventario debitores convenire poſſunt, ad ſolvendam pecuniam, aut novationem faciendam.* Quæ de re pridem egimus *ad tit.* de *Fide hæſtr.* & de *amplione eorum, num. 31.* Quibus hoc addemus; ut unum habeat hæc doctrina, requiri I. ut certo conſtet, inſtrumentum extitiſſe ante incendium, & nunc deſiderari. II. Ne longo tempore poſt incendium actio moveatur. III. Ut Inventarium contineat ſubſtantialia debiti, perſonas debitoris, creditoris, ſummam & cauſſam debiti; ſaltem ut de ea quoque conſtet. Nam ſine cauſæ debiti notitia, non dari petitionem, *alias* ſatis dictum eſt. Duo priora deerant in exemplo rei judicatæ, quod in *prædicto loco* retulimus; de inventario facto a Judicibus Stellingwervix occidentalis. Aſſeſſor Judicii, & duo, qui ut teſtes ſignaverant, inſtrumentum adfuiſſe, cum anno 1668. fieret deſcriptio, teſtabantur. Sed inſtrumentum paulo ante extitiſſe, & in fuga *anno 1672.* periiſſe, haud plene erat probatum, decenniumque inter id tempus & petitionem inſtitutam erat elapſum. Reliqua in loco citato videantur.

5. Confectionem Inventarii aliquando ſequitur Diviſio patrimonii pupillaris ab aliis, quibus eorum res mixtæ ſunt, ſive liberi ſint diverſorum matrimoniorum, ſive a bonis novercæ facienda ſeparatio, vel ab alia communione: Quam ad rem datus Curator, ea peracta curam ſuam deponit, ut alius adminiſtrationem ſuſcipiat. Plerumque iidem ſunt Curatores ab initio. Adminiſtratio porro vel circa perſonas pupillorum atque minorum, vel circa res eorum verſatur. Prima pars non tam momenti, quam præcepti minus prolixi eſt. Scilicet, non alimentis tantum & cultui exhibitionis, *l. 13. §. 2.* ſed etiam morum diſciplinæ proſpiciet Tutor, cum ſua induſtria,

ſtria, tum præceptores idoneos ſeligendo, quibus mercedes non quas minimas poterit, ſed pro facultate patrimonii, & pro dignitate natalium conſtituet, *l. 12. §3. h. t.* atque ita eum vel ſtudiis liberalibus, vel artificio neceſſario, ut qualitas ingenii, natalium, & opum ferre videatur, imbuendum curabit. De rebus atque negotiis eſt ſumma regula; Tutorem, quantum ad providentiam adminiſtrationis attinet, loco Domini haberi, *l. 27. h.* Proinde eandem curam in rebus & negotiis pupillaribus, quam bonus paterfamilias ſuis rebus adhibet, præſtare debet, *l. 33. in pr. h. t.* cujus rei enarratio quam late pateat, apparet: a nobis ut declaretur, non expectabitur. An Tutor, pupilli debitoribus ſolvendi tempus prorogare poſſit, quæri ſolet: Nihil eſt facilius. Officium ejus eſt cogere homines ad ſolvendum, *l. 18. C. h. t.* Rationes de non ſolvendo recte pro pupillo, minus tuto contra eum inibit, *l. 28. § 1. de Pact.* Re tamen exigente, non gratificandi, ſed laxamento civili utendi; quin etiam tranſigendi poteſtas, Tutori deneganda non eſt, *l. 46. § ult. h. t.* Plane quod alibi de creditore laudatur; Tutorem bene fungi credendum eſt, *ſi non acerbum ſe exactorem, nec contumelioſum præbeat; ſed moderatum, & cum efficacia benignum, & cum inſtantia humanum; nam inter inſolentiam incurioſam & diligentiam non ambitioſam multum intereſt.* verba ſunt Ulpiani in *l. 33. de Uſur.*

6. Plus inexpectati eſt in his duabus poſitionibus. Prima, Tutor in comparandis prædiis tantum de lata culpa tenetur. Altera, in collocandis fœnori pecuniis, de omni periculo tenetur. Prima theſis eſt in *l. 7. § competet. 2. h.* Alteram habes in *Authent. Noviſſime. C. h. t.* Apparet utriusque regulæ eandem eſſe rationem, quæ hæc eſt; Quod Juris conditoribus impenſe placeat, pupilli ſubſtantiam in rebus ſoli & bonis conſiſtere duraturis, potius quam in pecunia tranſitoria, multisque obnoxia caſibus. Quanto alioqui unumquodque negotium majoris eſt momenti, ut eſt ſane rerum ſoli emptio, tanto intendi potius diligentia quam remitti merebatur; ſed animandi potius, quam deterrendi hac parte viſi ſunt Tutores: Pecunias vero pupillares adeo diſplicuit uſuris collocare, ut Juſtinianus eas recondi & ſepeliri malit, *Nov. 72. c. 6.* Excepta ſatem modica pecuniarum quantitate, quatenus ad exhibitionem pupilli neceſſariam requiritur, *cap. ſequ.* Quod ſi Tutor nihilominus pecunias fœnebres exercere velit, fiat hoc, at ſciat, omne periculum ad ſe pertinere, *d. cap. 6. in fin.* conceſſo tamen ipſi hoc caſu bimeſtri ſpatio ad circumagendas mutuandi vices, quod etiam jure Pandectarum fuit indultum, *l. 7. § ult. h. t.* Sed tunc etiam Tutor ad hoc tenebatur, ut pecunias pupillares nominibus elocaret, alioqui ipſe in uſuras conveniebatur, *l. 58. § 3. h. l. 3. C. de uſur. pupill.* Hoc jus Pandectarum moribus hodiernis & rationi rectæ convenientius videtur, quam quod jure noviſſimo placuit Juſtiniano, cujus placitis id crebro accidit, ut prudentium approbatio ſæpe magis inclinet ad ea, quæ ipſi improbata veteribusque ſervata ſunt. Atque ita in hoc articulo accidit, manifeſta gentium conſpiratione, ut Tutores pecuniam pupillarem licito lucro ſecundum mores cujusque regionis, fœnori *

* Cum pecuniam pupillarem fœnori collocare, Tutores moribus noſtris & poſſint & debeant, variæ autem inde lites & damna oriantur, optime ſibi & pupillis ſuis conſulunt civitates, qui iſta omnia ſuis ſtatutis ordinant, ut a Lipſienſibus factum eſt *Ord. Tut. § 22. ſeqq.* in hanc fere ſententiam: Tutores pecunias pupillares conſenſu Judicii Tutori, & ſi fieri poteſt, interpoſitis ſecuritatibus fœnori collocanto; hoc facto ipſi ſecuri ſunto, niſi major factus latam commiſiſſe Tutores culpam probet; hoc probato ſors a Tutoribus pupillo reſtituitor, uſuræ commodo Tutorii cedunto. Si in pecunia pupillari mutuo danda neglexerit Tutor magiſtratus conſenſum; ſortem & uſuras pupillo reſtituito, niſi juſtam ſe adhibuiſſe diligentiam probare malit, hoc facto, ſortem absque uſuris reddito: Si pluribus pecunia a Tutore mutuo data, factusque inter eos unus fuerit non ſolvendo, pupillus aut idonea nomina cum minus idoneis accipito, aut ſorte a tutore absque uſuris numerata integra contentus eſto. Pecuniam a patre collocatam, ſi tutor conſenſu magiſtratus ſuo loco reliquerit, indemnis eſto, niſi major factus latam tutoris culpam in non exigendo commiſſam probare intendat; quo facto Tutor retentis uſuris ſortem reſtituito. Tutoribus ob priorum mortem, vel alia ex ratione mutatis, poſterior ob geſta a priore non tenetur; heredes prioris, ſi poſterior conſenſu magiſtratus nomina a priore contracta ſuo in loco reliquerit, ſtatim liberator; ſi hæc nomina inde fiant incerta atque inidonea, Tutor poſterior latæ culpæ accuſator, eaque probata ſortem absque uſuris reddito. Pro tutoribus & eorum fide præſumptio militato: Judices ad has cauſas delegati plane non tenentor.

vel

vel in emptionem prædiorum collocare, & si hoc neglexerint, usuras vel id quod interest, pupillis refundere teneantur, ut videre licet apud Grot. *Introd. l. 1. part. 9. § de penningen.* Neostad. *Decis. 51.* Jcti Batavi *part. 1. Consil. 17.* Græneweg. *ad pr. C. h. t.* Andr. Rauchb. *part. 2. Quæst. Jur. 26. n. 7. plures laudat consentientes.* Idemque apud nos, rarissime licet a Jure civili discrepantes, *quotidie servatur.*

7. Hoc Jure præsupposito, nihil est causæ, quemadmodum nec jure Pandectarum fuit, cur Tutores boni Patrisfam. & eadem, qua in suis rebus utuntur, cura diligentiaque defungi nequeant in pecuniis fœneratitiis. Etsi quod plerique Justiniani verba de omni periculo in *Nov. 72. c. 6.* accipienda putant, ut non aliter quam si culpa intervenerit, obtineant; quemadmodum Sandius noster in *lib. 2. tit. 9. def. 14.* & Wissenbachius *th. 5. h.* vereor ne non potius æquitati, quam juri scripto conveniat. Observari ita per omnia Europæ fora, non est dubium, sed juri antiquo potius & utilitati pupillorum, quam verbis Justiniani id accepto ferendum, non est quod dubitemus. Duplex judicatum habet Sandius *loco prædicto*, quibus hoc addendum habeo; Inclinare judices, ut ne facile Tutoribus officium patiantur esse damnosum, eosque, etsi in genere culpa aliqua non absit, si tamen in hypothesi par factum Tutoris extet in propriis rebus, excusandos putent. Exemplum: Sempronius Curator Titii, pecuniam ejus tutissimo loco sitam apud emptorem, qui sub hypotheca privilegiata nummos libenter retinuisset, exegerat, eandemque apud alium amicum, qui deinde bonis cessit, collocaverat. Titius curatorem Sempronium, debito non soluto, conveniebat, utpote cujus temeritate pecunia optimo loco mota, pessimo reposita erat. A Curia tamen absolutus est, eo maxime, quod eodem tempore quingentos florenos eidem debitori tunc temporis non suspecto credidisset. Facit *l. 1. in pr. de Tut. & rat. l. ult. de C. & D. l. litis. 37 § 1. Negot. gest.* Ita visum in *causa Michiel Bartous contra Dirk Cornelis. d. 15. Febr. 1642.* Inter eundem Theodorum Cornelii & Gellium Bartoldi, paulo post decisum est, Tutorem, qui unam pupilli obligationem actis insinuari curaverat, alteram neglexerat, omnino teneri ad damnum minori suo luendum, *d. 20. Decemb. 1642.*

8. Sequitur pars secunda tituli, DE PERICULO TUTORUM, *Qui gesserint vel non.* Periculum, etsi communiter casum fortuitum vel solum, vel una cum præstatione culpæ significare solet, heic tamen de culpa solâ intelligendum esse, natura negotii, quæ non recipit casus fortuitos, *l. 33. in pr. h.* satis ultro dictat. Hoc Periculum in Rubrica bifariam consideratur, vel eorum, qui gesserint, vel qui non gesserint, respectu. Sed primo omnium distinguitur inter Tutelam divisam, & indivisam. Divisio fit vel a testatore; aut judice; vel a tutoribus ipsis; & hoc quidem casu non variat periculum, sed tutela hactenus pro indivisa habetur, *l. 2. C. de divid. Tutel.* Prioribus autem modis factæ divisiones, periculum quoque dividunt, *ut Tutores id invicem non justineant. d. l. 2.* Proxima distinctio est, utrum omnes, an quidam duntaxat administraverint. Sed hæc differentia ad Tutelam indivisam pertinet. Nam divisione facta, quisque pro sua parte administrat, vel si alius pariter agat, in parte non sua, ut alterius substitutus, agere censendus est, nec ea res ipsum pupillo facit obnoxium. Modo sciant Tutores omnes, etiam qui vel quatenus non administrant, id ab ipsis exigi, ut Administratorem reddant suspectum, si vel male gerat Tutelam, vel facultatibus labatur & sit reliquator, *d. l. 2.* Quod scilicet locum habet, non modo si divisio fiat, sed etiam cum indivisa Tutela uni administratio defertur, *l. 3. § 2. h. t.* qua de re locus agendi fuit ad *tit. l. de Satisdat. Tut.* In quem finem qui non administrant, sive in totum sive pro parte, debent esse observantes & quasi custodes actuum administrantis; Hoc agere debent, ut frequenter eum adeant, rationes ejus inspiciant & sollicite animadvertant, qualiter conversetur. Etenim blandiuntur sibi temere, qui putant Tutorem non teneri, nisi quatenus administrat, *d. l. 3. § 2.*

9. Quando autem nulla divisio, nisi privatim facta, nec administrator jure constitutus est, omnes tenentur, & singuli in solidum, *d. l. 2. & l. 55. in pr. h. t.* ubi excipitur casus, si pecunia numerata pupilli inter Tutores distributa est, tum nemo eorum tenetur in majorem summam quam accepit. Etiam in cæteris habent beneficium divisionis, quatenus omnes solvendo sunt, *l. 1. § 10. & seqq. de Tutel. & rat. distrab.* & beneficium ordinis, ut prius qui in culpa est excutiatur, cæteris *periculo tantum substitutis, l. 6. C. Arbitr. Tut.* Habent etiam beneficium cedendarum actionum, qua petit is, qui in solidum convenitur, ut actiones pupillo adversus reliquos competentes in se trans-

transferat, *d. l. 6. & d. l. 2.* quo beneficio scil. qui de dolo vel contumacia communi accusatur, caret, *l. 1. § 14. l. 38. § ult. h. t.* Non est tamen hoc concessionis beneficium Tutori tamen necessarium, quam fidejussoribus. Nam si horum unus solidum solverit, is adversus fidejussores non habet regressum, quia quod solvit non erogavit pro ipsis, sed pro debitore principali, *l. 39. de Fidejussor.* Tutorum autem unus, a quo solidum exactum est, id pro suis contutoribus æque solvit, ac pro se ipso; Ideoque licet omissa fuerit cessio, datur ei tamen utilis negotiorum gestorum actio adversus contutores, *l. 1. § 13. de Tut. & rat. distrab.*

10. Ex hisce Tutores prudentiam agendi, consilio juris instruere possunt: ut si plures sint Tutores, divisio fiat, quia communio administrationis heic maxime perniciosa est; ut fiat judicialiter, vel administrator unus, aut duo similiter, in judicio constituantur: Ut nec tali casu inutili verecundia quisquam se retardari, quo minus in acta rationesque administrantis inquirat, patiatur. Aut si res non ferat, ut judicialis divisio vel administratio stabiliatur; privata divisio tam brevibus temporum vicibus distinguatur, ut distractio si qua sit, aut negligentia, sine magna difficultate detegi possit; operaque danda est, ut rationes inter eos sæpe communicentur. Nam Divisione nulla judiciali facta; singuli ad rationem universæ administrationis edendam compelli possunt, *d. l. 2. & d. l. 55.*

11. Proinde si administratio a judice delata sit uni, alter ad rationes reddendas compelli non debet; in subsidium vero si non reddiderit collegam suspectum, omnino tenetur. Actum ea de re apud Curiam nostram in tali specie; *Sempronius* V. D. minister & Curator cum alio, confirmatus erat, hac Lege, ut alter administratione fungeretur: Qui sic officium gesserat, ut nullæ rationes extarent, nec heredes ejus ullas reddere possent. Ideoque *alter* conventus ad rationes reddendas, Acta judicii proferebat, in quibus alteri commissa erat administratio. Etsi nec ipse ita satis excusaretur, quam collegam non animadverterat, tamen a petitione reddendi rationes absolutus est; actione Tutelæ quo minus in solidum conveniretur in id quod interesset pupilli, nihil obstabat. Incauta *Lubbert Rocloss pro se & in qualit. contra Bernhardum Lemstra cum sec. &c. ante ferias O. S. 1681.*

12. Tertia pars Rubricæ supereſt, *de agentibus, vel conveniendis uno vel pluribus e Tutoribus.* Periculum Tutorum, proprie cum respectu ad pupillum & actionem ab illo contra Tutorem movendam pertinebat. Hac parte de actionibus, quas officii ratione Tutores instituunt, vel suscipiunt, agitur. Quod ad res in judicium deducendas attinet, circumspecte Tutor agat oportet, ne temere litiget: quo facto ipse damno litis coercebitur, ut juris est, *l. 6. C. h.* atque in Curia nostra servatur. *Tutor ad utilitatem pupilli rem in judicium deducere potest*, ait Paulus in *l. 22. h. t.* in quem finem apud Batavos cautum, ne Tutores incipiant lites, nisi prævio Magistratus decreto: quod si omiserint, victi tenentur ad impensas litis, ut scribit Grotius *t. Introd. c. 14. n. 7.* Græv. eg. *ad l. 6. h. t.* Porro, si duobus simul tutela gerenda permissa est, vel a parente, vel a Contutoribus, vel a Magistratibus, etiam uni agere licitum est,* quia duo simul agere non possunt, habetur in *l. 24. § 1. h.* idemque est in *Tit. C. Si ex pluribus Tutor. vel Curat. omnes vel unus agere prohibere, vel convenire possint.* Nomina quoque & actiones ab alio tutore sibi traditas, præsens Tutor suscipere & exequi cogitur, sed absque suo periculo, *l. 34. h. t.* Tutela divisa nemo alius quam de rebus ad suam administrationis partem spectantibus, litem movere potest, *d. l. 2. C. de Divid. Tut. l. 36. h. t.* Finita tutela vel cura, nullas amplius actiones, etsi in administratione perseverent, inferre posse, res ipsa loquitur, & *l. 39. in pr. h. t.*

13. Denique pupillum multo magis defendere debet Tutor; præcipuum enim Tutoris officium est, ne indefensum relinquat pupillum, ait *l. 30. h.* Nec dubium, quin ab uno etiam e pluribus, recte defendatur, *l. C. d. tit. Si ex plur. Tut.* Sed an Creditores habeant electionem, quem velint eligere Tutorem, ut is item in solidum suscipiat, ambigitur. Affirmatur *ex l. 36. h. t.* idemque illustratur ex *l. 47. § ult.* suffragante hac ratione, quod divisio sit juris sectionis, non juris, ex officio Magistratus aut conventione Tutorum instituta, per quam tertio creditori nullum fiat præjudicium, *d. l. 36.* Sed huic sententiæ juris veritimæ obstat Rescriptum Imperatoris Con-

* Non tamen in Saxon. Electorali, si quidem *O. P. S. Tit. 9. § 1.* Tutores & Curatores conjunctim actiones pupillorum instituere & suscipere juber, nisi periculum in mora, aliave justa causa id prohibeat. vid. **Mencken.** *Disp. Proc. VI. ad d. tit. § 2. seq.*

stantini

stantini: *Si divisum administrationis periculum per Provincias sit, hic tantum omnibus insinuari convenit & ab iis sis inferri litem, qui in ea Provincia Tutelæ vel Curæ officium sustinent, ne de aliis provinciis defensores minorum ad Judicia perducantur. l. 2. §. 1. Si ex plur. Tutor.* Responsio communis est ex Cujacio, hanc Legem loqui tantum de denunciatione solenni futuræ litis, quæ olim erat in usu, quod liqueat ex *l. 1. C.* Theodos. *de Denunciat. & edit. Reser.* Cujac. *17. obs. 8.* Gothofred. *ad d. l. 2.* Giphan. *in l. 2. C. de Divid. Tut.* Wissenb. *ad h. t. th. 7.* Nos Legem hanc esse decerptam ex *d. l. 1. C. Theod.* videmus; sed inde sequi, tantum in ea de antiqua & obsoleta litis denunciatione, quæ judicium præcedebat, agi, non videmus. Nam primo Justiniani tempore non erat amplius in usu, ut Cujacius *d. loco* & Jac. Gothofred. ad *d. l.* agnoscunt; Idem igitur hæc verba de re obsoleta percipi noluit; sed de eo, quod tunc usum habebat; quod ea verba textus facile ferunt; *inferri litem, ad judicia perducantur &c.* Apparet, scopum esse Justiniani; Ne divisio administrationis secundum provincias, lite promisve illata, confundatur, sed ut creditores alicujus provinciæ Tutoribus ejusdem stationis in jus vocandis sint contenti: neque diversæ provinciæ Tutores ad eandem litem ciere possint. Sic igitur hæc limitatio veteris doctrinæ, Tutorum divisio non præjudicat Creditoribus, nisi hactenus, ut hi diversæ provinciæ Tutores ad idem Forum ne trahant. Verum estne creditori necesse cunctos ejusdem Provinciæ Tutores vocare ad unam litem; neque sufficeret unum aut aliquos citari? Certe in *d. l. 2.* ita habetur, *bis tantum OMNIBUS insinuari convenit.* Non censeo tamen: hæserit hoc ex integra Constitutione, quæ est in Codice Theodosiano, qua denunciatio præcedens omnibus fieri debebat. Justinianus hoc agit in suo textu, ut prohibeat, *ne de aliis Provinciis defensores minorum ad judicia perducantur.* In eadem provincia jus vetus agendi mutare, non fuit consilium; etsi magis faciendum sit, ut omnes ejusdem provinciæ vocentur. Igitur colligamus hanc observationem in Foro quoque tenendam; Si Tutores per regiones sive provincias divisam habeant Tutelam, creditorem, unius provinciæ Tutores convenire debere, habitantes in diversa provincia resque ibi sitas administrantes, non posse vocare. Quod si non omnes ejus provinciæ vocaverit, etsi hoc fieri satius est, non ideo tamen esse vitiosam citationem, *d. l. 1. C. Si ex plur. Tut. d. l. 36. h. t.*

14. Quicquid autem Tutores egerint pro pupillis, de hoc ipsi proprio nomine conveniri non possunt; *Generaliter enim definitum est, post officium depositum omnes actiones, quas Tutor vel Curator ex necessitate officii subierit, in quendam pupillum vel adultum transferri. l. 26. C. h. t.* nec plane quicquam præjudicii illis ex auctoritate vel consensu creatur, *ib. in fin. l. 1. C. Quand. ex fact. Tut.* Adeo ut nec finita, nec durante Cura, suo nomine judicati actione convenire possint, *l. 4. §. 1. de Re Judic.* etsi pupillus, postquam auctore Tutore litem suscepit, hereditate Patris se abstinuerit, tametsi quoque tutor satisdederit, *l. 2. pr. & §. 1. h. t.* scilicet judicatum solvi; Quippe sublata obligatione principali, tollitur etiam accessoria; *l. 15. C. h. t.* Verum si contractui alicui subscripserit ut fidejussor, hoc animo, ut si pupillus non solveret, ipse teneretur, eo casu proprio nomine post finem quoque Tutelæ conveniri posset, *d. l. 15. in pr. l. 67. D. de Procurator.* Sed frequenter usu venit, ut Tutores atque Curatores in contractibus Tutorio nomine initis, subjiciant hanc clausulam; *sub hypotheca meorum & pupilli mei bonorum.* aut ita vernacule; *onder verbant van mijn ende in qualiteits Goederen.* An vi talis clausulæ Tutor suo nomine conveniri, & executione rei judicatæ urgeri possit, quæritur. Existimavi, semper quoties ea species incidit, tutorem exinde nomine proprio non teneri. Quia quem principalis obligatio non tenet, ad illum accessoria, qualis est hypothecaria, pertingere non potest. *Sed in dubio subjecta pignoris obligatio interpretationem accipere debet ex principali obligatione.* ut ait in hac ipsa Quæstione Antonius Faber ad *h. t. C. def. 5.* præsertim, quia talis clausula, ut ipse quoque monet, in stylum fere Notariorum influit incuriose. Ipse adeo ita statuit de tali clausula; *Obligeant pour ce leurs personnes & biens, avec la clause de Constitut*, id est, *sub obligatione personæ & bonorum suorum, cum clausula Constituti.* Scil. in illa specie tutor se nomine pupilli cum alio correo devinxerat. Quod si non tantum in clausula obligationi obiter subjecta, sed etiam in ipsa obligatione suæ personæ bonorumque suorum meminerit tutor eaque obstrinxerit, etsi narratio contractus sit pro pupillis, inde tamen fidejudio, vel novatio facilius intelligi potest. Ita Curiæ nostræ visum in Quæstione Mutui, quod Curator pro suis pupillis acceperat: Verum adjecerat non modo hanc clau-

sulam ordinariam, *Obligant mea & pupillorum bona,* sed etiam in repromissione reddendi pecuniam ita dixerat; *Aenneemende voor my ende in Qualiteit, ook voor myne Erfgenamen.* Etsi Cura jam finita esset, rationibus tamen necdum approbatis, de quibus litigabatur, ipse proprio nomine condemnatus est, *in causa Petronellæ de Velsen, contra Onuphrium Beintema van der Meulen, &c. ante ferias O. S. 1681.* Si rationes comprobatæ ac ibi mutuum illud acceptatum fuisset, non nisi subsidiaria in ipsum actio competiisset. Verum & hoc sæpe quæsitum est; Si quando super rationibus disceptatur, uter interim sit conveniendus, tutor an pupillus. Dicendum, Neuter; si tutor se nomine proprio non obligaverit; nam pupillus quamobrem hoc casu non teneatur, videbimus *ad tit. Quand. ex fact. Tut. vel Cur.* Hæc ita de tutoribus dicta, de Curatoribus æque per omnia intelliguntur, nisi quod horum in mere personalibus, ut sunt Nuptiæ, cesset officium. Verum heic de patrimonialibus actum. Illud discrimen alibi declaratum est.

Tit. VIII.

De Auctoritate & Consensu Tutorum & Curatorum.

I. De voce auctoritatis. Remissio, *& quis auctoretur. II. De consensu Curatoris, & usus rei. III. Si minores se obligare velint, quid juris.*

Auctor ab augendo dictus, significat eum, qui alium *auget*, instruit consilio, vel jure aliquo. Unde Auctoritas Actum, ejusmodi consilio & jure aliquem augendi, instruendi. Hinc notissimo sensu Auctorem alicui esse *prosuadere.* Auctoritas suadendi, opposita potestati jubendi, Tacit. *Germ. c. 11.* Auctor Juris, venditor, & omnis, a quo jus ad alios transiit, *l. 4. § ult. l. 25. § ult. de Act. Empt.* Auctor Judex, a quo nobis addicta res est, *l. 137. de R. J.* Hinc auctoritas Senatus erga populum, quando Senatus probabat, ut aliquid populo proponeretur, Liv. *l. c. 17.* Postea princeps auctor Senatui juris condendi, *l. 32. de donat. int. vir. & ux.* & *passim.* id est, non modo suasor, sed etiam dictator & dux agendi, ut Tacitus, *Idem suasor auctorque consilii ero. 3. Histor. 2.* Hoc modo tutor est auctor pupillo, i. e. dux suasor, & approbator. Totum de Auctoritate locum, apud *Institutiones* absolvimus. Adde, si plures sint Tutores, sufficit unius autoritas, *l. 4. h.* adeo ut honorarius tutor, & qui notitiæ causa datus est, recte adhibeatur, *l. 14. § 1. 5. 6. de Solut. l. 49. de acq. her.* addetur exceptio in *d. § 1.* nisi interdicta sit ipsis administratio, quales & in *d. l. 4.* intelligi possunt his verbis, *quibus administratio tutelæ concessa non est,* & tum nihil erit pugnæ inter *d. l. 4. & l. 14. § 1.* Quod si tutela sit divisa, singuli pro suis partibus auctorari debent; nisi cum aliquid agitur, unde resolutio actionis tutelæ, & liberatio tutoris secutura sit, *l. ult. h. t. & l. ult. C. de Auct. Præst.*

2. Curator cum adulto tam valide non concurrit. Dicitur ei consentire, non auctorari. Hinc in Rubrica de *Auctoritate* tutorum & *Consensu* Curatorum: quod etiam ita in *l. 26. in fin. C. de Administr. Tut.* Moribus hodiernis, ut differentia Tutorum & Curatorum, ita discrimen auctoritatis & consensus non observatur. Imo auctoritatis usus admodum rarus esse videtur. Primo enim infantibus, qui non intelligunt quod agunt, auctoritates ne jure civili quidem applicari potest, *l. 1. § 2. de Administr. Tut. l. 9. de Acquir. hered. l. 32. § 2. de Acquir. poss. l. 3. C. eod. tit.* Et cum eodem jure civili Tutor etiam pro majoribus infantia occupare, & sine auctoritate, id est approbatione ejus, quod pupillus gessit, ipse totus & solus agere possit, *d. l. 1. § 1.* usu rerum hominumque ita semper fieri videmus.‡ Imo Curatores idem in rebus puberum continuare solent, nec nisi plenæ pubertatis annos egressos, rebus majoris momenti admovere solent. In modicis & quotidianis negotiis Tutorum & Curatorum subsequens Consensus loco auctoritatis, quam Leges in ipso negotii tractu requirunt, usurpantur. In ipsis quoque judiciis vix unquam Tutores aut Curatores ut Auctores, pupillorum nominibus apponi

‡ Quod olim jam constitutum est, ut, si plures sunt tutores, omnes atque singuli pupillorum nomine agant atque respondeant, nisi forte divisis officiis, aut unus alterve ad certas causas sit ordinatus, quo casu etiam singuli recte se judicio sistunt. *O. P. S. E. I & E. Tit. 9. § 2.* Cæterum tutores & curatores absque pupillorum suorum & minorum consensu omnes actus specialis mandati expediunt, actores etiam constituunt, absque minorum subscriptione, licet hi forte a majori ætate proxime absint: actoria tamen ejusmodi, tutore mortuo, aut tutela alias finita, statim exspirant. *d. Tit. § 3.*

videmus.

videmus. Sed ipsi in qualitate Tutorum soli movent litem, soli ad finem usque prosequuntur. Nec tamen est abolitum auctoritatis institutum. Ipse meæ Curæ commissos liti quidem movendæ admovi, ut illorum nominibus in fronte præpositis, meum ut Auctoris adjicerem, quod perinde visum, ac si pro minore occupassem & solus egissem, ut de infantia majoribus *dicta Lex 1. § 2.* docet. Fit hoc autem, ut minoris aut pupilli persona adhibeatur, quando Tutor invidiam litis motæ primo auditu vult amoliri: Mox ordinarius, ut dictum est, ut Curator agat pro minoribus, æque ac Tutor pro pupillis.

3. Verum est interim, pupillos & minores, sine Tutorum auctoritate, vel Curatorum consensu nihil agere posse, nec eos civiliter obligari, duntaxat obligationem, manente Cura, nullum habere effectum, quemadmodum verior juris civilis tenet sententia, quam exposuimus *ad Inst. pag. 302.* & ad *tit. ff. de Minor. pag. 683.* secundum quam, Contractus minorum sine consensu Curatorum, subtilitate juris valent quidem, sed Cura impedit omnem effectum. Et ideo si Cura finita, quod minor promiserat, tam major factus constituerit, hoc valebit, si aliter Statutis aut moribus specialiter non sit receptum; quod non valeret, si contractus esset ipso jure nullus, ut docet Sandius *lib. 3. tit. 1. def. 1.* In hoc igitur Curatorum consensus adhuc dum elucet, quod si minores aliquid agere, contrahere velint, hanc eos implorare oporteat. An Curatores cogi possunt, ut consensum adhibeant? Non posse Tutorem cogi ad auctoritatem interponendam, respondet Paulus; quia si non expedit, iniquum est; si expedit, supervacuum: quia pupillus Tutelæ judicio id quod interest habere potest, *l. 17. h.* Hanc Legem esse abrogandam, censent Autumnus & Grœnewegius. Tu ita, censeo, dicas; In Tutela nullam esse causam abrogandi; Lex tutorem habet loco Patris & Domini, *l. 27. de Administr. Tut.* cogere dominos ad res agendas incivile est, nec in universum pupillis utile, cum ipsi tam valide de rebus agendis judicare nequeant, alios habere Tutorum coactores. De consensu vero Curatorum Paulus ipse non loquitur. Nec adeo dubitandum, quin si minor contractum aliquem vere sibi utilissimum inire velit, cui Curator consentire nolit, Magistratus officium implorare possit, ita quemadmodum de feminis respectu Curæ maritalis, diximus *ad Tit. de Tut. n. 15.* Reliqua de Tutorum auctoritate pete sis ex *tit. prædicto Institut.*

TIT. IX.

Quando ex facto Tutoris vel Curatoris, minores agere vel conveniri possint.

I. Exegesis Rubricæ. II. Quid juris, si post finitam curam creditores agant, an pupillos convenire possint.

Nota est Regula Juris civilis; *Alii per alium non acquiri obligationem, l. 38. § 17. & l. 45. de V. O.* Notæ sunt etiam exceptiones, de quibus actum ad *Inst. tit. de Inutil. stipul. pag. 302.* Est & hæc una earum exceptionum, quibus alius alii obligationem quærere potest: Quod ex contractu tutorum, etiam ubi proprio nomine, sed pecunia pupillorum contraxerunt, actio datur pupillis utilis; velut si tutor vel curator pecuniam minoris credidit, & sibi illam reddi stipulatus est, vel si quam rem pecunia pupilli emerit, eam rem pupillus vindicare potest, *l. 2. h. & l. 2. C. h. t.* quod aliis non licet, nisi militibus, *l. 6. l. 8. C. de R. V.* cujus rei usum explicat D. Schotan. *exam. ad h. t.* Vicissim ex tutorum contractibus pupilli tenentur, nisi quatenus dolum admisit tutor, tunc enim non tenentur pupilli, nisi quatenus sunt locupletiores, *l. 3. h. d. l. 2. 3. & 4. C. h. t.* Non tenentur etiam ex Mutuo a tutore vel Curatore nomine ipsorum contracto, si pecuniæ in res eorum versæ non sint; hoc enim requiritur in *l. 3. C. Si ex fact. Tut. vel Cur. l. 2. C. de Cur. fur.* Quod si ex rationibus redditis constet, pecuniam non esse versam in utilitatem pupilli, actio in hunc nulla datur, *arg. dd. ll.* Et hoc quidem indubitatum, sicut etiam, durante Cura ipsum in qualitate sua tutorem conveniri.

2. Sed est difficultas, quid facto opus, si post finitam tutelam de rationibus ambigatur & discrepetur, quod aliquando pluribus annis continuatur. Tutor finita tutela non tenetur, ut probatum ex *l. 1. C. h. t. l. 25. C. de Administr. Tut.* pupilli non tenentur, nisi in rem eorum sit versum, *d. l. 3. & d. l. 2.* Et hoc rationibus non approba-

tis, liquere non potest: Utique si pupilli negent, tutori opus fuisse pecunia mutuo sumpta; satis eum de suis habuisse nummis, quo necessitatibus Curæ satisfaceret. Si creditor hoc refellere nequeat, pupillos vel adultos ad solvendum cogere non potest. Atque idcirco in nostra curia semper, quod ego meminerim, Creditores illi repulsam tuleruntad tempus, *voor als noch.* Quid vero si creditores probent, ipsos illos nummos a se creditos in rem pupillorum minorumve fuisse conversos, nonne tum satis quod desideratur, probasse videntur? Ne hoc quidem sufficere, nostra Curia sæpe judicavit, nominatim *in causa Johannis Staphorstii cum sociis, contra Inse Jacobs cum soc.* ante ferias Natal. 1680. & deinceps contra reos prænobiles, quorum Curator foro cesserat, & de rationibus disceptabatur: etsi Creditores probabant, de suis pecuniis soluta esse alimenta pupillorum, mercedes præceptorum, & id genus alia maxime necessaria. Idem rursus ad libellum supplicem *Theotardi van der Leely, contra Remigiam Heytema*, quæ Curatori cuidam ducentos aureos crediderat eosque probabat esse conversos ad usus necessarios pupillorum; Pecunia data erat in accepta; Sumptus illi necessarii inter expensa. Tamen quia Curator rationes nondum approbaverat, ut minime constaret, an non ex propriis pupillorum pecuniis, quas interverterit, illi sumptus prorogari potuissent, Curia rescripsit, executione supersedendum esse, donec rationes excussæ forent. *d. 25. Novemb. 1681.* Quod tum ratio, quam utilitas manifesta pupillorum exigit; quin non posset fieri pecunia in rem eorum esse versa, quæ plane pro illis, nummis ipsorum non deficientibus, impendi non debuit: Neque tam corpora nummorum, quam *creditі causa, secundum juris* rationem est considerandа.

TIT. X.

De Suspectis Tutoribus.

I. Remisso ad Inst. & usus hodiernus. II. De modis faciendi Curam, & Ætas 25. annorum. III. De Venia ætatis. IV. Quatenus hæc filiisfam. concedatur. V. Matrimonio. VI. De aliis quibusdam modis, ubi & de Pacto. VII. Finita Tutela quid fiat.

Agnoscit Lector eandem, quæ fuit apud Institutiones, Rubricam, ibi plena manu expositam. Ut heic eâm sicco pede transilire liceret, nisi de modis finiendi Curam, qui in Pandectis alium locum non habent, dicendum quid superesset. De usu Accusationis suspecti, statim a *princ. d. tit. Inst.* diximus, hoc tamen addendo; Non esse quod jus accusandi Tutorem Suspectum omnino abolitum statuamus, nec adeo prohibitum iri, si quis hoc pietatis officium erga pupillos occupare velit: Nisi quod mollior via exigendi rationes, quæ nunc ante finem tutelæ sæpe redduntur, eligi solet, aut delationis ad Procuratorem Generalem, qui tum ex officio peragit accusationem, sive ordinario Processu, sive causa extra ordinem cognita, cujus ordo colligi potest ex hac sententia Curiæ nostræ, cujus summam Lectoris cum venia subjiciam. *Quia Curiæ patuit ex accusatione Procuratoris Generalis, ejusdemque informationibus præparatoriis, & ex relatione Commissarii Actis & Rationibus coram illo productis, & confessione partium in Recessu Curiæ factis,* Lucium Titium & Cajum Sempronium, nullo modo qualificatos *esse ad continuandum in Curatione* Nannii Petri, *Curia prædictos Titium & Sempronium ut suspectos removit, iisque injungit ab administratione bonorum Nannii Petri abstinere; Condemnat eos, intra mensem restituere quingentos & undecim florenos de minoris sui facultis aversos: sub pœna carceris. Porro jubet Curia hoc decretum in Auditorio Publico tam Curiæ quam Judicis inferioris, recitari. Ita post citationem præviam publicatum d. X. Novemb. 1674.* Videmus in hac sententia nullam infamiæ nec ullam doli mentionem fieri: pro clementia horum temporum, non facile infamiam hominibus irrogantium, de qua diximus *ad tit. de his, qui infam. not. in fin.* Quandoque, nullo etiam deferente, Præses ex officio idem agere potest. Sic cum in lite apud Curiam duo Curatores diversorum ejusdem pupilli patrimoniorum, sibi invicem fraudes & inertiam objecissent, ac etiam probassent, singuli videlicet toti inhiantes Curæ, Procuratori Generali injunctum est, ut ambos accusaret, *d. 9. Decembris 1681.*

2. Quibus modis tutela finiatur, habuimus ad *Institut.* in quibus hac de re est titulus singularis: nec quod ibi dictum, memorabile quicquam occurrit. Modi, quibus Cura finitur, nec ibi, nec usquam uno loco traduntur; non est alius commo-

commodior, quam hic locus de illis agendi. Primus igitur modus, quo CURA finitur, est ætas 25. annorum, quo virilem vigorem impleri constat, *l. 1. de Minor.* Idque ipso jure, sine ullo Judicis decreto, tametsi Curator rationes nec dum reddiderit, *d. l. 1.* Quod & Curiæ nostræ visum in hujusmodi causa; Titia heres instituta erat sub conditione exheredationis, si absque consensu Sempronii Curatoris sui, nupsisset. Post impletos 25. annos ætatis, nupserat sine consensu Sempronii. Cum hereditatem e manu Sempronii peteret, & hic clausulam exheredationis, quasi impleta conditione, objiceret, condemnatus est, nulla ratione habita factorum, quæ hinc inde jactabantur, eo solo, quod Sempronius tempore nuptiarum Curator esse desiisset: etsi nec conditio illa, si maxime ante impletam ætatem nupsisset, Legibus erat conveniens, *l. 72. § 4. de Cond. & Demonst. l. 134. pr. de V. O.* Ita in causa *G. B. cum soc. contra Corneliam Rosema, ante ferias Natal. 1679.*

3. Secundo finitur Cura per veniam ætatis, quæ concedi potest adolescentibus 20. annorum, Puellis, octodecim natis annos; si hæ, licet absentes, per quinque testes, illi per tres, industriam & frugalitatem suam probaverint, *l. 1. § ult. de Minor. 1. tit. C. de His, qui ven. ætat. impetr.* Et hoc jus penes Principem, *d. l. 1. § ult. l. 1. & l. 2. d. tit.* quia Magistratus potestatem excedit, cum is sit minister, non dispensator Legum. Sed apud nos a Curia Suprema exercetur, non quatenus est Judicum Consessus; sed quia habet reliquias Principalis fastigii, cujus olim omnem habuit administrationem. In Hollandia hæc venia ab Ordinibus, qui jus Principis habent, impetranda est: qui per modum gratiæ indulgent hoc jus aliquando minoribus annis 20, quod Principes Romani sibi aliisque non indulgent, *dd. ll.* Neque Curia nostra, ne gravissimis quidem cautis, etsi minor uxorem duxerit, mercaturam exerceat, munus publicum gerat, ut sæpe recordor usu venisse. In tantum, ut cum petitori triduum a viginti annis deesset, venia tantisper dilata sit, quod accidit *d. 8. Novembr. 1681.* Methodus alioqui facilis est; Adolescens petit a Curia per libellum supplicem *Commissarium*, qui in ætatem moresque supplicantis inquirat, item an Curator contentiat, vel justam habeat contradicendi causam: Sæpe enim invito illo venia conceditur: non æque si petitor sit filiusfam. quia prius est emancipandus, quod non nisi a volente patre fieri, notum, & dictum est alias.

4. Fert ita Curiæ stylus, ut non nisi prævia emancipatione, venia ætatis detur filiofam. Tu dices; separatæ res sunt, venia ætatis & Patria potestas. Nam venia nihil dat, quam quod ætas ipsa 25. annorum dabit, quorum jus venia repræsentat. Atqui filius annis 25. major, non solvitur patria potestate. Quare si ætas 25. annorum & patria potestas simul constare possunt, cur venia ætatis cum illa conciliari nequeat? Ratio est, quia venia non simpliciter repræsentat jus perfectæ ætatis, sed tribuit administrationem bonorum suorum filio, quod patria potestas complectitur. Irritum igitur esset veniæ decretum, quia Patri suum jus auferri non potest. Quæsitum est, an filiusfam. cujus Pater uxorem, quæ mater erat filii, malitiose deseruerat, quæ & alii nupserat, veniam ætatis impetrare posset, cum patre absente emancipari nequiret. Primo visum est non posse, ad libellum *Isaaci de Goor. d. 12. Nov. 1681.* Biduo tamen post concessa fuit, secundis curis, hac ratione, quod Pater injustam divortii causam præbens, usufructu bonorum filialium & administratione privatur, atque ipse monasterio, deprehensus, includitur, *Nov. 134. c. 11.* Quæ res, etsi Patriam potestatem non tollat, tamen ad veniam ætatis filio dandam sufficit; quia patria potestas, ut diximus, cum venia ætatis bene potest consistere, modo Pater non habeat jus in bona filii administranda, quod hic deficiebat. Ex quo tamen non sequitur, si patri administratio certorum bonorum filio relictorum, a testatore prohibita sit, veniam ætatis sine emancipatione posse concedi; quoniam hæc non ad certa, verum ad omnia bona, præsentia & futura pertinet. Modus, secundum quem venia in Hollandia petitur, expositus est a Grœneweg. *ad l. 2. C. d. tit.* Petitur autem & conceditur hæc venia ætatis frequentissime. Quæ res occasionem quibusdam populis dedisse videtur, ut in universum viginti annos aut unum & viginti, statuerent ætatem esse legitimam, ut tunc etiam res immobiles alienare possunt, quod alioqui facere non possunt, qui veniam consecuti sunt, *l. ult. C. d. tit.* & jam diximus *ad tit. de Minor. n. n.* In locis hodie, quibus summa potestas per se dat veniam ætatis, hæc facultas alienan si res soli plerumque adjicitur, licet imperator Romanus id facere solitus non sit, uti nec apud nos unquam fit, nec fieri posse videtur, per *d. l. ult.*

5. Tertius modus finiendi Curam, est matrimonium Puellæ; non per se, verum per consequen-

quentiam, si veniat in manum mariti, jure veteri; moribus hodiernis, quia vir est Curator uxoris, ideoque cessat hic modus, si vir ipse adhuc in Cura sit: ut dictum *ad Tit. de Tutelis.* Adolescens per matrimonium non desinit esse in Cura, nec Jure Communi, nec moribus nostris, aut plerarumque Gentium, ut recte Christinæ. *vol. 2. decis. 132. n. 15.* Etsi de Bataviæ moribus contra testatur Grœneweg. *ad d. l. 2. C. de His, qui ven. æt. imp. n. 7.* Vid. Zypæ. *notit. jur. Belg. Tit. de Tutor. vers. Matrimonio.*

6. Quarto, Tutela prodigorum & furiosorum finitur, ubi ad sanam mentem sanosque mores redierint, ut videbimus *ad tit. de Reb. eor. qui sub Tut.* His adde reliquos modos, quibus Tutelam accipere finem, constat *ex d. tit. Inst. Quib. mod. Tut. fin.* excepta scilicet, pubertate. Non est inter eos modos Pactum, ut habuimus ad *præd. tit. Inst. n. 4.* Scilicet Tutor vel curator, qui pactus est, ut alius post certum tempus curam susciperet, ex eo Pacto agere alterumque cogere non potest, ut recte Sandius *lib. 2. tit. 9. def. 4.* At si Magistratus Tutorem curatoremve liberet a Tutela curave curatorio decreto, ut sæpe fit, an id jure fiat, adeoque Tutor ille sic liberatus, omnino liber sit a periculo Tutelæ, non immerito quæritur. De Tutore quidem juris ratio non patitur, ut eum aliter a Magistratu liberari posse statuamus, quam ex causis legibus proditis, quæ certæ & nominatim expressæ sunt, quas habuimus, & habebimus *ad Tit. de Excus.* Magistratus igitur, quoniam est minister Legis, nihilo plus hac parte potest, quam Tutores inter se; Alioqui Lex frustra certas causas nominatim præscriberet, si Tutelæ finis a Magistratus arbitrio penderet. Quia Tutela publici juris est, & certis modis finitur, hinc Senatus censuit, conventionem de finienda Tutela esse inefficacem, ait Sandius *d. def. 4.* Quæ ratio Magistratibus æque convenit. Est hæc res plane supra ministerium Legum: Ideoque Principis opus: & Princeps Romanus in talibus absoluta potestate sua non solet uti: Posse tamen, non negem; Et quia Curia Suprema jure Principis in talibus utitur, hæc idem, ut videtur, decernere posset: Factum id tamen esse, non memini, & est Curia nostra alias dispensationum parcissima. Sed magistratus inferiores, Legum incuria faciliores se præbent; Sic autem de illis est statuendum: Si pupillus ex tali mutatione damnum sit passus, Tutorem, qui ex causa Legibus incognita dimissus & exauctoratus est, non esse liberum, nec ipsum adeo Magistratum a subsidiaria pupilli actione, *arg. § ult. Inst. de Excusat. Tut.* De Curatore videndum, an non diversa sit ratio: quoniam hic ab adolescente volente petitur. Et quidem, si contentus sit Curatorem suum dimittere aliumque petere, & alius æque idoneus Curam suscipere paratus sit, admitti mutationem a Cura, non est insolens. Sed necessitas muneris publici, quæ ex Legibus oritur, quæ Leges Curæ quoque finiendæ nominatim certos modos præscripserunt, cessare videtur; ut alius Curator eo casu ad Curam suscipiendam cogi non possit, quia publica necessitas ex Legibus oritur. His autem talis delatio Curæ, propter causis legibus non expressas, plane incognita est; Numerum vero causarum excusandi & finiendi, excedere non licet, *neque sententia Senatus neque alia qua ad inventione, ut* est in *l. 6. § 3. de Excusat. Tutel. in simili.* juncta *l. 17. § 3. in fin. eodem.*

7. Quid alioqui finita Tutela fiat, quomodo pupillo prospiciatur, ad *prædictum tit. Inst. sub fin.* distincte explicatum est, ibique postremo loco scriptum est, Matre secundis Nuptiis a tutela remota, non legitimæ sed dativæ Tutelæ esse locum, ex *Lege 2. C. Quand. mul.* ubi matri partes Tutorem petendi imponuntur, quod & *superius* repetitum est, idque sic invento judicatum a Curia nostra, apud Nautam, *die 27. Octobr. 1640.* qui addit etiam, Matris petitionem non præscribere Judici, quo minus alium aptiorem eligere possit; quemadmodum illic avo materno, prælatus erat alius externi sanguinis, in causa *Leenert Ritskes cum soc. contra Gerbrich Harmens & Egbertum Dominici.* Plura ad hunc tit. memorabilia non occurrunt. Nam quod de ratione differentiæ laboratur, quamobrem Tutor suspectus ob facultates suas non fiat, heres fiat suspectus ob easdem, parum habet difficultatis, & a nobis expositum est in *tit. 3. Ingress. c. pen.* ubi contra Wissenbachii notam censuram in *Theodorum Græcum & Cujacium.* pro hisce disputavimus.

LIB.

LIB. XXVII.

TIT. I.

De Excusationibus.

I. Remissio & necessitas publica Tutelæ. II. Causæ excusatoriæ. III. Prohibitoriæ. IV. Causæ deponendi veteres Tutelas. V. De modo excusandi positio prima. VI. Secunda & Tertia. VII. Quarta positio de appellatione, & Bachovii explicatio refellitur. VIII. Responsio ad l. 13. h. t. *IX. Resp.* ad l. 16. h. t. *& alias. X. Resp.* ad l. 18. C. h. t.

Hujus quoque Rubricæ materiam, non modo in Prælectionibus ad parallelum *Institut. titulum*, sed etiam in Digressionibus *lib. 3. cap. 20.* exhausimus. Ut heic summaria duntaxat complexio, cum singularibus, si quæ sese offerant, observationibus exhiberi possint. Cum ad omnia munera publica cives cogantur, *l. 1. de Vacat. & excusat.* tum hæc necessitas in Tutelis & Curis maxime a legibus introducitur, adeo ut tametsi quis munerum publicorum immunitate gaudeat, & Tutela sit munus publicum, *pr. Inst. h. t.* tamen sub generali immunitate non contineatur exceptio a Tutelis & Curis, *l. 15. § 12. & l. 17. § 3. h. t.* quo sensu accipiendum, quod *in l. 8. § 1. d. t. de Vacation.* Tutela muneribus civilibus opponitur, non quod Tutela non sit munus civile & publicum; sed quia vacatio munerum civilium non complectitur Tutelas, quoniam ad harum exemtionem requiritur speciale privilegium, *dd. ll.*

2. Causæ vero speciales, quibus Tutela & Cura evitantur, non modo sunt excusatoriæ, sed etiam prohibitoriæ. Priores sunt vel publicæ, vel privatæ, ut hæc sit bimembris divisio. Reliquæ distributiones per quadrigam se præbere videntur. Nam publicæ excusandi causæ sunt *quatuor*, Administratio Fisci, potestas sive major Magistratus, absentia Reipubl. causa, & professio artium. Fiscalis administrationis etiam quatuor articuli ponuntur, Fisci in specie, rei dominicæ, *l. 41. h.* Cura vectigalium, *l. un. C. Ne Tut. vectig. cond.* denique conductio fundi Principalis, *l. ult. C. Qui dari Tut. vel curat.* Hanc ultimam causam moribus utique non observari putem. Nec enim fundi Principalis aut Dominici coloni, plus hac parte quam colonis aliis tribui videmus. Collectores etiam vectigalium, qui jure civili excusantur, *l. 10. C. de Excusat.* his diebus eodem jure non gaudent: Longe enim alia est ratio Collectorum nostratium, quam est exactorum in *d. l. 10.* Sed publicanos excusationem inventuros hodieque, non est dubium; quando & mores eorum a sinceritate & fidelitate Tutoria plerumque sunt alieniores, *arg. l. 12. de Publican.* Denique & Artium inprimis quatuor; excusatio admittitur, Grammaticæ, Rhetoricæ, Philosophiæ, Medicinæ, *§ 15. I. h. t. l. 6. § 13. h. t.* Quamquam jure novo omnes Academici Doctores excusari videntur, *l. 6. C. de Profess. Med.* Privatæ excusationis causæ, sunt etiam *quatuor*, Numerus liberorum trium, quatuor, quinque, juxta *pr. I. h. t.* Numerus Tutelarum trium; Inimicitia, nisi quod capitalis, potius sit causa prohibendi, *l. 3. § 12. de Suspectis Tut.* Et Impotentia, cujus item *quatuor* sunt species, Paupertas, morbus, Senectus, & imperitia Literarum; De quibus omnibus heic prolixius agere, post ea, quæ *ad Instit.* dicta sunt, a proposito alienum foret. Illuc igitur, & ad *Digressiones loco citato*, Lector æquus se remitti patietur.

3. Prohibitiones a Tutela Curaque sunt etiam *quatuor*: Minor ætas, Causa litis, Militia, denique Natura; & hæc bifariam, propter sexum, vel ob vitium. Ratione sexus, mulieres arcentur, matribus ac aviabus exceptis. Vitia sunt quatuor, Dementiæ, Surditatis, Mutorum & Surdorum. Una est causa, quæ tantum a Cura prohibet, Matrimonium. Clericatus partim prohibet, partim excusat. Nempe a legitima Tutela Clerici arcentur, a Testamentaria & dativa exclusi non videntur *per Nov. 123. c. 5.* ibique Cujac. & Rittershus. Hasce causas apud *Instit.* plene expositas, heic summatim recensuisse, uti nunc est, sufficit. Moribus, ex his causis Matrimonium causa prohibitionis esse desiit: Verum & hoc absolvimus ad *Inst. d. tit. num. 16.* Idem de Clericis factum, *n. 18.* Moribus nostris, accessit prohibitionum causis Religio. Quippe Judæus, qui jure Civili non prohibetur esse Tutor non Judæorum, sive impuberem Christianorum, *l. 15. § 6. h. t.* his diebus & terris prohibetur, teste Zypæo *Notit. Jur. Belg. Tit. de Tutor. vers. Judæi.*

dei. Busio ad *d. l. 15. § 16.* Quin & Pontificii arcentur a Tutela pupillorum, qui alterum Parentem Reformatæ religionis habuerunt, qua de re extat Edictum Ordd. Generalium *d. 30. Augusti 1641.*

4. Ad *Instit.* sunt omissæ, nescio qui, causæ ad deponendam veterem Tutelam proditæ: Nam quæ sunt demonstratæ, ad declinandam noviter oblatam pertinent. Veterem Tutelam ob sequentes causas amoliri licet: I. Si quis trans mare absit Reipubl. causa. II. Si quis consilio Principis sit admotus, *l. 11. § 2. de Minor.* III. Si quis Senator Reipubl. factus sit, *l. 15. § 3. h.* IV. Si jussu Principis domicilium mutaverit, *l. 12. § 1.* V. Si valetudinarius Tutor, aut cœcus sit factus, *l. 40. h. t.* Surdus & mutus improprie illic adduntur, quia non tantum iis *permittitur* deponere Tutelam, sed etiam coguntur, *l. 1. § 2. & 3. de Tutel.* cui accedit, quod auctoritatis incapaces sunt, ex *d. l. 1. § 2.* Cæteræ causæ supervenientes, adeo non liberant a vetere Tutela Curave, uti ne quidem prosint, quando lite excusationis pendente, nascuntur, *l. 1. § 8. & l. 28. in pr. h. t.* Debet etiam una ex causis *supra* enumeratis præcise existere; nam plures imperfectæ, licet accumulatæ, pro una non sufficiunt, ut exempli inductione declaratur, *l. 15. § 11. h. t.*

5. Sequitur modus excusandi, qui diversis positionibus constat. Prima, fieri debet pro tribunali, non per libellos; hoc est, causa cognita, non de plano; *l. 25. h. t.* (de oppositione eorum, quæ pro tribunali atque per libellos fiunt, egimus ad *tit. de Judic. n. 34. Part. II. pag. 716.*) quamvis ad impediendam præscriptionem, recte libellus offeratur, *l. 13. § 10. h.* Inter quos textus ita nulla contrarietas, monente Wissenbachio nostro *ad h. t. th. 14.* qui recte etiam addit, quod excusatio tanti momenti esse creditur, ut tribunal requirat, inde non sequi, absentem se per Procuratorem excusare non posse; magis enim est, ut possit, *arg. l. 5. de Tutor. & Curat. dat. & l. 19. C. de Administr. Tut. & Cur.* Moribus nostris idem quod ad causæ cognitionem attinet, plerumque sane observatur, ut si quis Tutor datus excusare se velit, si Requirentes se opponant, causæ cognitio adhibeatur: etsi id ita perpetuo non fiat. Sæpe enim per libellos, aut extra ordinem in Recessu, Curiæ, per *Commissarios* de plano expeditur, ut excusantes audiantur & excusatio vel admittatur vel rejiciatur. Ut tamen si *Processus* litis petatur, planæ causæ cognitio negari non possit. Quando etiam diversi Tutores dati vel dandi inter se contendunt, etiam quæstionem per libellos absolvi non posse, verum causæ cognitionem & *processum*, qui dicitur, adhibendum Curia nostra censuit *d. 18. Junii 1650.* ad ejusmodi libellum supplicem: etsi nec id negaverim, posse rem adeo facilem & liquidam esse, ut extra ordinem atque de plano, maxime si partes ad *processum* & Tribunal non provocent, expediri queat.

6. Secunda positio ad modum excusandi pertinens, hæc est: Causa excusationis proponi debet intra dies quinquaginta, *l. 13. § 1. & seqq. h.* Qua de re satis egimus *ad Inst. h. t. n. 13.* Tertia regula: Qui plures habet causas, omnes inde ab initio proponere debet, *d. l. 13. § 8.* Enimvero potest etiam testari unam solummodo, *ibid. § 10.* Et, si hanc rejici contigerit, plures intra eosdem quinquaginta dies urgere non prohibetur, *l. 21. § 1. h. t.* sed quia facile fieri potest, ut de una causa tam diu litigetur, ut quinquaginta dies elabantur, satius est, omnes simul proponere, ut de omnibus pariter disceptetur, *d. l. 13. § 8.* Atque hæc Judiciorum, in quibus Romani Juris hac parte viget observantia, forique nostri methodo satis consentanea esse videntur.

7. Quarta positio; Tutor, qui excusationem parat, & qui olim statim appellabat, hodie causam prius apud judicem inferiorem proponere debet, eoque rejiciente causam, appellare potest, auctore Marco Cæsare in *l. 1. § 1. ff. Quand. appell.* Immediate non potest appellari, ut probavimus ad *h. tit. Inst. n. 11. post med.* Sed quia plures reperiuntur textus, in quibus post tempora Marci adhuc mentio fit excusationis per appellationem, quos in *d. th. t. in fine* collocavimus, res jubet, idque ibi condiximus, ut responsiones ad illos textus suppleamus, idque propter dissentientes, qui verbis *d. l. 1. § 1.* de Marci Constitutione loquentibus alium sensum addunt: Atqui *verba tam clara sunt*, ut mirum sit, viros summos dissentientes adeo hic torqueri, *Non oportet provocari*, ait textus; sed excusationem *allegandam habet*; expresse per formam præcepti, *& si fuerit repulsus, tunc demum appellare debebit*: manifesti gradus, Excusatio prima sententiam judicis, appellatio. Tandem, ne quid dubitetur, *ante frustra appellatur*, ait; neque enim valet appellatio per saltum facta, & omittis his, qui sunt ex

imo ordine, *c. 21. pr. de Appell.* Bachovius in diversum verba capiens ita rem explicat, cum alibi tum in *coroll. 1. disp. 2. de Action.* Olim non alia quam appellandi via patebat; hodie tutor se primo in judicio excusare potest, idque solet fieri. Tamen & statim si velit, provocare potest, sed appellatio, *pergit*, est frustranea; nihilo plus per eam consequitur tutor, quam si recta via judicem adiisset, cum & in appellatione causas exponere debeat; verum hanc glossam contextus minime fert, *frustra appellatur*, id est, non potest appellari, simpliciter, ut in *pr. d. l. 1. non frustra* appellari dicitur, id est, posse appellari, & in *l. 3. in fin. C. de Tut. qui sat. non ded. Frustra restitui desideras*, cum actus ipso jure sit irritus, nec locus sit restitutioni. Imo si valeret provocatio, non careret fructu, contra quam Bach. quia tutor sine mora & circuitu exitum causæ haberet, qui nunc duplici instantia eget.

8. Opponuntur Verba Modestini in *l. 13. de Excus. tut.* Tutores *necesse non habent* appellare. Sed hæc accipi debent, ut in *l. 13. § 12. eod.* Tutor, qui non est jure datus, *necesse non habet* excusari, cum ne possit quidem, nec ipso jure teneatur. Excusationi enim tunc demum fit locus, ubi magistratus tutorem non jure datum confirmare instituit, *l. 16. in fin. eod.* Sic etiam *§ 13. h. t. Inst.* minori *non est opus* excusatione, qui nec potest, cum plane prohibeatur. Item in *l. 24. de Captiv.* Captis in bello civili & a Latronibus postliminium *non esse necessarium*, esse *supervacuum* dicitur, quod tamen prorsus non competere, ipse textus docet. Arbiter *non cogitur* sententiam dicere, cum arbitrium est ipso jure nullum, *l. 32. § 1. 7. 9. de Recept. qui arb.* quod ibi est *non cogere*, hoc in *§ 6.* est, *vetare debet Prætor.* Verba Legis Juliæ, *ne* minor 20. annis judicare *cogatur*, explicat Callistratus, *nemini licere* minorem 20. annis judicem deligere, *l. 14. d. t.* Sic *non necesse habet* tutor appellare, id est, Appellatio olim necessaria, nunc sublata est, nec locum habet amplius.

9. Sed ad *l. 16. h. t.* quid dicemus? *Cum liceat Nigidio a curatione etiam, citra appellationem se excusare.* Licet *citra*, ergo potest per appellationem; at hoc inde non magis sequitur, quam ex *necesse non habet.* Sed particula, *etiam*, videtur ἐπιχώρησιν & concessionem oppositam notare. Bene habet, si oppositionem intelligamus non inter τὸ appellare, & *non* appellare, sed inter tutelam & curam. Nigidius & tutor & curator erat datus; nec tantum a tutela, ait JC. sed etiam a curatione licet excusari; citra appellationem, ut D. Marcus statuit; Proinde signum commatis non debet poni post verbum *Curatione*, sed post voculam E T I A M. Puncta & commata Editorum arbitrio sunt posita, cum in archetypo Florentino non habeantur. Eo sensu, nec *licet*, nec *etiam* obstat. Reliqui textus, quibus utuntur, appellationis meminerunt; sed nihil vetat eos positis terminis inhabilibus accipi, excusatione prius allegata, *l. 4. h. t. l. 39. § 6. de Admin. tut. l. 2. & pen. de tut. dat. & l. 17. § 1. de Appell. &c.* Vel appellationis ideo simpliciter fit mentio, quia cum in recenti usu fuisset appellatio directa, neque adhuc prorsus in usu esse desiisset, solitam locutionem post Marcum quoque frequenter retinuerunt, utique ubi de excusatione in genere & non de modo ejus exacto loquebantur. At in *l. 18. C. h. t.* Impp. rescribunt, Tutores appellare, *necesse non habere*, ut in *d. l. 16.* sed addunt, *Quapropter licet non appellasti*, excusare te apud Præsidem *non prohiberis.* Inepte hæc dici videntur, si appellari prorsus nequeat. Sed apparet, supplicantem putasse, a tutela, ut ab aliis muneribus, statim appellandum fuisse, quem scrupulum Impp. eximunt: Non est quod metuas, appellatione omissa re excludi ab excusando, quia appellatio est superflua & frustranea. Aliis persuasum est, constitutionem D. Marci hac parte non fuisse receptam, adeoque recentiores Juris Auctores adhuc directæ appellationis meminisse; D. Wissenb. *disp. 8. Inst. th. 33.* & ad *d. l. 18.* Praxis fori D. Marci ordinem servat, teste Perezio *ad d. tit. C. n. 16.*

Tit. II.

Ubi pupillus educari vel morari debeat: & de alimentis ei præstandis.

I. Prima pars Rubricæ exponitur. II. An nutricus privigni Tutor esse queat. III. Pars secunda Rubricæ.

Hujus Tituli argumentum, ex usu potius, quam juris ratione profluxit; Erat enim pars administrationis Tutelaris, pupillum alicubi educandum elocare; Sed Romæ Prætores frequentissime adiri sunt soliti, ut constituerent, ubi pupilli alerentur vel morarentur, *l. 1. in pr. h.* Quod cum hodie non fiat, aut rarissime, non est mirum, nunc ad juris rationem reditum, ut hujus rei arbitrium Tutoris administratione comprehendatur. Non tamen adeo absolute, ut si mater aut propinqui a Tutore dissentiant, Magistratus arbitrium implorare nequeant, quem usum hujus jurisdictionis indicat *Lex 1. C. h. t.* Mater omnibus præfertur, nisi vitricum Liberis superinduxit, *d. l. 1. C. h.* Et tamen hoc jus maternum hodiernis moribus tam efficax habetur, ut ne matri quidem ad secundas nuptias transeunti, liberorum educatio adimi soleat, quemadmodum docet experientia & Zypæus *Notit. de secund. Nupt. in fin.* Perez. *ad tit. C. h. in fin.* Si tamen justæ causæ diversum suadeant, neque tutori liberum hujus rei arbitrium ab eadem matre cognatisque permittatur, ad Prætoris officium recurrendum foret, qui tum ex persona, ex conditione, & ex tempore statueret, aliquando etiam præter ipsius patris voluntatem & præscriptum, *d. l. 1. § 1. D. h.* Atque in omnem eventum non facile apud eos, qui successionem expectant, *d. l. 1. § 1. & l. 2. C. eod.* quæ de re videri possunt, quæ *libro 3. Digressionum cap. 12.* diffusius diximus.

2. Ubi & hoc, an Vitrici, matre submota, ad tutelam admittantur. Memorantur equidem Vitrici tutores in *l. ult. C. de Contrar. Tut. jud. & l. 32. § 1. de Adoption.* sed fieri potest, ut tutores fuerint, antequam matres pupillorum iis nuberent; Datos fuisse vitricos, nusquam liquet; nec valde consentaneum est, ut hi, propter quos matres a tutela ejiciuntur, ipsi pupillis præficiantur. At nostro sæculo & sole, non convenit tam atrox & funesta in vitricos matresque binubas suspicio, qualis in Jure præfertur, nec ideo a tutela si petantur, hominesque frugi & graves sint cogniti, excludantur: Etsi in concursu cum aliis, & renitentibus propinquis, facile prætereantur, imo jam electi postponantur, ut apud nos sæpe factum. Proinde sic erit, ut hæc res Magistratuum arbitrio commissa videatur.

3. Porro alimenta decernit Prætor, consulente tutore, *l. 2. § 2. h.* ita, ut semper aliquid ex reditu, si potis est, supersit, *l. 1. § ult. & l. 3. § 3. h.* Si tamen interfit pupilli, statum patrimonii non propagari, tunc cum suo arbitratu tutor frugaliter alet, *l. 2. C. de Alim. pup.* quod moribus hodiernis in universum, & indistincte observatur. Etiam vero in universum illud Ulpiani salubre monitum; dandam esse operam, ut *semper aliquid ex reditu supersit. l. 3. fin. pr. h. t.* Quod non modo tutoribus, sed cuivis Patrifam. inculcat Aristoteles *2. Oecon.* Τ' ἀναλώματα μὴ μείζω τῶν πρόσοδων, *Impensæ ne reditibus sint majores.* Duntaxat unicus as superfit, ut virum celebrem & qui rem fecerat, heredi suo in extremis commendare memini.

TIT. III.

De Tutelæ, & Rationibus Distrahendis, & utili Curationis causa actione.

I. Remissio, & usus Tit. II. Rationum redditio duplex. III. Modus & via reddendi rationes. IV. De rationibus distrahendis actio quæ, & ratio nominis. V. Differentia ejus ab actione Furti.

Tria membra tituli præfert hæc Rubrica; de actione Tutelæ, de Rationibus distrahendis, & de actione Curæ. ‡ De prima & posteriori parte, sat actum *ad tit. Instit. de oblig. ex quas. contr. num. 3. & 4. pag. 341. sequ.* ubi & hoc; Quod jure Civili Rationes non nisi finita Tutela exigi possint, plerosque in foro tradere mutatum, ut tutor, quotannis rationes reddere co-

‡ Tutores & curatores, qui, quod juramentum malitiæ & paupertatis nomine egenorum suæ & tutelæ & curæ commendatorum præstare nolint, agere eorum nomine neglexerunt, ob jura pupillorum caterorumque, qui rebus suis superesse nequeunt, indefensa relicta, tutelæ & curatelæ judicio tenentur. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 1. § 11.*

gantur

gatur,* sicut de Hollandiæ moribus testatur Grotius *lib. 1. Introd. c. 9. n. 18.* de aliis nos illic & Græneweg. ad *l. 16. C. de Admin. Tut.* Sed ubi nihil de anno peculiariter statutum est, tenendum id est, quod jure civili de Cura proditum legimus; *Cum Curatore Pupilli sive adolescentis agi poterit, & si usque adhuc Cura perseveret. l. 16. § 1. h. t.* quod de Tutore secus est, in *l. 4. pr. & l. Si Tutor. 9. § 4. h. t.* Hoc discrimen Tutorum & Curatorum hodie cessat, ut reliquæ illorum differentiæ, Tutoresque ad instar Curatorum hac parte redacti sunt. Et sic apud nos obtinet; de annuis rationibus nihil habemus, neque servantur. Quando vero petuntur rationes a propinquis, vix est ut negari possint, neque solent.

2. Videtur autem esse duplex rationum redditio. Una de universa administratione, altera de singulis rebus commissis & omissis Tutorum. Atque ad hanc quidem tenentur quilibet Tutores. *Nam in omnibus, quæ fecit Tutor, cum facere non deberet, item in his, quæ non fecit, rationem reddet hoc judicio, præstando dolum & culpam, & quantum in suis rebus diligentiam. l. 1. in pr. h. t.* Ad priorem tenentur, quibus administratio jure commissa fuit, & quæ ab iis, quibus administratio non incubuit, exigi non potest, ut diximus, exemploque rei judicatæ declaravimus, *ad tit. de Administr. tut.* Est autem hæc pars obligationis, mixtæ naturæ, consistens in facto & in datione. Factum est explicatio rationum; Datio consistit in præstatione reliquorum, quæ de patrimonio deque *acceptis* pupilli supersunt, *l. 82. ad C. & D.* quod est verum de Rationum redditione postrema, quæ fit, quando Tutor officium deponit. Sed quæ perseverante Cura fiunt rationes hodie, non habent illam mixturam; sed in facto solo consistunt: Datio & reliquorum præstatio ad finem Tutelæ differtur: quomodo & accipienda sine dubio Sandii expositio & Decisio, relata in *lib. 2. tit. 9. Def. 12.*

3. Modus reddendi rationes, constat duabus partibus, *Ut Tutor legendas offerat rationes primum, deinde computandas, d. l. 82.* Hic modus exacte servatur in foro. Tutor enim vel Curator rationes publicas redditurus, primo eas exhibet, & coram judice vel arbitrio tradit adversario, qui promittit, se intra certum tempus eas *reproducturum*, ut apud nos loquuntur. Hoc ideo fit, ut sciant hi quorum interest, *quid in quaque ratione scriptum sit, ut legant, examinent, excipiant, d. l. 82.* An accepta cuncta in iis contineantur; an inter expensa non sint, quæ induci oporteat. Si quid ejusmodi notabile reperiatur, pars altera non modo rationes reproducit, sed oppositionem addit, vulgo *Debat*, qua petit acceptis addi, vel expensis adimi, quod decere vel superesse putat; hoc si Curatori displiceat, ab illo refutatur, ideoque tum concludere solet, ut pars altera condemnetur ad rationes, uti sunt, computandas & concludendas, quæ lis prius scientia terminatur. Atque tunc, vel, si in materia nihil desideretur, statim post reproductionem, fit transitus ad computandum; non simpliciter, sed ita ut *exploretur, imputationes probe an improbe referantur. Accepta recte relata, an non recte. Ut ita res quidem incipiat a facto, desinat autem in pecuniam,* non ut est, *in solle* simpliciter offerendam; sed postquam *cautiones & instrumenta omnia actus sui exhibuerit. d l. 82.* Si res ad litem veniat, haud raro in longum implicatur atque producitur; ut est negotium multis plerumque factis articulisque intricatum.

4. Actio de rationibus distrahendis, datur adversus Tutorem, qui rationes improbe composuit, subtractis pupilli pecuniis, nec inter accepta relatis, in duplum, *l. 1. § 19. 21. & ult. h. t.* Origo ejus est ex Lege XII. Tabularum, *l. 55. § 1. de Admin. Tut.* Nomen unde sit, varie explicatur. Cujacius τὸ *distrahere* exponit, *conturbare*, quasi factum Tutoris sit, ut distractio sumitur in *l. 26. de Liberat. leg.* ubi: *quicquid ex distractione ad Tutorem pervenerit.* Atqui tum potius hæc actio de rationibus *distractis*, id est, conturbatis dicenda fuerat. Nec enim a parte pupilli id agi intelligitur, ut rationes conturbentur. Alii sic; *de distra-*

* Nostro quoque jure tutores sine discrimine, sive sint testamentarii, sive legitimi, seu dativi, Magistratui quotannis tenentur rationes reddere. *P. 2. C. Ll. 11. Ref. Gr. d. An. 1609. grav. 6.* quibus rationibus pupilli proximi cognati interesse non prohibentur, *a. M. l. 1. art 3. d. gr. 6.* verb. jährlichen ohne Unterscheid von allen Tutorn die Rechnung abfordern, dieselben denen nächsten Freunden übergeben. *Corp. Jur. Sax. pag 582.* Conf. Leipziger Vormundschafftes Ordnung § 20. *seqq.* Excipitur tamen tutor, qui simul proximus pupilli hæres est, a quo non quotannis, sed finita demum tutela rationes exiguntur. *M. l. 1. art. 23.* Quam exceptionem in Electorali quoque Saxonia, non obstante Constitutione Electorali, locum habere defendit Carpz. *ad eand. C. def 3. & 5.* Berl *P. 2. Concl 12 n. 15.* Philipp *ad Dec. Ll. 30. Obs. 1.* Dissent. Moller. *ad d. C. n. 8. jung.* Franzk. *ad § f. I. de Attil. tut. n. 80. sqq.*

hendis seu dirimendis controversiis circa rationes, de pecunia intercepta, ut Struvius *ad h. tit. Ex. 31. n. 67.* Tu vide, ne non appellatio ab intentione actoris petita videatur, quæ est hæc, ut rationes male conceptas rescindat, quomodo *distrahere* sumitur in § 1. *in fine de Oblig. quæ ex contrab.* ubi: *negotium distrahere potius quam contrahere.* Item distrahere, id est, rescindere matrimonium, *in l. 2. de Divort. l. 7. C. de donat. ante Nupt.* Idque Basilici velle videntur, quando actionem de rationibus distrahendis, vocant περὶ τῦ παρατίθεσθαι τὰς αὐτὰς λογισμὰς, *de rationibus ipsis transponendis atque mutandis, lib. 38. tit. 3.* quo facit etiam melius, quod idem Struvius, *distrahendis* explicat, *dispungendis.* Nec tamen *in d. l. 26.* distractio non ipsam aversionem pecuniæ pupillaris significare videtur.

5. Concurrit hæc actio cum actione Furti, si lucri faciendi animus, ut plerumque solet, adfuerit, *l. 2. § 1. h. t.* Sed juvat scire differentias inter hanc & furti actionem. 1. Furti actio est mere pœnalis, hæc in duplum, cui res ipsa sive pretium inest, *l. 1. § 20. h. t.* 2. Actio furti contra singulos datur in solidum, ita ut unius solutio reliquos non liberet, hæc actio contra, *l. 55. § 4. de Admin. Tut.* 3. Actio furti cum actione Tutelæ concurrit cumulative, utraque effectum habente, *d. l. 1. § 22. d. l. 2. § 1.* De rationibus distrahendis, cum Tutelæ actione concurrit elective, ut hæc non modo per illam tollatur, sed etiam Tutelæ actione mota, cesset de rationibus distrahendis, *d. l. 1. § 21.* Hoc quidam ita accipiunt, quod cesset ratione ejus quod interest, non quod ad pœnam attinet. Analogiæ juris id ita consentaneum esse, constat ex iis, quæ tradita ad *tit. Inst. de Action. n. 40. & seqq.* scil. rei persecutoriam actionem non tollere mixtam, nisi quod ad rem, non quoad pœnam, nec unam actionem tolli per alteram, quatenus in altera plus est. Sed verba textus *in d. § 21.* hanc analogiam non ferunt. *verba;* In Tutela ex una obligatione duas esse actiones constat, & ideo, sive Tutelæ fuerit actum, de rationibus distrahendis agi non potest, &c. Eadem ratione per condictionem furtivam tollitur hæc actio, quia nihil abest pupillo, *l. 2. § 1.* Est omnino huic actioni proprium, quod delictum hoc sit Tutelæ administratione involutum, *d. l. 55. § 1. de Admin. Tut.* actionisque Tutelæ hæc quasi accessoria sit actio; ut si ex administratione Tutelæ nihil absit pupillo, quia suum jam consecutus est, actione Tutelæ sublata, ne hæc quidem competat. Huic disputationi hodie non esse locum, satis ex loco generali constat, quod actiones pecuniariæ pœnales jure civili proditæ, his temporibus cessent, ut ad *tit. de Actionibus* dicendum, & sæpe jam prædictum est.

6. Curationis causa quæ dicitur actio in Rubrica, quo respecta utilis appelletur; item, an & quatenus, perseverante Cura detur, satis ad *Inst. loco citato* declaratum est; Item quare nulla de Cura detur actio directa, in *lib. 3. Digress. cap. 19.* Moribus, hanc quoque cessare differentiam, ex eo, quod Tutela & Cura in unam fere consonantiam redactæ sunt, satis intelligitur.

Tit. IV.

De Contraria Tutelæ & utili actione.

I. Expositio Rubricæ. II. An Tutor, qui pro pupillo fide jussit, finita Tutela conveniri possit.

Tutor contra pupillum pro indemnitate sua, actionem habet contrariam, *l. 1. & ult. h.* licet impensæ supra vires pupilli sint factæ; nec non male cesserint, *l. 3. pr. & l. 7. h.* modo sc. justa ex causa sint factæ. Potest hoc judicium vel per modum reconventionis, vel actionis separatæ exerceri, quamvis pupillus nihil moveat, *l. 1. § 4. l. ult. h.* Etiam de rationibus distrahendis actioni recte opponitur *l. 2. h.*

2. Denique, *si obligaverit se pro pupillo, habet contrariam actionem Tutor, & antequam solvat, ut liberetur. d. l. ult. h.* Hanc legem recte Interpretes accipiunt de Tutore, non qui quoquo modo se pro pupillo obligavit, etiam citra novationem; sed de eo tantum, qui expromisit pro pupillo, novatione facta, & in se translata obligatione, verba sunt Wissenbachii ad *h. t. n. ult.* eademque cum cæteris dicta sunt Cujacii *26. obs. 20.* Docet autem is ipse, Tutorem, qui novatione facta se reum solum pro pupillo constituit, finito officio conveniri posse, exemplo Curatoris Reipubl. de quo id scriptum est in *l. 3. § in cum. de Administr. rer. ad Civit. pertin.* Quod si Tutor citra novationem pro pupillo si jusserit, vel constituerit se soluturum, vel mandaverit, huic finito tutelæ officio a creditoribus pupilli cum effectu conve-

conveniri posse, negat Cujacius ex *l. 5. Quand. ex fact. Tut. l. 28. de Admin. Tut. l. cum quædam. 26. C. eod.* Ego subsisto. Quin jam contra ex Fabri & Curiæ nostræ sententia scripsisse videmur *ad tit. de Administr. tut. num. 14.* Res est sequentis & magni usus. Diocletianus & Maximianus: *Si non subscripsisti, ut fidejussor, frustra verearis, ne ex ea intercessione, qua fungeris ut Curator, conveniri possis. l. 15. C. de Administr. Tut.* Agnoscunt intercessionem a fidejussione distinctam. Ejusmodi intercessio est, quando Tutor se & pupillum obligat in qualitate Tutoris. Hujus intercessionis respectu mater tutrix renunciat Sctо Vellejano; Sed tamen hæc cum Tutela finitur, *d. l. 15.* juxta quam scripsimus *in d. th. 14.* Fidejussio ab illa diversa est, quando Tutor hoc animo in se recipit obligationem pro pupillo, ut si hic non solvat, ipse teneatur, quam esse distinctam a novatione, per quam pupillus plane liberandus esset, doctrina expromissionis, quæ est in *§ Præterea. 3. I. Quib. mod. toll. oblig.* satis indicat; atque talis fidejussio Tutorem, officio quoque finito, facit obnoxium, *d. l. 15.* Ergo non sola novatio sive expromissio, ut vult Cujacius, reddit Tutorem, finita Tutela, creditoribus obnoxium; Etenim cur fidejussio, qua tutor spopondit pro pupillo, non æque eum obliget suo nomine, quam procurator, qui se pro domino obstrinxit, suo nomine tenetur, ratio nulla appareret. Præcipuus Cujacii textus, est in *d. l. 5. Quando ex fact. Tut. vel Curat.* ubi Papinianus; *post mortem furiosi, non dabitur in Curatorem, qui negotia gessit, judicati actio: Non magis quam in Tutores: Si modo nullam ex consensu, post depositum officium novationem factam, & in Curatorem vel Tutorem obligationem esse translatam, constabit.* Ex quibus verbis colligendum videtur, non dari in Tutorem, officio finito, actionem, nisi obligatione per novationem in ipsum, idque post depositam Tutelam, translata. Quod plane esset enorme, ut ne quidem novatione tempore Tutelæ facta, post ejus exitum Tutor teneretur: quod tamen in ipso Curatore Reipubl. a quo Cujacius argumentatur, est in dubitatum, *d. l. 5.* Dic igitur, & sic plane res est, Papinianum agere de obligatione tempore Tutelæ simpliciter contracta, ratione officii. Ex hac Tutor, officio finito, conveniri non potest, nisi per novationem deinde specialiter factam. Textus in *l. 26. C. de Admin. Tut.* nihil habet, quam quod Tutor, officio finito, non teneatur. In *l. 28. D. eod. tit.* Tutor cavit pro pupillo, & tamen tutela finita, ex ea cautione non tenetur. Sed cavit, opinor, tanquam Tutor, idque certum est, ac ita post Tutelam teneri desinit. Quod si caverit pro pupillo & pro se, cum obligatione pupilli suorumque bonorum, & pro heredibus suis, etsi nulla novatione facta, fides & ratio non patiuntur, ejusmodi obligationem non esse perpetuam. Non est igitur dicendum, *Legem ult. h. t.* de casu novationis solo accipiendam, de quo neutiquam loquitur; sed de quavis obligatione pro pupillo facta. quæ distincta esset ab obligatione in qualitate Tutoris; sicut obligatio Procuratoris in *l. 67. de Procuratorib.* distincta est ab obligatione qualitatis procuratoriæ. Potest autem Tutor *in d. l. ult.* agere contraria, priusquam solverit, eo quod officium ejus sit finitum, & adolescens ad ipsum ab omni periculo eximendum tenetur: etsi adversus creditorem nihilo magis se movere potest quam fidejussor quivis, ut dictum *ad tit. l. de Fidejussor. n. 10.* Non est igitur causa recedendi ab iis, quæ superius collocata, veritatique legali non minus, quam usui rationali consentanea sunt. Hoc interim servet lector, quod aliqui Tutorem nimis facile e verbis tralatitiis teneri volunt suo nomine, ut *supra* indicavimus, id ex hisce disputatis intelligi, a Jure nimis esse remotum.

3. Quod de contraria Tutelæ actione diximus, ad utilem Curationis causa actionem per omnia transferendum est, *l. 1. § 2. h.* Uterque usuras pecuniæ amplius expensæ quam acceptæ, tam durante quam finita Tutela, exigere possunt, *l. 3. § 4.* Cætera textus ipsi dabunt.

TIT. V.

De eo, qui pro Tutore, vel pro Curatore negotia gessit.

I. Qui pro Tutore gerat. II. Cur tam frequens olim hic error. III. Actionis hujus proprietas & sequela, ubi de tacita hypoth.

Pro Tutore negotia gerit, qui cum Tutor non sit, munere Tutoris fungitur, sive se putet esse, sive sciat, non esse Tutorem, *l. 1. § 1. h.* Imo qui cum sit Tutor, se nescit esse testamento datum, pro tutore tamen gerere dicitur, *l. 3. h.* Huic opponitur is, qui gerit *quasi* Tutor, *§ 5.* ubi

vox

vox *quasi* non notat fictionem, sed veritatem, ac si diceres, *tanquam* Tutor; quomodo vocabulum *quasi* frequenter accipi, docet Brissonius *de verb. signific. voce, Quasi.* Quamvis & aliter in hac ipsa *l. 1. in pr.*

2. Sed mirum est, quod Ulpianus hanc actionem scribit esse *necessariam, quia plerumque incertum sit, utrum quis Tutor, an vero pro Tutore administraverit Tutelam; solent enim magni errores intercedere, ut discerni facile non possit,* inquit. Atqui tam frequentes & magnos hac parte errores committi, non videor observasse in hominibus & diebus nostris. Imo rarissime & difficillime id evenire videmus, utique per errorem: Quod enim finita Cura nonnulli in administratione perseverant, hodieque ut olim, *l. 33. in f. de Admin. Tut. l. 14. de Tut. & Rat. distr.* vix est ut per errorem fiat. Qui Curatores ad actum divisionis dantur, hos aliquando per suum aliorumque errorem res minorum deinceps administrasse, compertum habeo; nec hi ad hunc titulum non pertinent: Sed rari sunt hoc genus errores. Differentiam inter veterum crebros & rariores nostros errores arbitror esse, quod veteres nullam Magistratuum confirmationem Testamentariis & Legitimis Tutoribus adhibebant: Quod cum hodie fiat & publicis actis inseratur, ea re facilitas errorum hac parte satis occupatur.

3. Officium ejus, qui pro Tutore gerit, est idem, quod veri Tutoris, eandemque præstat diligentiam, *l. pen. h. t.* sed potestas non est eadem; nec enim alienatio ab illo, vel ejus auctoritate facta, eo casu, quo tutor rem vendere potest, valet, *l. 2. h.* Potest enim ante finem Tutelæ conveniri, quia Tutor non est, *d. l. 1. §. 5. h. t.* Eadem analogia ipse potest movere contrariam, *l. ult. h.* Non est dubitandum, quin & tacita hypotheca, quæ datur pupillis in bona Tutorum & Curatorum, ex *l. 20. C. de Administr. Tut.* æque adversus eos, qui pro Tutoribus egerunt, obtineat. Quia quod ad pupilli commodum attinet, per omnia loco veri Tutoris habetur, *d. l. pen. & 1. h. tit.* Atque ita consultus respondi aliquando hujus urbis civi, qui eum habuisset Curatorem ad actum divisionis & hic pro Tutore deinceps administrasset, reliquator ultra ter mille sexcentos florenos extiterat. Facto concursu Creditorum, Arbitri eium Juris periti hunc ultimo loco posuerant, & dimidia parte sui crediti mulctaverant, quia creditor duntaxat esset personalis; Auctor ei fui, ut rem in judicium deduceret; obtinuitque per sententiam Commissarii Curiæ primum locum, & integro suo credito potitus est, ut hypothecarius ratione temporis, ex quo ille pro Curatore gesserat, *inter Creditores Horstii Mellinga* pro *Sibrando Mellinga. anno 1679.*

TIT. VI.

Quod falso tutore auctore gestum esse dicetur.

Quis est falsus Tutor? Qui se mentitur esse Tutorem, cum sciat non esse, & dolo auctor est contractui inter pupillum & Tertium inito, *l. 1. pr. l. 7. § 1. h. t.* Atqui pro Tutore dicitur etiam gerere, qui scit se non esse, & falsus est Tutor, *l. 1. § 1. tit. præced.* Ergo falsus Tutor bifariam tenetur, pupillo & Tertio, qui cum initus est contractus: Pupillo actione pro tutelæ, *d. l. 1.* ubi inter bonam malamque fidem non distinguitur. Utroque casu pupillo in id quod interest tenetur, *d. l. 1. § 1. l. pen. d. tit.* Hæc igitur actio *Quod falso Tutore auctore.* non datur pupillo adversus eum, qui se pro Tutore gessit, etsi hoc Struvius ex *l. 1. ult. h. t.* probat ad *h. t. inf.* Utilis ibi actio non est præcedentis, sed hujus Rubricæ, ut detur Tertio, qui se non gessit ut falsum Tutorem, sed respondo suo desit occasionem contractui cum pupillo ineundi, per quem alter est læsus. In hoc Edicto id agitur, ne *contrahentes* decipiantur, *l. 1. in pr. & l. 11. § 2.* Quo minus sine pupillus rem suam recuperare possit, *nihil* impedimento est, *l. 6.*

2. Duplex remedium Prætor hoic pollicetur. Primum restitutionis in integrum, quo is, qui falso Tutore auctore cum pupillo contraxit, in integrum restituitur, modo nesciverit, esse falsum, *l. 1. § ult. & l. 2.* nisi quod minor, etiam sciens restituitur, *l. 4.* Præterea datur actio in factum adversus falsum Tutorem, in id quanti ea res erit, *l. 7. in pr.* Quæ verba hic veritatem non pœnam significant, *d. l. 8. § 2.* quia tamen falsus Tutor ob dolum suum in id quod interest alterius tenetur, dici potest factum hac actione puniri, nec ideo, licet heredibus detur, in heredes, neque post annum, competit, *l. 19. § 1. h.*

3. Quanquam autem hic Titulus non est abrogatus, argumentum tamen ejus nunquam ullo exemplo usu venisse memini.

TIT.

Tit. VII.

De Fidejussoribus, & Nominatoribus, & Heredibus Tutorum & Curatorum.

Sequamur ordinem Rubricæ. De fidejussoribus, eo minus heic est dicendum, quod apud titulum *Inst.* de Satisdationibus, quæ ad hunc locum pertinent, occupata sunt. Illud heic est singulare, quod Fidejussores pro indemnitate pupillorum non modo per expressam stipulationem, ut alias, constituuntur, sed etiam si nominari se tanquam sponsores passi sunt: imo & hi, qui tutores esse idoneos adfirmarunt, ut fidejussores obligantur, *l. 4. §3. h. t.* Idque adeo, ut plures ab uno tutore dati fidejussores, careant beneficio divisionis, *l. ult.* ubi & ratio *ff. Rem pup. salv. for.* Sed a diversis tutoribus dati fidejussores ex eorum persona dividunt actionem, *l. 6. in f. h. t.*

2. Per nominatores igitur in Rubrica quinam intelligendi? In nigro enim illud nomen non reperio. An nominati a tutoribus ut fidejussores, qui *præsentes fuerunt, non contradixerunt, & nomina sua referri in acta publica passi sunt*, ut quasi nominatores sui esse videntur? an vero Adfirmatores, qui cum tutores idoneos adfirmaverint, fidejussorum vicem sustinent, in *l. 4. § ult. h. t.*? Cæterum, quia durum videtur, simplices adfirmatores habere pro fidejussoribus; ac eos ita convenire, nonnulli monent, hoc de illis intelligendum, qui a Magistratibus electi sunt ad æstimandas tutorum satisdationes, probandosque fidejussores, de quibus est in *l. 1. § dicus. 8. de Magistrat. conven.* Quicquid hujus rei sit, quandoquidem omnis satisdatio & Fidejussorum datio, tutoribus *hodie* est remissa, manifestum est, nominatores ac Adfirmatores non esse amplius in usu, nec ideo tanquam fidejussores obligari.

3. Tertia pars Rubricæ est de Heredibus tutorum, quos ad factum defuncti præstandum teneri, mirari licet, aliquos negare, ex *l. ult. h. t. l. 4. in pr. h.* Sed est notabilis exceptio in hac parte, quod cum Heredes semper eodem modo, quo defuncti, actionibus rei persecutoriis teneantur, neque ex heredum persona jus & qualitas actionis mutetur, *l. 2. § 2. de V. O.* tutoris tamen heredes non nisi de dolo & lata illius culpa teneantur, *l. 1. C. de Hered. Tut.* (ubi Cujacius frustra delet *re non.*) *l. 4. de Magistr. conven.* cum ipsum tutorem de negligentia quoque, id est, levi culpa teneri, sæpius dictum sit. Verum hanc exceptionem rursus eximia limitatione restringit Bachovius *not. Paratit. ad tit. de Tut. & Rat. distrab. n. 4.* Vult enim, tutoris heredem a præstanda levi tutoris culpa liberum esse, si nihil in tutore quam negligentia mediocris arguatur, secundum *d. l. 1. & l. 4.* Quod si lata tutoris culpa arguatur, heredem simul ad levis culpæ præstationem teneri docet, hac ratione, quod Actio competens adversus aliquem, si detur, cum omnibus suis qualitatibus detur. Sed hæc limitatio Bachovii cur admittenda sit, ratio illa, sine textu, sola non sufficit. Primo enim, quo minus actio aliqui certis casibus aliter quam vulgo detur, ex constitutione speciali facile fieri potest; dein, si regula ejus procederet, non esset tamen ei locus in judicio generali, quod multis articulis factorumque discrepantiis constat. In uno facto defunctus latam admisit culpam, in alio levem, una actione tutelæ; de priore facto tenetur heres, de posteriori genere non tenetur. Verum igitur non sit, quoties tutor latæ culpæ reus est, toties heredem de culpa ejusdem levi posse conveniri. Vis legis hæc est, heredem de levi tutoris culpa non teneri.

4. Cum autem tutelæ officium ad heredem non pertineat, ad res gerendas ipse non tenetur; sed quicquid ultro post mortem fecit, de eo tenetur, *l. 4. in pr. h.* imo quædam gerere debet; ea scilicet, quæ per defunctum inchoata sine detrimento imperfecta relinqui non possunt, modo in ejus facultate sit positum, ut ea perficiat. Atque in hisce dolum & culpam latam præstabit, de negligentia, id est levi culpa, non tenetur, *l. 1. in pr. d. l. 4. § 1. h. t.* Quod si tutor aut Curator, officio finito, in negotiis administrandis perrexerint, his ordinariæ culpæ præstatio imputatur, *l. 5. § 6. de Admin. Tut.*

TIT. VIII.

De Magistratibus conveniendis.

Si nec tutorum, nec fidejussorum bona sufficiant, ultimum pupillis subsidium contra magistratus comparatum est, actione, quæ ex Re, subsidiaria dicitur. quod aut nullos, aut non idoneos exegerint fidejussores: de quo si dubitetur, an fuerint idonei, probandum a magistratu, *l. 1. § 3. h.* Donec autem vel unus tutorum fidejussorumque supereſt, ad magistratum perveniri nequit, *l. 4. C. h. t.* cui non obstat *l. 1. § 15. de Tut. & rat. distr.* Ait textus; *usque adeo ad Curatores non venitur, ut prius ad Magistratus, qui eos dederunt, perveniatur.* Sic est habendum: Quando Tutela per testamentum, vel a Magistratu est divisa, quisque de parte aliena Tutelæ non tenetur, sed tantum debent eos accusare suspectos. Quando igitur Tutorum aliquis male rem gessit, tunc ipse prius convenitur; dein fidejussor, tum Magistratus, & postremo contutor, qui partem habet diversam administrationis. Si vero Tutela sit indivisa, vel privatim a Tutoribus divisa, tunc omnium postremo loco *Magistratus* conveniuntur.

2. Dicitur hæc actio utilis tutelæ, per *l. ult. h.* quia ad exemplum tutelæ reperta est: ut tamen longius a tutelæ actione distet; quo sensu in factum a Theoph. forte appellatur, *§ 2. I. de Satisd. tut.* pari sensu, quo in *§ ult. I. ad L. Aquil.* Aliter D. Wissenb. *ad h. tit.* Moribus hanc actionem penitus obsoleviſſe, vulgo testantur, & diximus ad *tit. Inst. de Satisd. Tut. n. 16.* quod verum est quoad exactionem fidejussorum, non etiam, quod ad alia culpæ dolive commissa attinet, quæ a Magistratibus in dandis tutoribus admitti queant. Reliqua pete sis ex *prad. titulo de Satisdationibus.*

TIT. IX.

De rebus eorum, qui sub Tutela vel Cura sunt, non alienandis.

I. Historia prohibitionis hujus tit. & quæ res alienari nequeant. II. Alienatio quid comprehendat. III. In quid inquirat judex. IV. An ex utilitate alienatio sit licita, exemplo declaratum. V. Ἐπίκρισις ejus rei. VI. Forma Decreti. VII. Neglectio ejus formæ. VIII. Casus, quibus decreto non est opus. IX. An Pater egeat decreto. X. Quis interponat decretum.

Pupillos & minores non posse res suas alienare, sine Tutorum auctoritate, vel consensu Curatorum, satis constat ex *§ ult. Inst. Quib. alien. lic.* Idque sæpius dictum est. Compertum est utiu deinceps, ne quidem Auctoritate Tutorum pupillis hac parte satis esse consultum: Rebus enim soli in pecuniam redactis multo fragilius erat patrimonium, magisque obnoxium incommodo, quod Justinianus vocat ἐρέσμιον πρᾶγμα, *rem amabilem, in Nov. 72.* ne Tutores minorum pecunias ad se derivarent. Cum igitur tutores & Curatores alienandi jus liberum habuissent usque ad Severum Principem, ab hoc effectum est, ne prædia rustica & suburbana aliter, quam decreto Magistratus adhibito, alienentur, *l. 1. § 2. h. t.* De suburbanis equidem utilitas a majore licentia non abhorrebat, quatenus in plerisque eorum *plus ad verrendum quam ad arandum est*, ut Plinius; Sed quia pertinent ad ornamenta familiarum perpetua, nec in his placuit libertas alienandi. Quin postea in ipsis urbanis prædiis, quorum tamen reditus non solent usuras & impensas æquare, exemplum Severi prævaluit: Constantinus enim Cæsar in *l. 22. C. de Administr. Tut.* edidit, ne urbana prædia, resque majoris pretii, quæ servando servari possent, absque decreto alienentur. Nam etsi in domibus eadem utilitatis ratio forte non militet, habet ibi locum alia ratio. quam indicat Cæsar *in d. l. 22. Nec vero domum vendere liceat, in qua majorum imagines aut non videre fixas, aut revulsas videre, satis est lugubre.*

2. Alienatio non minus heic late patet, quam res prohibitæ, ut non modo intercida sit venditio, donatio, permutatio, in solutum datio, sed etiam transactio, divisio, repudiatio juris delati, quin etiam pignus & servitutis impositio, *d. l. 1. & l. 3. § pen. l. 5. § 8. & l. 7. in pr. h. l. 4. C. de Praed. min. l. ult. C. de Reb. alien. non al.* Pignus intelligo conventionale; nam legale pignus, quod datur ex. gr. dominis prædiorum in bona inquilinorum, res etiam minorum complectitur, ut dictum, & probat D. Wissenbach. *ad tit. Quib. mod. pign. & Hyp. solv. th. 19.* Conventionale pignus, inquam, adeo prohibetur, ut si minor emerit

præ-

prædium, non possit hoc ipsum Curatoris consensu pignori tantisper obligare, dum pretium fuerit solutum, quia statim a traditione dominium minori quæsitum est, ideoque fundus in eum statum venit, ut pignori obligari non possit, *d. l. t. § ult. h.* Hæc res sine dubio nostris hominibus inexspectata accideret, adeoque illa pignora venditarum rerum sine discrimine emptorum, sunt usitata, ut difficulter ab iis, qui res judicant, impetratum iri credam, ne pignus illud valere paterentur, & venditorem, qui tale pignus accepisset, inter personales creditores numerarent. Adeoque parum abest, quin hæc subtilitas usu quoque nostro desueta videatur.

3. Methodus in alienandis rebus minorum *observanda*, habet tres gradus, *inquisitionem Judicis, probationem causæ, interpositionemque decreti, d. l. 22.* In eum finem minor, aut ejus Curator, vel Tutor, libello supplice Judici causas alienandi exponit, atque ubi plurium Consessus est Judicum, petit Commissarium, a quo fiat inquisitio. Summa inquisitionis in hoc vertitur, an causa sit necessaria, quæ ad alienandum cogat; Ex causis vero necessariis prima & vere unica est, æs alienum. Sic enim rescribunt Cæsares, ob æs alienum tantum, causa cognita, præsidiali decreto, prædium rusticum minoris distrahi permittitur, *l. 12, C. de Præd. Min.* Nec tamen sufficit, æs alienum probari existere; *Sed hoc convenit excutere, an aliunde pecunia ad extenuandum æs alienum expediri possit*; & si deprehenderit, *non posse aliunde exsolvi, quam ex prædiorum distractione, tunc permittit distrahi; si modo urgeat Creditor, aut usurarum modus parendum ære alieno suadeat.* Item animadvertere, *ne propter modicum æs alienum magna possessio distrahatur. Non debet etiam nimium Tutoribus vel Curatoribus credere, qui nonnunquam lucri sui gratia adseverare Prætori solent, necesse esse distrahi possessiones, vel obligari. Requirat ergo, qui instruere possit Prætoris religionem &c. l. 5. § 9. & seqq. h. t.* Ubi multa præclara in hanc rem habentur; quæ exacte satis apud Curiam nostram servantur. Ut tamen causa æris alieni ad quamlibet necessitatem producatur; velut, si aliter pupillus ali non possit, *per d. l. 22. vers. Præcipimus.* Item si cavendum sit pupilli nomine judicatum solvi, *l. ult. § 3. C. de Admin. Tut.* Denique dotis & donationis propter Nuptias causa, *l. 61. § 1. de jur. dot. l. 8. C. de Præd. Minor.*

4. Extra has causas ob solam utilitatis rationem, alienatio non debet, neque potest a Judice permitti, ne quidem si utilitas sit prægnantissima, nihilque periculi pupillo sit in medio, *l. 5. § 14. l. pen. in pr. h. t.* ubi exemplum infructuosi & pestilentis fundi, quem tamen vendere non licet: Idque religiosissime a Curia nostra servatur, exemplo apud Sandium existente *lib. 2. tit. 9. def. 15.* Addam unum & alterum meæ memoriæ, de quibus tamen apprime dubitatum fuit. Matrona nobilis tutrix liberorum suorum habebat agros modicos, sed multos, variis locis sitos apud Omlandos, communes cum alio liberorum suorum cognato, in eadem Provincia habitante, qui semper illos administraverat, dimidiasque mercedes matronæ sine molestia quotannis tradere solebat. Hujus heredes eos agros pro suis partibus vendere parabant, quo futurum erat, ut liberi illius matronæ in communionem minutam cum variis ignotisque hominibus inciderent, ingenti suo incommodo. Petebat igitur mater, ut sibi partes alteras eadem opera vendere liceret, offerens sponsorem, se pecunias inde redigendas aliis agris heic in Frisia pro liberis comparandis impensuram. Relatione a me Commissario facta, sex Domini concedebant alienationem, propterea quod eo modo Legi abunde satisfieret: Sex Domini negabant, quia necessitas aberat, utilitas sola suadebat, & prohibitio Legis est *præcisa*, non recipiens æquipollentem cautionem aut compensationem. Ac ita rescriptum est negative ad libellum, *d. 31. Jan. 1680.* Principio anni sequentis, Juvenis industrius uxorem duxerat minorem annis 25. res soli possidentem. Ipse vero, stannarius artifex, egebat æris ad emendam officinam materia & instrumento artis instructam, cujus tunc optima dabatur occasio. Petebat igitur a Curia veniam, fundum aliquem uxoris vendendi, aut hypothecæ obligandi, allegans pro causa necessitatis, quod aliter se familiamque sustentare non posset. Me quoque referente, major tamen pars Dominorum negavit, eo quod absoluta necessitas non aderat; nec enim, ut antea vir fecerat, porro non poterat opera ministeriali artis ejusdem, exercere victum. Penes Nautam reperio, apud Curiam olim disceptatum fuisse super tali causa. Juvenis mente captus, habebat in bonis agrum, ex quo annuæ mercedis percipiebat ducentos octuaginta florenos. Hunc agrum Curatores ejus vendere poterant pro tanto pretio, quod sufficiebat ad redimendum annuum reditum sexcentorum florenorum ex Dominio Biltano ipsi solvendum, quem reditum antecessores infani adolescentis ante hac vendiderant,

derant, sub Lege redimendi. Heic utilitas erat evidentissima: Nam pro florenis annuis 280, habiturus erat hac venia data. *sexcentos.* Nonne crimen fuisset, superstitione Legum, ut ita loquar, tantum minori insano intervertere lucrum? Credo, non deessent, qui insanum reputassent judicem, hanc insano veniam recusantem. Sed bene habebat, quod Curatores necessitatem quoque probabant; quippe pro *ducentis octuaginta* florenis adolescentem debito modo sustentari non posse; ideoque impetrata est alienandi venia, *in causa Foke Ronkwers contra Johannem de Veno. d. 4. Januar. 1637.*

5. Hæc non placebunt iis, qui jus Romanum non nisi pro suo arbitratu sequuntur, nec centoribus Artis Grænewegio, Autumno, & similibus ad *l. 13. h. t.* Nec etiam moribus Batavorum, teste Grotio *Introd. l. 1. part. 8. n. 15.* verb. *ofte auder sins openlyk nut voor de wesen &c.* Non desunt etiam, qui Juri Civili existimant esse consentaneum, ut evidentem utilitatem Judex sequatur, Tiraquell. *de LL. Connub. gl. 8. n. 68. qu. 8.* Montan. *de Tutel. c. 33. n. 450.* contra quos disputat D. Wissenbach. *ad h. t. th. 20.* Nostri δικαιοπόλει, præter quod in jus Romanum juraverunt, ita existimant; Fieri quidem posse, ut hujusmodi rigore commodum aliquod, aut utilitas minoris alicujus intervertatur, sed in universum consuli pupillorum atque minorum fortunis. Quippe si Judicum arbitrio utilitatis æstimatio committeretur, metuendum erat omnino, ne vis prohibitionis hujus, pupillis adeo salubris, evilesceret ac enervaretur, ita ut res in meram solemnitati functionem transformaretur.

6. Cum inquisitione judicis, *d. l. 22.* jungitur probatio causæ, quæ per testes & instrumenta conficitur. Quorum a Commissario facta relatione, sequitur *Decretum*; cujus Instrumento publica forma emisso, sequitur venditio vel obligatio *apud nos.* Et quidem venditio solemniter, ut alibi fere, peragitur, præmissa triplici promulgatione, judiciali & ecclesiastica, per totidem hebdomades, ad lucem ardentis candelæ, qua extincta res plurimum licitanti addicta censetur, *v. Stat. Frisic. tit. 13. art. 10.* Decretum igitur venditionem præcedat oportet, *d. l. 5. § 9. h. t.* verb. *tunc permittet distrahi.* Quæ res tamen non facit, ut vitium commissum dicatur, quando prius fit venditio, ut postea decretum impetretur, quemadmodum sæpissime institúitur. Nam prior venditio est conditionalis, si decretum sequatur, & decreto interposito non exiterit qui plus offerat, quo casu primus venditor est sine re & sine effectu.

7. Hac forma non servata, vel re sine decreto alienata, venditio rerum minoris est ipso jure nulla, cujus argumentum & effectus est, quod minor rem, ubicunque sit, vindicare possit, *l. 5. § pen. h. t.* quæ statuit eandem nullitatem, *si prætoris sit obreptum*, hoc est, si decretum quidem interpositum sit, verum e causa legibus non probata. Sed magis placet Diocletiani distinctio, decreto plane omisso, *dominium retentum & alienandi viam* censeri; Decreto autem ordine juris interposito, restitutionem in integrum esse implorandam, *l. 11. C. de Pred. Min.* ubi casus quidem est, si lætus sit minor in pretio, de quo casu agit Wissenbachius *th. 16. h. t.* Sed est eadem ratio, quando solennitas observata, verum in diligentia causam cognoscendo peccatum est. Hæc ita, nisi minor contractum alienationis major factus ratum habuerit, expresse, vel tacite lapsu quinquennii, *l. 1. l. 2. & l. ult. C. Si major fact. alien. rat. hab. l. 6. C. Arbit. Tut.* In rebus donatis hoc casu longum tempus, id est decem vel 20. annorum lapsus, ad tacitam approbationem requiritur, *d. l. ult.* Si emptor quoque sciverit, rem esse minoris, ille venditionem implendam prætextu nullitatis recusare non potest, ut docet, ac judicatum refert Sandius *l. 9. 15.*

8. Sunt tamen casus, quibus decretum non requiritur, qui vel a persona patris, vel ab re ipsa desumpti sunt, etiam sine causa necessitatis, *l. 2. Quand. Decr. op. n. est.* I. A persona patris, si is in testamento vel codicillis rem alienari permiserit, *l. 1. § 2. h. t.* licet testamentum vitiose factum sit, *l. ult. t. cod.* II. Si pater, vel is, cui pupillus successit, stipulanti fundum spoponderit, *l. 5. § 6. h. l. 3. C. Quand. decret. opus non est.* III. Si emerit fundum, lua Lege retrovendendi, *l. 1. C. eod.*

Ab re petitus est casus, I. si cavendum sit pupilli nomine, judicatum solvi, *l. ult. § 3. C. de Admin. tut.* II. Si vendendum sit pignus, quod cum venia prætoris erat oppignoratum; quamquam tutius est, denuo adire prætorem, *l. 7. § 1. h.* III. Propter dotem opus est decreto, si bona venditis, pecunia viro danda sit, *l. 4. & l. 5. C. de Fund. dot.* si ipsa prædia in dotem danda, non est opus, *l. 61. § 1. de jur. dot. l. 62. cod.* Quæritur est, an ad venditionem superficiei, hoc est domus impositæ agris, in qua coloni degunt, opus sit decreto. Quidni? dicas, cum sit res immobilis. Non requiri

quiri tamen, visam est Curiæ nostræ, cum Curatores liberorum viri nobilist. Scipionis ab Aylva ejusmodi superficiem: liberis Petri Valerii vendidissent, ante ferias Paschales 1680. Ac ita, si dominus fundi superficiem vendiderit colono, cui simul ad longum tempus prædium locatur. Nam si Rustici talium superficierum domini, minores annis 25, tales vendere velint, nulla causa videtur, eas decreto eximendi. Priore casu venditio fundi pro accessione locationis habetur, posteriore nihil est quam rei immobilis venditio.

9. Pater etiam, tutor vel curator existens, indiget decreto, non tamen si liberos in potestate habeat, *l. 7. § 2. h. t.* quanquam bona liberorum ne hic quidem ipsa vendere potest, nisi ob causam æris alieni, *l. 1. C. de bon. mat. l. 1. de Bon. quæ lib.* Ad quam rem, quatenus facti est, cum inquisitio & decretum Magistratus sit necessarium, res fere eodem redit; ut sit patres liberorum suorum bona vendant, opus sit decreto, idque nec aliter in usu hominum servatur. Quæritur, utrius Judicis decretum, si res alibi sita sit, quam pupillus habitat, requiratur? Sufficit Judicis loci, in quo Tutela agitur, decretum, *l. 5. § 12. h. t.* Decretum Prædis, in quo situm est prædium, memorat lex *16. C. de Præd. Min.* Utrumque conjungitur *in l. 15. § 2. de Re Judic.* ut quod a priore decretum est, ab altero mandetur executioni. Plane judicis loci, in quo res sita est, decretum solius sufficit; alterius tamen decretum, ut fit, in sententiis Judex loci comiter effectum habere patietur.

10. Quamvis autem in *tit. C. de præd. minor. non alien.* præsidiale decretum ubique requiritur, & Præsidum jure fungantur hodie Supremæ Curiæ, decreti tamen hujus interpositio, a magistratibus ordinariis cujusque loci proficisci potest, etiam nostris Statutis, *l. 1. tit. 13. art. 8.* Grœnew. ad *l. 1. C. de Præd. Min.* Cæterum quia Respublicæ, Ecclesiæ, & universitates aliæ, jure minorum utuntur, poterat heic loci de bonis illorum non alienandis agi, nisi hic locus pridem occupatus esset ad *tit. Quæres pign. obl. non poss. n. 5. & sequ.*

TIT. X.

De Curatoribus, furioso & aliis extra Minores, dandis.

I. Remissio. Prodigis etiam petentibus dari aliquando Curatores, etiam mente captis. II. Differentia Curatorum & Administratorum. III. An Prodigus possit esse Procurator & postulare. IV. De modo interdicendi bonis, observatio.

Hujus Rubricæ exegesin, habuimus *ad tit. Inst. de Curat. n. 5. & sequ.* Nec habeo quod addem, nisi quod aliquando Prodigis etiam petentibus, cum alioquin invitis interdicatur bonis, Curatorem datum vidimus libello supplice Judicibus oblato; vel quia tantisper recta rem reputantes viri, se plerumque sui impotentes esse cognoscerent, vel quod graviorem metuebant animadversionem; Utriusque exemplis in recenti memoria extantibus. Quod magis est, vidi bis datum Curatorem mente captis petentibus: Etsi contradictio videatur, mente captum se fateri, cum hoc mentis non alienatæ signum sit, agnoscere suam imbecillitatem. Sed probavimus ad *d. tit. Inst. n. 7.* magnam esse latitudinem mente captorum; Esse in eorum numero, qui tueri possunt mediocritatem civilium officiorum, etsi majoris momenti rebus administrandis inepti non sint, ut latius demonstratum est in *lib. 3. Disgress. c. 18.* Tales agnoscere suam infirmitatem, non est insolens.

2. Quod si in latitudine mente captorum continerí non possint, etsi minus idonei ad patrimonium suum administrandum, non tam Curator petendus, & a magistratu dandus, quam Administrator volens ab illis constituendus esset. Cujusmodi administrationes, quæ non habent publici muneris auctoritatem, non nisi volentibus imponi posse, constat, & docet Sandius *2. 9. 11.* Hoc autem interest; quod Administratores a Constituentibus deinde mutari possunt; Curatores non æque; sicut accidit nobili cuidam viro, qui suasu agnatorum a Curia petierat Curatorem sibi tanquam mente capto dari. Hic deinde cum uxorem duxisset, (quemadmodum ejusmodi *macarones* ἐπὶ ἐπάνω, *semicocti*, ut de Claudio Augusto *apud Sueton.* matrimonii facultatem habent, etiam ipse Curatorum contentu, ut probat Sandius *lib. 2. tit. 1. def. ult.*) id agebat, ut in suam Curam, adnitente imprimis uxore sua, restitueretur; Cum probare non posset, ingenii sui facultates notabili accessione locupletatas esse, semel ac iterum repulsam tulit, etsi probaret satis, eum se tunc esse, qui ex mero judicis officio Curatorem,

bonis interdictus, accipere non debuisset; scilicet; facilius ab initio recusatur, quam deinde removetur Curator, *arg. l. 1. § ult. de Minor.* juncto § 2. *I. de Curat.* Sicut etiam prodigi, quibus semel bonis interdictum est, non facile restituuntur, nisi longo temporis tractu, & diuturna morum æquabilitate se probaverint; nec enim sufficit, ad tempus modestia & religione in altitudinem fuisse conditum, quatenus simulata probitas, quanto intentius est cohibita, tanto sæpe infestius erumpit. Quomodo Juris quidam Doctor, cui bonis interdictum erat, cum proferret testimonium verbi Divini ministrorum, quod adsiduo sacris interesset & magnam attentionem præstaret, similiaque, rejectus est, *quomodo adhuc:* cujus moræ impatiens celeriter antiquos induit mores.

3. Idem questus est, Magistratus Doccumanos sibi negasse copiam fori sui & jus postulandi; quod ut Advocatus exercere cupiebat, exercendi non incallidus. Disceptatum est eâ de re apud Curiam. Pro illo faciebat, quod prodigus non sit infamis, neque jus postulandi usquam illi in Jure negetur, quodque alia non esset ratio exercendi victum suum, quæ claudenda non videretur. Sed quia prodigi per omnia pro furiosis habentur, ut etiam a testimonio perhibendo penitus arceantur, § 6. *I. de Testam. ord.* non permittendum est illis, judicio stare pro aliis, qui pro se non possunt. Accedit, quod munus Advocati hodie est publicum, & quod nostrates Advocati non modo postulant, sed etiam sunt Procuratores, exque functiones in foris nostris sunt inseparabiles: Procuratores autem in hac qualitate clientium pecuniis exigunt, atque in rebus eorum versantur: quod Prodigo non erat committendum. Quibus rationibus postulandi jus negatum, & rejecta fuit ejus petitio, *anno 1681.*

4. Ex his colligendum videtur, & si modus interdicendi bonis exerceatur absque judicio contradictorio, si tamen is cujus interest, petat audiri, cum res maximi sit præjudicii, non videri judicium coram tribunali posse negari, *arg. l. 9. § 3. & seqq. de Off. Proconf. & Leg.* Idem de mente captis, si mediocritatem civilium officiorum tueri posse videantur, & dubium sit, an suis rebus sufficere nequeant, abs re non est statuere. Qua de re his ipsis diebus publico scripto querentem videmus illustrem Virum & politicorum aliquando principem habitum, (stupendum exemplum!) quod sibi inaudito, bonis ut insano interdictum, atque ut talis invitus venæ sectionibus & scarificationibus sit curatus. Si modo res vere dubia, nec evidens sit mentis error in bonis saltem administrandis: Tunc ipsos audiri, perquam inutile fuerit, cum nihil minus expectari possit, quam ut insaniam, etsi in plerisque mentis compotes videantur, ipsi suam agnoscant.

LIB. XXVIII.

TIT. I.

Qui Testamenta facere possunt, & quemadmodum Testamenta fiant.

I. De parte prima tituli, Remissio, & supplem. II. Collatio cum moribus; An vitium Status hodie sit causa prohibendi. III. Prodigorum testamenta hodie aliquando valere. IV. An id recte consultum, disputatur. V. De testamento Cæci. VI. De solennibus testamenti, collatis cum moribus Frisicis, & aliorum. VII. Testamenta ritu loci facta, ubique valere. VIII. An mulieres hodie possint esse testes in codicillis. IX. An Legatarii & fideicommissarii. X. Scriptorem testamenti non necessario esse Tabellionem. XI. Instituta quædam erronea notantur. XII. De clausula nuncupativi testamento scripto adjecta. XIII. Inutilitas ejus exemplis declaratur. XIV. De clausula, ut testamentum valeat jure mortis c. donationis. XV. An Contractus vitiet testamentum. XVI. Explicatio ejus rei ad usum. XVII. Heredem nec hodie quidem esse testem in Testam. XVIII. De duorum testamento in iisdem tabulis. XIX. An ultra conjuges hoc jus extendi possit.

Post Contractus, qui nascuntur ex actibus inter vivos, sequitur ingens caput de ultimis voluntatibus. Hic tit. est bimembris, ut Rubr. indicat. De primo articulo: *qui test. fac. poss.* ad Institutiones abunde est dictum *d. t.* Vitia corporis, quæ obstent testamenti factioni, habuimus *ibidem.* Morbus sine aut infirmitas corporis, non obstat, modo animus valeat, *l. 2. & l. 4.*

l. 4. C. h. t. etsi lingua balbutiens feminecis eam protulerit, *l. 15. C. de Testam.* Quanquam Plato lib. XI. de LL. aliter sentiebat; propterea quod ἀνοήτως πως καὶ διεφθαρμένως πως τρόπον ἔχομεν τινὰ πλείστοι, ὅταν ἤδη μέλλειν ἡγώμεθα τελευτᾶν, *Stulte quodammodo & perverse plerique affecti sunt, quando morti se proximos arbitrantur.* Pertinet huc Euripideum illud; Δυσάρεστοι οἱ νοσοῦντες. *Morosi agrotantes.* De usu temporum placet hæc addere.

2. Quicunque maximam vel mediam capitis diminutionem passi sunt, testamentum facere non possunt, legibus Justiniani. Sed utraque specie diminutionis obsoleta, sequitur & has prohibitiones ab usu esse remotas. Nisi quod is, qui hostis Patriæ declaratus est, vel ad eos transfugit; adhuc hodie mediam capitis diminutionem pati, nec ideo testamenti factionem habere censetur, *l. 5. §. 1. ff. de Cap. dimin.* Sand. *d. lib. 4. tit. 1. def. 2.* Idem judicandum de his, qui ob delicta proscripti sunt publice, omnibusque impune occidendi permittuntur, qui & maxima capitis diminutione mulctari videntur. Sed quod de filiisfamiliarum Romanis visum fuit,* exacte apud nos servatur, licet alibi Europæ vix uspiam id obtineat. Hic scio filios familiarum extitisse locupletes, quinquaginta natos annos, quorum legata relicta etiam modica, rebus judicatis, nulla pronunciata sunt, vid. Sand. *d. lib. 4. tit. 1. def. 1.*

3. Dantur & vitia corporis atque animi, quæ testamenti factionem impediunt, ætas impubes,** furor & dementia, bonorum interdictio; denique surdi, muti, cæci, vel plane, vel secundum quid prohibentur, ut exposuimus ad *tit. Inst. Quib. non est permiss. fac. testam.* De prodigis id tolummodo notandum, quod Sandius habet *in d. tit. 1. def. 3.* ubi Interdictio bonorum procurata erat a propinquis, qui jam habebant testamentum, ut volebant; hac fine, ut ne Testator facultatem haberet mutandi testamentum. Mutaverat ille tamen, institutis etiam heredibus aliis cognatis æque propinquis, auctisque pauperibus aliquot legatis. Approbatum est hoc posterius testamentum a Curia. Ratione gravissima, quod heres primus fatebatur, se curasse Testatori bonis interdicti, ut amitteret testamenti factionem. Id enim in fraudem legis & æqui bonique factum, pro non facto haberi debebat.

4. Sandius addit rationem *aliam*, ex Novella Leonis Philosoph. XXXIX. qui reprehendit veteres, quod acta, gesta mortis causa vel inter vivos, prodigorum indistincte nulla esse voluerint. Ipse disputat, hujusmodi servandum esse moderamen hac parte, *si quid*, ait, *inutiliter gestum sit, non admittere; in quo vero aliqua utilitas vertitur, id suscipere oportet.* Sic Imperator Philosophus, longe aliter quam antiqui Jurisprudentes, qui jura condiderunt generalia & stabilia, neque pro casuum varietatibus aliter ac aliter usurpanda; ne quidem, etsi ratio juris introducti in certis casibus evidenter cessaret. Ecce; Impuberes non possunt facere testamentum, *quia nullum eorum est animi judicium*, § 1. *h. t. Inst.* Detur impubes, qui multo solertior sit quam alius pubes, non poterit tamen facere testamentum. *Minorum bona non possunt alienari*, nisi ex causa æris alieni aliave præcise necessaria, *l. 22. C. de admin. tut.* lata hæc lex est in eorum utilitatem. Quid si detur occasio vendendi res minoris cum utilitate insigni, valetne alienatio? Non valet, ut Sandius ex sententia Curiæ recte disserit in *lib. 2. tit. 1. def. 14.* idque religiose apud nos servatur, ut dictum *supra.* Ratio, quia cum semel ita receptum est, ut prohibitiones ejusmodi cessent, quotiescunque cessat ratio in his aut illis casibus, nihil certi juris habeamus, sed totum a judicum arbitrio pendet. Verissimum in his omnibus est illud Taciti, quod legi applicare licet; Omnis lex *habet aliquid ex iniquo, quod utilitate publica, contra singulos rependitur.* Sufficit, Legem in universum Reipublicæ esse utilem; si quando certis in casibus durior videatur, id utilitate constantis observantiæ superatur. Videndum adeo, ne non idem de alienationibus prodigorum per testamenta vel contractus, (de utrisque Leo disserit,) eventurum sit; valeant, ait ille, si bene utiliterque, non valent, ubi secus consultum fuerit. Standum potius Jure Civili, quod rectum & æquabile est in universum,

* Existimat Autor, extra Frisiam vix ullibi observari Jus Romanum, quod filiosfam a jure testandi excludat, sed nostro Jure nihil mutatum, imo eandem prohibitionem Saxonicis legibus non repugnare, docet Schilter. *ad ff. Ex. 38. § 17.*

** Minores autem valide testantur, si sui juris sunt, *l. 4. C. qui test. fac. poss.* Unde & apud nos mulier sine Curatore valide testamentum condit. *P. 2. C. El. 15. § f.* ibique Carpz. *def. 10.* Richt. *dec. 27. n. 20. seqq.* atque ita resp. *Fac. Jur. Liss. M. April. 1705.*

versum,

versum, etsi casibus aliquando singularibus observatio legis durior videatur.

5. Solennitas, quæ in testamento Cœci observanda est, secundum *l. 8. C. qui testam. fac.* moribus earum gentium, quæ Notario duobusque testibus contentæ sunt, non habet usum; sed ibi cœcorum testamenta celebrantur in forma communi, teste Grœnewegio ad *§ ult. Inst. h. t.* Apud nos ad amussim retinetur forma *d. l. 8.* Habetque locum etiam in Testamento Parentum inter liberos, Sand. *lib. 4. tit. 1. def. 8.* Proinde cœcus potest facere Testamentum, quomodo vult, & quomodo potest, sicut indultum est Parentibus inter liberos disponentibus. Quid ergo? Pater cœcus fecit Testamentum in forma communi; Testibus septem prælegitur, ut fert usus, initium & epilogus testamenti; argumentum voluntatis non significatur, sed affirmat Testator tabulas sibi esse prælectas, & reliqua testamentorum solennia observantur, valetne testamentum? Non valiturum esse, respondi consultus, Olphardo Hindema consuli Franckerano, sepi cœco, inter liberos testaturo; qui tamen aliter quam more communi, noluit testari; Proinde non valere ita conditum, judicavit deinde Senatus *inter liberos ejus.* Ratio, quia testamentum cœci nuncupari debet, hactenus saltem, ut testibus duobus tribusve constet, quod ita voluerit testator: Nuncupationem enim *lex §.* requisivit; quia cœcus scire non potest, aniid, quod sibi prælegitur, sit illud ipsum, quod in tabulis, quæ testibus exhibitæ sunt, continetur. Privilegium paternum confixit in minore numero testium, non cautione cœcitatis causa adhibenda.

6. Altera pars hujus Tituli, est de solemnibus Testamenti requisitis, quæ similiter ad *Instit. titulo de Testam. ordin.* plenissime, quod ad particularem methodum attinet, absoluta est, quo proinde Lectorem remittimus oportet.

Quod ad mores attinet, in plerisque locis Testamentum coram Notario & duobus testibus factum viget, in quibusdam apud acta Judicii faciendum est. Apud Frisios quod ad ordinationem Testamenti attinet, agnita fuit ab anno 1542. consuetudo, qua Testamentum manu Pastoris loci duorumque testium ad id rogatorum confirmatum, valere statuebatur, *lib. 1. Stat. tit. 16. art. 1.* Sed quia mos juris civilis exinde magis invaluerat, compilatores Statutorum, anno hujus seculi *secundo* dubitaverunt, an illa consuetudo ita recepta esset, ut vim legis tueri posset. Ideoque curius visum est Ordinibus, edicere ut in ordinandis testamentis jus scriptum Frisii sequerentur, *d. tit. 16. art. 2.* Una excepta, ne signacula requirantur, sola subscriptione testatoris & testium sufficiente, *d. art. 2.* quam exceptionem res ipsa flagitavit, quia sigillorum usus in nostra plebe rarior, ideoque testamenti factio per hoc requisitum nimis impedita fuisset. Item usus frequentis fecit, apud nos, ut notæ vel symbola, quibus imperiti literarum suum consensum exprimere solent, pro subscriptionibus habeantur, modo addita tabellionis manu significetur, cujus id signum sit, aut e testibus id constet, & hoc scripturæ instrumentum, æque in testibus ac in testatoribus toleretur, jamque pridem innumeris rebus judicatis approbatum est. Nec dubium, quin hac parte sit recessum a jure civili, *l. 21. C. de Testam.*

Non valent igitur Testamenta, quæ coram Notario duobusque vel tribus testibus fiunt, ut alibi Europæ receptum est; tametsi Grœnewegius ad *§ ult. h. tit. Inst.* inter auctores, qui tradunt, testamenta eo modo condita valere moribus hodiernis, Statuta quoque nostra laudet; *d. tit. 16.* non modo contra mentem, sed etiam contra verba indubitata.

7. Rectius dixisset, Testamenta in iis locis, ubi viget ita consuetudo, etiam a popularibus condita, vim & effectum habere in Patria, non modo respectu mobilium, sed etiam immobilium rerum in hac Provincia sitarum, ut Sandius docet, & rationibus luculenter adstruit, *lib. 4. tit. 1. def. 14.* Hoc ita, si Frisius apud exteros more loci, in quo moratur eo tempore, testatus sit. Quid autem si nostras ad exteros proficiscatur ibique testetur more patrio? Distinguitur, utrum mos Frisicus in eo loco sit prohibitus, an diverius mos simpliciter receptus sit: velati in Hollandia sic juris est, ut Testamenta coram Notario duobusque testibus celebrentur; sed ratio testandi, quæ jure Romano præscribitur & a nostris probatur, ibi non prohibetur, Grot. *l. 2. Introduct. part. 17.* Si Frisius more nostrate testetur in ejusmodi loco, ubi sic non licet testari, verum ubi alia forma, præcise observanda est, ibi testamentum ejus, more nostro vel Cæsareo factum, inde ab initio vitiosum est, nec in ipsa Frisia valere potest, ne quidem respectu bonorum illic sitorum. Rodenburg *tract. de jur. quod or. e stat. diverf. cap. 3. tit. 2.* Ratio est, quia Statutum vel Consuetudo præscribens solennitates Testa-

Testamenti, non adficit res Testatoris, neque ejus personam, sed ipsam dispositionem, quæ sit in loco Statuti vel consuetudinis, verba sunt Sandii *d. def. 14.* & quicunque reperiuntur in jurisdictione Statuentis, legibus & institutis ejusdem parere coguntur, si acta sua civilem effectum habere cupiant, *arg. l. ult. ff. de jurisd.* Atque inde ita juris est, ut in cujusvis actus solemnitate inspiciatur consuetudo loci, ubi is, inquam actus celebratur, etsi is, qui celebrat actum, ibi larem fixum non habeat, ait iterum Sandius *d. loco.* Quando quis igitur condit Testamentum coram septem testibus, in provincia, ubi non aliter liceat testari, quam apud Acta Judicii certa forma, clarum & certum est, eam dispositionem contra leges factam, esse ipso jure nullam, *l. 5. C. de LL.* Jam quod semel ab initio est invalidum, id ex postfacto convalescere non potest, ideo effectum habere nequit in iis locis, ubi testamenta coram septem testibus recte fiunt, fierique debent: nam Statutum alterius Provinciæ, in qua Testator fuit, cum ita disponeret, inde ab initio *affecit ipsam dispositionem*, nec potuit aliter afficere, quam leges prohibentes aut præcipientes ubique faciunt, ut id, quod contra leges geritur, vitiosum sit atque nullum, *d. l. 1.* Sandius in *d. def. 14.* agit quidem de casu, quo Frisius testatur secundum leges loci, in quo agit; sed rationes, quibus utitur, æque in alteram speciem conveniunt. Hoc referri velim ad ea, quæ dicta sunt ad *tit. de Legibus & de conflictu statutorum pag. 539. Part. præced.*

8. Porro lex illa Frisica & quæ sunt similes, una exceptione illa de signaculis, evidenter firmant omnes reliquas Justiniani positiones, quas ad Institutiones & ad Pandectas vidimus. Nisi quod unum alterumve juris Romani requisitum nostris etiam moribus obsoleverit, veluti quod de notis hominum illiteratorum diximus, item, quod Testes subscriptionibus suis addere debebant sua manu, cujus patrisfamilias testamentum signarent, ut habetur in *l. pen. h. t.* Hinc etiam de quæsito, utrum mulier possit esse testis in codicillo, vix est ut audiam Grœnewegium adfirmantem ad *§ 5. I. h. t.* jure civili mulieres in codicillis testes adhiberi posse, moribus autem secus esse. Ego id apud juris scripti interpretes scio controversum esse; Ideoque prout judices nostri de sententia juris Romani persuasi fuerint, ita codicillum, in quo mulieres sunt testes, probaturos vel improbaturos esse crediderim; denique, posse feminas in codicillis ut Testes admitti, liquida ratione probavimus ad *tit. Inst. de Codicill. posit. 4. & 5. ibique in prælect.* Atque id in locis, quæ jure scripto utuntur, servandum existimaverim.

9. Idem fere de legatariis & fideicommissariis esto judicium, quos jure civili ad testimonium in testamento perhibendum admitti, nota res est, *§ 11. Inst. d. tit.* a moribus hodiernis id alienum esse, putat Grœnewegius ad *d. § 11. n. 7.* Forte ratione earum gentium, quæ testamenta eodem modo celebrare solent, quo contractus aliaque inter vivos acta, non male; Nobis a Cæsare discedendi hac parte nulla causa videtur, nec adeo in cæteris testamenti partibus.

10. In aliis gentibus soli Tabelliones sive Notarii, testamenta, sicut alia instrumenta, scribendi habent facultatem; Apud nos, a qua persona scriptum sit testamentum, non attenditur, modo septem Testes uno contextu sint adhibiti; quin ipse quilibet paterfamilias voluntatem suam seorsim scribere, testibusque offerre potest subscribendam. Nec id a jure civili discrepat, quo nusquam requiritur, quod sciam, ut testamentum a persona publica scribatur: vocatur quidem Instrumentum publicum, *l. 2. ff. pr. Testam. quemad. aper.* sed hoc ideo, quia publice omnibus quorum interest, copia describendi & inspiciendi danda est, non ratione compositionis & formæ. Ita & Viglius noster *cod. § 6. de Testam. ordin.* Debent tamen, si recte consulunt Testatores, juris adhibere peritos, cum alioqui facile ad incommodum intestati redigantur, & requisita maxime essentialia, quin & ipsa heredis institutio, a Pastoribus & Ludimagistris, qui aliquando scribendo adhibentur, omittantur; ut observatum & litigatum de testamento cujusdam matrisfam., scripto a Pastore pagi Hardegaripensis *5. Mart. 1680.*

11. Scriptores testamentorum plerumque in more positum habent, ut si qua legata a testatore relinquantur, ea primo loco referant, heredis institutio sequatur; qui mos etsi innoxius, tamen est contra naturam negotii, cum heredis institutio sit basis & fundamentum Testamenti; adeo quidem ut olim nihil ante heredis institutionem positum valeret, *§ 34. Inst. de Legat.* quod utcunque tam rigide jam non servetur, vult tamen ratio juris, ut basis ante reliquam structuram collocetur. Est & hic mos perpetuus, ut cum testamenta per scripturam composita sunt, testibus exordium & conclusio prælegatur, reliquis testa-

menti capitibus silentio pressis, quod minime est insolens; cum hæc ipsa sit testamenti scripti proprietas, quod ideo mysticum vocatur, nec adeo necesse fuerit unum verbum prælegere; sed ut mos erat veterum, Testator tabulas testamenti clausas manu tenens, ita fari potest: *His ego tabulis meam voluntatem ultimam inscripsi, cujus rei vos testes esse volo, rogo. l. 21. C. de testam.* Sed nostri tabelliones, quasi testes nescio quid occulti aut nefarii subesse verentur, solent adjicere stipulationem, ut testator caveat testibus, de eo, quod ignorantes argumentum testamenti, tamen ei subscribant; & hoc Testatores sæpe ita satagunt, ut hypothecam suorum quoque bonorum subjiciant, seque ea gratia Curiæ Supremæ subjiciant. His nugis nihil ineptius neque indignius est juri civili adsuetis; nec enim modo superflua, sed & contraria sunt naturæ testamenti. Superflua, quia testes non subscribunt in approbationem eorum, quæ testamento disposita sunt, verum in id, quod testatorem audivere dicentem & declarantem, iis tabulis contineri suam voluntatem, *d. l. 21.* Contraria, quatenus nihil inimicius unitati contextus, quæ testamento essentialis est, quam si actus extraneus ei inseratur, *l. 21. §. 1. ff. Qui testam. fac. poss.* & pro exemplo rei extraneæ evidentissimo habetur *Contractus, arg. l. 20. de V. S.* quem illa cautio intercit Testamento, & quidem, si accedat hypotheca, duplicatum.

12. Addere solent clausulam codicillarem, eamque amplificatam, hoc modo; Si testamentum non valeat modo solenni, ut subsistat non modo jure codicilli, sed etiam ut Testamentum nuncupativum, vel donatio mortis causa; quæ extensio in jure nusquam legitur, nisi tu sub his generalibus verbis eam intelligis, *aut alio omni meliore modo*, quæ sunt in *l. 29. §. 1. Qui test. fac. poss.* Sed additio nuncupativi, non potest usum habere, nisi quando testamentum a capite ad calcem testibus est prælectum, vel quando ipse prius viva voce coram iisdem testibus, quid suæ voluntatis esset, enunciavit: Alioquin implicat contradictionem, ut vim nuncupativi testamenti habeat, quod nullo modo nuncupatum est. Etenim ea gratia nuncupatio instituitur, ut cum vis rapida morbi scribendi moram non admittit, convocatis subito hominibus Testator iis coram, voluntatem suam declaret, omniaque dispositionis secreta, verbis palam expandat, *§ ult. Inst. h. t.* *ibique* Vigl. Proinde, si Testamentum clausula nuncupativi sit adjuvandum, non potest id aliter obtinere, quam concurrentibus hisce terminis habilibus; Scil. Nuncupatione per Testatorem, vel prælectione totius Testamenti per actuarium facta, si Testator antequam omnia in scriptum sint redacta, testesque vel ipse subscripserint, spiritum exhalet, tum is casus extitit, quo clausula nuncupativi, vim vigoremque obtineat. Pragmatici tamen & tunc eam habere virtutem volunt, quando Notarius nuncupatam Testatoris voluntatem solus excipit, eamque redigit in scripturam, vel quando testator tabulas clausas offert Notario, coramque ipso & testibus declarat, eam, quæ charta clausa continetur, esse suam voluntatem, quam declarationem Notarius dorso Testamenti inscribit; ita D. Voetius P. ad *d. § ult. cap. de Moribus*, multa practicorum auctoritate munitus, quos inter Viglius noster ad *d. § fin.* At hic quidem nihil aliud docet, quam quod nos antea posuimus; Agit de casu, quo testibus omnino prælectum est testamentum, nec Schneidewinus ab eodem D. Voetio laudatus, aliter quam de nostro genere testandi, per scripturam nuncupationemque simul, loquitur; Credo & reliquos auctores ita existimare, quos non fuit otium inspicere. Nam illa nuncupativi usurpatio nimis a ratione abhorret.

13. Ad usum rei detegendum, recensemus aliquos casus; Primus sit, Quando Testator verbis enunciavit totam voluntatem suam, etsi deinde redigatur in scriptum, non tam opus est hac clausula, quam universum testamentum est nuncupativum. Ideoque licet Testator ante finitam scripturam moriatur, testamenti vis ea re nihil infringitur. Alter casus; Testator scriptum testamentum facere voluit, attamen id totum prælegi jussit, tum si moriatur ante subscriptionem, clausula nuncupativi faciet, ut voluntas sustineatur. Tertius casus: Testamentum est scriptum neque prælectum testibus, sed testator dixit, sibi id esse prælectum eamque suam esse voluntatem; expiravit autem priusquam subscriberet ipse vel testes, numquid clausula nuncupativa effectum habebit? Dicet aliquis, habere debere; quid enim interest, enunciaverit quod volebat, an dixerit se velle, quod in tabulis ejus jussu conscriptis positum est; Non valere tamen, Curia nostra censuit *in causa Egberti a Sonneren contra Æmilium Jensma. d. 27. Octobr. 1664.* Sixtus Terwischa testamentum scribi jusserat cum hac clausula;

fula; non erat prælectum testibus; sed dixerat, sibi id esse prælectum, tuam esse voluntatem quicquid in eo scriptum erat, ipse in hoc erat, ut subscriberet, & ferme absolverat, utcunque tremula manu; defecit subito coram testibus; hi dein subscripserunt, addito, quomodo res gesta esset; judicatus est intestatus decessisse Terwischanus, & quidem φλυαρικῶς. Sunt enim distinctæ species, Scriptum & Nuncupativum testamentum, nec adeo confundi jura convenit, ut is, qui scriptum facere voluit, absque nuncupatione nuncupativum fecisse dicatur. Accedit, quod is, qui non absolvit, cœpisse magis testari, quam testatus esse videtur, & adhuc pœnitere potuit; quod in hoc testatore non abhorrebat a suspicione veri, qui antea sæpe sollicitatus ad testandum, constanter dixerat, non placere, vid. *l. 25. ff. Qui test. fac. poss.* Faciendum igitur Notariis, ut quando periculum in mora scribendi esse vident, contractis raptim hominibus, testatori suadeant, ut nuncupet voluntatem, quam nuncupationem deinde in scriptum redigant, qua re inter alia Parentem meum p. m. narrare memini, se januam praxeos sibi aperuisse, cum novus in foro id in simili casu instituisset, stupente vulgo, (raro n. fit,) homine mortuo testamentum scribi posse; nam id memoriæ causa, digressis testibus factum erat, & expedit, dum scriptura est instrumentum probationis, non forma testamenti.

14. Quod attinet ad ampliationem Clausulæ per donationem mortis causa, hæc non modo supervacua, quatenus Codicilli mentio sufficeret, sed & adversa naturæ testamenti videtur: Nam magis est, donatio mortis causa in Testamento consistere nequeat, quia fit per duorum consensum, *l. 35. ff. de donat. m. c.* talia vero a testamentis abesse debent, ne subtilissima unitas contextus offendatur, ut diximus *ad tit. Inst. de Test. ordin. n. 18. ibique in Prælect.* Non potest, inquam, donatio perpetrari in ipso actu testandi, ita ut declaratio donantis & acceptatio donatarii conjungantur; sed quo minus Testator declaret, se donasse Titio centum, nihil vetat; nec etiam vero, Te jam donare; sed tum aut a legato nihil distaret, aut acceptationem deinceps accedere, oporteret. *vid. ad d. tit. Instit. posit. 19.*

19. Quæsitu dignum est, an per donationem plene perpetratam, adeoque per quemlibet contractum, testamenta penitus vitientur, qua de re sententias Dd. varias recenset D. Voetius *ad § 3. I. de Testam. ord. n. 4.* De jure non videbatur ambigendum, qui extraneus actus, cujusmodi & contractus habetur, unitatem contextus violet, perniciemque testamento adferat, *l. 23. in pr. C. de Testam.* ubi; *nullo actu interveniente.* Ex tu tamen illo & rationibus consideratis, non est necessarium, ut id de contractu intelligamus, modo nihil clam testibus & seorsim celebretur; id enim vetat *d. l. 23.* Utique ita dicendum videtur, si contractus obiter fiat, & a materia testamenti non sit alienus, cujusmodi est illa stipulatio de indemnitate, quamlibet inepta, qua testes sibi cavent de occulto testamenti argumento; idemque de donatione mortis causa existimem. Non puto, nos fore tam valide theoreticos, vel theoriam esse tam rigidam, ut ob ejusmodi conventiones testamentum vitiari statuendum sit. Si vero contractus a Testamento plane sit alienus, non video, quid nos absolvat ab observatione juris Civilis, quod per extraneum actum unitatem contextus violari dictat, nostrumque Statutum suffragatur huic rigori, omnia juris Civilis requisita per unicam exceptionem præcise adfirmans & inculcans.

16. Noli tamen exinde colligere, si dum Notarius describit id, quod Testator dictavit, aut dum testes inter se colloquuntur haustuloque vini recreantur, interim ipsi inter se, vel Testator cum aliquo ex iis, nescio quid contrahant, eo statim vitiari testamentum; etsi contractus ille nihil commune cum materia formave testamenti habeat. Non ea mens est hujus requisiti; sed contractus abesse debet eo temporis articulo, quo Testator conscriptis perfectisque Tabulis, declarat, compellatis testibus, in iis suam contineri voluntatem, eosque ut attestari velint, rogat, simulque tam ipse quam testes subscribunt. Hoc est illud momentum, quo unitas contextus religiose conservanda est, ut docuimus *ad tit. Inst. de Testam. ordin. n. 23. & seq. ibique in Prælect.* Proinde, quæ prius & quæ postea fiunt, innoxia habenda sunt. In illo autem momento hoc unum agendum, nihil ut extraneum addatur, ne falsis occasio detur fabricandis, quæ olim circa testamenta frequentissime excogitabantur; adeo ut lex Cornelia de Falsis, per excellentiam *Testamentaria* dicta fuerit, § 7. *I. de Publ. jud.*

17. Non est igitur faciendum, ut scita Juris Civilis utcunque subtilia, putemus absurda, licet earum ratio nobis sit obscurior. Credendum, veteres, experientia subtilissimarum falsitatum, in his etiam institutis excogitandis acutiores esse debu-

debuisse; Non ausim igitur cum D. P. Voetio *ad § 10. Inst. audacter adserere*, ita ille, *posse heredem quandoque esse testem in testamento moribus hodiernis, idque ideo, quod testamentum non necessario testibus prælegatur, verum clausum iis exhibeatur.* Nam id æque jure civili norum & cautum est, *l. 21. C. de Testam.* ut aliquoties dictum, nec ulla ratio hac parte suadet, a jure scripto ut recedamus.

19. Est etiam hoc manifesto receptum, ut duo Conjuges aut amici, in iisdem tabulis singuli proprium testamentum condere possint, adeoque duplex sit revera testamentum in eadem charta, quod in foro Romano fuisse inauditum, jurisque rationi adversum esse, probavimus in *Præl. ad d. tit. Inst. num. 19. pag. 173.* idemque Viglius & Vinnius *ad § pen. Inst. d. tit.* quibus addam, quod ait Viglius ad § *pen. num. 3.* absurdum esse, tabulas altero testatorum adhuc superstite publicari; cum testamentum nisi post mortem, effectum habere non possit, & incivile sit, de vivente palam fieri, quid post ejus fata sit futurum. Quo nomine male audivit olim Augustus, quod Antonii quamlibet inimici, Testamentum pro concione recitasset, ut *Dio Cassius* testatur. Quinimo Testamentum alterius, per posterius singulare testamentum jure factum, rumpi potest, dum id, quod alter fecit, adhuc subsistit; quæres iterum veteribus JCtis vitia fuisse enormis, nec in ipso casu pupillaris substitutionis locum habere potuit, *§. 5. I. de Pup. subst.* Et hæc res supponit aliud ἀπροσδιόριστον, quod ubi duo conjuges aut amici in eadem charta testati sunt, seque mutuo heredes scripserunt per quandam conventionis speciem, alter alterum fœda machinatione decipere possit, nova testatione, socio ignaro, consignata; nam hoc licere, sequitur ex eo, quod duo penitusque diversa testamenta sint, Gail. *lib. 2. obs. 117. n. 2.* aliique *citati* a D. Voetio ad *d. § pen. num. 5.* Peck. *l. de testam. conj. 43. & l. 3. c. 1.* Atque hæc conjunctio testamentorum, licet inter conjuges maxime frequentetur, eadem tamen ratione inter fratres, sorores, aliosque amicos fieri potest, & auctores indistincte loquuntur, apud Peckium *d. lib. 1. c. 19. n. 2.*

19. Non desunt tamen, qui apud nos putent, conjunctionem istam duorum testamentorum, non nisi inter conjuges habere locum; inter alios si fiat, standum esse jure civili; sed nec ratio, per quam ita sentiunt, nec usus noster id evincunt. Ratio est ex Novella *Valentiniani tit. de Testam.* quæ de conjugibus agit; sed notum est, hujus Principis constitutiones non facere partem juris Justinianei, nec esse receptas in Europa. *Carent*, inquit Viglius *ad d. § pen. n. 3. in fin. omni auctoritate, nec in judicio recitari possunt*; adeo ut hæc consuetudo non a Valentiniano, sed a disputatione Interpretum & opinione Doctorum invalucrit. Denique in Senatu Curiæ nostræ, jus dictum scimus e testamento reciproco duarum sororum *Swartzenburgicarum*; etsi partibus in mentem non venerat, ut de hoc articulo disceptarent, tamen non erat dubia mens Senatus, valere testamentum; & sæpe alias fit, ut propinqui, convictores, amici, in animos inducant, quo pariter ultimas voluntates componant, neque de valore dubitatum fuit in perita hujus fori; meminique, veteranos Advocatos & eruditos a causis contra ejusmodi testamenta, ut desperatis, abstinuisse. Intelligo tamen, postea Curiam Supremam habuisse pro nullo testamentum, in quo diversi fratres reciproce testati erant, in causa *Nicolai Bruinsma in qualit. contra Jenne Hanses cum sociis. d. 15. Jul. 1684. Hæc sententia*, sic mihi retulit Vir Amplist. *in Acta relata, sed non est pronunciata, quia partes transegerant.* An, quod plures duobus fuerint, an quod ultra conjuges hoc jus extendere non placuerit, non habeo dicere. Certe in immodicum coacervari numerum testatorum, deforme foret, ut si parentes cum liberis & adfinibus in iisdem tabulis testari vellent, quemodo quatuordecim homines in una domo instituisse, aliquando accepimus. Quis dubitet, quin merito id rejiceretur? Placet hoc addere; Ab hominibus Maccumanis oblatum mihi esse Codicillum reciprocum Viri & Uxoris, in quo testes erant Mater Testatoris, cum duabus Sororibus, & fratre Testatricis. Insolens forma, nec tamen in leges impingens. Ideo respondi, valere videri. *d. 9. Septembr. 1688.*

TIT. II.

De Liberis & posthumis heredibus instituendis, vel exheredandis.

I. Remissio, & distinctiones posthumorum. II. Remissiones, item an causæ exheredationis pares, vel graviores admittantur. III. Non dari Querelam fratri, cum spurius heres factus est. IV. An exheredatio per reconciliationem tollatur. V. An differentia Nullitatis & rescissionis hodie superstit. VI. Si superstit, an reales habeat effectus hodie. VII. Dari tales effectus; & recensentur. VII. Exheredationem sine causa, & præteritionem matris, testamenti facere nullum, in Foro, non jure civili. IX. Discrimen juris civilis inter suos & emancipatos, moribus etiam esse sublatum. X. Quasi-agnationem posthumorum quoque sublatam esse. XI. Jus veræ posthumi agnationis, non esse obsoletum. XII. Quid de liberis adoptivis.

Hic titulus est parallelus Rubricæ Institutionum, de Exheredatione liberorum; Quem ita illic prosecuti sumus, ut ad paratitlarem expositionem nemo facile plus requisiturus sit, quod putem. Nam etsi de Exheredandis liberis tantum inscriptio illa promittat, ratio tamen oppositionis & connexionis fecit, ut ibidem quoque de posthumis & de præteritione fit actum. Nisi placeat, posthumorum diversitates repetere, quæ ab aliis heic prolixe tractantur.

N. ADDIT.

In positionibus tamen adhuc aliud adductum erat, ab autore hic omissum, forte, ne ad Scholium ibi positum respondere adigeretur.

POSITIO 14.

Unde liquet, exheredationem posthumi eum nec nullitatem, † nec rumpendi effectum pariat, querela evertendam esse, adeo ut posthumus hodieque eodem sensu possit exheredari, quo olim, nam & tunc, ut exheredatio suum finem consequeretur, causæ justæ requirebantur, l. 7. de bon. damn. l. 5. ff. & l. 28. C. de inoff. test. *excepta specie, quam Justin. abrogat in* l. 33. § 1. C. eod. *aliisque fortean similibus.*

† SCHOLIUM.

Puto nullitatem, quia Justinianus in Nov. 115. *certas exheredandi causas pro forma testamenti posuit, quæ in posthumo obtinere nequeunt. Qui enim hic posset fieri ingratus? Et etiamsi una existis a testatore opponeretur, aperta tamen ejus foret calumnia, & ita querela inofficiosi, quæ contra heredem jure novo instituitur, cum causa exheredationis est dubia, non est opus.*

Wissenbachio nostro labor ille, licet inutilis, tamen jucundus videtur ad *h. tit. th. 25.* Quod studiosis ita de hisce perplexis & subtilissimis distinctionibus videri, parum perspexi. Tu velim sic teneas; Definitionem omnis generis posthumorum suorum, tam verorum quam quasi talium his verbis optime comprehendi. Posthumus est, *qui post testamentum factum jus sui heredis est natus.* Hoc fit 1. Nativitate post mortem patris. 2. Nativitate post mortem avi. 3. Nativitate post factum testamentum vivo patre, vel avo. 4. Per quasi-agnationem nepotis post testamentum nati, in jus sui heredis, per mortem patris. 5. Per quasi-agnationem nepotis, qui tempore facti testamenti natus, erat alienus, in sui heredis locum. *Primus* erat posthumus antiquus ex lege XII. Tab. *Secundus* ex sententia Galli Aquilii. *Tertius* ex primo capite Legis Vellejæ. *Quartus* ex Juliani sententia. *Quintus* ex secundo capite legis Aquiliæ, *L. Gallus. 29. § 11. & sequ. D. h. tit.* Wissenb. *ad h. t. th. 3. & sequ.* Hæc olim tam anxie distinguebantur, quia si posthumus uno casu heres vel exheres scriptus, altero natus esset, testamentum rumpebatur, *l. 10. l. 29. § 8. h. & l. 26. de Substit.* quæ subtilitas a lege Justiniani aliena videtur, ut apparet ex *l. ult. C. de posthum. hered. inst.* ubi casus unus porrigitur ad alterum.

2. Porro de effectu præteritionis, de forma exheredationis, de discrimine marium & feminarum, de causis exheredandi. Item an similes vel graviores admitti causas oporteat, *ad Inst.* copiose actum. Ad ea tamen, quæ *n. 30.* ibi dicta sunt, causas ejusdem generis similes, aut graviores, non posse excludi, Thomasius heic loci opposuit.

SCHOLIUM.

Negavi tamen ad Instit. de inoff. test. posit. ult. *ubi simul ad exempla autoris nonnulla, in quibus extensionem procedere arbitratur, respondi. Alia adhuc duo suppeditat* in prælect. ad Inst. h. t. n. ult. Si patrem, *inquit*, carcere clausum, filius fide jussione

sione liberare cunctetur, exheredandus erit; at si ipse eum in carcerem per injuriam compegerit, id non licebit? Si patrem testari prohibuerit, exheredari meretur, si compulerit & coegerit ad suam libidinem testari, non poterit? *Sed videtur ipse autor de convenientia horum exemplorum dubitasse, dum eadem in positionibus consulto omisit. Nam quod filium patrem carceri includentem attinet; is si privata autoritate id fecerit, hereditatem amittet, non argumento a minori ad majus, sed quod jam includatur hic casus* §. 1. & 2. cap. 3. d. Nov. 115. *sin per officium judicis ex causa criminali; spectabit iterum ad casum* §. 3. *Nam ob civile debitum, (de quo potissimum loquitur, quem extendere vult autor* §. 8.) *non impetrabit filius, ut pater carceri mancipetur, quia parentes habent beneficium competentiæ. Deinde quod concernit filium cogentem parentes, ut ad suam libidinem testamentum faciant, is utique exheredari poterit, non vero propter interpretationem extensivam, sed quod hic casus iterum sub verbis* §. 9. *comprehendatur. Qui enim alium cogit ad suam libidinem testari, is certe hoc ipso* prohibet eum, ne libere testetur.

RESPONSIO.

His collationibus, quæ multo plures ad sequentes positiones moventur, diutius immorari non libet, præsertim quia in posteriori prælectionum ad Institutiones editione, hanc Quæstionem copiosius excuti sumus. Unde ad hæc & sequentia non difficilis responsio. Denique, si Thomasius omnia, quæ sunt ejusdem generis, & nobis quidem a causis Nov. 115. *expressis diversa videntur, velit iis includi, vix ulla nos inter discrepantia fuerit.*

N. ADDIT.

Ego vero in citato loco nihil deprehendo, cui non satisfieri possit per Scholia nostra ad positiones Autoris, hic pariter cum Scholiis omissas. Ergo apponamus, & judicium linquamus Lectori.

Posit. 16. Quod proinde & tribus illis causis, propter quas frater aut soror, a fratre vel sorore potest exheredari, statuere oportet, (c) *alioqui non licebit respondere Viglio,* (d) *qui hoc argum. inprimis urget ad* §. ult. Inst. de inoff. testam. in fin. *Tametsi ut omnibus occurratur scrupulis, longiori opus est oratione: diximus aliquid* in prælect. ad tit. Instit. de exher. liber.

(c) Nec hoc admittimus, propter particulam taxativam *solum*, quæ est in *cap. 48. Nov. 22.*

(d) Qui quidem jam non est ad manus. Sed videtur tamen stare pro nostra sententia, per ea, quæ autor habet *in prælect. d. l.*

17. *Una superest ratio, cui occurrere sit opere pretium, petita a frequenti regula, quod in his, in quibus specialis sanctio legis requiritur, nulla similitudo vel consequentia admittatur.* vid. *Wissenbach.* disp. 39. thes. 17. part. 1. ad Pandect. (e) *Sed causæ exheredationis hodie sine dubio ex speciali lege proficiscuntur.*

(e) Et omnino ad *h. t. th. 11.* ubi expresse nobiscum sentit, cujus adeo opinionem eo magis contra autorem amplectimur, quod ea confirmata sit *per decis. noviss. 22.* Adde Finkelth. *observ. 99.*

18. *Respondeo, distinguendo,* (f) *utrum lex de casu uno certo & limitato, an de certis casuum generibus, sub quibus multi ac indefiniti casus continentur, agat, ut in his causis: In priori facile omnis consequentia præcidi potest, in posteriori non æque.*

(f) Sed hæc distinctio litem non tollet. Nam loquitur sane Novella 115. c. 3. & 4. de casibus certis & limitatis; & deinde non omnem consequentiam præcidere voluimus, sed illam saltem, quæ propria est interpretationi extensivæ, non eam, qua nititur interpretatio comprehensiva, vel declarativa, ut ab aliis vocatur, quas duas interpretationum species Autor miscuisse videtur.

19. *Præterea interesse videtur, utrum Legis sanctio, moralibus personarum meritis nitatur, an ratione mere* positiva; *si hæc, tum nihil mirum est, casum, quem Lex omittit, sub eo, quem ponit, non comprehendi. Sed ubi lex ejusmodi meritis movetur, valde dubium est,* (g) *non producere legem ad eos casus, quibus merita illa pregnantiora sunt.*

(g) Imo non est, quia legislatoris arbitrio regulariter pœnarum determinatio & exasperatio est relicta.

20. *Præterea, quæ ad hæc causarum genera pertinent, separanda sunt ab his, quæ ad internam exheredationis perfectionem requiruntur: nam quod ad hæc, imperfecta exheredatio* (h) *pro prætermissione habetur & facit nullitatem,* §. 12. I. de Her. ab intest. *verum omissio ejus,* (i) *quod ad justitiam causæ pertinet, non tollit essentiam effectumque exheredationis, sed querelam adhuc requirit,* (k) *ut patet* ex Nov. 115. c. 3. *dix. ad tit. I.* de inoff. testam. pen.

(h) Quando nimirum non observantur requisita polit. 2. & 3.

(i) Id

(*i*) Id eſt omiſſio cauſarum in Novella 115. expoſitarum.

(*k*) Et hoc negavimus *ad d. n. fenult.* ac paſſim.

21. *Quid autem, an ex hac ſententia non ſequitur, præceptum Juſtiniani de cauſis teſtamento inſerendis, impune poſſe negligi, nihilque intereſſe, utrum exprimatur cauſa, vel non, ſi quidem utroque caſu querela locum inveniat?*

22. *Minime vero: Cum enim cauſa exprimitur, heres ad probandam eam cauſam admittitur, eaque probata exheredatio habet effectum cum excluſione exheredati; ſed omiſſa cauſa, exheredatus querelam neceſſario obtinebit, ejusque præſidio teſtamentum expugnabit.*

23. *Nec propterea inanis argutia dicenda eſt, quod teſtamentum illud nunquam habeat effectum, neque tamen ſit nullum. Quippe ſi dicamus, (l) exheredationem ſine cauſa expreſſa teſtamentum facere ipſo jure nullum, ſequitur, quod & liberi emancipati, quique nunquam in poteſtate fuerunt, teſtamentum perinde nullam dicant, ſi tacitam ob cauſam ſint exheredati; quod & poſthumi exheredati teſtamentum agnaſcendo rumpant, quia cum cauſa nullo modo exheredari poſſunt, aliaque plura inde ſequentur, fietque nimis magna ſtrages (m) juris antiqui, ſublata bonorum poſſeſſione contra tabulas, differentia ſuorum & emancipatorum quod ad Inſtitutionem, titulisque* ff. C. & Inſt. *de inofficioſo teſtamento, magna parte ſuffocatis.*

(*l*) At hæc non eſt reſponſio ad objectionem initio hujus poſitionis formatam, ſed nova objectio contra ſententiam noſtram.

(*m*) Non tamen cum damno, quia remedium nullitatis eſt longe pinguius, quam iſta remedia antiqua.

24. *Quod profecto nimis eſt gravis præjudicii, ſi ſtatuamus, Juſtinianum, qui nunquam (n) jus vetus, niſi cum multa præfatione & oſtentatione prudentiæ ſuæ abrogat, tot tamque præcipua Juris capita, una conſequentia ſilentioque aboleviſſe.*

(*n*) Eſſet hæc conjectura alicujus momenti, niſi eadem Autoris opinioni obſtaret. Etiamſi enim ponas, *Novell. 115. c. 3. & 4.* loqui de querela inofficioſi, tamen, ut alia taceam, illud novum erit, quod non liceat ex alia cauſa, quam quæ ibi exprimuntur, filium exheredare, cum ante hanc Juſtiniani conſtitutionem, forte etiam exheredatio ſuſtenta fuerit, ſi facta ſit ob homicidium, blasphemiam, & alia delicta filiorum. Deinde quid opus eſt conjecturis, cum Juſtiniani verba, *non licere penitus &c.* ſatis enixe voluntatem ejus novum aliquid conſtituere intendentem declarent?

25. *Idem de præteritione matris, avique materni, judicium eſto. Habetur illa pro exheredatione,* § ult. Inſt. de exhered. lib. *nec id uſpiam mutatum (o) videmus; at cum ſine cauſa ſemper fiat præteritio, liberi neceſſario per querelam hoc caſu vincunt.*

(*o*) Eſt mutatam in *d. c. 3. N. 115.*

26. *Enimvero vix intelligo eorum mentem, qui præteritionem maternam adhuc pro exheredatione haberi ſatentur, at ubi ſine cauſæ expreſſione fit, hoc caſu teſtamentum ipſo jure nullum eſſe volunt, ut communis Dd. opinio, exponitur a Sandio (p)* lib. 4. tit. 2. def. 2. *a qua recte diſſentit.*

(*p*) Non tamen a nobis. Nec a Sandio, ſi eum accurate intuearis, ut adeo ſupervacua ſit diſputatio & hujus & ſequentis poſitionis. Expoſitionem verborum Sandii, noſtrum inſtitutum jam non admittit.

27. *Utique præteritio cum per ſilentium fiat, non poteſt non fieri ſine expreſſione cauſæ, niſi multum fallor; ideoque ex Juris ratione teſtamentum, in quo avus vel avia nepotes præterierunt, per querelam expugnandum, ac ita ſucceſſio ab inteſtato petenda eſt; verum in foro directe petitio hereditatis ab inteſtato admittitur, ut Sandius* ibidem *teſtatur.*

Repetantur etiam ea, quæ diximus in novis additionibus ad Inſtit. de exhered. liberorum & de inoffic. teſtam.

3. Plenius eandem materiam ad *tit. de Inofficioſo teſtamento Inſt. & D.* proſecuti ſumus, ubi inter alia quæſitum eſt, An fratri aut ſorori detur querela, ſi ſpurius ſit heres inſtitutus, quaſi turpis aut levis notæ macula adſperſa perſona, ſecundum *l. 27. C. de Inoff. teſtam.* Operæ pretium eſt monere, talem ſpeciem deciſam eſſe nuper apud Curiam noſtram. Titius inſtituerat Cajam heredem, ſpuriam ignoti Patris, cum ſorore legitime nata. Teſtatoris ſorores movebant querelam, ſed repulſam tulerunt, *ante ferias Natal. 1683.* judicio appellationis, poſtquam a Scabinis Leovardiensibus eodem modo priore inſtantia defuncta erat, in *cauſa Nicolai Henrici nom. Ux. cum ſoc. contra Henricum Schol. in qual.*

4. Retulimus in poſit. & hanc quæſtiunculam, Si pater cum filio exheredato reconciliatus ſit, eumque

eumque in gratiam pleniſſime receperit, ante mareat exheredatio. Manebit, hactenus ut teſtamentum eo quaſi præterito non ſit nullum: Sed filius querelam inſtituet, exceptionemque ingratitudinis per replicationem reconciliationis elidet, per *l. 5. C. fam. erciſc.*

SCHOLIUM.

Mallem & hic contrarium defendere, arg. d. l. 23. de lib. & poſthum. *Nam ad* l. 5. C. fam. erciſc. *reſponderi poteſt; a remiſſione vindictæ & inferendi mali, ad poſitionem faciendi beneficii, non valere conſequentiam. Citius enim animus reconciliatus a mali illatione abſtinet, quam ad beneficia exhibenda pronus eſt.*

Opp. *l. 23. de lib. & poſth.* Pater filium exheredatum, emancipatum rurſus arrogavit, eique tamen nocet prior exheredatio. Reſp. Arrogatio illa non valet; tu *inſtas*, non quidem ad effectum Patriæ Poteſtatis, bene tamen ad argumentum animi reconciliati, vult enim Pater eum habere pro filio. Reſp. Arrogatio non ſemper eſt indicium benevolentiæ; poteſt ob alias fieri cauſas, velut conditionis implendæ gratia.

SCHOLIUM.

Arripio hoc, erit tamen plerumque; ac propterea etiam de tali caſu, ubi arrogatio ex capite benevolentiæ facta fuerat, intelligendus erit JCtus.

RESPONSIO ad utrumque Scholium.

Fulmen exheredationis, quod paulo minus eſt quam condemnatio ad eſuriem & mortem, non poteſt voluntati paternæ poſt reconciliationem ampliùs adſcribi, & propterea non fert ratio, ut in d. l. 23. *reconciliatio gratiæ & amoris interpoſita dicatur. Sed arrogationem ex alia cauſa, quemadmodum fieri poteſt, oportet eſſe factam, etſi plerumque ſecus ſe res habeat.*

N. ADDIT.

Duo hic excipimus. Falſum eſt, condemnationem exheredationis paulo minus eſſe, quam condemnationem ad eſuriem & mortem. Quid ſi enim filius jam adultus ſit, (ut regulariter in his contingit, qui ſecundum Jus Novellarum ex certis ingratitudinis cauſis poſſunt exheredari,) & labore ſuo ac induſtria ſe ſuſtentet? Quid ſi Pater nihil reliquerit? Secundo, quod JCtus non ſupponat caſum ſpecialem de arrogatione citra affectionem amoris facta, ſed loquatur de arrogatione filii in genere, quam ipſe autor fatetur plerumque fieri ex affectione, docet integer legis contextus. Ait Papinianus. Filio, quem pater poſt emancipationem a ſe factam iterum arrogavit, exheredationem antea ſcriptam nocere, dixi. Nam in omni fere jure ſic obſervari convenit, ut veri patris adoptivus filius nunquam intelligatur, ne imagine naturæ veritas adumbretur, videlicet quod non translatus, ſed redditus videretur: nec multum puto referre, quod ad propoſitum attinet, quod loco nepotis filium exheredatum pater adrogavit.

5. Supereſt collatio aliqua cum moribus; Jure civili, etiam noviſſimo, cautum eſt, ut ſi filius aut filiifamilias, nec heres inſtitutus neque exheredatus aut exheredata ſit, teſtamentum ſit ipſo jure nullum; emancipati liberi per ejusmodi ſilentium præteriri, habent bonorum poſſeſſionem contra tabulas; exheredati, movent querelam inofficioſi teſtamenti, §§. *& ſequ. Inſt. de Liber. exhered.* ut latius probatum eſt *ad d. tit. & ad tit. ff. Inoff. Teſtam.* Priores non egent remedio actionis aut reſciſſionis, nam quod nullum eſt, τὸ μὴ ὄν, non capit terminos habiles reſciſſionis, verum poſteriores actu judiciali infirmare debent teſtamentum per petitionem bonorum poſſeſſionis, aut querelam inofficioſi. Priores, inquam, recta via petere poſſunt hereditatem, de qua teſtamento nullo aliter diſpoſitum erat, poſteriores non prius, quam reſcinderent tabulas teſtamenti, *l. l.* Sand. *lib. 4. deciſ. tit. 1. def. 2.* Sed ut vix nullitatis, quæ Jure Latino præſcriptæ ſunt, moribus hodiernis exiguum habent uſum; ita in hac ſpecie plerisque locis Europæ ceſſat nullitas; eo quod jus Suitatis, unde filii familiarum præteriti, teſtamenta ſimpliciter nulla dicunt, paſſim vere ſublatum eſt: Ideoque liberi utriusque ſexus, tam emancipati quam ſui, præteriti atque exheredati, Teſtamentum, in quo male habiti vel neglecti ſunt, promiſcue per Querelam Inofficioſi expugnant. Grot. *Introd. Jur. Hol. p. 18. n. 11. 12. 13.* Gudelin. *de jur. noviſſ. l. 2. c. 5. verſ. poſterior. in fin.* Autumn. *Conſer. in Auth. novissima. C. de Inoff. teſtam.* Groenew. *in pr. ad h. tit.* Sed in Friſia, locisque aliis juris ſcripti, ut effectus patriæ poteſtatis omnes pæne manent integri & uſitati ſunt, ita hac parte nihil de re civili mutatum agnoſcimus; ſed liberi in poteſtate conſtituti, teſtamenta parentum, in quibus ſunt præteriti, pro nullis habent, & talia dicunt. Sand. *lib. 4. tit. 2. def. 1. & 2.*

6. Sed, cum res & conſtitutiones Civiles effectis æſtimentur, quæri debet, an hoc diſcrimen conſpicua quædam veſtigia ſortiatur. In promptu

pti est id adfirmare; nam cujus favore testamentum est ipso jure nullum, is immediate potest hereditatem petere, cum reliquis in antecessum opus sit rescisso testamento, sicut *antea* diximus. Sed an non hæc discrepantia magis in verbis, quam in re consistere videtur? Nam *dicere nullum* testamentum, æque in judicio fieri debet ac *rescindere* ibi fiat; declaratio enim judicis super nullitate, & in eum finem judicialis instantia, est necessaria in foro; nec adeo multum refert ad compendium adipiscendi bona, quo genere actionis experiaris: Nam etsi *nullum dicere*, forte non sit actio, est tamen judiciale remedium, quod in foro ad instar actionis redigitur. Denique, sicut is, qui nullum dicit, simul petere potest hereditatem; ita & is qui habet querelam, in effectu idem facere potest; siquidem in una eademque conclusione, peti potest rescissio testamenti, & heredis declaratio, hereditatisque restituio, ut omni die videmus. Quid igitur in summa refert, utrum subtilitate juris nullum esse dicam testamentum, an, quod praxis alibi vult, per querelam rescindatur?

7. Sunt tamen effectus differentiæ notabiles; Nam in querela disputatio ingratitudinis vertitur, quæ facti circumstantiis intricatior est, nullitatis vitia plerumque palpabilia sunt. Querela solam heredis institutionem rescindit, reliquis testamenti capitibus salvis, *Nov. 115. c. 3. §. 13. vers. sed hæc quoque. & §. ult.* Testamento nullo, cum acta labuntur, ne legatis quidem fideique commissis valentibus, *l. 4. C. de lib. præt. pr. I. de Exhered. lib.* * Denique Inofficiosi querela quinquennio finitur, *l. 8. §. 5 ff. de Inoff. testam.* Nullitatis remedia nullis in jure spatiis circumscripta leguntur, nisi longissimi temporis, *l 3. & l. 7. C. de præscr. 30. vel 40. annor.* Amplius, ante rescissionem per querelam, Testamentum valet; ubi nullitas arguitur, perinde habetur ac si inde ab initio nihil dictum, factum esset; hæc enim toto jure notissima *tã rescindi & nullum esse* constat esse differentia. Hinc duobus testamentis factis, si posterius sit ipso jure nullum, prius valet, heredesque in eo scripti hereditate potiuntur, *l. 16. §. 1. ff. de vulg. & pup. fubst.* quod si posterius querela rescissum fuerit, prius testamentum non valet, sed testator ad causam intestati redigitur, *l. 6. §. 1. de Inoff. testam.* Usum & exemplum vide apud Sandium *lib. 4. tit. 2. def. 1.*

8. Præteritionem matris avique materni, pro exheredatione haberi, notum est ex §. *ult. Inst. h. tit.* sed quærit Sandius *l. 4. tit. 2. def. 2. vers. illud. exemplum est.* si avia nepotem præterierit, nulla certa causa expressa, utrum querelæ tum locus sit, an vero testamentum sit nullum. Plures utriusque sententiæ Auctores laudat Sandius, Curiæque sententiam refert pro nullitate, tametsi ipse in diversam partem inclinare videatur, *verb. multi probabiliter disputant.* Sed revera Auctores illi non agitant controversiam de præteritione matris avique materni; sed de ipsa exheredatione, quam Justinianus in *Nov. 115 c. 3.* vult fieri cum expressione certæ causæ; qua omissa, existimant multi, exheredationem utpote contra legem factam, esse nullam, *arg. l. 5. C. de LL.* At in præteritione videtur hæc quæstio carere terminis habilibus; nam præteritio per silentium committitur, ut passim videas; *si testis præterierit*, ut est in *pr. Inst. de Exhered lib.* Idcirco absurdum videtur, in præteritione velle requirere certarum causarum expressionem, quæ exheredationi tantum conveniat. Auctores etiam, quos Sandius citat, quæstionem illam de exheredatione sola tractant, inquam, & præteritionem maternam ei per consequentiam annectunt; hoc modo: Qui sentiunt, exheredationem sine causa factam, querela excipiendam esse, statuunt idem de præteritione materna simpliciter; Qui volunt, testamentum exheredatione sine causa nullum fieri, statuunt idem de præteritione matris: nec applicant ei discrimen expressæ vel non expressæ causæ.

Summa igitur huc redit; Vera juris civilis sententia est, exheredationem a Patre, vel præteritionem a matre factam, locum facere querelæ inofficiosi, quæ per *Nov. 115. c. 3. & 4.* minime est abolita, cum passim infirmationis, rescissionis, evacuationis, quæ verba nullitati non conveniunt, meminerit. Verum si causa non sit expressa, quod in præteritione semper fit, rescissio cum effectu indistincte procedit, ex novissima Justiniani Lege *d. Nov. c. 3. in pr.* Adjecta causa, de veritate ejus & probatione quæritur, ac inde pendet successus querelæ, quam alii Doctores hoc solo casu usum habere volunt.

Horum sententia in Foro, quin & in Curia nostra, prævaluit olim, infinitis que judiciis approbata est; consequenter, exheredatione sine certa causa facta, testamentum erit ipso jure nullum;

* Sunt tamen multi Dd in ea sententia, testamentum ob non rite factam exheredationem nullum, non corruere, nisi quoad solam heredis institutionem. v. Stryck. *Us. Mod. D. §. 7. h.*

jure, quod in foro valet, idem fit in causa præteritionis; Causa expressa, Querelæ judicio locus est, scilicet in casu exheredationis; in præteritione vix est, ut expressio causarum peti possit.

9. Emancipati præteriti, habent bonorum possessionem contra tabulas jure prætorio, §. 4. *h. t.* quam nulla fere pars Europæ agnoscit, bonorum possessionibus dudum in usu detritis, toto jure prætorio cum jure civili in unum confuso, testibus omnium Gentium, quos citant Vinnius *ad tit. Inst. de bonor. poss.* & Voetius *ibid.* & *ad fin. hujus tit.*

Imo non desunt, qui jure civili novissimo, discrimen hoc inter suos & emancipatos sublatum esse putant, auctore summo viro Cujacio *in not. ad Ulpian. tit. 10.* quem & ratio non spernenda movet: eo quod emancipatio non sit hodie capitis diminutio, quod nos etiam probavimus *lib. 3. Digress. cap. 6.* Sed res inde non pendet; verum a suitate, quæ oritur e patria potestate, *pr. Inst. h. t.* & §. 2. *Inst. de Hered. qual.* & *diff.* Atqui hoc respectu differentia emancipatorum a liberis, qui in potestate sunt, etiamnum manet; etsi enim emancipatio maxime non sit capitis diminutio, sine dubio tamen est modus solvendi patriam potestatem. Rectius igitur plerique alii, discrimen hoc præteritionis hodieque tenent, quos inter Perez. *ad tit. C. de lib. præt. n. 4.*

Sed quia toto jure civili, expresse non abolito, utimur in Frisia, dubitet aliquis, an apud nos æque ac alibi bonorum possessiones sint abolitæ. Esse abolitas, probant hæ rationes: I. Bonorum possessio est jurisdictionis Prætoriæ, quæ apud Romanos a jure civili more ac ratione discrepabat; hodie nulla ejusmodi differentia supersest, ut omni Europa, ita nec apud nos. II. Quod Vinnius scribit ad *d. §. ult.* In *his regionibus utimur tantum aditione sive agnitione hereditatis civili: bonorum possessionis nullus usus.* æque apud nos visum iri plerisque, nullus dubito; nec adeo dubitabunt adfirmare, qui in foro versantur, id nec aliter in judiciis nostris servari, bonorum possessiones usu constanti, in & cum hereditatibus esse resolutas. III. Videtur & in Statutis aliquid esse, quod huc pertineat, *lib. 1. tit. 17. artic. 3.* ubi *heredibus datur facultas, occupandi hereditates, in quas successerunt, non expectata judiciali immissione in possessionem illorum bonorum.* Atqui bonorum possessiones, etsi per legem Constantini solennitatibus antiquis exemptæ sint, judicis tamen aditionem & auctoritatem hodieque requirunt, *l. ult. C. Qui admitt. ad bon. poss.* cujusmodi judicis interventus, & hoc statuto tollitur, & plane abusu nostro remotus esse videtur. Porro si abrogata sit bonorum: ossessio contra tabulas, nihil reliquum est pro liberis emancipatis præteritis, quam ut Testamentum dicant nullum, ac ita discrimen suorum & emancipatorum hac etiam parte sit sublatum.

10. Sequitur de quasi Posthumis, hoc est, de nepotibus, qui post mortem patrum existentium adhuc in proprio rum patrum potestate, loco *suorum* Avis agnascebantur, ut habes *in* §. 2. *Inst h. t.* hoc nostris moribus, æque ac alibi abolitum esse, certum est, quia nititur hac Agnatio posthumorum eo fundamento, quod patria potestas etiam post nuptias liberorum durabat: At cum Jure nostro, liberi, nuptiis rite contractis, exeant e patria potestate, *suique* esse desinant, sequitur, nepotes nunquam suos fieri posse respectu avorum, cum sint in potestate genitorum; sicut Romanis legibus nepotes e liberis emancipatis non recidebant in avorum potestatem, §. *penult. Inst. de Adoption.*

11. Dicendum quoque de veris posthumis. Hi exheredati habent querelam, §. 2. *in fin. Inst. de Inoff. testam.* præteriti a patribus rumpunt testamentum agnascendo, §. 1. *h. t. Inst.* a matre avoque materno præteri, queruntur etiam de Inofficioso, *d.* §. *ult. ejusd. tit.* Hæc alibi forte gentium negliguntur, apud nos haud perinde; nisi quod de præteritione superius dictum est, *eam testamentum indistincte facere nullum*, hoc in posthumis secus se habere; Nam testamentum, in quo posthumus, sive filius necdum natus, (in filiabus idem juris esse, notum ex §. 5. *h. t.*) silentio præteritus est, ab initio valet, neque rumpitur, nisi postquam filius lucem salutaverit, quo eventu existente, testamentum sine ullo actu judicali, contra quam in casu Querelæ evanesceret & vitiatur, ac si inde ab eo tempore nullum esset, *d.* §. 1. *Inst. Quib. mod. testam. infirm.* Posthumo igitur in partu vel abortu pereunte, manet validum, sicut erat, testamentum, secus ac in casu nullitatis accidit; imo si vivo testatore posthumus non vivax, iterum expiraverit, jure prætorio convalescit, & vim suam recuperat testamentum, *l. 22. de Injust. rupt. testam.* Testatore vero mortuo natus, licet illico decesserit, nihilominus ruptum manet testamentum, *l. 2. C. de Post. hered. inst.* etsi ne vocem quidem emiserit, *l. pen. eod. tit.* Exceptionem intelligas esse in *l. 3. C. de Inoff. testam.*

Quod

Quod autem superius dictum est, Agnatione posthumi posthumæve testamentum ita rumpi, ut sine ullo actu judiciali jus ejus vitietur, id ita capiendum est, sicut ante dictum de nullitate; Vi legis testamentum per se ac immediate exinanitur habeturque pro eo quasi non esset; effectum tamen in foro posthumus contra scriptum heredem invitum, adeoque possessionem hereditatis, sine judicis officio ejusque imploratione, non potest obtinere, quod res ipsa per se loquitur.

12. Adoptivi liberi hac in parte singulari jure gaudent, quod exponitur *in § 4. & § 5. in fin. I. d. t. & § 14. Inst. de Succeſſ. ab int.* Adrogati omnes & adoptati ab aliquo adscendentium, eodem modo sunt exheredandi vel instituendi, quo liberi naturales; adeoque præteriti jure nullitatis utuntur, sed ab aliis, qui hoc loco *extranei* dicuntur, adoptari impune silentio præteriri possunt. Usus differentiæ pendet ab usu vel inusu adoptationis; quam plerisque locis exoleviſſe, apud nos rarius quidem usurpari, minime tamen abrogatam esse, diximus ad *tit. I. de Adoption. in fin.*

TIT. III.

De Injusto, Rupto, irrito facto Testamento.

I. Collatio modorum infirmandi testam. cum Moribus. II. An testamentum posterius non tollat hodieque prius ipso Jure. III. Utrum secus obtineat, si in posteriori sit heres ex re certa. IV. An, cum duo pariter fecere testamentum, possit impediri, quo minus alter mutet voluntatem. V. De vi clausulæ Derogatoriæ in futurum. VI. An adhuc capitis diminutione Testamenta infirmentur.

Hujus Rubricæ expositionem dedimus *ad tit. Inst. Quib. mod. testam. infirm p. 204.* Ut heic nihil quam collatio cum usu hodierno supersit. Infirmantur testamenta vel inde ab initio, vel ex postfacto. Ab initio, per præteritionem liberorum, qui in potestate sunt, & omissionem solennitatum. Ex postfacto infirmantur jure prætorio, vel jure civili. Ex prætorio datur bonorum possessio contra tabulas, quam tamen moribus hodiernis abolitam esse, pluribus approbatum est *ad tit præced.* Jure civili Testamenta rumpuntur, irrita fiunt, destituuntur, aut rescinduntur, *t. h. tit.* Rumpuntur agnatione sui heredes, & posteriori testamento æque perfecto. Agnatio est vera, vel quasi talis. Vera, cum testatori posthumus agnascitur, qui in potestate sit, atque hanc speciem hodieque esse cognitam, æque *superiori tit.* probatum est. Quasi-agnationis variæ sunt species, *§. 1. h. t.* 1. cum nepos avo in locum patris fit suus heres; quod hodie non fieri, nec perinde hac ratione vitiari testamentum, monuimus *ibidem.* Altera, cum testator filium adrogavit, vel adscendens adoptavit, *§ 1. h. t.* Tertia, cum testator post factum testamentum naturalem filium legitimavit, *d. § 1.* Has species posse quidem usum hodieque habere, sed raro usu venire, similiter antea *suis locis* docuimus.

2. De ruptione, quæ fit per posterius testamentum æque perfectum, plura dicenda erunt. Politio Cæsaris est; Posterius testamentum rumpit prius, ipso jure, licet non revocetur, *§ 2. in pr. l. 27. C. de Testam.* Contra *moribus hodiernis Testamentum posterius non rumpit prius ipso jure, verum ut prius sit ruptum, posteriori subjicienda erit clausula revocatoria prioris, saltem generalis,* verba sunt D. P. Voetii *ad h. tit. n. 2.* citatis pluribus claris scriptoribus pragmaticis; addito videlicet, si posterius testamentum revocatoria clausula destitutum, contraria tamen priori testamento contineat, hactenus quoque tolli prius testamentum, etsi non adsit formula revocandi. Quicquid de moribus quarundam Gentium sit, nihil causæ video, cur hic articulus juris Romani apud eos, qui jure civili utuntur, sublatus videri debeat. Sandius utique regulam hanc juris notissimam esse, tradit in *lib. 4. tit. 1. def. 10.* quanquam auctoritas ejus hic supervacua est, in re, de qua neminem in foro nostro dubitare scio; cum & ratio, quæ juris Romani est, hodieque maneat, ab heredis institutione perita, quæ cum universalis & infinita sit, nihil excludens, *l. 24. ff. de V. Signif. l. 62. de R. J.* merito *ἀσύγατον* videtur, ut duæ dispositiones infinitæ respectu ejusdem hominis earundemque rerum valere possint. Intelligendum hoc autem; quando testamentum posterius, jure solenni factum est, ex mente ipsius Justiniani in *d § 2.* verbis. *posteriore testamento, quod jure perfectum est,* non de imperfecto clausula codicillari subnixo. Atque hinc arbitror, id apud alios universo usu invaluisse, ut nunquam ipso jure prius rumpatur per posterius, quia multi ita servant, ut

inter testamenta codicillosque nihil interesse putent.

3. Hinc illud observandum; In priore testamento heres ex asse scriptus est, in posteriori heres ex re vel rebus certis, superius tamen testamentum sublatum esse, docet Imperator *in §. 3.* quia scilicet, rei certæ mentio detrahitur & pro herede ex asse habetur, *l. 41. in fin. de Vulg. & pup. subst.* Quia vero, sicut pridem monuimus, mores passim ita fuerunt, ut rei certæ institutio valeat secundum literam, & reliqua bona ad heredes ab intestato pertineant, ratio vult, ut eo casu posterius testamentum non tollat prius, nisi quod attinet ad res in secundo testamento expresse relictas, ut Grœnewegius observat ad *§. 3. d. tit. Inst.* Apud nos, qui alioqui jus civile retinemus, idem juris sit oportet, quando vi clausulæ codicillaris efficitur, ut dispositio de rebus certis per modum fideicommissi obtineat, per ea, quæ ad *tit. l. de Codicill. in fine* dicta sunt.

4. Quid juris sit hac parte, cum duo pariter iisdemque tabulis fecere testamentum, diximus *ad prædict. tit. n. 3. pag. 275.* ubi laudat hac parte D. Voetius *ad §. 3. d. tit.* ut communem jurique magis convenientem sententiam, quæ a nobis *d. n. 3.* collocata est, posse alterum ignaro altero, mutare pro sua parte testamentum communi voluntate conditum.

Sed addit exceptionem, *nisi communi testamento adjecta fuerit clausula de non revocando, nisi conjunctim, & non aliter;* mihi ne hæc quidem exceptio admittenda videtur. Obstat enim & hujc regula, quod nemo sibi ipsi possit adimere facultatem testandi mutandique voluntatem, etsi per jusjurandum, Peck. *de testam. conjug. c. 43. in pr.* sive autem hac limitatione, *nisi co ijunctim*, sive simpliciter, ratio respectu hujus regulæ est eadem. Neque vero majorem vim a conventione testantium adipisci potest, quia talis consensio repugnat naturæ testamenti atque unitati contextus, ut sæpius expositum est.

Quia tamen hæc res inter conjuges amicosque tam fallaciter administrata, deformem habet adspectum, maxime, si nullitas liberorum communium aliarumve necessitudinum vertatur, solliciti sunt Doctores de remediis, quibus adsequi possunt, ne alter, altero invito, a communi testamento recedere possit.

Peckius in *lib. 1. de Testam. conjug. cap. 43. n. 5.* proponit hanc rationem, ut singuli conjuges cum alterius consensu non tantum de suis, sed & de ipsius bonis (alterius qui consentiat,) testentur; *Tunc enim dispositio*, inquit, *etsi revocabilis sit ex parte testantis, tamen ex parte consentientis irrevocabilis sit in contractum & est irrevocabilis.* Fiat autem ejusmodi contractum posse inferri testamento, quoniam initus est super eo, quod ad testamentum pertinet, ut differit *num. 7.*

Enimvero talem contractum non vitiare testamentum, concedi potest, verum ut solennis ejusmodi conventio ineatur in testamento, ac inde nascatur actio e contractu, sicut debebat, inauditum, neque ferendum videtur, ut jus ultimarum voluntatum actuumque inter vivos eo modo confundatur, qua de re diximus in *tit. Inst. de Testam. ordin.* Proinde ejusmodi contractus ipsi testamento insertus, non erit contractus, sed adseveratio solius testantis, quæ licet jurata, nihil tamen juris tribuit alteri, sed ad solius adhortantis conscientiam pertinet. Ideoque si tamen revocetur ejusmodi testamentum, nemo contendere potest, jus ex eo quæsitum sibi esse ademptum; viventis enim nulla fuit hereditas aut testamentum, *l. 1. ff. de Hered. vel act. vend.* Vix est igitur, ut hoc aliter quam extra testamentum de rebus certis locum habere possit, a quo neque Peckius videtur alienus.

Quid si ante vel post testamentum factum, ineatur pactum inter conjuges de non mutando testamento, vel quo alter alteri det potestatem de suis bonis disponendi, hoccine valebit? Videbatur posse valere, quia tum cessat ratio superior, quae vetat in ipso testamento celebrari contractum; idem quæ dicit, nulli jus acquiri ex adseveratione solius testatoris. Nam si loca juris, quibus traditum est, neminem posse sibi ipsi adimere potestatem testandi, inspicias, hoc fundamento ea niti videbis, quia non potest fieri, ut aliquis sibi legem ponat ipse, quam servare cogatur; quo enim jure posuit legem, eodem iursus eam tollere potest. Cogendi facultas ab alio proficisci debet, qui hic non intervenit. Ita est in *l. 22. ff. de legat. 3. l 6. §. 2. ff. de jur. Codic. l. 7. §. 8. ff. de donat. int. vir. & ux.*

Proinde, cum in conventione inita extra testamentum alius alii devinciatur, hoc vinculo necessitas contineri videbitur, quia nimirum, ex quo semel consensus additus est, locum non habet contradictio, seu recantatio, ait Peckius ex *l. sicut C. de O. & A.* Nec obstare textus citatos, cum loquantur, inquam, de lege, quam sibi quisque suo

suas

solius arbitrio dixerit, non de lege duorum voluntate contracta.

Verius tamen videtur, non obstante tali pacto, testamentum posterius factum valere; quia contractus & ultimæ voluntates sunt res ita separatæ, ut hæ per illos impediri non debeant, neque possint, adeo ut ne quidem pactis dotalibus de futura successione, testamenti factio cuiquam adimatur, *l. 15. C. de Pact.* nec conventio de reciproca successione valere dicatur in *l. 19. C. eod.* Quid autem est aliud hujusmodi pactum de non mutando testamento, quod alter in alterius favorem, vel utrique mutua gratia fecerint, quam Conventio, *ut is, qui supervixerit, alterius rebus potiatur*, quod prohibitum est *d. l. 19*?

Atque hæc sine dubio secundum juris civilis rationem, nisi fallor, apud nos servabuntur. Sand. *lib. 2. tit. 2. def. 7.* ubi, *Pactis hereditas non datur &c.* Sed de Pontificis rescripto quid dicemus, qui in *cap. cum tibi. X. de Testam.* sic ait; *Qui in extremam voluntatem alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus?* His verbis non indicatur pactum, quo alteri fiat potestas de nostris bonis disponendi, sed accipienda sunt de testamentaria declaratione, qua testator alteri dat potestatem sibi heredem constituendi, vel de suis bonis disponendi; quod nec jure civili prohibitum videtur. Quid enim hoc aliud est, quam institutio heredis incerti & postea nominandi? quemadmodum si testator in testamento dicat: Quem codicillis nominavero, is heres esto, *l. 77. ff. de hered. instit. l. 10. ff. de condit. inst.* non est tunc heres institutus, nec tamen intestatus moritur pro terfamilias, sed exitus docebit, utrum sit testatus an intestatus, prout heres vel in codicillo dictus reperietur, vel desiderabitur. Eodem modo, si is, cujus voluntati nominationem heredis testator permiserit, eam deinceps expresserit, inde ab initio testatus fuisse videbitur is, de cujus bonis agitur, alioqui intestatus. Huc igitur omnia redeunt; quoties duo testatores in iisdem tabulis voluntates suas condunt, esse duo testamenta, quorum ut alterum inde ab initio valere & alterum non valere potest, ita quoque postea, singuli voluntatem suam mutare possunt, non modo superstes post obitum alterius, sed etiam alter, altero vivente & ignorante. Quæ res adeo Curiæ nostræ indubitata visa est, ut cum duo conjuges bina reciproca testamenta fecissent, ac mulier sola posterius conscidisset, priore salvo, vir tamen ne quidem ex priore testamento, ut rupto, ad hereditatem admissus sit, quod in aliam quæstionem incidit, quæ ad *tit. sequ.* occurret. *in causa Nicolai Wiggeri contra Gerryt Jans. d. 16. Jul. 1638.* apud Nautam.

Quid vero tandem, si pœnam ab se invicem stipulentur extra testamentum, hoc modo, *si testamentum mutaveris, mille aureos mihi heredibusve meis dare spondes? Spondeo.* Numquid adeo derogatio voluntatis improbi moris videbitur, ut hæc rei illicitæ stipulatio dicenda sit? Non putem; originalis enim ratio, quod illa derogatio non valeat, est, quia, si contra fiat, nemo est, qui ex priori contraria voluntate jus sibi vindicare possit; juri vero gentium bonisve moribus nihil adversi in hac re continetur. Imo pium honestumque videtur, ut conjuges amicique ultimarum voluntatum communionem ineuntes, se mutuo securos bonæ fidei reddant. Dicendum igitur, hujusmodi stipulationem efficere quidem non posse, quin testamentum postea conditum valeat, etsi convenerit, ne testamentum fieret, ut superius expositum est; sed quo minus pœna pecuniaria in stipulationem deducta, valeat hac gratia, nihil obstare videri, & dabitur actio: Manet igitur jure nostro, quod testamentum posterius rumpat prius, ipso jure, licet in posteriori non sit adjecta clausula derogationis, per quam prius aboletur.

5. Sed in foro nota est duplex clausula Derogativa; prima est ea, quam diximus, & quæ posteriori testamento inseritur; altera primo testamento adjicitur hoc animo, ut vim secuturi testamenti infringat; dicente Testatore, *si contingat, me posthac aliud condere testamentum, id jam nunc prædico atque declaro me nolle valere, sed hoc testamento defungi cupio.* Quæritur, an si postea novum conditum reperiatur, id valeat, an vitiosum sit vi derogationis præcedentis. Hac de re diximus ad *præd. tit. Inst.* Et tamen quia res magni usus & momenti est, placet paulo prestius agere.

Primo inter omnes constat, eam clausulam non adimere testatori liberam potestatem mutandi testamentum; Id enim juris auctoritati penitus adversum esse, jam comprobatum, & scriptum est in *l. 6. §. 2. ff. de Jur. Codic. l. 4. ff. de Adim. legat. l. 22. ff. de legat. 3.*

Sed hic ultimus textus dedit occasionem Doctorum scholæ, quam fori nostri praxis ut plurimum sequitur, statuendi, posterius testamentum non rumpere testamentum prius, in quo est supe-

rior clausula derogatoria, nisi in posteriori illud prius cum sua clausula diserte ac specia iter revocetur; idque *invita Romana jurisprudentia, reluctante ratione, & decisionibus Curiarum dissidentibus*, verba sunt D. Voetii *ad §. 3. Inst. Quib. mod. testam. inf.* Videamus, adeone ea traditio Doctorum toto cœlo aberret, ut nulla probabili occasione profluxerit ex jure Justiniani, quemadmodum pleraque eorum commenta e textibus rationibusve juris aliquando male perceptis derivata videmus.

Non est dubium, quin hæc opinio desumta sit ex *l. 22. in pr. ff. de Legat. 2.* ubi sic est scriptum; *Si quis in principio testamenti adscripserit, cui bis legavero, semel deberi volo: post ea eodem testamento vel codicillis sciens sæpe eidem legaverit, suprema voluntas potior habetur; Nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat.*

Hactenus convenienter receptæ doctrinæ, voluntatem hominis ambulatoriam esse, prævalere semper ultimum arbitrium, etsi prædixerit testator, id se nolle valere; modo sciens volens postea secus disposuerit, ut heic ponitur, eademque ratio est in *l. ult. in pr. ff. de legat. 2.* Contra quam in *l. 14. de leg. 1.* ubi priora verba vim adimendi habere dicuntur, sed non additur, *scientem* postea bis legavisse.

At in *d. l. 22.* sequuntur hæc verba; *sed hoc ita locum habebit, si specialiter dixerit, prioris voluntatis sibi pœnituisse, & voluisse, ut legatarius plura legata accipiat.*

In his verbis manifeste continetur illa sententia Doctorum, derogationem anticipatam voluntatis secuturæ, hanc infirmare, nisi illa derogatio deinde specialiter revocata fuerit; posse revocari, manet extra controversiam; sola voluntatis quæstio est, an, cum testator prædixerit, se nolle valere, quod deinceps testabitur, & dein fecerit testamentum, hoccene tum valeat; an fiat quod prædixit, ut non valeat.

Momentum rei in hoc vertitur, utrum serio recesserit a priori voluntate, vel non, & unde liquere debeat, eum serio mutasse voluntatem priorem? Quod serio recessisse debeat, æque dubio caret. Id enim ex verbo *scientem in d. l. 22.* & ex collatione *d. l. 14. de legat. 1. & l. ult. in pr. de legat. 2.* satis apparet, & omnibus in confesso est. Proinde, si non mutaverit voluntatem testator, derogatio prior retinet abrogandi vim ac potestatem.

Superest, unde liquere debeat mutatio voluntaris. Verba postrema *legis 22.* volunt, eam mutationem diserte in testamento exprimendam esse: Alii sufficere putant si mutatio vel extrinsecus appareat, & e dictis factisque testatoris quibuslibet intelligi, probarique possit.

Doctores pragmatici communiter secundum verba *d. l. 22.* concludunt, ut Sandius testatur *lib. 4. tit. 1. def. 10. Communiter, ait, Doctoribus placuit, clausulam derogatoriam insertam priori testamento, facere, ne valeat testamentum subsequens, nisi mentio facta sit prioris testamenti illudque expressim revocetur; præsertim, si clausula derogatoria habeat aliquam specialem formam.* in quem usum affectant vulgo illi clausulæ inserere nescio quos versiculos, & cavere, nisi isti versiculi postremo testamento inserti reperiantur, non debere posterius illud valere.

Quando tamen rationes expenduntur, quibus moti Doctores ita sentiunt, intelligimus, eas niti *præsumtione* juris, *quod secundum testamentum, in quo non sit illi clausulæ sufficienter derogatum, ad suggestionem alterius confectum sit potius, quam ex voluntate Testatoris, qui hoc fecisse videtur, ut se liberaret ab importunis sollicitationibus, suasionibus, blanditiis, vel minis eorum, quibus resistere non potuit.* ut ibidem Sandius.

Unde videtur dicendum, si aliunde quam e verbis testamenti, possit doceri, testatorem posterius testamentum omnino voluisse effectum habere, tum etiam cessare præsumptionem, & consequenter sustinendum esse posterius testamentum, licet in eo nulla sit mentio facta clausulæ prioris derogatoriæ.

Hoc etiam fundamento nititur id, quod Doctores volunt, si decennium sit elapsum inter prius testamentum, quod habet clausulam derogationis, & posterius, tum indistincte posterius effectum habere, quia post tantum temporis spatium credi debet, cessare causam, qua Testator motus fuerat, ad clausulam derogantem priori testamento adjungendam, ne videl cet ad testandum nolens volens adigeretur; præter quod etiam tanto intervallo non potest statui, Testatorem adhuc meminisse clausulæ, quam olim ultimæ voluntati suæ adjecerat. Grassius *§ testam. qu. 89.*

Huic interpretationi, quæ media videtur, nihil obstat, nisi textus in *d. l. 22.* quæ requirit specialem revocationem ipsi testamento insertam: Cujacius *lib. 14. observat. c. 7.* disputat haud de nihilo,

verba

verba illa poſtrema, quibus revocatio ſpecialis inculcatur, non eſſe ab Hermogeniano auctore legis ejus, ſed a Triboniano; quod equidem haud gravate conceſſerim, ἡ λαλία γὰρ αὐτὸν δηλεῖ, ſermo ipſe loquitur; eam laciniam non eſſe terſi illius Hermogeniani, ſed Græculi ſemilatini.

Verum quid hæc ratio diverſitatis ad ipſum controverſiæ momentum inferat, non animadverto; ſiquidem Juſtinianus Pandectas ſingulaque capita, ſicut ei a Triboniano oblata ſunt, approbavit; legesque non Hermogeniani, Pauli, Ulpiani, aliorumque ſunt Jureconſultorum, ſed ipſius Juſtiniani, qui cuncta ſua fecit, nominibus Auctorum ſolummodo præfixis, ut ne quid eorum laudi detraheretur, *Conſtit. Tanta. §. 1. & 10.* Adeo ut obſervatio illa, quid a Triboniano interpolatum ſit, quid non, philologica potius & hiſtorica ſit, quam ut diverſitatem definitionibus ſententiarum juris inferre queat.

Videndum igitur, an ipſa lex, ὡς τῦν κεῖται, ut *jam poſita* eſt, præciſe requirat, ut clauſula derogandi in ſequenti teſtamento ſpecialiter revocetur; quod non puto; quia non loquitur de duobus teſtamentis, ſed de caſu, quo teſtator in eodem teſtamento dixerat primo, cui bis legaret, huic ſemel præſtitum iri; momento temporis non poteſt credi mutata voluntas, niſi expreſſe revocata ſint verba derogatoria priora. Non eſt eadem ratio in diverſis teſtamentis, verum ibi facilius præſumitur mutatio voluntatis ex alio atque alio teſtandi actu & interjecto temporis ſpatio.

Quare, cum hic textus aperte agat de clauſula derogante ſecutaque voluntate contraria in iisdem teſtamenti tabulis, & nos agamus de pari ſpecie facti, quod diverſis teſtamentis evenerit, nihil obſtat, quo minus in noſtro caſu contenti ſimus jure communi, quod ita dictat: ſi quis legem ſibi dixerit in futurum, eum ab hac lege poſſe recedere, modo novam voluntatem contrariam ſciens volens condiderit, eaque mutatio voluntaris quovis modo probetur, ut Hermogenianus in *d. l. 22.* non interpolatus loquitur & indicat *lex ult. ff. de legat. 2. cum l. 6. §. 2. ff. de jur. Codic.*

Neque ab hoc intellectu ſententiæ illius, fori noſtri obſervatio abludit; quatenus non abſolute clauſula derogatoria poſterius teſtamentum, in quo revocata non eſt, infirmat, ſed facti circumſtantiæ diligenter expenduntur; neque adhuc deciſionis exemplum, quod audiverim, extat, ubi clauſulæ vis in futurum aſſerta fuerit, in quo non aliunde probatum erat, ſemiplene ſaltem, teſtatorem ideo clauſulam adjeciſſe, quod prævideret, ſe a conjuge aut ab aliis hominibus neceſſariis importune ſolicitatum iri, contra animi ſui ſententiam, quo modo exemplum illud a Sandio relatum ſe habuit, & rurſus aliud, me apud Curiam agente, definitum inter *Joh. a Balk cum ſoc. contra Remerum Antonii d. 13. Decemb. 1680.* quod retuli in Jurispr. vernac. *part. 1. lib. 2. c. 20. n. 31.*

Memini quoque, ubi teſtamentum poſterius approbatum fuit, etſi clauſula derogatoria prior in eo non eſſet memorata, nedum revocata, ſed probatum erat, idque non plene tamen, dixiſſe teſtatricem ſe nolle, ut priores heredes ſucceſſione ſua potirentur, & præterea decennium, de quo ad *Inſt.* a priore teſtamento, quod erat munitum derogativa clauſula, elapſum erat; tametſi rurſum codicillus, interea temporis priori teſtamento conformis fuerat compoſitus, *in cauſa Everardi Bornei &c. contra .... ab Hinkena cum ſoc. anno 1669.*

6. Sequebatur, quo pacto teſtamentum fiat irritum. Id accidit capitis diminutione maxima, media, minima, *§. 4. & ſeq. Inſt. h. t.* Cum vero dictum ſit pridem, capitis diminutiones abolitas eſſe moribus noſtris, palam videtur, teſtamenta quoque non poſſe ex hoc capite irrita fieri. Eſt tamen ut ne abſolute id affirmare liceat; videntur enim veſtigia quædam capitis diminutionis etiamnum remanſiſſe apud nos ſane & omnium quidem ſpecierum, quod ad hanc rem attineat.

Primo de minima diminutione capitis exemplum eſt, ſi quis adoleſcens ſui juris, facto teſtamento, dederit ſe arrogandum, hujus teſtamentum hodieque noſtro jure fit irritum, quia filiusfam non poteſt decedere cum teſtamento, ut probavimus *in tit. Quib. non eſt permiſſ. fac. teſtam.* & arrogationem non eſſe obſoletam probavimus *ad fin. tit. Inſt. de Adoption.*

Maximam olim capitis damnati patiebantur, *l. 29. ff. de pœn.* hodie quidem ſervitus pœnæ, ita ut olim, nulla intelligitur, *Nov. 22. c. 8.* ſed tamen capitis damnatos hodieque teſtamenti factio-

ctionem amittere probavimus, * *ad tit. Inst. Quib. non lic. test. fac. sub fin.* An ergo & per sententiam testamenta eorum pridem facta infirmantur? Ita jure antiquo sine dubio, *l. 6. §. 5 & seqq. ff. de injust. rupt. irr. test.* Et supra diximus, etiam rationes, quas propter damnari capitis olim jure faciendi testamenta carebant, hodie cessent, ipso quoque jure Novellarum, scilicet publicatio bonorum & servitus pœnæ; tamen eandem prohibitionem in gratiam propinquorum adhuc continuari.

Consequenter, si in eum statum devenerit Testator, ut propter damnationem capitalem non possit facere testamentum, id quod antea fecit etiam interire necesse est, per *d. l. 6. §. 5. & seqq.* accedente eadem ratione, quam in non faciendo valere diximus, quod publicatio bonorum, *N. 135. c. ult.* remissa sit in gratiam proximorum, ut ad eos bona pervenirent, cum quo sine dubio libera testamenti factio non congruit.

Mediæ capitis diminutionis exemplum adhuc esse videtur, si quis hostis patriæ sit declaratus, *l. 5. §. 1. ff. de Cap. dimin.* Ideoque talis hominis Testamentum antea factum perinde fit irritum, *d. §. 4 & seq. h. t.* Idem de proscripto, qui omnium ictibus expositus & per Edictum libere ab omnibus occidi permissus est; si hanc non potius ad maximam capitis diminutionem referamus, si quidem pro mortuo haberi videtur. De revocatione testamenti, nullo novo condito, prolixe disputatum est *ad d. tit. Inst. num 9. & seqq.*

Postremo placet addere duas observationes; Prima haec est; Quanquam prius testamentum scriptum sine dubio rumpitur per posterius nuncupatum. *§. 2. Inst. Quib. mod. testam. infirm.* si tamen in posteriore nuncupativo Princeps aut aliquis e potentioribus heres sit dictus, non rumpitur prius, *l. 20. C. de Testam.* Magis ἀπροσδεκτον hoc est, quod Testamentum parentis inter liberos per posterius rumpi non potest, nisi solenniter factum & prius expresse revocatum sit, *Nov. 107. c. 2.* tametsi prius solenne per posterius jure privilegiato factum alioqui rumpatur, *l. 2. h. t. l. h. 36. §. ult. de Testam. mil.*

TIT. IV.

De his, quæ in Testamentis delentur & inducuntur, vel inscribuntur.

I. Philologia verborum. II. Quid juris, si deletio inconsulto sit facta, ad l. 1. §. 1. h. III. Verus ejus sensus. IV. De duobus testamentis uno exemplo factis quæstio. V. Ars super eadem. VI. Quid juris, si posteriore testamento abolito, prius adhuc extet. VII. Duo in hanc rem exempla rei judicatæ.

Sicut voluntate Testatoris expressa, sic etiam reali tacitaque revocantur Testamenta; quod fit delendo, inducendo, *Rubr. h.* cancellando, *l. 2.* inscribendo, concidendo, signave turbando, *l. 22. §. 3. Qui testam. fac.* Delere est *delinere*, unde contracta vox, idque fit stylo, ut videtur, acuto. Inducere, est inversum stylum imprimere scripturæ; quanquam & acuto fieri potest, quod aliter & proprie est *perducere*, *l. 1. fin. pr. h.* Cancellare est per latam scripturam ducere lineas, quasi cancellos. Inscribere, idem, nisi fallor, est, quod *superscribere in l. 1. §. 1. in fin. h.* ubi superscripsit Testator, se adimere quod scriptum. Sueton. *in Nerone sub fin.* de carminibus Neronianis autographis; *Ita*, inquit, *multa & deleta & inducta & superscripta inerant*; Eadem triga verborum, quæ est in hac Rubr. ca. *nihil quod pro inscribuntur*, illa habet *superscrib.* Hæ inscriptiones rursus induci poterant, quæ *sigillationes*, ut puto, vocantur. *in d. l. 1. §. 1. h.* Concidituur etiam quod *incidatur*, *l. ult. tit. praced.* quinimo, si linum, quo ligata sunt tabulæ, incisum sit, testamentum vitiatur, *l. . §. fin. de Bon. Poss. sec. tab.* quod noli putare his diebus habere locum. Suetonius refert, tempore Claudii contra falsarios repertum, ne tabulæ nisi pertusæ ac ter lino per foramina injecto obsignarentur, ut ipsum linum signo contineretur, nec legi testamentum posset, nisi lino inciso ruptisque signis, *l. 28. §. 1. de Liber. leg.* Quod a meri-

* At Jure Saxonum eis jus testamenti non ademtum censeri, supra dixi *P. I p. 38 ob p. 3 C. I. 6.* nisi bona scilicet fisco addicantur, *d. C. §. Eo constitutum* ibique Carpz. *def. 1. seq.* In crimine tamen hæreseos, apostasiæ & veneficii testamenti factionem damnatis denegat Coler. *p. 1. dec. 34. n. 6. seq.* Richter. *dec 57. l. 4. §. 5. C. d. hæret. l. 3. & l. 4. C. de apostat.*

bus

bus noſtris alienum eſſe omnibus conſtat, *invita Claud.*

2. Hæc omnia & ſingula vitiant teſtamentum, ſi conſulto facta ſint a Teſtatore. Si inconſulto evenerint, nihil nocent, *l. 1. § 1. h. d. l. 1. § pen. de b. p. ſec. t.* Proinde ſi Teſtator mente captus tabulas inciderit aut ſcripta deleverit, non ideo minus adiri poteſt hereditas ab his, qui ſcripti ſunt heredes, *l. ult. de Injuſt. rupt. irr. f. teſtam.* modo legi poſſunt; nam quæ legi nequeunt, perinde habentur, ac ſi non eſſent, *l. 1. in pr. h. Legi autem ſic accipiendum, non intelligi, ſed oculis perſpici, quæ ſunt ſcripta; cæterum, ſi extrinſecus intelliguntur, non videbuntur Legi poſſe, § 3. d. l. 1.* Quid hoc, *ſi extrinſecus intelliguntur*, an ea non debentur? *Imo etſi totum teſtamentum* legi non poſſit, imo *etſi non extet, tamen conſtat valere omnia, quæ in eo ſcripta ſunt, § 3. d. l. 1.* Unde niſi extrinſecus intellectum ſit, quod in eo relictum fuerit? non poteſt hoc aliter. Quid eſt igitur illud *extrinſecus*? Gothofredus nihil habet niſi regulam, *Legi poſſe quod oculis perſpici poteſt*, quod ſcire juvet, videlicet. Baſilici diſerte habent contrarium. Sic ajunt; Τότε δ' ἀπαιτεῖται, ὅτε θεωρεῖσθαι καὶ ἀναγινώσκεσθαι δύναται ἢ ἀποδειχθῆναι δυναται, κἂν μὴ ἀναγινώσκωνται. *Tum relicta peti poſſunt, quando perſpici & legi poſſunt, aut quando probari poſſunt, etſi legi nequeant.* Probatio ejus, quod legi non poteſt in teſtamento, *extrinſecus* peti debet; hoc eſt, aliunde quam ex teſtamento. Ita, *Si extrinſecus ſuſpendatur Legatum, non ex ipſo teſtamento, l. 6. D. Quando Dies Leg. ced. Alibi, In cauſa, quæ agebatur, aliquid pronunciatum ſit, an quædam extrinſecus, l. 13. § 7. de His, qui infam.* & paſſim *alibi.* Sed intellectum *extrinſecus* advenientem repudiat Ulpianus in hac *l. 1. § 1.* Baſilici interpretes probant, admittendam eſſe probationem *extrinſecus*, hoc modo, Ἐπειδὴ ἡ διαθήκη εἰ καὶ μὴ φαίνεται, ἐχέτω τὰ ἐν αὐτῇ ἐτέρωθι δεικνύμενα. *Quoniam etſi teſtamentum non extet, in eo relicta valent, ſi aliunde probantur*, quod petitum ex *d. §. 3.* quibus Baſilici oſtendunt non eſſe interpretes ſe κατὰ πόδας, ſed gloſſatores, vel potius emendatores ſuo arbitratu: nam gloſſa debet explicare, non corrigere quod poſitum eſt. Azo in *gl. ad h. t.* τὸ *extrinſecus*, ita exponit; *Alicujus ingenio vel ſubtilitate, non ex ipſa litera, nec ex vi ipſius litera, Sed ex his forte, quæ præcedunt in teſtamento vel quæ ſequuntur.* At hoc non eſt *extrinſecus*, colligere ex ipſo teſtamento, quid in uno ejus loco ſcriptum fuerit.

3. Videamus, an non ita potius; Quæ inconſulto deleta ſunt ante conſummationem teſtamenti, ea ſi legi nequeant, non debentur, *d. l. 1. § 2.* etſi aliunde, velut ex protocollo ſive *minuto*, ex quo teſtator ipſum teſtamentum ſcripſit aut ſcribi juſſit, vel teſtibus probari poſſit, quale id fuerit, quod deletum eſt; quia, ſi voluiſſet hoc valere Teſtator, alio loco reſcripſiſſet, quo non facto, videtur in eo, quod inconſulto factum erat, acquieviſſe. Quare ea, quæ deleta ſunt inconſulto, poſt conſummatum teſtamentum valebunt, ut Baſilici tradunt, nec ipſe non Ulpianus, ſi aliunde probari aut intelligi poſſint, utique ſi certo & explorata: quemadmodum etiam τὸ *inconſulto* ſine dubio conſtare debet: Nam alioqui in dubio præſumendum videtur, ea, quæ delera reperiuntur, a Teſtatore fuiſſe deleta, ſi tabulæ in ipſius manibus fuerint: Nam prout alioqui præſumptiones variant, huic aut illi probatio incumbet, ſecundum ea, quæ de præſumptionibus dicta ſunt *ad tit. de Probat. & Præſumpt. n. 14. ſequ.* De hac etiam poſitione, quæ eſt in *d. l. 1. § 2. Si totum teſtamentum non extet, valere tamen, quæ in eo ſcripta ſunt*, quam difficulter uſum habere poſſit, egimus ad *tit. de Fid. inſtrum. n. 30.* Porro quod vulgo dicitur, utile per inutile non vitiari, nullibi quam heic evidentius uſu venit; quia tantum ea, quæ inducta ſunt, valere deſinunt, reliqua nihilominus debentur; Adeo, ut ſi vel heredis nomen ſit delectum, reliqua tamen ſubſiſtant, ut docet memorabile decretum Cæſaris Antonini in *l. 3 h. t.*

4. Superſunt duæ tresve Quæſtiones. Prima, ſi ex duobus teſtamentis uno tempore unoque tenore compoſitis, ab iisdem teſtibus ſignatis, alterum ſit abolitum, hereditas ab iis, qui in eo, quod ſupereſt, ſcripti ſunt, nihilominus peti poteſt; niſi conſter, hoc animo abolitionem a Teſtatore eſſe factam, ut inteſtatus moreretur, *l. ult. h.* quod ab actoribus probandum, vel potius ab iis, *qui ab inteſtato venire deſiderant*, ut habet textus in *d. l. ult.* & a Thomaſio in *Schol. ad poſit. 3. h. t.* animadverſum eſt Facilius autem præſumetur adimendi animus, ſi peregre abſens aut alias non niſi alterum e duobus exemplis in poteſtate habens, hoc quod habebat, aboleverit. Forte ejusmodi caſu præſumptio erit pro ademptio-

ptione; secus ac in *d. l. ult.* ubi Testator ex pluribus ejusdem exempli tabulis in publico depositas quasdam abstulit atque delevit; cum in iis, quas relinquebat, rem gestam declarari non ignoraret. In quam rem confer sis ea, quæ diximus ad *tit. de Pact. pag. 625.*

5. Quid vero si qua inter duas ejusdem exempli tabulas sit discrepantia, ut accidit in testamento Viri Amplissimi *Guilielmi a Velsen* Quæstoris Frisiæ Generalis, qui testamentum duobus exemplis, utroque authentico fecerat, *d. 5. Septemb. 1679.* inter quæ nullum erat discrimen, nisi quod legatum eidem personæ in uno exemplari relictum erat centum coronatorum nostratium, qui faciunt ducentos florenos, in altero centum imperialium, qui faciunt 250. florenos. Consultus sum, utrumque, an alterutrum & utrum deberetur. Respondi, unum modo legatum deberi, cum ex alterutro duntaxat agi possit, videri autem honoratum agere posse ex utro velit, ideoque centum imperiales deberi, *arg. d. l. ult.* Sed vide *l. 47. de Legat. 2.*

6. Tertia Quæstio est, si testator duo fecerit testamenta diversis temporibus, & posterius abolerit, an prius convalescat? Hac de re textus est in *l. pen. § 2. de Bon. poss. sec. tab.* ubi primo docet JCtus, si post testamentum factum Titius arrogatus, dein sui juris iterum factus *codicillis aut aliis literis eodem testamento se mori velle declaraverit, voluntatem, quæ defecerat, judicio recenti revixisse intelligi*; mox subjicit, *non secus, ac si quis aliud testamentum fecisset ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret.* In quibus verbis est hæc doctrina, quod ad hoc quæsitum attinet: Qui duobus factis testamentis, posterius abolevit, ad prius redire videtur, si hanc mentem suam expresserit, ut prius valeret. Opponitur; *At qui nuda voluntate testamentum prius*, quod ipso jure per posterius fuit sublatum, *non potest restitui*; quod argumentum occupat his verbis; *Nec putaverit quisquam, nuda voluntate constitui testamentum.* Responsio est in sequentibus; *Non enim de jure testamenti maxime quæritur, sed de viribus exceptionis, quæ in hoc judicio, quanquam actori opponatur, ex persona tamen ejus, qui opponit, æstimatur.* Negatur, inquit, nuda voluntate testamentum hac via constitui. Heres primo scriptus agit quidem ex testamento priore. Possessor autem excipit; est aliud testamentum recentius, quo prius fuit sublatum. *Replicat actor*, hæc exceptio nullam habet vim, quia testamentum posterius est abolitum, ut prius valeret. *Duplicatio* rei; Est quidem abolitum, sed non ea mente, ut prius valeret, quod ideo sublatum manet. Hinc oritur κρίσις, unde pendet momentum causæ; *Sine posterius simpliciter abolitum, an ut prius valeret.* De hoc est disputatio, de viribus, inquam, exceptionis, non proprie & directe, an testamentum nuda voluntate constituatur. Quando igitur abolitio posterioris simpliciter est facta, sine tali significatione voluntatis ad valorem prioris, non potest fieri, quin prius sicut est, ita maneat ruptum, quemadmodum & in aliis rebus, quod semel extinctum est, sine nova causa non revivisci, ut in *l. 30. in pr. de S. U. P.* modo tum certa res sit, testamentum posterius jure fuisse factum, quod liquido constare vix potest, nisi tabulæ utcunque cancellatæ aut incisæ adhuc extent atque ob oculos versentur, ut in specie *d. l. pen. § 2.* Proinde, si penitus abolitæ sint tabulæ, difficile est aliud statuere, quam prius testamentum valere; nisi posterius fuerit nuncupatum & testibus præfectum, ut de omni ejus argumento testari queant.

7. Huc spectant duæ decisiones in nostra Curia notabiles, quas heic adjiciam. Cajus & Caja conjuges fecerant testamenta reciproca duo diversa. Caja mortua, posterius repertum est ab illa incisum; prius adhuc integrum sine ulla alia significatione voluntatis ipsius. Curia judicavit, Cajam decessisse intestatam, posteriore testamento abolito, sine ulla confirmatione prioris, quod per aliud jure factum apparebat sublatum. Nauta relator decisionis, in utroque testamento refert idem fuisse, quod mulieri causam rescindendi præbuisset; Verum in ipso processu, quem totum perlegi, nihil ejusmodi commemoratur, nec etiam in relatione examinis, quod in dorso scriptum est, quo maritus super historia incisionis factæ, nobili Curiæ officio, interrogatus fuerat: Ut ab illo singulari facto meritum decisionis nullo modo pendeat, *in causa Nicolai Wiggeri, contra Gerardum Johannis d. 16. Jul. 1658.* Alterum exemplum hoc est; Titius & Titia conjuges Leovardienses cauponaria exercita locupletati, duo reciproca condiderant testamenta, quorum posterius vir ægrotans coram sorore sua, ab uxore reperierat, vocato ad eum actum Tabulario, qui testamentum scripserat, inque ignem conjici jussit, nihil addens de priore Testamento. Mortuo Titio, uxor prius testamentum,

tum, in quo heres erat scripta, protulit ex eoque hereditatem adiit. Sorores ab intestato petentes repulsam tulerunt, ideo, ut videtur, quod posteriore testamento igne consumpto, non constaret, an hoc jure factum fuisset, etsi Notarius artis suæ egregie peritus nihil vitii adfuisse testaretur, hoc tamen adeo pro certo haberi non poterat, ut ideo quod erat ob oculos perfectum, irritum haberetur. Habuisse Testatorem hunc animum, ut prius convalesceret, jactabatur quidem, sed probatum non erat; *In causa Elske ende Rijkjen Simons, contra G. J. S. anno 1682.*

TIT. V.

De Heredibus Instituendis.

I. An testamentum sine heredis institutione valeat. II. De personis heredum remissio & pauca singularia. III. De Hæreticis. IV. Specialiter de Pontificiis & de liberis perduellium. V. Comment. ad Edictum Caroli V. VI. An regula Juris, quod nemo testatus ac intestatus pariter mori possit, hodieque obtineat. VII. Quid juris sit, heredibus ex certis rebus institutis. VIII. An heres ex re certa jus habeat accrescendi. IX. Circa heredem ex usufructu observationes. X. Species l. 13. D. de Liber. & posth. hered. inst. vel exhered. *XI. De Institutione captatoria.*

Basis & fundamentum Testamenti est Heredis institutio, *§ 34. Inst. de Legat.* sine qua testamentum non potest valere, teste Calpurnio Longino Advocato Fisci in *l. 3. ff. de his, quæ in test. del.* Sed *moribus hodiernis valere testamentum, in quo omissa est heredis institutio*, citatis numero multo auctoribus scribit D. Voetius *Comment. ad h. Inst. t. § 4. n. 2.* Quin etiam apud nos invaluit, ejusmodi scripturam instar testamenti sine heredis institutione compositam, in dubio præsumi esse codicillum, ideoque in eo contenta ab herede legitimo esse implenda, licet Testator eam voluntatem appellaverit Testamentum. Quod tantundem est, ac si diceres; Testamentum sine heredis institutione scriptum non esse quidem testamentum, sed tamen valere & effectum habere *indirecte.* Nititur hæc sententia falso fundamento, hoc uno, *quod testamentum large sumpto vocabulo, sub se Codicillos comprehendat.* quod post Auctores a Sandio productos etiam docet D. Schoranus in *exam. ad tit. ff. Qui testam. fac. in pr.* Probant id primo ex definitione testamenti, *quod sit voluntatis nostræ justa sententia, de eo, quod quis post mortem suam fieri velit, in l. 1. d. tit.* Quasi Jurisconsulti in ipsa definitione jus testamenti confundere voluissent cum codicillis, a quo sunt alienissimi, *§. 2. Inst. de Codicill.* Justa sententia significat solennibus legum requisitis conformem, *arg. rubr. & l. 1. ff. de Injust. irr. test.* cujusmodi sensus non convenit Codicillo. Adducit præterea *l. 2. § 1. ff. Quemad. testam. aper. l. 1. § 2. & seqq. ff. de Tab. exhib.* Ex quibus id nequaquam probatur. Absit, ut tamen omnis confusio, Juris antiqui conditoribus adscribatur, quæ si procedat, nullam vim habet hæc regula, *quod heredis institutio sit basis & fundamentum testamenti.* Tamen hic error, ut sæpe fit, jus fecisse videtur, ut aliquoties apud Supremam hujus *quoque* provinciæ Curiam ex ejusmodi ultimis voluntatibus jus dictum sit, quæ testamenta dicebantur in ipsis tabulis & habebant septem testes aliaque testamentis consueta, at sine ulla heredis institutione, semel apud Sandium *l. 4. tit. 1. def. 12.* Rursus mea memoria, in causa *Tjallingi de Camstra in qualit. cum soc. contra Edonem ab Eysinga cum soc.* Tertium, in causa *Rinse Abes cum soc. contra Teye Idses*, etsi ne clausula quidem codicillaris esset adjecta *ante fer. Pasch. 1681.*

2. Quæ præterea ad argumentum hujus Rubricæ pertinent, ad tres articulos ex ejusdem tituli Institut. exegesi notos referuntur. Ad personas, ad res & ad modum instituendi. De personis absolvimus ad Inst. quibus heic addemus has positiones; Error in persona vitiat heredis institutionem, si quis volens Titium instituere, Cajum scripserit, *l. 9. pr. h. t.* Verum si de persona constet, error autem in nomine solo fuerit, nec illud nomen alii personæ conveniat, nominis error non magis vitiabit institutionem quam Legatum, *§ 29. Inst. de Legat.* Quod si ut filium quis scripserit heredem, qui dein non esse filius probatur, institutio nulla est, *l. 3. & l. 4. C. de hered. instit.* Institutio sine nomine valet, modo indubitabili signo heres sit demonstratus & quidem tali, quod non contumeliæ causa sit additum, *l. 9. § 8. h. t.* Et tamen si pater dicat; filius meus *impiissimus male de me meritus*, ea verba non vi-

tiant inſtitutionem, quia monendi cauſa adjecta creduntur, *l. 48. § 1. h. t.* multo minus, ſi dicat Pater, filius meus, aſinus ad lyram, ut eſt apud Gell. *3. noct. Att. C. 16.* Tales enim aſini pecunia maxime egent, quomodo Crates filios, ſi fatui eſſent, inſtituerat, ſi ſaperent, in pios uſus ſua bona diſtribuebat.

3. Porro Hæretici & Apoſtatæ Jure civili non poſſunt etiam heredes inſtitui, ſicut nec facere teſtamenta, *l. 4. § 1. & l. 5. C. de Hæret. l. 3. C. de Apoſtat.* Hæreticorum autem vocabulo continentur, *qui levi argumento a judicio catholicæ religionis & tramite detecti fuerint deviare*, ut Imperatores Gratianus, Valentinianus & Theodoſius definiunt *in l. 2. C. de Hæret. § 1.* Tam rigidi non ſunt mores noſtri, nec in hæreticis definiendis nec in pœnis infligendis. Sane teſtamenti factio activa vel paſſiva religionibus non diſtinguitur, ſingularum utique perſonarum reſpectu; In collegiis ſecus eſt; hæc enim jure perſonarum non fruuntur, niſi permiſſa legibus & recepta publice, *l. 1. & l. 3. & 1. tit. ff. de Colleg. & corp.* Ne quidem pauperibus hæreticorum hereditates aut legata relinqui poſſe, diximus ad *tit. Quod cujusque univerſ. nom. n. 3.* ubi & diſtinctio inter Collegia Religionum prohibita, permiſſa, tolerata; quæ ad hunc locum pro repetitis habenda ſunt. Quid tamen adverſus eos, qui capita Chriſtianis omnibus credita, de Chriſto æterno Deo & Spiritu Sancto, de ſolutione Chriſti pro peccatis mundi ſimiliaque præfracte negant, in contradictorio ſtatuendum foret, non habeo adſeverare. Credo tamen noſtrates in hac ſententia eſſe, Rerum divinarum perſuaſionem nihil commune habere cum acquiſitionibus rerum & uſu commerciorum, quæ ſunt inter vivos & mortis cauſa.

4. Pontificii ſoli, quia minus creduntur amici eſſe præſenti ſtatui Reipubl. & acrius in diſſentientes animantur, & inprimis ne ſuperſtitione ducti ad exteros, quibus fere dedunt animarum cultum, bona transmittant, paulo diligentius circumſcripti ſunt, placito Ordinum *d. 10. Decembris 1655.* quo prohibetur, ne quis teſtamento diſponat in favorem perſonarum ſive marium ſeu feminarum, quæ ulla profeſſione Eccleſiaſtica Pontificiæ religioni devinctæ ſunt; *geeſtelijke, kloppen, nonnen of andere Paus-geſinde geordende perſonen.* Si fiat, diſpoſitio nulla declaratur, decerniturque, bona pertinere ad eos, qui ſecundum jus & mores Friſiæ in cauſa mortis ad ea jus habere deprehendentur, *aen de genen die nae koſtume en rechten van den Lande, by verſterf, daer toe ſoude mogen weſen gerechtigt.* Hinc quæſitum eſt, ſi legata relinquantur ejuſmodi Pontificiis hominibus profeſſis, utrum ea maneant penes heredem ſcriptum, an ad heredes ab inteſtato pertineant. Dixerim, penes heredes ſcriptos remanere; quia ſic jure communi cautum eſt, legata, quæ perſonis palam incapacibus relinquuntur, penes heredem ſcriptum manere, ſi teſtamentum exiſtat; deficiente teſtamento, ad heredem ab inteſtato, *l. 3. in pr. ff. de His, quæ pro non ſcript.* nec enim heres legitimus quicquam juris habet, ubi extat vel ſperatur heres e teſtamento, *l. 39. ff. de Acquir. hered.* Nec obſtant verba, ſuperius poſita, quia non niſi generalia & ad diſpoſitionem juris communis relativa ſunt. Teſtamentaria ſucceſſio non minus juri moribusque Provinciæ conſentanea eſt, quam utique legitima, & verbum, *by verſterf*, pertinet ad caſum mortis teſtatoris, & reſpicit eum, qui tempore mortis habebit jus in hereditatem defuncti. Eodem edicto cautum eſt, ne parentes Pontificii liberos orthodoxos minori ex parte heredes inſtituant, quam quibus plurimum relinquunt, niſi parentes alias graves cauſas Judici probare queant, ſufficientes ad ingratitudinis notam atque pœnam. Non abludit ab hac parte, quod habetur in Græca conſtitutione Juſtiniani an Juſtini, *l. 13. § 1. C. de Hæret. Orthodoxi filii hæreticorum, qui nihil deliquerunt in parentes, illibatum accipiant & indeminutum, quod eis ab inteſtato competit, & adverſus hæc facta ultima voluntas infirmatur &c. Si vero quid deliquerint in parentes, accuſantur & puniuntur.* Imo liberi Pontificiis ordinibus religioſis addicti, heredes a parentibus ſcripti, legali fideicommiſſo quaſi gravati intelliguntur, quo bona proximis ſuis agnatis & cognatis poſt mortem ſuam reſtituere coguntur, verſ. *ende belangende.* Eſt & aliud ſingulare in eodem Edicto. Quæ collegiis Pontificiis ab arcano fideicommiſſo relinquuntur, ea ſecundum jus commune redigenda forent in fiſcum, *citata l. 1. ff. de jur. fiſc.* Ex hac conſtitutione pertinent ad heredes legitimos, quibus fideicommiſſarii iſti prohibiti inventarium exactum, omniaque inſtrumenta, fide jurata tradere debent, ſub pœna quadrupli ejus q od ſuppreſſerint, inter delatorem, pauperes, & fiſcum dividendi, & infamiæ, cum pœna inſuper extraordinaria. Quod etiam ipſis proprio nomine relictum

ctum fuerit, similiter ad heredes ab intestato pertinet cum usuris & fructibus; *vers. om alle andere quaedt &c.*

Præterea inter incapaces personas, jure civili habentur etiam liberi perduellium, quem rigorem utpote rationi æquitatique contrarium, obsoletum esse, vel abrogandum, censet Ant. Matthæus *disp. fin. de succes. n. 15.* Habuimus, quod de personis heredum jure nostro singulare proditum est.

AD EDICTUM CAROLI V.

5. Placet addere cum Lectoris venia, commentariolum ad Caroli Cæsaris V. Edictum de anno 1540. insertum Statutis Frisiæ *lib. 1. tit. 7. art. 6.* & alibi quoque receptum: *Ne liceat minoribus annis 25. donationem facere, vel legatum relinquere rei immobilis, vel quo res immobiles graventur, in perpetuum, vel usufructu tenus, Curatoribus suis, vel Administratoribus, aut Inspectoribus* (bewaerders), *nec eorum liberis aut concubinis. Si quid ejusmodi relictum fuerit, id ipso jure nullum declaratur.* Non prohibetur in hoc Statuto heredis institutio, sed titulus particularis, *gifte by testamenten;* quibus verbis legatum vel donatio mortis causa significatur, § 1. *Inst. de Legat.* Igitur si in hereditate nulla sint immobilia, certum est non prohiberi personas Statuto comprehensas scribi heredes pecuniaque, & omnibus rebus, quæ moventur, frui. Quid si & immobilia in hereditate reperiantur? Si verba Statuti consideres, more loquendi juridico, non possunt de heredis institutione intelligi, quoniam hæc est universalis, *l. 18. in fin. de hered. pet. l. 24. de V. S. & l. 62. de R. J.* Tituli, de quibus Statutum loquitur, sunt mere particulares; *alle giften by testamente, legaten, giften by levende live, oft in gevalle der doodt.* Hæc etsi probabilia sunt, vero tamen propius est, illis prioribus verbis significari quamlibet dispositionem testamentariam, adeoque si quis e personis hac prohibitione comprehensis, heres sit institutus, bona immobilia non obtinebit, nec aliter Sandius *d. dec. 2. 9. 19.* An & mobilia hoc casu? Nihil video, quamobrem illa amittere debeat: nec enim utile per inutile vitiatur, & Testamentum pro parte valere, effectumque habere, in materia Statutorum non est insolitum, ut Sandius docet *lib. 4. tit. 1. def. 7.* saltem per clausulam codicillarem & via fideicommissi, ad evitandam offensionem regulæ, quod nemo simul testatus & intestatus mori queat.

Quæri potest, an sub voce Curatorum contineantur matres, quatenus sunt Legitimæ Curatrices bonorum, quæ liberis competunt. Sandius remittit Lectorem ad Stephanum *decis. 58.* Sed nihil hærendum puto, quin ad matres hæc res non pertineat. Etsi enim plerumque verbum masculum etiam feminas complectatur, heic tamen secus est, quia nomen *Curateurs* utrique sexui non æque convenit, neque vocabulum *Administrateurs;* mulieres enim ad ejusmodi officia non eliguntur, *l. 1. C. Quand. mul. tut. off.* Imo Curatrices vel Administrarices Legitimæ nusquam in Jure dicuntur, sed Tutrices solummodo; nec usquam extat Lex, qua Matribus administratio bonorum, quæ ad liberos puberes spectant, deferatur; sed impuberibus tantum liberis præponuntur, si velint, ita ut ne Tutela quidem publicum munus illarum respectu esse videatur, *l. 2. C. eod. tit.* Moribus quidem administratio tempore pubertatis iis relinquitur, sed non ideo sub Administratorum nomine legitimo continentur. Accedit reputatio causæ, quæ movit legislatorem ad hanc prohibitionem, quæ hæc fuit; quod minores magis metu & reverentia quam libera voluntate in favorem Curatorum suorum disponere videantur; Inter matrem vero liberosque tanta στοργὴ & affectus mutui pietas vertitur, ut sinistræ suspicionis nulla causa relinquatur.

Verbum *bewaerders*, quod sequitur, reddidimus per inspectores; ut sint, quorum institutioni custodiæque juniores commendati fuere, quales sunt Præceptores, Pædagogi atque magistri, inquit Sandius *d. lib. 2. tit. 9. def. 19.* Quid igitur, an quilibet Præceptores atque Magistri adolescentum sub hac prohibitione continentur? Mihi nec verba nec ratio ita ferre videntur. Non verba; quia nomen *Bewaerders Custodum* non significat Præceptores simpliciter, sed eos, qui adolescentes in peculiarem custodiam acceperunt, sive in contubernium, sive in ejusmodi inspectionem, qualis est ea, de qua loquitur Lex Academiæ Franekeranæ XLV; *Professores, quibus commendati erunt juniores, eorum inspiciant mores & sumptus; nec sine autographis horum pecuniam Studiosis mutuantur aliusve huic mutuo fœnorive dato.* Reliqui Professores aut Magistri, qui simpliciter juventuti institutionem impertiuntur, sub nomine *Custodum* non videntur comprehendi, maxime si opera generalis sit, quam pluribus simul impendunt, ut fit. Ratio

quoque non videtur admittere, ut qui nihil aliud faciunt, quam præceptis eloquentiæ sapientiæque juvenes reddere meliores, hac lege notari videantur, quasi heredipetæ & legatorum captatores. Aliter Regulus ad Nicostratum præceptorem scripsit; *quoniam*, inquit, *& cum patre meo semper fuisti meque eloquentia & diligentia tua meliorem reddidisti, dono tibi &c. l. 27. ff. de Donat.* Sandius *in d. defin.* hanc legem vult accipi, de casu, quo jam donatarius Præceptor esse desierat; verum hoc liquet parum. Regulus erat juvenis, ut ait Papinianus, & vox præteriti temporis *reddidisti*, utique etiam de institutione adhuc durante potest intelligi. Plane ejusmodi præceptores, qualis ibi Regulo fuisse scribitur, non videntur in hoc Statuto denotari; sed Pædagogi domestici, duces peregrinationum, Professores, qui Studiosos in contubernium accipiunt, & denique inspectores ejusmodi, quales modo demonstravimus; sub titulo Custodum intelligi videntur.

Additur; *ofte andere heure administrateurs.* Quales illi? num alios potest habere administratores quam Curatores suos? potest primo, si veniam ætatis impetraverit, tunc enim Cura liberatur, & absentiæ causa vel aliter, si velit, res suas alicui administrandas dare potest. Quid ergo, an & is, qui veniam ætatis impetravit, huic constitutioni subjectus erit; nonne, sicut ille in omnibus pro majore habetur, ita etiam heic minorum numero jurique videbitur exemptus? Non videtur. Primo, quia venia ætatis nihil aliud tribuit, quam ut minores patrimonia sua gubernare possint, *l. 3. in pr. C. de bis, qui ven. æt.* quod est διοικεῖν, inter vivos administrare; venia nihil ad testamenti factionem pertinet, quæ inde a pubertate libera fuit. II. In alienatione rerum immobilium venia ætatis non adjuvat adolescentes; heic autem de immobilibus alienandis agitur. III. Statutum nominans alios administratores vel maxime ad eos, qui constituti sunt ab his, qui veniam obtinuerunt, spectare videtur, cum minores plerumque non habeant nisi Curatores. Possunt tamen & alii administratores esse minorum; veluti, cum qui adolescentem fecit heredem & bonorum, quæ reliquit ei, proprium statuit administratorem, qua de re vide Sandium *lib. 1. tit. 9. def. 11.* Sequitur in Statuto, *ofte van hare kinderen:* Quæsitum fuit, an & liberi emancipati hoc loco sub nomine liberorum contineantur. Ratio dubitandi, quod ex donatione facta liberis emancipatis, patri nihil acquiratur, cum filiofamilias facta donatio Patri usumfructum præstet. Ita Cujacius sentit, *consult. 41.* Sed recte Curia nostra censuit, ex eo, quod in Statuto minime expressum est, non licere generalem infringere vim verborum. præsertim cum non deest alia ratio liberis emancipatis, perinde ac suis conveniens, affectus paternus, quo non minus pater emancipatis vult consultum ac filiisfamiliarum: unde par libertati minorum in testando periculum, quo Statutum sine dubio respexit, Sand. *l. 1. tit. 9 def. 20.* An & nepotes sub voce *kinderen* heic loci comprehendentur? non est de nihilo, quod Goddæus ad *l. 8. de V. S. num. 2.* tradit, verba *kinderen & zonen en dochters* ita differre, sicut in jure Latino *liberi* ac *filii filiæque.* Liberi vero comprehendunt nepotes, filii non æque, *§ ult. Inst. Qui testam. tut. l. 129. de V. S.* imo & filii quandoque nepotes continent, *l. 84. l. 201. & l. 220. § ult. de V. S.* secundum hæc sub liberis etiam nepotes intelligendi forent. Et quidem Jure linguaque Romana non minus id obtinet in pœnalibus quam in favorabilibus. Ita SCtum, quo tutor pupillam filio collocare prohibetur, etiam locum habet in nepote, *l. 59. ff. de rit. nupt.* Commissum hereditatis, in quod incidit mater, quæ non petit tutorem liberis, usum etiam habet respectu neporum, *l. 2. § 28. ff. ad Sc. Tertull.* SCtum Macedonianum, quod prohibet filiosfam. ex pecunia mutua obligari, extenditur & ad nepotes, *l. 14. ff. de Sc. Maced.* Curia tamen nostra fuit olim in hac sententia, proprietate vocabulorum, *kinderen*, non significari nepotes *kindeskinderen*, & ideo ad tollendam dubitationem, qui vult etiam nepotes complecti, operam dare debet, ut id verbis exprimat, *l. 4. tit. 5. def. 10.* Adeoque potius est, ut prædicta vox heic ad nepotes extendi non videatur. Quo magis id ita in nostro Statuto accipiendum sit, facit, quod libertas testandi per hanc Constitutionem restringitur, cujus cum maximus favor sit, *l. 1. C. de SS. Eccles.* non videtur faciendum, ut lex, quæ illam coarctat, interpretatione producatur: præter quod hæc Constitutio Juri civili adversa est, quo Curatorem licet heredem instituere, *l 28. § 10. ff. de liberat. leg.* sufficiente adversus vim dolumque Lege, quæ testamentum jubet esse nullum; si quis deceptus vel coactus sit ad testandum, *l. 1. C. si quis aliqu. test.* Proinde, si quid minor Curatori suo reliquerit, id valere videtur.

Unum

Unum mirari licet, quod in fine adjicitur, *ofte heure concubynen*, nulla uxorum mentione facta; contra quas tamen eo major erat ratio, quo sanctior & arctior est affectus Curatoris erga legitimam conjugem, cujus respectu minori facilius erat insidiaturus, quam in gratiam concubinæ; præter quod uxores ipsæ Curatorum, sæpe non minus adolescentes adultasque habent in potestate quam viri. Accedit quod concubinæ in Frisia sunt rarissimæ; scilicet mulieres, quæ domi habentur uxorum instar, sine titulo & dignitate uxorum, quomodo concubinæ finiuntur. Nescio an absurde dixeris, eo tempore, quo lex ista lata est, scilicet anno 1540. adolescentes crebro commendatos fuisse sacerdotibus, qui fere concubinarii erant. Quicquid sit, ut lex scripta est, ita nihil dubitandum, quin prohibitio ad uxores non pertineat. Indignum enim & absurdum foret, sub nomine Concubinarum uxores justas complecti, idque in Constitutione pœnali & derogatoria Juris communis. Ideoque & a Curia probata est heredis institutio, qua minor honoraverat Curatoris sui uxorem. Sand. *l. 2. tit. 8. def. 19.* Est hoc exemplum ejus, quod in legibus interpretandis est servandum, ut tametsi mirum hoc & rationi adversum, quia tamen lex ita scripta est, standum sit verbis legis, *l. 12. § 1 ff. Qui & quib. manum.*

In fine statuti habetur Sanctio; *Sullen wesen nul en van onwaarden.* Pro non scriptis habebuntur; Ideoque fisco non vindicantur, ut fit in his, quæ ut indignis auferuntur, sed manent penes heredem scriptum, vel si nullum sit testamentum, penes heredes ab intestato, *l. 3. in pr. de his, quæ pro non scrip.* Quod si clam personis in hac lege prohibitis aliquid in testamento relinquatur, tum fisco locus foret, secundum *l. 1. ff. de jur. Fisc.* nec id mutatum jure vel more Frisico; tametsi rárius accidat, ut fiscus hoc jus urgeat apud nos. Videatur Sandius *l. 4. tit. 4. def. 5. vers. Et postea.*

Pertinet etiam ad hoc caput, quod antehac ex Ed. Car. V. intelleximus *l. Stat. l. 6. & 7.* si quis filiamfamilias minorem annis 26 duxerit in uxorem, vel si qua nupserit filiofam 25. minori, eum eamve non posse heredem scribi a conjuge, ne quidem si pater post concubitum adhibuerit consensum, secus si ante copulam carnalem ratum habuerit matrimonium, *d. § 7.* Idem quod ad heredis institutionem attinet, constitutum est in eos, qui puellas sub Curatoribus agentes, illis invitis aut ignaris duxerint, vel qui adolescentes Curæ subjectos in matrimonium pellexerint, *§ 22.* idque sine discrimine ætatis: sed ratio vult, ut quod de ætate filiorum filiarumque familiarum antea scriptum est, hic ἀπὸ τοῦ κοινοῦ repetatur & adolescentibus adultisque applicetur; atque ita censuit Curia & in foro servatur, teste Sandio *lib. 2. tit. 1. def. 7.* posteaque sæpius & constanter ita judicatum est. Convenit hoc cum eo, quod jure civili institutum est, propter illicitum matrimonium nihil capi posse ex bonis viri vel uxoris, neque a testamento adiri posse hereditatem aut peti bonorum possessionem, *l. 1. ff. Unde vir & ux. l. 13. l. 14. de His, quæ ut ind. & l. 27. de Usufr. leg.* atque ejusmodi hereditates fisco vindicantur, *exceptis tam viris quam feminis, qui errore non affectato neque ex vili causa deceptis ætatisve lubricæ sunt, l. 4. C. de Incest. nup.* Sand. *lib. 4. tit. 4. def. 5.* Rursus hac de re agendi locus est ad *tit. de His, quæ ut indign.* & vid. *supra de Rit. nupt. n. 7.*

6. Videamus, in articulo de partibus hereditatis, an aliquid singulare superfit. *Primo quidem solennis* distributio assis in duodecim uncias more linguaque nostra non habet usum, sed Testator in tot partes hereditatem dividit, quot ipsi veniunt in mentem; ut alioqui jure civili potest etiam facere, velut in *§. 5. in fin. Inst. de Hered. inst.* Nec tamen ideo non est locus hodie quæstionibus, quæ in *§ 6. 7. 8. Inst. d. tit.* tractantur, scil. quid juris sit, cum testator quasdam partes reliquit vacuas aut ultra assem multiplicavit. Quid enim si quatuor scripserit heredes e parte tertia singulos, vel tres e quartis; Quid si insuper aliquem sine parte scripserit, nonne juris idem erit, quod *in dd. § §.* a Justiniano exponitur? Is regulam ponit fundamentalem, quod nemo pro parte testatus & ex parte intestatus decedere possit, nisi miles, cujus sola voluntas in testando spectatur, *§ 5. Inst. h. tit. l. 7. ff. de R. J.* Reliqui cives legibus obligati sunt, quibus ita constitutum, heredis institutionem esse titulum universalem heredemque repræsentare defunctum, ita ut pro una eademque persona habeantur, non posse pro parte heredem scribi; debere testatorem ita inducere in animum, ut vel de omnibus suis bonis disponat, vel omnia legis ordini relinquat; & hæc sententia in foro Romano sic invaluit, ut in naturam disciplinæ verterit, earumque rerum naturaliter inter se pugna credatur esse, *testatus & intestatus*, ut ait Pomponius *in d. l. 7.* Adversus hæc

Græne-

Grœnewegius ad §. 9. *Inst. h. t. generali consuetudine passim receptum* ait esse, *ut unicuique testato partim & intestato decedere liceat*, idque multa auctoritate scriptorum variarum gentium confirmat; quibus ita videtur, subtilitates juris Romani, quæ nullum aliud æquitatis fundamentum, nisi quod ita veteribus placuit, habent, moribus hodiernis negligi. At sæpe dictum & approbatum est, in quibus gentibus receptum est jus Romanum, in illis quælibet ejus capita certa & indubitata neque rationi contraria, vel Statutis abrogata valere servarique: & inter ea numerandam esse hanc regulam nullus dubito: non dubitat etiam Herbajus noster, qui de *rebus usus quotidiani* scribens, eam positionem pro fundamento totius disputationis, quam habet in *cap. ult.* tradit & usurpat. Hinc nihil ambigendum, si quis duos heredes e triente scripserit, quin idem sit, ac si duos e semisse scripsisset, vel si unum e semisse, alterum e quadrante, perinde est, ac si primum e besse, alterum e triente faciset heredem, juxta doctrinam §. 7. *Inst. h. t.* ex quo sic ait Herbajus, in *d. cap. Si qua pars assi desit, ea omnibus heredibus pro portionibus hereditariis accrescit.* Nec audiemus ideo D. Voetium adfirmantem in *comment. ad d. t.* moribus hodiernis cessare jus accrescendi, ut reliqua bona pertineant ad heredes ab intestato.

7. Ex eadem ratione sequitur, eum, qui solus, (secus si cum alio, ut dictum ad *Inst. h. t.*) ex rebus certis heres institutus est, detracta rei certæ mentione, heredem ex asse videri, perinde ac si rerum mentio facta non esset, §3. *Inst. Quib. mod. testam. infirm. l. 1. § 4. l 9. § 13. & l. 10. ff. de Hered. instit.* Sicut etiam, si quis plures e diversis partibus etsi inæqualibus scripserit, perinde erit, quasi sine partibus scripti fuerint, *d. l. 9. § 13. l. 10. & l. 11. h. t.* tradente rem hanc ut quotidianam, hoc est, moribus etiam nostris usitatam Herbajo *d. cap. ult.* Quod si Testator diserris verbis prohibuerit, ne scriptus heres plus quam partes aut res expressas haberet, doctrina juris Romani vult, nihilominus ei res accrescere cunctas, per *l. 55. ff. de Legat. 1.* Attamen difficile dictu est, tantum rigorem seculo nostro ferri posse, ideoque tanquam ex argumento juris Romani concedendum credimus in sententiam Viglii nostri *ad d. § 5.* cui Bachovius etiam subtilissimus *ibid.* adsentitur, & est hæc, alibi quoque dicta; scriptum quidem heredem vi juris ex asse heredem fieri, sed respectu voluntatis testatoris, cum cogi ad restituendam partem iis, in quorum gratiam testator eum parte designata contentum esse præcepit, qui sunt heredes ab intestato. *arg l. 69. in pr. ff. de legat. 2.* Hoc temperamentum minus dubii habet, si testamento adjecta sit clausula codicillaris; utpote, cujus hæc vis intelligitur esse, ut heredem scriptum quasi fideicommisso onerare videatur, ad implendam voluntatem, quæ directe per leges effectum habere non poterat, ut infra & Sand. *lib. 4. tit. 2. def. 2.* Sed an vi hujus clausulæ non retinebitur heres scriptus ex re vel parte certa reliquam hereditatem semper & indistincte proximis cognatis restituere? Non videtur, nisi appareat, Testatorem enixe voluisse, ne scriptus heres plus quam testamento dictum est, obineret; nam alioqui cum heredis institutioni certæ partis aut rei mentio adjecta est, censeri potest negligenter & abundanter adjectum, nec aliter velle testatorem, quam quod jus commune dictat. Etenim jus accrescendi nititur etiam tacita voluntate defuncti, qui partes vacantes creditur potius voluisse delatas heredi scripto, quem nominavit, quam iis, quos nulla mentione in supremis tabulis honoravit, ut apparet e doctrina juris accrescendi, quæ traditur in *l. un. C. de Caduc. toll.* Plane, si dixerit, se reliqua bona legitimis heredibus suis relinquere velle, tamesi non usus sit titulo institutionis, non est tamen dubium, quin illis jure debeantur, quoniam recentiori jure qualiacunque verba, testatoris animum satis explicantia sufficiunt ad effectum heredis institutionis *l. 5. C. de hered. instit.* Quod etiam diximus, rei certæ mentionem videri posse ex abundanti adjectam, non habet locum, si testator accurate sollicitequè res certas enumeraverit; sicut factum erat in testamento *Friderici de Vervou*, super quo ante aliquot annos disputatum est inter Viros Nobilissimos *Bernardum a Coenders & Heronem ab Ockinga*, Supremæ Curiæ Ex-Senatorem & Ex-Curatorem Academiæ. In qua causa visum Curiæ Supremæ, non posse heredem plus capere quam ei adsignatum erat; forte quod specialis & accurata rerum enumeratio expressæ prohibitionis loco habenda videretur. Decisioni, quod eadem de re pridem consultus eram, non interfui, ut de ratione decretoria nihil adfirmare liceat, nedum ut inde colligendum sit, displicuisse prædictam Juris regulam fundamentalem.

8. Quando juxta heredem ex rebus certis, coheres simpliciter vel ex parte aliis est scriptus, cum, qui ex rebus institutus est, quasi legatarium, nihil

nihil quam res adsignatas capere, dictum alias & notum est ex *l. 13. C. de Hered. Instit.* Quod si coheres deficiat; cum ipsum institutio fecerit heredem, jus accrescendi non potest ei negari, *ut Dd. cõmunt.* teste Bachovio *vol. 2. ad Treutl. Disp. 12. th. 1. tit. A. & comm. ad § 5. I. de Hered. inst. n. 11.* Wissenbach. *ad h. t. th. 8.* Verum quid si res certæ, ex quibus institutus est, non sint in ejus commercio, ut illas capere non potuerit, adeoque nullum heredis effectum habuerit, an tunc etiam deficiente coherede, heres ex ejusmodi rebus certis scriptus, jure accrescendi deficientis portione gaudebit? Ratio in hoc vertitur, an heres ex re certa scriptus, si rem illam capere non possit, heres esse desinat. Quod negandum videtur. Et enim Hereditas etiam sine ullo corpore juris intellectum habet, *l. 50. de Hered. pet.* Ac ita notabiliter judicatum in Curia nostra Suprema, facti specie tali; *Christina Lanting* heredem sibi scripserat sororem *Berechtiam* ex bonis in Transisulania sitis, ubi res soli non possunt exteris testamento relinqui, ut in ea lite supponitur. Ideo qualitas heredis nullum in ea corpus habebat. Cohæres, qui reliqua bona testamento acceperat, defecit, ante Testatricem mortuus. Proinde Berechtia totam ejus portionem jure accrescendi tanquam heres e testamento occupaverat. Hanc ab illa heredes legitimi petebant; Sed repulsam tulerunt, arbitrata Curia jus accrescendi habere locum, *d. 3. Febr. 1643. Φιλονομικῶς.* De eo, quod obstat, videbimus *ad tit. de Acquir. hered.*

9. Quod juris est in institutione ex rebus certis, id etiam obtinet in usufructu. Qui solus, heres scriptus est ex usufructu, is habet totam hereditatem, *d. l. 9. § 13.* juncta *l. 74. h. t.* Mantic. *4. conject. ult. volunt. tit. 5. art. 1.* Fachin. *4. controv. c. 17.* Wissenb. *h. t. th. 13.* Nec hoc ab usu Fori remotum, quicquid Juris censores contradicant. In Curia nostra sic judicatum, in causa *Titiæ Thomæ uxoris D. Suffridi Sackma, Prætoris in Dantumadeel, contra Regnerum & Simonem Gerhardos.* Pater Titiæ heredem illam scripserat ex usufructu omnium bonorum suorum, administratione penes Regnerum & Simonem mansura, post mortem ejus vocabantur proximi ad tertium usque gradum cum prohibita alienatione. Titia est declarata heres ex asse, manente tamen fideicommisso & administratione, præter Legitimam & Trebellianicam, quæ statim liberæ præstari sunt jussæ. *d. 16. Jul. 1640.* Hæc decisio continet aliam Quæstionem, quid juris sit, quando heres ex solo usufructu institutus, & post mortem ejus, alius heres scriptus est. Trifariam hoc sentire interpretes, refert D. Wissenbach. *ad h. t. th. 13. σκεπτικῶς.* Nobis verior videtur quarta sententia, heredem ex usufructu statim heredem esse, cum onere fideicommissi pro altero, si is supervixerit; si moriatur ante heredem ex usufructu, hic in solidum heres erit, ratione mox reddenda.

SCHOLIUM.

Dissent. Wissenb. d. l. *Mihi videtur distinguendum, an alius ille in eodem testamento fuerit heres scriptus, an vero in posteriore testamento. Isto casu facio cum Wissenbachio Molinæum secuto; adjectum usufructuario solum esse heredem adeoque hereditatem transmittere, etiamsi non supervivat post mortem fructuarii. Hoc vero casu sentio cum autore,* argumento § 3. Instit. Quibus mod. test. infirm.

RESPONSIONI sequentia servient, ex quibus distinctio *D. Thomasii* corruet. Est hæc usus frequentissimi species. Nobis alia non videtur esse ratio ususfructus, quam rei certæ, ex qua heres aliquis institutus sit. Qui autem ex re certa solus heres est institutus, ille fit heres ex asse, ut modo demonstratum est; nisi heres rei certæ habeat coheredem, *l. 13. C. h. t.* Sed qui post mortem heredis vocatur, is est substitutus vulgaris, aut fideicommissarius, *l. 64. de legat. 2. & l. 14. C. de fideicomm.* Proinde non fit heres, nisi alter non fiat, aut desinat esse heres, nec prius habet jus heredis, ut de omnibus substitutis constat. Wissenbachius Molinæum secutus, & Thomasius, eum, qui post mortem prioris heredis vocatur, appellant *adjectum*, suo arbitratu: cum qui post alium vocatur, sit verissime *substitutus.* In hoc adeo, nisi fallor, cardo hujus rei vertitur, substitutus sit, qui post mortem vocatur, an coheres. Tertium non datur; Adjectus ille, si est alius ab his duobus, est commentitius. Atqui substitutum esse, tam clarum est, quam quod heres ex usufructu est heres, & qui post mortem ejus vocatur, non est simul cum illo heres. Rectissime igitur in prædicta specie Curia nostra, nec aliud in consulendo judicandoque sequendum videtur. Effectus rei in duobus maxime consistit, in detractione Trebellianicæ, quam haberet in illa specie heres ex usufructu, ut gravatus fideicommisso consideratus; & in jure transmissionis, si moriatur ante heredem ex usufructu.

N. ADDIT.

Acceptamus, eum, qui in usufructu est institutus, conc.rrere cum eo, qui in re certa est institutus, si nempe solus sit. Quod si ita dictum sit: Titius heres esto quoad usumfructum. Post mortem Titii Cajus heres esto *idem est ac si Testator dixisset: Titius & Cajus heredes sunto, Titius quoad usumfructum, Cajus quoad proprietatem. Imo si & hic comparare velis Titium in usufructu institutum, cum herede in re certa instituto, conjat tamen ex l. 13. C. h. t. quod si heres in re certa institutus habeat coheredem, habeatur pro legatario. Idem & hic de Titio dicendum.* II. *Eum, qui post mortem heredis vocatur, concedimus esse fideicommissarium, si heres proprietatem rei hereditariæ habeat. At si ususfructus ei relinquatur, conjectura alio ducit. Unde saltem contradictionem suam repetit & constantiam pristinæ opinionis testatur Autor, dum dicit:* substitutum esse, (*illum quem adjectum dicunt,*) tam clarum est, quam quod heres ex usufructu est heres, & qui post mortem ejus vocatur, non est. *Mihi cum & Wissenbachio contrarium potius ubique clarum videtur.*

Hæc aliter se habere dixerim, si testator usumfructum leget, aut generali verbo *relinquat* alicui: post mortem autem, scribat alium heredem. Nam etsi, ut dictum *alias*, vocabulum *relinquere*, adscribere, *maken* vernacule, atque heredis institutio; usu hominum quandoque promiscue accipiantur, quando tamen de formula seu discrimine legandi & heredem instituendi quæritur, nullomodo confundi possunt. Sed tum qui heredes instituuntur, ubi alii non extant heredes: statim sunt heredes, ne offendatur regula legis 7. *de R. J.* In sermone vernaculo tentavimus aliquid esse discriminis, utrum heres instituatur ex usufructu, an ad vitam, *part. 1. Jurispr. hodiern. lib. 2. cap. 16. n. 2.* quod heic non prosequemur, nisi quod verba *ad vitam* heres, aliis post mortem vocatis, magis exprimunt fideicommissariam substitutionem, quatenus in vulgi usu nihil frequentius est, quam verba *ad vitam* adhibere fideicommissariis, æque ac fructuariis. Attamen apud Nautam nostrum sic judicatum reperio, cum uxor heres *ad vitam* instituta esset, atque post ejus mortem alius heres scriptus, non dari primo heredi detractionem Trebellianicæ, semel in *causa Agathæ a Velsen, contra Scipionem Bokema. d. 15. Jul. 1636.* etsi addat relator judicati Nauta, inter partes super Trebellianica fuisse transactum. Rursus in *causa Ids Feckes cum sec. contra Breuterik Rinses ut Curatorem &c.* quamvis in hac specie uxori ad vitam institutæ, data fuisset potestas alienandi; quo casu res minus dubii habere videbatur, quia cum potestas alienandi addita est usufructui, quamlibet legato, et transformatio ususfructus in proprietatem cum onere fideicommissi, ut probavimus *ad tit. de usuf. n. 8. pag. 785. part. præced.* ac ita in terminis a Curia nostra judicatum est, apud Sandium *lib. 5. tit. 3. def. 4.* scilicet, *Usufructuarium, cui data est potestas alienandi & bona minuendi, alio post mortem ejus scripto herede, esse habendum pro herede fideicommisso gravato.* Hunc in istis exemplis Nauta non negat fuisse Curiæ sententiam. Proinde quod Trebellianicam ait esse negatam, factum ideo fortasse, quod per fructus pridem consumpta fuerat. Atque hæc auctoritas, juncta priori exemplo judicati pro *Titia Tiome*, quæ fuerit olim Curiæ nostræ sententia, satis demonstrat. Paulo aliter Peckius *5. de Testam. conjug. c. 18. n. 2.* Mantic. *4. conject. 5. art. 5. n. 9.* Gail. *2. obs. 143. n. 5.* Wissenb. *loco citato.*

II. Postremo ad articulum de rebus, pertinet casus *Legis 13. de Liber. & posth. hered. inst. vel exhered.* quem vide sis in textu. Sed adde temperamentum ex *l. 32. C. de Inoff. testam.* Scilicet, ne unquam filia minus habeat Legitima.

SCHOLIUM.

Ex mente igitur JCti d. l. 13. *Filia debet accipere septimam partem, v. g. si hereditas constat in 1200. thaleris, tunc ad filiam spectabunt 171. Ex temperamento vero* d. l. 32. *accipiet sextam partem, 200. thaleros, cui igitur summa ista excedens detrahenda est? an filio? an uxori? an utrique pro rata? Puto utrique.*

Sequitur modus instituendi heredes, de quo actum ad *Instit. h. t.* & agetur *inferius ad tit. de Condit. Institut.* Præterea ad modum instituendi pertinet captatoria institutio, quæ est, cum quis scribit heredem, ut ipse vicissim scribatur,* quomodo accipienda *l. 70. h. t.* ex qua patet, in *l. præced.* non tradi definitionem captatoriæ, quod sit ea, quæ in alienam voluntatem confertur; nam hæc alio nomine prohibita est, *l. 32. h. t.* Sed

* Vera captatoriæ institutionis formula, videtur extare in *l. 1. ff. de his qui pro non scriptis habentur:* Qui ex parte me Titium Heredem scriptum in tabulis suis reciraverit, ex ea parte heres esto, de qua plurimus vide III. Thomasium *in dissert. de captatoriis Institutionibus.* Halæ 1696.

mens

mens est, captatoriam non esse, quæ ex honesta & reciproca affectione fit, verum quæ dirigitur ad aucupandam successionem ejus, de cujus voluntate nobis non constat. adde Wissenb. *disp. ff. 56. th. 16.* Denique in arbitrium alterius collata institutio, nullius momenti est, *l. 32. h.* Quamquam heres sub conditione, quæ ab alterius arbitrio pendet, recte instituitur, *l. 63. & l. 102. de C. & D.*

TIT. VI.

De Vulgari & Pupillari Substitutione.

I. Remissio, & quæstio, an casus unus trahatur ad alterum. II. Quatenus heredum parentes per substitutos excludantur. III. Casus, quo heres institutus excludit substitutum, discutitur. IV. Casus secundus. V. Casus tertius refellitur. VI. Quartus casus disp. & quintus remissive. VII. Non recte ponunt requisitum substitutionis Pup. Additamen hereditatis. VIII. Subst. vulgarem non tollere suitatem. IX. Esse, qui substitutiones vulgares & pupillares scribunt usu esse abolitas. X. Contrarium demonstratur a forma. XI. Ab effectu. XII. Differentia effectus inter vulgarem & fideicommissariam, exemplo demonstratur. XIII. Minorem tamen usum esse pupillaris substitutionis. XIV. An detur quintum genus substitutionis, a vulgari, pupillari, exemplari, fideicommissaria distinctum. XV. Conclusio.

De utraque substitutionis specie actum est ad *tit. Inst. de Substitut. vulg.* & *ad tit. de pupill. subst.* ubi, lis, vide. Sub forma vulgaris substitutionis, *si heres non erit*, monuimus, tres comprehendi casus; si primus heres ante testatorem moriatur, si postea nolit, vel non possit, *tit. I. de vulg. subst. n. 5.* Quando testator formula communi usus est, *si heres non erit*, substitutus admittitur, quicunque de tribus illis casibus extiterit. Sed cum Testator unum eorum casuum expressit, ut *si primus heres nolit*, & dein mortuus sit, antequàm *posset*, substitutio evanescit, ut videtur, quia casus isti realiter discrepant, *arg. l. 10. de lib. & post. hered. inst. vel exhered.* ubi: *si alteruter casus omissus fuerit, eo casu qui omissus sit, natus rumpit testam. L. 101. pr. de C. & D.* verb. *Si ei Procula defuncti filia nubere noluisset: Quare cum ea prius quam viripotens fieret, vita decesserit, conditionem extitisse non videri. l. 21. h. t.* ubi *in fine:* Non enim videtur *in hunc casum substitutus.* Adde *l. ult. C. de Instit. & subst. l. 22. in pr. Solut. matrim.* In quibus locis, non quidem eædem factorum species referuntur, ut Struvius *hic n. 15.* argumentatur, sed omnes in hoc conspirant, casum unum non esse producendum ad alium, verbis sensuque diversum, ut hoc fieret manifesto. vid. Treutl. *vol. 2. disp. n. th. 6.* ibidem Bachov.

SCHOLIUM.

Mihi videtur contrarium cum Struvio h. t. th. 13. & Eckolt. th. 7. *Consentientes Autori vide ap. Schutz.* in comp. h. t. p. 380.

RESPONSIO.

Apud Struvium citantur in contrarium Lex 3. h. t. l. 22. ad Sc. Trebell. l. 16. Sol. matrim. *Prima nihil habet, nisi forte contrarium. Erit igitur lex* IV. *ubi celebris illa productio casus pupillaris ad vulgarem, & vulgaris ad pupillarem, de qua nos egimus ad* tit. I. de Substit. pupill. n. 3. *Dabimusque Struvio quod postulat, si parem textum & sanctionem pro extensione casus, si non* possit, *ad casum, si nolit, & vice versa, proferre queat: per constitutionem expressum fieri posse tales productiones, intelligimus. Interpretum eas esse, negamus.* Lex 22. & lex 16. *tam parum ad rem faciunt, ut fere in his quoque suspicer mendas. Unica sententiæ oppositæ ratio est, quod utraque substitutio, si nolit, si non possit, in eum finem fiat, ut defunctus habeat substitutum, si primus heres non sit, qui finis est communis utrique casui controverso. Sed respondetur, illum finem recipere divisionem in voluntate Testantium, juxta diversos eventus. Si finem illum generalem simpliciter respexisset testator, verbis generalibus usus esset, si heres non erit. Quando autem specialibus usus est, his generalem addere sensum, non est, inquam, interpretis. Tertia Struvii ratio nihil concludit.* Casus, *inquit*, si heres esse noluerit, opponitur illi, si heres esse voluerit: non vero intelligitur voluntas nuda, sed efficax: Illius vero voluntas, qui non potest esse heres, plane est nulla. *Sufficit hoc, ut is cujus nulla fuit voluntas, dicatur non impleße conditionem,* si noluerit. *Plane si verba sensumque verborum intueamur, sunt hæ conditiones diversæ, quas sine Lege speciali, quæ deficit, non licet facere promiscuas.*

N. ADDIT.

Ratio ſententiæ noſtræ hæc eſt. Teſtamenta ſunt explicanda ex mente Teſtatoris. Concedit Autor, conditionem, ſi heres non erit, comprehendere caſum utrumque: Si heres eſſe nolit, aut ſi heres eſſe non poſſit. Ratio, quia teſtator, dum alium primo ſubſtituit, primum magis diligit quam ſubſtitutum, adeoque haud dubie vult ſubſtitutum in utrumque caſum admitti. Jam igitur eſt quæſtio, ſi teſtator dixerit: Titius ſi heres eſſe nolit, aut altera formula, ſi heres eſſe nequeat, Cajus heres eſto, an teſtator ſubſtitutionem voluerit ſaltem ad unum caſum reſtringere? Non videtur, niſi aliæ conjecturæ aliud ſuadeant. Nam certum eſt & hic, teſtatorem magis dilexiſſe inſtitutum, quam ſubſtitutum, ſed ſubſtitutum tamen magis quam heredes ab inteſtato. Et qui vult adeo ſubſtitutum eſſe heredem, ſi inſtitutus eſſe nolit, is non præſumitur heredes ab inteſtato amare cœpiſſe præ ſubſtituto, ſi inſtitutus heres eſſe non poſſit; aut vice verſa. Quid enim hæ conditiones facerent ad excitandum amorem erga heredes ab inteſtato, aut ad extinguendum amorem erga ſubſtitutum? Sed cur tamen, inquies, teſtator unum ſaltem caſum expreſſit? Haud dubie, quia alterum caſum non extiturum putavit, v. g. Senex Juvenem inſtituit, cujus mortem ante ſuam mortem extituram non opinatur, multo minus cauſas metuendi habet, eum deportatum iri. Hoc intuitu ergo ſaltem dicit: Si heres eſſe nolit. Certum autem eſt hoc caſu, ſi amicus eum tempore conditi teſtamenti admoniſſet: Quid ſi vero Titius heres eſſe non poſſit; eum non fuiſſe reſponſurum, tum volo, ut heredes ab inteſtato ſint, ſed ſe tum multo magis velle ſubſtitutum ſuccedere. Similiter, ſi quis hominem ætate magis provectum, de cujus amicitia nullum habet dubium, heredem inſtituat, aut ſi etiam tempore teſtamenti conditi teſtator ſit homo dives, qui non habeat cauſam timendi, quod quis heres ejus eſſe nolit, & heredi primo ſubſtituat appoſita conditione, ſi heres eſſe non poſſit, iterum haud dubie non reſponderet quærenti, quid vellet, ſi heres primus heres eſſe nolit: volo, ut tum heredes ab inteſtato ſuccedant, ſed volo & tum, ut heres ſubſtitutus hereditatem habeat. Quare cum ſententia hæc ex rei natura & voluntate teſtatoris deſcendat, non opus eſt, ut ullo textu corroboretur, ſufficit, quod Autoris opinio contraria non extet in textibus. Nam argumenta, quæ pro ſe ex aliis legibus adduxit, ubi haud dubie in aliis caſibus & conditionibus, conditio voluntatis & impotentiæ jure ſuo pro diverſis habentur, nihil concludunt, cum in iſtis caſibus plane ſint diverſæ a præſenti quæſtione rationes. Interim graviter pro noſtra ſententia facit argumentum l. 4. h. t. Nam ſi Imperatores in caſu ſubſtitutionis vulgaris & pupillaris, (ubi tamen de voluntate teſtatoris ob duplicitatem teſtamenti in pupillari ſubſtitutione, & alias cauſas, non contemnendæ ſuberant dubitandi rationes,) voluerunt, ut una alteram comprehendat, quis jam dubitet, quod in vulgari caſus unus expreſſus, non contineat tacite alterum caſum omiſſum, præprimis cum de eo caſu nemo dubitaverit, nec ob evidentiam rei hactenus expoſitam dubitare potuerit, ut adeo non opus fuerit deciſione Imperatoria in negotio aperto? Hinc cadit Autoris poſtulatum, quod pro ſententia noſtra debeamus afferre conſtitutionem, cum interpretes talia definire nequeant. Cur enim interpretes non definirent quæſtionem, cujus definitio pendet a conjectura moraliter certa de voluntate defuncti? Imo etiamſi quæſtio fuerit valde dubia, cur Interpretum definitio non idem valeret, ſi rationabilis ſit, quam interpretatio principis, (utique apud JCtum rationalem?) Nam ſi ad omnia dubia JCtorum & diſſenſiones ſemper neceſſe fuiſſet, accedere conſtitutiones Imperatorias, fere tota Pandectæ nullius eſſent uſus.

2. In utrisque ſubſtitutis habet etiam locum regula, quod ſucceſſio legitima ceſſet, quamdiu teſtamentaria ſperatur; *l. 70. de Acquir. hered.* Unde ſequitur, matrem heredis inſtituti a ſubſtituto excludi; quod etiam obtinet in pupillari, ne legitima quidem excepta, *l. 8. §. 5. de Inoff. teſt.* reſpectu matris ſcilicet, qua de re ſcripſimus ad *tit. de Inoff. teſtam. n. 7.* idque etiam in tacita pupillari juris eſſe, probat D. Wiſſenb. *th. 28. b.* Contrarium tamen jure Saxonico receptum eſſe monet Thomaſius in *ſchol. ad poſit. 4. b.* Pater quoque heredis inſtituti, cedit ſubſtituto, per *d. l. 70. & l. 39. eod.* niſi filius repudiet hereditatem delatam, quo caſu pater quaſi ex teſtamento immediate vocatur, *l. ult. §. 1. C. de bon. quæ lib.* ubi non modo filius, ſed etiam, nolente eo, Pater, in cujus poteſtate eſt, jus ſuccedendi habet. Verba, *Si heres non erit*, in eo quidem ait Imp. *§ ult. Inſt. de vulg. ſubſt. quem alieno juri ſubjectum eſſe teſtator ſcit*, ſic accipiuntur; Si nec ipſe heres erit, neque alium heredem effecerit, Patrem ſcilicet, ſi filius fam. inſtitutus ſit. (†) Unde probatur, quod Pater, quando acquirit hereditatem, vi inſtitutionis a Teſtatore factæ eam acquirat, ac

ita

ita non modo legis, sed testamenti quoque sententia fretus est. Dissent. D. Wissenbach. aliique ab eo citati, *parte 1. Pand. disp. 56. th. 17.*

SCHOLIUM.

Momentum controversiæ in eo consistit, an d. l. ult. *extendenda sit ad casum, quo Filius substitutum habuit? Negat Wissenb.* d. l. *non improbabiliter.* Conf. Struv. & Eckolt. dd. ll.

(†) *Supple: & adierit. Wissenb.* d. l. *Quo pacto Autoris, quod statim sequitur,* UNDE *&c. evanescit.*

RESPONSIO.

Illud supplementum huic usu non venit, quia non quæritur de eventu additionis, sed de voluntate testatoris; quem is vocasse censeatur. Quando vocavit filiumfam. cujus pater in casu repudiationis jus filii habet, eundem, si filius repudiet, vocasse videtur. Ac ita ratio oppositæ opinionis, quod pater ex lege, substitutus e Testamento veniat, convellitur, Nostrum autem Unde &c. confistit.

N. ADDIT.

Me vero ista non persuadent. Credo, quod illud supplementum Autori usu non veniat, quia evertit ejus intentionem. Et si omittatur istud supplementum, quod tamen d. § ult. Instit. *supponit, tum Autor probat idem per idem, quia tum æque in quæstione est, an filius institutus, patrem heredem faciat, si non adierit, vi patriæ potestatis, de qua* § ult. *iterum intelligendus,) ac in quæstione est, an* d. l. ult. *extendenda sit ad casum, quo filius substitutum habeat. Reliqua Autoris omnia petunt principium.*

3. Sunt & alii casus, quibus heres instituti potior est substituto; quoties scil. hereditas non adita transmittitur in heredem, modo tum primus heres testatori superstes fuerit, cum alioqui non possit fieri transmissio. Talis casus videtur; Quando Pater suo heredi vulgariter substituit; Nam hoc ipsa, quod filiusfam. superstes fuit, patri heres est factus, *l. 14. de Suis & legit. hered. & l. u. de Liber. & post. hered.* utique si non abstinuerit. Quippe substitutio vulgaris non tollit suitatem, ut mox intelligemus, etsi vulgo aliter Dd. Ad objecta respondet Struvius *h. tit. n. 17.* Sed alius mihi scrupulus sedet; Quando Pater substituit filio pupillariter, si tum hic post patrem quocunque tempore moriatur, substitutus haud dubie, excluso herede legitimo filii, venit. Sed vulgaris expressa continet pupillarem tacitam, & hujus vim ac potestatem habet, *l. 4. h.* Ergo filius f. cui vulgo substitutum est, post patrem mortuus non transmittit hereditatem in legitimos heredes, quia vi tacitæ pupillaris etiam vocatus intelligitur in casum, *si heres erit, sed ante pubertatem morietur, d. l. 4.* juncto *pr. Inst. de Pupill. subst.* Si hæc ratio valet, ut mihi videtur, casus hujus thesios referendus est ad liberos non suos, qui jure novo jus immediatum transmittendi habent, ex *l. un. C. de his, qui ante apert. tab. l. u. C. de suis & legit. hered. l. un. §5. & 13. C. de Caduc. toll.* Hi non sunt capaces substitutionis pupillaris, quæ patriam potestatem supponit, ideoque nec regula, quod vulgaris expressa tacitam pupillarem contineat, ad illos pertinet.

4. Alius casus est in *l. 84. de Acquir. hered.* (†) ubi filiusfam. non potuit adire, quam diu venter præteritus non est editus; Nam si interea moriatur, heres ejus substituto præfertur, ideo, quod hereditas necdum delata fuit; at primo herede mortuo, ad secundum institutio propagata fuit, *d. l. 84.*

SCHOLIUM.

(†) *In quo Wissenbach. etiam heredem instituti substituto præferri asserit, quod Autor hic quidem probat, sed alium a priori casu hic contineri statuit, quod agnoscimus. Cæterum, ut Wissenbachius ab hoc ad priorem casum non argumentatur, ita differentia, quæ est inter hos duos casus, tanta haud est, ut identitatem decisionis labefactet.*

RESPONSIO.

Nulla discrepandi a Wissenbachio hac parte causa vel animus fuit, secus ac in seq. exemplo.

N. ADDIT.

Bene est, si Autor hic a Wissenb. non dissentit, quod putandi tamen causam habebam, quod in positionibus præcedebat casus, quem jam tractat autor in n. 5. ubi a Wissenbachio utique dissentit, & eum in positione 9. *respondere voluisset ad rationes Wissenbachii, tum incipiebat positio 10.* Rursum aliud est in casu l. 84. de acquir. hered. *Per hoc* rursum *seductus sum, ut crederem, adhuc eum velle continuare responsiones contra Wissenbachium.*

5. Idem juris esse, tradunt Wissenbachius ad *d. tit. de Hered. instit. th. 10.* & pleniore manu Struvius *d. th. 17. Q. 3.* cum extraneus heres deliberans est mortuus, quasi & tunc vulgariter substitutus excludatur, eo quod deliberandi jus ad heredem transmittitur, *l. un. §. 13. C. de Caduc. toll. l. 19. C. de jur. delib.* quam sententiam communiter receptam Struvius adfirmat, ut tamen

nec pauciores, nec ignobiliores memoret dissentientes, quos inter Vinnius ad § *ult. inst. de vulg. substit.* Et ratione Juris probandum videtur contrarium. Quando enim heres extraneus deliberans decessit, existit casus, *si heres non erit*; quia verum est, deliberantem non fuisse heredem, quo casu substitutus vocatur expressa voluntate defuncti, cum jus illud transmissionis sit ex lege *tacita* defuncti voluntate (in positione *g.* irrepsit, *expressa*, quod & Thomasius in scholio advertit) & praeterea non transmittitur jus heredis, sed jus deliberandi. Atqui substitutus non excluditur per deliberationem, sed per additionem sive existentiam primi heredis, quae hoc nulla fuit. Struvius adhuc utitur *arg. l. 3. in pr. C. de jure delib.* quae agat de suo herede jus suum transmittente in filium, cui proinde fratrem defuncti cedere oporteat, quod ab hac Quaestione est alienissimum. Thomasii scholiis *h. t. add. posit. g.* ex praedictis abunde satisfactum est.

N. ADDIT.

Videbimus, sed postquam in integrum prius restituerimus scholia, de quibus est quaestio, quod hic commode fieri nequit, sine appositione positionis.

Positio g. Idem juris vulgo esse traditur (D. Wissenbach. ad tit. ff. de hered. inst. th. 19.) *cum extraneus heres deliberans decessit, quasi & tunc vulgariter substitutus excludatur; sed contrarium verius videtur, quia institutus non adiit hereditatem,* (g) *& transmissio juris deliberandi, de qua in* l. 19. C. de jur. delib. (b) *venit ex voluntate defuncti expressa;* (i) *& heres primus hoc casu defecit, neque talis est heres, quod ad substitutum excludendum requiritur.*

(g) Nec tamen dici potest, quod non adierit, aut repudiaverit, qui jus deliberandi ad heredes transmittit. Substitutus autem tunc demum venit, si heres scriptus heres non erit.

(b) Quam nimirum dissentientes Wissenbach. & Struv. *dd. ll.* urgent.

(i) Si haec est responsio ad objectam Autori *l. 19.* dicam eam potius pro Wissenbachio militare. Si enim transmissio venit ex voluntate defuncti expressa, etiam ex eadem expressa voluntate heres instituti praeferretur heredi substituto. Fortasse igitur Autor contrarium dicere voluit, & scilicet: *Substitutum vocari ex voluntate testatoris, transmissarium autem ex lege, adeoque hunc ab illo excludi; vel d. l. 19. limitandam esse, nisi non praecedat in casu, si institutus substitutum habeat.* Est haec responsio non multum mentienti, similem enim Wissenbachii responsionem *ad l. ult. C. de bonis quae liber.* approbavimus *ad posit. f.* Sed facile tamen regeri potest, 1. Quamvis transmissarius ex lege vocetur, non tamen vocari contra voluntatem testatoris, sed rationem legislatoris in voluntate defuncti praescripta. 2. Quod hoc loco non destituamur extensione authentica ipsius Justiniani, *in l. un. §. 5. & 13. de caduc. toll.*

His praemissis firmum manet Scholium in g) positum. Nam conditio si heres non erit, refertur in duos casus: Si heres esse nolit, & si heres esse non possit. Prior casus non extitit, quia nonnisi contrarium, imo impetrando spatium deliberandi jam magis inclinavit ad voluntatem, quam nolitionem. Neque enim dici potest, casum, si non possit, hic obtinere, postquam ei jus adeundi defunctis heredibus concessit, ut adeo, si si adeant, ex hoc beneficio legis censeatur defunctus ipse adisse. Deinde verum quidem est, quod expressa voluntas contraria praecedat voluntatem tacitam contrariam, sed partim hic in quaestione est, an expressa voluntas substitutionis obtineat in hoc casu, de quo quaestio est, (ita ut si regula male debuisset applicari, oportuerit ita scripsisse in testamento: Si Titius heres non erit, etiamsi tempore deliberationis moriatur, Cajus heres esto. Tum vero haud dubie Cajus excludet Titii heredes;) partim hic non agitur de voluntate tacita, sed de voluntate a lege praesumpta, (ut jam notavi in scholio lit. i) cujus fortior efficacia quam voluntatis tacitae, per ea, quae latius supra notavimus de differentia voluntatis tacitae & praesumptae, in nova addit. adeit, de procurat. & defens.

6. Postremo quaeritur, si primus heres fit minor, isque adierit hereditatem, an si postea restituatur, substitutus admittatur quasi heres non fuerit, an legitimus vocetur, quia primus heres fuit & substitutio simul expiravit. Pro substituto, ut communiore sententia, differit Struvius *d. th. 17.* Contrarium tenet Zoes. *ad h. t. n. 15.* Perezius *ad h. tit. C. n. 7.* alique, in utramque partem citati a Struvio. Ex ratione juris, non videtur substitutus admitti, quia minor semel heres factus est adhitque hereditatem, quo facto vulgaris substitutio expirat, *l. 5. C. de Impub. & al. just.* Nec quidquam secuta restitutio facit, ut heres esse desinat, *arg. l. 45. §*

43. §3. h. t. l. 88. in fin. de Acquir. hered. In effectu quidem amittit bona & actiones, adeoque jus heredis, perinde ac si mortuus esset minor, qui ab aditione restituitur: Sed cum neque post mortem, aditione semel commissa, substituti jus revivisceret, nihil est causæ, cur id per restitutionem heri dicendum sit: plura *laudati auctores.* Casum alium, qui est in §ult. I. de vulg. subst. & l. 40. h. t. satis *add.* §ult. prosecuti sumus.

7. Wissenbachius noster, secutus nescio quos *th. 24. ad h. tit.* requisitum pupillaris substitutionis inculcat, *quod aditam oporteat esse hereditatem ex testamento Paterno*, alioqui pupillariter substitutum non admitti ad successionem; quod etiam totidem verbis in *l. 2. §. t. h. t.* ab Ulpiano sit scriptum. Id tamen ut præceptum generale positum, a terminis juris alienum est, quia pupillaris substitutio non convenit, nisi filiis in potestate positis, qui nunquam *adeunt*; hoc enim extraneorum est, §ult. *Inst. de Her. qual.*

SCHOLIUM.

Immo non est a jure alienum. Nam revera Autor a Wissenbachio non dissentit, nisi in his paucis. Wissenb. regulam format; Aditam esse oportet hereditatem ex testamento paterno, ut valeat substitutio pupillaris; *scilicet*, Si pater instituerit extraneum heredem. *Excepit postea ab hac regula;* Si suus heres quis patri exstiterit, & *nimirum fuerit institutus. Autor contra in* n. 14. hic *exceptionem Wissenb. loco regulæ ponit, & regulam loco exceptionis, quod in præsenti quidem casu perinde esse arbitror.*

RESPONSIO.

Non magni operæ pretium est in hoc quæsito. Sed quia Præceptoris nostri labores Auctorum nostrorum manibus teruntur, monendos putavi, ne in principia juris impingerent, aut se intricarent. Si quod Thomasius addit, a Wissenbachio additum fuisset, admonitione opus non fuerat. Præceptor ille noster regulam ponit generalem, verbis generalibus de substitutione pupillari. Hanc vult Thomasius intelligi de casu, Si pater instituerit extraneum heredem, *qui casus exceptus & rarus. Ab hac tamen regula de casu extranei heredis instituti laudat Wissenbachium excipientem casum,* si suus heres testamento sit instituendus; *Sic enim habent verba Wissenbachii exceptionis. Quid magis ἄσυστον, ne dicam contradictorium? ut ex* seqq. *patet.*

N. ADDIT.

Initio non bene fecit dator, quod scholia nostra truncaverit & plurima omiserit, tam ad præcedentia textus verba, quam ad ea, quæ in hac controversia sequuntur, pertinentia, quæ itaque coacti sumus, ad vim disputationis eo fortius imprimendam, jam per modum novarum additionum adjicere. Ad præcedentia pertinent hæc duo. Ad verba: Quod pupillaris Substitutio non conveniat, nisi filiis in potestate positis, *dixeram: Sed tamen non necesse est, ut hic instituantur, sed possunt exheredari, & extraneus institui; & ad verba,* qui nunquam adeunt: *quod supposito isto casu, extranei aditio non sit necessaria. Nunc videamur, quid Autor respondeat. Ubi 1. obscuritas Wissenbachii postulabat quidem admonitionem, qualem ego dedi, sed non correctionem & contradictionem, præprimis cum vix subsit obscuritas. II. Quod vero addit Autor, contradictorium esse, quod dixerim, Wissenbachii regulam intelligendam esse de herede extraneo, & tamen simul laudaverim exceptionem ejusdem de suo herede, aliquid inferret, si dixissem, regulam Wissenbachii expresse mentionem facere extranei; tum enim exceptio non foret de casu regulæ. At cum dixi, regulam Wissenb. esse exponendam de extraneo, adeoque casum extranei tacite subintelligi, nulla est contradictio, quod limitationem regulæ fecerim de suo herede. Nam limitatio regulæ testatur de sensu ejusdem.*

Etsi enim adeundi verbum improprie sumptum dicas, pro *miscendi,* † ne ita quidem procederet ea regula, quia immixtio hereditatis non requiritur ad effectum pupillaris Substitutionis. Perinde enim est, utrum filius abstineat, an agnoscat, ad tit. *Inst. de pup. subst. n. 4. pag. 201.*

N. ADDIT.

† *Non opus est hoc effugio, ob dicta in scholiis præcedentibus.*

Et tamen, quod mireris †, iidem Auctores (*d. thes. Wissenb.*) ab hac regula; *Aditam oportet esse hereditatem, ut valeat substitutio pupillaris;* excipiunt casum inter alios; *si suus heres testamento sit institutus;* Etenim me aut omnia fallunt, aut substitutio pup. nunquam habet locum, nisi in heredibus, †† qui sint in potestate Testatoris: prorsus ut illa regula & exceptio præposteræ videantur.

N. ADDIT.

† *Cessabit & hæc admiratio, si scholia præcedentia perpendas.*

†† *Habet tamen etiam locum, si bi heredes exheredentur, quod pro Wissenbachio sufficit.*

At

At Ulpiano quid faciemus in *d. l. 2. §. 1.*? Diximus, quam Ulpianus ibi proponit, hanc esse exceptionem. Nempe Regula sit talis; In substitutione pupillari nihil refert, utrum filius institutus se misceat, an abstineat. Exceptio hæc; Quod si pater priore loco extraneum fecerit heredem, aut coheredem, filioque tamen substitutum dederit, ut facere potest, § 4. *h. t.* tunc non valet pupillaris substitutio, nisi adita sit hereditas. Agere Ulpianum † de casu, quo Pater extraneum instituit, primo liquet ex verbo *adeundi;* Deinquia tractat in *d.* § *1.* hanc quæstionem, an Pater possit sibi æque ac filio, separatim scribere heredes; Quæ quæstio vix potest habere locum, quando pater ipsum & solum filium relinquit heredem. Adde *Legem 11. §. 1. ad Sc. Trebell.* †† & Cujacium *26. obs. 1.*

N. ADDIT.

† *Hoc acceptamus pro Wissenbachio. Nec enim hic aliter regulam suam intelligi voluit.*

†† *Et ad hanc ipsum Wissenbach.* d. l.

7. Substitutio, ut dictum, Pup. † expressa continet vulgarem tacitam, quia cum pater totis XIV. annis filium noluerit esse intestatum, multo minus ab initio voluisse videtur. †† Eaque ratio evidentior est, quam quæ pro altera regula affertur, *quod vulgaris expressa contineat tacitam pupillarem,* quod tamen magis extra controversiam collocatur ab Interpp. vid. Vigl. *ad pr. I. de pup. subst.* Nam casus, *si heres non erit,* valide satis deficere videbatur, quando filius jam per aliquot annos patri cum effectu heres fuit, & tamen vi regulæ hujus, eo deficiente, substitutus, qui vocatus erat, *si filius heres non esset,* jam quoque admittitur.

SCHOLIUM.

† *Disputat hic adversus eos, qui admittunt, vulgarem expressam continere tacite pupillarem, negant vero, pupillarem expressam continere tacite vulgarem, verba, ut videtur,* l. 4. ff. & C. h. t. *nimis captantes.* vid. Struv. h. t. th. 22.

†† *Hoc non capio.** *Evidentius, ut puto, dicemus cum Struvio; Si testator voluit substitutum esse heredem, filio sibi succedente, multo magis voluisse præsumitur, filio abstinente.*

RESPONSIO.

Lectoris judicio libens committam, utra sit evidentior ratio, ne verba gratis teramus: præsertim, quia super hoc articulo jam diximus ad Inst. h. t. num. 3.

N. ADDIT.

Fiat. Submitto & ego rem totam judicio Lectoris.

Adde, quod si conditio vulgaris substitutionis non extendat se ad pubertatem, tunc non possit habere usum, quam filio ante testatorem mortuo, quem casum turbatæ mortalitatis non videtur spectasse; Etenim filiofam. supervivente, nullo modo poterat deficere conditio, *si heres non erit:* quia filiusfamil. est heres ipso jure atque necessarius: Nam substitutio vulgaris non tollit suitatem, neque ex necessario facit voluntarium heredem, ut Dd. sine juris autoritate volunt; Verum, quando pater de filio ait, *si heres non erit,* tum non spectat utrumque casum, si *aut non potuerit, aut noluerit;* sed juxta terminos habiles legum id est accipiendum, *si vel non potuerit morte præventus ante me,* vel dein emancipatus *repudiaverit, aut etiam abstinuerit,* quod tantum scilicet est juris prætorii. Ita fere & Sand. *lib. 4. tit. 3. def. un.*

SCHOLIUM.

Mallem, ut termini, heredis voluntarii & necessarii, *huic quæstioni plane non immiscerentur. Quæritur enim, an per substitutionem vulgarem filiofam. factam, desinat is esse suus? Hoc est, an fiat* extraneus; *Et ita adire hereditatem deleat, si velit heres esse & substitutum excludere, an vero sufficiat sola ejus existentia, & non facta abstentio? Videntur equidem Dd. plerique, qui hanc controversiam tractant,* voluntarium *heredem &* extraneum *sumpsisse synonymice. Sed profecto hæc usur-*

* Si nostram licet post tantos viros sententiam dicere, Struvii ratio non satis facit, utpote quæ mortis casum non continet, & alia iterum quadam ratione indiget. Poterat dici, voluisse patrem pupillari substitutione animum substituti & ejus benevolentiam pupillo suo conciliare, ut per teneram ætatem habeat patronum, qui personam bonasque tueatur, noluisse hæc omnia, si filius ante patrem moritur, & cessante ita diligendi substitutum ratione, prætulisse dilexisseque heredes legitimos. Inflectamus paululum Huberi rationem & plenius dicamus, patrem, qui tam longa providentia præcavere voluit, ne filii, cum pater moribundus testatur, forte nondum annicuti heredites, per quatuordecim fere annos ad causam intestati redeat, multo magis voluisse, eadem intestati fuga, substitutus sibi ut sit heres, vulgari ratione, & ut præferatur statim legitimis heredibus, quem post mortem per omnem filii ætatem pupillarem præferri voluit.

patis

patio facit, ut eos, & autorem quoque cum Sandio, ex quo Posit. hæc desumpta, collatum, quid docere velint, vix intelligas. Distinguit hæc equidem Struvius d. th. 15. Vulgarem substitutionem facere quidem ex filio heredem *voluntarium*, salvo tamen jure *Suitatis* manente, *asserens: quo pacto eadem re ipsa ejus cum autore videtur esse opinio. Sed nescio, an & hæc locutio tolerari possit. Quod enim filius sit heres voluntarius, id non facit substitutio vulgaris, sed facit jus Prætorium.*

RESPONSIO.

Qui subjectam casus speciem, in qua usus rei exhibetur, considereret, videbit mentionem voluntarii & necessarii *abesse non posse. Talis conditio,* si volet, heres esto, *facit ex necessario herede voluntarium,* l. 12. de condit. instit. (*non solum igitur jus Prætorium, ut in scholio.*) *Substitutio vulgaris,* si heres non erit, *continet utrumque casum,* si nolit: si non possit: *vulgaris substitutio arguit heredem voluntarium, si persona heredis, voluntariæ qualitatis sit capax. Si non sit, verba,* si heres non erit, *ad alteram speciem,* si non possit, *referenda sunt. Et cum suus heres non sit capax voluntariæ qualitatis, nihil opus est, ut illum his verbis voluntarium fieri statuamus, quia verba* si heres non erit, *capiunt alium sensum, si non possit esse heres. Non possunt igitur, neque debent, separari suitas & necessitas, nec qualitas extranei & voluntarii, ut vult Struvius, & magis adhuc Thomasius.*

N. ADDIT.

Jus prætorium opposui in Scholio substitutioni vulgari, unde male dutor, dum me notare vult, hanc locutionem opponit l. 12. de Condit. instit. *ubi de substitutione vulgari non agitur. Reliqua, quæ de sensu substitutionis vulgaris suo hereat adjectæ addit Autor, repetunt saltem dicta in textu, ad scholium vero meum nequaquam respondent.*

Speciem facti, quæ comprehendit usum rei, subjiciemus παραφραστικῶς e Sandio *d. lib. 4. tit. 3. def. un.* Filia abstinens hereditate patris ob æs alienum, petit avitam hereditatem, ut vulgariter substituta patri suo, qui quidem non miscuerat se bonis paternis, at nec abstinuisse probabatur. Filia sic ait; *pater meus non fuit heres avo meo, Ego substituta sum, in casum si heres non erit; Ergo ad me bona spectant.* Creditores patris ejus respondent, *Suus pater fuit ipso jure heres suo patri, & sic bona et acquisita fuere, nobisque in ea competit actio.* Filia replicat; *pater meus accepit me substitutam in casum, si heres non esset, hoc est, si nollet vel non posset adire, l. 3. C. de Hered. instit. Ergo non fuit necessarius, sed voluntarius heres, & quia non adiit, heres quoque non fuit.* Creditores duplicant, *Imo mansit heres necessarius, & sic bona quæsivit ipso jure, sine facto aditionis vel immixtionis.* Inde resultat τὸ κρινόμενον, ut veteres, sive punctum juris decisorium, sicut hodie loquuntur; An vulgariter substitutus, ex suo necessarioque fiat extraneus & voluntarius heres.* Nam inde pendisse statum controversiæ, testatur Sandius in his verbis; *Cujus quæstionis decisio dependet ex alia inter Doctores controversia; nempe, an filius hic censeatur ipso jure hereditatem patris absque immistione (de hac non constabat) acquisivisse, adeoque quod existentia sui heredis, quam Græci ἀνάστασιν vocant, substitutio vulgaris extincta sit, an vero filius iste ob substitutionem vulgarem habendus sit pro herede voluntario, ideoque substitutioni locus sit factus, cum filius hereditatem non probetur adivisse &c.* Judicatum est, ut supra diximus, filium mansisse necessarium heredem, non factum esse voluntarium, & sic bona ei acquisita fuisse, quæ proinde Creditoribus ejus essent obnoxia. Hæc vicinis pragmaticis subtilia, forte an & inania viderentur.

9. COLLATIO USUS HOD. Utrumque titulum de vulgari & pupillari substitutione, una litura delet Grœnewegius; & quidem de priore tribus nec pluribus ita ait; *non est in usu;* de altera sic infit; *moribus hodiernis, singulari illa patria potestate, quæ Romanorum civium propria fuit, ejusdemve peculiaribus effectibus obsoletis, pupillaris & exemplaris substitutio in desuetudinem abiit.* De vulgari miror, qui id Jurisconsulto in mentem venire potuerit, cum nihil in ea sit, quod hodiernis moribus aliter obtineat, quam jure Romano traditum est. Quid enim vetat ita dicere in testamento; *Uxor heres esto, si heres non fiat, vel si ante moriatur, frater heres esto,* vel simili formula? non modo nihil obstat, sed omni die sic etiam instituitur, ne quis id fideicommissum esse putet, uti mox videbimus. D. Voetius, etsi non autumat, usu fori vulgarem substitutionem esse sublatam; id tamen se lubenter agnosce-

* Forte rectius τὸ κρινόμενον ita formabis, An filius suus & necessarius heres, ideo, quod ei vulgariter substitutum est, pro extraneo & voluntario habendus sit, an potius suitas substitutionem exstinxerit. Et ita etiam Sandius *alleg. verbis.*

re fatetur, raro his diebus fieri ſubſtitutiones, nec amplius opus iis eſſe, cum per fideicommiſſa conſequamur idem, quod Romani per ſubſtitutiones agebant, ad *fin. tit. Inſt. de vulg. ſubſt. & ad tit. ſequ. §. 9. n. 5.* Imo nihil mutationis invectum eſſe, ex ſequentibus patebit.

10. Præter Quartam Trebellii, quæ ex fideicommiſſis deducitur, non e ſubſtitutionibus, hæc etiamnum interſunt. Vulgaris fit in caſum heredis primi non exiſtentis, *pr. Inſt. h. l. 8. C. de Impub. ſubſt.* Fideicommiſſaria ſubſtitutio, in caſum, ſi primus heres fiat, ut tum poſt tempus vel poſt mortem, bona ad alium perveniant, *§ 2. & 3. Inſt. de fideicomm. hered.* Pupillaris hoc modo; *Filius heres eſto; ſi ante pubertatem moriatur, Alius heres eſto;* Fideicommiſſaria nunquam fit hac forma, *ut Alius ſit heres;* ſed ut *bona* teſtatoris a primo ad Alium *devolvantur.*

11. Hinc oritur differentia in uſu & effectu, *primo* inter vulgarem & fideicommiſſariam. In illa ſubſtitutus non ſuccedit primo heredi, verum Teſtatori, quia primus heres, qui ſcriptus erat, in hac hypotheſi non fit heres; ſubſtitutus non admittitur, ſi primus adierit hereditatem, vulgaris enim ſubſtitutio per additionem extinguitur. *d. pr. Inſt. ibique omnes Interpp. l. 5. C. de Impub. ſubſt.* Ex adverſo in fideicommiſſaria ſecundus ſemper ſuccedit heredi primo, neque ſecundus admittitur, niſi primus acquiſiverit hereditatem; fideicommiſſarius enim ſuum jus a fiduciario conſequi debet; Fideicommiſſum ita fert, ut bona devolvantur & perveniant de fiduciario ſive primo in ſecundum heredem, quod fit mediante reſtitutione; hæc autem intelligi non poteſt, niſi primus heres bona adeptus ſit, Sand. *l. 4. tit. 5. def. 1.* Quapropter, ſi fiduciarius, a quo bona pervenire debebant ad fideicommiſſarium, ante hunc excedat e vivis, ipſe nihil juris obtinere poteſt, cum vulgaris ſubſtitutio tum demum vel maxime uſum effectumque habeat, ut diximus in *prælect. ad tit. Inſt. de fideicomm. hered. poſ. 8. & ſeqq.* Diſcrepantia pupillaris ſubſtitutionis a fideicommiſſaria, in hoc eſt evidentiſſima; quod pupillariter ſubſtitutus fiat heres pupillo; proinde cuncta ejus bona adipiſcatur, non modo quæ a patre Teſtatore habet, ſed etiam materna, aliaque adventitia; cum per fideicommiſſum Teſtator de ſuis tantum bonis diſponere poſſit, *§ ult. Inſt. de Pupill. ſubſtit.*

12. Sed diſcrepantiæ priores, quibus ſubſtitutio vulgaris a fideicommiſſaria diſtinguitur, ita comparatæ ſunt, ut non videam, quo pacto negare poſſint homines, qui vim utriusque ſubſtitutionis intelligunt, vulgarem adhuc uſum habere in judiciis. Tu dices, nonne fideicommiſſaria ſubſtitutio ita concipi poteſt, ut vulgarem comprehendat? Non eſt quod negemus. Quid enim ſi teſtator ita dixerit; *Uxor heres eſto, poſt mortem uxoris frater heres eſto:* hæc verba caſum utriusque ſubſtitutionis exprimunt; ſive enim uxor ante teſtatorem moriatur, ſive poſtquam adiit hereditatem, ex ſententia verbisque teſtatoris frater indiſtincte vocatur. Poſſunt verba concipi, quibus utraque ſubſtitutio, vulgaris & fideicommiſſaria contineantur. Sed ideo non ſequitur, illas in ſe non diſcrepare, nec effectus adhuc habere diſtinctos. Exemplo rei judicatæ id illuſtrabimus, ex quo patebit, quantum interſit, formula vulgari an fideicommiſſaria teſtator utatur. Titia extreme ægrota, dixerat in teſtamento; *liberi heredes ſunto; ſi morientur ſine liberis, bona, quæ a me ad eos pervenerint, devolvantur & ſuccedant in Wilhelmum maritum meum, quem in hunc caſum ſubſtituo.* Accidit, ut Liberi omnes rapido ante matrem extincti ſint morbo. Pro marito diſputabatur, extitiſſe caſum, quod uxor bona ſua devolvi cuperet ad maritum, *ſi morerentur ſine liberis:* Idque ille obtinuiſſet, ſi nihil aliud dictum eſſet, quam *ſi liberi morerentur.* Sed Curia cenſuit eſſe fideicommiſſum in his verbis; *Bona, quæ a me ad liberos pervenerunt, devolventur,* atque *tranſibunt &c.* Nam quoties devolvendi & *perveniendi ab uno in alium fit mentio*, toties fideicommiſſum intelligitur, ut Sand. *d. def. 1.* demonſtrat. Si proinde illa verba abfuiſſent, nihil cauſæ erat, quin pro ſubſtitutione vulgari potuiſſet haberi. Sed iſta ſupponebant acquiſitionem a liberis factam, qua non facta, devolutio & reſtitutio facultatem amiſerat; cum absque iis verbis ſubſtitutio vulgaris fuiſſet, quæ maxime liberis ante matrem extinctis locum habuiſſet. In illa igitur ſpecie, mulier judicata eſt inteſtata deceſſiſſe, repulſo marito; Inter heredes *Wybie Bruinſma, & Wilhelmum Fabricium, Paſtorem Wijnamenſem. d. 14. Maji 1678.* Satis igitur apparet harum ſubſtitutionum ullus diverſus, neque tollitur exinde, quod in eum modum verba concipi queant, ut formulæ utriusque conveniant: Nec enim Teſtatores ſua verba ſemper, imo raro ſic adtemperant, & juris rationes ejusmodi eſſe debent, ut quibusvis caſibus applicari poſſint.

13. Quod vero attinet ad ſubſtitutionem pupilla-

pillarem, non est dubium, quin hæc, ut Romano jure traditur, sublata sit moribus eorum populorum, qui jura patriæ potestatis eximia, quæ Romanis placuere, non exercent, ac ita non modo Grœnewegius, sed & Grotius *lib. 1. c. 6. n. 8. l. 2. c. 19. in fin.* Gudelin. *1. de jur. noviss. c. 13. in vers. quid morib. & lib. 2. c. 5. vers. adjicio.* Vinn. in § *ult. n. 2. h. t.* testantur. Ideoque apud eos populos non potest non videri enorme, patrem de bonis filii adventitiis disponere, quam potestatem substitutio pupillaris ei sine dubio largitur; Si quidem pater ejus virtute, filio testamentum facit, nihilo secus ac si ipse testaretur, *l. 2. in pr. ff. de vulg. & pup. subst.* quin diserte ita scriptum est in *l. 10. §5. ff. de vulg. & pup. subst.* Exemplaris substitutio tribuit idem jus Parentibus cunctis, etsi patria potestate destitutis, in liberos perpetuo furiosos, § *1. Inst. de vulg. & pup. sub. l. 9. C. de Impub. & al. subst.* Cumque facta sit ad exemplum & per consequentiam *pupillaris*, non est ambigendum, quin ubi hæc cessat, ibi & exemplaris evanescat; sola fideicommittendi licentia parentibus in universum relicta. Grœneweg. *ad pr. d. tit.* Cæterum, ubi patria potestas cum effectis suis præcipuis adhuc supereſt, cur ibi illa virtus pupillaris & exemplaris substitutionis sublata dicatur, nihil est causæ, quemadmodum usus ejus apud nos indubitatus est.

14. Sed videndum, ne non aliud & quintum substitutionis genus, usu fori invaluerit, nec vulgare, nec pupillare, neque exemplare, denique nec fideicommissarium. Id est hujusmodi; Parentes utriusque sexus liberis suis, in casum *si heredes erunt*, substituere possunt respectu bonorum propriorum duntaxat, sine fideicommisso. Ita tradit D. Voetius ad *tit. Inst. de pup. subst. § 9. n. 5. vers. Quod spectat.* & dein. *Quin imo, moribus, pater aut mater, filio non tantum impuberi vel furioso, verum etiam puberi & sanæ mentis, ratione bonorum a se profectorum, substituere potest in omnem eventum, idque ad exemplum* (dixerat paulo ante) *substitutionis, quæ jure Romano filio arrogato facta est, l. 10. § 4. ff. de vulg. & pup. subst.* idemque Grœnewegius *ad d. tit. in fine* adfirmat; Ejus a fideicommisso triplex potissimum erit differentia. Prima, quod fiat sine mentione devolutionis, restitutionis, aut ætatis vel temporis, quo liberi morientur sine liberis. II. Quod fiat solis liberis, non extraneis aliisve heredibus. III. Quod heres primus eo casu integram hereditatem restituere debeat, sine deductione Quartæ & Sctō Trebelliano. Atque ita Hollandiæ Curiam olim judicio contradictorio censuisse, narrat *ibi* Grœnewegius, sibi relatum esse a quodam ejusdem Senatore dignissimo; Quod ego quidem suo loco relinquo. Rem totam esse commentitiam, manifesto constat. In militibus sane, quia non prohibitum est illis mori testatis simul ac intestatis, *d. l. 7.* facultas est, eo modo substituere liberis suis. *siquidem hac mente sit miles, ut ea sola velit ad substitutum pertinere, quæ a se ad institutum pervenerunt, l. 10. § 4. in fin. ff. de Vulg. & pup. subst.* Sed inde sequitur, in paganis contra le rem habere; nam privilegia militum sunt toridem exceptiones a jure communi, *l. 1. in fin. pr. ff. de milit. testam.* Idem in impubere filio adrogato receptum est, *ut ad substitutum ejus ab Adrogatore datum, ea sola pertineant, quæ adrogator ei dedit, d. l. 10. § sequ.* quod ideo placuit, quia pater adrogator nihil juris habet in successione filii impuberis adrogati, § *3. Inst. de Adoption.* Et quidem hasce duas exceptiones, tradit ibi Jurisconsultus ut exceptiones, quibus amotis, Regula manet immota, quam diximus. Nec adeo quintum illud genus substitutionis apud Gentes, quæ jus civile non converterunt in arbitrariam disciplinam, ullo modo admittendum videtur.

15. Ex his jam constat, utramque Substitutionem, vulgarem atque pupillarem etiamnum esse juris usitati, quanquam pupillaris in efficacia sua vulgo minus nota, minusque frequenter usurpata est, quemadmodum & exemplaris; sed vulgaris omni die testamentis inseritur, maxime in casum, si heredes ante testatorem decedant. Consequenter, quæ de utraque substitutione subtiliter a Jctis veteribus & novis disputantur, apud nos usum reperient; sicut & illa regula, quod expressa vulgaris tacitam pupillarem contineat; vice versa, pupillaris expressa vulgarem tacitam, secundum *l. 4. ff. de Vulg. & pup. subst.*

Tit. VII.

De conditionibus Institutionum.

I. De Regula, quod heredis institutio diem non recipit, ejusque usu. II. Objectiones contra istam regulam removentur. III. Temperamenta quædam illius regulæ, ex usu hodierno. IV. De conditione impossibili ex moribus. V. Refelluntur, qui volunt eam vitiare debere institutionem. VI. Inter turpes esse jurandi conditionem, & quare. VII. Positos in conditione, non esse positos in dispositione. VIII. Aliæ quædam Positiones. IX. De implemento illarum.

Supereſt de capite Heredis inſtitutionis, tertius articulus pertinens ad modum, quo fit inſtitutio, qui vel ad diem, vel ad conditionem refertur. Primo videamus de die, ſive de tempore heredis inſtitutioni adjecto; poſt ea, quæ *ad Inſt.* de utroque hujus Rubricæ membro, dicta ſunt ad *tit. de Hered. Inſt. ſub fin.* memores, etiam alium manere locum de rebus iisdem, in *tit. de condit. & c. lib. XXXV.* Romano jure ſic obtinet; Diem adjectum haberi pro ſupervacuo, ut perinde ſit, ac ſi pure heres inſtitutus eſſet, § *9. d. t. Inſt.* ut tamen dies incertus loco conditionis habeatur, *l. 75. ff. de Condit. & demonſtr. l. 34. ff. de hered. inſt.* Nititur hæc poſitio gemina ratione, quæ tamen in unam reſolvitur; prima, quod heredis qualitas jure civili indelebilis eſt, neque temporarium characterem recipit, *l. 88. in f. de Hered inſt.* altera, quod nemo paganus ſimul teſtatus ac inteſtatus mori poteſt, *l. 7. ff. de Reg. Jur.* quæ ratio prioris quoque rationis eſt ratio; nam ſi heres cum die, non ſit heres ante diem, defunctus foret inteſtatus ante diem, poſtea teſtatus. Quare, qui jam abdicarunt hanc regulam ut obſoletam, *quod teſtati & inteſtati qualitas ſit irreconciliabilis*, his quoque religio non eſt adhærmare, quod ex certo tempore, & ad certum tempus, hodiernis moribus, heres ſcribi poſſit, explosa hac in parte juris civilis ſubtilitate. Ita Grotius *lib. 2. cap. 18. n. 34. & ſeqq.* aliique plures; quos citat Grœnewegius *ad d. locum Grot. & ad d. tit. Inſt.* adde Voetium ad § *9. d. tit. n. 2.* Hic etiam addit Viglium quaſi ita ſentientem, poſſe nunc heredem ex die vel in diem inſtitui cum effectu, laudato ejus loco *ad § 9. d. tit.* ſed tantum abeſt, ut ille Noſtras ita tradat, ut etiam contra Bartolum invaluiſſe teſtetur, *ne expreſſa quidem Teſtatoris voluntate, qua ſe dixerit, nolle Titium eſſe heredem, niſi ad certum tempus, impediri poſſe, quo minus pro ſupervacuo adjectus dies habeatur;* Nec video quicquam eſſe cauſæ, quo minus id apud nos ita juris eſſe ſtatuatur.

2. Tu dices; etiam hodie paſſim paterfamilias poteſt mori teſtatus & inteſtatus, diverſo reſpectu, ut videre licet apud Sandium *lib. 4. tit. 8. def. 7.* Quidni igitur ſublatæ ſint ejus regulæ conſequentiæ, quæ in mera ſubtilitate conſiſtunt? Ego verò, non ceſſat, inquam, regula apud nos, niſi quatenus ad hoc inſtitutis aliarum gentium redigimur, ut quando Friſius, agros habens in Omlandia vel Tranſiſulania, teſtatur; quod ad hos attinet, inteſtatus mori debet; quia non licet de rebus ibi ſitis immobilibus teſtari. Ejusmodi exempla juri Friſico nihil derogant vel abrogant. Verum, quid ſi abſurdi contrarietatisque non poteſt abſolvi illa Juris antiqui ſubtilitas, anne ſic quidem ab illa recedemus? quid enim intereſt, dicat aliquis, hactenus, heredem ſub conditione ſcribam, an *poſt quinquennium?* Si tu dices, hoc caſu, ante quinquennium inteſtatus ſit, ego regeram, perinde caſus inteſtati eſt, antequam duxerit, teſtati poſtquam duxerit uxorem. At hic ſcrupulus ejusmodi non eſt, ut eximi non poſſit. Nam in caſu conditionis adjectæ accidit, ut hæc vel deficiat, vel exiſtat. Si deficiat, ſimpliciter caſus inteſtati eſt, ſi exiſtat, teſtati; tunc enim perinde habetur, ac ſi ab initio heres fuiſſet & conditio retrahitur, *l. 26. ff. de Condit. inſt.* pendente conditione neuter ſtatus erat, utique non inteſtati, quia ſperabatur heres e teſtamento, *l. 39. ff. de Acquir. hered.* verum ſi adjecto die effectum haberet, ante vel poſt diem; vere atque hiſtorice non eſſet heres e teſtamento, & die veniente vel durante, foret heres, quæ res efficeret ſtatus oppoſitos κατ' ἀντίφασιν. Denique, conditio exiſtens retrotrahitur ad tempus aditæ hereditatis, *l. 26. h. t.* Tempus retrahi non poteſt, non modo civili ſubtilitate, ſed ratione naturali, ut probavimus ad *tit. de Prob. & præſumption. in fin.*

3. Cæterum ſi contingat, Teſtatorem usque ad tempus certum, heredem ſcribere, & ejusmodi verba ſint, e quibus colligi poſſit, eum velle teſtatoris voluntatem, ne poſt eam diem bona

penes

penes scriptum heredem maneant, dicemus idem, quod modo de institutione ex parte vel ex re certa monuimus, *videri heredem illum tacite rogatum, ut post id tempus bona restituat legitimis heredibus.* Quod multo proclivius erit, ubi clausula codicillaris adjecta fuerit; quippe cui vim fideicommissi ad omnia, quæ testator contra leges voluit inesse, communis schola statuit ac obtinuit, etiam in nostro Foro, ut sæpe dictum & inferius *ad tit. de Codicill.* amplius dicetur. Si vero Testator, sicut plerumque fit, dicat, se post id tempus bona relinquere legitimis heredibus, eo casu non tam diverso tempore fit testatus ac intestatus, quam fideicommissum apertum constituit, ut proinde *superius dictum.* Quid autem, si ex die certo scriptus sit heres? per clausulam codicillarem rursus eveniet, ut in ea specie heres legitimus videatur rogatus, hereditatem, eo tempore elapso, restituere heredi, & quia vel clausula codicillaris usu fori nostri intelligitur inesse, licet omissa, vel saltem imperfectum testamentum pro codicillo habetur, ut *supra diximus*, hac via talis voluntas, utique diserte expressa, semper effectum habet; die vero simpliciter obiterque adjecta magis est, ut heres scriptus statim heres fiat ex legum præscripto, quod abrogatum non est, nec cur abrogandum sit, ulla ratio esse videtur. Nam etsi regula, sic ait Thomasius in *scholio ad posit. 2. h. t. quod nemini possit succedi partim e testamento, partim ab intestato, non est e dictamine rectæ rationis, sed ex sola subtilitate veterum Jurisconsultorum*, ex jure saltem positivo, ratione tamen probabili non destituitur. Nam successio ab intestato a lege non potuit aliter ordinari commode, nec habuit aliam causam, quam quod Testator voluntatem suam de eo, quod post mortem suam fieri vellet, non declarasset. Qua declaratione facta Legis partes hactenus cessabant. Unde lege tacente, sequebatur, voluntatem esse debere generalem: Præter quod ita compertum fuit, jura regulasque successionis testamentariæ atque ab intestato esse tam diversa pugnantesque, ut non esset Artis concinnæ & bene compositæ, cujus omnes inter se partes idoneo nexu cohærerent, ea jura regulasque confundere & permiscere, quemadmodum hodiernas gentes, quæ jus Romanum pro arbitrio suo probant vel improbant, ejusmodi deformitatis exempla viva præbere videmus. Cæterum, quid intersit, utrum heredis institutio directe obtineat, an per clausulam codicillarem vim fideicommissi adipiscatur, *inferius ad tit. de Codicill.* videbimus.

4. Quod attinet ad conditionem, bene habet, quod pragmatici nostri jure civili hac parte contenti sunt, ut testatur, pluribus ἐυσψήφοις citatis, D. Voetius ad § *u. Inst. h. t. n. 2.* Non tamen ita visum plerisque, si conditio sit impossibilis, qualis est, *si cœlum digito tetigeris, si Oceanum ebiberis*; volunt enim vitiari heredis institutionem, ut idem testis est, cum jure civili impossibilis conditio pro non scripta habeatur, institutione heredis illibata, *d. § 10. Inst. l. 1. l. 6. & l. 20. ff. de Condit. inst.* Grœnewegius *ad § 10. d. tit.* solenne suum, *abrogandum censeo* inculcat, haud tamen sine ratione, *nam cum omnis suprema voluntas interpretari*, sic ait, *debeat & soleat*, secundum id, quod verisimilius est sensisse testatorem, cujus sola voluntas in conditionibus primum locum obtinet, *in l. 10. pr. de condit. Inst. ideo hujusmodi institutionem pro ridicula & nulla habendam censeo.* Adde ex Grotio *l. 2. c. 18. n. 32. quia Romani in cæteris quoque causis intellexerunt, impossibiles conditiones id quod agitur reddere nullum. § 11. Inst. de inutil. stipul.* Bene est, quod in hoc articulo nobis præit D. Voetius *ad d. § u. n. 1.* qui sic differit, ut de moribus idem, quod de jure Romano, judicandum putet. Nam inquit, *cum Romani heredem excusari voluerint, si aut non fecerit, aut fieri non curaverit, quod erat injunctum, & per naturam impossibilis conditio per modum faciendi, dandi, præstandi* non possit impleri. *nec dum satis dispicere possum, quo jure, licet non existat impossibilis conditio, a petitione hereditatis repellendus sit heres, l. 13. ff. de Condit. inst. &c.* Addit, *ut quamdiu nec rationibus justis, nec rebus perpetuo vel ut plurimum similiter judicatis convincar, in jure Romano merito acquiescam.* Recte.

5. Sed quod illi volunt, hanc definitionem pugnare cum voluntate testatoris, quæ tamen in testamentis utramque facit paginam, videamus, utrum magis alienum sit a voluntate testatoris, ut conditio impossibilis nulla sit, an ut heredis institutio, cui adjecta est impossibilis conditio, vitietur. JCti veteres, summo præditi judicio homines, sine dubio prius crediderunt. Testator condit supremam voluntatem *nunquam rediturо arbitrio*, forte in extremis agens, utique de exitu e vita cogitans, vocat septem testes, rogat eos specialiter, ut velint attestari; cuncta solennia, quæ nusquam majora, religiose servat, adsperst in

tabulis testamenti conditionem natura impossibilem, pone jocandi gratia feciſſe, ut sunt hominum ingenia quorundam, numquid hic lusus verborum innocuus faciet, ut reliqua omnia tam graviter tam prolixe serioque ordinata collabantur, nonne probabilius & civilius est, cum duntaxat impleri noluisse, quod nullo modo fieri posse sciebat? Quod autem in contractibus iidem JCti voluere, conditiones impossibiles vitiare totum negotium, inde repugnantiam ipsorum inter se arguere vanum est. Nam adeo ineptos fingere velle conditores gravissimæ artis, ineptiæ absolvi non potest. In contractibus non adhibentur solennia, non convocantur, non rogantur specialiter testes, non versatur ob oculos mortalitas; quæ res in testamento cumulant præsumptiones, quod Testator minime voluerit nihil agi. Præterea in contractibus duorum voluntas conjungi colligariquè debet, ut obligatio nascatur, sed promissio & acceptatio non possunt impossibilis conditionis vinculo copulari atque in unum jungi: ideoque in nullitatem abeunt; Ita fere in *l. 31. ff. de Oblig. & act.* ratio hujus sententiæ redditur; *Quia in ea re, quæ ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectatur, quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment, apposita ea conditione, quam sciunt esse impossibilem.* Est & hæc ratio; In contractibus non injungitur alteri partium, ut faciat quod impossibile est, sicut in testamento; quare cum summo judicio veteres JCti sic docent, impossibilem conditionem explicari semper in favorem ejus, cui injuncta est, quoniam ei non potest imputari, quod in implenda conditione defecerit. Ubi hæc ratio cessat, ibi intelligunt, conditionem impossibilem facere nullum, quod constitutum est perinde ac in contractibus. Ergo, si legatum sic relictum sub conditione impossibili adjecta heredi, legatum evanescit & manet penes heredem, quod deberetur, si conditio impossibilis jure vel facto adjecta fuisset legatario, ob eandem rationem, quod ipsi non posset imputari negligentia haud impletæ conditionis, *fin. Inst. de legat.* & sic manifesto appāret, quanto judicio caput hoc juris Romani sit constitutum, & quam sine ratione Reformatores Juris id abolitum velint.

6. Turpes & illicitas conditiones, æque ac impossibiles pro non scriptis haberi, notum ex *l. 9. & l. 14. h. t.* & dictum est ad *Inst. d. tit.* Sed mirum videtur, inter turpes etiam jurandi conditionem censeri, *l. 20. de C. & D.* nam quæ sub jurisjurandi conditione relinquuntur, a prætore improbantur, ut est in *l. 8. pr. de Cond. inst.* Jusjurandum scil. quod necessarium non est, merito temerarium & turpe habetur. Quid enim jurando opus, si dederit aut fecerit heres, quod erat jussus jurare, se daturum vel facturum? hoc enim omnino ipsi injungitur *d. l. 8. § 6.* Adde Wissenbach. *ad h. tit. th. 2.*

7. Huc quoque pertinet notissima regula, quod positi in conditione non sint positi in dispositione. Proinde qui uxorem fecit heredem, si filium non reliquerit, is filium præteriisse videtur, & testamentum est nullum, *l. 15. § 1. de Vulg. & pup. subst.* non obstante *l. 37. de her. inst.* ubi particula e testamento excerpta & institutioni subjecta videtur. Similiter, si quis fratri, si sine liberis decedat, alium substituat, liberi non sunt instituti, nec proinde jus fideicommissi habent, *l. 8. Si quis om. caus. test. l. 19. de Hered. inst.* tametsi votum testatoris appareat, ut liberi fiant heredes, sed non aliter, quam ab intestato, & sic cape *l. 85. de Her. inst.* qua de re, magni licet usus, non agemus tamen prolixius, quia nihil habemus speciale, post ea, quæ scriptores academici & forenses copiose tractarunt, de quibus videsis Wissenbachium ad *h. tit. th. 11.* & Sandium *lib. 4. tit. 2. def. 1.*

8. Subjiciantur aliquot positiones; Hereditas sub conditione adempta sub contraria conditione dari intelligitur, *l. pen. in fin. h. t.*

Conditio, si volet esse heres, in extraneo nihil efficit; in necessario herede facit, ut sit voluntarius, *l. 12. h.* cum quo conferendum, quod *supra* dictum *tit. de Subst. n. 17.*

Institutio in arbitrium tertii expresse collata non valet, ut *si Titius volet, Cajus heres esto*; tacite recte fit; Si Titius in capitolium ascenderit, Cajus heres esto, *l. 68. de hered. Inst. & l. 52. de C. & D.*

Si idem in eodem testamento pure, & sub conditione heres instituatur, institutio pura prævalet, adeo ut conditionalis non valeat, *l. 27. § 1. & l. 67. de Hered. inst.*

Heres institutus, *si decem heredibus dederit*, tota decem dare debet coheredibus, ut conditionem impleat: quamvis, si fundus uni ex heredibus sub hac conditione prælegatus sit, coheredibus partes pro eorum portione dabit, & partem pro sua hereditaria portione retinebit, *l. qui heredi. 44. § ult. de C. & D.* ubi ratio differentiæ.

9. De implendæ conditionis modo, egimus

ad

ad d. tit. Inst. quibus adde, quod implendo impositam conditionem heres non statim acquirit hereditatem, sed facultatem acquirendi consequitur, *l. 13. & l. 26. de Cond. inst.* quod aliter in suo herede videbimus *infra.* Impleri conditio præcise ac specifice debet, non per æquipollens, adeo ut institutus, si *monumentum fecerit*, paruisse non videatur; si pecuniam alii dederit, ut faciat, *l. 11. § ult. d. l. 13. § uls.* quod tamen non impedit, quo minus faciendum locet; neque enim suis manibus ut faceret, voluit testator. Modus tamen, per quem conditio implebitur, æquipollentiam recipit, ut *si per emancipationem sui juris factus erit.* Perinde enim est, si per mortem patris, *l. 11. § 11. de Leg. 3. & l. 3. C. de Inst. & sub.* Plures conditiones adjectæ conjunctim, omnes implendæ sunt, ut tamen voluntas potius quam verba considerentur, *l. 13. § 2. & seqq. de Reb. dub.* cujusmodi Sandius exemplum habet; Sempronius heres esto, si absque descendentibus impubes decedat: non poterat impuberi convenire conditio, *si sine descendentibus*, quia non poterat habere descendentes scilicet; Accepta est igitur conditio ac si scriptum esset, si *decedat impubes, vel sine descendentibus, lib. 4. tit. 6. def. 4.*

10. Pendente conditione, quis interim possidebit hereditatem? Curatorem dandum esse monet D. Wissenb. *ad tit. de Hered. inst. n. 10.* ex *l. 8. de Quib. ex caus. in poss. & l. 1. in pr. & § 1. de Cur. bon.* sed hi textus loquuntur de creditoribus, qui, servandi debiti causa mittuntur in possessionem hereditate non adita; quod non minus fit, si pure quam si sub conditione adita sit hereditas. Dicendum igitur, Hereditatis possessionem, conditione pendente futuram illic, ubi testatore moriente fuit; modo caveatur. Ideoque si penes heredem sub conditione scriptum, fuerit possessio, illic manebit, sub cautione, *l. 12. ff. Qui satisd. cog.* Si penes heredem legitimum fuerit, apud eundem sub eadem conditione manebit, *arg. d. l. 12.* Nec enim sub conditione scriptus, ante conditionem existentem jus habet petendi hereditatem, quam spes tantum est debitum iri, *§ 4. I. de Verb. obl. l. 26. in fin. h. t.* sine præjudicio tamen creditorum, qui sua interesse probantes curatorem bonis petere non prohibentur, *d. l. 1. & l. 8.* neque inde discrepant Gailius *2. obs. 130.* Faber *6. Cod. tit. 18. def. 6.*

Tit. VIII.

De jure deliberandi & beneficio Inventarii.

I. Remissio, & cur jus deliberandi rarius in usu. II. Quando, ubi, quomodo hoc petatur. III. Beneficium Inventarii negatur, hodie, si alius e cognatis adire velit. IV. De tempore inchoandi & conficiendi inventarium. V. Qui, si heres ante perfectum inventarium res apprehenderit. VI. Modus & forma faciendi inventarii. VII. De interimento, quod dicitur, Inventarii. VIII. De commodis inventarii, Heredem, eo neglecto, non teneri Legatariis ultra vires hereditarias. IX. Officium heredis, facto inventario. X. An heres Inventariensis teneatur arrestis, & Remedia contra abusus hujus beneficii.

Heredes, sive facto suo, sive ipso jure fiant, in eum statum veniunt, ut defunctum repræsentent, iisdemque juribus potiantur, iisdem quoque oneribus, quæ defunctus tulerat, subjiciantur, *l. 8. & l. 37. ff. de Acquir. hered. l. ult. § 14. C. de Jur. delib.* Hoc autem quia periculose potest cedere, cum sæpe contingat, onera superare commoda Hereditatis, Juris Conditores duo beneficia pro heredibus introduxerunt, jus deliberandi, & beneficium Inventarii, de quibus ad *tit. I. de Hered. qualit. & diff. n. 4. & seqq.* de quibus heic paulo prolixius ad usum, agemus. Et est jus quidem deliberandi parum in usu hactenus, ex eo, quod Justinianus ipse in *l. ult. § & hæc quidem. 13. C. de jur. delib.* sic ait: *Et hæc quidem,* inventarii solennia intelligit, *de his sancimus qui deliberationem nullam petendam esse judicaverint, quam putamus quidem penitus post hanc legem esse supervacuum & debere ei derogari; cum enim liceat eis & adire hereditatem & sine damno ab ea discedere, ex præsentis legis auctoritate quis locus deliberationi relinquitur?* Quod adeo verum est, ut nesciam, an apud nos unquam antehac petitum sit, rarissime sane exercetur.

Verum, ut Justinianus in *d. § verbis sequentibus*, indulget heredibus, etsi ægre atque difficultate, deliberandi jus, ita non est dubium, quin etiam peti possit, nec ratio deest, quare cives id aliquando malle debeant quam inventarium, non modo, quia tum facultates defunctorum oculis omnium

omnium exponuntur, sed etiam, quia mos conficiendi inventarium, ex præscripto legum hodiernarum molestior & contumeliosior, adde periculosior est, quam jure civili dictatum fuit.

Quin si quis vera rem reputet via incidatque in hereditatem, cujus facultates ignorat cupiatque suæ mortuique dignitati consulere, cujus in jure Romano non parva ratio habetur, satius esset, petere jus deliberandi, quam statim prostituere hereditatem publico inventario.

2. Non cogitur autem petere deliberandi facultatem, nisi urgeatur ab iis quorum interest hereditatem adiri, hoc est, a creditoribus * aut legatariis; sine quibus si fuerit, non reperitur ulla præscriptio in Jure, qua ab adeundo excludatur heres, nisi quæ communis est quorumvis jurium & actionum, longissimi temporis, scilicet annorum XXX. *l. 7. C. de Heredit. pet.*

Quando urgetur, peti debet hoc jus a Judice vel a Principe; Apud nos Princeps, hoc est Ordines vel eorum Deputati, in talibus nunquam adeuntur; sed jura minora majestatis, quæ ad ordinem judicialem pertinent, ut & alibi videmus, ad Curiam supremam referuntur, ac etsi Judices etiam adiri possint hac causa, ut Justinianus præcipit in *d. l. ult. § hæc quidem 13.* non est dubium tamen, quin jus deliberandi hodie a Suprema Curia peti debeat.

Sed a Principe vult Imperator impetrari posse annum, a judicibus novem menses: numquid hac parte Curia judicum, an Principis jure censebitur? utroque sine dubio, nam & judicare partium Curiæ est, & principis loco in juribus illis, quæ dixi; minoribus majestatis fungitur. Ideoque, prout res fert, dabitur annus vel novem menses, apud Curiam deliberandi causa, vel etiam minus spatium usque centum dies, quod est minimum tempus, *l. 2. ff. de Jur. delib.* cui legi non est derogatum per *d. l. ult. § hæc quidem.* ita ut minimum illud spatium olim ex causa posset repeti, usque dum novem menses vel annus adsumpti fuerint, *l. 3. in pr. d. t. ff. de jur. delib.* quod mutatum videtur in *d. l. ult. § 13. in fin.* ubi semel tantum conceditur.

Reliqua ad jus deliberandi pertinentia, petantur e positionibus & Prælectionibus nostris aliorumque *ad § 6. Inst. de Hered. qual. & diff. & ad tit. ff. de jur. delib.* a quibus nihil in usu discrepans occurrit in memoriam.

3. Sequitur beneficium Inventarii, de quo observanda sunt hæc tria. I. Jus quo competit, II. Modus, quo exercetur, & III. Effectus hujus beneficii. De singulis aliquid dictum ad *d. tit. Inst.* sed usus & momentum negotii flagitat ampliorem tractatum.

Quod ad primum attinet, Jure Romano cunctis heredibus, secundum ordinem quo defertur eis hereditas, datur beneficium Inventarii libere, & absque metu turbamenti ab aliis remotioribus cognatis, ut Justinianus in *d. l. ult. per totum* docet.

Lege recentiore secundum Edictum Caroli V, quod alibi quoque Belgicæ obtinet, in Hollandia fere per omnia, sicut in Frisia, teste Grotio *lib. 2. part. 21. n. 21. & seqq.* tum demum hoc beneficium competit, quando nemo de sanguine familiave reperitur, qui pure velit hereditatem adire: talis enim præfertur, licet is, qui vult inventarium facere, testamento sit institutus, *lib. 1. Stat. tit. 18. artic. 1.*

An & maritus hoc jure potest uti, si uxoris cognati beneficio uti velint? quomodo apud Sandium legimus relatum accidisse, cum amita defunctæ mulieris vellet impetrare beneficium *lib. 4. tit. 12. def. 3. sub fin.* Non est prolixæ res disquisitionis, neç dubiæ subtilitatis.

Cum enim illud jus prælationis tribuatur iis tantum, qui de sanguine defuncti sunt, *van den Geslachte*, nihil est causæ, quare conjuges admittendi sint, etsi aliquando jus succedendi ab intestato habeant, ex Edicto *Unde vir & uxor*; non pertinent tamen ad tres ordines consanguineorum, de quibus agitur in *Nov. 118.* neque proinde ab hunc articulum Statuti: Ut nihil mirum sit ita judicatum esse a suprema Hollandiæ Curia, referente Neostadio *Decis. 7.*

Qui pure vult adire atque præferri, debet hoc indicare, postquam alter petiit literas faciendi inventarii, sed antequam actis legitime fuerint *intimatæ*; quod si peritor Inventarii tum velit mutare consilium, qualitatemque puri heredis induere, non prohibetur: Quidni enim, cum heres jam sit, possit omittere, quod in favorem ipsius

* Hi vero heredem Jure Civili intra novem, nostro Jure intra 30. dies urgere non debent. *Nov. 115. c. 5.* Brunn. *ad l. f. C. d. Jur. deb. n. 50.* ℣. R. *l. 3. art. 15.* Carpz. *P. 3. C. 14. def. 15.* conf. Disp. Horn. *de Jure diei trigesimi.*

est

est comparatum? atque ita judicatum est apud Sandium *d. defin. 3. tit. 12.*

Quod si intimatio in acta fuerit perfecta, beneficiumque inventarii plene sit acquisitum, frustra seroque cognati se fatigant; neque tum quidem e pluribus heredibus idem jus succedendi habentibus, alter vel quidam offerendo puram aditionem, alterum vel cæteros excludere possunt, ut judicatum est a Curia *inter Barbaram Reen & Viglium Ayta, ante vigiliam Quadragesimæ 1682.*

Præterea jure civili confectio inventarii & ejus beneficium, competit heredibus ipso jure; ut ipsis debita forma, sine venia vel auctoritate magistratus, descriptionem rerum hereditariarum facere liceat, *d. l. ult. § 2.* sed moribus hodiernis, & secundum Statuta nostra, impetrandum est hoc jus a Principe, vel secundum nostrum stylum, inquit Sandius, a Senatu, *d. def. 3. a pr.*

4. Justinianus inventarium vult inchoari intra dies triginta, ex quo heres scivit hereditatem sibi esse delatam, idem intra dies sexaginta jubet absolvi, *d. § Sin autem dubius. l. ult. C. de jur. delib.* Sunt hic duo tempora observanda, quorum alterum est dierum triginta, dierum sexaginta alterum.

Præfixum est ex eodem Caroli Cæsaris edicto, spatium quadraginta dierum ab impetratione beneficii exercendum, intra quod tempus dierum 40, non modo inchoari, sed etiam perfici debet inventarium; *confici curabunt justum inventarium*, habent verba Edicti. Sic quoque Sandius in sæpe laudata *defin. 3. tit. 12.* utrumque tempus & incipiendi & perficiendi inventarii, hisce verbis adstringi, docet *in vers. quicquid sit.* ut adeo beneficium Inventarii suo quidem tempore inchoati, sed non perfecti, amittatur, ut Curia censuit *in causa Luciæ F. & Creditorum &c. d. 20. Decemb. 1679.*

Sed an sublatum est Statuto isto spatium illud menstruum, intra quod Justinianus inventarium voluit inchoari, *d. § 2.?* an etiamnum intra mensem utilem impetrari debet hoc beneficium? Abolitum esse, putat Sandius, eo quod spatium *quadraginta* dierum tam incipiendi quam absolvendi tempus spectet, idque demum sit putandum, *ex quo literæ sunt impetratæ.*

Quidni vero simpliciter ita dicas? Edictum considerat impetrationem, ut principium faciendi inventarii; hoc autem principium, sive hæc impetratio quando facienda sit, non exprimit, ideoque sicut omnia in Statutis omissa, repetuntur ex jure communi, quid vetat, hoc etiam ex lege Justinianea suppleri?

Instat Sandius: *Casus*, ait, *omissus ex Jure communi, non potest suppleri aut decidi, quia ignorat hunc modum beneficii impetrandi per diploma Principis vel Senatus.* Atqui beneficium Inventarii est ex jure communi. Initium Inventarii tam nunc quam olim, aliquo tempore faciendum est; an hæc diversitas modi, quo competit, tollet regulam perpetuæ apud nos observantiæ, ut Statuta ubique conferantur atque suppleantur ex jure Romano? unde igitur habemus notabiles effectus illos hujus beneficii, de quibus nihil est in hoc Edicto, nec in toto capite *de beneficio Inventarii*, quod est in Statutis?

Quicquid tamen ex ratione juris disputari quear, non est dubia praxis in eam partem, quam Sandius tuetur: Ideoque non prohibentur heredes quovis tempore se conferre ad hoc beneficium, nisi creditores eos urgeant; Nam antea dictum est, sicut jus deliberandi, quod cis triginta annos peti potest, ab herede continuo petendum est, si creditores eum hac gratia conveniant, ita facere possunt, ut heredes intra certum tempus declarare debeant, utrum puri heredes, an sub hoc beneficio esse velint; ita Sandius existimare se ait *d. defin. 3. in fin.* Novissime Ordines nostri statuerunt, ut Inventarium confecturus, intra tres menses, ex quo heres scivit hereditatem sibi esse delatam, petat Inventarii beneficium, post illud tempus non admittendum, edicto *d. 21. Febr. 1685.*

5. Ad primum articulum de jure, quo competit inventarii beneficium, pertinet observatio de immixtione facta in rebus hereditariis, antequam heres inventarii confectionem inchoaverit, vel, ut nostra fert ratio, impetraverit. *Jure communi heres, qui ante imploratum beneficium inventarii, res hereditarias attrectavit sine dolo malo, propterea non privatur isto beneficio*, verba sunt Sandii nostri *lib. 4. tit. 12. def. 6.* ubi auctores ἐυόψηφοι.

Verba Justiniani *in d. l. ult. § 12. Sin vero postquam adierint, vel sese immiscuerint, præsentes vel absentes, inventarium facere distulerint, & datum jam a nobis tempus ad inventarii confectionem effluxerit; tunc ex eo ipso, quod inventarium secundum formam præsentis constitutionis non fecerint, & heredes esse omnimodo intelligantur, & debitis hereditariis in solidum teneantur.* Differte tum demum ex aditione vel immixtione docet heredem teneri, *cum tempus ad inventarii confectionem datum effluxerit.*

Aliter Statutum noſtrum *d. lib. 1. tit. 18. art. 2.* formam inventario conficiendo præſcriptam, vult obſervari in omnibus, *priusquam heredes quicquam de rebus hereditariis contrectent*, ſive, ut textus habet, *voor dat ſy daar van iets ſullen aenvaerden*, & adjicitur pœna, quod pro puris heredibus ſint habendi, *ſi ulla bona apprehenderint, antequam ſolennia* Statuto *dicta perfecerint.* Palam igitur eſt, eum, qui res hereditatis apprehendit, implorare non poſſe beneficium inventarii.

Sed nihilne refert, quo animo res apprehenderit? Certe, ſi cum animo heredis eas contrectaverit, non eſt dubium, quin heres purus fiat, ex mente Statuti, licet a Juſtiniano non diſtinguatur in *d. l. ult. § 12.*

Sed Contrectatio, quæ fit absque animo heredis, fit vel cum propoſito ſibi habendi, vel alio innocenti conſilio, veluti, ſi quid pietatis cauſa fecerit, ſi quid cuſtodiæ cauſa, ſi quid non quaſi heres egerit, ſed quaſi alio jure dominus, putans rem eſſe ſuam, hiſce caſibus non videtur amitti hoc beneficium, modo conſilium illud animi probetur; in quem finem, qui ex lege vel e teſtamento heredes ſunt, recte facient, cum tale quod inſtituunt, ſi teſtentur, non animo heredis ſe gerere, quæ gerunt, ſed ita quemadmodum diximus, vide *l. 20. in pr. & § 1. ff. de Acquir. vel amitt. hered.*

Propoſitum ſibi habendi, vel cum dolo conjunctum eſt, vel eo caret. Doloſa contrectatio & ablatio de rebus hereditariis per furtum, duplo mulctatur, in *d. l. ult. § licentia. 10. C. de jur. delib.* ſupra quam mulctam plerique Doctores opinantur, adhuc amitti beneficium Inventarii, quod tamen recte Sandius *d. lib. 4. tit. 12. def. 6.* contra diſputat, ex mente Juſtiniani in *d. l. ult. § 10.* qui vult, heredem furti convictum, in hereditatem computare duplum ejus, quod furripuerit; neque hoc mutatum apparet in *Nov. 1. cap. 2.* Si beneficium inventarii Cæſar amitti voluerat, id in eo loco, ubi tota inventarii doctrina ex profeſſo exponitur, collocari debuiſſet, aut in *d. l. ult. aut in d. N. 1.*

Sed verba Statuti noſtri modo relata, dubitare non patiuntur, quin is, qui dolo malo res hereditarias animoque lucri faciendi apprehendit, hoc beneficium amittat, itaque recte colligit Sandius *d. def. in fin.* & judicatum refert; nec ideo minus pœna dupli locum haberet, ſi noſtris moribus hæ pœnæ juris civilis, dupli, tripli, quadrupli non eſſent abolitæ.

Quando quis contrectat res hereditarias ſine dolo, ſicut evenire poteſt ex curioſitate, vel ex opinione, quod aliquæ res ſibi legata ſit a defuncto, numquid is inventarii beneficium amittat & purus heres fiat, merito ambigitur; & quamquam verba Statuti generalia ſic ferre videntur, ut beneficio non poſſit uti, qui res hereditarias apprehenſit, ac ita Sandius *d. def.* res tamen omnino juber, id ita temperandum, ut innoxiæ contrectationes excuſentur, non perinde ſi quæ audaciores & ſuſpectiores ſint;

Quomodo Jus dictum eſt adverſus filium, qui, matre defuncta, claves a vicinis petierit, capſaque recluſa chartas hereditarias ſecum abſtulerat, perſpectasque dein reſtituerat, ac inſuper ex ſtola matris nigra veſtem ſibi lugubrem confecerat, dicens, eam huic rei a matre ſua fuiſſe deſtinatam, ſibique in eum uſum donatam; repulſus eſt a beneficio Inventarii, *in Cauſa Tjepke Harmens Piersma cum ſoc.* contra *Nicolaum Groen. ante natalitia Chriſti 1679.*

Denique & hoc obſervandum; Apprehenſionem factam poſt inventarii jus petitum, antequam perfectum ſit, ſemper videri factam cum animo heredis, quem jam profeſſus eſt ille; niſi quid cuſtodiæ conſervandive cauſa factum eſſe appareat, ut ex ſæpe citata *l. 20. de Acquir. hered.* ſuperius intellectum eſt.

6. Sequitur modus, quo fieri debet Inventarium. Juſtinianus ita præſcribit *d. l. ult. § 2.* Intra dies XXX. poſt apertas tabulas, vel notitiam delatæ hereditatis ab inteſtato, exordium capit inventarium; hoc eſt, deſcribuntur res a defuncto relictæ, *ſub præſentia tabularium cæterorumque, qui ad hujusmodi ſubſcriptionem neceſſarii ſunt.*

Quinam illi cæteri? Exponitur hoc in *Nov. 1. c. 2. §* 1. ſunt creditores, legatarii & fideicommiſſarii, quorumque præterea intereſt, aut qui res eorundem agunt; abſentibus quibusdam, aut omnibus, teſtes adhibendi tres ad minimum.

Denique, ſubſcriptionem heredis, (*præmiſſo venerabili ſigno*, ſynopſis Baſilicorum vertit προσκυνητῷ σημείῳ, *adorabili ſigno*, ita crevit ſuperſtitio.) qua commeatur *& quantitas rerum* in ſumma, quæ poſſit exprimi & declaratio, *nullam fraudem eſſe factam, quæque res ſub herede maneant*; atque hæc omnia ſex ſanctæ dies abſolvenda ſunt.

In quibus articulis mores noſtri inde abeant, facile conſtabit. Primo quidem ſigni venerabilis

lis nulla mentio apud nos, non quod signum crucis, manu vel calamo factum, sit indignum iis, quibus summa spes & gloria Christus crucifixus; sed minuendæ superstitionis causa; siquidem primo tantum *venerabile signum* fuit, ut a Justiniano appellatur; sub Leone, qui Basilica edidit, tribus fere seculis postea, signum προσκυνήσιμον *adorandum* est habitum, quod deinceps in infestam idololatriam degeneravit. Ideo Reformatoribus visum satius, hoc signum penitus eliminare ex usu hominum, & inculcare, crucem solis cordibus insculpendam; rectissime; nisi plebs, ejusmodi imitamentis religionum exuta, cum sensu imo non tangatur, speciem quoque religionis aboleret, quod utrum superstitione sit minus malum, habet ἀναθεώρησιν. Facultate Inventarii faciendi impetrata, heres initium descriptionis facere debet, adhibito apparitore Curiæ, aliove ad eam rem a Curia delegato, sub præsentia duorum testium: eamque descriptionem intra dies *quadraginta* perfici oportet.

Ergo ad descriptionem non vocantur creditores & legatarii, sed fides descriptionis in Apparitore testibusque requiescit.

In testibus requirit Justinianus non tantum, ut *sint optimæ opinionis, sed & possidentes substantiam, d. N. 1. c. 2. § 1.* Statutum nihil addit de qualitate testium, ideoque sufficiunt fide digni; quibus in judiciis, in testamentis, aliisque publicis actis, fides haberi potlit ac soleat: Quanquam sane momentum rei non respuit accurationem Cæsaris, ob periculum fraudis, quam heres prætextu inventarii cum apparitoribus machinari posset: haud temere enim hodiernis Apparitoribus applicare possis, quod Imperator ait de tabulariis *in d. § 1. Tabulariis enim solis, quantum ad hoc competit, non credimus;* quorum idcirco fides qualitate nec non gravitate testium, merito sustinenda videatur; maxime cum hi quorum interest, ad descriptionem non vocentur.

Subscriptio heredis, ad amoliendam malitiæ suspicionem, (quam Cæsar adeo necessariam statuit, ut, si heres scribere nequeat, specialis tabularius ad hoc sit adhibendus,) ab *Statuto* non exigitur, verum ejus loco jusjurandum, quod heres publice apud acta præstare debet, fungitur; etsi Justinianus ultra subscriptionem, heredis ipsius testiumque juramentum injungat, *d. N. 1. C. 2. § 1.*

Describenda sunt bona tam mobilia & immobilia, quam nomina & obligationes, non etiam æs alienum aliave onera, quorum recensionem lex Justiniani atque Statutum non requirit; nec opus est, dum sufficiat creditoribus scire, quid vires hereditariæ, unde satisfaciendum est illis, ferant.

Descriptione durante, nihil Inventariensis pro herede gerere debent, non vendere, non locare res hereditarias, si fecerint, pro puris heredibus habentur, ut monere jam occupavimus, ac ita sine hæsitatione jus dicitur, & memini dictum haud levi detrimento eorum, qui formam Statuti neglexerant; ea credulitate, quod impetratis inventarii faciendi literis, putabant, innoxium sibi fore, si quid facerent non animo diminuendi, sed administrandi: salva scilicet in integrum *restitutione* pro iis, quibus hæc jure competit.

His omnibus intra quadraginta dies absolutis, heres curare debet, ut res hereditariæ mobiles æstimentur ab hominibus juratis, qui æstimationibus faciendis a Magistratu cujusque loci, ubi jacet hereditas, sint præpositi. Consequenter cavere debet, illud pretium creditoribus & legatariis præstitum, cæteraque bona recte custoditum iri; quæ cautio cum prætoria sit atque extrajudicialis, per fidejussores confirmanda est, *arg. l. 7. ff. de Prætor. stipulat.*

Justinianus ejusmodi cautionem diserte non requirit, sed ex eo, quod expressit, colligi potest, eam esse necessariam, cum ait, heredes inventarienses teneri, *in quantum res substantiæ ad eos devolutæ valeant.* Valor autem non potest haberi sine venditione vel æstimatione, sed ad venditionem heres non tenetur, quia dominus rerum est, ideoque potest eas retinere, si velit; atque tum res loquitur, æstimationem esse faciendam, cum aliter haberi non possit valor. Novo Ordd. Decreto, debet cavere pro fideli administratione & conservatione, non modo rerum æstimatarum, sed omnium bonorum, quæ cautio publicis actis inseratur, ejusque copia fiat Creditoribus, sub pœna *heredis puri. Edict. d. 21. Febr. 1685. art. 2.*

Quid igitur, an heres, si malit in continenti publica auctoritate res vendere, priusquam eas contrectet, nonne potest? Nulla causa dubitandi videtur; cum æstimatio saltem hoc fine fiat, ut valor constet, quem per venditionem immediate consequimur. Proinde nec consensu quidem creditorum

ditorum ad hanc venditionem opus esse videtur; sed tutius est hunc adhibere, vel si recusent, judicis auctoritatem implorare; quia plerique, licet creditores consentiant, tamen & Curiæ adsensum petere solent, ob religionem *Statuti:* cujus verba sunt de æstimatione, neque venditionis meminerunt, tametsi utique non injungant æstimationem, sed eam permittant in *fine d. artic. 2.* ubi, *sub qua cautione licebit illis frui bonis prædictæ hereditatis.* Ergo supponitur venditio esse licita, & æstimatio defectu ejus introducitur.

Quæsitum ex facto, si descriptio duraverit ultra dies quadraginta, cum bona diversis locis sita essent, an heres beneficium amisisset; & judicatum fuit, amittere. Nam ait Statutum, *Heres curare debet inventarium confici intra dies XL. post impetrationem litterarum. Quo facto, fieri debet æstimatio &c.* Quæ verba negotium perfectum, non inchoatum significant; præter quod absurdum foret, si cum nullum tempus sit, quo peti debeat inventarii beneficium, ne quidem foret ullum tempus, quo absolvi deberet.

Quod si res sint tam multis tamque dissitis locis sitæ, ut intra tempus Statuto præscriptum describi nequeant, ampliatio a Curia peti potest: Etiam vero, si tempestate hyemali similibusque gravibus causis, impediti fuissent heredes, restitutio in integrum contra lapsum temporis, vix posset negari. Quæsitum fuit, an descriptio facta statim a morte, Judicis officio, ut fit, ubi heres non adest, vel minor est, non sufficeret pro Inventario; Et judicatum est, non sufficere, quia forma Lege præscripta rigide servanda, neque mutari potest; nisi creditoribus & cæteris quorum interest, consentientibus. Hoc tamen visum, Apparitorem Curiæ, posse testibus & solennitatibus consuetis adhibitis, priorem descriptionem recognoscere, & cum bonis conferre, ut non opus esset novam facere descriptionem, ad libellum *N. Nolli* Curatoris &c. *d. 2. Mart. 1680.*

Hactenus descriptio & Inventarii confectio, sine Creditoribus & iis quorum interest, parata fuit, quorum tamen præsentiam lex Romana non immerito requirit: neque Statutum eos excludit, nec poterat enim; sed commodius, ut videtur, hanc rem administrat; Etenim, si creditores omnes descriptioni bonorum interessent, ut sunt mores seculi, hereditates, quæ semper hoc casu sunt angustæ, sumptibus exhaurirentur, nec sine confusione res geri posset.

7. Ideo creditores & legatarii, vocantur ad *Interimentum*, sicut appellatur: est declaratio Curiæ, qua hæc inventarium factum approbat, & audito consensu creditorum, juramentoque heredis, indulget beneficium legis. Præses Auditoriæ publicæ, *Commissarium ad Rotulam* vocant, hanc declarationem pronunciat & jusjurandum exigit.

Intimatio sive *interinatio* talis jure civili non usurpatur, quia universum Inventarii negotium a Justiniano privatæ dispositioni relinquitur; sed introducto jure, quod hoc beneficium a Principe sit petendum, consequens erat, *interinandi* actum accedere, ad id, quod ab apparitore delegatove ad inventarii confectionem gestum fuerat, confirmandum. Tum vero, quia creditores non adfuere descriptioni, danda fuit illis occasio custodiendi jus suum, respectu hujus beneficii, quod tantum illis præjudicium creat.

Quinam citandi sint, Statutum non exprimit; sed tantum ait in *d. tit. 18. art. 4. Literas hujus beneficii interinandas esse secundum veterem stylum & ordinationem Curiæ.* Juxta naturam negotii dicendum erat, tres hominum ordines esse vocandos: I. Creditores, vel qui pro talibus se gerunt. II. Legatarios, & quicunque testamento sunt honorati. III. Propinquos, ut hi declarent, an hereditatem pure adire velint. Imbert. *lib. 1. Institut. for. cap. 8. verb. Gratia.*

Sed hoc postremum non observatur in foro nostro, nec est in Statutis quicquam, unde colligi possit, id esse necessarium. Duntaxat est scriptum, cessare beneficium, si quis e propinquis pure velit adire; ut autem hi, licet remotiores, ad eam rem citentur invitenturque, nihil est quod jubeat, bene habet si veniant, & jus suum obtinebunt; Inventarii confectio sine illis absolvitur.

Quomodo autem Creditores vocari poterunt omnes, siquidem æs alienum non necessario describitur; ut *paulo superius* dictum est? Enimvero solent nomina Creditorum referri in Inventarium, etsi nec Statutum, neque lex Justiniani id exigat; sed eorum recensionem adeo necessariam esse, ut omissio æris alieni vitium adferat inventario, negandum est; denique nec omissione quorundam Creditorum amittitur beneficium, etsi Doctores vulgo utrumque aliter statuant, secus tamen recte judicatum est a Curia, teste Sandio *d. lib. 4. tit. 12. def. 4.*

De priore nulla ratio dubitandi est, consideranti Legem atque Statutum; de posteriore speciosior est dissensio, quia Cæsar in sæpe dicta *l. ult. & Nov. 1. c. 2. § 1.* præcipit, *omnes convocari legata-*

rios & fideicommissarios, (quanto magis *creditores!*) & dein § 2. ita subjungit; *si vero non fecerit inventarium secundum hanc figuram sicut prædiximus, non retinebit Falcidiam &c.* Vult Cæsar, creditores & legatarios omnes ipsi adesse confectioni Inventarii, quod Statutum aliter ordinat ejusque loco substituit convocationem ad *Interinimentum*, quæ proinde similiter *omnium* fieri debet creditorum; vel si omnes cogniti non sint, Edictum convocationis publice proponendum est, ut monet Gail. *lib. 1. obs. 57. n. 6. & 7.*

Edictum quidem ejusmodi, nostratibus raro, aut nunquam in usu est; sed ita jus apud Curiam dicitur; Inventarii beneficium non amitti, neglecta citatione quorundam creditorum, utique non respectu eorum, qui vocati fuere; sed quod attinet ad non citatos, hoc jure utimur, ut Inventariensis eorum intuitu pro herede puro habeatur, ut Sandius scribit *d. decis. 4. in fin.* Et videtur Jus civile contentum esse hoc temperamento, cum nihil amplius dicat, quam si heres non vocet omnes legatarios, adde sis, creditores, Falcidiam retinere non posse, ab iis videlicet, quos non vocavit.

Si creditores putent, se rationes habere justas, quare beneficium hoc heredi non sint indulgendum, habent facultatem se opponendi in judicio; & fit hoc casu disceptatio summaria de octiduo ad octiduum, nec ulterius quam ad duplicationem usque, ne res diu pendeat in incerto, *d. lib. 1. Stat. tit. 18. art. ult.*

Nemine contradicente, Heres admittitur ad jusjurandum, quo profitetur, se nihil amovisse, vel reticuisse; si quid deinceps emerserit ad hereditatem pertinens, id se collaturum in medium, omniaque fideliter administraturum. Præstatur juramentum publice, in audientia Rotulæ coram Commissario; nisi dignitas personarum faciat, ut repetenti concedatur jurandi facultas in Recessu Curiæ, præsentibus aliquot creditoribus eorumve Procuratoribus. Novo Edicto cautum est, ut, si creditores se opponant, heres intra duas hebdomadas petat Curatorem bonorum, qui bona pendente lite super *Interinimento* administret, idque præsentibus creditoribus, & cum renovatione inventarii a Curatore faciendi, *d. Ed. 1685.*

8. Sequitur *hujus capitis* pars tertia, de fructu effectisque beneficii, de quo loquimur. Statutum de his nihil habet; ideoque recurrendum ad jus commune, quod copiose exponitur in *d. l. ult. § 2. & seqq. & Nov. 1. cap. 2.* & a nobis relatum est in *position. & prælect. ad tit. Inst. de Hered. qualit. & diff.* Triplex id esse constat; *non teneri ultra vires hereditarias; detrahi posse Falcidiam, & retineri, quod defunctus heredi debuit:* hæc fusius explicari, post ea quæ *ad Inst.* dicta, nihil opus est.

Multo minus; exponi controversiam, an quod lex de Falcidia tradit, etiam de Trebellianica accipiendum sit, quod illic negative concluSum; sed heic agimus de legum atque morum discrepantiis, inter quas hæc non ponitur.

Nec ea quidem hujus loci quæstio est, an inter incommoda neglecti Inventarii, quæ beneficiis directe contraria sunt, etiam hoc sit reponendum, quod liberi ne legitimam quidem deducere possunt. Existimamus, mitiorem sententiam, ut crebriori Doctorum calculo receptam, ita juris quoque rationi magis esse consentaneam, contra quam recentioribus multis visum, ut disputavimus in *prælect. ad d. tit. de Hered. qual. n. 5.* Una res illic obiter posita, magni momenti, hic recensenda est. Diximus, primum inventarii beneficium esse, *ne heres teneatur ultra vires hereditarias*, hoc ad *Inst. pag. 221. in fin. & seq.* restrinximus ad Creditores. *Sed Legatariis*, illic positum est, *nec olim, nec hodie, neglecto licet Inventario*, plus quam est in hereditate, debetur, *l. 1. § 17. ad SC. Trebell. § 1. Inst. de sing. reb. per fideic. relict.* Sed nonne, ut hoc temere excidisse videatur, faciunt verba *Nov. 1. c. 2. § 2. Si vero non fecerit inventarium secundum hanc figuram, sicut prædiximus, non retinebit Falcidiam, sed complebit legatarios & fideicommissarios; licet puræ substantiæ morientis transcendat mensuram Legatorum datio?* Ex quibus verbis communiter ita collectum videtur; *Heredem non facto inventario, teneri in solidum & ultra vires hereditarias, tam legatariis, quam Creditoribus.* Non muto tamen quod dictum, idque certi juris habendum puto. Neglectum inventarium fecit, ut heres in se recipere cogatur onus omne, quod heredibus jure antiquo incumbit, & nihil amplius, *l. ult. C. de jur. delib.* Atqui jure veteri non videtur heres legatariis ultra quam in hereditate esset, obligatus fuisse; *Neminem oportere plus legati nomine præstare, quam ad eum ex hereditate pervenit, quamvis Falcidia cesset, rescripto Divi Pii continetur, l. 1. § 17. D. ad SC. Trebell.* Idemque firmat Justinianus in *§ 1. Inst. de sing. reb. per fideic. Amplius quam aliquis ex testamento ceperit, inutiliter ab eo relinquitur.* Neglecti Inventarii nus-

quam hæc pœna traditur, quod legatariis in infinitum teneantur. Lex *ult. C. de jur delib.* quæ hac de re πραγματικῶς & plenissime agit, nihil aliud habet, quam eum, qui Inventarium neglexit, *debitis hereditariis in solidum teneri, § 10.* ut in solidum secundum antiqua jura omnibus creditoribus teneatur, § 14. addito *Falcidiæ* commisso, nihil præterea. Si hoc jus vetus & novum, novissime a Justiniano sit mutatum, verbis id maxime claris & prægnantibus factum sit oportet, sicut ille suas novitates cum apparatu introducit. Ad illa verba modo relata, ex *cap. 1. § 2. in pr. d. Nov. 1.* obiter quasi jus solitum collocant. Denique Justiniani verba Const. *Πληρώσει τὰς λεγατα-ρίας καὶ φιδεϊκομμισσαρίας, κἂν εἰ τὸ τῆς καθ-ολικῆς οὐσίας τοῦ τελευτήσαντος ὑπερβαίνη μέτρον ἡ τῶν λεγάτων δόσις. Legatariis & fideicommissariis plene solvet, etsi legatorum datio superet puræ substantiæ modum.* Substantia *puræ* est, quæ deducta Quarta & Lege Falcidia superest, ut appareat ex *fine* § 1. ubi Cæsar deductionem Quartæ Falcidiæ, vocat *τῆς ἀγωγίας κάθαρσιν τῆς τεκατεγομένης, purificationem ignorantiæ defuncti.* Deductis igitur ære alieno & Quarta Falcidia, substantia est *puræ.* Non facto autem inventario, heres etiam ultra modum *puræ* substantiæ tenetur, quia Falcidiam amittit. Atque ita hæc verba continere exegesin ejus, quod in *pr. objecti § 2.* proponitur, *ὁ παρακαθέξει Φαλκιδίαν, non deducet Falcidiam.* Hæc observatio tam certa videtur, quam nova quibusdam videri possit.

9. Porro in his, quæ ad usum executionemque inventarii pertinent, cum alibi a nobis exposita non sint, cumque nec suis dubiis ratione praxeos & theoriæ careant, aliquantisper continuabimus.

Et primo quidem Heres, impetrata confirmatione sive *insinuatione* beneficii, potest ac debet solvere, quicquid in *funus impensum fuit, vel in testamenti insinuationem*, sic ait Cæsar in *d. l. ult. § in computatione. 9. vel in inventarii confectionem, aliaque judicialia, denique in omnes hereditatis causas casusque necessarios.*

His persolutis, satisfacere potest creditoribus *qui primi veniant*, ita loquitur Justinianus *in d. l. ult. § Et si præfatam.* Etiam vero legatariis, *si interea venerint.* Solutio fit vel ex pecuniis hereditariis, vel rebus aliis, ut in hereditate reperiuntur, vel nummis ex earum venditione redactis.

Si postea superveniant, qui jure potiori præditos se esse doceant, hi nec heredem, nec emptores rerum ab herede venditarum, convenire possunt; sed legatarios vel creditores, juris ordine posteriores, actione hypothecaria, vel conditione ex lege compellare debent, *d. l. ult. § sin vero creditores & sequentibus.*

Proinde, si qui accepere pecunias, dilapidaverint eas, neque solvendo sint, hypothecarii creditores non habent, quo de suis debitis cum fructu experiantur; nec etiam Justinianus imperat, ut cautio ab his, qui primi accipiunt pecunias, exigatur.

Sed annon hoc iniquum, ut jus creditorum ita facto heredis intervertatur? Non videtur, nec enim heres aliter facere potest; Quilibet veri creditores habent jus exigendi debitum suum, & heres, sicut defunctus, tenetur omnibus ad solvendum; sicut defunctus non poterat personales creditores repellere, propterea quod alii forte potiores essent, ita nec heres potest, nisi potiores illi creditores ipso actu concurrant cum deterioribus; quo referemus verba *§ 9. in fin. d. l. ult. Temporum tamen prærogativa inter Creditores servanda.* Eoque respectu cautionem a primo venientibus exigi posse, consentaneum est, *arg. l. 41. de Judiciis.* Quo facit, quod Statutum nostrum exigit cautionem, quando debita quædam sunt liquida, quædam controversa, ut tum liquida primo solvantur, sub cautione, *d. tit. 18. art. 3.*

10. Ex his potest intelligi, an heres inventarii ensis subjectus sit Arrestis. Et quidem a nostra Curia non solita sunt adjudicati, *primo* quia lex dat facultatem heredi, primo solvendi his, quorum liquida sunt credita, ut neque prætextu illiquidorum retardari queant; arresto autem sine dubio retardarentur. *Dein*, quia, ut dictum est, heredem oportet exigere cautionem de restituendo, a creditoribus, qui hoc casu accipiunt pecunias, si deinde constet, eos non habuisse jus ante alios accipiendi; quæ cautio tollit Arresti necessitatem.

Verum enimvero hæc jura beneficiaque, Heredibus sæpe dederunt occasiones atque pretextus, abutendi suis privilegiis in necem creditorum & legatariorum, dein pretextu nominum illiquidorum & mole difficultatum, quæ in ejusmodi hereditatibus se prodant, eos sine fine protrahantur, ut non absurde *Beneficium* vulgo *maleficium* sit dictum; qua de re non apud nos solos querelæ auditæ sunt. Ordines Frisiæ huic incommodo in sæpe laudato Edicto conati sunt mederi, quatuor potissimum articulis sanctionum. I. Omnia bona mobilia & immobilia, nullis exceptis, intra annum

num ab impetrato beneficio, auctione publica venduntor. II. Intra annum ab impetratione beneficii, aut si res soli venditæ sint, intra sex menses ab ultimo solutionis termino, rationes administratæ hereditatis reddentur. III. Si Creditores se opponant beneficio impetrando, heres inde cis 14. dies Curatorem bonis, ut dicere occupavimus, a Curia constitui curabit. IV. Intra prædictum tempus anni, aut sex mensium post ultimam solutionem pretii rerum immobilium, heres creditoribus solvet, juxta ordinem juris, sub pœna amittendi Beneficii, & id quod interest læsis præstandi. Quod tamen ita videtur intelligendum, si dolus malus, aut lata culpa heredis, arguatur in ordine pervertendo, vel cautione negligenda. Nam si ad eventum præstandum teneatur, nemo aut hoc beneficio salvus esse, vel fidejussorem invenire posset.

Postremo loco monendum videtur, nostris moribus non obtinere, quod alii de consuetudine Belgii narrant; *Ad Inventarii confectionem, eos quorum interest, intra quindecim dies esse vocandos, qui, si non compareant, intra sex menses, quando sunt in Belgio. vel intra annum, si peregrinentur, exceptis personis de jure privilegiatis, suo jure super rebus venditis earumque pretio, privati censebuntur. Ita* D. Voetius ad *§ 5. Inst. de Hered. qualit. n. 5.* tanquam e plurium, quos allegat, sententia.

De quindecim diebus, nihil aut jure civili, aut Statutis nostris cautum; neque de sex mensibus: pœna autem, ut jure suo privati censeantur, adversatur rationi rectæ, jurique communi; quo datur actio hypothecaria, vel condictio ex lege iis, qui postmodum accedunt; & quidem condictio est perpetua, cum nusquam ei tempus præscribatur, *d. l. ult. § sin vero. C. de jur. delib.* sed pertinet hæc res ad usum citationis generalis, jure civili & nostro usu incognitæ, de qua locuti sumus *ad tit. de in Jus voc. n. 13. Part. II. pag. 596.* & ad *tit. Quib. mod. pign. vel hyp. solv. pag. 1075.* cujus scilicet ea vis est, ut nisi omnes quorum interest, intra certum tempus adfuerint, jure suo cadere intelligantur.

LIB. XXIX.

TIT. I.

De Testamento Militari.

I. Remissio, & recensio privilegiorum testam. Militaris & Usus ejus. II. De Testamento Parentum inter liberos. III. Circa eorum revocationem observatio. IV. De testamentis Principi oblatis & apud Acta celebratis. V. De testamento rustici. VI. Tempore pestis facto. VII. & ad pias causas.

Superiore libro de Testamentis solenniter actum. Sunt etiam privilegiata, quorum præcipuum est Militare, de quo fat actum *ad Inst. h. t.* Heic addemus, quod hoc privilegium habeant etiam hi, quos fortuna belli in hostili solo deprehendit, ita ut ibi decedant, *l. un. ff. de bon. poss. e testam. mil.*

Privilegia militum ad quatuor capitula referri possint. I. Ad modum testandi, quia remittuntur iis solemnia, ut possint facere & rescindere testamentum nuda voluntate, *l. 15. § 1. & l. 34. § 1. h. t.* ut etiam notis scriptum valeat, *l. 4. pr.* juncta *l. 6. § f. de bon. pos.*

II. Ad personam militis, si filius-fam. *pr. I. Quib. non est permiss. fac. test.* si capitis sit damnatus, valet adhuc eius testamentum, *l. 11. pr. h. t.*

III. Ad heredes & legatarios, cum quibus etsi non sit testamenti factio, possunt tamen a milite scribi heredes, *l. 23. § 2. de mil. test.* adde *l. 41. § ult. l. 9. C. h. t. § pen. Inst. de exhered. lib.*

IV. Ad ipsam quasi substantiam testamenti; Licet enim ei plura facere testamenta, ut omnia valeant, *l. 17. h.* Codicillis hereditatem dare potest, *l. 36. in pr. h. t.* Testamentum ejus non subjacet querelæ inofficiosi, *l. ult. § 1. & 2. C. de inoff. testam.* pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, *l. 7. de R. J.* quo facit *l. 17. pr. & l. 37. pr. h. t.*

Tamen sunt etiam Leges, quibus miles non est solutus, ut Lege Julia de fundo dotali, *l. 16. h. t.* L. Ælia Sentia, *l. 29. § 1.* Edicto de jurejur. conditionis implendæ causa, *§ 2. ibid.* Mulieri turpi nihil potest relinquere, *l. 41. § 1. h.* quod paganis licet, *l. 3. § 1. de Donat. int. vir. & ux.*

2. Hæc in locis, ubi jure civili utimur, ac apud nos eadem effusa libertate probantur, quæ legibus indulta

indulta est, ut valeat scriptum militis testamentum, etsi nullis testibus firmatum; non modo cum miles stat in procinctu, ut olim, sed omni expeditione durante, licet morbo decesserint, *modo non sint extra necessitatem expeditionis in aliis locis, vel suis ædibus, pr. Inst. h. t.* ut in hoc exemplo. D. ab Andringa Major Legionis Belgicæ, in expeditione contra Gallos morbo decesserat in quodam Monasterio apud Brabantos, *anno 1674.* In femoralibus mortui repertum est testamentum ipsius manu exaratum, plena complexione verborum, sed absque subscriptione, vel ipsius, vel testis ullius, quo sororis filium heredem scribebat, filia sororis præterita. Quæ hereditatem ab intestato petebat, ut testamento non militari; quippe non facto in loco expeditionis, & ratione voluntatis imperfecto: Sed probatum est a Curia testamentum, ut satis congruum *legi 15. C. h. t.* Quod apud hostes in carcere factum est, eodem sine dubio gaudebit privilegio, per *l. un. de Bon. poss. a testament. mil.* cujusmodi, vix tantum quod intelligibile, conditum in carcere Anglicano apud *Chelsey*, a nauta Frisio, valere respondi *17. Febr. 1666.*

3. Præterea solennitates nullæ requiruntur in testamento, quod parentes utriusque sexus inter liberos fecere, tam emancipatos quam suos, primi vel ulterioris gradus, Sand. *l. 4. tit. 1. defin. 6. l. 21. § ex imperfecto. C. de Testam. & Auth. seq. ex Nov. 107. c. 1.* quibus in locis dispositio illa Testamentum vocatur, ideoque etiam vim testamenti habere videtur; Quanquam alii disputant, esse eam potius *ultimam voluntatem intestati*, ut loquitur textus in *d. l. 21. § ult.* per *l. ult. C. famil. erciscund.* ubi, *licet ab intestato liberi ad successionem vocentur.* Unde sequeretur, quod liberi in ejusmodi testamentis non possint exheredari, ut disputat Ant. Faber *decad. 36. err. 5.* & Bachovius ei concedere videtur, *d. disp. 10. th. 6. lit. G.* Potest quidem testator dispares liberis relinquere portiones; sed hoc ipse Bachovius, licet dissentiens, explicat ita, ut non fiat vigore simplicis dispositionis paternæ, sed adminiculante officio arbitri familiæ erciscundæ, qui juxta voluntatem Patris assignat partes, *arg. d. l. ult. C. Fam. erc.* juncta *l. 2. C. de Inoff. donat.* præterquam quod talis inæqualitas non pertinet ad partes assis, sed ad divisionem rerum hereditariarum: verum ex *d. Nov. 107. cap. 1.* liquet, Institutiones etiam ex unciis, quot testator voluerit, fieri posse, quod satis arguit testamentum. Et tamen æquitas ac odium exheredationis, non abhorret ab illa sententia, ad exheredandos liberos requiri solenne testamentum.

Forma hujus testamenti præscribitur, ut Parens omnia manu sua clarisque literis, non signis numerorum exaret, & tempus adscribat, nec de aliis disponat, quam quoad liberos: Alios enim frustra facit heredes, cum eorum portio liberis accrescat, *d. l. 21. § 1.* Verum legata & fideicommissa, eadem scriptura comprehensa, effectum habebunt, *d. Nov. 107.*

In omnibus autem hisce textibus, dispositiones Parentum scriptæ dicuntur privilegiatæ, unde in nuncupativis diversum obtinere videbatur, *arg. d. l. 21. § 1.* juncto *§ 1. & 2.* ut disputat A. Fab. *dec. 35. err. 4. & dec. 36. err. 9.* quamvis contraria DD. sententia, in praxin forensem abierit, teste Sandio *l. 4. tit. 1. defin. 7.* quæ tamen nec ratione sua destituitur, neque e textibus explicite refelli potest. Quemadmodum & auctoritas Juris Canonici, quod ubivis duobus testibus cum Parocho contentum est, *cap. cum esses. 10. X. de Testam.* receptum est quod ad Testamenta ad pias causas, de quibus est *cap. relatum. 11. eod. tit.* Schneidew. *ad § 5. h. in fin.* Tiraq. *de privil. pia caus.*

4. Verum circa revocationem Testamenti Parentis inter liberos, quæritur, an adhuc obtineat, quod est in *Nov. 107. cap. 2. & Auth. Hoc inter liberos. d. t. C. de testam.* ubi statuit Justinianus, si Parens velit derogare priori testamento, quod jure privilegiato fecit inter liberos, eum condere debere perfectum testamentum, in eoque *id expressim significare, quod revocet prius testamentum inter liberos factum.* Hinc duæ res intelliguntur: Primo, Testamentum Parentis inter liberos privilegiatum, non tolli per aliud privilegiatum, sed per solenne duntaxat; secundo, non tolli illud ipsum per generalem clausulam derogatoriam, multo minus tacite per testamentum posterius, utcumque solenne perfectum, sed requiri specialem revocationem. Neutrum apud Hollandos aliasque gentes servari, testatur Grœnewegius ad *tit. C. de testam. l. Hac Consultissima;* Non prius, quia cum illic gentium, testamenta coram Notario duobusque testibus fiant, eodem modo revocari posse intelliguntur; non posterius, quia sic visum non fuit Curiæ Hollandicæ, ut relatum est apud Coren. *observ. 39.* Non ex generali principio sæpe laudato, nihil causæ videmus, cur utrumque præceptum hoc circa revocationem Testamenti Parentis inter liberos, non sit observandum;

dum; ut nec adfirmare ausim, apud Judices nostros locum inventuram esse limitationem Baldi, *in l. ut liberis. C. de Collat.* probatam a Sichardo ad *d. l. hac consultissima. num.* 7. & ab Rittershusio Jur. Justin. *part. 6. cap. 2. n. 11.* qui censet, istam anomaliam placuisse Justiniano in favorem liberorum; proinde, si posterius Testamentum sit favorabilius pro liberis, aut nulla parte iniquius, ad revocationem prioris nihilo plus requiri, quam in aliis omnibus ultimis voluntatibus infirmandis requiratur; Adeoque Cæsarem illam rigidiorem observantiam instituisse contra extraneos, quibus parens in præjudicium liberorum posteriore testamento voluit consultum. Non est in textu hæc limitatio, nec tamen ei repugnat, & habet æquitatem; ut melior sit pro jure condendo, quam pro jure condito interpretando.

4. Tertium & quartum in ordine Privilegiatorum testamentorum est, quod Principi oblatum, & Actis insinuatum est.* Utrumque nihil aliud solennitatis desiderat, quam conscientiam Principis, & insinuationem in actis publicis, *l. 19. C. de testam.* Nec verum videtur, quod Bartolus & alii, quos refert & prope sequitur Schneidewinus, *ad hunc tit. I. cap. de solennibus testam. n. 17.* volunt, duos testes in ejusmodi testamentis requiri. Ineptum enim est, requirere probationem eorum, quæ apud principem aut apud acta geruntur, cum talia satis superque eo ipso probata, imo probatione majora censeantur; Quo pertinent verba *d. l. 19. omnium testamentorum solennitatem superare videtur, quod inter tot nobiles probatasque personas etiam conscientiam Principis tenet.* Et mox, *securus erit, qui actis cujuscunque judicis aut municipum, mentis suæ postremum publicavit judicium.* Quamvis igitur solennitates vulgo requisitæ, in his testamentis cessent, non tamen imperfecta, sed alio sensu solennia sunt, ut ex verbis citatis liquet. Moribus gentium, testamenta apud acta condita frequentissimi usus sunt; Principi oblata rarioris. Apud nos utique inusitata, inaudita, nec tamen abolita, ut eo modo neminem testari posse, vix dici queat: Nisi quatenus quod nunquam sit, nec unquam fieri posse credi solet.

5. Hæc sunt privilegiata Testamenta, quæ omnibus legum requisitis eximuntur. Sunt etiam, quæ certis tantum solennitatibus liberantur, ut testamenta Agricolarum, quæque tempore pestis fiunt. De Agricolis est textus in *l. ult. C. de testam.* cujus apud nos etiam usus perquam rarus est,** siquidem & in Pagis assiduo fere servatur, ut septem testes adhibeantur; sic tamen, ut pro literatis subscriptionibus admittantur signa picta; at hæc res modo usum privilegii, cum id jam in omnibus testamentis promiscue sit receptum, sicut antea commonefactum est, amisit.

6. Sed Privilegium Testamenti tempore pestis facti, habet ampliorem his diebus usum, quam lege Cæsaris præscriptum est in *l. casus majoris. 8. C. de testam.* etsi apud Batavos, omnesque eos, qui testamenta faciunt coram Notario duobusque testibus, huic privilegio vix ullus sit usus. Sed dubitant illic Prudentes, an coram duobus testibus valitura sint testamenta nuncupativa, vel scripta a testatore sine testibus, si quando tempore pestis fiant; moresque Batavicos ea parte obscuros esse, narrat Grotius *Introduct. lib. 2. part. 17. in fin.* Adfirmativam placuisse Curiæ Hollandiæ, testatur Grœnew. ad *d. l. casus 8.* Sed Curiæ Parisienſi, ne quidem coram septem testibus factum sine scripto, tempore pestis testamentum, etsi Notarius rogatus accedere noluisset, probatum fuisse, testatur Robertus *2. rer. jud. 10.* Cæsares nihil aliud in hoc testamento remiserunt, quam quod ob timorem contagionis necesse non sit, ut testes, qui ad testamentum sunt vocati, eodem omnes tempore socientur & in unum conveniant, verum sufficiat, si alii post alios accedant, testamentumque signent. Sed quid; an non testes saltem singuli debent esse in

* Circa illud observandum, usum Saxoniæ requirere, ut testamentum ab ipso testatore, non per procuratorem, Principi offeratur. Carpz. *dec. 293.* Richt. *dec. 48. n. 2. sq.* Berl. *P. 3. Concl. 4. n. 32.* Hoc vero apud Acta cujuscunque judicii insinuari potest, imo etiam extra locum judicii coram tribus personis judicialibus offerri, aut coram Actuario, qui simul administrator judicii est, & Scabino uno. vid. *P. 3. C. Ll. 73.* In loco judicii si insinuetur, præsentia Judicis & Actuarii, imo si periculum in mora sit, unus ex illis sufficit, qui de periculo judicialiter testetur. *Dec. Ll. 45.* Cæterum etiam hoc testamentum ab ipso testatore insinuandum esse, docent Carpz. *P. 3. C. 3. d. 23.* Hartm. Pist. *l. 3. qu. 28. n. 5. sq.*

** In Saxonia Electorali Juris Civilis dispositio omnimodo observatur, teste Carpzov. *P. 3. C. 4. d. 40. sq.* In nonnullis autem Saxoniæ Communis provinciis, etiam testamentum coram parocho & duobus testibus conditum, pro valido agnoscitur. Coler. *P. 1. dec. 35. n. 4.* Richt. *dec. 28. num. 11.* j. Strur. *S. J. Ex. 32. th. 17.* Schilt. *ad ff. Ex. 38. § 116.*

præsentia testatoris? Id procul dubio necessarium, cum nihil magis contra fraudes expediat? At Græci *d.l.3.* ita interpretantur, ut testes separatim a Testatore signare possint; συγχωρείσθωσαν κεχωρισμένως ἐξ αὐτῆς σφραγῖσαι τὴν διαθήκην. *Permittatur seorsim a* testatore, *signare testamentum.* Verba legis sunt; *Testes hujusmodi morbo oppressos, eo tempore jungi atque sociari, remissum est;* Gothofredus & omnes, pro *oppressos* legendum censent *oppressis;* quia testium formidini videtur occurri, non ut peste infecti prohibeantur vocari, quod vix usum habeat: idque convenit Græcorum interpretationi. Statuendum nihilominus videtur, testes omnino testatorem audire, & videre loquentem oportere, sed mox posse recedere, ut separatim signent, cum alioqui testes integrum usque ad finem actum, coram ipso, quod est uno contextu, perficere debeant; ita tamen, ut legitimus testium numerus interveniat; cum septenarius numerus *ea lege* non sit sublatus, in verbis: *non etiam convenientis numeri eorum observatio sublata est.* Hæc igitur Constitutio satis modicum dat privilegium; sed Doctores sequentium seculorum, quibus horror pestis immensum crevit, animosque hominum penitus insedit, in alia omnia iverunt, testamentumque tempore pestis factum, quovis modo valere voluerunt, adeoque pro absolute privilegiato id habent, in quo nihil aliud requiratur, quam ut satis constet de voluntate testatoris; adeoque testes duo vel tres in eo sufficere creduntur, ut videre licet apud Gailium *lib. 2. obs. 118.* Nobis alioqui non videbatur tantum fuisse causæ ab Imperatorum præscripto recedendi; quia nostrates subacti non sunt tam indomito timore pestis, qualem in aliis gentibus regnare videmus; nec enim apud nos officia charitatis & vicinitatis inter cives præciduntur, non fratrem exhorrescit frater, & natum parens, gnatusque patrem. Nec veterum historiæ usquam referunt tam deformes effectus formidinis illius a contage, quales hodie in Christianis populis conspiciuntur. Nostrates veterem modestiam fiduciamque divinæ providentiæ, sine temeritate tamen, observant; quo tamen non obstante Sandius in *lib. 4. t. 1. def. 4.* refert, Senatum juxta communem hanc sententiam Doctorum judicasse; quod nec dubito, quin jam pro jure certo receptum, inque futurum sit observandum.

7. Idem accidit in Testamento, quod ad pias causas factum est; Huic enim jure Romano nullum privilegium datur, sed Pontifices illud absolute volunt esse privilegiatum, ita ut contenti sint duobus testibus omni exceptione majoribus *cap. Relatum. X. de Testam.* ubi ratio e sacris literis, *quoniam scriptum est, in ore duorum vel trium testium stat omne verum.* cui sententiæ in materia piarum causarum nolunt derogari. Æquitas hujus exceptionis merita quoque est omnium interpretum calculos, & Sandius refertur in *d. tit. 1. def. 13.* Senatum ita censuisse, *quæstionem hanc non esse decidendam ex Romano, sed ex jure Canonico.* Verum an exemplum, quod ibi commemorat esse judicatum, sit ejusmodi, ut ejus definitio ex jure Canonico petenda fuerit, Lector existimet. Erat ejusmodi; Quidam ab heredibus suis ab intestato successuris, fratre nempe & sorore præsentibus, pauperibus Ecclesiæ Reformatæ in pago N. reliquit centum florenos. Nonne hoc jure Civili constat; quando Testator præsentes heredes rogat aut jubet aliquid præstare, quod tum hi teneantur ad id præstandum, etsi duo tresve testes duntaxat adfuerint, imo etsi nullus adfuerit, modo constet, eos esse rogatos, aut ipsi confiteantur, *§ ult. Inst. de fideicomm. her. l. ult. C. de fideicomm.?* Plane, si Testator verba ad heredes ipsos direxisset eosque rogasset, ut pauperibus centum darent, obligati fuissent omnino *per illos textus,* ut quidem videtur, & diximus ad *tit. Instit. de fideicommiss. hered. in fin. & tit. de sing. reb. per fideic. rel.* ubi & Thomasius. Hæc usum nuncupationis in ultimis voluntatibus supponunt; a qua nonnullæ gentes quam sint alienæ, patet ex iis, quæ modo de Batavis & Galorum usu, diximus *n. 6. a pr.*

Tit. II.

De Acquirenda vel omittenda hereditate.

I. Remissio, de Acquisitione hereditatis, quæ ipso jure vel facto fit, ac usus hodiernus. II. An extraneo herede in ignorantia mortuo ante additionem, locus sit restitutioni. III. Novissima de Acquisitione & transmissione Hereditatis doctrina. IV. V. VI. An conditione impleta, hereditas sit adita cum effectu transmissionis. VII. De jure accrescendi in heredis institutione singularia quædam, Ratione fideicommissarii heredis ex re certa, & præscriptionis.

Locum

Locum de Acquirenda vel omittenda hereditate, habuimus ad *tit. Inſt. de Hered. qual. & diff. n. 8.* ut ad paratitlarem notitiam nihil admodum amplius requiratur. Comparatio quarundam poſitionum cum uſu hodierno, ex inſtituto noſtro ſupereſt. Prima *poſitio*, Sui heredes acquirunt dominium rerum hereditariarum ipſo jure, *l. un. de Lib. & Poſth. hered. inſt.* non æque poſſeſſionem, *l. 23. in pr. de Acq. poſſ.* Altera, Sui transmittunt hereditatem quoque non aditam, & neſcientes, in heredes ſuos, *l. un. §. 5. C. de Caduc. toll.* E contra Extranei nihil, quam aditione perpetrata, vel acquirunt vel transmittunt, *d. l. un. §. 5.* idque ſine diſcrimine teſtamentariæ vel legitimæ hereditatis, de quo Wiſſenb. ad *h. t. th. 10.* Harum poſitionum uſus pendet a jure patriæ poteſtatis, quod ubi viget, ita ſicut jure Civili proditum eſt, agnoſcit illas regulas, quemadmodum apud nos pro indubitatis habentur, ut docet Sandius in *lib. 4. tit. 1. def. unica, & tit 9. def. 1.* Aſt ubi patria poteſtas, ſive excellentes ejus effectus, in capite de patria poteſtate memorati, non habent locum, ibi Suitas & diſcretio hereditatis æque ignoratur, ut recte Grœnewegius ad *§ ult. Inſt. de Hered. qualit. & diff. & ad l. 3 C. de jur. delib.* Proinde quicunque heres e teſtamento vel ab inteſtato ſupervixit defuncto, hereditatem, quam non repudiavit, etſi ignorans, acquirere & in heredes ſuos transmittere intelligitur; idque non modo quod ad dominium attinet, ſed etiam quod ad poſſeſſionem, per decantatam fori Gallici regulam, maximam Europæ parte receptam: *Le mort ſaiſit le vif. Defunctus mittit vivum in poſſeſſionem;* de qua Tiraquellus *libro peculiari*, ut alias dictum. Apud nos, & ubicunque præterea jure ſcripto utuntur, differentia prædicta adhuc eſt in viridi obſervantia; ut extranei, ignorantes hereditatem ſibi eſſe delatam, ne quidem jus deliberandi ad heredes ſuos transmittant; cum ſcientia diſerte requiratur, ut alias dictum, ex *l. 19. C. de jur. delib.* idque Sandius exemplo rei judicatæ confirmat in *lib. 4. tit. 9. def. 1.* Teſtatrix anno 1584. prohibuerat aperiri teſtamentum, niſi Brugis in Flandria. Quod per bellum Hiſpano-Belgicum fieri non potuit, niſi tempore inducierarum anno 1609. quo jam mortuus erat heredum unus. Pars ejus ad heredes ipſius non eſt judicata pertinere, *d. def. 1.* Nec unquam poſtea dubitatum, quin id ita juris ac moris eſſet, etiam in hac ſpecie; Petrus Schelfinga fratre Johanne, qui aberat in Italia, herede inſtituto, mortuus erat. *Johannes* aliquandiu poſtea Romæ in fata conceſſerat; dubitatum eſt, an hereditatem ad ſucceſſores transmiſiſſet. Facti quæſtio habita eſt, utrum aditionis actum edidiſſet, idque ſcriptus heres, ut probaret fategit, *ante ferias caniculares 1679.* de jure, inquam, non eſt dubitatum.

2. Neque tum nec in Sandiano exemplo de beneficio reſtitutionis in integrum impetrando a partibus actum erat: quod tamen vulgo remedium habetur promptum, quo deficientis heredes, rigorem juris odiumque caduci vitare poſſint, ex *l. Papinius Avitus 86. h. t.* Sed Cujacius *ad lib. 6. Reſponſ. Papin.* cenſet, exceptionem ibi fuiſſe in favorem abſentis Reip. cauſa: eamque reſponſionem laudat Sandius, alii reprehendunt; in tantum, ut Thomaſius noſter reſtitutionem, non modo ex probabili, ſed etiam quavis ex cauſa putet concedendam, *Schol. ad poſit. 3. h. t.* Sed videndum, ne, ubi jura ſuitatis vigent, reſtitutionis in integrum termini illo caſu non exiſtant. Etenim quando is, cui delata eſt hereditas, defecit, ut ad ejus heredes transmitti nequeat ſucceſſio, quæ in pendenti eſſe nequit, vi legis immediate ad ſequentem gradum transfertur: *nec jacent vacua ſine Domino bona*, ſed ubi prior eſt excluſus, *incipit ad alios pertinere ſucceſſio*, perinde ac ſi prior non fuiſſet in mundo, *l. 1. pr. §. 6. & 10. de Succeſ. Ed.* Hoc jus poſteriori per leges quæſitum, ab herede poſteriori auferri non poteſt. Idque voluit Papinianus, quando reſtitutionem, *ſtricto jure non competiiſſe monet, quod intra diem aditionis Avitus obiiſſet.* Quale hoc ſtrictum jus? Quod nulla cauſa reſtitutionis ex Edicto heic applicari poſſet; & quod alii jus ſucceſſionis quæſitum, auferri non poſſet. Unde ob exquiſitam æquitatis rationem illic Imperator *in d. l. 86.* ſubveniſſe, dicendus fuerit, tam propter abſentiam Reipubl. cauſa, quam ideo, quod Procurator Aviti jam adiiſſet, quæ per hujus ignorantiam ratihabitione deſtituta erant. Non eſt igitur, ut jus ſucceſſionis non adita hereditate amiſſum a Judice per reſtitutionem inſtaurari queat; ſed opus erit *Diſpenſationis*, quod vocant, remedio, quo Principis auctoritate jus amiſſum ob ſingulares æquitatis rationes heredibus deficientis reſtituatur.

3. Hinc etiam judicari poteſt de quæſito notabili, de quo in exedra conſultoria varie reſponſum memini. Scripti erant heredes Fratrum & Sororum liberi; poſt mortem Teſtatoris aditaque ab extantibus fratrum & ſororum liberis he-

reditate, sed neque dum divisa, nascuntur alii sororum liberi, qui cum reliquis admitti cupiunt; non visum mihi fuit dubitandum, quin repellendi essent. Ex eo, quod supra dictum, jus quæsitum iis, qui hereditatem legitime acquisivissent, auferri non posse. Nam ut dicendum aliquis putet, hereditatem quidem ab iis, qui tempore mortis extabant, acquisitam esse illo tempore, sed revocabiliter & pro numero postea natorum minui hereditatem, id merito absurditatis arguit Peregrin. *de fideicomm. art. 22. n. 72.* auctoresque ab eo laudati. Cui accedit, quod nec ab intestato tales postea nati, si nec vivo testatore concepti fuerint, admitti possent, *per l. 6. in pr. de injust. r. test.* qua de re *ad tit. de suis & leg. her.* Sed hic voluntatis est quæstio: si pater leget filiabus suis non aliter posthumæ debetur legatum, quam si in aliqua parte testamenti posthumæ fecerit mentionem, *l. 17. in pr. de Legat. 1.* Hoc utique de posthumis alienis multo magis statuendum. Neque desunt, qui ampliandam putant hanc sententiam: uti, si quis fideicommissum reliquerit filiis Titii, tantum vocati censeantur, qui tempore testamenti extabant, non qui postea, vivo licet Testatore, sunt nati, quia motus videtur Testator affectu erga viventes & notos, qui in necdum natos nullus est: Sed hoc ita verum esse queat, si Titius sit extraneus testatori; In cognatis affectus sanguinis facile dictat extensionem ad posthumos, tempore mortis testatoris existentes, ut Peregrinus *d. art. 22. n. 14.* Bartolum secutus *ad l. si cognatis. ff. de Reb. dub.* Hæc igitur sententia sine dubio verissima est, Institutis fratrum vel sororum liberis, natos post obitum Testatoris & acquisitam hereditatem, non admitti in concursum; nisi verba Testatoris ejusmodi sint, ut verificari non possint aliter, quam si liberi postea nascituri comprehendantur, qualem casum Curia Brabantiæ putavit esse hunc; cum Testator dixisset, *Philippum fratris mei filium cum reliquis suis fratribus & sororibus heredes instituo*, Philippus autem *habebat fratrem unum & sororem* duntaxat unicam, teste Stockmanno *Decis. 26.*

4. Non est valde mirandum, jus illud rigidum Suitatis, post tot secula, multarum usu gentium esse abolitum; quando & ipso jure Romano non parum ex eo detritum est. Nam I. Liberi omnes, etsi non *Sui*, heredes a parentibus scripti, hereditatem ignorantes in suos liberos transmittunt, *l. un. C. de His, qui ante apert. tab.* II. Liberi omnes patri suo matrive suæ ipso jure succedunt, ac ita jus habent ignorantes transmittendi, *l. u. C. de suis & legit. hered.* sunt autem ambæ leges istæ ab iisdem Cæsaribus. III. Infantes undecunque delatas hereditates in suos patres transmittunt, *l. 18. C. de Jur. Deliber.* Extra hos casus Heredes non sui, hereditatem aliter acquirere aut transmittere, quam si illam ipsi adierint, nusquam leguntur. Et quoniam aditio requirit animum & propositum acquirendi, * *l. 20. h. t.* Curatores pro minoribus, & Tutores pro majoribus infantia, cum effectu transmissionis, adire non possunt, *l. 5. C. de jur. delib.* Sed pro infantibus Tutores aditione junguntur, *l. 18. C. eod.* An & pro Furiosis, qui similiter animo carent, etiam Curatores adire possunt? Negat Justinianus *in l. ult. §. 7. & 8. C. de Curat. fur.* Ideoque si Tutor pro infante non adierit, si furiosus, si minor, vel pupillus septennio major ignarus hereditatis delatæ, licet Tutor vel Curator adierint, si quilibet alii delatæ hereditatis ignari decesserint, hereditates, ipsis aliunde quam a Parentibus delatæ, non acquiruntur his, qui ipsis, sed qui illis, a quibus bona ad eos pervenere, sunt proximi, *d. l. ult. §. 8. l. 18. C. de jur. delib.* Moribus ut plurimum secus est, ubicumque regula de transmissione promiscua tam possessionis quam Dominii recepta est, ut ferme ubique est. In populis, qui jure scripto utuntur, ut noster, quo minus idem servetur nihil obstat, eoque pertinet Sandii observatio *4. 8. 9.* Etsi promiscuum jus transmissionis communiter hominum opinionibus ita inhæserit, ut parum absit, quin tacita observantia utique in pupillis & minoribus, sit approbatum. Egimus hac de re prolixius *ad tit. Inst. de Hered. qual. & diff. n. 10. & seqq.*

5. Cætera ad hanc doctrinam spectantia, retulimus ad *d. tit. Inst. de Hered. qual. & diff. n. 8. & seqq.* Duntaxat aliquot Positiones obiter ibi relatas, heic declarabimus. I. Heres implendo conditionem, non statim acquirit hereditatem, sed facultatem acquirendi consequitur, *l. 13. de Condit. Inst.* An igitur neque transmittit hereditatem, si post impletam conditionem nihil aliud egerit, per quod heredis acquiri solet? Non

* Fieri autem ea potest Jure Civili statim, Saxonico intra 30 diem, interim heredi sola custodia, non possessio, aut jus administrandi, competit. Mev. *l. 1. art. 22. Conf.* Carpz. *dec. 284. n. 14.* Id. *P. 3. C. El. 14. def. 16.*

videtur

videtur, quia conditione expleta, hereditas duntaxat quasi pure *delata* habetur, *l. 26. d. tit.* juncta *d. l. 13.* Sed jus deliberandi, ad quod scientia sufficit, transmittit, si intra annum moriatur, *l. 19. C. de jur. delib.* In suis heredibus quæstio de transmissione non habet usum. At tamen si paruerit conditioni Suus, hereditatem acquisivisse judicatur; & jus abstinendi amittit, *l. 86. § 1. de Hered. acquir.* quod rursus in extraneo secus est; hic enim post impletam conditionem, adhuc repudiare potest, *l. 1. § 1. de Condict. caus. dat. non sec.* Ratio differentiæ non est obscura, quod cum Suus ipso jure sit heres necessarius, & abstinendi jus a Prætore veniat, effectus juris facilius cum necessitate in Suo, quam cum arbitraria libertate in extraneo herede, coalescat. His consentaneum est, suis heredibus mortuis, antequam se abstinuerint, præsumi quod heredes fuerint: ideoque creditores bona paterna non minus quam propria filii, occupaturos. Sand. *d. lib. 4. tit. 9. def. 9.* Quod temperandum tamen, nisi contraria præsumptio adsit; quæ colligitur, si paterna hereditas onerosa fuerit, per *l. 12. h. t.* Certe, cum sui heredes liberos reliquerunt, hi licet pater non abstinuerit, tamen abstinere possunt, *l. 7. § 1. h.*

6. Non valet aditio hereditatis, nisi fiat ex certa scientia, testamento delata sit hereditas an ab intestato, item pure, an sub conditione; aliter facta, nec prodest neque nocet. Filia Patris heredem se dixerat inops, impune. Sed aucta deinceps hereditate, cum a Creditoribus Patris impeteretur, hac ratione se tuebatur, quod cum adiret, heredem ab intestato se putasset, deinde vero prolatum esset testamentum, Ἐυτόχως, *l. 13. & seq. h. t.* An etiam scire debuit, utrum ex parte, vel in totum hæres esset? nihil opus fuit, quia pro parte heres, etiam invitus sit heres in totum, *l. un. § His ita. 10. C. de Caduc. toll. arg. l. 1. & 2. h. t.* juncta *l. 7. de R. J.*

7. Scilicet Jure Accrescendi, de quo prolixe actum *ad tit. I. de Legat. n. 22.* præcipue quidem respectu Legatorum; sed & pariter de heredis institutione: In qua jus Accrescendi operatur etiam pro heredibus ab intestato, etsi nulla ibi proprie conjunctio. Heredes enim sive testato sive ab intestato, semper habent jus accrescendi, deficiente coherede, propter sæpe dictam regulam *l. 7. de R. J.* Sed quando variæ conjunctionum species permixtæ sunt, tunc qui sunt in quaque formula peculiariter conjuncti, reliquis præferuntur, *l. un. § 10. C. de Caduc. toll.* Velut, si dictum sit ita, Titius heres esto, Cajus & Sejus heredes sunto, aut fratris mei filii heredes sunto. Deficiente e posterioribus uno, pars ejus ad alteram e posterioribus solum pertinet, *l. 11. l. 23. & l. 15. in pr. l. 59. § 2. de Hered. inst.* Proinde similiter, si tres sint heredes ab intestato, qui jus habent singuli a possessore trientem petendi, ac unus eorum defecerit ante aditionem, reliqui duo singuli petent semissem, *l. 9. de Suis & legit. hered.*

In fideicommisso quid juris? Heres scriptus ex semisse rogatus est hereditatem restituere, restituit. Interim coheres defecit; Utri accrescet hic semis? Fiduciario, ut videtur; rogatus enim est de sua parte tantum, ne plus habeat fideicommissarius quam voluit Testator. Excipe, nisi fiduciarius adire & restituere compulsus sit, *L. Papinianus. 43. ad SC. Trebell.* quia tunc nihil lucri vel damni capit ex hereditate, *l. 4. eod.* Proinde tunc etiam quod accrevit, restituere debet, *d. l. 43.* Cujac. *12. obs. 12.* Numquid obstat, quod jus accrescendi partem adjicit parti, alluvionis instar, *l. 33. § 1. de Usufr.* quæ est ejusdem Papiniani? Ego ita existimo: In *l. 33.* non doceri, neminem posse habere jus accrescendi, qui nullum corpus hereditarium habet; sed quando pars fundi accrescit fundum habenti, tunc partem veterem & novam, quæ accrevit, eandem rem censeri. Cæterum, heres habet jus accrescendi ex voluntate defuncti; Fiduciarius autem est heres & manet heres, etiam post restitutionem, *§ 3. Inst. de Fideicom. heredit.*

Quare jam nihil vetat, opinor, quo minus si quis ex re certa cum alio institutus, quam rem certam ei capere non licet, etsi nihil de rebus hereditariis teneat, vi tamen heredis institutionis, cujus non est incapax, jus accrescendi, altero deficiente, sit habiturus. Quæ res pertinet ad firmandum rei judicatæ exemplum, quod retulimus *ad tit. de Hered. instit. n. 8.* ubi responsionem ad quædam objecta promisimus. Heres institutus erat ex rebus Transitulanis, unus; alter ex reliquis bonis. Hoc ante testatorem mortuo, priori totam hereditatem accrevisse judicatum est. Non obstat, inquam, *argum. d. l. 33.* ut demonstratum est. Nec obstat, quod heres ex re certa habens coheredem simplicem, pro legatario habeatur, *l. 13. C. de hered. instit.* legatarius autem jus accrescendi in hereditate habere nequeat. Hæc enim ratio faceret, ne heres ex re certa, licet ejus rei capax, jus accrescendi habe-

ret, quod secus tamen esse receptum, *superius* probatum est. Dicendum igitur: Quod heres ex re certa pro legatario habetur, id intelligendum esse, quando coheres acquirit hereditatem. Tertia oppositio est ex *l. 35. § 1. de Hered. instit.* ubi sic est traditum; Herede ex re certa instituto, si forte tantum sit æs alienum, ut nihil superesse possit, institutionem ex re certa factam nullius esse momenti. Multo magis igitur, si heres scriptus capere non possit illam rem certam. Responsio est, verba *d. l. 35. § 1.* similiter de eventu esse accipienda. Heredis institutio, rebus licet adjectis, in se potentiaque sua est universalis, restrictio ad res certas, venit ex officio judicis; quo nihil opus, si quando coheres non concurrat: Sed tunc universalis titulus in vacuam hereditatem incidens, occupat universam. Idque volunt DD. quando heredem ex re certa, mediæ dicunt esse mixtæque naturæ inter heredem & legatarium, ac uter modus ei sit applicandus, id *in suspenso* haberi, ut Bartol. ad *d. l. 35. num. 1.* item Saliceto, *ibid. n. 2.* Castrens. *n. 2.* Jason. *col. 5. in fin. & col. 6.* Ang. Aret. in *§ 6. Sed si quis. Inst. Quib. mod. test. infirm.* Bachov. *vol. 2. disp. 12. th. 1. lit. A. vers. Alterum membrum.* Quare cum heredis institutio, sicut est universalis, convenit heredi scripto, is ipso jure est heres & manet heres, si deficiente coherede, bonorum universitas ipsi pateat; quia tum judicis officium ad rei certæ adsignationem non pertingit. Unde liquet, hac parte non esse distinguendum, utrum coheres vivo testatore, vel post mortem ejus deficiat, secus ac quibusdam videri, scribit & ipse disputat Bachovius in *loco citato.*

Denique, institutionem ex re certa, vi potentiaque sua universalem esse, clare patet, quando diversi heredes ex rebus certis sunt scripti, nullus simpliciter aut ex parte assis. Tunc enim etsi res una valeat dodrantem, & altera quadrantem bonorum, singuli tamen sunt heredes ex partibus assis æquales & respectu rerum pro legatariis habentur, ideoque & onus æris alieni æqualiter ferunt, *l. 35. pr. § 1. & seqq. de Hered. Instit.* Sand. *4. 9. 3.* Proinde sunt heredes ambo universales, etsi judicis officio non adipiscantur plus, quam singulis relictum est. Idem inde ab initio juris est, quando unus ex re, alter simplex est heres; sed tunc utroque concurrente, qui rem certam habet, in eventu nihil aliud consequitur, quam istam rem certam, reliquis bonis penes heredem simplicem aut ex parte assis manentibus. Et tamen qualitas universalis ejus, qui ex re certa scriptus est, elucet in onere æris alieni, quod æqualiter cum herede simplici fert; usque dum Re forsitan absorpta, vis institutionis in nihilum resolvatur, *d. § 1. l. 1. C. si cert. pet.* Sand. *d. loco.* Christinæ. *vol. 3. decis. 20. & vol. 4. decis. 4. n. 6.* Robert. *4. rer. judic. C. 13.*

Postremo sciendum, jus Accrescendi locum etiam habere in casu Præscriptionis, si alter coheredum tempore sit exclusus, veluti quinquennio in casu Querelæ inofficiosi, *l. 23. in fin. de Quer. inoff.* anno vel breviori spatio in bonorum possessione, *l. 3. in fin. & l. 4. de Bon. poss.* junct. *l. 1. § 12. & seqq. de Success. Ed.* In aditione hereditatis ordinaria, non potest aliter quam triginta annorum præscriptione, usu venire, quod rarius accidit. Accidit tamen, & vidimus exemplum alibi quoque relatum, quorundam, qui post triginta tres annos hereditatis sibi delatæ certiores erant facti. Unus ex illis præscriptione exclusus erat; alter quod pars annorum 33. ipsi in pupillari ætate constituto non cessisset, admissus erat. Adjudicata est ei dimidia pars hereditatis, quia nec plus dimidia petierat: de jure accrescendi, quod hoc casu perspicue obtinebat, non cogitaverant. Ita fieri posse videmus, ut hereditas pro parte acquiratur, non jure, sed facto, vid. *ad tit. de Minor. n. 8. pag. 687.*

De modis amittendi hereditatem, egimus ad *d. tit. inst. de Hered. qual. & diff.* Quibus non pauca e superioribus addenda colligi possunt; Præter quæ nihil habemus singulare. Adde Wissenbachium *th. 16. & seqq. h. t.*

TIT. III.

Testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur, & describantur.

I. Tempus aperiendi testamenti. II. Modus. III. Quomodo clausum & obsignatum fuerit olim testamentum. IV. Ratio inspiciendi & describendi testam. V. Usus hodiernus.

Acquisitio hereditatis ab intestato delatæ, recta via potest fieri. Testamentum si extet, hoc prius aperiendum est, quod fieri moris erat a die tertio ad quintum a morte testatoris, vel ex quo

quo hères abſens redierat, inter horam diei ſecundam & decimam, ut ſcribit Paulus in *lib. 4. ſent. tit. 6.* *Moribus* hodiernis convenientius eſt, quod habetur in *Auth. Sed neque. C. de ſepulchr. viol.* ante exequias, adeoque ante nonum diem, nullam heredi moleſtiam eſſe creandam, adeoque nec cogi illum poſſe ad aperiendum teſtamentum.

2. Modus aperiendi erat, ut Prætor rogatus cogeret ſignatores convenire & ſigilla ſua recognoſcere, quorum ubi major pars conveniſſet, fiebat reſignatio, & recitatio, *l. 4. & l. 6. h. t.* ad abſentes tabulæ mittebantur, ut agnoſcerent, ne ſuo incommodo ad locum hereditatis jacentis ſe conferre cogerentur, officiumque ſuum illis eſſet damnoſum, *l. 7.* Quin & ſi plerique, vel omnes abeſſent ſignatores, Prætor aut Proconſul ad aperiendum procedere poterat, adhibitis optimæ opinionis viris, coram quibus fieret deſcriptum & recognitum inſtrumentum, ut deinceps ad ſignatores abſentes tabulæ mitterentur, ſiquidem extarent; mortem enim eorum valori teſtamenti non præjudicare, verius eſt, per *d. l. 7. & l. 2. h. t.* Vigl. *ad § 6. I. de Teſtam. Ordin.*

3. Diximus antehac, tempore Claudii, primum fuiſſe inſtitutum, *ne tabulæ niſi pertuſæ, ac ter lino per foramina trajecto obſignarentur*, ut refert Suetonius *in vita* Claudii *Neronis cap. 17. in f.* Idem addit, tum *eſſe cautum, ut in teſtamentis primæ duæ ceræ, teſtatorum modo nomine inſcripto, vacuæ ſignaturis oſtenderentur, ac ne quis alieni teſtamenti ſcriptor, legatum ſibi adſcriberet.* Hoc quidem a Claudio, non Nerone, ſed ejus Patre conſtitutum eſt, *l. 15. in pr. ad L. Corn. de Falſ. l. 3. C. de His, qui ſibi adſcrib.* Unde reliqua ab eodem eſſe, erratumque a Suetonio, conjicit Torrentius *ad locum prædictum.* Ex his liquet, Prætorem linum illud triplex in aperiendo incidiſſe, quo inciſo legi & deſcribi poterat teſtamentum, ſalvis ſignis, ut deinde rurſus obſignatum ad teſtes, qui ſigna ſua recognoſcerent, mitteretur, *l. 1. § pen. de B. P. ſec. tab. d. l. 7. h. t. l. 2. C. h. t.* Sed quod in ipſo teſtamento duæ priores ceræ dicuntur vacuæ ſignaturis fuiſſe; non ad ceras, quibus illud triplex linum erat obſignatum, referri debet, etſi Juſtinianus linum & ceram conjungat in *§ 3. de Pupill. ſubſt.* verum ad tabulas ceratas, in quibus veteres ſcribebant, & in quibus ipſum teſtamentum conſtabat. In prima cera primi heredes ſcribebantur, ut in illo Horatii *2. Sat. 4.*

Quid prima ſecundo
Cera velit verſu, ſolus multisve coheres.

In ſecunda cera ſubſtituti heredes ſuum habebant locum: proinde teſtator in prima cera nomen ſuum ponebat primo verſu, ſecundo & ſequentibus verſiculis nomina heredum: In ſecunda cera ſimiliter nomen ſuum primo verſu, dein ſubſtitutos heredes. Sed Claudius juſſit ad falſa prævenienda, ut Teſtator, antequam teſtes ſignarent, ſuum nomen dumtaxat in utraque cera ſive tabula pingeret, nihil præterea, vacuasque obſignaturis teſtibus oſtenderet (ne quis *vacuas ſignaturis*, id eſt ipſis *ſignis*, apud Suetonium accipiat) ſequentes ceras ſive tabulas ceratas, implebat legatis, aliisque voluntatibus ſuis: poſt omnia teſtes ſubſcribebant, nam ſine ſubſcriptione ſigna nihil valebant, *l. 22. § 4. Qui teſtam. fac.* Poſtquam teſtes ſubſcripſerant, idque priusquam heredum nomina collocata forent, Teſtator ipſemet, aut is cui fiderit, heredum nomina tam primorum quam ſubſtitutorum, in primam ſecundamque ceram conferebat, antequam tamen clauderetur teſtamentum, & ſignis teſtium firmaretur, ne quis putet, liberum fuiſſe Teſtatori quovis tempore nomina heredum ſupplere; id enim *unitati contextus*, quæ in Teſtamentis ſubtiliſſime requiritur, adverſum foret.

4. Quando igitur Prætor ad aperiendum procedebat, primo inſpicienda erant lina, quibus erant perforatæ & circumligatæ tabulæ, ſatin' eſſent integra. Si non; inquirendum erat, eſſetne linum vetuſtate ſituve putrefactum, vel a muribus roſum, aliove caſu ruptum; vel ab ipſo Teſtatore inciſum. Hoc enim caſu Tabulæ pro non ſignatis habebantur, prioribus cauſis peti quidem poterat hereditas, ſed non poſſeſſio *proviſionalis*, quam vocant, ex *l. ult. C. de Ed. D. Hadr. toll.* junctа *l. 1. § pen. & ult. de B. P. ſec. tab.* Integro lino & ſigillis, apertura fiebat, ita ut modo diximus ex *l. 7. & ſequ. h. t.* & Paulo *d. lib. 4. tit. 6.* Conſequenter inſpiciebatur, & deſcribendum dabatur omnibus, quorum intererat, *l. 1. h.* nec admodum exacte, quatenus interſit, inquiritur, modo, ſi opus, de calumnia juretur, *l. 3. C. h. t.* In deſcribendo celabatur olim dies & conſul, ne quis falſum imitamento fabricari poſſet, *l. 2. § 6. h. l. 3. C. eod.*

5. Ex his intelligi poteſt, quam ſolliciti Veteres fuerint in evitandis falſitatum occaſionibus: quæ pleraque hodiernis moribus negliguntur. Nam primo totum teſtamentum ſcribitur, antequam

quam teſtes ſubſcribant, etſi illis non prælegatur. Signacula non ſolent addi. Nullo lino perforatur, ne quidem circumligatur ut plurimum, quo cera ſigillisque muniatur; etſi hoc modo fieri poſſe nihil vetat & fiat a ſollicitioribus aliquando. Hinc etiam, moribus hodiernis, nulla ſit apertura teſtamenti, quando quidem non eſt clauſum & obſignatum; nec ſi quando tale reperiatur, opus eſt adhibitis Magiſtratibus; ſufficit coram teſtibus fieri; atque ut plurimum ea res elato funere inter amicos administratur. Etſi poſſunt aut heredes aut hi quorum intereſt, ſi quid dubii ſubſit, aut majoris ſecuritatis ergo, teſtes ad judicem curare vocandos, ut ibi manus ſuas agnoſcant reique geſtæ ſeriem exponant. Sed fit raro apud nos. Tu vide Carpzovium *part. 3. C. 5. D. 24. & 25.* Mev. *part. 3. dif. 405.* Deſcribendi copiam petere poſſunt, & quotidie petunt hi quorum intereſt, eadem publici inſtrumenti libertate, quæ legibus eſt prodita; Sed cautio celandi annum & diem, non adhibetur: Segnioribus, ut videtur, hominum in hac frigidiori parte mundi, ingeniis ad gubernandas falſi ſubtilitates, quam olim fuerint in Italia: Etſi cupiditas forte hereditatum non eſt minor, ut ſuperioribus annis in Galliis, per aquas pulveresque ſucceſſionum, quas vocabant, notabiliter compertum eſt.

TIT. IV.

Si quis omiſſa Cauſa teſtamenti ab inteſtato vel alio modo poſſideat hereditatem.

I. Sententia & uſus tituli. II. Caſus, quibus ceſſat hæc actio.

Argumentum *hujus tit.* continetur in hac hiſtoria facti, quod uſu venit; Paterfamilias unicam habens ſororem, cum qua maritoque ejus non bene ei conveniebat, heredem equidem illam inſtituit; ſed pauperibus aliisque tot ac tanta legata reliquit, ut vix Falcidia ſorori ſupereſſet. Hæc cum heres æque ſcilicet ab inteſtato eſſet, omiſſo teſtamento, hereditatem adiit ab inteſtato, negans legatorum ſolutionem e teſtamento. Sed *argumento* hujus Rubricæ coacta eſt ſatisfacere legatariis: Nam Prætor voluntates defunctorum tuetur, & eorum calliditati occurrit, qui omiſſa cauſa teſtamenti, ab inteſtato hereditatem partemve ejus poſſident, ad hoc, ut eos circumveniant, quibus quid ex defuncti judicio debetur, *l. 1. pr. h. t.* Idem eſt, ſi quis per fraudem omiſerit hereditatem, ut ad legitimum perveniret, § *13.* Quod ſi pecuniam acceperit, etiam in ſolidum tenetur, etſi cum alio heres ſit ſcriptus, *l. 10. pr. h. t.* Alioqui non oritur inde pœnale judicium, nec adeo Falcidiæ beneficio privatur heres ex hac cauſa, *l. 18. § 1.* Quod etſi nullus dolus, ſed nimia gratia ſcriptum heredem impulerit, ut omitteret hereditatem, quo illa ſubſtituto, vel heredi legitimo cederet, utilis actio danda eſt adverſus poſſeſſorem hereditatis, *l. 4. in pr. & § 1. h. t.*

2. Sunt caſus, quibus actio ex hac parte Edicti ceſſat, iique tres potiſſimum. I. Si teſtator heredi alternationem, adeundi e teſtamento vel ab inteſtato, permiſerit, *l. 6. § 1.* II. Si quis omiſſa cauſa teſtamenti, pro emptore, vel pro dote, vel pro donato, ſive alio quolibet titulo ſingulari, poſſideat hereditatem, *l. ult. h. t.* Tunc enim venditor, vel donator vel dotis dator, quem heredem fuiſſe oportet, conveniendus eſt. Nam ſi falſo ejusmodi titulos præ ſe ferat, cum ipſemet heres ſit, veritati non præjudicari, quo voluntas defuncti circumveniatur, ſatis eſt manifeſtum.

TIT. V.

De Sćto Silaniano & Claudiano, quorum teſtamenta ne aperiantur.

Domino morte violenta, non clam, ſublato, heres primo omnium, quæſtionem de ſervis habere debet, adeo ut fiſcus tanquam indigno auferat hereditatem, ſi quæſtione neglecta hereditatem adierit, vel tabulas aperuerit, *l. 1. § 17. & 21. l. 5. § 1.* junct. *l. ult. h. t.*

Atque

Atque hæc fuit ſententia SCti Silaniani. Claudianum ſententiam Silaniani confirmavit, & inſuper juſſit, viro occiſo, de uxoris ſervis, & uxore necata, de mariti ſervis æque haberi, ac de propriis perſonæ occiſæ ſervis, quæſtionem, *d. l. 1. § ſi vir.* Paul. *3. ſentent. tit. 5. § Neroniano.*

Acceſſit edictum Prætoris *in l. 25. § ult. h. t.* quo cavetur, ne ſciens quis teſtamentum dolo malo; aperiendum, recitandum, deſcribendum curet, priusquam de ſervis quæſtio habita fuerit: & ut is, qui adverſus ea fecerit, teneatur actione populari in centum aureos: cujus ſummæ dimidia pars accuſatori conceditur, altera dimidia confiſcatur, *d. l. 25. § ult. h.* Adde *l. 14. l. 22. & l. ult. h. t.*

Cæterum, nullis hodie ſervis, etiam his Senatus-Conſultis otium eſſe factum res ipſa loquitur: An, ſi per extraneos, cæde facta, heres hodieque non teneatur ad ſimile officium, videbimus ad *tit. de His, quæ ut indign.*

TIT. VI.

Si quis aliquem teſtari prohibuerit vel coegerit.

I. Effectus prohibitionis, ne Teſtamentum fiat, Confiſcatio. II. In caſu coacti Teſtatoris ad teſtandum, hereditatem non redigi in Fiſcum, nec eſſe locum hoc caſu Edicto Quod metus C.

Bimembris hæc eſt Rubrica; prima pars agit de prohibitione ac impedimento Teſtatori injecto, ne vel faceret, vel mutaret Teſtamentum. Altera de coactione, per quam is, qui teſtari nolebat, compulſus eſt ad teſtandum, aut aliter quam vellet, teſtandum. Priore caſu, qui captat hereditatem legitimam, vel ex teſtamento, privatur actionibus hereditariis, & Fiſco hereditas defertur, *l. 1. in pr. h. t.* In quo commiſſo factum alterius alteri non nocet, qui ſcilicet ab inteſtato, vel priore teſtamento rite facto, jus ſuccedendi habebat; confiſcatio enim eſt pœna, quæ non niſi noxiis infligitur. Excipitur, ſi Pater vim fecit in utilitatem liberorum, *l. 1. § 1.* ſed fratris unius factum, alteri fratri ſororique non nocet, *l. 2. § 1.* Ne legatarii quidem violentia nocet fideicommiſſario, cui id ipſum legatum reſtitui debet, *d. l. 1. § 1.* Cum vi comparatur hac parte dolus in *l. 2. pr. h. t.* quo pertinent mendacia & calumniæ, non blanditiæ, *l. ult. h. t.* niſi quod preces importunæ, inſtantes, adſiduæ, inprimis ſi adſit pondus reverentiæ, quam proxime ad metum accedere videntur, Sand. *lib. 4. tit. 2. def. 11.* Wiſſenb. ad *h. t. th. 11.*

2. De ſecunda parte Rubricæ, nihil eſt in nigro; ſed in *l. 1. C. h. t.* ita eſt ſcriptum. *Civili diſceptationi crimen adjungitur, ſi Teſtator non ſua ſponte teſtamentum fecit, ſed compulſus ab eo, qui heres eſt inſtitutus, vel a quolibet alio, quos noluerit, ſcripſit heredes.* Non eſt dubium, quin hoc caſu ſcripti heredes, non fiant heredes, quia teſtatoris voluntate deſtituuntur, *l. 9. de Hered. inſt.* Sed de hereditate quid fiat, merito quæras, utrum ea tum Fiſco deferatur, an ad heredes ab inteſtato pertineat; Fiſco eam deferri, communiter tradunt, ac ita D. Wiſſenb. *d. th. 11.* adducta *l. 1. C. h. t.* quæ nihil ejusmodi, ut verba *ſuperius* ſita demonſtrant, continet. Sed ratio vult omnino, hereditatem eo caſu manere penes heredem legitimum, vel priore teſtamento jure ſcriptum; quia poſterius teſtamentum per *crimen* eſt compoſitum, cujus pœna non debet eum, qui nihil deliquit, affligere; ut faceret, ſi hereditas ipſi adimeretur; nec Fiſcus alieni criminis pœnam in alterius damni occaſionem arripere debet. Huc accedit, quod teſtamentum vi metuque expreſſum, ſit ipſo jure nullum; Etenim Edictum quod metus cauſa, ad ultimas voluntates ſpectare non videtur, *arg. l. 1. quod met. cauſ.* junct. *l. 20. de V. S.* unde ſequitur, teſtamentum vi factum, non reſcindi, ſed eſſe ipſo jure nullum, per *l. 5. C. de LL.* add. *l. 20. § ult. Qui teſt. fac. poſſ.* ubi coactio teſtium infert nullitatem, multo magis coactio teſtatoris. Quod ſi tale teſtamentum ſit ipſo jure nullum, ut pro non facto habeatur, heredi, legitimo vel antea rite ſcripto, per illud nihil decedere poteſt. Ita & recte Thomaſius ad *poſit. 1. h. tit.*

N. ADDIT.

Correxit hic Autor opinionem ſuam in poſitionibus defenſam, ſecundum monita Scholii noſtri. Ergo ut clarius id evadat & poſitiones ejus & ſcholium noſtrum erit apponendum.

Poſit. 1. Auſert etiam fiſcus hereditatem ei, qui defunctum teſtari coegit (a) vel prohibuit, l. 1. D. & C. h. t. *& locum habet, etiam ſi quis in gratiam alterius coegerit,* d. l. 1. C. h. *niſi is, qui ſcriptus eſt, ab inteſtato jus habeat, vel priori teſtamento jure ſit ſcriptus & fraudis ignarus: huic enim factum alienum non nocet, ut quidem videtur* l. 2. § 1. h.

(a) Vix cohærent cum hac Autoris assertione generali, ea, quæ habet *posit. 3.* Si enim testamentum, in quo testator vi metuque ad testandum coactus fuit, est ipso jure nullum, sane fiscus non potest hereditatem auferre in pœnam. Nam heredes ab intestato nihil deliquerunt. Is vero, qui ita scriptus est, ex testamento nullo nihil consequitur, quod ipsi auferri queat. Ergo potius distingue: Vel testator testari prohibetur, vel cogitur. Si prohibetur, tum vel ab herede legitimo, aut in priori testamento scripto; & tum hujus portionem aufert fiscus, *l. 1. pr. h. l. 9. de hered. instit.* reliquis vero coheredibus id non nocet, *l. 2. § 1. hic.* vel a tertio, & tum iterum non nocet prioribus heredibus, *l. 1. § f. l. 2. § 1. l. f. § 1. hic.* Si cogitur, tum testamentum istud est ipso jure nullum, sive cogentem instituerit in eo testator, sive extraneum, & hereditas manet legitimis, aut in priore testamento scriptis, nam edictum quod metus causa, tum locum non habet. *Vid. Schiltz. in comp. h. t. p. 397.* Usum modernum pete ex Carpz. *Part. 3. const. 5. d. 7. - - 16.*

2. *Accedit ratio, quia confiscatio est pœna, quæ non nisi contra nocentem habet locum, alioqui cum ei comparatur dolus*, d. l. 2. pr. *quo pertinent mendacia & fugillationes, quibus testator seductus est, non blanditiæ*, l. ult. h. t. *nisi quod preces importunæ, instantes, adsidua proxime ad vim accedere videntur, maxime si reverentia illis juncta sit. Sand.* l. 4. tit. 2. def. 11.

His ita constitutis, nihil est in hujus tituli argumento, quod æquitas morum hodieque averletur; Nisi quod jus Fisci multis locis hac parte sit abrogatum; qua de re videbimus ad *loc. com. Quibus ut indign.*

TIT. VII.

De Jure Codicillorum.

I. Remissio. Discrimen inter codicillos & testamenta, multis locis obsoletum. II. Usum locorum, quæ jure civili utuntur, quoad hoc discrimen valde esse coarctatum. III. Discrimen inter populos, qui jure civili utuntur, & exteros, quod ad clausulam codicillarem.

Hujus tituli materiam paratitlarem, exhausimus ad Instit. *tit. ultimo libri secundi*, quo perinde, si quæ remissiones *supra* ad hunc locum factæ sint, remittimus Lectorem, quemadmodum & de celebri clausula Codicillari, quod satis est, illic actum videtur. Præsertim, quia Scriptores hujus seculi magno consensu nullam esse differentiam inter codicillos & Testamenta, tradunt, relati a Grœnewegio ad *tit. Inst. de Codicil.* & D. Voetio *ibid. art. de Moribus;* qui etiam inde colligit, nullam amplius esse necessitatem clausulæ codicillaris, etsi a Tabellionibus more potius, quam juris ergo subjici soleat. Cum enim Testamentum nihil amplius ordinationis quam codicillus desideret, manifestum est, illa clausula non esse opus, ut testamentum jure codicilli valeat. Hinc etiam codicillis *hereditatem directe dari & adimi, adeoque & exhereditatem scribi, moribus nostris nihil vetat,* ait ex Barone Grœnewegius ad § *ult. d. tit. Inst.*

2. Noster usus, aliorumque populorum, qui pro norma jus civile habent, atque adhuc in testamento septem, in codicillo quinque testes requirunt, ab hac confusione alienissimus esse deberet. Videndum tamen, ne parum absit, quin & invita jurisprudentia eodem redacti simus; postquam placuit & sæpe judicatum est, testamentum non habens heredis institutionem, si tamen habeat requisita codicilli, pro codicillo esse habendum; etsi clausula codicillari careat, quemadmodum demonstravimus *ad tit. de Hered. inst. a pr.* Nam quid opus clausula codicillari, si testamentum, quantum est ipsum, pro codicillo haberi possit? Tu dices; Etsi testamentum sine heredis institutione, & sine clausula codicillari, valeat jure codicilli: non ideo testamentum cum heredis institutione coram quinque testibus factum pari jure codicilli valebit, si clausula codicillaris absit. Imo nulla est ratio negandi hanc consequentiam: quia numerus quinque testium, non minus arguit animum codicilli faciendi, quam omissio heredis institutionis eundem arguit.

3. Plane igitur sic statuendum est, Testamentum imperfectum ex nostro adeoque generali usu vim habere codicilli, utcunque nulla in hanc rem clausula sit adjecta. Sed hoc interest. In locis, ubi forma testamenti & codicilli promiscue exercentur, heredis institutio, substitutio & exheredatio, denique Legata sola sine heredis institutione, simpliciter & directe valent, etsi forma

ma non sit testamentaria civilis. In reliquis locis, ubi forma testamenti Romana servatur etiamnum, isti articuli, quos recensuimus, in scriptura non habente septem testes aliaque solennia, directe non valent; sed heres legitimus, aut testamento ante rite scriptus, relicta implere debet, retenta pro se Trebellii Quarta, secundum ea, quæ ad *Inst. h.t.* demonstrata sunt. Qualis detractio Trebellianicæ apud eos, qui talia directe in scriptura habente subscriptionem Notarii duorumque testium valere volunt, non habet facultatem. Nam fideicommissi illius ratio hæc est: Codicillus habens directam heredis institutionem, substitutionem, exheredationem, hactenus ipso & summo jure nullus est. Sed quia Testator animum duntaxat suum, quid fieri vellet, qualicunque modo significavit, ita colligitur, *Testatorem voluisse rogatum heredem legitimum, aut testamento priui institutum, ut quæ codicillo vitiose scripta sunt, implere velit.* Hujusmodi tacita rogatione nihil opus est illis, qui talia directe in scriptura non habente septem testes, fieri posse statuunt; nec habet tunc omnino illa rogatio terminos habiles. Aliud est in præteritione, cæterisque vitiis, quæ in testamento commissa, per clausulam codicillarem eandemque fideicommissi methodum sanari volunt Dd. Cum enim talia nec in Testamento nec in codicillo directe subsistant, sed omnis ultima voluntas illis vitiis summo jure nulla reddatur, non potest voluntas Testatoris effectum habere, nisi hoc modo; Ut heres legitimus, vel antea recte scriptus, censeatur rogatus, ut his, qui testamento codicillove male sunt vocati, restituat hereditatem, quod tum facultatem detrahendi Quartam supponere, manifestum est.

LIB. XXX. De Legatis I.
LIB. XXXI. De Legatis II.
LIB. XXXII. De Legatis III.

I. Argumentum materiæ, & remissio ad Inst. II. Ad definitionem Legati observatiunculæ. III. Differentiæ legati & fideicommissi. IV. De re aliena legata, & quam varus ejus usus. V. An si legatarius alienæ rei, emerit eam sciens, æstimationem petere possit. VI. Quid si res sub conditione legata fuerit. VII. Recte mihi legari rem a me emptam non solutam, vel saltem non traditam. VIII. Quid si legata sit res, Testatori cum alio communis. IX. Quid si legetur res a testatore & legatario pariter empta. X. Alia species eo pertinens tractatur & exemplo rei judicatæ illustratur. XI. De personis incertis, quibus legetur. XII. Jus Accrescendi valere in quantitate legata. XIII. Expositio legis 74. de C. & Dem.

Sequitur ingens tractatus de legatis, in plures articulos sectus, quorum tres totidem libris, cæteri quatuor sequentibus absolvuntur. Tres libri, quos nunc aggredimur, agunt de rebus, de personis & de modo legandi, quæ tria membra copiose ad Institutiones executi, heic more nostro singularia sectabimur, ad usum maxime pertinentia. Nam difficultates ad textus intricatioresque antinomias, quales heic minime desunt, si non incidant in expositionem fundamentorum juris, ut a paratitlari institutione aliena, modumque excedentia nostrum, prætervehemur. Habent apud Wissenbachium aliosque, nostri auditores, quibus exerceantur, idque agimus in Exercitationibus disputatoriis.

2. Ad definitionem Legati, quod sit *Donatio quædam a defuncto relicta, ab herede præstanda*, hic notant, qui mores cum jure Rom. conferunt: *Usu fori legata non semper ab herede præstanda, sicuti nec jure Romano novissimo, quia etiam debentur deserto testamento, vel ab executore testamento nominato, nullo scripto herede, præstantur.* P. Voet. *ad Inst. a pr.* ex Alexand. *2. consil. 2.* Cuiac. *ad Cravett. consil. 324.*

Quod ad jus novissimum attinet, possunt equidem legata relinqui, etiam ut legatariis præstentur, postquam legata cum fideicommissis, quorum id olim erat proprium, *pr. I. de sing. reb. per fideic.* sunt adæquata, *l. 2. C. Comm. de legat. & fideic.* sed definitiones sumuntur ex eo, quod plerumque fit, legata legatariorum rariora sunt; præter quod sine dubio concedendum est, hanc definitionem juri antiquiori esse convenientem, ut apparet e collatione *d. pr. de Singul. reb. per fideic.*

Quod autem ille de moribus Gentium scribit, legata quoque deberi, testamento deserto, ne-

quaquam ubique juris, utique nec apud nos est. Stamus heic, ut alias semper, dictamine juris Civilis, quod ita tradit: *Si nemo subiit hereditatem, solvi omnem vim testamenti*, certis duntaxat casibus exceptis, quos refert Sandius *lib. 4. tit. 4. def. 10.* Nationes aliæ magis sequuntur æquitatem Canonicam, cujus etiam ex Vivio *decis. 419. n. 3.* meminit Sand. *d. def. 10. in pr.*

Verum est tamen, fieri posse, ut *nullo herede scripto*, legata nihilominus debeantur. Nam legata jure novo relinqui possunt etiam in codicillo; quod olim non nisi de fideicommissis erat receptum, *§ 10. Inst. de fideicommiss. heredit.* & quicquid in fideicommissis specialibus obtinet, hodie quoque de Legatis affirmatur, *d. l. 2. C. Comm. de leg.* Jam vero testamenta, licet heredis institutione careant, tamen habentur pro codicillis, etsi Clausula codicillaris non sit adjecta, sicut habuimus *in tit. de Hered. instit.* proinde legata in testamento sine herede relicta, tanquam e codicillo, ex usu fori nostri adhuc peti poterunt.

Sandius *in d. def. 10.* numerat inter casus, quibus legata, destituto testamento, peti possunt, hunc; quando clausula codicillaris in testamento adscripta est, quia tum legata tanquam fideicommissa peti possunt, a venientibus ab intestato. Sed res loquitur, etsi clausula sit omissa, nihilominus legata peti posse, per ea, quæ Sandius ipse tradit in *lib. 4. tit. 1. def. 12.* & nos ad *tit. præced.*

Ex eodem, inquam, fundamento sequitur, etsi testamentum inde ab initio non habeat heredis institutionem, neque adeo clausulam codicillarem, legata nihilominus a legitimis heredibus esse præstanda.

Quæ res iterum argumento est, quam sit inimica jurisprudentiæ, opinio illa pragmaticorum; quod testamentum sine heredis institutione clausulaque codicillari, valeat ut codicillus; & quam late pateat strages, quæ per hanc positionem in sententias & capita juris civilis infertur.

Dictum est alias, legata & fideicommissa per omnia esse adæquata, *l. 2. C. Comm. de legatis & fid. l. 1. h. t.* quod ad effectus videlicet; at res & termini adhuc sunt distincti. Nam I. diversas habent definitiones, & etymologias. Legatum dicitur, quia legis modo, id est, imperative relinquitur: fideicommissum, quia fidei & pudori committitur ejus, qui præstare rogatur, *pr. & § ult. Inst. de fideic. hered.*

II. Appellatione Legati sæpe significatur fideicommissum: fideicommissi vero appellatione nunquam significatur legatum. Cujac. *4. observ. cap. 23.*

III. Omne legatum est particulare, fideicommissum vero partim est universale, partim speciale seu particulare.

IV. Fideicommissi proprium est, non legati, ut qui præsens a testatore rogatus est, omnimodo fideicommissum solvere cogatur, etiamsi nullus testis adfuerit, nisi juret, se non fuisse a testatore rogatum, *§ ult. Inst. de fideic. hered.*

3. Hæc ad præcognita. Transeamus ad RES.* Valere legatum Rei alienæ, constat, neque Moribus id abrogatum videtur; Etsi raro admodum accidat, ut sciens aliquis rem non suam alii leget. Quoties autem accidit, ut hujusmodi species in judicio tractarentur, fere ita memini observatum, Testatorem in opinionis errore fuisse versatum. Notabiliter in causa, quæ magnis animis superioribus annis agitata est, inter partes prænobiles. Juliana ab Oostheim, vidua D. B. de Verwou, legaverat domum amplam Franeckeræ sitam cum fundis ad eam pertinentibus, quæ fuerat mariti sui, & quam is jam pridem alii legaverat. Vir Nobilissimus Hero ab Ockinga, heres mediate Testatoris & Testatricis, conveniebatur ab uno ad domum ipsam, ab altero ad æstimationem præstandam. Sed compertum est, Julianam in ea fuisse sententia, maritum sibi jus legandi de suis quoque bonis fuisse impertitum. Qua de re melius edocta suum quidem legatum revocavit per codicillum; etsi de verbis ejus ambigebatur; Sed non est dubium, quin in casu dubio facienda sit interpretatio pro herede, ne bis eandem rem præstare cogatur, facilisque præsumptio incedit, testatorem vel testatricem non fuisse mentis ejus, ut rem nec suam, nec heredis sui, maximeque alii

* Inter res legari prohibitas, est nostro jure Geradæ, de ea enim in proximæ cognatæ præjudicium, ultima voluntate disponere non permittit *P. 2. C. El. 14.* Interim hujusmodi legatum non plane inane est, sed legatarius æstimationem ejus petere posse videtur, *a. § 4. l. de legat. l. 39. § 7. ff. de leg. l.* ceu *resp. Fac. Jur. Lipsi. Mens. Jan. A. 1700.* Conf. Carpz. *P. 2. C El. 14. def. 2.* Diss. Schilter. *ad ff. ex 39. § 27.* Consent. *resp Fac. Jur. Lipsi. Mart. 1619.* ap. Strauch. *Exerc. Just. X. th. 3.* add. Dn. Thomas. *in annot. ad th 3. verb. æstimationem præstandam. p 117.* qui inter Geradam testatricis propriam & alienam legatam distinguit, ac priori casu legatum valere negat, posteriore concedit.

lega-

legatam, rursus legatam vellet. Atque ita bis a Curia per revisionem quoque judicatum est.

4. Fit aliquando, ut Legatarius, cui diserte res aliena legata est, eam rem emat, antequam sibi ut heredi præstetur, § *6. Inst. de Legat. l. 34. § 6. l. 84. § 5. de Legat. 1.* ubi casus paulo diversus, sed eadem est ratio, proponitur enim Legatarius ab herede ipso emisse rem legatam, & dicitur, si pretium non solverit, rem sine pretio, quod si jam solverit, rem una cum pretio recuperaturus.

Quamvis autem ibi legatarius, *ignorans*, rem sibi esse legatam, emisse referatur, tamen in re legata & postmodum empta vivo testatore, nihil interesse videtur, sciat an ignoret Legatarius esse legatum, quia textus in *d. § 6. & d. l. 34. § 7.* indiscrete loquuntur; nec ratio ulla aut ex voluntate Testatoris, aut ex facto heredis, quæ scientem mulctet, proferri potest. Testator bene cupiens Legatario, & sciens, quam is rem illam impense diligat, vult gratis ut eam habeat, pretiumque suis ex bonis solvatur. Legatarius non ferens desiderium, & expectationem mortis Testatoris, eam emit, sciens, per emptionem illam, conditionem præstationis, quam Testator heredi injunxit, nihil mutatum iri; pretium enim & jam solvere debet, & solvere debuisset, si non emere occupasset. Atque ita nec defuncti voluntas pervertitur, nec Legatarius quicquam fecit, quo juri suo renunciasse videri possit. Quod autem in *d. l. 84.* legatarius ignorans ponitur, minime obscurum est, quare id ibi fiat; Legatarius enim ab ipso herede emit rem sibi legatam post mortem Testatoris, quod quidem sciens faceret sanus homo nullus. Sic etiam in § *6. h.* casus rei alienæ legatæ & emptæ, proponitur ita, *Si vivo Testatore Legatarius dominus factus fuerit.* Non quod a contrario sensu inde colligi liceat, aliud esse juris, si mortuo Testatore idem contigerit, sed tempus vivi *Testatoris* exprimitur, quia raro contingit, ut post mortem ejus, quando testamentum plerumque aperitur, & Legata continuo præstanda sunt, *l. 47. pr. de Leg. 1.* legatarius de emptione cogitet; quanquam usu id venire potest, si vel legatarii quam heredis commoditas, ad emendum major sit, vel testamenti sententia ignoretur.

Accursius, cui Sandius valide adsentitur *lib. 4. tit. 4. defin. penult.* intelligit in specie *d. l. 84. § 5.* rem sub conditione legatam; quod verba textus ferre non videntur; *si cognito Legato, ex testamento egerit, & servum acceperit.* Primo dicitur, Legatarius ignorasse legatum; dein cognovisse; *cognito* egisse, & accepisse. Ubi nihil ad petitionem & præstationem legati, quam cognitio requiritur, ibi legatum conditionale, quod existente demum conditione petitur, minime intelligi potest; Præter quod omitti non debuisset ejusmodi adjectio, qua tota Legati natura mutaretur. Argumentum Accursii est, si res pure legata fuisset, emptio non valeret, quia rem nostram emere non possumus, res autem pure legata nostri statim dominii est, *l. 64. de Furt.* Respondendum videtur, emptionem non dici valere, id est subsistere & effectum habere; Sed tantum actionem inde nasci, non ut impleatur contractus, sed ut retractetur. Hoc autem in jure proditum est, contractum emptionis in se nullum, aliquando eatenus tenere, ut is, qui per alterum est persuasus requisita validi contractus adesse, actione ex empto id quod sua interest consequi possit, § *ult. I. de contrab. emp. l. 4. & l. 62. § 1. eod.* Quo sensu dici potest, in exemplo *d. l. 84.* actionem competere ex empto, nec tamen valere contractum; imo specialiter de emptione rei propriæ constat, etsi contractus est nullus, repetitionem ejus, quod datum est, competere, *l. 16. pr. de Contrab. empt.*

5. Hoc obtento, sequi audebimus, etiam ex theoretica juris ratione, communem Dd. sententiam; quod is, cui sub conditione res legata, vel fideicommisso relicta est, si pendente conditione illam emerit, posteaque conditio extiterit, actione ex testamento pretium repetere possit, sive ab alio, sive ab herede emerit ipso, & quidem seu sciverit, sive ignoraverit rem sibi esse relictam. Idque primo; quoniam emendo nihil fecit, quod eum voluntate defuncti indignum reddere possit, aut quo liberalitati testatoris renunciasse videatur, ut paulo ante latius. Ratio altera; quoniam, qui rem alienam sibi legatam idque sciens emit, pretium tamen ab herede possit petere, ut modo dictum. Quare non æque in re sub conditione legata? Vix alia ratio proferetur, quam quod is, qui sciens emit, legato renunciasse videatur. At hoc falsum esse, docet Pomponius in *l. 45. § 1. de Leg. 2. Nam si sub conditione*, inquit, *vel ex die certa nobis legatum sit, ante conditionem vel diem certam repudiare non possumus;* quibus verbis ratio tertia continetur. Item quod in *d. l. 84.* habetur, si *ignorans* emerit, id nihil obstare, quia non oportet credere, ibi de re sub conditione legata esse actum, ut modo ostendimus. Verumtamen in eo, qui sciens emit rem sub conditione sibi relictam, cessare videntur termini habiles actionis

ex empto, tam si ab herede, quam si a tertio emerit. Nam huic nihil omnino objicere potest, cur venditionem velit retractari; Sed neque heredi; quia in pari contrahentium causa neuter adversus alterum agere potest, quoniam actio nascitur ex inæqualitate, *arg. l. 3. de Condict. ob turp. caus.* Atque hoc est, quod in *l. 29. de Action. empti.* indicat Julianus; *Cui res sub conditione legata est*, inquit, *si is eam imprudens emerit, actione ex empto poterit consequi pretium*, jam videlicet solutum. Verba *si imprudens*, innuere videntur, hanc esse conditionem, sub qua repetitio datur, qua cessante, repetitionem quoque cessare consentaneum est. Sed non ideo Legatarius ab actione ex testamento, eo quod sciverit, excluderur, quia in hac dispar est ratio. Ex empto agenti recte opponitur; Cujus per errorem facti retractatio est, ejus consulto facti obligatio est, *arg. l. 53. d. R. J.* Frustra ad rescindendum id allegas, quod in contrahendo scisti, clare *in l. 1. § 1. de Action. emp.* Sed agenti ex Testamento, nihil tale nec aliud quicquam objici potest, ut toties dictum. Dissent. Ant. Faber *5. Conject. c. 16. & lib. 6. Cod. Sab. tit. 25. defin. 15.* Cui egregius Sandius cuperet adstipulari, si per Curiam liceret, *d. lib. 4. tit. 4. def. ult.*

6. Non posse mihi rem meam legari, dictum est. Verum si quis amico legaverit rem ab ipsomet emptam, at nondum traditam neque solutam, dubium non est, quin Legatum valeat; pretiumque & res, actione ex testamento possit peti, vel pretium per illam, res a venditore ex empto; quia certum est, illud Legatum non esse rei propriæ legatarii, sed alienæ; cum sit notissimum, non nisi traditione dominium transferri, & hoc quidem dubio caret; quin idem dicendum, si res jam tradita sit emptori, & propria ipsius facta, sed pretium nontum sit solutum; Legatarius enim id, quod sibi abest, petere ab herede potest, *l. 34. § 7. de Leg. 1. l. 84. § 5. cod.* Neque enim in infinitum illud verum est, Legatum rei propriæ inutile esse; si quid enim Legatario ad jus libere ea re gaudendi desit, ejus petendi habet copiam; Hinc si legata mihi sit res propria, quam alii oppignoraveram, heres creditori meo satisfacere cogitur, ut rem libere habeam, *l. 86. pr. cod.* Ratio, quia cum liqueat, Testatorem voluisse erga legatarium esse liberalem, effectum ea liberalitas, quatenus ulla ratione fieri potest, obtinere debet. Ut fiam dominus rei meæ, non potest efficere Testator, sed ut rem meam sine onere habeam, id facile potest, modo id onus mihi tempore testamenti facti incumbat. His consequenter, si legata mihi sit res empta a me atque soluta, sed nondum ullo modo tradita, quia res hæc mea non est, sed aliena, sine dubio dicendum, valere Legatum, & pretium peti posse, quia hic cessat ratio, qua legatum inutile redderetur, ex § *10. h. t.* ubi: *quia quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest.* Vere enim ante traditionem res aliena est, nunquam mea facta, quia modus, per quem unice mea fieri debet, non est perfectus. Quod lex igitur ejusque ratio non evertit, curid fiare prohiberur?

7. Jam si quis rem partim suam, partim alienam, id est absque divisione cum alio communem, simpliciter amico leget, satis expeditum est, tametsi nec qui dissentiant desint, eam ratam deberi. Nam si partem putares, utram detraheres? non propriam Testatoris; nec magis alienam; quippe cum Legatum rei alienæ valeat, si totius, quidni partis? Quod in re plane aliena statuit Imp. *μετὰ πολλῆς σκήψεως*; de eo, in re partim propria, partim aliena, dubitandum non est, cujus rei argum. est in § 25. *I. de acquir. rer. dom.* nimirum si scrupulus ex eo, quod res aliena erat, sit ortus, ut hic, & *d.* § 25. Sane si Testator pro *mea* parte dixerit, aut quatenus est *mea*, clara scilicet res est, non deberi plus dimidia. Imo si dixerit, *meam* rem, quæ communis est, sentire intelligitur, quatenus est *mea*, *l. 5. § ult. de Leg. 1.* Minus dubium est, si rem a se cum alio emptam, sed nondum traditam, simpliciter legarit; tota enim res deberi videtur, quia tota aliena est, nec quicquam adjectum, ex quo de parte locutus intelligatur: at si dixerit, fundum *a me* emptum, æque de sua parte sensisse videtur; atque in re propria vocem *mei* idem inferre, diximus ex *d. l. 5.* ubi Labeo reprehenditur, quod legatum rei communis, adjecta voce *mei*, totum deberi scripserit, non obscure indicato, ita fore, si abfit vox *mei*. Quod si dixerit, *Lego tibi fundum, quem ego & Titius emimus*, integer fundus deberi videtur, quia totum legato complexus est, neutrique parti quo minus legari possit, quicquam obstaculo est, idque sive fundus jam tit traditus, sive necdum. Utrumvis eligas, nihil quod ad hanc quæstionem, discriminis reperies: Etenim in illud, quod rei alienæ legatum valeat, omnia resolvuntur; subintellecto semper, si Testator conditionem rei sciverit.

8. Secundum hæc, si Testator legaverit rem a se & legatario pariter emptam, dicendum, caput

quæstio-

quæstionis esse dictiactionem facti, utrum tempore scripti testamenti traditio perfecta pretiumque sit solutum, an non. Si utrumque fuerit factum, nemo dubitat, quin non plus parte dimidia debeatur, quia pars altera legatarii propria est, cujus nullum est legatum. Si res sit in nudis contractus terminis, & cis conventionem stet, formulam verborum spectari oportet; Si dixerit, *lego tibi fundum Cornelianum a me nuper emptum*, isque pro parte indivisa pariter a legatario sit emptus; dicendum, quod pars dimidia debeatur, quatenus Testator emit, quia hoc inferre verba *a me* emptum, modo ex *d.l. 5.* probavimus. Si dixerit, *fundum Cornelianum* simpliciter, isque sit ab ipso & legatario simul emptus, necdum traditus neque solutus, ratio postulat, ut totum legatario deberi statuamus; partem testatoris, quia nemo de eo disputat, partem ipsius legatarii, quia adhuc est aliena & pretium illi incumbit, a quo Testator liberalle eum videtur, quia totum fundum, gnarus conditionis ejus, legavit, nec quicquam, ex quo de parte sensisse videatur, adjecit. Idem existimamus, quando scriptum est, *Lego tibi fundum, quem nuper tu & ego pariter emimus.* Utraque pars diserte legato comprehenditur, neutri, quo minus jure legetur, quicquam potest opponi. Una debetur ut empta a testatore, pars altera, uti quam legatarius adhuc suam pretio facere debet, cujusmodi legatum liquido valere, *supra* occupatum est.

9. Verum ut hæ voluntatis quæstiones plurimum subtilitatis ac divinationis habent, unaque vocula adjecta vel subducta aliter atque aliter se offerunt, facile potest fieri, ut Testatrix, disponens de bonis propriis, ac jubens *ea, quæ communia cum marito habet, æqualiter inter illum & heredes suos dividi, & æs omne alienum partito ab iis solvi;* si tum ex *bonis communibus unum alterumque fundum leget marito,* non aliter ea quam juxta naturam communionis, legare censeatur, quatenus ipsa jus ad res emptas habebat; ut quidem pretium, quod pars æris alieni est, communiter solvatur, bona omnia communiter dividantur, sed ista legata communioni subducta soli marito cedant. Hoc ex præcepto solvendi pariter æris alieni, & divisionis reliquarum rerum communium, efficaciter colligi potest. Verum, si nihil aliud dixisset, *quam se ex bonis durante matrimonio coemtis, legare marito illos fundos, pro quibus pretium scisset adhuc esse solvendum;* illa verba, *ex bonis,* rationem juris non immutarent; cum nihil in illis quam demonstratio contineatur, cujus generis bona illa sint, & quod Testatrix inter coempta communiter, illa recensuerit. Jam ut illos fundos secundum naturam communionis legatos dicamus, res loquitur necessum esse, ut pro utroque conjuge, testatore atque marito, communiter empti sint. Potest enim fieri, ut conjuges fundum aliquem stante matrimonio emisse dicantur, nec tamen communio fundi empti sit inter eos. Nam pone, maritum jure sanguinis retraxisse fundum, sed uxorem pretii, ut fit, partem repræsentaturam. Hujus fundi nunquam uxor potest habere communionem, neque pretium ejus heredibus pro parte incumbit, vid. Sand. *lib. 2. tit. 5. def. 3. vers. Porro si unus.* Ideo si declaret, se etiam ex bonis stante matrimonio coemptis, legare hunc fundum, dici non potest, eum legasse pro sua parte, quatenus ipse jus ad acquirendum habebat, quia hoc nullum unquam esse poterat: sed ejusmodi res in legato reperitur, quæ empta quidem est stante matrimonio, sed in effectu pro solo marito comparata, ab eoque solo persolvenda est: Unde non aliud juris hic esse potest, quam quod *supra* diximus in legato rei emptæ a legatario, nondum traditæ neque solutæ.

10. Hæc clariora fient exemplo rei judicatæ, de quo mea memoria bis apud Curiam, dein Revisione magna certatum est. Josina ab Aysma, Piboni a Doma, Ordin. Frisiæ a Secretis & dein Supr. Curiæ Senatori, mariro suo legavit duos fundos, a se cum Viro pariter emptos, sed unus & major ex illis a marito jure sanguinis, utriusque tamen voluntate, retractus fuerat. Eadem Testatrix voluit æs alienum a viro suisque heredibus pariter solvi: atque inter species æris alieni erant binæ pensiones fundorum legatorum. Heredes volebant, ut maritus has pensiones secum æquo jure solveret, sibique soli fundos retineret: Ille sibi legatos adferere & ipsis totam incumbere solutionem, & secundum hanc sententiam vicit in prima instantia, &, si nihil de ære alieno dictum fuisset, obtinere debuisset, per ea, quæ superius dicta sunt. In Revisione prima judicavit Curia, Testatricem jubendo æs alienum partito solvi, idem voluisse videri de pensionibus residuis fundorum legatorum; & marito satis constare beneficium legati, in eo quod pro parte dimidia pretii totum haberet fundum. Quod in Revisione magna, cui ipse ab Ordinibus evocatus intereram, similiter visum; sed accidit tamen ἀπροσδόκητον, ut heredes

des alterius fundi pretium soli solvere juberentur, quia totus erat proprius mariti, utpote per Retractum sanguinis acquisitus; Res autem mea mihi legata, non soluta, me pretii solutione liberat, ut modo probavimus. Nec obstabant verba, solutionem æris alieni communis utrique parti injungentia; cum illud pretium, nihilo magis commune esset utrique, quam fundus ipse communis esse poterat, ut demonstratum est. Hoc ideo lubentius adjeci, quod res parum vulgo percepta, magis pro arbitramento, quam re exacte judicata, tunc & deinceps ab ignaris habita fuit. Accidit anno 1669.

11. De PERSONIS, quibus legari potest, egimus *ad h. t. n. 20.* ubi, quod personis incertis legari non possit; quia certum *debet esse testantis consilium*, & affectus ratio, quæ non potest habere locum in personis incertis. Videtur hæc incertitudo, inanitasque tam vagi affectus in causa fuisse, quare olim collegiis, municipiis, civitatibus neque hereditates neque legata relinqui potuerint, ut Ulpianus testatur *tit. 11.* §4. & Plinius Secundus *lib. 5. epist. 7.* quæ tamen sententia nostris legibus inserta non est, sed habemus contrarium in *l. 32. l. 73. § 1. & l. 117. l. 122. de leg. 1. l. 26. ad SC. Trebell.* Quin & olim legimus, populo Romano non tantum viritim legata esse relicta, sed etiam publice, ut horti a Julio Cæsare in suo testamento, teste Suetonio *cap. 83. in fine*, nec credo Tiberium subtilitate juris se defendisse, cum legata ab Augusto plebi Romanæ relicta, non præstaret, de quo idem Suetonius *cap. 57. Tiberii, Scurram*, ait, *qui prætereunte funere, elato mortuo mandarat, ut nunciaret Augusto, nondum reddi legata, quæ plebi reliquisset, attractum ad se, recipere debitum, ducique ad supplicium imperavit & patri suo verum referre.* Id vero per se jam patet, non hic agi de ejusmodi incertitudine, qua testator mentem suam non satis expressit, qualis est species in *l. 62. § 1. de Hered. instit.* ubi testator plures ejusdem nominis habens amicos, unum simpliciter nominavit, cujusmodi irritum necessario fit legatum, nisi aliunde probari possit, quem testator designare voluerit. Perinde si dixerit, aliquid iis se relinquere, quos in codicillis nominasset, si nulli deinde nominati reperiantur, fieri non potest, quin legatum intercidat, ut ostendit *l. 18. de Usufr. leg.*

12. De jure Accrescendi copiose dictum *ad Inst. n. 22. & seqq.* rursus *ad tit. de usufr. Accresc.* & tertium *ad tit. de Acquir. Hered.* Heic velim addas; In quantitate, velut in summa pecuniæ, verius esse, jus accrescendi perinde ac in corporalibus habere locum, *l. 15. § 1. de Legat. 1.* modo vere sint conjuncti, nam si in diversas quantitates singuli vocentur, nihilo magis jus accrescendi erit, quam si dictum sit, *Titio & Mævio singulos servos do lego, l. 84. § pen. d. t. de leg. 1.* Sand. 4. 4. 7. Proinde etiam in fideicommissariis, modo aliqua conjunctionis forma inter se colligati sint, *l. 43, ad SC. Trebell.* Exemplum, ut ulus rei conspiciatur, de quo his dieb. us respondi consultus, adjiciam; *Remigiæ neptí meæ, quingentos florenos do lego; si moriatur sine liberis, hosce quingentos florenos* relinquo *Catharinæ, Johanni, Atiæ & Petro Rombertis, æquis partibus.* Erant verbis conjuncti: Defecerant tres; Respondi, quingentos integros jure accrescendi superstiti deberi, per ea, quæ *ad tit. de Usufr. Accresc.* Multoque frequentius hujus rei usus venit in quantitatibus legatis, quam in fundis aliisve corporibus Legatis.

13. Ad tit. *de Acquir. Hered. n. 7. vers. Quare jam.* diximus, Accrescendi jus non esse negandum heredi ex re certa, licet hic se legatarii instar habere dicatur, multo magis, si heres sit ex Legitima, per ea, quæ diximus *ibid.* Non est idem, quando heres institutus accepit optionem, utrum velit esse heres e Legitima, an certum capere legatum. Nam si legatum elegerit, heredis qualitatem repudiavit, nec ideo potest habere jus Accrescendi, quod ita venit apud Curiam nostram in hac specie: Titia scripserat heredes quatuor liberos, & totidem nepotes ex legitima, nisi mallent accipere tale legatum; Hoc cum elegissent, iidem ad partem unius e quatuor liberis, qui defecerat, admitti contendebant; sed repulsi sunt, quia nihil jam erant amplius quam legatarii. in *causa* Dr. S. H. *cum soc. contr. A. de L. cum soc.* Hæc obiter adjicienda putavi, ne quis putet admittendum, quod D. Voetius *ad § 8. I. de Legat. n. 3.* aliique monent, jus Accrescendi cessare moribus hodiernis. Contrarium satis constat, ubicunque jus civile non simul est abrogatum.

14. Inter casus deficientis Legatarii, est Repudiatio Legati, jure competentis, & de voluntate defuncti; qua facultate cessante, nullum est jus Accrescendi, quo pertinet species notabilis Papiniani in *l. 74. de C. & D.* cujus exegesin Thomasius subjecit *positioni nostræ 71. ad Inst. h. t.* ubi a nobis adducta erat, quam hic omissam heic collocabimus. Sic ille; *A Cajo* MULIERI CUIDAM

DAM *v.g. Sejæ* ET TITIO, USUSFRUCTUS, *& quidem utrique sub conditione*, SI NON NUPSERIT MULIER, RELICTUS EST. *Conditio hæc, ex parte mulieris nullam habet efficaciam, sed habetur pro non adjecta, propter legem Juliam Miscellam*, (l. 22. junct. l. 64. ff. eod.) *at vero respectu Titii valet*, (l. 1. C. de indict. vid.) SI *igitur* MULIER NUPSERIT, *dimidium quidem ususfructus ad ipsam spectat, vi dictæ legis Juliæ*, QVAMDIU TITIUS ET VIVIT ET IN EODEM STATU ERIT; *Imo etiamsi Titius moriatur & statum mutet*, (*vide Gloss. in* casu d. l. 74.) *tamen Seja* PARTEM USUSFRUCTUS dimidiam HABEBIT, *& neutro casu Titius quicquam accipiet*, (*quamvis id velit Perez.* ad C. de ind. vid. n. 6.) *Sed quæritur, annon & altera pars dimidia, quæ ex voluntate defuncti, si mulier conditioni paruisset, spectasset ad Titium, deficiente jam conditione, Jure accrescendi ad Sejam pertineat? Et respondet Papinianus, negando. Nam jus accrescendi inter eos locum habet, qui ex voluntate defuncti aliquid ex legato accipiunt. Jam autem ex defuncti voluntate in hoc casu nec uxor dimidiam deberet accipere. Quod autem partem accipiat, a lege Julia est, ex qua alteram dimidiam petere nequit*, TANTUM ENIM BENEFICIO LEGIS, EX LEGATO CONCESSUM ESSE MULIERI, INTELLIGENDUM EST, QVANTUM HABERET, *si ipsa* CONDITIONI PARUISSET, *nec nupsisset: Hoc casu vero saltem dimidium haberet, & Titius alterum dimidium. Sed* NEC, SI TITIUS, QVI CONDITIONE DEFECTUS EST, LEGATUM *quoad portionem suam* REPUDIET, EA RES MULIERI PRODERIT, *ut partem repudiatam possit petere. Frustranea quippe & ridicula est repudiatio ejus, quod, etiamsi velim, non possim habere.*

LIB. XXXIII.

TIT. I.

De Annuis & Menstruis Legatis.

I. Annuum quid. II. Multiplex ejus Legatum quo sensu. III. De Præscriptione debiti annui. IV. Annuum Reip. Ecclesiæ relictum. V. Annuum ex certo fundo relictum an totum debeatur. VI. &c.

Annuum legatum est, cum testator quotannis parem quantitatem legatario vult præstari; a quo diversum est legatum annua, bima, trima die relictum: nam hoc est unum in tres pensiones divisum, *l. 3. pr. h. t.*

2. Sed vere annuum legatum est multiplex; tot enim legata sunt, quot anni, *l. 4. h. t.* adeo, ut singulis annis jus capiendi spectetur, *l. 11. h. t.* licet ante finem anni mortuus sit legatarius, *l. 5. & l. 22. h.* Primi quoque anni legatum est purum & certum, statimque a morte peti potest. Reliqui habent conditionem, si vivat legatarius initio cujusque anni, *d. l. 4.* quod secus in stipulatione, *l. 16. § 1. de V. O.* ubi stipulatio annua dicitur una & perpetua, nec morte finiri. Qua de re diximus *ad Inst. tit. de Verb. obl. n. 3.*

3. Hinc in annuis Legatis præscriptionis tempus ducitur a singulis annis; * adeo ut cum longissimum tempus elapsum est a primo anno, sequentibus tamen non sit præscriptum, per *l. 7. § 4. 6. & ult. C. de præscr. 30. ann.* junct. *d. l. 4. & l. 12. § 1. & 3. Quand. dies leg. ced.* In Camera tamen Imperiali placuit, indistincte tot esse præscriptiones, quot sunt anni, tam e contractu quam e testamento, ut testantur Gailius *2. obs. 73. in pr.* & Mynsing. *cent. 3. obs. 13.* etsi non desint, qui dissentiant, Schurff. *cons. cent. 10.* Covarruv. *pract. quæst. tr. de veter. num. c. 7.* qui contrariam communem & veram esse contendunt. Forte nihil erret, qui distinguendum putet, inter promissionem annuæ præstationis, & inter pensiones annuas ex rebus adhuc extantibus; Ut promissio se referat ad tempus factæ promissionis, cui, si totis 30. annis non sit exercita, merito præscriptum videatur. Sed cum res extat, ex qua pensiones debentur, non tam ad tempus contractus, quo pen-

* Et ita pronunciarunt Lipsienses JCti M. Oct. 1712 & responderunt M. Febr. 1703. In Electoratu tamen Saxoniæ *contraria* Sententia approbata est, adeoque XXXI. annis, VI. hebdomadibus, III. diebus, tam obligatio, quam annua præstatio penitus extingu tur, uti respondere Lipsienses M. Febr. & April. 1701. conf. Ill. Mencken. *Theor. & Prax. Pandectarum p. 504.*

siones constitutæ sunt, quam identidem & singulis annis ad rem spectamus: ut tum præscriptio ad singulos annos restringatur. Vide quæ dix. *ad tit. Si ager vectig. pet. in fine.* Adde Wissenb. ad *tit. sq. n. 6.*

4. Sed quod Ecclesiæ relictum est, vel etiam Reip. id purum est & perpetuo debetur, *l. 6. & pen. h. t.* ut & illud, quod sacerdoti & custodibus templi relinquitur, quia ecclesiæ datum censetur, *l. 20. § 1. Hic enim frustra adjiceretur conditio, cujus mentio fit in* posit. 3. *Nam ecclesia & Respublica non moriuntur*, ait Thomas.

5. Annua Quantitas ex certo fundo relinquitur, & quibusdam annis minus ex eo fundo provenit, an tamen annuum, quod relictum est, legatario præstabitur? Non simpliciter, verum si ex præcedentibus aut sequentibus annis quod modo deficit, suppleri potest, id æquum censetur, *l. 17. § 1. h. t. & l. 13. de Trit. vino. ol. leg.* Aliud est, si annua quantitas recta legetur, & solutio ex certo fundo fieri jubeatur; Tunc enim simpliciter annuum debebitur, etsi forte nec suppletio ex eodem fundo confici possit. Atque ita visum Curiæ nostræ in causa *Sybrig Folkers, contra Livium Petri.* Annui triginta erant relicti, jussique præstari ex tali fundo; qui fundus labe temporum minime tantum reddere poterat, ideoque heres plus quam inde redibat, solvere nolebat. Condemnatus est tamen non ad supplendum, sed ad persolvendum quod erat Legatum; Res judicata est *ante ferias O. S. 1679.*

6. Denique & hoc annuum est legatum, si quis puellæ *donec* nubat, vel studioso *donec* Doctor fiat, centum relinquat; nam quotannis centum debebuntur, per *l. 17. pr. h.* Menstrui Legati eit eadem ratio, quæ annui. Unde in Rubrica conjunguntur. Pac. *hic.*

Tit. II.

De Usu & Usufructu, Reditu & Habitatione & operis, per Legatum vel fideicommissum datis.

I. An sub usufructu omnium bonorum legato, contineantur fideicommissaria bona heredibus restituenda. II. Ad l. 35. h. t. *III. Differentiæ Legati usufr. ab Annuo. IV. Reditus ab usufr. discrimen &c.*

Qui scit, quid Usus, quid Ususfructus, & quid sit Legatum, eum scire quid sit Usus aut *Ususfructus Legatus*, facile constet. Atqui de utroque membro distinctis locis actum est; neque nostrum est, actum agere. Sed occurrit heic nova notabilis Quæstio, An sub legato usufructu omnium bonorum, comprehendatur ususfructus rerum, quas Testator ex veteri fideicommisso heredi a se instituto restituere debebat: Nam bona fideicommissaria, quæ tertio restituenda sunt, non contineri sub usufructu generali, facile constat. Verum quæ sunt ipsi heredi restituenda, hæc sub usufructu omnium bonorum, quæ Testator relicturus esset, contineri, disputat Sandius, ac ita judicatum refert in *lib. 4. tit. 4. def. 9.* laudato ut consentiente Johanne del Castillo Soto Majore *tract. de usufr. cap. 39. n. 14.* quem ego illic contra sentientem reperio; Cum enim retulisset, Menochium ita sentire, quemadmodum Sandius disputat, in contrarium citat Cavalcanum, Parisium, Socinum juniorem, & Manticam *lib. 9. tit. 6. n. 8. in fin. & n. 9. cum seqq.* cujus *rationes & jura me fortiter movent*, inquit, *ut contra Menochium & cæteros ita tuendum existimem*, ut Mantica cum seris consentientibus tenet, *n. 17. in fine.* Plane, si Testator expresse jusserit heredi suo, ut ipsorum quoque bonorum, quæ ipsi ex fideicommisso erant restituenda, usumfructum legatario præstaret, non est dubium, quin valeat ejus voluntas, cum & res proprias heredis & alienas legandi habeat facultatem, ut alias intellectum, idque facile Sandius evincit in *decisione prædicta sub finem.* Verum quod sub verbis generalibus suorum bonorum, aut quæ ipse relicturus sit, de talibus testari voluerit, de quibus jam alius erat testatus, & quæ secundum alienam dispositionem sciebat habere suum ordinem testati; Quodque suum heredem voluerit damnatum, ut bona, post suam mortem propria ipsius futura, tertio fruenda daret, sine expressa jussione, nequaquam est verisimile, neque civile creditu: *nisi probetur voluntas testatoris saltem ex probabilibus conjecturis;* Addunt Mantica & Soto Major, qualem tamen non esse quando Testator ita dixit, *usumfructum omnium & quorumcunque bonorum*, sive, nullare excepta

pta, recte monent iidem. Multo fortius idem ſtatuendum, ſi Teſtator ſit parens & bona fideicommiſſaria liberis reſtituenda. Qua de re graviſſima, extat rei judicatæ apud eandem Curiam noſtram meæ memoriæ, auctoritas. Nobilis Matrona noſtras, vidua nupſerat Ultrajectino nobili, quem & liberis ſuis Curatorem petierat; verum cui prælatus eſt ſumma ratione avunculus affinis. Matrona teſtamento ſuo liberis heredibus inſtituris, marito uſumfructum omnium bonorum ſuorum reliquerat; qui petebat etiam a liberis uſumfructum bonorum, quæ mater liberis ſuis ex avito fideicommiſſo reſtituere debuerat. Curator hactenus ſe oppoſuit, eo quod mater id nullo modo in præjudicium liberorum voluiſſe præſumeretur, *& obtinuit*, reſtricto uſufructu omnium bonorum ad ea, quæ proprio jure libereque Teſtatricis fuerant; Sub quibus omnino etiam nomina & obligationes continentur, *l. 37. h. t.*

2. Uſufructu fundi ad certum tempus relicto, hac lege, ut elapſo tempore *v. gr.* quinquennio, fundus alteri reſtituatur, ſi Legatarius ante lapſum temporis moriatur, an debetur fideicommiſſario? Deberur, elapſo videlicet quinquennio, *l. 35. h.* Wiſſenb. ad *h. t. n. 11* Buſius *ad d. l. 35.* quam alii male ceperunt, quaſi plane evaneſceret fideicommi.

3. Porro Uſusfructus & ſuperius Annuum legatum conveniunt, quod utrumque morte finiatur, *l. 8 de ann leg.* ſed differunt, quod uſusfr. capitis quoque diminutione extinguatur, non annuum; quod & ita eſt in alimentis legatis, *l. 11. de Alim. leg.* Uſusfr. legati dies cedit ab adita hereditate, ut habuimus *ſupra l. 7. tit. 2.* annuum ſtatim a morte teſtatoris, *l. 12. § 3. Quand. di. leg. ced.* Uſusfr. unum eſt legatum, niſi cum alternis annis vel menſibus legatur, *l. 13. h. t.* ſecus ac de annuo dictum.

4. Legatum Reditus ab Uſufructu diſtinguitur, etſi quantitate proventus conveniant. Nam Reditu relicto; Legatarius nihil quam petitionem ſummæ, qua uſusfructus æſtimatur, habet; nullum autem jus in Re conſequitur, neque poſſeſſionem; nec quidem habitandi jus, nec impedire poteſt, quo minus Heres rem vendat, *l. 38. h. t.* Cenſetur autem & Reditus legari, ſi dictum ſit; fructus ejus fundi dari volo uxori, *l. 22. h.* juncta *l. 38.* Si vero directe dixerit, Fructus do lego, magis eſt, ut ſit Uſusfructus. *l. 4. h. t. l. 20. de Uſufr.* Wiſſenb. *ad h. t. th. 1.* Priore formula perinde eſt ac ſi diciſſet Teſtator, *heres meus damnas eſto dare fructus.* Quod nec hodie ſecus ſe habiturum puto, poſtquam formula vindicationis & damnationis amiſit differentiam ſuam. Nec enim vis verborum naturalis & popularis ſublata fuit, tollive potuit. Nec aliter hæc ſermone vernaculo, ut videtur, obtinebunt.

5 De habitationis & operarum legato, præter ea, quæ de operis & habitatione dicta ſunt in *ſuis locis*, obſervanda ſis, operarum legatum cedere demum, ex quo peritæ ſunt operæ, *l. 7.* Habitationis annuæ legatum in principio anni cujusque, *l. 11. h. t.*

TIT. III.

De Servitute Legata.

Servitutis realis legatæ, (nam ita ſtricte hoc vocabulum accipitur, ut alibi,) diverſa ab Uſufr. ratio eſt: nam hujus legatum eſt individuum, ſecus ac Uſusfr. *l. 5. D. de Uſufr.* Unde ad ſervitutis legatum ſinguli heredes in ſolidum tenentur, ſecus ac in uſufr. *l. ult. h.* Uſusfr. legatum cedit ab adita hereditate, *ut ſuperius*, de ſervitute hoc non videtur, per *l. un. § 6. C. de cad. tol.* non obſt. *l. ult. ff. comm. præd. l. 19. § 1. quemad. ſerv. amitt.* de quibus vid. Wiſſenbach. *ad h. t. th.* quæ deſcribere non libet, & quod addam non habeo. Diſſent. Bichov. *vol. 2. diſp. 13. th. 7. lit. A.*

2. Quemadmodum autem reliquæ res legatæ, quarum eſt dominium, ſine facto heredis, perfecto jure comperunt, *l. 80. de Legat. 2.* idem de ſervitutibus legatis intelligendum, *l. ult. h. t. & l. 19. § 1. Quemadm. ſervit. amitt.* Sed & hoc *ad tit. Inſt. de Servit. n. 15. in fin.* eſt occupatum.

TIT. IV.

De Dote Prælegata.

Dos a marito dicitur uxori & relegari, & prælegari, *Rubr. & l. 1. pr. h.* hoc eſt, legando reſtitui & celerius ſolvi, quo reſpectu utile eſt hoc Legatum, dix. *tit. Inſt. de Legat. n. 13. in fin.*

Si præter dotem, legatum aliud acceperit uxor, aut hoc, sine dotis mentione, potest utrumque petere, sublato edicto de Alterutro, ..un. §3. C. *de rei ux. act.* Quatenus hæc usum habeant, ex iis, quæ de jure Dotium dicta sunt, intelligi potest.

TIT. V.

De Opt. vel Elect. legata.

Optio & electio synonyma sunt, *l. 2. pr. h.* legatur que aut expresse, vel tacite, *d. l. 2. §1.* Tacite, cum genus legatur. De utroque diximus ad *tit. Inst. de Legat. n. 18. seqq.* copiose.

1. Semel autem facta electio mutari pœnitentia nequit, *l. 2.* nisi facta sit aute aditam hereditatem, *l. 16. h.* aut non omnibus exhibitis speciebus, aut in re aliena, vel quæ non sit in commercio, oprata, *l. 4.* hæc enim vitia sunt electionis.

3. Etiam hoc, si filiusfam. sine jussu patris optaverit, id enim facere non potest, *l. 10. h. t.* quod tamen hodie secus obtinere videtur, postquam placuit, filiumf. etiam invito Patre adire posse hereditatem, *l ult. in pr. C. de bon. quæ lib.* De stipulatione constat, si filiusfam. alternative duas res stipulatus sit, eum, insciо Patre, electionem perpetrare posse, *l. ult. in pr. de V. O.*

4. De genere Legato est sententia peculiaris Vinnii *ad §. 22. I. de Leg.* quam placet expendere; his verbis continetur; *Sed*, ait, *cum corpora genere legato contenta, certis finibus natura circumscripta non sunt, qualia sunt domus, navis, fundus, non legatarii, sed heredis electio est; qui rem unam, quam volet, ex his, quas testator habuit, legatario dabit.* Quæ sententia nec rationi convenire, & a juris auctoritate aliena, evertendæque sententiæ legum, quæ dant electionem legatario, esse videtur. Atqui Vinnius; de domo legata hoc aperte scriptum est in *l. si domus 71. de Leg. 1.* *Quapropter dubitandum non est*, pergit, *quin idem obtineat, si navis simpliciter legata sit, aut fundus; posito, quod nos putamus, fundi legatum valere, si testator fundo habuit.* Sed est verum, quod in illo textu *l. 71.* contrarium habetur. Ita pandectæ Florentinæ. *Si domus aliena simpliciter legata sit, cogentur heredes, quam vellet domum, ex his, quas testator habuit, legatario dare:* alii codices, teste Gothofredo, pro vellet, legunt *voluerint.* Sed Vinnius vulgatam præfert lectionem, *cogetur heres quam domum volet &c.* aut Holoandrinam, *cogentur heredes quam domum volent.* Contra recentiores editores & scriptores, merito præferunt Hetrusci codicis auctoritatem, secundum quam res indubitata est. Videtur, si voluntati heredum electio committeretur, non fuisse usurus Jctus verbo *cogentur:* nam ad quid *cogentur heredes?* ad aliquam domum in genere ex iis, quas habet testator, legatario dandam; quasi hoc dubium esset, aut ullo modo quæsitu dignum. Sine dubio vox *cogentur*, respicit dationem certæ domus, sed ad quam dandam cogentur? ad eam, quam volunt? quomodo cohæret hoc, cogi ad id, quod arbitrio nostro committitur? præter quod leges aperte lectioni Pisanæ suffragantur, quæ pro regula tradunt, quod legatarius eligat. *Si generaliter servus vel res alia legetur, legatarii electio est*, inquit Imperator *d. §. 22. h. t.* Qui *rem aliam* indistincte appellat, intelligendum prabet, *aliam quamvis*, neque nobis distinctio fingenda, ubi lex indistincte loquitur. Atqui *inter ædes & ædes*, ait Vinnius, *inter navem & navem, inter fundum & fundum fieri potest, ut nulla sit proportio, & major distantia quam inter Mantuam & Romam, inter viburna & cupressum.* Opinor etiam inter hominem & hominem, in quo exemplo ponit Justinianus specimen regulæ nostræ, sæpe non minus interesse, quam inter Mantuam & Romam, inter cupressos & lenta viburna. Servus actor aut anagnosta, vel capsarius aut medicus, non minus præ mediastino excellit & pretio differt, quam domus ampla ab insula parva; neque enim in ejusdem hominis patrimonio credibile est, domos adeo valore differentes extare, quam est proportio bovis ad muscam. Sed largiamur Vinnio illud antecedens, quid hinc adsumetur? quid profertur, quare minus absurda sit illa distantia, quando heres eligit, quam ubi legatarius? Durum putas, legatarium petere domum amplam & novam, ubi parva & vetus est in hereditate; nec tu iniquum censes, heredem ei, cui testator domum simpliciter legavit, obtrudere casam, vel tuguriolum, ubi insignia & spectata ædificia relicta a testatore non desunt? *sed conjectura legis est*, pergit Vinnius, *testatorem voluisse quam minimum heredem oneratum, l. 67. §. 8. de leg. 2.* unde parum tamen hæc præsumptio stabilitur, eique alia opponi potest; quod testator legatum

legatum ex benevolo affectu reliquerit, cui sit consentaneum, ut in generali sermone testator id relinquere voluerit, quod ad animum legatarii de rebus sub genere contentis maxime pertinet; at hæc frustra ventilantur. Ratio enim optima juris est superius collocata, quod in sermone generali ac indifferenti, quod inter duo extrema medium est, sequamur, idque testatorem voluisse præsumamus. Ita scilicet, ut in *l. 37. in pr. de Leg. 1.* docetur, *Legato generaliter relicto id esse observandum, ne optimus vel pessimus accipiatur, ideoque homine legato, actorem non posse eligi.* Quo observato, nullum periculum est, ne heredem, electione legatario permissa, supra mentem testatoris, aut ultra quam æquum est, gravari contingat.

5. Frequens quæstio est, si testator primo genus leget, dein aliquas ejus species enumeret, utrum genus illud species restrinxisse videatur? Videtur, si accurata sit specierum recensio, quod tunc generi derogetur, *l. 18. § pen. de Instr. leg.* quod si obiter & negligenter species una & altera sit expressa, non videri minutum genus, sed ex abundanti aliquot species adjectas, *l. 12. § pen. eod.*

Tit. VI.

De Tritico, vino, oleo, frumento legato.

Vino, cæterisque hujus Rubr. speciebus legatis, debetur quicquid testator numero vini habuit, modo non toto genere diversum, *l. 9. h.* Imo etiam talia, si testator ea pro vino habuerit, ut mulsum, zythum, cerevisiam, acetum, hydromely, *d. l. 9.* Quid hodie, si probaretur, testatorem aliquem, dum viveret, ita solitum esse loqui, ut hydromely, cerevisiam, & quicquid in cella sua liquoris haberet, nomine vini insigniret, an vino legato cerevisia quoque cæteraque deberentur? Ego mihi non persuaserim, nostratibus ita visum iri, & ratio differentiæ intelligi potest ex usu diverso linguæ & populorum. Nam in Italia vinum erat ordinarius potus; Ideoque non omnino insolens erat, forte sub potiori quotidianoque potu omnia potulenta eodem verbo complecti; sic enim scribit Ulpianus, *acetum, zythum, camum & cætera pro hominum affectione atque usu, vini numero haberi. d. l. 9.* Nostro autem usu linguaque, res foret ineptissimæ jactantiæ, mulsum & cerevisiam nuncupare vinum; maxime cum vinum heic non habeamus, nisi peregre advectum, minimeque ut ordinario potu utamur. Vix igitur futurum est, ut ullus paterfamilias tam splendide ineptiat, aut si evenerit, tamen ejusmodi exorbitantem sensum, licet usitatum testatori dum viveret, non applicabimus testamento; idque secundum Servii & Tuberonis sententiam Celso laudatam, *l. Labeo ait. 7. §. Servius. 2. ff. de Supell. leg. Servius*, inquit, *fatetur, sententiam ejus, qui legaverit, adspici oportere, in quam rationem ea solitus sit referre: verum si ea, de quibus non ambigeretur, quin in alieno genere essent, supellectili quis adscribere solitus sit, non idcirco existimari oportere, supellectili legata ea quoque contineri; non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere.*

2. Quando eadem quantitas in eodem testamento bis legatur, fieri potest, ut etiam bis debeatur, si hoc voluerit testator, & evidentissime liqueat, idque Legatarius probare debet, per *§ 4. in fin. Inst. de Legat. & l. 34. § 1. & 3. de Leg. 1.* Imo heres, *l. 12. de Probat.* si nempe diversis scripturis eadem quantitas legata fuerit, quia tum præsumitur pro Legatario, testatorem voluisse conduplicare Legatum. In eodem testamento creditur, non tam sæpius legasse, quam sæpius esse locutus testator, *l. 66. § 5. de Legat. 2.* Quod si corpus idem bis in eodem Testamento legatum fuerit, constanter tenendum, non nisi semel esse præstandum, *d. l. 34. § 1. de Legat. 1.*

SCHOLIUM.

Aliud si in duorum testamentis, d. l. 34. § 2. de Legatis 1. *Quid si in diversis scripturis ejusdem testatoris? Puto & hic semel præstandum esse.*

3. Legato indefinite concepto neque certa quantitate adjecta; veluti heres uxori meæ oleum, acetum dare damnas esto, id omne debetur, quod testator mortis tempore reliquit, *l. 7. in pr h.* Si triticum oleumve, quale non fert natura, legetur, id inutile est, *l. 7. § 1. h.*

Denique, si quantitas certa legetur ex aliquo fundo, & minus ex eo proveniat, nihilo plus quam inde provenit, debetur, *l. 5. h.* Quod secus est, si quantitas *annua* ex certo fundo legetur, ut probatum est *ad tit. de Ann. Leg.* & ratio differentiæ est, quoniam Testator in annuo Legato usum & indigentiam legatarii spectavit, in altero demonstrationem fundi taxationis causa expressit.

Tit. VII.

De Instructo & Instrumento legato.

I. Instrumentum quid. II. Instructi significatio. III. Dotes prædiorum quid. IV. Usus & idioma temporis.

Instrumentum est apparatus rerum diutius mansurarum, sine quibus possessio exerceri nequit, *l. 12. pr. h.* proinde instrumento fundi continentur ea, quæ fructus quærendi, cogendi, conservandi gratia parata sunt, *l. 5. h.* Non supellex, neque penus, nec pecora, quæ pascuntur, *l. 9. & l. 12. § 15 h.* at sub instrumento villæ urbanæ continetur supellex, *l. 19. § 1. h.* mola quoque est instrumentum ædium, *l. 26. § 1.* non fundi. *l. 18. § 2.* quod moribus hodiernis plerumque contra se habet.

2. Sed fundi instructi plenius est legatum, *l. 12. § 27. h. t.* instrumentum enim ad possessionem rei pertinet, instructi vox ad usum patrisfam. unde & supellectilem continet, *d. l. 12. § 28.* add. tamen § *29.* & *30.* item *l. 2. C. de V. S.* Fundo legato, debetur instrumentum, etsi fundus perierit, aut alienatus sit: nempe, quod ad instrumenta, quæ ad usum patrisfam. in eo fundo attinent, *l. 5. h. t.* Sed instrumentum, quod ad fundum pertinet, non debetur, *§ 17. I. de Leg.*

SCHOLIUM.

Clarior erit mens Autoris, si jungas huic positioni Prælect. ad Inst. de Legatis n. 15. p. 234. seq. *Aliter conciliat Struv.* h. t. th. 58.

3. Instrumentum et *dotes prædiorum* pro synonymis habet D. Wissenbach. *ad d. tit. ff. de instruct. leg. th. 6.* ex *l. 2. § 1. d. tit.* & sub dotibus numerat stramina, stercora, boves aratorios, aratra, ligones, corbes, pedamenta, vimina, stabula, casas, rastra, servos fundo destinatos, dolia, præla & id genus alia. Atqui hæc omnia sub instrumento contineri, recte probatur ex *l. 1. & seqq. eod. tit.* sed dotes prædiorum non videntur idem esse, verum æque late patere ac *fundus instructus.* Ita enim Papinianus ait, *dotes prædiorum, quæ Græco vocabulo ἐφόδια appellantur,* cum non instructa legantur, *legatario non præstantur.* Ergo tantum debentur, *si fundus instructus* legetur; Dotes igitur prædiorum plures sunt, quam res a Wissenbachio enumeratæ, ut etiam supellex & pecudes fructuosæ, similiaque sub iis complectendæ sint.

4. Cum his noster usus & dialectus si conferantur, nihil examussim illis conveniens reperio. Nam instrumento comparari deberet vernacula vox, *gereedschap;* qua voce instrumenta agriculturæ continentur; non tamen stercora, stramina, alvei apesque, equi aratorii, vehiculares, pecudes necessariæ ad fructum fundi exercendum, & id genus alia, quæ Romani sub instrumento comprehendunt, *d. l. 8. & seqq. h.*

Fundus instructus, *uytgerust*, si legetur, valde dubitem, quomodo nostrates id acciperent. Non est ab re, si testator ejusmodi vocabulo uteretur, plenissimam ejus voluntati interpretationem suffragari, ut omnia, quæ ad fundum exercendum requiruntur, legatario deberi viderentur.

Sed paterfamilias nostras commodius fecerit, si distinctis utatur vocabulis ad res diversas comprehendendas, ut cuique nationi suo modo. Nostris *Gereedschap* instrumenta artificialia significat. *Beslag*, pertinet etiam ad pecudes, per quas fundi fructus exercetur; adeo ut his verbis Fundus *met sijn Beslag*, posset, opinor, videri, fermen tem contineri, quod sub fundo instructo in Jure latino significatur, *sive cum & servis & dotibus prædii;* etsi plerumque pecudes specialiter quoque nominentur, *levendig Have.*

5. Fundo legato, cum omnibus, quæ in eo sunt, etiam merces venales debentur, *l. 27. § 3. h. t.* at usufructu ita legato, merces venales non debentur, quia venditionis causa modum ædific. excedit, *l. 32. § 2. de usu fruct. leg.* Thomasius se hanc rationem non agnoscere ait, per ea, quæ dixerit *ad tit. de Servit. præd. § 3. & 4.* Quæ ad hanc rem quomodo pertineant, non intelligo. Tu videsis Wissenb. *ad. h. tit. th. 9.*

N. ADDIT.

Scilicet & ibi, & in Schediasmate ad titulum Inst. de Servitutibus, ac nunc utrobique in novis examinibus, observari, salvam esse hypothesin literis, quod servitutes etiam personales. & inter has præsertim ususfructus non possint venditionis causa constitui, & supra quoad usumfructum jam exempli gratia dedimus in usufructu silvæ & lapicidinæ &c. Hunc jure certum subsolvitio, ostendi debere aliam rationem differentiæ, qua illæ duæ leges, quæ olfactui alias videntur, possint conciliari. Nunc vero ab illo deflectendo alienum, postquam re propius perspecta

ſpecta deprehendi, d. l. 27. § 3. h. t. *nil minus dicere, quam quod fundo legato & iis, quæ in eo ſunt, debeantur merces venales. Tu Lector ipſe textum conſule. Ait Scævola:* Liberto, quem heredem ex parte reſcripſit, fundum per præceptionem dedit, in hæc verba: *Pamphile liberte præcipito, tibique habeto fundum meum Titianum, & agellum Sempronianum cum inſtrumento, & his, quæ in eodem erunt cum moriar, familiaque quæ in eo fundo moratur, exceptis, quos manumiſero.* Quæſitum eſt, cum teſtator in eo fundo aliquantum vini in doliis habuerit, quod vivus totum vendiderat, & partem tertiam pretii pro eo acceperat, an vinum in doliis remanens ad libertum ex cauſa præceptionis pertineat? Reſpondit; verbis, quæ proponerentur, contineri, niſi manifeſte contrariam voluntatem coheredes approbant. *Ubi hic agitur de mercibus venalibus, & quod illæ ad legatarium pertineant? Agit partim de vino vendito, quod legatarius non accipit, partim de reliquo vino non vendito, quod legatario ſecundum deciſionem JCti, quæ nullam rationem dubitandi habet, debetur. At non ſequitur: Teſtator* aliquantum *vini, quod in doliis habebat*, totum *vendidit, ergo reliquum vinum eſt merx venalis. Non magis, ac ſi quis fundum ruſticum poſſidens ſuperfluum & abundans frumentum venditaſſet, quis enim & tum diceret, frumentum reliquum eſſe mercem venalem? Quod igitur ſub uſufructu domus, & rerum quæ ibi ſunt*, ſec. l. 32. § 2. de uſufr. leg. *idem Scævola neget, merces venales contineri, non ex eo eſt, quod uſusfructus venditionis cauſa non poſſit eſſe, ſed partim, quod in ſpecie uſusfructus domus non conſiſtat in venditione mercium, partim quod per verba*, quæ *ibi i. e. in domo* ſunt, *intelliguntur res, quæ ibi ſunt tanquam ſupellectilis aut certe tanquam domus acceſſoriæ, qualia non ſunt merces venales.*

Tit. VIII.

De Peculo Legato.

Tit. de peculio legato, nihil habet præcipui, præter id, quod eſt in § 20. *I. de Legat.* niſi hoc addere velis, Servo legato, aut libertate ei data, non intelligitur peculium datum, niſi exprimatur, *l. antep. hic. l. un. C. de pecul. ejus qui lib. mer.* legatum vero acceſſionis vicem obtinet; itaque extincto ſervo ſimul extinguitur, *l. 1. & 2. eod.*

2. Filiifam. quoque peculium legari poteſt, *l. 2. § 1. h.* Idque uſum habere poſſet hodieque; ſed ejus dies cedit, ut alias, a morte teſtatoris, ſive ipſo filiofam. ſive tertio legatum ſit, aliter ac in peculio ſervi; nam hujus dies, cum ſervo legatur, cedit ab adita hereditate, quia Libertas legata tum cedit diem, *l. un. § 7. C. de Caduc. toll.* & quia legatarius habet, quicquid tempore diei cedentis eſt in legato; habet etiam ſervus augmentum peculii, quod inter mortem & aditam hereditatem acceſſit, ſecus ac alius, cui peculium fuerit legatum, *d. § 20. Inſt. de Legat.*

3. Uſus quod ad ſervos nullus eſt; poſſet aliquis eſſe de peculio filiufamilias, quando pater filio dedit pecuniam aut merces, in quibus negotietur, *l. 4. ff. de pecul. leg.* nam quia per habitationem propriam, noſtræ patriæ moribus, ut alibi dictum, non tollitur patria poteſtas, nihil vetat, quo minus peculium filiifam. pro tali habeatur, ſicut jure civili præſcribitur.

Ideoque vel ipſi filio vel alii cum effectu legari poterit.

Tit. IX.

De Penu Legata.

Dicitur Penus ex eo, quod non in promptu eſt, ſed intus & penitus reconditum, Gell. *lib. 4. c. 1.* Penu legata debetur quicquid eſui potuique eſt, *l. 3. pr. & § ſeqq. h.* etiam ligna, carbones, thus, cerei, unguentum, chartæ epiſtolares, & vaſa, ſine quibus penum habere non licet, *l. 3. § 9. 10. & 11.* non medicamenta, *l. 5. pr. h.* non vaſa cocitatoria, nec inſtrumenta culinæ, *l. 6. h.*

2. Quod ſi aliquid penoris dare juſſus, & non dediſſet, pecuniam ſolvere heres damnatus eſt, penus erit in præſtatione, pecunia vero in petitione, poſtquam heres eſt in mora dandi, *l. 2. eod. l. 19. l. 24. Quand. dies leg. ced. l. 115. de V. S.* Adde Wiſſenb. *h. tb. ult.*

3. Hoc *Penoris* legatum eſt etiam peculiare Romanis; in noſtra lingua non habemus æquipollens

pollens vocabulum, quo non tantum esculenta, & potulenta, sed etiam ligna, carbones, chartas epistolares, cereosque complectamur. Proximum est, si quis leget, *alle eet-en-drink-Waaren*, sub quo tamen & jumentorum cibaria intelligi possunt, juxta *l. 3. § 7. ff. de pen. leg.* scilicet eorum jumentorum, quæ ulibus testatoris deserviunt, non quæ locantur, nec quæ ob opus rusticum habentur, ut quidem est in *d. § 7.*

Tit. X.

De Supellectile Legata.

I. Supellex quid. II. Vasa argentea, an supellex & quid hodie. III. De libris & capsis. IV. An species derogent generi. V. Sub mobilibus, an pecunia contineatur. VI. Nomina videri sub mobilibus comprehendi. VII. An sub Legato mobilium & immobilium. VIII. Casus ea de re specialis.

Videamus de supellectile, ita dicta, quod ea, quæ *sub pellibus* militiæ, aut in legatione usui erant, comprehendebat, *l. 7. in pr. h.* Quid est Supellex? est domesticum Patrisfamilias instrumentum, quod neque argento aurove facto, neque vesti adnumeratur, ut Pomponius finit in *l. 1. ff. de Supell. leg.* Vox sine dubio convenit cum nostro vernaculo *huysgeraedt*, cui illa definitio bene convenit, atque a vestibus æque separatur. vid. Carpzov. *6. Resp. 34.*

2. Vasa aurea & argentea sintne pro supellectili habenda, dubitatum fuit inter veteres; sed ex usu temporum interpretatio desumpta fuit; priscis temporibus non erant aurea argenteaque vasa loco supellectilis, *secundum sæculi severitatem nondum admittentis argenteam supellectilem*, ait Paulus in *l. 3. § ult. ff. de Supell. leg.* sed deinde crescente luxuria nihil dubitatum est, *d. l. 3. § 3. & 4.* nisi quod de escario potorioque aureo argenteoque, scrupulum injicit Modestinus in *l. 8. d. lit.*

Mores nostri, ut antiquis Romanis sunt liberaliores hac parte, ita recentioribus impares, servant mediocritatem; ut argentea vasa instrumentaque in usu quotidiano testatoribus habita, sine dubio pro supellectili sumantur, non ea, quæ in armariis reponi, nec aliter quam solenni occasione proferri solent, ut & Curiæ nostræ visum apud Sandium *lib. 2. tit. 5. def. 5.*

3. De libris potest quæri, numquid supellectilis loco sint, quia non excipiuntur in definitione, sed tamen non esse, nec quidem capsas & thecas librorum, indicat Paulus in *l. 3. § 4 ff. de Supell. leg. Sunt*, ait, *qui recte putant, capsas aut armaria, etsi librorum aut vestium, aut armamentorum gratia parata sunt, non esse in supellectili, quia ne hæ quidem ipsæ res, quibus attributæ essent, supellectilis instrumento cederent.*

De bibliothecis, id est capsis librariis, hodieque non dubitabimus, quin sub *huysgeraedt* non contineantur, etsi de capsis vestium secus opinari populus videtur; quanquam ratio Pauli nunc etiam valeat: Vestes non sunt supellex, (*huysgeraedt*) ne hodie quidem, ergo nec capsæ, in quibus vestes custodiuntur: sed consequentia non videtur esse moris nostri; pendent enim hæc res ab usu linguæ populique consuetudine. qua capsæ & cistæ habentur in numero supellectilium *van huysgeraden.*

Proinde capsæ, in quibus armamenta civica vel familiaria continentur, eodem pertinere videntur, imo de his ipsis armamentis, si habeantur ob usus civiles venandive causa, videri possint habenda pro supellectile, non si causa belli atque castrorum. At in contrarium nos vocat Alfenus in *l. 6. pr. d. tit. Supellectilis*, ait, *eas res esse puto, quæ ad usum communem patrisfamilias paratæ essent*, quæ *nomen sui generis separatum non haberent*: sicut arma, libri, vestes, nominibus separatis cognoscuntur. Idemque de omnibus instrumentis, quæ *ad artificii genus aliquod* pertinent, existimandum, *d. l. 6. in pr.*

Proinde ne quidem libri, quibus paterfamilias omni die familiaque ejus usa est, ut sunt biblia sacra vernacule scripta, librique medici vel cocitatorii, legata supellectile continebuntur, quia nomine proprio distinguuntur, ut quidem ratio velle videtur.

4. Si primo legetur supellex, deinde species una & altera adjiciatur, ea tanquam superflua non minuit legatum, *l. 2. § pen. de Instr. leg.* sed pluribus speciebus accurate adjectis, derogatum videtur legato, *l. 18. § pen. eod.* vid. *l. 9. h. t.* Latius hoc D. Wissenbach. *ad tit. de Instr. leg. th. 8.*

5. Hoc loco de mobilium legato commode agi potest.

poteſt. Cum de *mobilibus* legatis agimus, jure civili continetur ſub iis pecunia, quia res mobilis eſt, *Tit. Inſt. de reb. corp. & incorp. l. 79. § 1. ff. de Legat. 3.* Hoc hodie ſecus eſſe, docet Pinellus ad *l. 1. C. de bon. mat. part. 2. n. 50. Licet*, inquit, de jure, *mobilium* nomine *contineatur pecunia, ſecundum proprietatem vocabuli, hodie tamen, attento uſu vocabuli, contrarium judicandum ſit. Notorium enim eſt, homines appellatione mobilium, non ſentire de pecunia, ſed de ſupellectile & de ornamentis* &c. Idem de uſu fori univerſo teſtatur Wiſſenbachius noſter *ad tit. ff. de legat. 3. th. 9.*

Vereor tamen, ne non diverſa ſit ratio linguarum exoticarum a noſtra & a Romana. nam Galli, Itali, Hiſpani voce *mobilium, Meubles*, intelligunt fere ſupellectilem; & noſtrates cum hac voce peregrina utuntur, intelligunt ea, quæ ad domum inſtruendam habentur, ac etiam ornamenta, aurumque factum & infectum, *non pecuniam*, neque bibliothecam, ut videtur, aut animalia.

Sed quando loquimur vernacule, *tilbare*, ſive *roerlijke goederen*, non animadverto, quin hoc vocabulum æque late pateat, ac *mobilium* vox apud Latium; nec puto quicquam obſtare; quin ita ſatis liquido obſervatum, quoties uſu venit, exiſtimo. Etiam vero pecunia & bibliothecæ ſub iis verbis comprehenduntur, ſolæque res ſoli excluduntur, quæ dicuntur *onroerlijke*, ad quas cum pecuniæ cæteræque res nullo modo pertineant, neque tertium genus faciant, ad mobilia ſine dubio referenda fuerint.

6. An etiam nomina & obligationes ſub *mobilibus* continentur, id eſt, *tilbare of roerlijke goederen:* nam vocem *meubles* huc non pertinere, certum eſt? Multis videtur, eamque communem Doctorum ſententiam eſſe, ad *tit. Inſt. de reb. corp. & incorp. & ad tit. ff. de Rer. Diviſ.* diximus, idque prolixe Voetius adſtruit *ad tit. Inſt. cap. de Moribus.* Sed ea ſententia nititur hac hypotheſi, quod diviſio rerum in corporales & incorporales, uſu temporum obſoleverit, ut auctor idem aliique contendunt; hoc refutavimus ad *d. tit. Inſt. & Digg. de Rer. Diviſ.* Imo quod magis eſt, ne quidem ſub legato mobilium & immobilium ſimul, videntur obligationes & nomina comprehendi, ut Sandius tradit *lib. 4. tit. 4. def. 6.* Speciales facti illic quidem eſt de annuis reditibus, ſed idem ſentire Sandium de obligationibus aliisque juribus, manifeſtum eſt, *eo, quod reditus, ſicut alia jura & actiones, tertiam bonorum ſpeciem a mobilibus & immobilibus, differentem conſtituere* ſcribit. Atque ita recte, ſi Teſtator heredem inſtituerit, uxorique aut alii mobilia & immobilia legaverit; Heres ſine dubio res incorporales, ut nomina & obligationes, cæteraque jura habebit. Alioqui non pœnitet me ſententiæ poſitæ *ad d. tit. de Reb. corp. & incorp. & ad tit. de Rer. Diviſ.* quod, ubi lex aut paterfamilias omnia bona diſpeſcit in mobilia & immobilia, quemadmodum ſæpe fit, tum incorporalia ſub iis contineantur, ita ut jura perſonalia referantur ad res mobiles, & realia ad immobiles.

Ita, ſi quis omnia ſua bona mobilia & immobilia pignori obligaverit, non eſt dubium, quin etiam res incorporales juraque pignore teneantur, ut ſæpe fert uſus.* Si quis etiam heredes inſtituerit ex omnibus ſuis bonis mobilibus & immobilibus, nemo dubitabit, quin heredes etiam incorporalia ſint occupaturi.

7. Quid autem, ſi Teſtator, omiſſa heredis inſtitutione, bona ſua tam mobilia, quam immobilia, legati titulo uni vel pluribus reliquerit, ut fit, & memini accidiſſe, numquid & iſti legatarii res incorporales obtinebunt? Non videri, ſuggerit id, quod modo tradidimus, ſub legato mobilium & immobilium incorporalia non contineri; at in contrarium vocat, quod alias dictum eſt, teſtamentum carens heredis inſtitutione moribus noſtris ſuſtineri, *ſupra tit. de Hered. inſt. a princ.* titulusque legati in hoc caſu a plerisque inſtitutioni æquipollens habetur.

Magis tamen eſt, ut ſuſtineatur hactenus omiſſa heredis inſtitutio, quod ejusmodi diſpoſitio pro codicillo habeatur, in quo legata valent *ſicut legata*, quæ ab herede legitimo vel priore teſtamento rite inſtituto, præſtari debent his, qui in teſtamento, quod caret heredis inſtitutione, ſcripti ſunt. Unde ſequi videtur, legata bonorum mobilium immobiliumque non aliter accipi in teſtamento, ubi nulla eſt heredis inſtitutio, quam ubi recte heres ſcriptus eſt; resque incorporales eo caſu manere penes heredem legitimum, ut alioqui manent penes heredem ſcriptum; ne jus illud enorme, quod Teſtamentum ſine heredis inſtitutione valeat,

* Et ut Sereniſſimo Legislatori Saxoniæ placuit, in *Ord. Proceſſuali tit. 40. §.* Nachdem aber auch 8. uſu hominum hoc ita poſtulante, quamvis noviſſimo proceſſuali jure hujus conſtitutionis non appareat uſus.

valeat, ulterius etiam extendamus in favorem vitiose instituti, quam accipi possit in favorem rite scripti heredis, *per ea, quæ modo de hoc genere legati dicta sunt.*

8. Sic satis intelligentur positiones, quas ad finem hujus Tituli adjecimus. Sub legato mobilium continentur etiam nummi simpliciter, etiam quos Testator præsidii vel mutui dandi causa repositos habuit, *l. 79. § 1. de Legat. 3.* at si mobilia, quæ certo loco sunt, legaverit, tum nummi ad mutuo dandum repositi, non videntur legati, *l. 79. § 1. de Legat. 3.* nihil obstantibus *l. 41. § 6. & l. 44. D. d. t.* Ne merces quidem venales continentur sub mobilibus certo loco demonstratis, *l. 92. § ult. eod. l. 32. § 2. de usufruct. Legat. l. 1. & 2. C. de V. S.* Cautiones quoque & nomina & actiones, sub tali Legato non continentur, imo hæ, cum ne quidem corporales sint, plane sub Legato mobilium & immobilium non comprehenduntur, *l. 86. pr. de Legat. 2. l. 12. § 45. de Instruct. vel instrum. Leg.* Sandius *lib. 4. tit. 4. def. 6.* Adde Wissenbach. *ad tit. de Legat. 3. th. 9.*

LIB. XXXIV.

TIT. I.

De Alimentis vel Cibariis Legatis.

Sub alimentis continentur cibaria, vestitus, habitatio, non quæ ad disciplinam pertinent, nisi testator aliud voluerit, *l. 7. h.* quod in patre facilius præsumitur. *arg. l. 4. Ubi pup. educ.* Unde in edicto Carbon. disciplina semper sub alimentis continetur, *l. 6. § 5. de Carb. edict.*

2. Interpretatio alimentorum legatorum est favorabilis: unde heres educare duntaxat jussus, omnino alere tenetur, *l. ult. h.* item alimenta simpliciter relicta, in perpetuum relicta videntur, si ad pubertatem, plane pubertas intelligitur, *l. 14. pr. & § 1. h.* add. *l. 11. h.*

3. Quantitate alimentorum non expressa, modus secundum facultates & ex præsumpta voluntate testatoris statuendus est, *l. 22. pr. h.*

4. Prædio alicui ad alimenta legato, * non alimenta exinde ad vitam, sed proprietas debetur, alimentorum adjectio causæ locum habet, *l. 4. vers. quær. & l. 22. § ult. h. t.*

5. Diaria idem significant, quod Cibaria, quibus neque vestis, nec habitatio, nec calcearia continentur. *l. 21. h.*

TIT. II.

De Auro, argento, Mundo, Ornamentis, veste vel vestimentis, & Statuis Legatis.

I. Rubrica summariorum loco est.

Aurum & argentum est triplex, factum, infectum, & signatum. Sed hoc tertium sub auro argentoque simpliciter dicto non continetur. Cum enim aurum vel argentum legatum est, quicquid auri argentique relictum sit, legato continetur, sive factum, sive infectum; pecuniam autem signatam placet eo legato non contineri, *l. cum aurum. 19. ff. de Aur. & arg. leg. l. 27. § 1. & seqq.* Hæc quoque res varietati linguarum morumque subjecta est. Nam Galli de suo idiotismo contrarium testantur; Si enim quis legaret in hæc verba *Je legue à Titius tout mon or & argent*, id est, *Lego Titio omne meum aurum & argentum*, hujusmodi legatum non nisi pecuniam signatam includere, non etiam vasa aurea vel argentea, adfirmant Tiraquell. *de retract. gentil. § 1. gl 20. n. 1. & 2.* & Mornac. in *l. 2. C. de constit. pec.* Hoc ideo, si verum, quia Galli non habent

* Secus est si alimenta, ex certo fundo singulis annis præstanda legentur, sic enim legatario fundi nec proprietas, imo ne quidem hypotheca specialis in eo alimentorum causa, competit, Guid. Papa *dec. 570. n. 1.* Schilter. *ad ff. Lx. 39. § 95.* Jure consuetudinario autem Saxonico hoc casu specialis hypotheca fundum affecit, secundum Schilt. *l. c.* Carpz. *P. 1. C. 28. d. 152.* Richt. *de priv. Cred. c. 5. n. 17.*

voca-

vocabulum, quo nummos ſive pecuniam ab auro argentoque diſtinguant; ſed vox *argent*, in celebriore ſignificatu pecuniæ ſoli convenit, potius quam argento facto infectove. Sed uſus noſtri ſermonis cum Romano convenire videtur; habemus enim proprium nomen *Gelt*, quo nummos ab infecto factove argento auroque diſcernimus. Ideoque nullus dubito, quin ſub legato auri argentique *van al het Golt en Silver*, pecunia non comprehendatur, ſed vaſa inſtrumentaque facta ex illis metallis, maſſæque ſi quæ reperiantur, ejusdem materiæ duntaxat. vid. *l. 27. § 2. ff. eod. tit.*

2. Poſtremo, qui legat omne *ſuum* argentum, aut veſtem *ſuam*, neque legat hoc, quod eſt in credito, nec id, quod poſt teſtamentum factum comparatur; quia vox *ſuum* & proprietatem, & tempus præſens ſignificat, *l. 7. l. 9. & l. 27. § 2. h.*

3. Mundus eſt, quo mulier mundior fit. Continentur eo ſpecula, matulæ (non ad veſicam levandam, ſed ἀρύταινα Polluci, & gloſſis ampulla olearia, Cujac. *10. obſ. 17.*) Lavatio, Riſcus, arcula, vaſa unguentaria, & ſi quæ ſimilia dici poſſunt, *l. 25. § 10. h.* Nos una voce, quæ *Mundo* reſpondeat, caremus, opinor; aliter eſſent hæc circumſcribenda.

4. Ornamenta ſunt, quicquid ad ornandum corpus adhibetur, & enumerantur in *d. l. 25. § 10.* ſed exigenda ſunt ad cujusque regionis & linguæ proprietatem. Margaritæ ſub ornamentis, non tamen rudes, continentur, *d. l. 25. § 11.* Eadem ratio eſt in ferro, ſtanno, ære, plumbo, aurichalco & ſimilibus, ut debeatur tam infectum quam factum. Gemmas a lapillis, utrasque a margaritis diſtinguunt Latini, *l. 19. § 15. & ſeqq. præd. tit.* puto etiam lingua noſtra. Gemmæ *eedele geſteenten*, Lapilli ſunt *ſteenijes*, Margaritæ, *peerlen*, habent ſingulæ ſuum nomen proprium, neque ſunt *ſteenen*, ſed conchæ maris; ſic etiam ſuccina varii generis, ſuis nominibus cognoſcuntur, *d. l. 19. § 18.* Forte hæc omnia continentur ſub nomine *Kleinodien* aut *Juweelen*, quod eſt a Gallico *joyaux*, & hoc a latino *jocalia*; qua voce puto contineri, inquam, gemmas, lapillos, margaritas, ſuccina, corallia, torques, annulos, catenas aureas argenteasque, & omnia, quibus ad ornandum corpus utimur, nec ad veſtimenta pertinent; etiam cingula ex argento facta, clavesque dependentes; ut hoc vocabulum diſerte accipitur in *lib. 4. Stat. Friſ. tit. 11. art. 14.* Idem ſine dubio vox *Kleinodien* ſignificat, & quidem clarius & indubitatius quam *Juweelen*, quod multi anguſtius ſumunt, quam in ſtatuto uſurpatur, & origo vocabuli dictat; vox *jocalia* quippe ſatis commode ea cuncta comprehendere videtur, & ſumantur igitur *promiſcue*. Quæſitum eſt e teſtamento Nobilis matronæ, an imago *Chriſtinæ, Reginæ* gemmis circumdata, quæ marito ejus in Succia Legato donata fuerat, ſub voce *Juweelen* contineretur. Reſpondi, ita videri; maxime, quia matrona ſæpe eam in pectore geſtaverat ornatus cauſa.

5. Major, quam in ſupellectili, diſcrepantia moris hodierni atque Romani eſt, ratione veſtium legatarum. Namque ſub veſtimentis legatis continentur *omnia linea laneaque, vel ſerica, vel bombucina, quæ induendi, præcingendi, amiciendi, inſternendi, injiciendi, incubandive cauſa parata ſunt, l. veſtis. 23. §. 1. ff. de Aur. Arg. mund. veſtim. leg.* Hinc etiam culcitræ, cervicalia, tapeta, tegumenta, ſubſelliorum arque lectorum, ſub veſte continentur, *l. 25. eod. tit.* Quod a noſtris moribus abhorret; nec enim ea, quæ inſternendi, injiciendi, incubandive cauſa parantur, ſub voce *Kleederen* ſimpliciter poſita, continentur; ſed tantum, quæ induimus, quæ præcingimus atque amicimus, adde etiam, quæ imponimus, ut ſunt pilei, quibus veteres ita non utebantur. Quod ad materiam attinet, ſine dubio non tantum lanea, ſerica, bombucina, ſed etiam linea ſub veſte continentur hodieque, etiam pellicea, quod & Romani agnoverunt, *d. l. 23. §. ult.* Calceos tamen inter veſtimenta non numerabant, *d. l. 25. §. 4. in fin.* quod nec fit ſermone noſtro proprie. Atquia voluntas teſtantium plenius accipi ſolet, non putarem, legato veſtimentorum hodie calceos eximendos eſſe; maxime, quia nunc induuntur, quod olim ita non fiebat, & ſine calceis homo non poteſt dici plene veſtitus eſſe: de ſandaliis idem videtur, nec non de pileis, qui Romanis, ut dictum, in uſu non erant ordinario.

6. Diſtinguuntur veſtimenta in virilia, muliebria, puerilia, familiarica oppoſita forenſibus, *l. 23. § 2.* Item *Communia*, quibus ſine reprehenſione vel vir, vel uxor uti poſſit: Plerisque enim mulieribus vir ſine probro vix utatur, ut Ulpianus *d. l. 23. § 2.* quod & jure divino prohibitum *Deuteron. 22.* Ne quidem ad tempus, & ludendi cauſa, pudore ſalvo. Plato apud Dionyſium rogatus, ut cum aliis inter ſcyphos & pocula ſtolam muliebrem indueret, recitavit appoſite hos Euripidis verſiculos, teſte Suida in Voc. Ἀφίππας.

Οὐκ' ἂν δυναίμην θῆλυν ἐνδῦναι στολὴν
Ἄρρην πεφυκὼς, καὶ γένυς ἐξ ἄρρενος.
Stolam mulieris induere qui possim ego,
Vir natus & ex stirpe genitus mascula?

Idem de muliere viriliter induta. Notum illud Juvenalis Satyr. 6.

Quem præstare potest mulier galeata pudorem,
Quæ fugit a sexu?

Nec quidem pro patria laudanda hæc enormitas, cujus plura, maxime in classibus nostris, exempla; nisi valde Heroico & extraordinario quodam necessitatis casu: quo Galli referunt notum Puellæ Aurelianensis exemplum.

7. In omnibus hisce vestimentis, auro argentoque legatis, frequenter obtinet regula, quod Accessio cedat suo principali, *l. 9. § 2. l. 32. § 1. h. t.* Utra vero sit accessio vel principalis, non id ex pretio spectamus, sed utra res ob alteram habeatur, *l. 19. § ult. & l. 20. h. t.* Matrona, de qua modo, legaverat alicui omnia sua fictilia. Repertus autem est ingens numerus vasorum fictilium cum argenteis operculis, sexies pluris, quam erant ipsa vascula. Respondi tamen, opercula cedere vasis; nec ab herede posse separari; quoniam opercula erant vasorum gratia, *d. l. 19. in fin.* Quin sub auro legato annulus cum gemmis, etsi decuplo pluris, contineri, ex eadem ratione dicendum; non æque fasciculum gemmarum auro inclusarum, ut acu in pectore fixus habiliter gestari possit; tunc enim aurum propter gemmas adhibitum constat, *l. 20. eod.*

8. De Statuis & Imaginibus vide *l. 12. & 14. h.*

Tit. III.

De Liberatione Legata.

I. Quid hoc Legatum, & remissio. II. Commentariolus & correctio quædam Legis 25. h. t. III. Quid si liberatio vel nomen legetur, nullo existente debito.

Liberationis legatum dicitur, cum testator legat alicui, quod ipse defuncto debebat; per quod vinculum obligationis, quo legatarius tenebatur defuncto, licet ipse legatarius rei dominus sit, remitti videtur, *l. 1. pr. l. 7. pr. h.*

Forma est non modo, ut testator summam sibi debitam leget aut remittat; sed etiam ut damnet heredem, ne petat, *l. 2. h.* vel chirographum aut instrumentum obligationis tradat, *l. 3. § 1.* at redditio pignoris non ipsum debitum, sed jus pignoris tantum arguit esse remissum, *l. 1. § 1. h. t.* plura dix. ad *tit. Inst. de Legat. n. 10.* Vid. *ad fin. tit. ult. libri 25.*

2. Quid si liberatio legata sit ei, qui nihil debebat? Si dixerit testator, *quod Titius mihi debet, id peti nolo*, sine dubio evanidum est legatum. Idem erit, si *do lego id, quod mihi debet*, sit scriptum. Summa autem adjecta, vel re certa, potest, quasi falsa demonstratione adjecta, etiam peti quod comprehensum est. Sic Paulus in *l. 25. h. t. Sed poterit hoc dici*, inquit, si ita *legavit, centum aureos, quos mihi debet*, vel *Stichum quem debet, heres meus damnas esto non petere. Quod si sic dixit, Heres meus centum aureos, quos mihi Titius debet, damnas esto ei dare, etiam illud tentari poterit, ut petere possit quasi falsa demonstratione adjecta; quod mihi nequaquam placet, cum dandi verbum ad debitum referre se, testator existimaverit.* Atqui multo minus dicendum videbatur, in priore formula jus petendi inesse. Nam si hæc verba, *damnas esto dare*, non obligent, quæ positiva & imperativa sunt, quomodo illa, *damnas esto non petere*, quæ tantum privativa sunt, vim majorem habebunt? Anton. Faber illa verba, *vel Stichum, quem debet, heres meus damnas esto non petere*, defenda arbitratur. *5. Conject.* 2. Glossa, Cujacius *5. ad Afric.* aliique aliter, ex quibus satisfacere mihi non possum, sed cuperem ista verba, *quod si sic dixit*, paulum retrahi, hoc contextu; *Potuit hoc dici, si & legaverit centum aureos, quos mihi debet. Quod si sic dixit, Stichum, quem debet heres meus damnas esto non petere; vel heres meus centum aureos, quos mihi Titius debet, damnas esto ei dare &c.* ut sic Pauli ἐπίληψις, *quod mihi nequaquam placet*, ad utramque legandi formam referatur, sine ulla inductione vel emendatione. sensus eo modo perfecte constat & rationi satisfit. Sed dices, Paulum in ratione ἐπιλήψεως, quam subjicit, a verbo *dandi* petitam, respicere ad ultimum duntaxat exemplum, neque enim in priori formula id vocabulum extat. Responsio est. Paulum ideo rationem posterioris dedisse, quod hoc plus dubii contineret; nam prius exemplum, ubi testator vetuerat heredem non petere, nullam speciem actionis legatario suppeditare potest, si nihil ei debeatur; sed posteriora, *heres damnas esto, dare Caureos Titio, quos mihi debet*, proxime ad specimen falsæ demonstrationis accedebant. Pla-

ne

ne exemplum heic esse videtur, quo adhuc aliquis usus differentiæ sit inter legatum vindicationis & damnationis; Nam hæc verba, *Centum aureos, quos Titius mihi debet, ei do lego*, petitionem producunt, etsi Titius nihil debeat; ista autem; *heres meus centum aureos, quos Titius mihi debet, ei damnas esto dare*, non aliter dant actionem, quam si revera debitum existat. Excipitur legatum liberationis, si a legatario solutum fuerit ante apertas tabulas; sed quod post apertas tabulas, ante aditam hereditatem est solutum ab ignorante debitore, id repeti potest, *l. 24. d. t.* Existimo, jure novo postquam dies legati cedere statim a morte cœpit, & non a tabulis apertis, quicquid post obitum testatoris est solutum, id jure peti posse; quia ab eo tempore fructus legati ad legatarium pertinebat.

Ad *tit. Inst. de Legatis* condixeram explicationem difficultatis, quæ est in duobus Scævolæ responsis, *l. 28. § 4. & l. ult. § 2. eod. tit.* Posueram, liberationis Legatum non pertinere ad remissionem actionis in Rem, per *d. l. 28. §. 4.* ubi legato liberationis a rationibus reddendis, non tollitur petitio pecuniæ, quæ apud Tutorem remansit, ut quæ jam pupillæ sit: Hoc est Scævolæ responsum. In eadem specie facti idem Scævola contrarium respondet, in *l. ult. § 2.* ut mihi quidem alia quam communis responsio, quæ vult particulam *Non* delendam esse in *l. ult. § 2.* quæ jam fuit Bartoli & Accursii, non veniat in mentem; Audiendum tamen, quid Thomasius adferat in schol. ad posit. 11. *I. de Legat.*

SCHOLIUM.

Remissionem actionis in rem in testamento factam, ad legatum liberationis non spectare, forte concedi potest. Sed ad hujus sententiæ probationem, l. 28. § 4. ff. de Liber. leg. *nihil facit. Nam quod ibi actio realis detur adversus tutorem, non inde est, quod liberatio legata non spectet ad actionem in rem, sed inde, quod testatrix saltem actionem tutelæ remittere voluit. Ergo si tutor ex empto v. g. defuncta aliquid debuisset, tamen nec actio empti, scil. ab actione tutelæ diversa, etsi æque personalis sit, remissa censeri debuisset. An vero actio in rem in testamento remitti possit, nec ne, alia est quæstio. Pro priori respondendum arbitror, quia id nusquam est prohibitum.*

RESPONSIONI & expositioni sequentia servient.

Posteriora Scholii nemo neget, quin, si diserte remittatur actio in rem, valeat legatum, ut non tam sit legatum liberationis, quam rei ipsius.

Sed legato liberationis simplicis rem propriam Testatoris non contineri, ipse concedit, idque probatur in *d. l. ult. § 2. h. t.* Huic opponitur *l. 28. § 4. eod. tit.* Scholiastes ait, eam nihil ad rem facere, quod est valde inexpectatum, utpote, cum vix quispiam tolli posse contrarietatem crediderit, quam mutatione Lectionis Florentinæ. Huc tendit Thomasii responsio: In *l. ult. § 2.* voluit Testator & remittere in rem actionem, & legare pecuniam, quæ est pupillæ. In *l. 28. § 4.* tantum voluit remittere actionem Tutelæ, quæ personalis, & ab in rem actione plane diversa est. Favet huic responsioni textus ipse *l. 28. § 4.* ubi sic ab initio; *Mævia testamento suo alterum ex heredibus suis actione tutelæ voluit liberari, his verbis; Rationem tutelæ, quam egit Julianus Paulus, posci ab eo nolo, eoque nomine causa omni liberatum esse volo.* Conferamus verba *d. l. ult. § 2. Rationem tutelæ meæ, quam egit Publius Mævius, reposci ab eo nolo.* Si verba prima nihil aliud inferant, quam remissionem actionis Tutelæ, ut Scholiastes vult, & Scævola ipse declarat in *d. l. 28. § 4.* posteriora certe nihilo plus efficient, quia sunt eadem utrobique, nisi quod priora fortius intendunt liberationem, ideoque non possunt minus inferre quam verba *d. l. ult.* In utroque textu igitur hoc est, quod actio Tutelæ remittitur: Unde patet, si lex *ult.* faciat ad rem, ut certe facit, quam male Scholiastes textum in *d. l. 28. § 4.* nihil ad rem facere contendat, & quam ejus Responsio nihilo plus ad conciliationem faciat, quam quod D. Wissenbach. ad *h. tit.* distinguit inter pecuniam, quæ jam pupilli est, & quæ ex administratione debetur. Nam in utroque textu loquitur Scævola de pecunia, *quæ pupillæ jam est.* Huc adeo res redit, ut nihil quam in tollendo τῶ *Non*, quod est in *d. l. ult. § 2.* præsidii superfit. Et quod ratio *d. l. 28. § 4.* sit hæc, quia Legatum Liberationis non spectet ad actionem in rem, contra quam Thomasius. Legatum liberationis, inquam, non impedit repetitionem pecuniæ, quoniam hæc *pupillæ jam* est, ait JCtus, in quo fundamentum actionis in rem situm esse constat.

N. ADDIT.

Nescio profecto, quid hic dicere debeam, & quid accusem, an fidem an ingenium Autoris, ita hic est supinissimus error elenchi. Scholium, quod non sine ratione avulsit a debito loco Autor, apposueram

ad posit. II. Inst. *quæ sic sonat.* Liberatio legari dicitur, quando testator remittit vinculum obligationis, quo legatarius ipse erat obstrictus, § *13. l. 1. pr. de liber. leg.* Proinde non pertinet ad remissionem actionis in rem, *l. 28.* § 4. *eod. Huic ultimæ assertioni opposueram Scholium. Adeoque nihil ibi in positionibus de antinomia legum Scævolæ, nec in sequentibus positionibus mentio quidem fit d. l. ult. Quas igitur comœdias hic egit, ut Scholium meum applicet ad illam antinomiam, de qua ego ne somniando quidem cogitavi, & quam se torsit, ut ad meam objectionem invertendo censuram meam, & rem miris modis implicando, aliquid respondisse videatur. Et vide saltem, quam obtorto collo initio responsionis in scenam afferatur d. l. ult.* Sed, *inquit*, legato liberationis simplicis rem propriam testatoris non contineri, ipse concedit (*bene, nam natura rei id loquitur,*) idque probatur in d. l. ult. § 2. *Quid hoc est?* d. l. ult. § 2. *de re propria testatoris ne apicem quidem; imo illa secundum lectionem communem probat, legato liberationis contineri actionem realem. Scholium nil aliud dicere voluit, quam quod quidem thesis concedatur, liberatione legata non comprehendi remissionem actionis realis, non vero ea probetur* per d. l. 28 *quæ saltem dicit in specie, sub liberatione ab actione tutelæ, non contineri remissionem rei vindicationis.*

Obiter, Exemplum Legati liberationis inusitatum subjiciam, quod excerpsi e testamento Petri a Camminga Domini Amelandiæ, condito, *25. Octob. 1541.* his verbis; *Sorori meæ* Gratiæ lego *centum aureos, & liberationem atque remissionem omnis injuriæ, contumeliæ, damni, molestiæ & ægritudinis, quibus me agitavit.* Erat inutile hoc Legatum post C aureos, excepto damno, quia morte extinguuntur actiones injuriarum; nisi litis contestatio facta fuisset, quo casu etiam post mortem durant, ut *suo* loco dictum est.

Liberationi adversum est legatum, quo debitor legat creditori suo, quod ipsemet ei debet, qua de re diximus ad *Instit. tit. de Legat. n. 13.* Quid si Testator nihil debeat legatario? Et hac de re actum ibi *d. tit. n. 11.* ac convenit cum modo dictis, & jam dicendis.

3. De legato nominis falsi videtur Ulpianus perplexarier in *d. l. 75. de leg. 1.* § 1. Ait enim primo, *si decem, quæ Titio debet, legavero, nec quicquam Titio debeam, falsa demonstratio non perimit legatum,* quod cum iis, quæ ex *citata l. 25.* observavimus, convenit. Sed mox, *Quod si addiderit,* inquit, *decem, quæ mihi Titius debet, lego, sine dubio nihil erit in legato; Nam inter falsam demonstrationem & falsam conditionem sive causam, multum interest.* Hoc autem directe adversari videtur ei, quod dictum ex *l. 25. Si legavit centum aureos, quos mihi debet,* id valere legatum, etsi nihil vere debeat. Accursius illum versiculum interrogative accipit, quasi proponeret Jctus, mox improbaret, in verbis, *quod mihi nequaquam placet;* sed contextus id minime fert; posteriora enim a prioribus clare distinguuntur, verbis, *quod si sic dixit.* Velim Ulpiani verba in *l. 75.* § 1. accipere tantum de casu, quo decem, quæ Titius debet, alii legata sunt, non ipsi Titio. Nam in principio § 1. ita habetur; *si mihi quod Titius debet, fuerit legatum, neque Titius debeat, sciendum est, nullum esse legatum,* idque dein distinctione exemplo liberationis legatæ explicatur; tum in § 2. ad propositum casum relabitur, *quod si addiderit, decem, quæ mihi Titius debet, lego, sine dubio nihil erit in legato;* idque mox repetito simili exemplo rursus inculcatur; Quod si cui hæc non repetitio, sed diversa quæstionis inductio videatur, nihil profertur, quare non Paulus Ulpianus hac parte dissenserint. Ratio autem, quare debitum certæ quantitatis alii legatum, minus valeat, quam debitori ipsi, esse videtur hæc; Nomine legato heres nihil aliud quam actiones præstare adversus debitorem, aut ipse legatarius eum convenire debet, quorum neutrum fieri potest, ubi debitum nullum exstitit, sed cum ipsi debitori testator certam legat summam, quasi deberet eam, in speciem magis & coloris ergo liberalitatem suam ita demonstrasse videtur.

Quomodo tollatur legatum liberationis, dictum est *ad Inst. n. 12.* Si testator cœperit agere de pecunia debita, at nondum exegerit, Dd. statuunt legatum non revocari, quod Vinnius improbat *ad § 21. h. t.* mihi verum videtur: nam qui rem legatam libere vendidit, sed venditionem nondum implevit rem tradendo, is non judicatur revocasse legatum, *l. 27. § 3. de Instr. vel instrum. leg.* Si intentio sine pleno effectu, revocationem ibi non operetur, nulla causa videtur, quare hoc loco major intentionis, de qua ne penitus quidem liquet, efficacia starui debeat; maxime cum Ulpianus in *l. 11. § 12. & 13. de Leg. 3.* a venditione rei legatæ, ad nominis exactionem diserte argumentetur, *nisi forte inter hæc interest,* ait; *hic enim extinguitur ipsa debiti substantia, ibi res durat, tametsi alienata sit.* quæ verba Vinnius ur-

urget; cum exinde sequatur contrarium. Si enim alia sit nulla differentia, ut Jctus indicat, hæc autem huic quæstioni nullo modo applicari queat, manifestum est, in cæteris valere argumentum a venditione ad petitionem: Atqui in petitione, quam non est secuta exactio, non extinguitur substantia debiti, proinde ratio illa diversitatis non quadrat. Jam, hoc nimis subtile & cavillatorium est, quod Vinnius; *Adde, quod actio*, inquit, *in judicium deducta consumitur, licet nova nascatur judicati.* ut refellat responsum, quo rationem discrepantiæ ab Ulpiano unice indicatam, heic penitus cessare ostendimus, ait, per solam petitionem, id est litis contestationem, extingui priorem actionem. Non est locus hic de tam subtili articulo disputandi. Concesso enim, quod subtiliter post litem contestatam novetur actio prior; nemo tamen dixit sanus, etiam debiti substantiam, lite contestata, extingui; cum ex ea tum demum efficacissimi effectus producantur; quin aliquando intercidente instantia mota, novum judicium, ex veteri scilicet actione & debiti substantia instituatur, quod quonam pacto, si extincta esset illa, fieri posset? Litis contestatio non tam dicitur novatio, quia tollit priorem obligationem, quam idcirco, quia novas obligationi qualitates induit, ut *alias* latius.

Tit. IV.

De Adimendis & transferendis Legatis.

Hic titulus non eget amplioris explicationis, quam est ad eundem titulum in parte *I. lib. 2. tit. 21.*

Tit. V.

De rebus dubiis.

I. In conflictu verborum & mentis Testatoris quid juris. II. De jure dubio, & casu commorientium. III. Aliud dubium. IV. Quatenus in dubio liceat medietatem sequi.

Hujus Rubricæ argumentum latissime omnium extendi poterat, non modo si omnia toto jure dubia, sed etiam, si de ultimis voluntatibus, imo si de legatis dubia necdum soluta heic cumularentur. Sed huc tantum ἀπεσπασμένα & reliquiæ quædam collatæ sunt. Ultima voluntas dubia est, aut ob verba testatoris vel ob rem ipsam. De verbis non est inepta quæstio, si mens testatoris a verbis discrepet, mentem ne, an verba sequi oporteat, ut si *vestimenta* cum reliqua supellectile legare volens, solo nomine *supellectilis* sit usus, per opinionis errorem, putans etiam vestes supellectile contineri, an tum quoque vestes debeantur. Tubero existimabat, mentem testatoris inspiciendam. *Nam quorsum nomina*, inquit, *nisi demonstrarent voluntatem dicentis? equidem non arbitror quemquam dicere quod non sentiret, ut maxime nomine usus sit, quo id appellari solet; nam vocis ministerio utimur, cæterum nemo existimandus est dixisse, quod non mente agitaverit, l. 7. de supell. leg.* Verborum ratio habenda non videtur, nisi quatenus mentem exprimunt, cum nihil sint aliud quam instrumenta mentis exprimendæ. Inimicum rationi videtur, ubi de voluntate constat testatoris, quæ utramque in ultimis voluntatibus facere paginam dicitur, eam eludere, quia verba ex communi aliorum hominum usu non respondeant aut conveniant. Testator putavit, auri appellatione etiam aurichalcum contineri, & satis constat, eum voluisse utrumque præstari, satin juste heres negabit aurichalcum, quia vox auri diversum sonat? Sed in hoc ipso *tit. de supell. leg. l. 3. in fin.* Paulus, si quando testator per imperitiam argento adscripserit quod non sit, ejus errorem facere jus arbitratur. Mulsum, zythum, hydromeli, camum, cerevisia, defrutum, cydoneum, acetum, sunt potus genera, teste Ulpiano in *l. 7. de Trit. vin. leg. quæ sub vino non continentur: at hæc omnia, pergit idem, ita demum vini nomine non continentur, si modo vini numero a testatore non sint habita.* Rursus tamen Ulpianus in *l. 4. de leg. 1. Si quis*, scilicet, *cum vellet vestem legare, supellectilem adscripsit, dum putat supellectilis appellatione vestem contineri*, ex Pomponii sententia, *vestem non contineri*; ratione adjecta, *quia rerum vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia.* Idem apud Celsum in *d. l. 7. de supell. leg.* sentit Servius, quia *non ex opinionibus singulo-*

gidorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debeant. Addit autem Celsus; *etsi magnopere me Tuberonis & ratio & auctoritas movet, non tamen a Servio dissentio, non videri quenquam dixisse, cujus non suo nomine usus sit: nam etsi prior atque potentior est quam vox, mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur: nisi forte & eos, qui loqui non possunt, conatu ipso & sono quodam* καὶ τῇ ἀναρθρῳ φωνῇ, *id est, inarticulata voce, dicere existimamus.* Credibile est, neque hoc Tuberonem voluisse, quia tantum in conflictu sermonis & mentis, hanc illi præferendam putabat.

Celsi quæ prævaluit sententia, hac ratione firmari potest; Proposita hominum, (λόγος ἐνδιάθετος,) æstimatione societatis humanæ nullum habent effectum, nisi quatenus e signis externis de iis liquere potest, cujusmodi signum fere unicum est, sermo, voce scriptoque probatus, λόγος προφορικός. Quilibet igitur alios sua voluntate cupiens obligare, ipse tenetur eo modo verbis uti, quo in societate hominum recepta & usurpata noscuntur. Indulgemus quidem & obviam testatori solemus ire in his, quæ aliter atque aliter seu vulgo sive apud quosdam imperitiores usurpari solent, & de quibus, ut Jctus ait, ambigi potest; verum quæ dubitationem nullam recipiunt, si illa perverso modo testator expresserit, imputet sibi, quod voluntas ipsius exitum non sortiatur, quia sic comparata est, ut obligandis aliis ex instituto generis humani idonea non sit. *Qui aliud dixit quam vult*, ait appositе ad hanc rem Paulus in *l. 3. de Reb. dub. neque id dicit, quod vox significat, quia non vult; neque id, quod vult, quia non loquitur*, ac ita se ipsum involvit, ut nihil dixisse videatur. Secundum hoc necessum est, ut dicamus, *in d. l. 4. de vino leg. & l. 3. de supell. leg.* ejusmodi abusiones verborum a testatoribus esse commissas, quæ ex usu saltem imperitorum hominum, aliam interpretationem atque significationem reciperent, tametsi non omnino in singulis articulis eorum textuum, collatis cum *d. l. 7.* videar satisfacere mihi posse.

2. Teneamus igitur de verbis hanc regulam, ut si ullo modo cum mente testatoris conciliari possint, secundum mentem explicentur, ac ita, actus valeat potius quam pereat, *l. 12. l. 21. l. 24. h.*

Ut in dubio præsumatur Testator locutus ex more Patriæ suæ, *l. 18. § 3. de Instr. & Instrum. leg. l. 19. pr. de C. & D. l. 19. § 1. ad Sc. Trebell. l 9. de supell. leg.*

Si prorsus usus hominum abhorreat ab eo, quod testator voluisse creditur, tunc neque hoc fit, quod defunctus voluit, quia hoc non dixit; neque id quod dixit, quia hoc non voluit, ut modo ex *l. 3. h. t.*

3. Dubii a parte rei exemplum, est in *l. 9. § 1. & seq. h. t.* in casu, quo parens una cum filio periit, & quæritur, uter supervixerit. Resolutio est, pariter mortuos credi, nisi aliud conjecturæ suadeant, *l. 16. & seq. h.* nam filius pubes patri, parens impuberi supervixisse creditur, *d. l. 9. § 1. & ult.* Item, favore patroni libertus filio supervixisse creditur, ut patrono locus in successione detur, *d. l. 9. § pen.* Denique in casu fideicommissi sub conditione relicti, Si sine lib. decedat, filius censetur præmortuus, ut locus fideicommissario detur, *l. 17. § pen. h.* Adde quod dixi ad *tit. I. de Pupill. substit. n. 9. sub fin.* Sed est hæc res tam variis naturæ fortunæque casibus & conjecturis obnoxia, ut difficillimum, imo τῶν ἀδυνάτων sit, eam in universum terminare. Pulcherrimum ea de re locum & exempla, habet Mornacius ad *l. 26. ff. de Pact. Dotal.*

4. Inter dubia & hoc poni meretur; Legatum alicui relictum est, cum quatuordecim annorum erit, tempus naturaliter computatur & impleſſe oportet annos 14. antequam peti possit, *l. 40. de Legat. 1.* Quid si relictum sit fideicommissum, cum pervenerit ad annum XIV? Idem juris est, *l. 48. de C. & D.* Fieri tamen potest, ut ex meritis & æquitate circumstantiarum, aliter sit respondendum, ut fit in *l. 74. § 1. ad Sc. Trebell.* quam superioribus non putem adversari, licet aliter D. Wissenbach. ad *tit. de Legat. 1. th. 18.*

5. De rebus dubiis est etiam hæc observatio, quod aliquando medietatem sequi licet, si quando alius non datur exitus, ut factum ab Impp. *in l. 40. de Hered. inst. § ult. l. de Vulg. substit.* An idem liceat Jctis & Judicibus, merito dubites, scilicet, ut res ex æquo ob ancipites rationes inter litigantes dividatur? Baldus id negat; esse enim rusticum aut cerebrinum & a juris arte alienum. Ita & Gl. *ad l. 34. de Neg. gest.* Bartolus contra, id æquum censuit *ad l. 1. § nec castrense. ff. de coll.* Bartoli sententiam præfert Mornacius *ad d. l. 34.* Distinguendum videtur, inter medietatem rei faciendam inter litigantes, & medietatem, quæ est in thesi alicujus ambiguæ quæstionis. Hujus enim

enim frequentissima in jure sunt exempla, ut in *l. 3. Si pars Hered. pet. § 25. Inst. de A. R. D. l. 40. de Hered. inst.* Verum ut in hypothesi res inter partes dividatur, non videtur esse judicis, sed ad Principis spectare dispensationem, ut in *d. l. 40. de Hered. Inst.*

TIT. VI.

De his, quæ pœnæ causa relinquuntur.

I. Remissio. Pœna duplex. II. Facilitas judicum in ejus executione. III. Pœnam nullo modo extendi posse, ultra quam præcedens dispositio ferat. IV. Speciei altera pœna illicita, quare. V. Illicitas esse, quæ libertati officiunt.

Exposita est hæc Rubrica *ad tit. Inst. de Legat. n. 32. pag. 245.* Pœna legatis vel institutionibus adjici solita, duplex est; una, ut melius impleatur voluntas, altera, ut heres coërceatur. Prior & est & fuit olim licita, *l. 1. in pr. de pen. leg.* nisi justa causa sit excusationis, Sand. *l. 4. tit. 6. def. 1. vers. hæc ita.* in qua probanda faciliores sunt judices, maxime, si clausula pœnæ sit generalis; quo facit sequens exemplum.

2. Testatrix prohibuerat supellectilem vendi, idque *in memoriam suam.* In fine testamenti pœnam subjecerat, ut si quis imperata non faceret, beneficium testamenti amitteret. Heredes supellectilia diviserant inter se, non vendiderant auctione publica, ut plerumque fit apud nos. Deinceps unus heredum, suam partem mobilium vendiderat. Coheredes agebant ex clausula pœnali ad totam portionem ejus hereditariam. Non visum est Curiæ nostræ, tantam huic clausulæ generali vim tribuere in re tantilla, præsertim cum prima divisione venditionem, ad quam maxime Testatrix spectasse videbatur, excluserint: præter quod prohibitæ alienationi, satis in rebus soli molestæ, effectum infinitum tribuere absurdum videbatur. Heres igitur venditor absolutus est. in causa *Meinert Egberts, contra Grietje Jans, d. 28. Jun. 1680.*

3. Non potest etiam clausula pœnalis ullo modo extendi, ultra quam præcedens dispositio ferat. Testatrix binos fratres binasque sorores heredes instituerat: alteri autem sorori, alterique fratri alienationem interdixerat; deinde subjecerat pœnam: *si fratres sororesque contra voluntatem suam facerent, beneficio Testamenti privarentur.* Frater, cui non erat prohibitum, alienaverat. Soror ad pœnam agebat, eo quod pœna ad omnes pertineret, Ergo & prohibitio, cujus gratia pœnam adjecerat. Sed merito rejecta est. quia pœna non est nova dispositio, verum ad dispositionem se refert. In causa *Scheltonis a Passenrode*, contra *Georgium Liankema. d. 15. Jul. 1643.* apud Nauram.

4. Altera pœnæ species olim erat illicita; quia legata benevolentiæ non odii causa relinquuntur: hodie valent. nisi turpes aut impossibiles sint, quæ vitiant legatum, *§ ult. h.* Turpis & olim erat *pœna*, si nuptiæ secundæ Uxori vetarentur, hoc modo; si nupserit Uxor, mille aur. dato, *l. 22. & 64. de C. & D.* junct. *l. 61. eod.* sed nonne hodie tale legatum valebit, quia per modum conditionis id uxori cum effectu injungi potest, *Nov. 22. c. 44.* junct. *§ ult. I. de Leg.?* Ita videtur.

SCHOLIUM.

Non tamen virgini; Brunnem. ad tit. C. de ind. vid. Perez. ibid. n. 8. 9.

5. Inter illicitas sive turpes pœnas, etiam reputabant Veteres, si quæ libertatem onerarent; quod maxime in Patronis improbabatur, qui libertis suis quædam injungere solebant, quibus premerent ac onerarent eorum libertatem, *l. 22. de oper. libert.* ut libertus timeat suum Patronum eique obtemperet, *l ult. in fin. Quar. rer. a. non dat.* Qualis *si me offenderis*, tantum dabis. propter quem metum libertus quidvis, præcipiente Patrono, sustineat. *l. 1. § 4. eod. tit.* Ideo tales promissiones sunt inutiles, *d. l. 1. § 5. & l. 23. de oper. libert.* Quare nec ejusmodi Legatum peti poterit; *Heres si me offenderit, Cajo* vel *Titiæ centum dato*, per *dd. ll.*

Tit. VII.

De Regula Catoniana.

I. Qualis hæc regula, & quare non nisi ad puras dispositiones pertineat. II. An & in contractibus. III. An Legatum rei propriæ per alienationem convalescat.

Regula Catoniana, incertum a quo Catone, plures enim fuere, dicta, sic ait; Quod Legatum, vel quæ heredis institutio inde *ab initio* facti testamenti *non valet, hæc vel illa deinceps convalescere non potest, l. 1. h.* Pertinet autem ad pura Legata & institutiones, non ad conditionalia, *l. 4. h.* quia quod a conditione suspenditur, cum sit incertum, ex initio æstimari non potest; Eadem ratio est in Legatis, quæ in diem incertum relinquuntur, cum dies incertus pro conditione habeatur, *l. 75. de C. & D.* Hinc etiam petenda ratio, ut videtur, quare hæc regula non pertineat ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem, *l. 3. h. t.* quod novis legibus, quæ in *l. ult.* dicuntur, introductum; Legibus scilicet caducariis Julia Papia & Norbana; quibus dies cedebat ab apertis tabulis, sive adita hereditate, quod tempus etiam est incertum nec antea peti potest. Ulpian. *in fragm. tit. 24. § Legatorum.* Paul. *3. sent. tit. de Legat. l. 44. § 1. de Bon. libert.* Tu dices; Tempus mortis Testatoris etiam est incertum, & si legatarius ante eam moriatur, nihil etiam peti potest. Sed facilis responsio; Tempus mortis est ipsum illud, quo testamentum vires capit, adeoque præsens est tempus, nec usquam pro incerto habetur aut haberi potest: Sed immediate connectitur cum Testamenti factione, cujus tempore si non valuerit legatum aut heredis institutio, non potest quoque tempore mortis valere, quoniam, ut diximus, hoc cum illo, sine medio cohæret.

2. Hujus Regulæ instar, pertinet etiam ad contractus, § 2. *Inst. de Inutil. stipul. l. 83. § 5. de V. O.* non tamen usque quaque, vid. *l. 12. & seq. de Reb. Cred.*

3. De re Legatarii propria legata, quæ vivo testatore a Legatario alienata est, diximus *ad § in. Inst. de Legat. n. 45.* Lex *1. § ult. h.* agit vel de legato conditionali (a), vel ἀντινομία est.

SCHOLIUM.

(a) *Quod verius puto: * quamvis ad Strauch. inclinaverim in eorum sententiam, qui dicunt subesse antinomiam.*

Tit. VIII.

De his, quæ pro non scriptis habentur.

I. Quænam pro non scriptis habeantur & effectus eorum. II. De his, qui sibi adscripserunt.

Pro non scriptis habentur, quæ per se & ab initio inutilia sunt, ut ea, quæ personis incapacibus palam, relinquuntur, *l. 3. pr. h.* qualia penes heredem manent, ut & ea, quæ quis ipse sibi adscripsit, *l. 1. h.* item, si legatarius in vivis non fuerit, *l. 4. h.* & quæ intelligi nequeunt, *l. 2. h.* Cæterum, quæ clam personis incapacibus relinquuntur, ea cedunt fisco, *l. 1. de jur. fisc.* Quæ palam, ea penes heredem remanent. Cujac. *7. observ. 21. vid. d. l. 3.*

2. Sibi autem videtur adscribere, qui etiam ex ore dictantis Testatoris scripsit, *l. 3. C. de His, qui sibi adscrib.* nisi filius heres etiam ab intestato futurus, ex ore Patris se heredem scripserit, *dulci functus officio*, ut habetur *in l. 1. h. t. C.* quam veniam non habet maritus respectu uxoris, sed hic non modo excidit eo, quod sibi relictum, sed etiam Legis Corneliæ pœna tenetur, *l. 4. d. tit. C.* ut & reliqui omnes, nisi falsi pœna justa ex causa remittatur, *l. 3. in fin. & seqq. cod. tit* Pœna falsi, si de dolo non constet, vix est ut hodie locum habeat, sed pro non scripto haberi tale Legatum, dubium non est. Idemque locum habere, nec dubitavi de facto consultus, postquam aliquis ex ore Testatoris sibi legatum adscripserat, in scheda, ex qua Notarius composuerat Testamentum. Quippe, cum idem in eo sit metus falsitatis eademque causa adscribendi. Proinde si Testator scriptorem Testamenti vel codicilli augere velit, hoc cum sua manu adscribere oportet,

* Et quod verius esse, eleganter demonstravit Franciscus Balduinus *de Regula Catoniana p. m. 54.* editionis ab Hamburgero curatæ, qui hoc opusculum cum Jo. Strauchii *dissertat. de Regula Catoniana Jenæ 1715.* recudi fecit.

l. 2. d. tit. C. Secus esse in Testamento nuncupativo coram testibus facto & dein ab herede vel Legatario scripto; sentiunt Mantica *de conject. ult. vol. l. 1. tit. 6. n. 5. 7.* Peck. *de Testam. conjug. l. 3. C. 10.* Fab. *ad lib. 9. C. tit. 14. def. 1.* Perez. *ad d. tit. C. n. pen.* secundum quos judicatum esse in Suprema Holl. Curia testatur Grœnewegius *ad d. tit. C.* quod evenerat, cum Wilhelmus Arausionum Princeps Pater Gloriosissimi Magnæ Britanniæ Regis *Wilhelmi III.* primum Hollandiæ Præses Tribunal conscendisset *23. Januar. 1648.*

TIT. IX.

De his, quæ ut indignis auferuntur.

I. Quid indigni. II. Causæ indignitatis respectu Testatoris. III. Respectu Testamenti. IV. Aliorum delictorum respectu. V. Esse causas, quæ non dant locum Fisco. VI. Usus hujus tituli.

Incapaces sequuntur indigni, qui per se capaces ob maleficium, eo quod ipsis relictum est, privantur, quod sit plures ob causas, quæ non incommode ad tria genera reducuntur; ut sumantur vel testatoris, vel testamenti, vel alterius delicti respectu.

2. Ratione Testatoris indignus est, cujus dolo negligentiave dolo proxima defunctus interiit*, *l. 7. § pen. de Bon. damn. l. 3. h.* Si necem ejus non sit ultus, qua de re vidimus *ad. tit. de SC. Silan.* Si bona viventis aut partem eorum alienaverit, *l. 2 § ult. h. t.* Si Testatori status controversiam moverit *l 9 § ult. h.* Quod ad ultionem attinet, hac causa plerique publicationem moribus hodiernis cessare volunt, adeo ut etiam transigere de cæde heredibus sit innoxium, Grot. *3. Introduct. p. 4. n. 10.* Christinæ. *vol. 1. decis. 152. n. 2.* Zypæ. *not. jur. Belg. de Transact. vers. Accusare & vers. Transactio.* Carpzov. *pract. crim. P. 1. Quæst. 34. n. 72. ad fin.* Mutationis hujus duplex est ratio. Prima, quod persecutio vindictæ ad sanguinis pœnam, mansuetudini Christianæ parum convenire videatur. & altera; quod Accusatio non pateat hodie privatis, sed a Republ. & solo Procuratore Generali exerceatur.

3. Ratione Testamenti pro indigno habetur, I. Si Testamentum sit factum herede legatariove cogente, vel prohibente mutari, qua de re *superius* actum *Tit. Si quis aliq. testari coëg.* II. Si quis testamentum dixerit falsum vel inofficiosum & succubuerit, *l. 5. & l. 7. h.* adde *l. 15. h.* III. Si filius emancipatus petierit bonorum possessionem contra tabulas, & ex substitutione impuberis adierit hereditatem, *l. 2. in pr. h.* Non jure factum impune licet arguere testamentum, *l. 5. § 1.* idque etiam post legatum perceptum, *pr. d. l. 5.* ubi traditur, & falsum licere dicere postea, sed cum periculo amittendi legatum. Inofficiosum vero prorsus, legato percepto, dicere non licet, *d. pr. in fine.* Denique, si quis Testamento auctus, etiam rogatus sit incapaci id relinquere, quod relictum est, Fisco vindicatur, ut diximus *ad tit. præced.* Referuntur huc etiam casus *l. 12. h. t.* In priore testamento scripti sunt heredes capaces, in secundo incapaces: Secundum, scilicet, ipso jure non valet, ideoque prius non rumpitur, sed summo jure valet: attamen heredibus in primo testamento scriptis, bona tanquam indignis auferuntur, quia non habent ultimam testatoris voluntatem: Ideoque bona publicantur, salvis tamen legatis, *d l. 12.*

5. Delicta alia, quæ causam indignitatis præbent, sunt. I. Adulterium vel Stuprum cum defuncto defunctave commissum; etiam in militari testamento, *l. 13. in fin.* cum *l. 14. h. t.* II. Si quis duxerit adulteram, vel nupserit adultero, convictis, aut saltem accusaris, *d. l. 13. h.* III. Si quis duxerit uxorem quovis modo Lege prohibitam, *l. 2. § 1. h. l. 1. Unde Vir & Uxor. l. 4. C. de Incest. Nupt.* qua de re Sandius *lib. 4. Decis. tit. 4. def. ult.*

5. Ob has causas fiscus admittitur, *l. 2. & seqq.* Sunt tamen & aliquæ causæ, ob quas amittitur quidem, at non confiscatur legatum, ut si tutor

* *P. 3. C. El. 26.* Conjugem, qui alterum malitiose deserit aut ultimo morbo decumbentem negligit, etiam portione statutaria ac lucris ex bonis defuncti, per pacta dotalia, statuta ac consuetudines locales percipiendis indignum declarat, eaque heredibus desiderantibus, non vero fisco, vult cedere. Legarum tamen postea (nachfolgends) conjugi relictum ei præstari ac pœnam indignitatis cessare jubet, si conjux ignoverit injuriamque remiserit. Add. Carpz. ad *d. C. def. 1. 2. II. n. 19.*

se excusaverit a tutela, propter quam honoratus erat legato, *l. 5. § 2. h. t.* adde *l. 9. h. t.* ubi nota oppositas sanctiones; *ut legatum ab eo peti non possit.* iterum, *ex qua specie statim fisco deferuntur*: denique in *l. ult. inf. Non fisco hoc vindicatur; sed apud eum, a quo relictum est, remanet.* Forte etiam huc pertinet, quod libertus carere dicitur legato, relicto ipsi a patrono, quem illicitæ mercis negotiatorem detulerat; nam propter quod præmium meruit a fisco, vix est ut eidem obnoxius videri possit, *l. 1. h.* junct. *l. 2. pr.* Huc etiam referri debet, quod *ad tit. de Her. inst. n. 5.* plena manu tractavimus, de Curatoribus, & Custodibus minorum annis 25. Nam legata hereditatesque illis relictas, non cedere fisco, sed remanere penes heredes, probatum est; si non ad ordinem incapacium potius illa species, quam ad indignos referenda videtur; Quod etiam de Collegiis prohibitis, maxime apud nos, pontificiorum ad *eundem titulum n. 4.* demonstratum est.

6. Quin etiam promiscue omnes indignos pro incapacibus esse habendos, iisque relicta pro non scriptis haberi tradit & multa autoritate probat Grœnewegius *ad tit. C. de His, quæ ut indign.* Sed quod inter Auctores ejus mutationis refert Sandium *d. l. 4. tit. 4. def. 5.* minus recte fit. Ait enim ille, Curiam nostram in casu Legati relicti ab illegitimo Conjuge, Procuratori Generali mandasse, ut tueretur jus Fisci; hoc ipso, addit, satis innuentem, jus Fiscale in Frisia hac in parte non omnino esse abrogatum. Nostra memoria Fisco adjudicata est hereditas cujusdam *Sakle Knirds*, quem heres *Hanso Johannis* interfecerat *anno 1663.* Recentius exemplum est Legatarii, qui probatus erat adulterii consuetudinem habuisse cum Testatrice, & declaratus est indignus legato, idque Fisco adjudicatum, in causa Procuratoris Generalis contra *Jacobum e Kkol d. 20. Decembr. 1684.* Manet igitur usus hujus tituli ὡς κεῖται.

LIB. XXXV.

Tit. I.

De Conditionibus & Demonstrationibus & Causis & Modis eorum, quæ in Testamento scribuntur.

I. Conditiones impossibiles esse, quæ in se tales sunt, non respectu legatarii. II. Quid in concursu plurium conditionum. III. Cautionem Mutianam præstari quoque hereditas legitimis. IV. Jus petendi aliquando esse & e Legato conditionali. V. De conditionibus tacitis. VI. De die legatis adjecto. VII. De conditione, si nupserit alicujus arbitrio. VIII. Demonstratio & causa, remissive. IX. De modis & eorum effectu. Quid si nequeant impleri. X. De Conditione pluribus imposita & a nonnullis impleta. XII. De tali, quæ jam est impleta, priusquam imposita.

DE conditionibus ultimarum voluntatum jam bis actum est, *ad tit. Inst. de Hered. inst. n. 6.* & *ad tit. ff. de Condition. instit.* Ideo nihil heic quam singularia pauca notabimus Primo, impossibilem conditionem haberi illam, quæ per se repugnantiam a natura vel jure implicet, non quod impossibilis sit ei, cui injungitur, modo ab alio possit impleri: ut si spadoni legatum relinquatur, sub conditione, si filium procreaverit, vel homini octuagenario, si post L. annos monumentum testatoris fecerit. Proinde ejusmodi conditio vitiat legatum, per *l. 4. §. 1. de Statul.* ubi hæc conditio, *Si heredi MILLIES dederit.* Millies scil. *sestertium.* Singula sestertia plus 30. imperialibus efficiunt. Nam *sestertium* est mille sestertii. Quanti sestertius fuerit, ex denariis, qui multi hodieque supersunt, pater. Solent haberi pro *sex stuferis*, quales 50. in thalero *imperiali*; sed veteres denarii consulares & triumvirales in primis, plus octo stuferis valent: Verum ponamus cum Gronovio *sex stuferos.* Denarius habet quatuor sestertios; Ergo singuli sestertii faciunt sesquistuferum; Et sic mille sestertii florenos 75, qui sunt imperiales sive coronati *triginta.* Sestertium in neutro genere, tenet mille sestertios. Ergo sestertia mille sunt florenorum *septuaginta quinque millia*, sive triginta millia imperialium. Quando ponitur *millies*, constat eam summam centies multiplicari. Ergo julius dare *millies*, debet tres millio-

nes,

nes, sive tricies centum millia Imperialium. Servus igitur libertate donatus *si millies dederit*, fietne liber tanquam impossibili conditione, an non fiet, ut deficiente conditione? Responsum est, liberum non fieri, *d. l. 4. § 1. de Statulib.* quia non est res impossibilis, *millies* dare, nisi ei, qui non habet, in argento vel fide: Quomodo Cæsar adhuc privatus, ultra substantiam bonorum suorum milliones sex imperialium mutuo acceperat, sicut ipse calculos ponit *apud Suetonium*, ubi: *Bis millies opus mihi, ut nihil habeam.*

2. Ubi plures conditiones disjunctim sunt impositæ, non omnes, sed ultima duntaxat spectatur, *l. 87. & seqq. h. t.* secus ac in heredis institutione, ubi quæ prior exstitit, institutionem facit puram, *l. 17. de Cond. Inst.* Hinc legatum in prima parte testamenti pure, dein sub conditione relictum, conditionale censetur, *l. 89. h. t.* heredis institutio pro pura habetur, *l. 27. § 1. de Her. inst.*

3. Conditio non faciendi, Legatum non suspendit, sed petitionem dat continuo, sub cautione Mutiana, sic a Mutio Scævola ejus inventore dicta, de restituendo, si fecerit, quod facere prohibitus est, *l. 7. in pr. h.* Eaque cautio præstatur ei, ad quem, deficiente conditione, hoc legatum eave hereditas pertinere potest, *l. 18. h.* Quid si heredi ex asse conditio non faciendi adscripta sit, an admittetur ad hereditatem sine cautione? Ita censet Wissenbachius noster *ad h. tit. th. 5.* Adeoque *legitimis heredibus ab intestato venturis, hanc conditionem præstari non oportere contendit*, Bachovium secutus ad *Tr. vol. 2. disp. 13. lit. G. sub. fi.* motus ad hoc duobus textibus, *l. 7. § 1. h. t. & l. 4. § 1. de Condit. Inst.* qui tamen non sufficiunt ad regulam generalem *d. l. 18.* ab heredibus legitimis alienandam. Hoc enim e textibus objectis colligitur tantum, si conditio non faciendi implicet contradictionem, non esse locum cautioni. Ita hæc conditio; *Maritus heres esto, si dotem, quam ei promisi, non petierit*; τὸ ἀδύνατον, *impossibile*, implicat; Nam unde nisi ab herede peteret dotem? Ipse autem solus est heres. Ergo nulla petitio, nec ulla cautio habet facultatem. In *l. 4. § 1. de Condit. Inst.* sic habetur; Heres ex asse, scriptus sub conditione, *si servum hereditarium non alienaverit*, sub impossibili conditione institutus videtur. Cur ita? Rationem reddit Cujacius, quia servus, *hereditarius*, non nisi jacente hereditate, vocatur. Quando unus igitur est heres, impossibile est, ut post aditionem servus sit hereditarius: Sed respectu coheredis id usum habere potest; Ideoque tum præstatur cautio. Placeat hæc responsio; licet eam Bachovius *d. loco* cavillatoriam appellet, ipse cavillatorum coryphæus. Enimvero etiam quod heres legitimus hanc cautionem accipiat, patet ex *Nov. 22. c. 44.* ubi mulier heres scripta, *si non transierit ad secundas nuptias*, heredibus ab intestato venturis cavere cogitur, se non esse iteram nupturam, & si nubat, bona restituturam.

4. Legatum igitur sub conditione non faciendi relictum, statim, ita ut dictum, peti potest. Imo, generaliter ex justa causa dabitur judicium de Legato conditionali, ut condemnatio fiat, etiam ante conditionem existentem, si forte testes jam mihi sint, qui tempore conditionis existentis possint non esse; At executio usque ad diem impletæ conditionis differenda est, *l. 40. ad L. Aquil.*

Si tempus implendæ conditionis non sit adjectum, potest eam Legatarius, quandocunque adit, implere, *l. 10. h.* Cæterum, si non impleat, deficit legatum, ut dixi *ad tit. de Condit. Instit.*

5. Possunt etiam tacite adjici conditiones, veluti, quando testator legat fructus ex fundo certo nascituros, *l. 1. § f. h. t.* si enim nihil natum fuerit sine facto vel culpa heredis, nihil debebitur, *l. 37. de V. O.* At eo casu Legatum, quod ad transmissionem attinet, conditionale non est, quia conditio non e testamento, sed extrinsecus accedit, *l. 99. h. t.*

6. Diem heredis institutioni adjici non posse, dictum est alias, ratione *l. 7. de R. J.* quæ cessat in legatis, adeoque illa diei adjectionem non respuunt, *h. tit.* Sed dies incertus pro conditione habetur, *l. 75. h.* nisi præstationi duntaxat apponatur, *l. 26. § 1. Quand. dies leg. ced.* nec tantum incertus habetur dies, de quo plane non constat, an & quando sit exstiturus, sed etiam, cum certum est, quando, incertum, an sit exstiturus; imo etiam, cum certum est quod sit exstiturus, incertum quando, veluti cum Cajus heres morietur, *l. 4. pr.* nempe, si legatum alii sit relictum, quia tunc manet incertum, an Cajus vivo altero sit moriturus, secundum *l. 4. pr. Quand. dies leg. ced.* Quod si hereditas aut legatum alicui relinquatur, cum ipse morietur, hoc purum est, *l. 79. h.* non obst. *l. 9. C. de Her. inst.* ubi adjectio cum morietur, non ad honoratum, sed ad tertium referri debet, licet aliter Gothofr. *ad d. l. 9.*

7. Notandus etiam casus *l. 72. § 4. h. t.* Legatum Sejæ relictum est, sub conditione, si arbitra-

tu Titii nupserit, conditio impleta censetur, *si nupserit Seja*, licet arbitratu Titii neglecto; ne sit in alterius potestate nuptias impedire, & videtur hæc esse ex earum numero, quæ libertati nocent, adde *l. 134. pr. de V. O.* de quibus *ad tit. de his, quæ pœn.* Tu vide *l. 28. pr. h. & d. l. 72. § 4.* Aliud esse, monet Grœnewegius ad *d. l. 72. § 4.* si Legatum relictum sit sub conditione, *si cum consensu vel consilio Titii nupserit*, ex Grasso *recept. sent. § Legatum. Quæst. 50. n. 11.* Mantica de *conject. ult. vol. l. 11. tit. 18. 19.* Peckio de *Test. conjug. l. 1. c. 24. n. 6.* Auctores illi de consilio loquuntur, quod est diversum a consensu. Consilium est commendationis potius, quam præscripti. A consensu alterius quam qui Legibus injungitur, matrimonium suspendere fas non censetur, ne quidem ut ab ipsis Parentibus, liberis suis, post mortem illorum, quicquam præscribatur, *d. l. 134. in pr. & l. 72. § 4. l. 28. pr. h. t.* Proinde nec si a Curatoris consensu nuptiæ suspendantur, legatum aut institutio deficiet, tametsi consensus Curatoris omittatur, *arg. l. 8. C. de Nupt.* junct. *dd. ll.* quæ res frequenter usu venit, tam in locis, quibus Curatoris consensus est necessarius, ut apud nos, ubi valet conditio, quam ubi non requiritur, ut apud Batavos.

8. Sequuntur in Rubrica Demonstrationes & Causæ, de quibus dictum satis *ad Inst. de Legat. n. 28. & seqq. pag. 243.*

9. Tertio loco ponuntur in Rubrica Modi, qui sunt adjectiones, quibus Testator usum & scopum rei legatæ designat, veluti, ut *Cajam alat*, ut hoc aut illud *fiat*. A conditione ita fere discernitur, quod conditio per *SI*, modus per UT exprimatur, *l. 17. § ult. h. t.* Effectus modi est, ut legatarius, antequam accipiat legatum, caveat, se modum esse impleturum, quo non facto, heres vi cautionis reperit, quod illi præstitit, *l. 10. h.* verum cogi, ut accepto legato, modum impleat, non potest legatarius, utique non ab eo, in cujus favorem modus est adjectus, *l 92. h.* Sed hodie hi, quibus aliquid sub modo relictum est, quasi ex fideicommisso agere possunt, *l. 2. C. de his, quæ sub mod.* Quin & olim extra ordinem is, qui agnoverat legatum, compelli potuisse videtur, per *d. l. 92.*

10. Debet autem modus sine dubio præcise impleri, modo per testatoris verba possit. Quid enim, si is jusserit monumentum sibi fieri, ad exemplum ejus, quod est in tali loco, idque sub pœna, ubi nullum reperiatur? Monumentum quidem omnino faciendum est, at si exemplum illud, cujus ideam testator habuit animo conceptam, ignoretur, faciendum est secundum substantiam & dignitatem defuncti, *l. 27. h. t.* Sic etiam, si modus per legem civitatis non sit licitus, in alium usum quam proxime ad voluntatem testatoris accedentem, pecunia destinata converti debet, *l. 16. de Usufr. Legat.* Pari modo Legatum Ecclesiæ relictum, sub modo secundum ritus ejus Ecclesiæ prohibito, nihil causæ est, quare non ad alium maxime similem usum legatum sit applicandum. Nec aliud dicendum, si modus initio fuerit licitus, dein reformatione in melius facta illicitus evaserit; Legatum neutiquam intercidit, nec in profanos usus converti potest, verum manet Ecclesiæ in usus pios custodiendum. Hæc accedunt ad πολυθρύλλητον quæstionem, quæ jam consenuit: sunt enim controversiarum, sicut aliarum rerum, certæ incertæve periodi.

11. Subjiciemus adhuc duas observationes. Prima: Sæpe fit, ut conditio pluribus personis uno verborum contextu imponatur. Quidam ex honoratis implent conditionem, quantum in ipsis est, an hi relictum pro sua parte petere possunt? Dicendum est, posse; modo res eam facultatem recipiat, ut separatim impleri possit, eoque si potis est, inclinandum, ut qui suam partem implet, admittatur, *l. pen. § 1. & 2. h. t. l. 57. § 1. vers. quod si uterque. D. ad Sc. Trebell.* Et quidem pecuniæ factæ conditio, veluti, *si Romam venerint; si insulam ædificaverint*; omnino est individua; Proinde si unus non impleverit, nemo admittitur; secus est in conditione dandi pecuniam; qui suam partem oneris solverit, pro parte sua honoris admittitur, *l. pen. pr. § 1. & 2. de C. & D.*

12. Si jam factum est, quod conditionis loco ponitur, an relictum peti possit, quasi conditione impleta, an secus quasi non impleta? Sic distinguendum: Aut testator ignoravit, impletam esse conditionem, aut scivit: Si ignoraverit, conditio pro impleta habetur; Si scivit, rursus distinguitur, Aut id potest iterum fieri, veluti, *si navis ex Asia venerit, si nupserit*: aut est ejusmodi, ut semel tantum fieri possit, veluti, *cum puber erit.* Hoc casu conditio pro impleta habetur; sed priori expectandum, donec iterum impleatur, *l. 10. § 1. & l. seq. l. 68. de C. & D.* Pac. *h.* Sand. 4. *6. 3.*

TIT.

Tit. II.

Ad Legem Falcidiam.

I. Remissio. Harmenopulus notatus. II. Ratio deducendi Quartam pressius exponitur. III. Specialiter in Legatis annuis & usufructu. IV. An consilium Imp. quod est in § 2. in f. I. h. t. sit abolitum in Nov. 1. c. 1.

Locum de Lege Falcidia *ad Inst.* titulo πραλλήλω excuri sumus, ubi *a princ.* Dionem, historiam latæ legis hujus memorantem, ab errore, contra Balduinum, vindicavimus. Rectius Harmenopulum aliquis reprehendendum putet, qui *lib. 5. tit. 9.* Φαλκιδίος λέγεται παρὰ τῷ νόμῳ, inquit, ὅταν ἐκ κοινῆ τινος πράγματος εἰς ὃ μετέχωσι πολλοί, μέρος τι τούτων ἑκάστῳ τῶν μετεχόντων εἰς αὐτὸ δίδωται, id est, *Falcidia in jure dicitur, quando ex re quapiam communi, cujus plures sint participes, aliqua pars cuique eorum, qui habent communionem, tribuitur.* Apparet, sub Falcidia Græculum complecti Legitimam, de qua prope sola in illo titulo: & est verum, in Jure legitimam quandoque Falcidiam vocari, *l. 8. § 11. de inoff. testam. l. 4. C. eod.* Etiam Quarta Pegasiani vel Trebelliani SCti Falcidiam novimus appellari, *l. 1. § 19. ad SC. Trebell. l. 11. de Leg. 1. & alibi.* Sed tametsi tam generaliter abusus magis quam usus vocis extenditur, nulli tamen in mentem venit JCtorum veterum ita definire Falcidiam. Quin nec ita voce accepta, definitionem Harmenopuli quisquam adhuc obscuritatis & ineptitudinis excusaverit.

2. Quo pacto Legis Falcidiæ ratio ponenda sit, tractatum est ad § *ult. d. tit. Inst.* Præterea sciendum, imputari in Quartem non omnia, quæ heres ex voluntate defuncti adeptus est, sed tantum quæ jure hereditario, *l. 74. l. 76. & l. 91. h. t.* nisi ab ipso, cujus damno vult uti Falcidia, aliquid percipiat, *l. 22. cod.* Tum deductio fieri debet ab omnibus rebus legatis, non ab iis, quas voluerit heres, communes enim fiunt legatæ res inter legatarios & heredes, pro portione Falcidiæ, *l. 49. D. h. t.* ita ut respectu legatariorum ipso jure minuantur, *l. 73. § ult.* Si tamen ex pluribus rebus legatis heres quasdam solverit, uni scilicet legatario, si is petat reliquas plene, per doli exceptionem potest retineri Quarta, etiam pro his, quæ jam data sunt, *l. 16. in pr.* quod si heres omnia tradiderit, ignorans vires hereditatis, consequi potest, ut sibi restituantur, ac si malit, potest vindicare partem rei legatæ, quatenus ad quartam explendam erit necessum, *l. 26. h. t.* Rectius tamen faciet, si exigat satisdationem a legatario, ut, si apparuerit, eum amplius legatorum nomine cepisse, quam per legem Falcidiam capere licebit, quanti res erit, tantam pecuniam det; quæ cautio non tantum committitur, si legaverit ultra dodrantem, sed & si ob emergens æs alienum hereditas ita imminuta sit, ut legata superent dodrantem ejus, quod superesse deprehenditur, *l. 1. pr. & § 11. Si cui plus quam per L. Falc.* de quo mox. Quod si gnarus virium hereditatis solida legata solverit, ignorans se posse uti lege Falcidia, hæc juris ignorantia non tribuit ipsi agendi facultatem, *l. 9. § 5. de jur. ignor.* neque enim stultis solet succurri, sed errantibus ait *ibidem* Paulus.

3. Quid si annua legata, vel usus fructus sit legatus, quomodo inde fiet deductio? Macer JCtus rationem computandi notabilem tradit in *l. 68. h. t.* Qui est infra 20. annos, præsumitur adhuc victurus annis 30. Inter annum 20. & 25. positis, vita præsumitur adhuc 28. annorum. Inter 25. & 30 dantur 25. Inter 30. & 35. ponuntur 22. Agentibus annum 35. usque 40. tribuuntur 20. Majoribus 40. & minoribus 50. ponitur vita quasi 59. annorum. A 50. usque ad 55. anni 9. Inde ad 60. anni 6. Majoribus 60. cujuscunque ætatis tribuuntur adhuc 5. anni. Sed obtinuit, inquit Macer, ratio simplicior, ut minoribus anni 30. tribuantur adhuc 30. majoribus totidem anni quot a 60. annis desunt. Utcunque in amplius quam 30. anni computentur, quod & in Repabl. observatur. Sint igitur annua decem legata adolescenti, fit fors trecentorum, & heres pro hoc legato detrahit 75.

Videtur tamen & aliis modis computatio fieri posse: Nempe ut annuum legatum æstimetur quanti potest vendi; Ereptio decem annuorum pendens ab incerta legatarii vita, taxatur, ut ejus quantitatis pars quarta ab herede detrahatur, ita est in *l. 55. cod.*

Tertius modus est in *l. 47. in pr.* ut heres de bonis Quartam retineat, atque ex eo quod superest, tantum quotannis solvat legatario, quantum ex relictum est, donec nihil amplius de bonis superfit,

persit, neque a legatario plus etiam percipi possit; Nec videntur contraria illa consilia, ut tanquam antinomiæ, quod faciunt alii, sint concilianda. Sed & inde liquet ratio *l. 15. § 2.* cur is, qui aliquot annis solida annua solvit, non amittat tamen Falcidiam.

Videtur adhuc esse quartus modus reliquis simplicior, ex sententia Aristonis *in l. 1. § 9. h. t.* ut quarta fructuum vel Reditus pars quotannis detrahatur, de quo diximus *ad tit. Inst. de Usufr. n. 6.* Denique, respectu reipubl. diversus modus computandi proponitur in *l. 3. § ult.* Nam si Reip. in annos singulos legatum sit, Marcellus putat, tantum videri legatum, quod de lege Falcidia quæritur, quantum sufficiat sorti ad usuras trientes ejus summæ, quæ legata est, colligendas: qua ratione aliquanto minus heres consequitur quam juxta calculum *d. l. 68.* Ibi enim decem annuis legatis sors erat 300. unde quarta capiebatur ad 75. at hic sors fit duntaxat 250. unde quarta capitur 62. cum dimidia. Plenius igitur aliquanto legatum ususfructus Reipublicæ relictum intelligitur; de quo agit *d. l. 68.* quam annui legati.

4. Si Quarta tempore aditæ hereditatis salva non sit, quæ tempore mortis salva fuerat, Justinianus suggerit remedium heredi, ut præ se ferat, nolle se adire hereditatem, de quo latius actum ad *Inst. n. 5.* Sed quibusdam videtur hoc remedium esse evanidum, per jus novissimum, *Nov. 1. c. 1.* qua constitutum sit, ut deficiente herede, Legatariis *quasi aditio* quædam permittatur *in d. cap. § 1. & 4.* vers. in omnibus, ubi: καὶ ἄδειαν παρεχέτω τοῖς λεγαταρίοις καὶ φιδεϊκομισσαρίοις πρᾶσθαι, *Licentia detur Legatariis & fideicommissariis adire.* Rursus: Δίδομεν ἀδιτίονες ἤτοι pro herede γεστίονες ἔχειν δίκαιον. *Damus illi jus aditionis aut pro herede gestionis.* Proinde nihil opus est, heredi aditionis causa supplicare, ut Imperator supponit in *§ 2. in f. d. tit. Inst.* Ita fere Wissenbachius noster ad finem *disp. 26. ad Inst.* Sed jam diximus *ad Inst. d. n. 5. in fin.* constitutionem *d. Nov. 1. cap. 1.* accipiendam esse de casu, quo scriptus heres adiit hereditatem, & per annum cunctatur implere voluntatem defuncti. ratione Legatorum & fideicommissorum, tum datur facultas denuo adeundi, primo, coheredi; quasi jure accrescendi, quod hoc casu datur in partem ejus, qui jam extitit heres; secundo Legatariis; tertio heredibus Legitimis; Quarto etiam extraneis adire & Legata præstare volentibus, suppositio semper, quod habetur *in pr. § 1. d. cap. 1.* Si heres annum totum (post aditam scil. hereditatem) protraxerit officium implendi voluntatem defuncti.

Postremo velim hæc duo teneri; Ad rationem Quartæ stabiliendam, Legata tam ab institutis, quam a substitutis relicta, contribuuntur; ita ut si vel pariter dodrantem hereditatis excedant, nec Quartam heredi salvam relinquant, detractioni Falcidiæ subjecta sint, *l. 11. § 5. l. 79. h. t.* Wissenb. *h. t. th. 15. in med.*

Quid si heres æquivalentem Quartæ summam acceperit legati. fideicommissi, vel conditionis implendæ causa? Tamen gaudet Falcidia, quia in hanc imputantur ea tantum, quæ jure *hereditario* sunt apud heredem, *l. 74. & l. 91. h. t.* Prælegata tamen heredibus imputantur, quatenus illa capiunt a se ipsis, *l. 22. h.*

Cæterum, usus Legis Falcidiæ in Foro non est frequens, cum quod raro eveniat, ut homines plus Legatis quam dodrantem bonorum complectantur, tum quod plerumque Falcidiæ usum prohibere soleant; denique ideo, quod non nisi in casu beneficii inventarii impetrati locum habere possit, ut *ad l. sub fin. h. t.* demonstratum est. Noli tamen putare, abolitum esse. Strockm. *Dec. Brab. 59.*

Ad hunc locum pertinet etiam disputatio, quam occupavimus *ad tit. de Jure Delib. n. 8.* an Heres legatariis etiam ultra vires hereditarias, eo quod non fecerit Inventarium, teneatur, an vero tantum amittat Falcidiæ legis beneficium, quod nos illic probavimus, eoque Lectorem remittimus.

Tit. III.

Si cui plus quam per Legem Falcidiam licuerit, Legatum esse dicitur.

Heres, qui ignorans vires hereditarias plena legata solvit, laudatur, si acquiescat, *l. 5. § 15. de Don. int. V. & U.* si jure constituto velit uti, habet vindicationem rei legatæ pro rata Falcidiæ, *l. 26. h.*

Prudentius tamen fecerit, si legata soluturus exigat cautionem a legatario, ut si apparuerit, quar-

quartam non esse salvam, sive ob æs alienum, sive per plura legata, tum legatarius rem, sive quanti res erit, restituat, *l. 1. pr. & §. h.*

Quod si necdum cuncta legatario præstiterit, habet & exceptionem doli pro quarta retinenda, *l. 16. pr. de Leg. Falc.* Quin & ipsa cautio potest condici, si per errorem seu juris, sive facti omissa fuerit, *l. 3. § ult. h. l. 1. pr. Ut in poss. Legat.*

LIB. XXXVI.

TIT. I.

Ad Senatus-Consultum Trebellianum.

I. Remissio, & de origine fideicommissorum aliquid dictum. II. Primævus eorum usus perquam rarus, non tamen abolitus, & exemplum. III. Ejus fideicommissariæ substitutionis, an satis salubris. IV. Senatus C. Pegasianum non videri adhuc penitus sublatum. Sed Quartam e fideicommissis singularibus, non aliunde deduci. V. Modi fideicommissorum varii. VI. Conditionem, si sine liberis, non impleri, nisi per liberos ex justis nuptiis procreatos. VII. Quid si duobus uno contextu adjecta, sed in uno impleta sit. VIII. In liberis fideicommisso gravatis conditionem intelligi tacite. IX. Exemplum rei judicatæ ad usum illius conditionis pertinens. X. De fideicommisso temporario. XI. De necessitate restituendi fideicommissum. XII. An & præ legata, portiones que coheredum acquisitæ restituantur. XIII. An & portio, quæ accrevit, dejungi; XIV. Fructus non esse restituendos, nisi rogatu Testatoris. XV. An heres heredis Quartam detrahere possit. XVI. An tacita prohibitio Quartæ sufficiat. XVII. An parentes in testamento cavere possint, ne liberi plus legitima capiant. XVIII. Ceteri modi, quibus Trebelliana cessat.

Dictum est ad *princ. tit. Inst. de Fideicommiss. Hered.* originem fideicommissorum fuisse a personis incapacibus, ut hæ per ministerium capacium hereditatibus aut legatis augerentur, nec ullam fuisse necessitatem talia præstandi fideicommissa, quia nemo Judex aut Magistratus, poterat cogere fiduciarios heredes, aut jus dicere personis per leges capere prohibitis; donec Augustus jam non minister Legum, sed *αὐτοκράτωρ καὶ ἑαυτῷ καὶ τῶν νόμων*, *summus Arbiter sui & Legum*, mutationem instituit, quam *prædicto loco* commemoravimus, postquam ipse suo exemplo quid fas & fides exigeret, sæpe docuerat. Quo minus autem miremur, Augusto placere potuisse commentum, quod leges eluderentur, dici potest, illas Leges fere antiquas, duriores, & usu quodammodo tritas fuisse, qualis verbi gratia, de filia civis Romani qui census erat, quam pater heredem scribere non poterat, quod non census facere poterat, teste Cicerone, *prima in Verrem.* Verba Ciceronis; *Publ. Annius Asselius mortuus est C. Sacerdote Prætore. Is cum haberet unicam filiam, neque census esset, quod eum natura hortabatur, Lex nulla prohibebat, fecit, ut filiam bonis suis heredem institueret.* Et mox, *Qu. Voconius sua Lege sanxit, qui census esset, ne quis heredem Virginem, neve mulierem faceret.*

2. Sed quam non diu hic usus fideicommissorum in vigore fuerit, & quam certum deinceps habitum sit, ut incapacibus relicta palam, pro non scriptis haberentur, clam relicta fisco vindicarentur, *eodem loco* declaratum est; Adeo ut hæc fideicommissa, quibus heres primus immediate vel in continenti rogaretur aliis hereditatem restituere, abierint in desuetudinem; materia tamen ejusmodi testamentorum deficiente potius, quam jure positivo contrario. Quo mirus enim si quis occasionem habere se putans hoc modo agendi, aliquem scribat heredem, cujus fidei committat, ut hereditatem alii statim restituat, modo persona legibus non sit incapax, nihil est quod prohibeat. Ejusmodi exemplum placet addere, quia sunt rariora. Bernardus Schotanus Antecessor Lugduno-Batavus celeberrimi nominis, quanta Legum scientia, tanta agendi secundum Leges dexteritate præditus, aliquando consultus a cive Leidensi *Arnoldo de Witt*, quo pacto efficere posset, ne sorores suæ, quas volebat heredes relinquere, cum uxore sua, quacum erat ipsi communio bonorum, contenderent, quod ut ingenium erat mulierum, omnino prævidebat futurum, respondit; si omnium litium occasionem præci-

dere vellet, nihil ad eum finem efficacius esse, quam si amicum aliquem, cui fidem haberet, heredem institueret, præteritis sororibus, eumque rogaret, ut bonis divisis & uxoris Patrimonio ab hereditate sua separato, hanc sororibus suis restitueret. Paterfamilias hoc consilio probato, ejus auctorem, non minoris probitatis quam doctrinæ Virum, heredem suum ex asse scripsit, fide ab illo accepta, se bona ab uxoriis divisa sororibus restituturum; nulla tamen earum mentione in testamento facta; quia si fideicommisso vocatæ fuissent, a bonis inspiciendis, exigenda cautione, aliisque molestiis movendis arceri non potuissent. D. Schotanus ita rem administravit, accepta cautione indemnitatis ab uxore, quam vidi scriptam. *13. Aprilis 1649.* Fuit hoc pristini fideicommissum instituti; A quo non abludit Testamentum Johannis Calvini Theologi, a Beza in *ejus vita* relatum, quo fratrem *Antonium* scripsit heredem honorarium, ut loquitur, id est, fiduciarium, rogatque eum, ut accepto poculo argenteo, quod demonstrat, reliquam hereditatem aliis restituat. Hoc modo fideicommissa veteri methodo relinqui non est insolens. Denique Clausula Cod. tale fideicommiss. contineri, dictum est *ad fin. I. de Cod.*

3. Sed maxime frequentata sunt fideicommissa, postquam alius eorum usus, quam qui initio fuerat, invaluit, nempe ut instar substitutionis fungerentur; nam cum olim heredum gradus fieri non possent, nisi qui vel aditione, vel pubertate evanescerent, fideicommissorum specie coeperunt testatores rogare suos heredes, ut hereditatem post aliquod tempus, vel conditione existente, aut frequentissime post mortem suam, seu pure, sive, *si sine liberis decederent*, aliis restituerent, idque per plures gradus sine fine modoque. Jam cum naturæ hominum sit insitus amor potentiæ, etiam post mortem, si potis, exercendæ, factum est, hac facultate oblata præscribendi legem seræ posteritati, ut nullus fere testator ita sibi displicuerit, qui non se dignum putaret, cui abnepotes mortuo obedirent, quasi immortalitatem adepturi. Sane originalis ille fideicommissorum usus non fuit diuturnus; qui enim ut legibus illuderetur a testatoribus, diu ferrent Cæsares? Ne ipsum quidem Augustum æquo tulisse animo arbitror, ut quas pœnis Juliis sanctionibus in orbos & cælibes aliosque statuerat, has privati secretis commissionibus enervarent. Hodie utique constat, non licere per fatis fideicommissa quicquam relinquere personis, quas leges inhabiles & intestabiles esse volunt, sive aperte in testamento scribatur fideicommissum, seu tacita rogatione fides heredis scripti devinciatur: nam quod palam rogatur, id pro non scripto habetur, quod clam, id in fiscum redigitur, ut dix. *ad tit. de his, quæ pro non script.* Nihilo tamen rariora, sed toto jure frequentissima fideicommissa supersunt, illo scilicet usu spurio & quasi fortuito reperto. Nec scio, an satis Reipublicæ consultum sit, ubi hoc institutum vetustate corroboratum est. Testandi infinita potestas XII. tabulis stabilita, multis sapientibus populis displicuit, & præ se fert aliquam speciem insolentiæ, quod mortuus homo regnat: Quin jam videtur, ubi post tot secula, post tot successorum revolutiones adhuc imperat, jubet, vetat? Decemviris & veteribus Romanis, ne per somnium quidem venit in mentem, ut dispositio toleraretur, qua homini in mea potestate non constituto præscriberem, cui ille moriturus bona relinqueret, imo quid de suis rebus per omnem æternitatem fieri cuperet: nam huc devenimus, ut fideicommissa æterna cujuslibet ægræ mentis ἀνθράκια fundare queat. Fideicommissa prima nihil quam legum elusiones fuerunt; Illa exorbitatio peperit aliam multo quidem magis enormem, magisque a veteri jurisprudentia abhorrentem; qua magna quidem, sed forte parum utilis accessio, jurisprudentiæ facta est, quæ non magis molem legum, quam litium, in immensum auxit. Neque enim ulla seges feracior in foro, quam hæc fideicommissorum, horrea judicum & patronorum implet. Quippe ex vetustis ac æternis causis, veteres imo æternas oriri tricas contentionesque necessum est. Idque rerum usus omni die probat, ex antiquis fideicommissis, cum bona ante memoriam hominum aliis insessa, repetuntur, difficultates oriri inexplicabiles, litesque suis causis pares. Sed hæc hactenus: utemur nihilominus jure scripto libenter & diligenter.

4. Historiam Senatus-Consultorum Trebelliani & Pegasiani, satis prolixe *ad Inst.* habuimus, abolitionemque alterius, & sententiam utriusque confusam in Trebellianum, explosa Pegasiano, quod attinet ad hereditates fideicommissarias: Nam cur dicendum sit, de Pegasiano nihil amplius omnino supersse, ratio nulla videtur; quatenus certum est, Pegasiano senatus-consulto cautum quoque fuisse, ut ex singulis rebus per fideicommissum relictis Quartæ retentio permitteretur, *§ sed quia. vers. ex singulis. Inst. de fideicommiss.*

miſſ. Heredit. l. 2. § 6. C. de vet. jur. enucl. Ex quibus, cum nulla alia Lege Quartæ ratio ſtabilita ſit, eaque nihilominus ſuperſit, hunc articulum Pegaſiani adhuc ſupereſſe dictu neceſſarium eſt. Falcidia quidem Lege de fideicommiſſis nihil comprehenſum fuit; Namque cum Falcidia rogabatur, Fideicommiſſa vim juris necdum obtinuerant. Lata enim eſt Lex illa *Calvino & Pollione* Conſulibus, anno *U. C. 714.* teſte Dione *lib. 48.* anno poſt primum Auguſti conſulatum quarto: At fideicommiſſa Lege nulla conſtituta, verum exemplo Auguſti uno altereque, poſtquam diutius impetraverat, recepta paulatimque in jurisdictionem perpetuam converſa fuerant, *pr. t. de Fideicommiſſ. Hered.* Vulgo quidem de fideicommiſſis Quartam detrahi Falcidiam volunt & probant ex *l. 1. h. t.* ubi ſic ait Ulpianus, *Explicatum eſſe tractatum, qui ad fideicommiſſa ſingularum rerum pertinet; Transeamus nunc ad interpretationem SCti Trebelliani.* Atqui in priori libro de Lege Falcidia fuit actum. Unde colligendum ſit, hanc ad ſingularia fideicommiſſa pertinere. Reſponſio eſt, Ulpianum quidem in tractatu de Fideicommiſſis, unde excerpta eſt *lex 1. h. t.* egiſſe de Fideicommiſſis particularibus, ſed deri Lege Falcidia pariter egiſſe, non apparet: Nec ea in compilatione Pandectarum exigenda eſt accuratio, ut verticuli connectentes eandem per omnia relationem in Pandectis habeant, quam habuerunt in commentariis JCtorum, e quibus ſunt deſumpti. Actum eſt de legatis & fideicommiſſis, pariter in præcedentibus a Juſtiniano libris; Sed Falcidiæ applicatio Legatis dantaxat convenit. Non eſt quod negamus, Falcidiam a JCtis ad fideicommiſſa particularia quandoque fuiſſe productam, antequam a Pegaſo de fideicommiſſis relatum eſſet: Hoc enim de ipſis hereditatibus fideicommiſſariis factum videmus in diverſis legibus, ut ex univerſali Fideicommiſſo detractio Legis Falcidiæ prædicetur, *§ 3. Inſt. Quib. mod. Teſtam. infirm.* verb. *ut contentus rebus. l. 11. de Legat. 1. l. 3. § 7. D. ad L. Falcid.* Imo Trebellianicæ Quartæ, ita ut hic titulus hodie uſurpatur, nulla usquam in Jure ne quidem in Codice, fit mentio. Ex quibus tamen minime recte inferas, Quartam de fideicommiſſis univerſalibus eſſe ex lege Falcidia, quæ eſt ex Pegaſiano, & poſt transfuſionem ex Trebelliano SCtis. Proinde cum Quarta fideicommiſſorum ſingularium æque ſit ex Pegaſiano: quod ante hujus exiſtentiam lex Falcidia utiliter a JCtis illuc extenſa ſit, ex eo non magis ſequitur, Quartam illam eſſe ex Lege Falcidia, quam valet eadem conſequentia in fideicommiſſariis hereditatibus. Denique, adæquatio legatorum & fideicommiſſorum, ſi quis illam urgeat, pertinet ad effectus duntaxat, non ad rei ipſius differentias, nec ad hiſtorias Legum conſtitutarum.

5. Quanquam autem de Fideicommiſſis plena manu ſit actum ad *Inſtit.* amplitudo tamen & utilitas materiæ facit, ut eam ordine juſto recenſendam putemus; dicta *remiſſive*, indicta paulo diligentius inculcando. Fideicommiſſa varie relinquuntur, teſtamento, vel ab inteſtato. Pure vel ſub conditione. Expreſſe vel tacite. Perſonis certis, aut in plures gradus, vel in perpetuum. Quando Fideicommiſſum teſtamento relinquitur, Teſtator ſcribit aut nuncupat primo heredem ſuum, eumque rogat, aut mandat, vel ejus fidei committit, ut bona reſtituat certæ perſonæ, uni vel pluribus, aut incertis, de quibus ex eventu ſit conſtitutum, veluti, *his qui ab inteſtato mihi proximi reperientur*, quo nihil frequentius. Sine teſtamento Fideicommiſſum relinquitur, quando aliquis ſanus aut æger, heredem ab inteſtato proximum rogat, ut bona reſtituat, ſicut modo dictum eſt. Idque ſi fiat in præſentia heredis ſui, minoris ſive majoris, verbis ad ipſum directis, coram duobus aut tribus teſtibus, vel etiam ſine teſte, ſi modo non auſit negare juratus aut injuratus, ſe eſſe rogatum, valet, qua de re actum *ad tit. Inſt. de ſing. reb. per fideic. in fin.* Sand. *4. 5. 18.*

6. Secunda diviſio Fideicommiſſorum univerſalium, in pura & conditionalia, vix eſt ut frequentem uſum habeat; quia plerumque ſub conditione relinquuntur. Conditiones adjici poſſunt variæ, pro Teſtatoris arbitrio: Sed omnium frequentiſſima eſt, *ſi moriatur ſine liberis.* Quæ conditio deficit, & conſequenter ſubſtitutio fideicommiſſaria evaneſcit, ſi heres fiduciarius ſive gravatus ſub illa conditione, liberos habens deceſſerit. Tunc enim qui ſecundo, tertio, quarto loco ſubſtituti ſunt, etſi ſucceſſores primo ſine liberis ſunt mortui, non admittuntur, *l. 6. § penult. C. ad SC. Trebell. l. 71. § 3. verſ. Ante nuptias. l. 40. & l. 44. de C. & D.* Quæ doctrina cum in theſi ſic ſatis indubitata videtur, in hypotheſi tamen ſæpe non parvæ incertitudini obnoxia reperitur, ut videre licet apud Sandium *lib. 4. tit. 5. def. 9.* Sub liberis alios non contineri quam ex juſtis nuptiis natos, alibi dictum eſt, non utique adoptivos, *l. 76. de C. & D.* neque naturales, *l. 6. § 1. C. de Inſt. & Subſt.*

& Subst. nisi ex conditione, dignitate, voluntate ejus, qui fideicommisit, aliud statuendum sit, *l. ex facto 17. § 4. ad SC. Trebell.* Fachinæ. *lib. 4. contr. C. 60. & 61.*

7. Quæsitum est, cum hæc conditio duobus heredibus uno verborum complexu adjecta esset, scilicet, ut hereditatem restituerent, *si sine liberis morerentur*, uno ex iis sine liberis, altero cum liberis mortuo, utrum conditio defeciisset, an pro parte unius extitisset. Species facti hæc erat: Paterfamilias testamento suo, quod conditum erat 13. *Decembr. 1616.* bona sua materna reliquerat *Epæo & Focæ* a *Glinstra*, sub onere fideicommissi, ut, si duo prædicti frater & soror sine liberis morerentur, bona devolverentur ad reliquos ipsorum fratres & sorores. Accidit, ut Epæus liberis susceptis, Focæa sine liberis moreretur, herede relicto marito *Tiberio Thomæ* Jurisconsulto. Qui bona quoque fideicommissaria ad se pertinere contendebat, eo quod conditio, *si frater & soror sine liberis morerentur*, defeciisset, existentibus liberis, scilicet fratris. Ab altera parte, conditionem divisim respectu singulorum heredum esse spectandam disputabatur. Proinde quisquis eorum sine liberis decessisset, in eo conditionem fideicommissi esse expletam. Quod merito ita Curiæ nostræ visum: Conditiones enim pluribus impositæ, si respectu singulorum impleri possint, seorsim considerantur, secus si non nisi in omnibus existere possint, *l. 112. in pr. § 1. & 2. de C. & D.* Quin ita in terminis decisum, in *l. 57. § 1. ad SC. Trebell.* ubi; *Si uterque sine liberis diem suum obierit, omnem hereditatem ad neptem meam Claudiam pervenire volo.* Defuncto altero, superstite filio, novissimo autem sine liberis, neptis quidem, ait Papinianus, prima facie propter conditionis verba non admitti videbatur: Sed cum in fideicommissis voluntatem sectari conveniat, absurdum esse respondi, partis nepti petitionem denegari, quam totam habere voluit avus, si in utroque conditio impleta fuisset. Ita quoque in ista facti specie judicatum *d. 20. Decembr. 1644.*

8. Favor voluntatis in fideicommissis effecit, ut si liberi fideicommisso universali gravati sint, hæc conditio, *si sine liberis*, etsi non expressa, tacite intelligatur. Nimirum, si pater filium filiamve rogaverit, ut post mortem Tertio restituant hereditatem, filioque dein proles sit nata; mortuo filio, prole superstite, non fiet restitutio, sed bona penes liberos defuncti, qui sunt nepotes Testatoris, remanebunt, ne videatur Testator alienas successiones propriis anteponere, *l. 30. C. de fideicomm. L. cum avus 102. de C. & D.* quemadmodum occupavimus *ad Inst. n. 13.* Verum ibi sic adjecimus; Quæ conjectura pietatis deficit, si filius heres scriptus tempore facti testamenti, quo fideicommissum est conditum, liberos habuerit, eosque natos esse non ignoraverit Avus testator. Ei limitationi hic addam; Probationem ejus esse ex *d. l. 6. § cum autem. C. de Inst. & subst.* in verbis: *intelligendum non esse verisimile. Patrem si de nepotibus cogitaverit, talem fecisse substitutionem.* Atqui de nepotibus jam natis, & quos sciebat esse natos, non potuit non cogitare; quos tamen cum præterierit, nulla est ratio, cur ab expressa Testatoris voluntate sit recedendum. Quæ ratio locum etiam invenit in militis testamento, quod, si liberi sunt præteriti, valet, modo Testator sciverit, se habere liberos, non valet, si ignoraverit; quia creditur illos non fuisse præteriturus, si sciisset eos existere: Quando autem scivit, voluntas ejus exitum habere debet, *§ sed si. 6. Inst. de Exhered. lib. l. 9. & sequ. C. de Testam. mil. l. 7. D. eod.* Eadem distinctio servatur in donatione, quæ revocatur ob liberos supervenientes, *l. 8. C. de revoc. donat.* ex eadem ratione, quæ redditur *in d. l. 30.* quia donator non præsumitur alienas successiones præferre voluisse propriis; Sed hæc præsumptio non nisi in supervenientibus, id est, postea natis liberis obtinet, non habet locum in liberis donationis tempore, non ignaro debitore natis. Contrariam tamen sententiam acriter defendit Menochius, in *lib. 4. tom. 4. præsumpt. 89. n. 77.* & ex eo Fachinæus 4. *contr. c. 59.* Multi putant, hanc conjecturam quoque cessare in hac specie; Testator filium instituit, eique sine filiis decedenti agnatum substituit. Filius decessit, superstite filia, nepte Testatoris. Quasi Testator, in hac specie conservationem bonorum in nomine familiæ & agnatione consideraisset, quod in persona neptis non habeat locum; sed verius est, sub voce filiorum heic quoque filias contineri, *l. justa. de V. O. l. 1. de V. S.* Consilium autem de non alienandis bonis extra nomen familiæ, pregnantioribus verbis eget, quam ut æquitas urgentissima *d. l. 102. & l. 30.* subvertatur, ut recte probat idem Fachinæus *d. lib. 4. c. 57.*

9. Ad hanc conditionem, *Si sine liberis*, pertinet hæc species facti ad usum rei intelligendum faciens. Testatrix habens aliquot liberos superstites, & ex aliis defunctis nepotes, scribit heredes

des liberos ſuos atque nepotes, his additis verbis, *Si quis ex ſuis liberis aut nepotibus, ſine liberis moreretur, ut eorum portio ad cæteros perveniret, omnibusque mortuis, ad eos, qui ſibi ab inteſtato proximi eſſent.* Poſt mortem Teſtatricis unus ex liberis primi gradus, Filia, decedit, ſuperſtite filio; qui deinde *ſine liberis* eſt mortuus, herede relicto. Matertera petit hereditatem maternam vi fideicommiſſi Aviæ, quæ reliquos liberos vocaverat, in caſum, ſi quis liberorum vel nepotum *ſine liberis* moreretur. Nunc unus e nepotibus ſine liberis eſt mortuus, Ego ex liberis Teſtatricis ſuperſtes ſum: Ergo ad me bona pertinent, ex fideicommiſſo. Contra hæc pater nepotis, qui ſine liberis erat mortuus, ita procedebat; Teſtatrix inſtituit liberos & nepotes, qui tunc erant, cum teſtaretur; nepotes ex liberis tum ſuperſtitibus ac inſtitutis naſcituros, non fecit heredes. Singulos Heredes ſcriptos oneravit fideicommiſſo; qui non ſunt heredes ſcripti, ad nos nec fideicommiſſi onus pertinet. Meus Filius modo defunctus, fuit nepos ex filia herede ſcripta, non fuit nepos heres inſtitutus. Ipſe igitur nullo fideicommiſſo gravatus eſt: Ideoque nihil obſtat, quo minus ego ſim heres ab inteſtato. Res inde pendebat, utrum nepos ille defunctus, eſſet vocatus e teſtamento aviæ, ut inſtitutus ab illa dici poſſet; quia neminem fideicommiſſo gravatum, quam qui recto jure vocatus eſt, intelligi conſtat, § 2. *Inſt. de fideic. hered.* In prima enunciatione, qua dicti erant heredes, non erant comprehenſi, ſed tantum nepotes tunc e liberis præmortuis extantes. Ex verbis ſequentibus, refert *Nauta* noſter, quosdam ex Dominis putaſſe, nepotes etiam poſtea natos vocari; Primo ex his, *ſi quis e meis liberis aut nepotibus;* Sed manifeſtum erat, hæc verba eſſe relativa ad priora, quibus erant inſtituti nepotes, qui tunc erant e liberis præmortuis, non qui e liberis ſuperſtitibus aliquando naſcerentur. Quidam putabant in ejusmodi ſpecie dubia, nepotes naſcituros debere vocatos cenſeri implicite per conditionem, Si liberi *ſine liberis* moriantur: his enim verbis indicabat Teſtatrix, ſe velle, ut ad liberos liberorum ſive nepotes naſcituros, bona pervenirent, quibus idcirco fideicommiſſum in favorem reliquorum liberorum eſſet applicandum: Accedente præſertim favore præferendi ſucceſſiones proprias extraneis, quod fuiſſe Teſtatricis conſilium, ſatis apparebat. A Curia tamen nepos fideicommiſſo vacuus eſt habitus, & matertera excluſa; rationibus expoſitis; non obſtantibus ultimis argumentis. Primum enim removetur notiſſima Regula, poſitos in conditione, non cenſeri poſitos in diſpoſitione, quam vidimus *ad tit. de Condit. inſt. n. 7.* Alterum argumentum de extenſione facienda in favorem fideicommiſſorum ex præſumpta voluntate defuncti, infirmatur hac regula; quod fideicommiſſa ſecundum ſtrictiſſimas juris regulas ſint accipienda, in quibus de re ad rem, de caſu ad caſum, de perſona ad perſonam non fiat extenſio, idque ad hujus quæſtionis terminos applicatur in *l. 10. de liber. & poſt. her.* Sand. *lib. 4. tit. 5. def. 10. ſub fin.* Res illa judicata eſt *d. 15. Jul. 1637.* & confirmata judicio Reviſionis, *inter Jelke Oeues, contra Johannem Melchioris, Scabinum civitatis Leovardienſis.*

10. Hactenus de conditionibus tacitis. Quin etiam fideicommiſſa, quibus ſimpliciter poſt mortem Primi heredis Secundus ad bona primi relicta vocetur, etſi pure exprimatur, habent tamen hanc conditionem, *ſi ſecundus primo ſupervivat;* Nam ſi hic ante Primum moriatur, deficit fideicommiſſum, quaſi deficiente conditione, *l. 4. in pr. D. Quand. dies legat. ced.* nec intereſt in iis quidem verbis, utrum primus moriatur ante, vel poſt Teſtatorem, quoniam hæc verba tam vulgari quam fideicommiſſariæ ſubſtitutioni conveniunt, de quo diſcrimine diligenter actum eſt *ad tit. de vulg. & pup. ſub. n. 11.*

11. Quod attinet ad ipſa fideicommiſſa tacita relicta, quæ maxime per alienationem prohibitam committuntur, de his paulo *inferius* agetur commodius, & de perpetuis fideicommiſſis *ad Inſtit. tit. de fideic. hered. n. 14. 16. 17.* actum eſt copioſe; Quæ ad tempus fiunt, bifariam intelliguntur, ut vel certis gradibus heredum gravatorum, vel certo annorum numero in iisdem perſonis limitentur, quomodo frequenter accidit ad annum viceſimum quintum ætatis. De tali fideicommiſſo ſic uſus venit quæri. Teſtator heredem ſimpliciter fideicommiſſo devinxerat; dein codicillo permiſerat, ut natus annos ſeptem & viginti de bonis *diſponere* poſſet. Heres egreſſus illam ætatem, res hereditarias alienaverat. Fideicommiſſarii in teſtamento vocati, bona perſequebantur, ut qui fideicommiſſum non abolitum, ſed limitatum eſſe contenderent, data facultate *diſponendi* poſt illud tempus per ultimam voluntatem, ut hoc vocabulum diſponendi vulgo uſurpatur. Si quamlibet alienationem permitti voluiſſet Teſtator, fideicommiſſum fuiſſe revocaturum

rum. Derogationem voluntatis jure ſtabilitæ, ſtricte accipiendam. Sed eo non obſtante, Curia noſtra vocabulo *diſponendi* plenum effectum cenſuit adſcribendum, qualem proprietas vocabuli fert; cui accedebat, quod antea dictum, placere fideicommiſſa ſtrictiori interpretatione haberi. Sic judicatum in cauſa *Friderici Ruyſch contra Petrum Reineri. d. 5. April. 1636.* apud *Nautam Ms.*

12. Porro die fideicommiſſi cedente, qua de re *ad tit. ſequ.* hoc eſt, quando Teſtator fideicommiſſum præſtari voluit, Fiduciarius hereditatem reſtituere cogitur, *l. 4. 5. 7. 9. § 1. l. 13. § 3. & 4. & l. 14. § 1. h. t.* vel ſi mortuus ſit ejus heres, *l. 44. pr. eod.* Quod ſi fiduciarius hereditatem non coactus repudiaverit, proximi a Teſtatore vocantur abintcſtato, cum onere fideicommiſſi in favorem eorundem, qui prius vocati ſunt, *l. 2. § ult. de ſuis & legit. hered.* Si vero nec repudiaverit, nec ad adeundum remediis prætoriis compelli potuerit, verum celaverit ſe, aut mortuus ſit absque herede & reſtitutione, jus hereditarium actionesque ſponte transeunt in fideicommiſſarium; idemque reſpectu fideicommiſſarii, qui rurſus alii reſtituere debet, *l. pen. § 1. C. ad SC. Trebellian.* E contrario, ſi fideicommiſſarius tempore diei cedentis non extet, aut repudiet, hereditas manet penes fiduciarium aut ejus heredem, niſi alter ſubſtitutum habeat: ſi vero poſt diem cedentem moriatur fideicommiſſarius, transmittit fideicommiſſum ad heredem ſuum, *l. 25. in pr. l. 46. eod. tit.* Cæterum, quando fiduciarius ſe cogi ſuſtinet; nihil præter nudum juris miniſterium præſtat, neque lucrum percipit, neque de damno tenetur, *l. 4. eod. tit.* Sed coactio minus hodie frequens eſt, poſtquam mos rogandi heredes, ut confeſtim reſtituant, obſolevit: nunc quia domini ſunt, dum vivunt & bonis fruuntur, raro coguntur. Hæ ſummæ ſunt, excerptæ ex his, quæ *ad tit. Inſt. n. 9. 10. 11.* latius expoſita ſunt.

13. Quæſtionis eſt, an etiam prælegata, neceſſitate reſtitutionis comprehendantur. Et probata eſt diſtinctio, utrum de hereditaria portione reſtituenda ſit rogatus, an quicquid ad heredem a teſtatore pervenerit. Si prius, tum prælegata ſunt libera; ſi poſterius, hæc etiam reſtituenda ſunt, quia verum eſt, quod a Teſtatore pervenerint, *l. 3. § 4. h. l. 6. C. de Fideic. l. 94. de Legat. 3. l. 86. ad L. Falc.* Gail. *2. obſ. 132.* Sand. *lib. 4. tit. 5. def. 12.* ubi plures citati Auctores. Verum ab ea parte diſtinctionis, quæ meminit hereditariæ partis, excipitur ea pars, quam heres habet a ſe ipſo, hoc eſt, quam jure hereditario habuiſſet, ſi res prælegata non fuiſſet: ut hanc etiam reſtituere cogatur, *l. 18. § ult. h. t.* & Sandius *ibidem.* Eadem diſtinctio locum habet circa portionem heredi gravato a coherede per fideicommiſſum ejusdem Teſtatoris advolutam. Exempli gratia, Paterfamilias Patronus cauſarum, bonis & opimis temporibus centum millia circiter, Imperialium, in tritura forenſi lucratus, heredes inſtituit duos e ſorore nepotes, fideicommiſſo gravatos, ut ſi quis eorum ſine liberis moreretur, bona, quæ a ſe pervenirent, ad alterum ſuperſtitem, atque ad neptim, quam præterierat, devolverentur. Mortuo ſine liberis heredum altero, pars ejus ad fratrem atque ad ſororem pertinebat: Quærebatur, an ea pars, quæ fratri acquiſita erat, ſub fideicommiſſo, quod ipſi erat impoſitum, contineretur, an vero libera eſſet, æque ac pars ſororis, quæ primo loco non inſtituta, nullo fideicommiſſo gravari potuerat. Reſpondi, quia dictum erat in teſtamento, ut quicquid a teſtatore ad heredem perveniſſet, reſtitueretur, ſi absque liberis e vita excederet, ſub hoc fideicommiſſo etiam bona, quæ per ſubſtitutionem ejusdem teſtatoris ad eum pervenerant, contineri.

14. An eadem diſtinctione utemur in Quæſtione, quam occupavimus *ad tit. de Acquir. Hered. n. 7.?* Rogatus eſt Titius partem ſuam hereditariam reſtituere; Si interim pars coheredis deficientis ei accreſcat, hanc eum reſtituere non cogi, jam probavimus in loco *prædicto*, & reſpondimus ad *l. 43. h. t. l. 33. § 1. de Uſufr. & l. 83. de Acquir. hered.* ei conſonam, quibus utitur in contrarium D. Wiſſenb. *ad h. t. th. 18. in fin.* An ſecus erit, ſi rogatus ſit Titius, reſtituere quod ad eum pervenit a defuncto? Sic videbatur: Nam portio, quæ accrevit ei a coherede deficiente, ſine dubio pervenit a defuncto. Ego tamen ſubſiſto. Nam illa pars deficientis, vel fuit gravata ſimili fideicommiſſo, vel fuit libera. Si gravata fideicommiſſo, tum vel defecit vivo teſtatore, vel poſt ejus mortem & repudiationem. Hoc caſu jus Accreſcendi ceſſat, opinor, quia fidecommiſſarius poteſt heredem gravatum cogere, ut adeat atque reſtituat, vel hereditas pro adita habetur, *per ea, quæ modo dicta ſunt.* Quod ſi vivo Teſtatore defecerit heres gravatus, jam fideicommiſſarius ad eam partem vocatus nihil juris habet, per ea, quæ diximus *ad tit. de Vulg. & pup. ſub. n. 11. & 12.* Scilicet fideicommiſſarii jus interire, ſi primus heres non

fuerit

fuerit superstes defuncto, ita ut restitutio ne quidem fieri poterit: Quare pars illa tum libere accrescit Titio gravato, de quo agimus. Et si jam alius sit fideicommissarius, cui illa portio destinata erat, quæ casu libera facta est, nulla ratio Titium coget, ut partem, quæ accrevit, restituat ei, cui Testator eam noluit restitutam. Jam si plene libera pars inde ab initio fuerit, quæ deficiens accrevit, putem similiter negandum, heredi fideicommissario quicquam inde deberi, quod testator nullo fideicommisso affecit. Tu dices, hoc tamen pervenit a testatore ad heredem, & ille rogatus est quod pervenit, restituere. Sed respondeo, Tò pervenit ad id, quod expressa voluntate defuncti, aut per consequentiam ejusdem fideicommissi ad heredem pervenit, referendum, non ad ea, de quibus Testator forte nec cogitavit, & quæ fideicommisso non subjecit. Hanc rationem secuti sumus in hujusmodi facti specie, cujus admodum frequens usus est. Testator instituit heredes quatuor, & eorum unum fideicommisso obstrinxerat, si sine liberis, in gratiam reliquorum superstitum, *hac formula*, de goederen hem van my aengekommen, *bona quæ ad illum a me pervenerint*. Moritur unus ex tribus reliquis ante Testatorem, ideoque cæteris accrescit ejus portio, quos inter erat ille pro sua parte bonorum fideicommisso gravatus. Quo dein sine liberis defuncto, herede uxore, ab hac repetebatur juxta partem, quæ mariti peculiaris fuerat, id etiam, quod ei defectu coheredis accreverat; Consultus respondi; illam partem, quæ defecerat, a fideicommisso alienam fuisse, neque Testatorem ejus maritum magis oneratse illorum respectu, quam cæteros. Verba *van my aengekommen*, referenda ad ea bona, de quibus Testator locutus & quæ fideicommisso adfecerat, non ad ea, de quibus non cogitaverat fideicommittendis ac onerandis. Accidit *d. 15. Apr. 1635*. Est adeo insignis hæc limitatio.

15. Necessitatem restitutionis ad fructus non pertinere diximus jam *ad Institut. h. t.* prioris doctrinæ, *n. 6.* nisi Testator de fructibus etiam rogaverit, ut similiter iltic monuimus. Sed hic articulus paulo plenius exponi meretur. Rogatio vel expresse fit, vel tacite. Fit tacite, veluti, quando hereditatem cum incremento restituere jussus est, *l. 63. § 4. h.* vel si dixerit testator, *quantacunque pecunia ex hereditate de bonis meis ad eum pervenerit, omnem restitui volo, l. 32. h. t.* Papinianus in simili *formula diversum sentire videtur, in l. 57. pr. h. t.* Heredes mei, quicquid *ex hereditate bonisve meis pervenerit, id omne post mortem suam restituant patriæ meæ, Coloniæ Beneventanorum, nihil de fructibus, pendente conditione perceptis, petitum videri, constat.* Quidam differentiæ rationem petunt a natura cautionis; quam Balista testator in *d. l. 32.* ab heredibus suis vult præstari, quæ facilius fructuum incrementum recipiat; Nisi dixeris, illam cautionem solummodo in securitatem fideicommissi præstandam, eique subordinari, proinde obligationi heredis nihil superaddere. Forte an oratio Ballistæ amplior & efficacior ad rem est, quam in specie Papiniani; *Quantacunque pecunia*, nihil non sub his verbis comprehendi posse videtur, *ex hereditate, de bonis* sane fructus non esse hereditatis, sed ipsis rebus acceptos ferri, affirmat Ulpianus in *d. l. 18. § 1.* quod ideo videtur intendisse Ballista, verbis, *de bonis*: sed in *d. l. 57.* de *hereditate bonisve*, παραλλήλως ut synonyma ponuntur; etenim ejusmodi formula fructus nullo modo comprehendi, discrimen etiam ex *l. 83. in pr. de leg. 3.* Eodem modo concilianda lex *3. § 2. de Usuris*, cum *l. 58. § 2. pen. h. t.* In *l. 3.* Papinianus docet, eum, *qui rogatus est, post mortem suam quicquid ex bonis supererit, Titio restituere*, videri etiam, ut fructus restituat, esse rogatum. Rursus idem in *l. 58.* respondit, eum, *qui rogatus sit restituere quicquid ex hereditate superfuisset, fructus superfluos restituere, non videri rogatum.* Papinianum utique sibimet ipsi non esse contrarium, credimus; Atqui nec quicquam apparet diversi in his responsis, quam diversa hereditatis & bonorum significatio. Confer quod *ad Inst. d. num. 7.* ἐσχολίαζε Thomasius, & nos respondimus.

16. In restitutione facienda, Fiduciarius heres detrahit Quartam, de qua similiter actum non agemus, post ea, quæ *ad Inst. h. t. n. 3. 6. & seqq.* dicta sunt. Sed an heres heredis gravati, Quartæ jus habet deducendæ? Hanc Quæstionem, ait D. Wissenbach. *ad h. tit. th. 12. in Suprema Curia anno præterito disceptatam memini, an autem supremo calculo jam finem acceperit, ignaro.* Puto autem posse, addit, *arg. l. 10. C. ad L. Falc.* junctо *§ 5. Instit. de Fideicomm. hered. l. 65. de V. S. &c.* In iis quidem terminis, de quibus agit *Lex 10. C. ad L. Falcid.* & reliqui textus a Wissenbachio citati, non credo unquam hac de re apud Supremam Curiam fuisse dubitatum; Scilicet quando Testator heredem suum rogavit, ut si sine liberis diem suum fungeretur, portionem hereditatis aliis

aliis restitueret. Nam eo casu emolumentum, quod beneficio legis *Falc.* habere potuit heres, arg. *d. l. 10.* (scil. tum temporis quod *in pr. h. tit.* monuimus, Legem Falcidiam fideicommissis applicabant, ut adeo directe, non per *argum.* ut D. Wissenb. *lex 10.* probet hanc thesin,) hoc inquam, emolumentum Quartæ ad heredem heredis pertinere, *manifestum est*, ait Imperator. Cum autem fideicommissa nostris temporibus, omnia fere diem post obitum primi heredis cedant, nihil est apertius, quam detractionem Quartæ non nisi ab heredis herede ut fiat, habere facultatem; nec aliter omni die videmus institui. Quæstio fuit haud dubie de fideicommisso puro, quod ab herede vivo erat præstandum, ut rarius hodie, sed fit tamen aliquando; si tunc heres gravatus omnia restituerit, an heres ejus omissam detractionem facere possit, merito dubitetur. Dicendum, si primus heres sciens, animoque remittendi Quartam, omnia restituerit, vel per juris errorem, non ignorans vires hereditarias, omiserit detractionem, heredem ejus nihil detrahere posse; contra, si primus errore facti, cum dodrantem sibi salvum putaret, omiserit Trebellianicam, heredi secundo quo minus eam detrahat, nihil obstare potest, secundum ea, quæ de Falcidia *suo loco* dicta sunt.

17. Porro imputatur in Quartam, quicquid heres ex judicio defuncti percepit, *l. 22. § 2. h. t.* sive legati, seu fideicommissi, sive conditionis implendæ gratia, contra quam in lege Falcidia, cujus Quartæ talia non imputantur, *l. 91. ad L. Falc.* forsitan, quia Falcidius in sua rogatione Quartam hereditatis, diserte apud heredem manere voluerat; JCtis autem, cum Falcidiæ sententiam ad fideicommissa producerent, satis visum, si tantum heredibus adsererent, quantum ad Quartam quovis modo explendam confici posset, neque titulum hereditatis nulla lege subnixi urgere poterant: quæ observatio semel introducta, etiam ubi satis firmata erat Pegasiano, videtur continuata; cui addendum, quod & alioqui liberalius cum herede ratione legatariorum, quam cum fiduciario respectu fideicommissarii, soleat agi. Heredi enim testator prolixius consultum videtur voluisse, quod ex disparitate honoris, quo utrosque afficit, satis colligitur: fideicommissario contra, favit præ fiduciario, quia hunc tantum ut instrumentum transferendæ in alterum hereditatis adhibere voluit; Cæterum, quod fiduciarius implendæ conditionis causa accipit a coheredibus, aut fideicommissario, id videlicet imputat, non quod a legatariis, *d. l. 91.* & sic facile interpretabimur *l. 30. § 7 cod. tit. ad L. Falcid.* de qua solicitus est D. Wissenb. *ad hunc tit. th. II.*

18. An quarta Trebelliana prohiberi possit, ancipitem quæstionem vocat Sandius *lib. 4. tit. 7. def. 5.* sed communior sententia, quæ est affirmativa, tam generaliter est recepta, ut de ea in Foro amplius non disceptetur, ut scribit Stockmannus in *decis. 40.* Nec jure novissimo dubitandum esse, probat luculenter Anton. Merenda *lib. 4. contr. C. 14.* sed non æque prævaluit in Foro sententia, licet etiam communior teste Sandio *d. tit. def. 9.* quod tacita prohibitio sufficit. Rectius a Curia Suprema definitum, non sufficere ad prohibendam Quartæ detractionem, hujusmodi clausulam: *Quod non obstante Testamento privari debeat relicto.* Quæ sententia de Falcidia quidem agit, sed ab hac ad Trebellianicam plerumque recte argumentamur, & heic manifesto est eadem ratio, cum illa clausula sit generalis, & sine speciali Testatorum intentione sæpius a Tabellionibus adjiciatur. Quid si Testator fideicommisso posito, prohibuerit omnem alienationem *& diminutionem rerum fideicommisso subditarum.* Ne id quidem sufficere, sed prohibitionem Trebellianicæ clare enunciandam, tradit Stockmannus *Decis. Brabant. 40. in fin.* Quod est concedendum, si verba eo modo concepta sint, ut alienatio & diminutio ad Tertium se referant. Nam si Testator ipsi restitutioni faciendæ immediate subjecerit, eam se velle *fieri sine ulla diminutione*, difficile dictu est, iis verbis prohibitionem Quartæ non significari, vocemque Trebellianicæ Quartæ præcise adhibendam esse, quod non putem.

19. Erronea est opinio, quod liberi fideicommisso gravati, duas Quartas detrahere possint, tam Legitimam quam Trebellianicam, ut omnes fatentur, & nos demonstravimus ad *Inst. h. t. n. 7.* sed tamen hic error jus fecit per omnem Europam, excepta, quod mirum, Brabantia, licet minime tam rigide servet jus Romanum quam alii plures populi, qui in hunc Pontificium errorem concesserunt, teste Stocknianno *Decis. Brab. 41.* Hunc autem errorem Pragmatici cumularunt alio errore magis enormi, quod parentes ne prohibere quidem possint Trebellianicam supra & ultra Legitimam ex bonis capiendam, qui & in Curiam nostram invasit, etsi contra eum luculenter

lenter

lenter disputat Sandius *d. lib. 7. tit. 7. def. 7.* Postea tamen apud Nautam sic judicatum reperio. Parens fideicommisso liberis imposito subjecerat in fine testamenti, si quis eorum se ullo modo testamento opponeret, *eum nihil amplius habiturum, quam suam Legitimam.* His verbis Trebellianicæ Quartæ detractionem fuisse sublatam, ut Legitima sola contenti esse deberent, *pluralitate* suffragiorum, ait Nauta, placuit in causa *Jacobi Martini cum sociis, contra Kuirtje Thomas d. 15. Julii 1637.* etsi non deessent, ut idem refert, dissentientes. Forte respexerunt ad id, quod apud titulum de *Inoff. testam. n. 16. pag. 750. part. præced.* expositum est, Parentes hoc modo instituere posse, ut liberos onerent fideicommisso sine deductione præstando, vel si hoc admittere nolint, scribant eos heredes ex Legitima. Quo facto omni querela liberis subtracta, vel fideicommisso sine detractione Quartæ, vel sola legitima debeant esse contenti. Hac alternativa admissa, sicut a JCtis nostri temporis admittitur, videmus apertam esse viam, qua sententia de duabus Quartis necessario relinquendis, a Parentibus eludi possit. Hoc enim jus non est mutatum, quod Parentes liberis suis amplius quam Legitimam, titulo institutionis relinquere non cogantur, *l. 8. § 8. de Inoff. & l. 30. C. eod. Nov. 115. C. 3. in fin.* Quod simpliciter facere licet Parentibus, cur idem per optionem alternativam non liceat, ratio non apparet, ut latius *in d. loco* demonstratum est.

Hic casus igitur communis est Falcidiæ & Trebellianæ. An & reliqui casus, quibus Falcidia cessat, Trebellianæ conveniunt? Videamus breviter; Respectu Testatoris est primo casus, quem *modo* dixi, prohibitionis. II. Si testator vivus heredi Quartam, sive æquivalentem Quartæ summam prorogaverit, haud dubie cessat etiam Trebelliana, per *l. 56. § ult. ad L. Falcid.* Denique in militari Testamento non est dubium, quin Trebellius æque taceat ac Falcidius, per *l. 7. & l. 10. C. ad L. Falcid.* Respectu Heredis cessat Trebellianica perinde ac Falcidia, I. Si heres sciens dodrantem non esse salvum, totam hereditatem restituerit, *Nov. 1. c. 2.* II. Si id egerit, ut fideicommissum intercideret, *l. 59. in pr. ad L. Falcid.* An etiam III, si heres non fecerit inventarium? Negavimus cum Gailio 2. *obs. 138.* multisque aliis, *ad Inst. de Hered. qual. n. 15.* nec pauciores dissentiunt, novissime Stockmannus *Decisione Brabantina 42.* qui sic judicarum se vidisse, testatur in fideicommisso conditionali, cujus dies post obitum primi heredis cedebat. Mihi in talibus id maxime incommodum videtur, nec ita in animum inducunt heredes, fiduciarii nostrates aliive, ut quibus hereditates alias opulentæ sub onere fideicommissi relictæ sunt, quo sibi de Quarta Trebellii prospiciant, opus esse putent Inventarii beneficio, ut vix lites ea de re moveri contingat: Quod frequenter fieri oporteret, si juris ita esse crederetur, ut omisso Inventarii remedio Trebelliani beneficium admitteretur. Sed quæ ratio, *dices*, quod hac in re sola discrimen Falcidiæ & Trebellianicæ statuitur? Videtur esse præcipua, quod Legata hereditatem minuunt & exhauriunt; Fideicommissum universale hereditatem relinquit integram; præter quod pœnalis constitutio non recipit extensionem, per consequentiam & Lex Falcidia, quæ Legatorum duntaxat, non meminit hereditatis fideicommissariæ, *d. Nov. 1. C. 1.*

Modi quibus respectu reali Falcidia cessat, an etiam Fideicommissariis hereditatibus applicentur, videamus. De piis causis, quod attinet ad Legata, sequimur communem sententiam, cessare in Falcidiam, ex constitutione Justiniani in *Nov. 131. c. 12.* qua derogatum videtur *l. 1. § 5. h. t.* quæ Falcidiam extendit ad Legata, quæ Deo relinquuntur. Exceptionem discrepantium, quod tantum cesset ubi mora facta est, refellimus e verbis *d. Nov.* apud *Inst. ad L. Falcid. n. 8.* Ex usu, ni fallor, eadem refellitur. Probo enim, quicunque negat legata solvere, eum Falcidiam amittere; quia moram negando committit: Hoc sufficit, opinor, ad usum hujus sententiæ, quæ non nisi contra negantes valet. Sandius igitur, qui dissentit, referens eos, qui moram committunt in solvendis Legatis ad pias causas relictis, in solidum a Curia condemnari, satis adfirmat, omnes, qui solvere nolunt, condemnari. Quod quid est aliud quam dicere, Falcidiæ non esse locum? In eo tamen subsisto, cum jus novum stricte sit accipiendum, an quod de Legatis solummodo sanctum & ægre obtentum est *d. N. 131.* ad hereditates fideicommissarias sit extendendum; quod magis videtur, *ne fiat.* Reliqui duo casus cessantis Falcidiæ, respectu rerum hereditati subtractarum, & alienari prohibitarum, de quibus in *d. Tit. n. 8.* cum ad res singulares pertineant, in fideicommissariis hereditatibus ultro cessant.

De fideicommisso, quod inest prohibitæ alienationi.

XX. *Prohibitam alienationem inesse fideicommisso, de qua remissive, & observatio, clausulam prohibitæ alienationis subjectam fideicommisso, non facere novam ejus extensionem.* XXI. *Limitatio ejus sententiæ per exemplum rei judicatæ.* XXII. *Alia limitatio.* XXIII. *Prohibitam alienationem facere fideicommissum, nisi tantum sit nudum Præceptum.* XXIV. *Quibus inde detur actio.* XXV. *Denturne fideicommissa conventionalia.*

Ex eo, quod bona fideicommisso subjecta, personis designatis restitui debent, intelligitur, eo non posse alienari, excepta Quarta, & exceptis ejusmodi casibus, quos *infra* collocabimus; De ipsa alienatione prohibita, quatenus pendet a fideicommisso universali, diximus *ad Inst. h. tit. n. 12.* quæ non repetimus. Sed quod omisimus, supplendum. Est inter ea frequentis usus observatio, quod Testatores ordinantes fideicommissa in gratiam certorum propinquorum, sæpe subjiciunt, *nolle sese, ut bona extra sanguinem alienentur.* Quando hæc verba junguntur immediate fideicommisso eique applicantur, non inferunt novum fideicommissum, sed tantum pro sanctione præcedentis fideicommissi habentur, ut in hoc exemplo; *Post mortem Titiæ omnes hi reditus, quos ei legavi, devolventur in ejus liberos ab uno in alium, & non ex meo sanguine sive gradu.* Hæc ultima verba, *non ex meo sanguine*, obiter adjecta fideicommisso limitato, minime comparata sunt ad fideicommissum & prohibitam alienationem ulterius quam ad liberos Titiæ extendendum, ut recte judicatum apud Sandium *lib. 4. tit. 5. def. 4.* Atque ita in similibus sæpe alias in Curia nostra judicatum, nisi forte a nonnullis hæc observatio nimis effuse accepta videatur. Etenim si Testatrix in illo casu amplioribus & prægnantioribus verbis usa fuisset in eum sensum, quod bona nunquam extra sanguinem suum alienari vellet, prohibitionem potuisse fieri perpetuam, monet Sandius, & res loquitur.

21. Hac de re, quia magnus est ejus usus, exemplum aliud subjiciam. Testatores conjuges duobus liberis filio filiaque heredibus institutis, ita caverant; *Si quis liberorum nostrorum, sine liberis moriatur, volumus Testatores ambo, ut tali casu bona nostra de uno ex liberis in alium, qui tunc erunt superstites, devolvantur, & hereditario jure transferantur, atque ita consequenter in perpetuum.* Et mox: *ita, ut bona nostra ne devolvantur extra sanguinem nostrum aut lineam rectam, verum semper ad extremum usque in ea permanent.* Ex filia Testatorum nepote sine liberis mortuo, Pater ejus bona ab intestato sibi vindicabat, eo quod fideicommissum liberis tantum esset impositum, quorum appellatione vernacula nepotes in fideicommisso non contineri, obtinuit, ut Sandius tradit *d. tit. 5. def. 10.* nisi, ut idem addit, in diversum justæ adsint conjecturæ: Quales heic non tantum adesse, verum etiam directe fideicommissum videbatur esse perpetuum, in verbis, *de liberis in liberos, atque ita consequenter in perpetuum;* quæ verba si paulo imbecilliora ad fideicommissum perpetuum viderentur, sequuti enixa prohibitione alienationis in perpetuum, ad eam sententiam confirmabantur. Atque ita pro filio contra Patrem nepotis, etsi πλήθει τικῶς, judicatum est. Enimvero quando Testator liberos suos onerat fideicommisso, prævaluit opinio, quod nepotes sub liberis non contineantur, etsi aliter sit in *l. 120. de V. S.* nisi alia mens Testatoris e conjecturis, inquam, appareat; nec absre videtur, ejusmodi conjecturam e subjecta prohibitione perpetua alienationis colligi posse: Nam etsi hæc novum fideicommissum, aut ejus extensionem non efficiat, quo minus tamen conjecturam in casus dubii interpretatione adjicere possit, nihil obstare videtur.

22. Fortius aliquando adfirmandum est, quod subjiciam; Quando Testator post ordinationem fideicommissi, secundum certos gradus & personas, nova distinctaque periodo, in casum, quo in illis gradibus expressis fideicommissum non haberet usum, prohibuit alienationem in perpetuum extra suum sanguinem, tunc aliter judicari non potest, quam in illa prohibitione novum comprehendi fideicommissum; utique si verum est, quo nihil certius, Prohibitionem alienationis per se inferre fideicommissum, qua de re mox amplius. Et tamen hæc observatio, quod clausula prohibitæ alienationis, etsi perpetuæ, non extendatur ultra fideicomm. quod præcessit, tam indiscrete vulgo recepta est, ut etiam ejusmodi prohibitiones irritas fuisse habitas meminerim: sed exemplis, *ut nunc* est, supersedemus.

23. De

23. De prohibita alienatione sola nonnihil adhuc dicendum. Ex illa fideicommissum oriri tacitum, nota est doctrina, si modo constat, in quorum gratiam fiat prohibitio. Tunc enim heres non potest non esse rogatus, ut iis, in quorum gratiam facta sit prohibitio, bona restituat. Quemadmodum hæc ipsa ratio docet, ubi non constet, in cujus gratiam facta est prohibitio, non esse in ea vim fideicommissi; sed nudum præceptum, quod quidem in se non foret spernendum, sed quia nemo ex illo neglecto actionem movere potest, hinc omni effectu caret. *Et hinc Divi Severus & Antoninus rescripserunt, eos, qui testamento vetant quid alienari, nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint, nisi invenitur persona, cujus respectu hoc a Testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam, quasi nudum Præceptum reliquerint, quia talem legem testamento non possunt dicere. l. 114. § 14. de Legat. 1.* In his verbis duo requiri videntur; ut vel causa exprimatur, vel persona. Quid igitur, si causa exprimatur, neque de persona constet, an tunc effectum habet prohibitio? Si causa sit ejusmodi, ut inde sciri possit, in quem finem Testator res alienari prohibitas adhiberi velit, aut quibus inde personis sit aliquid tribuendum, potest effectum habere prohibitio; velut si dixerit, ideo se rem alienari nolle, quod splendori familiæ consultum velit, adeoque omnis prohibitio, ne res alienetur extra familiam, sufficit in eum finem; Si nihil a Testatore sit expressum, unde hoc intelligi possit, ex conjecturis suppleri non potest. Nam etsi vix unquam aliter Testatores ejusmodi prohibitiones committant, quam ut posteris suis consulant, Judex autem aut Interpres, hoc supplere non potest. Exemplum; Lucius Titius testamento suo cavit, ne ullo modo prædium suburbanum ad domum heres alienaret, (nam hic articulus tam ad singulares res, quam ad hereditates pertinet.) Scripserat heredem filiam suam, quæ decedens extraneos heredes instituit. Julia, Lucii Titii Testatoris ex fratre proneptis, petit illa prædia, tanquam ex ejus familia proxima. Sed repulsam tulit, cum familiæ mentio non esset facta in his verbis, quæ nihil erant quam nudum præceptum, *l. 93. in pr. de Legat. 3.* Neque tantum per successionem res eo casu libere ad extraneos transire potest; sed etiam per alienationem inter vivos: qua de re apponam hoc exemplum. *Eustachia ab Heemert, vidua Petri a Quarebbe Ultrajectini, scripserat heredes liberos, testamento, quod erat conditum ult. Jul. 1612.* substitutis eorum descendentibus vulgariter. Addiderat hanc clausulam, ne scripti heredes prædium Tjepmanum, in Frisiæ pago Roordahuisen situm, possent vendere, pignore vel alio quovis modo gravare, permutare, vel ullo modo alienare in totum vel pro parte. Sed velle se, ut illud prædium, si omnes ejus liberi sine descendentibus morerentur, perveniret ad matrem Testatricis, & post ejus obitum ad eos, qui sanguine proximi forent Testatrici. Filius deinde Testatricis perverse consulens, illud prædium cesserat Creditoribus suis, a quibus ejus filius postea vindicabat illud prædium. Creditores fideicommissum extinctum esse contendebant, quia conditio, si *liberi sine descendentibus morerentur*, defecerat: Ipse enim peritor erat filius filii, heredis. Idcirco mater & reliqui de sanguine, manifesto erant exclusi. Filius etiam non erat vocatus, sed tantum positus in conditione, qua re non inferri fideicommissum, vera & communis est sententia, quam posuimus *ad tit. de Condit. Inst. num. 7.* Nihil igitur supererat, quam prohibitio de non alienando, quam Testatrix operose fecerat, haud dubie in gratiam proximorum, maxime nepotum suorum, ac ut illis consuleret. Quia tamen in verbis Testamenti nemo vocatus extabat, judicatum est, Actorem non habere jus, illud prædium vindicandi *in causa Jacobi de Quarebbe cum soc. contra Johannem van Baren cum soc. ante ferias O. S. 1681.*

24. Sic alioqui juris est, ut quocunque tempore res alienata sit extra familiam, si talis est prohibitio, proximus e familia jus habeat eam rem vindicandi, *l. 69. § 3. de Legat. 2.* quemadmodum dicere occupavimus *ad fin. tit. I. Quib. al. lic.* ita ut sub prohibita alienatione comprehendantur omnia, quæ diximus *ad tit. ff. de Reb. eor. qui sub Tut. vel Cura*, certe etiam oppignoratio. Proinde possessor ejusmodi rerum, non potest eas pignori dare, nec Creditores eas hypothecaria, ne quidem contra tertium a familia alienum, persequi possunt, quia pignus est ipso jure nullum, adeoque nec quidem, dum vivit is qui rem ipsis obligavit, res illis est obnoxia, ut in Curia nostra judicatum inter *Gabium Reinsma, contra Dirk Hotses, ante ferias Natal. 1680.* quod secus esse in rebus fideicommisso conditionali gravatis, dictum est alias ex *l. 48. § 1. de jure Fisci.*

Proximo e familia datur actio, si quando res, inquam, extra familiam alienata sit; quamdiu

enim manet in familia, licet ad remotiorem pervenerit, non datur actio, *l. 67. § 2. eod.*

Quod si res non simpliciter sint prohibitæ alienari extra familiam, sed etiam familiæ relictæ sint, non potest remotior proximo præferri; multo minus, si Testatori proximi diserte sint vocati, ut frequenter usu venit. Sand. *de prohib. rer. alien. P. 3. c. 6. n. 29. & c. 5. n. 7.*

Propinquitas non ad ultimum possessorem, sed ad primum fideicommissi conditorem refertur, idque jure repræsentationis; at in simplici prohibitione, ne res vadat extra familiam, magis ultimi possessoris ratio habetur, Sand. *l. 4. tit. 5. def. 2. 6. 7.*

Quid si dictum simpliciter, *ut bona devolvantur identidem ad proximos?* magis est, ut proximi respectu ultimi possessoris intelligantur, ut a Curia nostra judicatum in tali specie, referente Nauta. *Fideicommissum erat, ne bona venderentur, permutarentur, oppignorarentur, aut ad extraneos devolverentur, verum, ut semper manerent penes proximos, sonden alsoos bliven en erven op de zibste en naest geregtigde erfgenamen.* Duo heredes, liberos habentes, de sua parte bonorum alienaverant extra familiam. Soror eorum illa bona vindicabat, cum esset proxima respectu Testatorum. Sed repulsam tulit, quia liberi alienantis, ipsi erant proximi, & sic potiore jure præditi; visumque proximis simpliciter vocatis, qui scilicet proximi quoque tempore futuri essent, nihil causæ esse, cur proximi ab herede non intelligerentur potius, quam proximi a defuncto. In causa *Aldegondis a Solkama, contra Abrahamum a Solkama & Drem Bouricium, ut Curatorem Abrahami Fullema.*

Si addatur, prohibitionem fieri ad tuendum nomen & honorem familiæ, mares præferuntur feminis; alioqui promiscue gradus spectantur, San l. *ibi. l. cap. 3 & l. 4. Decis. t. 5. def. 8.*

Placet, ad detegendam hujus rei naturam adferre casus, quibus illa prohibitio cessat, quod alibi commode fieri non potest. Cessat prohibitio, 1. ratione formæ prohibendi. 2. Ratione causæ alienandi. 3. Ratione petitoris. 4. Ratione possidentis.

Ratione formæ prohibendi, I. si nudum sit præceptum, ne res alienetur, sine mentione causæ vel personæ, cujus intuitu prohibitio fiat, *ut dictum l. 114. § 14. de Legat. 1. & l 93. in pr. de legat. 3.* II. Si prohibitio sit in gratiam certorum hominum, iique jam decesserint, *l. 38. § 2. & 5. de legat. 3.* III. Si temporaria prohibitio sit, atque tempus sit elapsum, *arg. § 5. I. Quib. mod. tut. fin.*

Respectu causæ alienandi, cessat prohibitio, quatenus solvendum est æs alienum defuncti, a quo prohibitio facta est, *d. l. 114. § 14.* per *§ ult. I. ad leg. Falcid. l. 16. C. eod. & l. 1. C. debit. vendit. pign.* II. Ob æs alienum possessoris, dum is vivat, & quatenus ille jus in ea re habeat, si aliunde non sit, unde solvi queat, per *l. 69. § 1. de legat. 2.* III. Ob impensas in res alias, quoque prohibitas, necessario faciendas, *l. 53. de hered. pet.* IV. Pro quantitate legitimæ, per *Nov. 18. c. 1.* & Trebellianicæ, de *qua inferius.* V. Propter dotes & alimenta liberorum, *Auth. res quæ C. comm. de legat.*

Respectu petitoris; I. Quod indignus sit beneficio defuncti, qua de re *tit. ff. de his, quæ ut indign.* II. Quod ipse suam partem alienaverit, *l. 11. C. de fideic.* III. Quod consenserit alienationi, *d. l. 11. & l. 120. § 1. de Legat. 1. l. pen. § 14. de Legat. 2.* IV. Quod fideicommisso renunciaverit, per *l. 29. C. de pact.* V. Si heres sit venditoris, aut ejus qui venditioni consensit, *l. 149. de R. J.* Adde Sand. *tract. de prohib. rer. alien. P. 3. c. 8. n. 33. & seqq.*

Ratione possessoris, cessat effectus prohibitionis; I. si ipse ex eorum numero sit, in quorum gratiam prohibitio facta est, *l. 38. § 5. de Legat. 3.* II. Si per annos 30. possederit, nam usucapio hic cessat, ut *alias* dictum, vid. eund. Sand. *d. cap. 8. n. 50. & seq.* & quæ nos diximus ad *Tit. D. Quæ res oppign. sub fin.*

25. Pactione successoria coheredum, posse constitui fideicom. particulare, placuit Dd. contra juris rationem, ut probat Sand. *l. 4. t. 5. d. 19.* tametsi per modum actus inter vivos aliquid instar fideicommissi possit oriri, si mentio mortis facta sit, ut in *l. 26. pr. Dep. & l. 77. de Legat. 1.*

Utcunque autem sustineatur ejusmodi pactio coheredum, qua constituunt, ut aliquo sine liberis mortuo, quædam bona ad superstites devolvantur, in eo tamen discrimen est indubitatum, quod vera fideicommissa tribuunt actionem omnibus ad id vocatis; etsi non sint heredes, *d. l. 67. § 2. & l. 69. § 3. de Legat. 2.* Cum pacta quasi fideicommissaria nullum jus rei imponere, sed heredes tantum personali obligatione obstringere possunt, ut demonstratum est *ad tit. Inst. Quib. alien. lic. vel non. sub fin.* Atque hoc discrimine constituto, nescio an id genus pacta magnopere

a juris

a juris ratione abhorreant, *argum.* eorum, quæ de Servitutibus *alibi* dicta sunt: Jura prædiis imposita, quæ servitutes non sunt, valere tamen ut conventiones, & heredes obligare, licet rem non afficiant, *l. 13. pr. Comm. de servit.* Ubi ratio; *bona fides contractus legem servari exposcit.* non minus bene convenit id genus pactionibus fideicommissariis.

26. Quamvis autem Fideicommissa contineant hodie necessitatem restituendi, quam Fiduciarius evitare non potest, ut *superius* intellectum est; certum tamen est, si Fiduciarius heredi a se instituto fideicommissum restituere debeat, efficere eum posse, ne bona, quæ vi fideicommissi ad heredem suum pertinebant, ab ipso percipiantur, sed alii, maxime usufructu tenus relinquantur, ut probatum est *ad tit. de Usuf. Legato.* Quod si heredes tanti æstiment fideicommissum, ut hereditatem repudiare malint, nihil eos impedire potest, quo minus fideicommissio potiantur. Quin etiam quia Conditores fideicommissorum plerumque suis testamentis adjiciunt pœnas, sæpius adsequi possint, ne repudiatio illis damnosa sit. Hanc rem quia valde juridici usus est, exemplo illustrabimus. *Lasius Jongama* Vir nobilis, prælegatum reliquerat filio suo majori natu *Duconi*, cum onere fideicommissi, *si sine liberis decederet*, in commodum fratris sui *Francisci*, Supremæ Curiæ Senatoris. Ducco sine liberis mortem obiturus, uxori suæ *Sixtinæ a Camminga* relinquit inter alia usumfructum illius prædii, addens, se recte scire, per testamentum Patris hoc sibi non licere, verum tamen id se fratri heredi a se instituto oneris imponere; cui si opponeret se, institutionem revocabat, uxore substituta. Franciscus usufructu prædii illius carere nolens, hereditate fratris non adita, petit domum ex fideicommisso, eaque ipsi adjudicatur: Sed per reconventionem declaratur excidisse fratris hereditate, eaque viduæ substitutæ permittitur. Sed in Testamento Parentis eorum, conditoris fideicommissi, inerat clausula pœnalis ordinaria; Si quis se Testamento opponeret, neque per omnia Testatoris voluntatem impleret, ipsius hereditate caderet universa eaque accresceret heredibus obsequiosis. Hujus vi pœnæ, Franciscus petit a vidua fratris, bona ejus paterna, propterea quod hoc egisset, ut voluntatem Patris de prædio illo primario, subverteret ac eluderet. Ita damnum fraternæ hereditatis erat exiguum. Sic relatum a Nauta *Decis. Ms.* VI. in causa *Francisci Jongama Primi Supremæ Curiæ Senatoris, contra Sixtinam a Camminga, viduam Duconis a Jongama, Prætoris in Hemaerderadeel.*

Tit. II.

Quando dies Legatorum Cedat.

I. Quid sit diem cedere, & historia juris ejus. II. Exceptiones a regula diei a morte cedentis. III. Quando dies faciant conditionem, quando secus, exponitur. IV. Limitatur illa doctrina, & exemplis omnia illustrantur.

Cedere, est alteri locum facere, & hinc *Cedere*, ad alium pertinere significat; Res cedit alterius commodo & dies legati *cedit*, ut ad Legatarium pertineat, cum effectu transmissionis in heredem, *l. 3. h.* Denique, si legatarius moriatur, antequam dies cedat, Legatum manet penes heredem, a quo erat præstandum; Si post diem cedentem moriatur, ad heredem Legatarii transmittitur, ut demonstravimus *ad tit. Quando dies usufr. leg. cedat.* Jure antiquo dies Legatorum cedebat in continenti a tempore mortis Testatoris, Ulpiano teste, *tit. 24. § Legatorum.* & Justiniano in *l. un. § 5. C. de Cad. toll.* cujus juris vestigia sunt in *l. ult. de Donat. m. c. l. 31. de C. & D. l. 3. § ult. & l. 42. de Hered. inst. l. 24. § 1. de Bon. libert.* Augustus deinde Fidei augendi gratia, Lege Papia Poppæa diem cedere jussit ex apertis tabulis, quasi inconveniens esset, ut Legatario cederet jus, antequam sciret; proinde quæ Legata deficerent inter mortem testatoris & apertas tabulas, ea Fisco cederent, Ulpian. *d. loco*, & Justinian. *d. l. un. § 1. & § 5.* qui hoc jus novum fiscale *ibidem* abrogavit. Ut tamen in hoc titulo Paulum & Ulpianum, *l. 1. & l. 5. § 1.* & passim qui inter Augustum & Justinianum vixere, videas ita tradentes, quod dies a morte testatoris cedat: Res jubet, ut hæc a Triboniano interpolata dicamus, ut cum Ulpianus scripsisset, *a die apertarum tabularum*, ille substituerit, *a die mortis ejus*, ut observat Wissenbach. noster *Emblem. Tribon. a. l. l. 5. h. t.* post Hotomannum *4. Obs. 9.*

2. Excipitur Legatum ususfructus, cujus dies

cedit ab adita hereditate, ejusque rei dedimus rationem *ad d. tit. Quando dies usufr. leg. ced. n. 2.* Excipitur etiam Legatum Libertatis, *propter suii naturam*, inquit Justinianus, quæ *additionem hereditatis expectat*, *in d. l. un. § 6.* Quid ita? Quia libertas in actu & exercitio consistit, cujus initium fieri nequit, nisi sit, qui patiatur usum & exercitium faciendi quod libet, inchoari, *arg. l. un. § 2. d. tit. Quando dies usufr. leg. ced.* Legata quoque conditionalia non cedunt diem, nisi post conditionem existentem, etsi conditio sit potestativa, *l. 5. § 2. h.* secus si conditio sit turpis, aut impossibilis, *d. l. 5. § 3. & 4.* vel si per Legatarium non stat, quo minus impleatur, *§ 5.* Legata in diem certum relicta, pro puris hac parte habentur, *l. 5. § 1. & 2. h. t.* etsi ante diem cum effectu peti non possint, hoc enim est, diem *venire* dici, *d. l. 21.* Diem autem incertum pro conditione haberi, dictum est *alias*, qualis est, *cum heres morietur*, *l. 4. pr.* cum *Legatarius erit annorum 14.* quia conditionem in se continet, *si Legatarius tam diu vivet*; etsi per Si non adjiciatur, *l. 22. h. t. & l. 74. de C. & D.* modo bene observetur, utrum tempus adjectum sit legato vel fideicommisso, an petitioni aut præstationi, *l. 26. § 1. h. l. 5. C. cod.*

3. Hanc distinctionem carpit ac emendatam vult Thomasius, *ad posit. 19. Instit. de Fideicomm. hered.*

SCHOLIUM.

Termini paululum obscuri; nam & tempus solutionis præstandæ adjicitur fideicommisso. Potius ita dicerem; *Modo bene observetur, utrum tempus adjectum sit fideicommisso per modum dici an conditionis.* Deinceps agit de sensu *l. 46.* ad SC. Trebell.

RESPONSIO facilis est. Scholiastes committit, opinor, ignorantiam elenchi, quam vocant. Quæstio duntaxat est de tempore, quod se conditionis instar habere possit. Ergo inanis distinctio sit, inter tempus habens se ut diem, vel ut conditionem; etsi id agendum, quomodo dies simplex, & dies habens conditionem, discerni queat: Si enim verba sic habeant, *Do lego centum Titio, cum is annorum tot factus erit*, dies non cedit ante illos annos. Si hoc modo; quæ *centum accipiet, cum ad annos tot pervenerit*, dies ex continenti ceder, *l. 5. C. h. t.* Quemadmodum si dies conditionem in se nullam contineat, diem semper in continenti cedere, clarum, & dictum est ex *l. 5. § 1. h. t.* Tantum autem abest, hanc distinctionem minus probandam esse, nihil ut ea frequentius ac utilius sit. Scriptum est ita, *Uxor heres esto. post mortem uxoris meæ, fratris mei liberis mille aureos do lego.* Moriuntur fratris liberi; heredes eorum nihil petere possunt: Si quidam ex illis moriantur, jus accrescendi pro superstitibus obtinet, ut sæpissime utrovis modo respondimus. Quod si ita; *Uxor heres esto, Fratris mei liberis mille do lego, quos ante mortem uxoris peti nolo.* Si qui ante uxorem, fratris liberi moriantur, horum heredes partem defuncti capient, quia dies statim cessit, cum legatum sit purum, diesque petitioni duntaxat adjecta sit. Quod Thomasius excipiebat, solutionem sive præstationem ipsi quoque Legato vel fideicommisso adjici posse, verum est: Idcirco alterum distinctionis nostræ membrum, *quando dies petitioni, non ipsi legato adjicitur*, supponit duas positiones saltem implicite, *Do lego centum; quos accipiet, quos præstari volo, quando, &c.* Si vero uno verborum contextu, tempus recipiens interpretationem conditionalem, sit adjectum ipsi Legato, non dubitamus, quin dies cedens sit demum post tempus elapsum. Exemplum; Testator uxori suæ bona quæsita tempore matrimonii legaverat, & post mortem uxoris ex iisdem acquæstibus Titiæ Fideicommissum *quadringentorum* reliquerat. Titia ante uxorem mortua, heres ejus petebat quadringentos; Sed repulsus est, quia tempus *post mortem uxoris* ipsi fideicommisso adjectum erat, ut judicatum apud Curiam nostram, in causa *Alberti Gualteri, contra Trijntiam Friesma. 27. Octobr. 1637.* referente Nauta *Decis. Ms. 51.*

N. ADDIT.

Hic I. Scholium nostrum integrum est ponendum, quoniam quæ in eo sequuntur, Autor postea n. 4. *carpere voluit. Ita vero continuaveram: Mens Javoleni in* d. l. 46. *clara est: Saturninus instituit Maximum, ut Oceano,* cum ad annos sedecim perveniisset, *hereditatem restitueret. Finge Oceanum perventurum esse ad annos sedecim Calendis Jan. anni 87. Oceanus moritur antequam annos sedecim impleret, & v. g. ann. 82. Quærebatur, an Maximus retinere posset hereditatem, an eam Senecæ, heredi Oceani, restituere cogeretur? Respondet Javolenus pro Seneca,* quoniam, *dicit,* dies fideicommissi vivo Oceano cessit, scilicet, si prorogando tempus solutionis, tutelam magis heredi fiduciario permisisse, quam incertum diem fideicommissi constituisse videatur, *hoc est, idem*

in

in hoc casu præsumitur, ac si testator jussisset hereditatem restituere Calendis Januariis anni 87. *quod fideicommissum in diem est, cujus dies statim cedit post mortem testatoris: Sed quia tamen revera dies in verbis prolatis,* cum ad annos sedecim pervenerit, *incertus sit ratione existentiæ, & adeo pro fideicommisso conditionali quoque, cujus dies cedit demum existente conditione, haberi possit, omnino intentio testatoris ex conjecturis aliis elicienda est. Quod vero Javolenus magis* pro die, *quam* conditione *definiverit, inde esse puto, quod testamento dictum fuerit, CUM; non, SI* ad annos sedecim pervenisset; *Uti enim particula, Si, regulariter conditionem, ita CUM regulariter & principaliter diem denotat. vide Strauch.* Partic. Jur. *voce,* Cum & si. *II. Si Autor pro distinctione sua declaranda, allegasset* l. 5. C. h. t. *ut nunc in præcedentibus fecit, habuissem quæ ulterius opposuissem. Jam vero legem istam divinare non poteram. III. Quæ ad explicationem meam* d. l. 46. *excipit Autor* n. 4. *minus accurata sunt, cum me non attente inspexisse legem arguit, quia* d. l. 46. *non commemoret particulam* Si. *Vellem scire, qua attentione Autor mea verba inspexerit, (Javolenum ita respondisse, quia in testamento particula CUM adhibita fuerit, non vero particula SI.) Ego nusquam dixi, quod in* d. l. 46. *extet particula* Si. *IV. Jam quidem in responsione, ponendo casus satis perspicuo, mentem suam ab obscuritate liberavit Autor, nondum vero probavit, sententiam suam ex Arte Juris certam esse. Graves enim hic occurrunt & indissolubiles, ut mihi videtur, antinomiæ. Alii enim JCti amplexi sunt in his & similibus quæstionibus distinctionem Autoris; alii contra distinctionem inter particulas* cum *&* si, *secundum quam exposid legem Javoleni. Attende Lector. Ita Ulpianus dicit* l. 49. pr. § 1. & 2. de leg. 1. Si cui legetur, cum quatuordecim annorum erit, certo jure utimur, ut tunc sit quatuordecim annorum, cum impleverit, & ita Imperatorem decrevisse, Marcellus scripsit. Ergo cum esset sic relictum, cum ad quartum decimum annum perveniset: annua, bima, trima die; & decem & septem annorum mortis tempore inveniatur; præsens legatum erit. Proinde si quindecim annorum, consequenter dicemus, post biennium deberi; si sedecim, post annum debetur; si menses desint ad septimum decimum annum, residuis mensibus debetur. Hæc ita, si putans minorem esse quatuordecim annorum, cum jam excessisset, sic legavit: si vero scit, triennium ad legati præstationem ex die testamenti facti numerabimus. Hoc autem legatum & conditionale est, & in diem. Conditionale tamdiu, quamdiu quartus decimus annus sit completus, postea in diem. *Hic Ulpianus rejicit distinctionem Javoleni inter particulam CUM & SI, & legatum conditionale etiam pronuntiat, ubi particula* cum *fuit adhibita. Rursus Javolenus alio loco in* l. 40. § 2. de condit. & demonstr. Quidam Titio centum legaverat, deinde infra ita jusserat, quas pecunias cuique legavi, eas heres meus, si mater mea moritur, dato. mortuo patrefamilias Titius vixerat, & viva matrefamilias decesserat: mortua matre, heredibus Titii legatum deberi, Ofilius respondit, quoniam non sub conditione esset legatum, sed ante legatum pure, deinde dies solvendi adjecta. videamus, (inquit Labeo,) ne id falsum sit, quia nihil interfit, utrum ita scribatur: Quas pecunias cuique legavi, eas heres meus, si mater mea moritur, dato; an ita: nisi mater mea moritur, nec dato, utrobique enim sub conditione vel datum, vel ademptum esset legatum. Labeonis responsum probo. *Hic Javolenus ex fundamento suæ distinctionis legatum conditionale dicit, quia videlicet particula* Si *fuit adhibita, & diserte cum Labeone distinctionem Autoris ab aliis JCtis propositam, rejicit. Denique Imperator Alexander in* d. l. 5. C. quando dies legat. Ex his verbis, Do lego Æliæ Severinæ filiæ meæ & secundæ, decem, quæ legata accipere debebit, cum ad legitimum statum pervenerit: non conditio fideicommisso vel legato inferta, sed petitio in tempus legitimæ ætatis dilata videtur. Et ideo si Ælia Severina filia testatoris, cui legatum relictum est, die legati cedente, vita functa est: ad heredem suum actionem transmisit, scilicet ut eo tempore solutio fiat, quo Severina, si rebus humanis subtracta non fuisset, vicesimum quintum annum ætatis implesset. Non cœptum enim annum, sed impletum, si de emolumento relicti fideicommissi tractetur, expectandum esse Jurisprudentibus placuit. *Hic quidem Imperator definit casum distinctione Autoris adhibita, sed non rejicit distinctionem Javoleni, neque enim rejicere poterat, cum Javolenus in hoc casu idem respondisset, quia particula* cum *erat hic adhibita, adeoque etiam cum hic casus secundum utramque JCtorum olim dissentientium distinctionem, eandem decisionem admittat, non dicere etiam poteris, quod Javoleni sententia in Pandectis relata per legem hanc Codicis abrogetur. Ergo apparet, sententiam*

tiam Autoris nondum ita certam esse, ut arbitratur, sed fluctuat adhuc inter antinomias. Scio equidem, quod Dd. studeant in conciliandis hisce contradictionibus, vide Eckolt. ad ff. tit. quando dies legat. & Wissenb. ad d. l. 5. Cod. *Sed mihi tamen, quascunque distinctiones afferant, certum est, eas non quadrare ad has tres leges in harmoniam redigendas.*

4. Proinde standum videtur hac regula: Quando tempus adjectum est ipsi Fideicommisso recta positione, dies cedit demum post tempus: Sed quando Legatum per se consistit, & dies petitioni vel præstationi adhibetur, etsi dies incertus sit, tamen in continenti cedit: sub exceptione, nisi aliud suadeant conjecturæ prægnantes; qualis est, si Pater extraneum heredem fiduciarium instituerit, eumque rogaverit, ut *filio suo, cum ad annos tot pervenisset, hereditatem restitueret,* qualis species est *in d. l. 46. ad SC. Trebell.* ubi Sejus Saturninus, archigubernus classis Britannicæ, Valerium Maximum trierarchum heredem instituit, a quo petiit Testator, ut filio suo Sejo Oceano, cum ad annos XVI. pervenisset, hereditatem restitueret. Mens Saturnini Patris hæc fuisse videtur, ut Valerius Maximus bona tanquam Tutor, filio custodiret usque ad annum XVI, non ut heres statim cum effectu esset, & filius demum in diem incertum, ac ita sub conditione; idque conjectura paternæ pietatis; nisi aliter e verbis testamenti colligi posset, ut Javolenus *in fin. d. l. 46.* indicat: Consequenter ut hereditas Saturnini ne maneret penes Maximum trierarchum, sed transiret ad heredes Oceani ab intestato. Thomasius *ad d. posit. nostram 19. de fideicommiss. hered.* Quod *autem Javolenus,* inquit, *magis pro die quam conditione definiverit, inde esse puto, quod in testamento dictum fuerit* CUM *non* SI *ad annos sedecim pervenisset. Ut enim particula* SI *regulariter conditionem, ita* CUM *regulariter & principaliter diem denotat.* Minus attente Scholiastes, *ibi;* Nam *d. lex 46.* non commemorat, particulam SI, in testamento fuisse; bis To CUM exprimit, nec aliter usquam; Rationem duntaxat, quod Tutor potius ut custos, quam heres considerandus sit, per SI, adjicit; ut significet, rem aliter se habere posse, si diserte Testator extraneum tantisper heredem verum esse voluerit.

Potest etiam e verbis testamenti conjectura in eam partem colligi, quomodo in hac specie existimavi. Sempronia instituerat heredes pauperes, sive diaconos Ecclesiæ Franeckeranæ, sed Legatis pluribus suos propinquos adsperserat, omnibus puris; Unum ita reliquerat: *Itiæ Stephani filiæ, degenti Maccumii, do lego florenos tot, cum erit annos nata viginti quinque, & heres meus scriptus pecuniam legatam tamdiu custodiet, donec, ut dictum, nata erit annos XXV.* Itia Stephani filia mortua est, cum explesset annos viginti quatuor & sex menses, adeoque *priusquam præfinitum tempus ætatis implerat.* Respondi, diem Legati, viva Itia cessisse; quia prorogando tempus solutionis, *Custodiam* magis heredi permitteret, quam incertum diem Legato adjecisse videretur, ac ita Legatum ab heredibus legitimis Itiæ Stephani filiæ, recte peti. Res accidit mense *Majo 1689.* Sic regulæ juris circa voluntates hominum, infinitæ varietatis capaces, difficulter ita, ut nulli exceptioni sint obnoxiæ, componi possunt.

TIT. III.

Ut Legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur.

I. Qualis hæc sit cautio. II. Aquibus præstetur. III. Aliquando etiam in hereditate fideicommissaria locum ei esse. IV. Cujus, quibus cessit hæc cautio.

Heres cavere debet datis fidejussoribus, * se legata præstiturum, ubi dies adjecta venerit, & conditio exstiterit, *l. 1. & pass. h. t.* qualis cautio in omnibus b. f. judiciis, ex causa exigi potest. *l. 41. de jud.* quin & in puris legatis, si qua mora intercesserit, sæpe præstatur, *l. 15. pr. h.*

2. Debet ab omnibus præstari heredibus, etsi locupletissimis, *l. 1. §. 1. h.* Pater tamen filio non nisi per hypothecam cavet, *l. 7. h. t.* quæ levior est quam satisdatio per fidejussorem. *l. 17. §. ult. de Test. tut.*** junct. *l. pen. §. 1. de Sign.*

3. Præstatur ante litem contest. quia prætoria

* Quid si fidejussoribus non idoneis cautum est, an rursus cavendum petente legatario? Hoc suæ facilitati impensum feret, nisi plane nova, id est post cautionem nata causa allegetur. *l. 3. §. 1. l. 4. Ut in possessionem legat. vel fideicomm. servand.*

** Est in *l. 17.* de contumelia satisdationis, cujus ratio hic inprimis est evidens, durum videri patrem adigi, ut imploret alienam fidem, quam apud filium haud invenire potest.

est,

est, *l. 1. § 9. h.* cui non obst. *l. 5. § 1. h.* quæ de judicio appellationis loquitur, hoc sensu; In prima instantia fuit omissa cautio, quæritur, an in judicio appellationis exigi possit. Ratio dubitandi, quia litis contestatione simpliciter facta, huic cautioni renunciatum videtur, *l. 1. § 9. h.* Sed verum est, tamen in judicio appellationis, post sententiam, recte peti cautionem, perinde *ac ante sententiam* peti potuisset; scilicet, ante litem contestatam.

4. Agitur passim de legatis & fideicommissis singularibus. An eadem cavendi necessitas non habet locum in hereditate fideicommissaria? Non est dubium, *l. 14. in pr. h. t.* Paulus *t. sent. tit. pr. ubi* Cujacius. Atque in his longe majorem habet usum, quam in rebus certis.

5. Sunt casus, quibus hæc cautio cessat. 1. Is quem diximus, Si quis omissa cautione litem contestatus sit. 2. Si Testator eam exigi prohibuerit, *l. 1. pit. sequ.* 3. Si ab ipso Legatario remissa sit, *l. 46. de Pact.* 4. Si Fiscus aut Respubl. sit heres, & rogati sint, res certas vel *hereditatem restituere, l. 1. § 18. & l. 6. § 1. h.*

Cessat 5. in fideicommisso, quo Parentes suos liberos reciproce jusserunt bona restituere superstitibus, si quis eorum sine liberis decesserit, aut etiam nepotibus testatorum; exceptis duobus casibus, si jusserit caveri, vel si parens conditor fideicommissi ad secundas nuptias transierit, *l. 6. § 1. ad Senatusc. Trebell.*

TIT. IV.

Ut in possessionem Legatorum vel fideicommissorum servandorum causa esse liceat.

I. Missionem hanc esse in omnia bona, non obst. juris si non caveatur. III. Usus tituli. N. 53. *II. Quid hæc possessio tribuat. Quid*

Si non caveatur, quod his diebus usu venit frequentissime, quid fiat, quæritur. Prætor mittit legatarium & fideicommissarium in possessionem omnium rerum hereditariarum, quamvis minima res legata, vel per fideicommissum relicta sit, *l. 13. h. t.* cui non obstat *Nov. 53. c. 4.* ubi missio in possessionem fieri dicitur πρὸς τὸ μέτρον τῆς διαφαινομένης χρέως, secundum mensuram liquidi debiti. Nec enim agitur ibi de hac missione, sed de ea, quæ fit in res eorum, qui se judicio sistere nolunt; præter quod ea verba non tam ad factum missionis in possessionem, quam ad ejus effectum & ad distractionem, referenda sunt, quo sensu ne hæc quidem missio, debitæ rei modum egredi potest. Adde Pacium *Isag. h. t.*

2. Qui missus est in possessionem, solus non possidet; sed pati debet heredem colere agros & fructus redigere, quod si is negligat, missus in possessionem custodire debet, ut neque depereant, neque deteriores fiant, *l. 5. § 22.* verum si fideicommissarius, cui non caveatur ab herede, caveat ipse pro conservatione bonorum, possessio ad illum solum transfertur, ex rescripto Marci Cæsaris in *l. 5. § 1. tit. præced.* Cæterum, si nec ille cavere queat, *tum vel res deponenda vel jurisdictio restituenda erit, d. l. 5. § 1. in fin.* Quid hæc alternativa sibi vult? Sic est; Deponenda *apud virum bonum, ab utraque parte eligendum, qui utiles actiones exerceat*, ut paulo ante Papinianus expoluit in *d. § 1.* vel si de eo conveniri nequeat, redeundum erit ad hoc, quod Prætor in Edicto de missione in possessionem decernit, quod est genus quoddam possessionis quasi per societatem, idque volunt verba, *restituenda jurisdictio.* Cujac. *ad t. Paul. sent. c. 11. a pr.*

3. Hunc titulum non esse in usu hodierno, volunt juris abregati, vel potius abrogandi ut ipsis videtur, auctores Autumnus & Grœnewegius, *hic.* Prior idem de *præced. tit.* adfirmat. Sed *hoc*, ait *ibi* Grœneweg. *de moribus nostris temerarium foret adfirmare.* Forte an nec de præsenti titulo adsentiri liceat. Quanquam modus ille possidendi per custodiam, parum usitatus esse videtur; sed rescriptum Marci, ut fideicommissarius possessionem consequi possit, si caveat, vel, si non caveat, ut res tertio committantur, admodum civile, atque ad usum est idoneum, dignissimæque observationis, eo magis, quia minus ad ejus sententiam vulgo attendi videmus.

LIB. XXXVII.

TIT. I.

De bonorum Poſſeſſionibus.

I. Continuatio. II. Definitio B. Poſſ. & ejus exegeſis. III. Diviſiones.

Faciendum eſt, ut oculos paulisper retro vertamus, quo methodi rationem conſideremus. In libro quinto Judicia ſive actiones diviſæ ſunt, quod ſint in rem vel in perſonam. Actiones in Rem ſunt Univerſales, vel ſingulares. Univerſales, Hereditatis petitio & Quetela Inofficioſi. Hereditatis petitio eſt vel civilis, vel Prætoria. Quas cum expoſuiſſet Digeſtor, transiit ad res ſingulas. Sed principia ſive fontes actionum in Rem, non expoſuit: poſtquam ad actiones in perſonam e contractibus tranſiit, fontes eorum, hoc eſt ipſos contractus, pariter enarravit. Cur tam varie in Pandectis, aut in Edicto perpetuo, difficile dictu eſt: niſi quod actus inter vivos præcedant naturaliter ultimas voluntates. Expoſitis omnibus inter vivos actibus, exceptis verborum obligationibus, quæ omnium rerum acceſſiones erant, hisque abſolutis, ingentem Succeſſionum materiam, qua tractatus actionum præcedentium enormiter interruptus fuiſſet, in *lib. 28.* aggreſſus eſt: tam quod ad hereditates, quam legata. Et quidem usque Librum XXXVI. de ſucceſſione civili actum, quibus fideicommiſſa ſubjunguntur. Hanc Prætoria Succeſſio, quæ nihil eſt aliud quam bonorum poſſeſſio, ſequitur; quemadmodum *lib. 6.* hereditatis petitio poſſeſſoria civilem quoque ſecuta fuit.

2. Definitur Bonorum Poſſeſſio, quod ſit jus perſequendi retinendique patrimonii (ſive rei), quod cujusque cum moritur, fuit, *l. 3. § 2. h.* Ex eo quod dicitur *Jus perſequendi*, latis intelligitur, poſſeſſionem heic longe aliter accipi, quam infra *tit. de Acquir. poſſ.* Nam illic poſſeſſio nihil eſt aliud quam detentio; at heic etiam qui res non detinet, æque habet bonorum poſſeſſionem, ac is qui rebus incumbit. Adeoque in effectu nihil eſt bonorum poſſeſſio, quam hæreditas prætoria, *l. 1. & 2. h. l. 119. & 138. de V. S.* Quæ res comparata cum definitione Bonorum poſſeſſionis heic tradita, confirmat evidentiſſime ſententiam, a nobis expoſitam *ad tit. Inſt. de Reb. corpor. & incorp. n. 2.* ſuper explicatione & intellectu Hereditatis, quatenus hæc a rebus hereditariis diſtinguatur. Non ſine emphaſi dictum eſt in definitione, *patrimonii, ſive rei.* Patrimonium ſignificat univerſas res, quomodo agitur adverſus eum, qui bona cuncta tenet; Rei vox certorum bonorum, licet minimæ rei, detentorem ſignificat, adverſus quem datur etiam poſſeſſoria hereditatis petitio, *l. 9. & ſequ. de hered. pet.* junct. *l. 2. de poſſ. hered. pet.* Clarius bonorum poſſeſſionem ab hereditate, hac definitione discernere poſſis, his aut ſimilibus verbis additis; *Edicto Prætoris, ſupplendi juris civilis cauſa introductum.* Hic enim eſt ſcopus, ut ubi Lex civilis non dat ſucceſſionem, Prætor eam ex æquitate ſuppleat, in gratiam illorum, qui licet ſanguine propinqui, ab Lege XII. tabb. negligebantur, in *fin. pr. Inſt. h. t.* Eorum, inquam, gratia, qui Jure civili erant neglecti; nam quibus Lex prohibebat ſucceſſionem, his nec Prætor, qui miniſter legis eſt, eam decernere poterat, *l. 12. § 1. h. t.*

3. Dividitur bonorum poſſeſſio, in Edictalem & Decretalem. Illa, quæ ex edicto certis perſonis de plano datur. Decretalis non tribuit plenum jus, ſed eſt tantum proviſionalis, ut ita loquar, qualis Carboniana bonorum poſſeſſio, de qua *infra.* Decretales ſunt utique etiam ex Edicto, *l. 2. & l. 4. de Carbon. Ed.* ſed inſuper cauſæ cognitionem requirunt, *d. l. 3. § 4. & 8. h. t.* Edictalis tribuit quidem plenum jus, ſed ſub conditione, ſi non alius potiori jure ſupervenerit, quo caſu bon. poſſeſſio ſit ſine re & ſine effectu, niſi tempus elapſum ſit, intra quod bonorum poſſeſſio agnoſci debet, *d. l. 3. § 4. l. 2. pr. de bon. poſſ. ſec. tabb.* Dividuntur etiam bon. poſſeſſiones, in ordinarias & extraordinarias. Hæ bifariam explicantur. Primo ordinaria eſt, quæ ex Edicto venit; extraordinaria, quæ ex novis Legibus, prout quæque res incidit, extra ordinem datur, *§ 3. & 4. verſ. ſeptima. Inſt. h. t.* Rurſus ordinaria eſt, quæ aliter Edictalis, Extraordinaria, quæ fit cum cauſæ cognitione, *l. 3. § ult. de Carbon. Ed. l. 5. § 3. de Legat. præſt. l. 1. § 4. Unde Liberi.* Pleræque ſequentibus titulis expoſitæ, ſunt Edictales. D. Wiſſenbach. *ad h. t. th. 5.*

SCHO-

SCHOLIUM.

Ergo Extraordinaria in hoc posteriori significatu, & Decretalis sunt synonyma; (ut in posit. 11.) *sed in priori significatu est subspecies Edictalis.* vid. ad Inst. h. t.

Tit. II.

Si tabulæ testamenti extabunt.

Edictalis sive ordinaria bon. possessio, datur vel testato, quando testamentum jure conditum est, vel ab intestato, quando nullum testamentum jure factum exstat.

2. Ad eas, quæ testamento condito dantur, requiritur præcipue, ut tabulæ tempore mortis extiterint, *l. un. h.* unde ad nuncupativa testamenta non pertinent hæ bon. possessiones, proprie & instituto primævo, sed tamen postea ad illas quoque translatæ sunt, *l. 5. § ult. de bon. poss. sec. tab.* Cæterum, quæ testato dantur, sunt vel contra, vel secundum *Tabulas*, ut *infra*.

Tit. III.

De Bon. poss. furioso, infanti &c.

Qui sub Curatoribus sunt, petunt per hos bon. possessionem, sic tamen, ut eorum negligentia non præjudicet infantibus, furiosis &c. licet aliter sit scriptum in *l. 7. § ult. de bon. poss.* si modo recte ibi sit scriptum, vel nisi de præjudicio tutoris aut patris hoc tantum intelligatur. D. Wissenbachius *ad tit. praced. th. 7.*

Tit. IV.

De bon. poss. contra tabb.

Contra tabulas, Bon. possessio proprie datur liberis emancipatis præteritis, *l. 1. § 6.* sed usus ejus more fori Rom. extenditur ad Suos, *l. 12 § 1. h.* quin & interdum ad institutos: nempe, si unus liberorum sit præteritus, *l. 3. § 11. & l. 10. § ult. h.*

2. Est quidem ipso jure nullum id testamentum, in quo filius fam. est præteritus, *l. 1. de injust. rupt. testam.* sed a Prætore nullitas illa non attenditur, quo minus tabulæ hactenus agnoscat, ut adversus eas det bonorum possessionem contra tabulas, § 12. *Inst. de hered. quæ ab intest.* Vigl. *in pr. Inst. de liber. hered. instit. n. 4.*

Tit. V.

De Legatis præstandis contra Tab. Bon. possessione petita.

Legata tamen per hanc possessionem evertuntur, exceptis iis, quæ debentur parentibus & liberis, item uxori & nurui doris nomine, *l. 1. h. t. l. 1. C. eod.* fratres & sorores hic non continentur, *l. 3. § 1. h.* Suus tamen præteritus hoc utens remedio, nulla legata præstat, quia Prætor applicando ei suum remedium, conditionem ejus deteriorem facere non vult, quam jure civili erat futurâ, *l. 15. pr. h.*

2. Cum autem bonorum possessio contra tabulas, ne jure quidem novo sit abrogata, sed emancipatis præteritis nec hodie aliud remedium detur, sequitur, huic titulo adhuc usum manere suum. Pac. *h.* Dissent. Thomasius.

SCHOLIUM.

Cur non datur aliud remedium? Sive enim Autoris hypothesin foveas, dabitur querela inofficiosi, sive nostram, erit remedium nullitatis, per ea, quæ sæpius supr. ad tit. Inst. de exhered. lib. tit. ff. de lib. & post. tit. Inst. de inoff. test.

RESPONSIO.

Imo vero demonstratum est sæpius a nobis prædictis locis, discrimen inter suos & emancipatos, quod attinet ad successionem testamentariam. Demonstratum quoque, Novellam CXV. agere de Querela inofficiosi Testamenti, quæ datur exheredatis & præteritis, qui pro exheredatis habentur: quales non sunt filii præteriti a patre nec sui nec emancipati. Planeque ita dicendum sit, ut Præteritis Suis datur Querela nullitatis, non testamenti inofficiosi, ita emancipatis non dari aliud remedium quam vetus prætorium, quod est bonorum pos-

ſeſſio contra tabulas. Etſi moribus hodiernis verum eſt, Bonorum poſſeſſionis Prætoriæ nullum a civilibus remediis uſum ſupereſſe diverſum, quemadmodum ad Tit. de liber. & poſth. her. inſt. vel exh. *demonſtravimus.*

N. ADDIT.

Omiſit Autor ſcholium præcedens, ex quo ſenſum capit ſcholium hic impreſſum. Ad id enim, quod dixerat Autor, emancipatis præteritis hodie non dari aliud remedium, addideram, imo dari aliud per Nov. 115. *ubi expreſſe dicitur, quod jure novo nec liceat emancipatos præterire aut exheredare, ſine appoſitione alicujus ex cauſis ibi recenſitis. Jam ad ea, quæ Autor hic reſpondet, facile excipi poteſt, quod etſi jam a doctrina ſua de querela inofficioſi, tam acriter, ſuperius citatis locis deſenſa, quoad ſuos præteritos recedat, tamen falſum ſit, quod aſſerit, emancipatis præteritis non dari aliud remedium quam vetus prætorium. Cur enim non daretur etiam* ex d. Nov. 115. *querela nullitatis?*

TIT. VI.
De Collatione.

I. Continuatio, & definitio Collationis. II. Ratio conferendi jure antiquo. III. Jure recentiori, poſt adventitia paternæ acquiſitioni ſubtracta, nihil conferri, quam quod e ſubſtantia parentis profectum eſt. IV. Exceptiones ab iſta regula. V. A quibus fiat collatio. VI. Quo modo fiat.

Si quis hiſtoriæ juris antiqui ignarus, & uſus practici, quem habet hæc Rubrica, conſcius, hanc inſcriptionem videat inter capita juris antiquata, ſolo quaſi loco deſtitutam, miretur, qui factum ſit merito, ut non potius de Collatione apud titulum de Familia erciſcunda, vel poſt doctrinam de Acquirenda Hereditate ſit actum, quam medio inter bonorum poſſeſſiones loco. Hujus rei ratio cum ſit hiſtorica, doctrinam Tituli, ſecundum ordinem temporis exponemus, præmiſſa definitione; quæ ſic eſt nobis. COLLATIO eſt, *Qua liberi a parentibus vivis ſegregati, in diviſione hereditatis communicant cum cæteris bona, quæ alioqui parentum fuiſſent.* Segregatio ſit vel per emancipationem, vel ſine ea, per ſeparatam habitationem, aut negociationem, quotiescunque liberi ſeparatas a Parentibus rationes habere cœperunt.

2. Conſideremus primo emancipationem. Pone exemplum juris antiqui; Pater habens tres liberos, unum ex iliis emancipavit. Omnes interim auctı ſunt hereditatibus aliisve lucris notabilibus. Liberi in poteſtate retenti, omnia Patribus acquiſiverunt; Emancipati cuncta ſibi, ut notum ex *tit. Inſt. Per quas perſonas cuique acquir.* Proinde emancipati partem ferebant eorum, quæ Sui parentibus acquiſiverant, Sui nihil de his, quæ acquiſita fuerant ab emancipatis. Hoc erat iniquum; Ait igitur Prætor, *Si velitis eſſe participes omnium bonorum paternorum, ut per Edictum meum vobis licet,* conferte in medium, quæ a vobis interim quæſita ſunt, & quæ Patrum fuiſſent, ſi in poteſtate manſiſſetis; nihil eſt æquius, ut liquet. Hoc autem ad emancipatos cum ſuis comparatos pertinet, non ad Suos, nec ad emancipatos inter ſeſe, ut apparet *l. 1. § 24. h. t.* Bona caſtrenſia & quaſi-caſtrenſia quoque non conferebantur, quia Patri acquiſita non fuiſſent, etſi maxime liberi in poteſtate manſiſſent, *l. 52. § 4. Pro ſoc. l. ult. C. h. t. arg. l. 1. § 19. in fin. h. t.* Nec ea bona, quæ poſt mortem Patris demum acquiſita ſunt, ut Legata liberis a parentibus relicta, vel ab extraneis, qui Parentes heredes inſtitutos, juſſerunt filiis præſtare fideicommiſſum poſt mortem vel cum morientur; quia cum ipſi hoc tum præſtare debeant, non eſt id, ſub tempus mortis, ipſorum, *d. l. 1. § 19.* Si vero aliter filio Legatum relinquatur, cum Pater morietur, hoc venit in Collationem, quia cum moritur Pater, ipſe hoc per filium acquirit, *d. l. 1. § 18.* quatenus moriendi momentum vitæ tribuitur, *l. 18. § 1. de Manumiſſ. teſtam.*

3. Hactenus jure veteri, quo non tantum profecta ex rebus Paternis, ſed & adventitia Patris erant propria, ſi liberi in poteſtate manerent; quæ proinde ab emancipatis conferebantur. Poſtquam adventitia bona paternæ acquiſitioni ſubtracta ſunt, quod intelleximus e § 1. *Inſt. per quas perſon. cuique acquir.* conſequens fuit, eadem amplius non conferri ab emancipatis; quoniam ex illis nulla contra Suos, qui nec ipſi adventitia Patribus acquirunt, oritur inæqualitas, *l. ult. C. h. t.* Tu dices; Sui tamen præſtant uſumfructum Patribus ſuis; hunc vero emancipati retinue-

tinuerint. An igitur usumfructum emancipati conferunt, vel si non conferant, an inde non oritur inæqualitas? Conferri, nusquam legitur ususfructus; ideoque cum alimentis, quæ Liberi a patre non segregati percepere, secus ac emancipati, compensantur, & si forte reditus longe pluris sint quam alimenta, cum res & aliter se habere possit, hæc inæqualitas ad hypothesin redigi non potest: Vinn. *de Coll. c. 11. in fin.* Christin. *vol. 1. Dec. 178. n. 1.* Quin eo res tandem redacta est, ut nihil conferatur, quam quod e substantia Parentis, cui succeditur, est profectum, *l. 17. C. h. t.* Hoc enim solum facit inæqualitatem, si non redeat in sinum hereditatis. Unde statuendum videtur, ne profecticia quidem in omni sua latitudine conferri. Nam quicquid occasione peculii profecticii acquiritur, etsi bona fortuna industriaque filii sit auctum, id est profecticium; etsi totum perierit & rursus multo sit auctius, id tamen est peculium, quod eo quoque tempore existit, § *1. d. tit. Inst. l. 32.* § 1. *de Pecul.* Atqui in collationem venit id tantum, quod e paterna substantia ipso actu profectum est, *d. l. 17. C. h.* Proinde ne pro parte quidem dimidia conferendum videtur, etsi ita voluerit Bartolus in *l. 6. C. de Bon. quæ lib.* quem sequitur Fachin. *5. controv. 83.* Bachov. *ad disp. Tr. de collat. th. 6.* Vinnius *tract. de Collat. c. 14. a pr.* Non utemur rationibus, quas Vinnius vocat ineptas *d. cap. n. 3.* sed hac sola, quod ratio, quæ vult totum vel partem lucri a profecticio peculio quæsiti conferendam, parit inæqualitatem inter liberos, qua nihil collationi magis adversum est. Filius industrius de suo labore conferet in desidem; Emancipatus de lucro eorum, quæ ipse a parentibus accepit, nihil conferet; quia nihil inde Patri quæritur. Et tamen lucra ex labore Suorum participabit? hæc iniqua & a præsumpta Patris voluntate, ideoque etiam a conferendi jure aliena sunt. Nec dubium esse putem, quin ita moribus servetur, ut tantum liberi, seu Sui sive emancipati, conferant, *quod de substantia patris ad singulos profectum & erogatum est:* secundum sententiam Imolæ & Alexandri, quos refert & sequitur Nemæus. *Quæst. 21.*

4. Neque tamen hæc ipsa regula caret exceptionibus: I. Quod liberis est prælegatum ab ipsis parentibus, id non confertur, ut demonstratum est ex *l. 1. § 7. & 19. h. t.* II. Donatio simplex a parente facta liberis, quia tam pater, quam mater, aliique adscendentes, aliquid uni e liberis *absolute* donantes, satis indicant, id se nolle conferri, quia tum non esset donatio vel liberalitas adversus illos solos, quibus donarunt, *l. 18. C. Famil. erciscæ.* Excipitur casus non infrequens, si Parentes quibusdam e liberis donationem propter nuptias vel dotem dederint, uni vero, qui se a Parentibus non segregaverit, tantundem fere donaverint simpliciter, cum reliqui dotes suas donationesque propter nuptias deinde conferunt, æquitatis ratio dictat, hanc quoque simplicem donationem, quæ ad æquandam ejus rationem cum cæteris liberis est facta, conferri debere, *l. pen. § 1. C. h. t.* quæ exceptio firmat Regulam in cæteris. Huic tamen thesi graviter obstat lex *13. C. h. t.* ad quam varias responsiones proponit D. Wissenb. *ad h. tit. th. 12.* & præfert Cujacianam, quæ vult ab intestato liberos conferre donationem, non si e testamento succedatur, *3. Obs. 30.* Sed hæc distinctio absorbet regulam. Tempore enim Diocletiani & Maximiani, qui sunt auctores *d. l. 13.* collatio non fiebat e testamento, nisi Testator eam fieri præcepisset, *l. 1. § 7. h. l. 10. C. h. t.* Ergo si donatio conferatur ab intestato, regula est, *eam conferri;* quia Collatio per se non habebat locum nisi ab intestato, eo, inquam, tempore *d. l. 13.* Quid si hoc modo? Primo quidem de liberis non suis manet regula; donationem non conferri, quam adstruximus. Lex 13. sic ait: *Si fundus tibi filiæfamilias constitutæ a Patre donatus est, cum sorore Patri communi succedens eum præcipuum habere contra jura postulas.* Filiafamilias igitur donationem conferre cogitur, non liberi extra patriam potestatem constituti. Quid ita? quia donatio facta filiofam. est invalida propter vinculum patriæ potestatis, *l. 1. § 1. D. Pro donato.* Proinde non videtur e bonis paternis alienata res, sed conferenda. Solet quidem dici, morte Patris convalescere donationem, ex *l. ult. C. de donat. int. Vir. & Ux.* Sed hoc usque eo valere, ut etiam collatio prohiberetur, necesse dictu non fuit. Hodie sane quicquid *d. l. 13.* sit statuendum, non dubitabimus, quin donatio generaliter se extra collationem posita, excepto casu *d. l. pen. § 1.* quæ in aliis casibus non conferri donationem, tradit atque supponit. Adde super hoc quæsito Vinnium *de Coll. c. 25.*

III. Regula cessat in iis, quæ Parens dignitatis acquirendæ causa filio donavit, *l. 1. § 16. h. t.* quatenus hoc non incidit in nundinationem dignitatum Legibus prohibitam, quæ collationis honore minime digna haberi potest. Imo de omnibus militiis sive muneribus, quorum venditio publice permis-

permissa est, videtur dicendum, in iis non cessare collationem, per *l. pen. in pr. C. h. t.* ubi non confertur ipsum pretium, sed lucrum e tali militia usque ad mortem parentis perceptum. Quid videtur de moribus hodiernis, quatenus multæ dignitates apud plures populos venales habentur, ut non modo de Gallia, sed etiam de pluribus aliis populis constat? Puto non erraturum, qui sic statuat: Liberos, pro quibus Parentes emerunt officia, conferre debere, vel pretium, quod Parentes expenderunt, vel lucrum, quod ex illis officiis redactum est, deducto pro ipsis operæ suæ pretio, *per d. l. pen. in pr.* Verum quod honoris causa pro dignitate filii, non ut pretium dignitatis erogatum est, non videtur esse conferendum, *d. l. 1. § 16. h.*

IV. Exceptio est in his, quæ parentes liberis suis studiorum causa prorogarunt *, nisi constet, eos animum habuisse credendi, *l. 50. D. Famil. ercisc.* de quo si non constat ex aliquo facto, filii hoc habent præcipuum, etsi res aliquando sit durioribus circumstantiis. Mater quædam, inscio marito, sumserat mutuo duo millia florenorum, quæ filio peregre agenti subministraverat, ut studia absolveret honoresque doctorales caperet. Hæc obligatio, forte soluta, reperta erat in matris hereditate, quam reliqui liberi filio isti, a quo consumpta erat pecunia, in diminutionem suæ portionis offerebant. Sed frustra, cum aliud nullum maternæ voluntatis argumentum existeret, isque ad privilegium *d. l. 50.* provocaret. Cujusmodi autem argumenta illa esse oporteat, petendum ex *l. 34. de Negot. gest. & l. 15. C. eod.* Quid si mortuo Patre, fratres, quorum unus erat studiis initiatus, in paternorum bonorum communione perseveraverint, an sumptus in consummationem studiorum erogati, in Communionem imputandi? Adfirmat D. Wissenbach. *h. t. th. 14. arg. l. 52. § ult. & l. 59. § ult. pro soc.* Illi quidem textus vitio citati videntur. Tu dic, si Liberi expresse universalem societatem contraxerint, quod vix unquam fit, vera potest esse Wissenbachii sententia, per *l. 72. § 1. pro Soc.* verum si Liberi bona parentum indivisa possederint, cum nulla sit inter eos societas, verum singuli suas in hereditate portiones habeant, certum est, singulos onera quoque sua ferre debere; nec aliter in usu hominum rationibusque Curatorum, qui plurium pupillorum ejusdem patrimonii Curam administrant, *omni die servatur.* De libris studiorum causa emptis filio, non est recedendum a sententia *l. 50.* nisi majoris pretii bibliotheca sit collecta, quæ cum pecuniariam recipiat æstimationem, quod de acquisitione doctrinæ secus est, non liquet ratio, cur illa, quatenus superest, conferenda non sit, ut recte Bursus ad *d. l. 50.* & Gudelin 2. *de jur. noviss. c. 19.* De militibus idem quod de studiosis obtinere, non dubitatur, *l. 4. C. Famil. ercisc. l. 11. de Castr. pecul. & l. 1. C. eod.* quod de artibus mechanicis nusquam proditum est, vid. *l. ult. C. de Inoff. testam.* Verum tamen in his etiam mechanicis non quidem meritum causæ, sed præsumpta parentum voluntas efficiet, ut ne modicæ impensæ producendis liberis factæ, illis imputentur neque conferantur, *arg. d. l. 34. de Negot. gest.* ubi de Alimentis, circa quæ sæpe etiam quæritur, an sint conferenda, si quidam e liberis diutius alti fuerint e bonis parentis quam alii. Si factum hoc sit, postquam a parentibus fuerant segregati, collatio videtur habere locum, nisi causæ prægnantes pietatis & miserationis appareant: Secus, si ante segregationem hac parte quædam arguatur disparitas. Plerumque enim liberi vel suis operis victum merent, vel Parentis voluntas a credendi animo & repetendis impensis aliena est. Quibus in rebus opus est prudentia judicis arbitrioque & æquitatis moderatione, secundum *d. l. 34.* Limitationes alias vide apud Fachinæum *lib. 5. contr. c. 73.* Denique, sumptus nuptiales, item vestes, mundus muliebris, inaures, armillæ, aliaque ornamenta solent extra collationis Legem haberi, nisi pater aliud dixerit, ut sæpius usu venit; adde is, etiam nisi magni sint pretii, præ-

* Etiam apud nos studiorum sumtus hoc privilegio fruuntur, quod confirmavit *Dec. Ll. 50.* sive pater sive mater eas suppeditaverit. Carpz. *P. 3. C. 8. def. 17.* nisi (1) Pater aliud voluerit, quod ex sola consignatione in libello facta, colligi nequit. *d. Dec* Philipp. *ad eand. Obs. 3.* Linckelth. *obs. 11. n. 6. seqq.* Richt. *ad Auth. habita. priv. 6. n. 9.* Diss. Carpz. *P. 3. C. 11. def. 20.* j Hartm. Pist. *l. 1. qu. 19. n. 5.* Struv. *S. J. C. Ex. 37. th. 28.* (2) male sint consumti, *d. Dec. § f.* (3) tanti sint, ut reliqui liberi legitimam non habeant salvam, *d. Dec.* Hart. Pist. *l. 1. qu. 19. n. 14.* (4) bona adventitia filii pater administraverit, cum sic ex filii potius bonis, quam ex suis, sumtus studiorum suppeditasse censeatur, secundum sententiam Carpz. *P. 3. C. 11. d. 19.* Philipp. *ad d. Dec. Obs. 2.* j. Carpz. *l. 8. Resp. 71.*

sertim

sertim si adhuc supersint. Vide Gailium *2. obs. 91. num. 2.* Tulden. ad *h. t. C. n. 10.* Perez. *ibid. n. 16.* Gudelin. *d. cap. 19.* Denique, pecuniam pro liberis ab hostibus redimendis expensam non conferri, vult ratio æquitatis & miserationis, *l. 7. C. de postlim. rev.*

5. Sequitur articulus, Qui conferant; in quo varietatem esse magnam juris antiqui & novi, ex superioribus intelligi potuit. Olim enim soli emancipati conferebant Suis, quoniam illi soli his faciebant injuriam; Sui inter se non habebant collationis materiam, quia profectitia & adventitia cuncta Patri communi quæsita, erant in hereditate, Castrensia vero & quasi-non suberant collationi. Nec inter emancipatos fiebat, etsi acquisitiones illorum fuissent inæquales; Hoc enim quisque sine alterius injuria, cum ad hereditatem Patris nullo modo pertineret, retinebat: vide sis *l. 1. pr. & § 5. l. 2. § 5. & l. 10. h. t. l. 15. C. h. t.* Sed postquam sola conferri cœperunt ea, quæ ex hereditate communi profecta sunt, exceptis iis, quæ diximus, res loquitur, jam nihil interesse suus, an emancipatus sit, qui auctus est ex bonis defuncti, verum omnes liberos parentibus utriusque sexus succedentes, inter se conferre, quod e defuncti bonis perceperunt; olim, ut dictum ab intestato tantum; hodie quoque, ni prohibitum sit, testamento facto, *d. l. 17. C. h. Nov. 18. c. 6. Auth. Ex testamento. C. h. t.* Proinde etiam ubi diverso jure succeditur, qua de re olim varie dubitatum fuit, ut ex jure veteri deduxit Vinnius *d. tract. de Collat. cap. 6.* Sub liberis etiam nepotes & pronepotes continentur, qui non modo descendentibus ejusdem, sed & liberis primi gradus conferre tenentur, scilicet ex persona parentum suorum, quos repræsentant, *l. 17. & l. 19. 20. & Auth. Ex Testam. C. h. t.* junct. *l. 7. h.* idque tametsi non sint heredes suorum Parentum, *argum. l. 149. & l. 177. de R. J.* Etenim Collatio est onus successionis, qua nepotes admoventur avo aviæque defunctis, quibus jure proprio non tanquam heredes suorum parentum prædefunctorum succedunt; attamen ita ut repræsentent suos parentes pariterque tantum capiant, quantum illi fuissent habituri, consequenter & onus, quod illi tulissent, agnoscere debent, ne plus auferant, quam illi ferre potuissent. Atque ita satis in Foro constanter observatur.

Qua occasione sæpe quæsitum est, an nepotes, qui non sunt heredes suorum Parentum, conferre debeant æs alienum, quod sui Parentes defuncti avo aviæque debebant. Species facti talis est; Titius habens quatuor liberos, singulis dedit dotem donationemve propter nuptias, fere æquales. Sed uni ex illis minus secundos rerum successus habenti dedit aliquot millia mutuo, quorum obligationes in hereditate reperiuntur. Mortuo filio isto æris alieni reo, liberi, nepotes defuncti, repudiata patris hereditate, cum cæteris Avi hereditatem adeunt, & admittuntur, non ut heredes suorum Patrum, sed tamen ut hos repræsentantes. In hereditariam portionem suam adsignantur illis obligationes æris alieni, sive nomina Parentum, quæ recusant: Ajunt, se non esse heredes suorum Parentum, ideoque non cogi agnoscere eorum æs alienum. Replicant cæteri: Non agnoscetis ut heredes, sed tamen ut repræsentantes Parentem vestrum, ne plus habeatis, quam ille accepturus fuisset. Duplicant nepotes; Parens noster suum æs alienum tulisset, non ut hæres jure collationis, sed ut debitor jure obligationis: Prius illud nos tangit, non posterius. Proinde cum æs alienum non sit materia Collationis; nos ad conferendum illud non tenemur. Quod est verum; Confertur enim quod non est in hereditate, sed in bonis coheredis, *l. 6. C. h. t.* Atqui æs alienum est in bonis defuncti creditoris, non ejus qui debet, *l. 49. de V. S.* Avus creditor hoc æs alienum vivus repetere potuit eoque animo credidit, ne post mortem demum conferreretur: Ideoque terminis habilibus collationis in eo non existentibus, nepotes ad collationem teneri non possunt. Ita consulti respondimus atque ita judicatum est.

Prodita autem est *Collatio* tantum in Descendentibus. — Adscendentes & Collaterales nusquam Jure Collationis uti leguntur *. Exempli gratia; Patruus aut Matertera fratris aut sororis liberos relinquit heredes; uni ex illis viva dotem vel donationem propter nuptias dedit. Reliquis nihil dedit. Hi petunt, ut frater aut soror id, quod e defuncti substantia ad illum illamve

* Quoties tamen apud nos Uxor marito succedere cupit, non modo quæ a marito accepit, sed etiam omnia sua bona conferre tenetur. *P. 3. C. 11. 20.* (vid. supr. *P. I. p. 276.*) mediante inventario vel specificatione jurata. Carpz. *ad d. C. def. 9.* Regulariter autem hanc conferendi necessitatem, in uxoribus ex statuto succedentibus deficere, monet id. *l. c. def. 7.* Berlich. *P. 3. Concl. 27. n. 48.*

per-

pervenit, in commune conferant, ut æqualiter partiantur. Quæritur, an teneatur. Non tenetur, sed quod accepit, habet præcipuum; si defunctus aut defuncta secus non præceperit; Collatio legibus nusquam injungitur. Cur minus in Patrui quam in Patris successione? Ratio quærenda videtur in affectione Parentum, qui cum Liberis æqualiter ad alimenta, quorum respectu hereditas debetur, præstanda teneantur, ipsam hereditatem æqualiter illis relinquere voluisse præsumuntur. Cui præsumptioni & æqualitati consentaneum est, ut quod uni præ cæteris antea datum est, id post mortem in commune conferatur. Sed reliqui Testatores, extra Parentes in eo, quod vivi quibusdam heredibus dederunt, promiscuo liberalitatis arbitrio usi videntur, non ut cum cæteris, quibus nihil dedere, conferatur. Atque ita juris & observantiæ indubitatæ est: Quemadmodum etiam, si descendentes cum extraneis succedant, his etiam nihil conferunt, *l. ult. C. Comm. utriusque judic.* Qua in re notandum est ἀπροσδόκητον: Nepotes ex filio pro extraneis haberi posse, quando filius est superstes, quia tunc avus hos instituere vel Legitimam illis relinquere, cum Pater eos præcederet, non cogebatur. Ubi autem Legitima non debetur, ibi nec Collationis esse facultatem, satis exploratum est. Unde regula: *Quæ computantur in Legitimam, etiam ab intestato conferuntur, l. 20. in pr. C. h. t.* Tu vide Sandium *lib. 4. tit. 10. def. un.*

6. Sequitur modus conferendi, qui triplex proditus est, ut vel Re fiat, vel Cautione, vel Remissione. Re, cum res aut pecunia repræsentatur, *l. 1. § 11. h.* Cautione, cum fidejussor, vel pignus datur, *l. 1. § 9.* Remissione, cum is, qui conferre debet, tanto minus ex reliquis bonis capit, *§ 12.* Unde colligitur, non præcise res ipsas, sed rem vel æstimationem conferri. Ab his tribus modis videtur esse diversus modus, quem in tritura forensi usuque hominum fere sequimur; Primo recensentur Facultates & commoda Hereditatis, interque ea pecuniæ, quas singuli heredes conferre debent. Hæ cum cæteris pecuniis in hereditate repertis, vel ex hereditate redactis, cumulantur, atque in Summam rediguntur; cujus singulis portio hereditaria adsignatur; Deinceps in solutionem datur singulis primo, quod conferre debent, *respective*, ut ajunt. Videtur esse modus ille *brevis manus*, ex eo, qui Re & qui remissione fit, quodammodo mixtus. Sed an conferentes etiam ad usuras tenentur? Respondetur, eos teneri, a tempore mortis, vel potius a tempore moræ, quia divisio hereditaria est bonæ fidei, *§ 28. Inst. de Act.* non debentur, a tempore, quo liberi pecunias a vivis parentibus acceperunt; quoniam ante mortem parentis ad collationem non tenebantur, atque ita judicatum in Curia nostra, *inter Egbertum Dominici cum soc. & Antonium atque Johannem Jacobi. 29. Mart. 1642.* Hinc judicandum fuit de tali specie. Cajus & Caja conjuges, quibusdam e liberis suis dederant dotes & donationes propter nuptias. Cajo mortuo, liberi bona Paterna diviserant, sine collatione. Duodecim post annis Caja matre mortua de collatione est actum; Qui nihil acceperant, petebant usuras saltem a morte Patris; Respondi, usuras dimidiæ partis, respectu hereditatis paternæ, currere a tempore divisionis illorum bonorum, quia tum facienda fuisset Collatio, quatenus a Patre facta erat dotatio. Respectu maternæ hereditatis non deberi usuras: *Kalendis Junii 1683.* Quod si paterna bona post obitum matris divisa demum fuerint, usuras plane non currere, dicendum, quia mora tum nulla commissa videtur.

7. Porro collationem recusanti coheredi, jura quoque & actiones hereditarias negari non est dubium, *l. 1. § 13. h.* Quid autem si coheres, qui conferre deberet, contentus sit nihil de rebus aut actionibus hereditatis percipere, sed omnia relinquere suis fratribus & sororibus, qui tantum inde redigere non possunt, quantum alter a vivis parentibus jam pridem accepit, an potest ad conferendum compelli? Sæpe nobis hujusmodi species offeruntur. Parentes bonis temporibus liberis suis natu majoribus dederunt luculentas dotes aut donationes propter nuptias. Deinde coarctatis temporibus & patrimoniis, mortui parum in bonis reliquerunt, ut Liberi juniores parum aut nihil inveniant. Quæritur, an majores natu dotes suasque donationes nuptiales conferre cogantur in medium? Respondendum est, Si Liberi majores hereditatem adierint aut se pro herede gesserint, eos teneri ad conferendum, etsi multo plus sint collaturi, quam denuo percepturi. Tenentur enim tunc ut heredes oneribus hereditariis. Quod si hereditatem repudiaverint, non tenentur; quia collatio est onus & consequentia successionis, *l. 1. C. de Collat.* ubi; *Successionem obtinentes. & l. 16. eod. Patri succedentem. & passim.* in terminis autem in *l. ult. h.* Rursus ex usu facti quæsitum;

Filia

Filia cum genero Patri dans apocham, in ea promiserat, se post mortem Parentis dotem esse collaturam. Juniores liberi, cum post obitum Parentis dimissis creditoribus, nihil esset in medio, sororem natu majorem ex illa promissione conveniebant, ut conferret dotem inter se partiendam. Respondi consultus, eam tamen non videri ad conferendum cogi posse; quia promissio collationis supponit qualitatem heredis; qua deficiente, sicut collatio, sic etiam promissio Collationis cessare videtur. Filia vero in illo casu renunciaverat hereditati Paternæ. Quo casu dotem quoque promissam & non solutam a fratribus, qui heredit item adierunt, peti posse responsum est *in d. l. ult. h. t.* Sed non fuerat ibi promissa collatio. Ex promissione vero dari actionem adversus non conferentem quanti ea res erit, habetur in *l. 5. §. 1. & ult. h. t.* Sed agitur ibi de his, qui post mortem Parentis promiserunt, *in pr.* Non est igitur, ut ex promissione Collationis vivis parentibus facta quisquam teneatur, quia nec aditio hereditatis tum facta valet, ut suo loco intelleximus. Si quis autem negaverit Collationem, credens tantum, pro sua parte non superesse, quantum collaturus sit, videtur ne repudiasse, an adhuc admitti poterit? Benignior sententia prævaluit, ut variantes non repellantur, neque mutantem consilium Prætor a spernetur, *l. 8. h. t.* Cæterum quod de dote non conferenda, si is qui accepit, non adeat hereditatem, diximus, id saltem cum exceptione Legitimæ accipiendum, ut liberi juniores inofficiosas Dotes revocare possint ad quantitatem Legitimæ suæ, *Lun. C. de Inoff. dotibus.*

Tit. VII.

De Dotis Collatione.

Nihil crebrius hodie confertur, quam Dos & donatio propter nuptias, *l. 19. & l. pen. §. 1. C. h. t.* olim & adventitia, sed hodie profecticia tantum, id est, quæ ex bonis defuncti Parentis, etiam matris, profecta sunt, *l. ult. C. de Collat.* Confertur autem, quod de dote recuperari potest, *l. 1. § 6. h.* quod limitatur ex *Nov. 97. c. ult.* ut si filia majorennis & sui juris, virum non excusserit, vel filiafam. patrem non monuerit, solidam dotem præstet. Cætera, quæ ad conferendam dotem pertinent, ex titulo præcedenti ἀπὸ κοινοῦ repetenda; Parum enim abest, quin totius tituli de *Collationibus* argumentum in Collatione Dotis & donationis Nuptialis consumatur.

Verum enimvero, quod de Dote non conferenda, si absque filiæ culpa deperdita sit, diximus, usu Fori nostri non servatur, quod etiam scribit Alciatus *4. parerg. C. 9.* & de moribus Hollandiæ Vinnius *tract. de Collat. c. 2. § ult.* Cujus *moris*, ait, *hæc est ratio, quod Patria potestas apud nos matrimonio solvitur, ut proinde filia ad dotem repetendam, Patris consensu non indigeat.* Sed hæc ratio non sufficit; quin prædicta *Nov. 97. cap. ult. & Auth. Quod locum. C. h. t.* inde sumpta, loquuntur tam de filia sui juris & majorenni, quam quæ est in Patria potestate. Proinde sit hæc potius ratio, quod dotes proprie dictæ vix amplius ullæ sunt, utique pecuniæ liberis datæ a Parentibus ad sustinenda matrimonia, non sunt dotes, quæ Viris debentur, sed a filiis filiabusque in communionem conjugalem inferuntur, ac ita paraphernalia fiunt, ut *supra de Jure Dotium* probavimus. Undè, quod de dotibus antiqui moris sancitum est, ad res diversi instituti non pertinet. Quod si parens non filiæ, sed genero dotem nominatim dederit, quod raro fit, apud nos forte a *d. Auth. Quod locum.* non fuerit recedendum, quod quidem attinet ad filias majorennes.

Tit. VIII.

De Conjungendis cum emancipato liberis.

Jure Prætorio filius emancipatus succedebat; & ejus filius in potestate retentus jure civili. Sed ne uni stirpi genuina successio advolveretur, Prætor in tali casu filium emancipatum cum nepote jungebat, ut pro uno fungerentur.

2. Sed cum hodie nepotes, licet sui, ab intestato veniant post filium, quamvis emancipatum, *Nov. 118. cap. 1.* nihil opus est hoc remedio.

Tit. IX.
De ventre in possessionem mittendo.

Ventre, sive filio posthumo exheredato, valet testamentum, donec eo nato, per querelam rescindatur, § 2. *in fin. Inst. de Quer. inoff.* Ventre præterito, valet testamentum, donec agnascendo rumpatur, § 1. *I. de exhered.*

2. Sed interim decernitur ventri bonorum possessio contra tabulas, Curatorque datur bonis, donec mulier pariat aut abortiat, *l. 1. pr.* § 2. *&* § 17. *h.* Interim alitur mulier eo modo, qui præscribitur in § 19. *&* 20. add. § *pen. ejus d. l. 1.*

3. Aliquando est Decretalis hæc bonorum possessio; Si mater negetur uxor esse, aut nurus, vel ex defuncto concepisse, quia tunc opus est causæ cognitione, *d. l. 1.* § 14. Hic titulus hodieque jure novo locum habet, ut ex eo, quod in pr. diximus, colligitur. Dissent. Corvin. *h.*

Sed adde Carpz. III. 17. def. ult.

At verum est, non modo his diebus, sed etiam jure novissimo, ventre tam exheredato quam præterito, esse dandam hanc bonorum possessionem, quia non potest hodie fieri, post *Nov. 115. c. 3.* ut exheredatio posthumi, in quem nulla potest cadere ingratitudo, habeat effectum exclusionis ab hereditate; ut adeo effectus idem sit exheredationis hac parte, qui jure veteri fuit præteritionis, ut recte observat Wesenb. *ad h. tit.* Adde Carpz. *d. loco.*

Tit. X.
De Carboniano Edicto.

Edictum Carbonis habet hanc sententiam; Impubes præteritus, qui negatur esse filius defuncti, habet decretalem bonorum possessionem ex Carbon. edicto, & si satis dederit, jura heredum exercet, usque ad pubertatem, quo tempore quæstio terminanda est, *l. 1.* § 1. *& l. 5. pr. &* §§ *seqq. h.*

2. Aliquando tamen & statim quæstio status ventilatur, *l. 3.* § 5. *h.* si nempe liqueat, in favorem pupilli posse decidi. Idem est, si mater sola subjecti partus rea postuletur, *l. 1.* § *ult. & l. 3.* § 2. *eod.*

3. Est autem hæc bon. possessio ab intestato & contra tabulas, in casu præteritionis, *l. 3. pr.* Scriptis heredibus, aut exheredatis, non datur, *dd. ll.* nisi *postumus sit scriptus*, & *negetur esse filius*, *l. 1.* § 8. *& l. 3. in pr. h. t.* Thomas. ad *posit. ult. h. t.*

Quo minus hujus tituli usus hodieque maneat, nihil impedimento est. Si quis impubes præteritus, aut in casu intestati pro filio defuncti habitus, negetur esse filius, quidni mittatur in possessionem, quæstione principali, an filius sit, post pubertatem differenda? Sed quia tales causæ dilationibus ordinariis hodie tractantur in judiciis, facile contingit, ut provisio, qualis in hoc judicio esse deberet, cum principali quæstione confundatur, præsertim si adolescens sit proximus pubertati quomodo accidit in celebri causa, quam *hac P. III.* retulimus ad *tit. de Agnosc. & Al. l. p. 1219.* Conclusio prius a Patrono pueri, facta erat *provisionalis*; sed disputandi calore eo provecti sunt, ut partes dein consenserint atque a Curia petierint, ut ex Actis & probatis Quæstio principalis una feria decideretur. Danda est opera Advocatis, *ut hoc notent & caveant.*

Tit. XI.
De bonorum possessione secundum Tabulas.

Fuerunt species contra tabulas Bonorum possessionis. Sequitur secundum illas. Etenim scriptis heredibus, qui jure civ. subtilitate aliqua excludebantur, dabat Prætor possessionem secundum tabulas, si modo tabulæ septem testium signa præferrent, *l. pen.* § 2. *h.* nisi ab initio constaret, liberos contra tabb. petere posse, *l. 2. pr. h.*

2. Utilitatis causa, & quod remedia Prætoria facilioris in foro erant expeditionis & molliora habebantur, extensa fuit hæc possessio ad quoslibet heredes scriptos, *l. 8.* § *ult. h.* quin & heredibus nuncupativo testamento institutis, utilis est hæc ipsa possessio, *d.* § *ult.*

3. Non est hinc ulla missio in possessionem, ex *l. 3. C. de Emit. D. Hadr. toll.* quæ datur his, qui tabulas testamenti præferunt integras, nec vitii manifestas; *de quo suo loco.*

Tit.

TIT. XII.

Si quis a parente manumissus sit.

I. Continuatio. Quo sensu filius manumitti dicatur, & qualis hæc bonorum possessio. II. Casus, quibus cessat. III. Modus ejus diversus.

Expositæ sunt possessiones contra & secundum tabulas. Subjiciuntur appendices duæ, ad contra tabulas una, ad secundum altera pertinens. Jus parentum in liberos olim ferme idem fuisse, quod dominorum in servos, *alias* probatum est. Adeo quidem, ut Pater filium e potestate sua dimittens, eum *manumittere* diceretur, quod exprimit hæc Rubrica, & latius a nobis expositum est in *lib. 1. Digress. c. 4. §3.*

Pater a filio manumisso, sive emancipato præteritus, habebat bonorum possessionem contra tabulas, *l. 1. h.* in constitutam portionem, quæ trientis erat, vel si persona turpis esset heres instituta, ad tota bona, *l. 3. h. t.* quo fine dabatur etiam Querela inofficiosi, ex jure antiquo, *d. l. 1. § ult.* qua hodie non esse opus, post *Nov. 115. c. 4.* monet Thomasius in schol. ad *posit. 2. h. t.* Atqui nec olim ea fuit opus, ut apparet *d. l. 1. § ult.* Sed verum est, ex emancipationis sive manumissionis jure non fluere jus parentis, sed ex jure propinquitatis, quod parit querelam in *d. Nov. 115.*

2. Cæterum, hæc bonorum Possessio cessat, si pater pro emancipatione pecuniam acceperit, vel vivus a filio legitimam perceperit, *d. l. 1. § 3.* aut miles factus sit filius, § 4. vel pater coactus emancipaverit, *l. ult. § 1. h.* Denique, olim hoc jus ita demum parenti competebat, si contracta fiducia emancipasset, id est, si præter & post secundam mancipationem, emptori imaginario factam, tertia vice filium ipsi mancipans, adjecerit pactum, ut ne emptor filium manumitteret, verum sibi patri naturali remanciparet, quod pactum Fiduciæ vocabatur, ut latius in *d. cap. 4. n. 3.*

3. Nam si patri fiduciario filium simpliciter mancipasset *Parens*, & is manumisisset, tum ipse pater fiduciarius pro patrono habitus fuisset; ipsi autem patri naturali eo casu non dabatur hæc bonorum possessio, sed alia, quæ vocabatur, *Unde decem personæ. Inst. tit. de bon. poss. §1.* Verum hodie ex Justiniani Constitutione, sublatis veterum solemnitatibus, & imaginariis venditionibus, & sublata bonorum possessione *Unde decem personæ*, semper censetur pater emancipasse contracta fiducia, & indistincte habet jus Patroni in bonis liberorum, §. 2. *ibid. l. ult. C. de emancip. lib.*

TIT. XIII.

De bonorum possessione ex testamento militis.

Ex testamento militis datur possessio secundum tabb. non contra, *l. 27. § 2. de inoff. test.* Et militibus quoad testandi jus æquiparantur remiges, & quicunque in solo hostili agunt, *l. un. h. t.*

Quare autem militis testamentum per bonorum possessionem contra tabulas non impugnetur, uti nec Querela inofficiosi, dictum est alias, & constat ex *l. 27. § 2. D. l. 9. C. de Inoff. testam.*

TIT. XIV.

De jure Patronatus.

I. Triplex jus Patron. & prima species. II. Secunda, quæ est hujus Rubricæ. III. Tertium, quod est juris Canonici.

Jus patronatus apud JCtos omnino triplex celebratur: Primum respicit ad clientes, secundum ad Libertos, tertium ad Sacerdotes. Primum jus patronatus fuit, quo tenuioris fortunæ homines, se ad potentioris alicujus ductum atque præsidium applicabant, quibus illi vicissim officia & obsequia præstabant, de quibus accurate Dionysius Halicarnass. *lib. 2.* & Plutarchus in *Romulo*, atque hujusmodi clientum in jure non infrequens occurrit mentio, in *l. 3. de usu & habit. l. 5. § 1. de His, qui dejecer. & alibi passim.* Quia vero Patronorum munus erat, protegere clientes & defendere in judicio, hinc patroni postea, qui causam aliorum in judicio defendebant, appel-

lati sunt, & clientes, qui se aliis defendendos committebant, *l.1. & l.14. C. de Advoc. diversi. judiciorum.* Ovid. *lib. 2. de Amor.*

- *Qui modo Patronus, jam cupit esse cliens.*

2. Ex priore significatione fluxit alia, per quam liberti manumissoribus suis jure Patronatus obnoxii dicebantur; nec enim honestior & simul ad rem justior inveniri potuit comparatio. Atque hic est hujus Tituli sensus. Jus autem Patronatus, tam inter vivos, quam mortis causa exercetur. Inter vivos sunt obsequia, officia, munera, de quibus *in seqq. tit.* & alimenta, si egeant, quod ad liberos patronorum extendebatur, *l.5. §18. & seqq. de Agnosc. & Alend. lib.* de quo apud *Tit. de Bonis Libert.* & quo respectu datur præteritis patronis bonorum possessio contra tabulas, *l.21. pr. & § 1. h.t.* Amittitur hoc Jus Patronatus, quando Patronus inopem liberum alere recusat, *l.5. in fin. h.t.* Exactione juris-jurandi illiciti, ut quod libertati adversetur aut utilitati publicæ, *l.24. de Bon. Libert.* Finitur etiam, quando libertus ob ingratitudinem *in servitutem* Patroni redigitur, ut si delatores ei submiserit, *l.5. pr. h.* ex Edicto Claudii, ut patet ex *d.l.5. &* Suetonio in *vita Claud. C.25.* Non tamen ob quamlibet ingratitudinem ἀναδελλᾶται, *servitute mulctatur*, ut patet ex *l.1. & l.7. § 1. h.t.* qui textus conveniunt cum eo, quod Tacitus refert, cum relatum esset, ut *adversus male meritos libertos revocandæ libertatis jus patronis daretur*, Cæsar ita scripsit Senatui; *privatim expenderent causam libertorum, quoties a patronis arguerentur, in commune nihil derogarent. lib. 13. cap. 26. & 27.* Adde Wissenb. *h.*

3. Tertium jus Patronatus, est ex jure Canonico, *Facultas præsentandi aliquem ad munus vacans Ecclesiasticum*, & competit iis fere, qui templum ædificarunt, dotarunt, aut fundaverunt, *c. illud in fin. c. nobis fuit. 25. X. de jur. Patronat.* ejusque rei similitudo extat in jure civili, *Nov. 57. c. 2. Nov. 123. c. 18.* Quanquam autem hoc jus sit ex Canonibus Pontificiis, atque a simplicitate Evangelica remotum, tamen inter Protestantes etiamnum viget, inter alia multa instituta voluptatibus aut ambitioni servientia; ut etiam a pontificiis hominibus exerceatur, quod tamen apud nos prohibitum; Habent hoc possessores immobilium cujusque pagi jus præsentandi, ut tamen alieni a Religione reformata excludantur. Longe satius est eam rem Ecclesiæ committere: Omnino tamen illicitum esse jus illud Patronatus, dicendum non videtur, cujus rei locus alius est *examinandi.*

TIT. XV.

De obsequiis Parentibus & Patronis præstandis.

Officia, quæ Liberti patronis suis debent, sunt vel obsequia, vel operæ, *l. ult. d. Si ingenuus*, ubi, *sive operæ petantur, sive obsequium desideretur.* Obsequium significat heic cultum & reverentiam. Ita Justinianus in *Nov. 78.* τὸ καλούμενον ἐφέκιον explicat, per πᾶσαν αἰδῶ καὶ τιμὴν, *omnem reverentiam ac honorem.* De his est summa regula; *Liberto & filio semper honesta & sancta persona Patris ac Patroni videri debet, l.9. h.* Hinc non possunt eos sine venia Prætoris in jus vocare, *l.4. & l.12. de in Jus voc.* Non possunt adversus eos actionem movere famosam, nec opponere talem exceptionem, *l.2. l.5. § 1. h. & l.11. de dol. mal.* Non possunt ab illis exigere juramentum calumniæ, *l.7. § 3. h.t.* Atqui juramentum calumniæ *neque* Patrono *neque* Parentibus remittitur, est in *l.34. § 4. de Jurejur.* Non liquet alia responsio, quam χειρογραφή; Legendum esse *æque* Patrono *atque* Parentibus. Cujac. *9. obs. 37.* & valet non tam auctoritate, quam necessitate. Tamen & auctoritas adest Basilicorum, qui vertunt ita, Ὅτι οὐ ὄμνυσι πατὴρ ἢ πάτρων, *quod jusjurandum non præstat pater aut patronus.* Sic igitur isti tum temporis legerunt *d. legem 34.* Denique, liberi & liberti non possunt Patronos atque Parentes in solidum excutere, sed tantum, quatenus facere possint, *l.7. pr. & § 1. h.t.*

LIB. XXXVIII.

TIT. I.

De Operis Libertorum.

Post obsequia sequuntur operæ Libertorum.* Quemadmodum domini a servis operas, tam mere personales, quam fabriles & lucratorias percipiebant, (quomodo Crassus dives integras fabrorum familias habebat servorum, quos ingenti suo lucro per urbem exercebat, ut testis est *in ejus vita* Plutarchus,) ita postquam manumiserant eos, de singulis operarum speciebus quasdam reliquias servabant; quas etiam servi incitandæ spei futuræ libertatis, libenter promittebant. Igitur Operæ sunt diurnum officium, *l. 1. h.* Dividuntur in artificiales & officiales. Artificiales, quarum præstatio pecuniaria utilitate constat, veluti fabriles, *l. 6. h.* Officiales ad personam patroni pertinent, *l. 3. §. 1. h.* Illæ nonnisi promissæ, hæ quoque per se debentur, *l. 26. §. 12. de Condict. indeb.* nec transeunt ad heredem extraneum, nisi quæ vivo patrono cesserant, hoc est, indictæ vel petitæ fuerant, *lib. 29.* Fabriles in quoslibet heredes transeunt, *l. 6. & l. ult. h.*

2. Solebat libertus patrono præter operas etiam polliceri donum & munus; unde conjunctim *donum*, operas, munus, quæ libertus patrono se præstiturum jurabat, *l. 7. in pr.* Hoc jusjurandum, ut & dotis dictio, referuntur inter species verborum obligationis a Cujacio in *pr. comm. de V. O.* contra quam Donellus *pr. ad d. tit. n. 7. & seqq.* Esse illas species obligationum, liquet e Cajo *lib. 2. Inst. tit. 9. § 4. & seqq.* ubi post species quatuor contractuum, hasce duas recensel; esse verborum obligationes, non ait idem; at fatendum, propius eas accedere ad hasce, quam ad ullam speciem aliam. Cæterum, munus & donum differunt, ut genus & species. Nam donum est, omnis liberalitas; Munus est donum cum causa, ut puta natalitium, nuptialitium, *l. 194. de V. S.* Alias donum est rei majoris, munus in re leviori consistit, adeoque gradu hæc tria differunt, donum, murus, xenium, *l. 6. in fin. de Off. Proconf.*

TIT. II. & III.

De Bonis Libertorum & de Libertis Universitatium.

Jus Patronatus in successione Libertorum sine prole morientium, novissime constitutum fuit a Justiniano, aliter ab intestato, aliter testato. Ab intestato Patronus simpliciter succedit. Testato, distinguitur, utrum libertus ultra centum aureos in bonis habuerit, an secus. Si minus centum aureis reliquerit, Patronus impune præteritur. Si major centenario sit, habet bonorum possessionem contra tabulas, olim in semissem, hodie in trientem, *§ ult. Inst. de Success. libert.* Aliter olim ex XII. Tabulis, Lege Papia, & Edicto Prætoris, teste Ulp. fragm. *tit. ult. d. tit. Inst. de Success. libert. § 1. & 3.*

Quod juris est in libertis privatorum, idem exercent Universitates in suos libertos, habentque bonorum possessionem contra tabulas. Et hinc notandum; Universitates regulariter eodem jure uti, quo privati utuntur. Hactenus *ad tit. III.*

TIT. IV.

De Assignandis Libertis.

Jus patroni transit æqualiter ad liberos heredes; nisi uni ex illis libertum adsignaverit Pater; quod potest pro arbitrio sive testamento, seu aliis quibuscunque verbis; modo is, cui adsignatur, in potestate sit, *l. 13. § 1. h.*

2. Quod si quis ex pluribus filiis in potestate retentis uni, simulque filio emancipato liber-

* De operis rusticorum in Saxonia, videri potest die Lands. Ordn. *de Ann. 1555. tit.* Baufuhren. § demnach. *Corp. Jur. Sax. p. 50. P. 2. C. El. 51. & Decis. El. 33.* quæ eorum determinationem regimini Aulico reservat. Plenius de iis actum fuit a Mencken. in *Tract. ff. Synopt. h. tit. p. 458. sqq.*

tum assignaverit, emancipatus per fratrem integri juris, cui junctus est, beneficio adsignationis fruetur, *l. 2. h. t.* Sæpe alias hoc fit, ut quod quis a se non habet, per alium adipiscatur. Quod tamen caute accipiendum, neque tam late quam vult Thomasius *ad pos. ult. h.* Adde Wissenb. *ad h. t. th. 9.*

Tit. V.

Si quid in fraudem Patroni factum sit.

Si patronus legitimam partem ex bonis liberti testati consequi nequeat, habet actionem Pavianam; si intestati, Calvisianam; quibus revocat ea, quæ in fraudem portionis suæ legitimæ sunt alienata; & quidem hæ actiones sunt personales, *l. 1. § 26. l. 3. § 3. h.* Etsi non sit ex contractu, verum detur adversus eos, qui Patrono non sunt obligati, sed in quos facta est alienatio. Neque tamen est ex aliquo jure in Re, ut in rem actio nihilo magis esse queat, verum est in factum actio, *arg. l. 1. in pr. l. 10. in fin. pr. de His, quæ in fraud. Cred.* Cujusmodi actiones sunt personales, *l. 25. de O. & A.* In fraudem vero facta videtur alienatio, quando facta est dolo malo inter vivos; aut mortis causa simpliciter, *l. 1. § 1. h.* nisi facta sit in filium, *§ 2.* Quod secus est in alienatione judicii mutandi causa facta, quæ per ultimam voluntatem facta, dolo malo facta non videtur, *l. 8. § 3. de alien. jud. mut. c. f.* Cæterum, non acquirendo, libertus in fraudem Patroni alienasse non censetur, *d. l. 1. § 6.*

Tit. VI.

Si tabb. testamenti nullæ extabunt, Unde liberi.

Fuerunt ita cunctæ Possessiones, quæ testamento facto competebant. Ab intestato bonorum possessiones olim erant octo. Ex quibus in pandectas quatuor sunt relatæ, cæteris abolitis, de quibus vid. *tit. Inst. de Hereditat. ab intest. & de bon. poss.*

Prima in Pandectis, Unde liberi. quæ olim pro emancipatis, qui lege XII. Tabb. non vocabantur, introducta; dein ad Suos producta fuit, utilitate potius forensi, quam necessitate, cum hi & jure civili fuerint heredes, *§ 2. I. de Success. ab intest. pr. I. de bon. poss. l. 1. § 1. h. t.*

Tit. VII.

Unde Legitimi.

Bonorum possessio altera est, Unde Legitimi, per quam vocabantur omnes, qui ab intestato Lege XII. Tabb. poterant esse heredes; maxime vero Agnati, *l. 2. § ult. ff. Und. leg.*

Quid autem opus fuit illis Edicto, quos Lex vocabat? Vix dixerim, nisi quod Prætor illos voluit insertos inter suos atque cognatos, quibus Edicto necesse erat succurri; ideo, quod si Cognati immediate fuissent subjuncti, Prætor vitus fuisset excludere velle agnatos.

Tit. VIII.

Unde Cognati.

Tertia bonorum possessio ab intestato est, Unde cognati, qua admittuntur hi, qui jure civili non admittebantur, juncti scil. per feminas, *l. 1. pr. Und. cogn.* & conjuncti per masculos, quorum agnatio per capitis diminutionem sublata erat, *§ 1. Inst. de Success. cognat.*

Quo sensu Modestinus in *l. 5. Unde Legitimi.* dixerit, *Inter agnatos hoc interesse, quod in agnatis* & cognati continentur, in cognatis non utique & agnati, cujus dicti contrarium videtur esse verissimum, id ænigma λογικῶς expositum est in *part. 2. Digress. lib. 1. cap. 22.*

Tit. IX.

De Successorio edicto.

Cum defunctus diversorum ordinum conjunctos reliquerat, primum jus debetur Liberis, tum Agnatis, tertio Cognatis, postremo Conjugibus, ita ut si primus ordo non peteret vel excluderetur,

deretur, tunc secundus ordo vocaretur, *l. 1. pr. §. 8. & 11. de Succ.*

Si quis liberorum intra annum non petat, portio non petentis accrescit reliquis ejusdem gradus. Idem est, si quis cognatorum non petat, adeo, ut ad sequentem gradum non perveniat successio, quamdiu unus priore gradu adhuc petere potest, *d. l. 1. §. 8. 10. & 11.*

TIT. X.
De Gradibus & affinibus.

De gradibus & affinibus, eorumque computatione, dictum est ad *tit. Inst. de Nupt.* Nomina cunctorum affinium atque cognatorum, peti possunt, ex *l. 10. §. 12. & seq. h. t.*

At Canonistæ triplex genus adfinitatis habent, prout una & altera persona affinibus additur; ita ut uxoris meæ frater sit mihi primo genere adfinis, ejus uxor altero, hujus dein maritus tertio. Nimia & inutilis subtilitas! utilitatis tamen causa reperta. Add. Wes. ad *tit. ff. de grad. & adfin. n. ult.* ibique Bachov.

TIT. XI.
Unde Vir & Uxor.

Deficiente omni sanguinis linea, legitima & naturali, Prætor olim, ex præsumpta defuncti voluntate, & æquitate manifesta, conjuges admittebat in solidum, id recentiori jure confirmatum, *l. 1. C. Unde Vir & uxor.*

Neque id a Justiniano mutatum est; Generalis enim abrogatio legum vetustarum, de qua est in *pr. N. 118.* loquitur de tribus succedentium ordinibus, non de conjugibus, neque de fisco. Dissent. Corvin. *h.*

Cum autem vir & uxor jure civili, consensu fiant, non videtur copula carnalis, ut huic beneficio locus fiat, esse necessaria, argumento insuper ex *l. 15. de C. & D.* suffragante.

Quanquam de lucro dotis vi statuti vel pacti conjugibus competente, aliter disputari potest, ut facit Bronchorst. *1. miscell. 98.* Gail. *2. observ. 79.* Mynf. *5. obs. 99.* quippe dotis lucrum respectu matrimonii secuturi & implendi conceditur, at hæc successio ex solo affectu defuncti proficiscitur. Dixi ad *tit. de Sponsal. sub fin.*

Cæterum, præter quatuor bonorum possessiones ab intestato, quas habuimus, erant olim adhuc aliæ quatuor; I. *Unde decem personæ;* quæ pro illis erat, qui præferebantur patri fiduciario sive imaginario, cui naturalis Pater sine pacto fiduciæ filium mancipaverat: decem isti enumerantur in *§ 1. d. t.* II. *Tanquam ex familia.* III. *Pro Patronis.* IV. *Pro cognatis manumissoris* sive imaginarii emptoris illius. Quæ jure novo abolitæ, ne quidem in Pandectas, ut videmus, relatæ sunt. vid. *§ 3. & 4. Inst. de Bon. poss.*

TIT. XII.
De Veteranorum & militum successione.

Speciale in milite est, quod si capitali pœna ex delicto militari damnatus sit, ex ejus testamento peti possit bonorum possessio secundum tabulas: & ab intestato ei succedat legitimus heres, vel proximus cognatus, usque ad quintum gradum, eo deficiente, fiscus. Milite non damnato, ab intestato succedunt cognati usque 6. 7. gradum, & post eos Legio, *l. 2. C. de hered. decur.* quæ sic capienda. Wissenbach. *h. t.*

TIT. XIII.
Quibus non competit bonorum possessio.

Non competit bonorum possessio ei, qui renunciavit, qui tempore exclusus, qui prohibendo defunctum ne testamentum mutaret, alterve se indignum hereditate reddit, *l. un. hic.* cui lex hereditatem deferri vetat, *l. 12. § 1. de bonor. poss.*

TIT.

Tit. XIV.

Ut ex Legibus Senatusve consultis bonorum possessio detur.

Prætor bonorum possessionem iis pollicetur, quibus ut detur, lege, vel SCto, vel Constitutione comprehensum est, *l. un. hic.*

Quæ extraordinaria dicitur: quia neque bonorum possessionibus, quæ ab intestato veniunt, neque iis, quæ ex testamento sunt, connumeratur, *§ septima. Inst. de bon. poss.*

Requisita hujus bonorum possessionis duo sunt: 1. ut sit Lex aliqua nova, per quam deferatur; alterum, ut Lex nominatim sive specialiter eam deferat, *l. un. in pr. & § 2. h. t.*

Quid autem; an lex dat bonorum possessionem, quæ utique semper est prætoria? sic est: nihil vetat, Legi Prætorem quoque succurrere: cujus sane ministerium in hac ipsa bonor. possessione requirit; ideoque & Prætor eam, etsi a Lege datam, pollicetur in Edicto suo, *§ 3. vers. septima. Inst. de bon. poss.*

Tit. XV.

Quis ordo in bonorum possessione servetur.

Ordo omnium bonorum possessionum hic est; Primo dantur ex Testamento; ibique primo contra tabb. dein secundum. Postea ab intestato Liberi, Legitimi, Cognati, conjuges, ordine, quo Rubricas habuimus *supra*, vocantur.

Tit. XVI.

De suis & Legitimis heredibus.

Postremo subjungitur successio civilis ab intestato ex L. XII. Tabb. Quæ primo vocabat suos, de quibus satis dictum ad *§ ult. de Hered. qualit. & alibi.*

Heredes Legitimi sunt vel ex lege XII. tabularum, vel ex jure novo. Ex lege XII. tabularum vocantur proximi adgnati. *Princ. Inst. de legit. adgnat. success.* inter quos ex Anastasii constitutione collocantur fratres & sorores emancipati, *l. 4. C. de legit. tut. & Inst. de success. cognat. § 1.* & ex Justiniani constitutione filii sororum, *l. pen. C. de legit. adgn. success.*

Ex eadem lege XII. tabularum patroni, vel eorum liberi, succedunt liberti, *pr. Inst. de success. libert.* Tertio, ex ejusdem legis mente & interpretatione parentes succedunt liberis, quos emanciparunt, *§ ult. Inst. de legit. adgn. success.*

Hodie constat, longe alium esse ordinem succedendi ab Intest. de quo in parte I. *pr. libri tertii* fuse diximus.

Tit. XVII.

Ad SC. Tertullianum & Orphytianum.

Lex XII. Tabb. nullum jus capiendæ hereditatis matri liberisque invicem dedit; quia nulla agnatione junguntur. Sed a D. Hadr. SCto Tertulliano cautum est, ut mater ingenua trium liberorum jus habens, libertina quatuor, ad liberorum intestatorum bona admittatur.

2. Rursus ex SC. Orphytiano (D. Marci tempore) filii & filiæ matri succedunt: & ex constitutionibus principum, nepotes & neptes aviæ, etiam vulgo quæsiti, *tit. Inst. de SC. Tertull. & Orphyt.*

3. Horum plerique longe aliter se habere JURE NOVO, constat ex iis, quæ ad *Nov. 118. in princ. libri tertii Institutionum* exposuimus,* qua Justinianus omne jus antiquum de Successionibus

* Differentiæ Communis & Saxonici Juris, traditæ sunt ibidem *P. I. p. 269. & seqq.* Superest, ut quod *p. 276.* promisimus, de successione Geradica & Heergewettica nonnihil addamus. Complectitur autem Geradia universitatem rerum mobilium, muliebri usui ornatuique inservientium. Vid. *l. 1. art. 24.* quarum catalogum ordine Alphabetico suppeditat Struv. *ad Ant. Matthæi de Success. p. 401 seqq.* & pleniorem sententiam Scabinorum Lipsiensium in Volckmanni Notariats-Kunst *P. 3. c. 15. p. 81. & 91.* j. Richter. *de Success.*

induxit,

induxit, & fecit τὰς παλαιὰς νέμας APTEIN, *otiosas esse*. Non est opus jam Orphytiano, Tertull. ut matres liberis, aut liberi matribus succedant; Simplicitas naturæ discrimen sexus rejecit. Ne inter Suos quidem & Legitimos discrimen est relictum, quod ad hereditatem attinet deferendam. Sed in acquirenda Hereditate quid interfit, vidimus *ad § ult. I. de Hered. qual. & diff. & ad tit. D. de Acquir. Hered.* Neque plane Bonorum possessiones ab intestato petuntur a Prætore, cum Lex æquabile civile remedium omnibus præbeat. Excepta tamen bonorum possessione, quæ datur Viro & Uxori in mutua Successione; Cum enim de hac in *Nov. 118.* nihil sit constitutum, nihil apparet, ex quo Conjuges deficiente sanguine possint admitti, quam Edictum Prætoris Unde Vir & Uxor. ut monuimus *ad d. tit. supra.* Namque Justinianus in *d. Nov. 118.* de solis sanguine junctis loquitur. Ideo nec quod de Adoptivis olim placuit, mutatum videtur. Scilicet, Adoptivi ab aliquo adscendentium adoptati, succedunt invicem haud dubie, ab extraneo adoptati nullo modo, *l. 10. § 1. in fin. C. de Adoption.*

4. Huc etiam pertinet Unio prolium. Accidit aliquando, ut liberi e diversis matrimoniis utrique conjugum promiscue succedant, per unionem prolium, quæ dicitur, & definitur; Pactio Conjugum de successione promiscua liberorum, quos habent e diversis matrimoniis, auctoritate Magistratus, præsentibus his quorum interest inita, per quam privigni jus naturalium in succedendo adspicuntur. Sed hujusmodi pacta jure Civili valere non possunt, quia pactis hereditas non datur, *l. 15. D. & l. 19. C. de pact.* nisi unio prolium fiat super jure filiationis, perque modum adoptionis, ut tum successio quasi pro sequela habeatur, ut vult Jac. Rick. *tract. de Unione prol. c. 3. n. 6.* qui tamen eam definit per solam conventionem de succedendo, *c. 1. n. 8.*

5. Apud nos, qui Jure Civili utimur, nullus ejus usus, nec si instituatur, valiturum puto; facit huc exemplum apud Sand. 2. 2. 7. ne quidem adoptionis prætextu, quæ nec in mulieribus jure communi locum habere potest, cum feminis adoptio negetur, excepto casu orbitatis ex liberis amissis, *§ feminæ. 10. I. de Adopt.* Novi Clarissimum Virum Professorem in hac Academia, qui cum uxore talem prolium unionem instituere cupiens, Embdam profectus illic eam instrumento publico celebravit. Quæ an juris effectum in Frisia, si in controversiam vocata fuisset, habere potuisset, judicandum foret ex iis, quæ *de Conflictu jurium in diversis Imperiis*, collocavimus *ad titulum de Legibus part. præcedente pag. 517.*

6. Porro liberi naturales, qui per matrem solam junguntur, succedunt invicem, quia respectu matris nihil differunt a legitimis, ut diximus ad *d.*

ab Int. Sect. 1 Membr. 1. n. 70. seq. & pleniss. rerum cum ad Geradam pertinentium, tum ad eam non referendarum, Celeb. D. Barthius im ausführlichen Bericht von der Gerade. *c. III p. infrimis 103. seq.* Debetur autem regulariter personis fœminini sexus & uxoribus, post mort. m mariti, Wb. *art. 23.* sive nobilibus, sive ignobilibus. *P. 3. C. Ll. 20. & 37.* etiam ex concursu creditorum; ac cognatis qui quandoque plenam, quandoque tantum Nisi elgeradam, seu minus plenum capiunt, quæ certas tantum res Geradicas continet. Cum vero solum cognationis Jus hic spectetur, soror uterina cum germana concurret. Carpz. *P. 2. C. 14. d. 57.* Consanguineam autem & fratris filiam plane excludet. Extra ordinem interdum masculis Gerada defertur, ut (1) Clericis Materna, si modo Clerus jam initiati sint; sororum & uxorum Geradam non capiunt Wb. *l. 1. art. 5* Carpz. *P. 2. C. 14 def. 6* filii Clericorum, licet Heergewettam non accipiant, a Geræda tamen quoque excludantur. Carpz. *Jur. Consist. l. 3. def. 10. n. 14.* Dissent. Stryck *ad Brunn. Jus Ecclesiasticum l. 1 c. 13.* verb. *vel consuetudine. p. 517.* Goldbeck *de Gerada Sax. p. 36. n. 4.* (2) Marito juxta Statutum Lipsiense *d. an. 1672. art. 1. vid.* Leipziger-*Statuta num. 25 seqq* der Stadt Leipzig Ord. *Priv* und *Stat p. 256 seq.* Heergewettares expeditorias continet, quæ pertinent ad armandum eum, qui militarem expeditionem molitur Wb. *l. 1. art. 22.* Quid ad eam referatur, tradit Struv. *l. c. p. 417.* & Barthius *cit. libro c. 8* add. Carpz. *P. 3. C. 38 def. 25 seqq* Debetur ea Equitibus, Wb. *l. 1. art. 27.* &, villarutorum localium, quando que etiam Civibus & Rusticis. Spectatur autem in hac successione solum Jus Agnationis, unde adscendentes materni & cognati ad eam pervenire nequeunt. Uteraque, & Geræda & Heergewetta, præscribitur anno Saxonico. Wb. *l. 1. art 28.* nisi ob reverentiam Parentibus debitam haud sit postulata, Carpz. *P. 2. C. 3. d. 14.* Berl. *dec. 287.* Ill. Born. *de Ger. ad. th. 18.* ac, si successor habilis deficiat, ad Magistratum, qui superiorem Jurisdictionem habet, pertinet, *P. 3. C. Ll. 33. § f. j.* Wb. *l. 1. art. 28.* Carpz. *ad d. C. def. 14. 21. seq.* Id. *P. 2. C. 14. d. 61.*

Nov. 118. pos. 18. de spuriis idem sub limitatione *posit. 19. ibid.* de reliquis nefariis idem heic puta, quod dix. *ibid. posit. 21.* Adde Rittershus. ad Nov. *part. 7. C. 15. n. 1. & seqq.*

LIB. XXXIX.

TIT. I.

De Operis novi Nunciatione.

I. Continuatio, quid Nunciatio & quotuplex. II. Qui jus habeant nunciandi. III. Ob quas servitutes. IV. Cui possit nuntiari. V. Materia nunciationis. VI. Modi & tempus. VII. Effectus nunciationis. VIII. Quibus modis tollatur. IX. De restitutoria, Interdicto &c. X. Usus tituli hodiernus. XI. De modis tollendi nunciationem mos hodiernus.

Postquam Imperator de Successionibus testamentariis & ab intestato, universis, & singularibus, sat prolixe egit, nunc transit ad alia remedia; prout in Edicto perpetuo occurrebant. Et primo quidem est actio, quæ datur ex Nunciatione novi operis, quando quis in alterius præjudicium ædificare instituit, cujus rei sunt frequentissimæ quæstiones in civitatibus & pagis artius habitatis. Est autem Nunciatio Operis novi, nihil aliud quam legitima prohibitio facta ædificanti, ut ab opere cœpto desistat, donec satisdet, vel remissio fiat, *l. 1. pr. l. 8. § 4. l. 20 pr. & § 1. h. t.* Estque vel publica, vel privata *d. l. 1 § 16. & 19. h. t.* Publica datur cuilibet civium, juris publici tuendi causa, *l. 3. § ult. l. 1. § 17. & l. 5. § 9. h. t.* Privata est, quæ datur ei, ad quem res pertinet, juris sui conservandi, aut damni depellendi causa, *l. 1 § 19. h. t.*

2. Jus nunciandi in publica causa, habent omnes cives, quia Reipublicæ interest, quam plurimos ad defendendam suam causam admittere. *l. 3. § ult. h. l. 4. h.* si nempe sint idonei, quales non sunt mulieres & pupillus, nisi res privatim ad ipsos pertineat. *arg l. 6. de Popul action.* interveniente tum scilicet tutoris auctoritate, *arg. d. l. 6. & l. 5. in pr. h. t.* Idem de muliere, *arg. l. 1. § 5. de postul. l. 54. de Procurat.* Minor nunciare posse videtur, modo major sit septendecim annis, *arg. § 5. Inst. Ex quib. caus. manum. & § 7. eod. tit. & l. 1. § 3. de Postul.* In concursu præfertur is qui maxime idoneus, aut cujus magis & propius interest, ut de causis popularibus prodirum est in *l. 2. & l. 3. § 1. de Popul. act.* In privata, ut dictum, nunciandi jus datur ei, ad quem res pertinet, *l. 1. § 19. h. t.* idque propter dominium, vel servitutem, *l. un. § 3. de Remiss.* adde Pignus, *l. 9. h. d. l. un. § ult.* Socio in communi ædificanti, socius non nunciat, ne quidem si propriæ ipsius insulæ noceatur, sed eum prohibere potest communi dividundo judicio, vel per Prætorem duntaxat, *l. 3 § 1. 2. 3. h. t.* Si plures sunt socii, necesse est, ut singuli nuncient, quia fieri potest, ut alter habeat, alter non habeat jus prohibendi, *l. 5. § 6. h. t.* Superficiario & emphyteutæ Nunciatio conceditur, *l. 3. § 3. h. l. 16. de Servit. l. 1. in fin. Si ager vectig.* ut & Vasallo, *2. Feud 8. pr. vers. rei autem.* nec non Creditori, qui pignori fundum accepit, *d. l. 17. de Servit. l. 9. h. l. un. § ult. de Remiss.* quod dicere occupavimus. Denique, Tutores & Curatores nomine pupillorum & minorum posse, non est dubium, *l. 7. § 1. h.* servus non potest, *l. 5 § 1.* Inquilinus, Colonus, de jure non possunt, *l. 3. § 3. h.* nisi utilitatis causa, locatoris absentis nomine, *arg. l. 11. pr. l. 13. § 7. Locat. l. 18. § 1. de Judiciis.*

3. Sed an ob quaslibet servitutes nunciare licet? Dic, Non nisi ob prædiales, † quæ hoc nomen stricte sibi vindicant, *§ 9. Inst. de Legat. l. un. § 3. de Remissionibus.*

N. ADDIT.

Bene quod jam correxerit Autor positiones, in quibus dixerat, non ut hic, quod ob omnes prædiales servitutes detur N. O. N. sed quod ob solas rusticas. Quare adjeceram in Scholio hic omissio: Quo argumento autor hanc sententiam ex § 9. Inst. de legatis *probare velit, equidem nulla cogitatione assequi valeo, & contrarium, quod etiam ob urbanas servitutes liceat nunciare novum opus, non solum probatur ex generalitate verborum in* d. l. un. § 3. de remiss. l. 6. § fin. si vero vindicetur. *sed & per clarum textum in* l. 15. de S. P. U. *uti ei, qui*

qui ſervitutem; ne luminibus officiatur, habuit, poteſtas nunciandi conceditur.

Imo qui habet viæ ſervitutem, nunciare nequit, *l. 14. h.* Reſp. is, qui viam habet, domino ibi nunciavit. Etenim Julianus *l. 14.* autor, in *l. un. § 4. de Remiſſ.* idem obſervari vult in omnibus ſervitutibus, quod dixerat in uſufructu, at de fructuario monuerat, eum domino inutiliter, extraneo utiliter nunciare, *d. l. un. § 4. de Remiſſ. l. 2. h. t.* Ergo & in ſervitute hæc obtinet diſtinctio.

SCHOLIUM.

Per d. l. 14. *motus Strauch* XXIII. 4. *in alterum extremum lapſus, ob ſolas urbanas ſervitutes novum opus nunciari poſſe arbitratur, ſecutus, ut videtur, alios a Wiſſenbachio* h. t. th. 3. *recenſitos. Sed reſponſio Autoris ad hanc* l. 14. *uti Julianum ex Juliano explicat, quod interpretandi genus optimum eſt, ita habes quod regeras Wiſſenbachio* d. l. *expoſitiones omnes hujus textus ſtringenti.*

Sed fructuarius non nili procuratorio nomine nunciat, *l. 1. § ult. h.* utilem enim ſervitutum vindicationem non habet, *l. 1. pr. & l. 5. § 1. Si uſufr. pet.* Adde quæ dix. *ad tit. D. Si uſufr. pet. n. 2.*

4. Quod ad Perſonam Nunciatam, non requiritur, ut ſoli domino fiat, ſed ſufficit, ei factum eſſe, qui in re præſenti operisve, nomine domini invenitur, veluti Servo, Mulieri, Puero, Puellæ, Fabro, Opifici, ſimilibusque, *l. 5. § 1. 2.* modo talis ſit qui intelligat, *l. 11. h.* ut domino poſſit renunciare, *l. 5. § 3. h. t.* tametſi dominus ille ſit furioſus vel infans, *l. 10. & 11.*

Quin ſi domino non fuerit renunciatum, nihilominus obligabitur; nam etiam adverſus abſentes, invitos, & ignorantes procedit Nunciatio, *l. 1. § 5. h. t.* hoc ideo, quia in rem fit, *l. 10. h.* & dominus ſibi imputare debet, ſi damno afficiatur, quod de jure ſuo necdum certus ædificaverit, hominesque negligentes operi adhibuerit, *arg. § 3. Inſt. Quib. mod. re contrab. oblig. l. 7. pr. Naut. Caup. Stab.*

SCHOLIUM.

At quid hæc ratio ſibi vult? Sane etiam ſi dominus diligentiſſimos operarios adhibuerit, nunciatio tamen procedet. Puto, autorem reſpexiſſe ad eum caſum, ſi nunciatio facta fuerit illi perſonæ, quæ domino id non renunciaverit, & ita Dominus pergendo ædificare damnum paſſus fuerit, dum poſtea ædificium rurſus deſtruere cogitur.

5. Materia Nunciationis, ſunt Opera, non perfecta & certa, ſed incerta, imperfecta, *l. 1. § 1. h.* non præterita, (de iis enim datur Interdictum Quod vi aut clam,) ſed futura, quæ nondum facta ſunt, *d. l. 1. § 1. h.* ſive inchoata ſive nondum cœpta, de quibus tamen ſuſpicio non vana ſit, ædificatum iri, Schotan. *in exam. ad h. t. arg. l. 1. § 8. l. 20. § 2. h. & l. 15. h.*

6. Modi nunciandi ſunt tres, *l. 5. § 10. h.* quorum ſit primus publica auctoritate, quia publice per perſonam publicam; reliqui duo privata perficiuntur, quia per quemlibet privatum fiunt, nec habent neceſſariam Prætoris additionem, *l. 1. § 2. h.* Publica auctoritate nunciatur per Prætorem, cum is, qui vult nunciare implorat officium Prætoris, ut ipſe per apparitorem prohibeat, *d. § 10.* Treutl. *ad h. t. th. 2. in fin.* Bachov. *ad tit. Dig. h. t.* Privata auctoritate nunciatur vel per Manum, ſive per jactum lapilli, vel per Nunciationem in ſpecie dictam, *d. l. 5. § 10.* Per Manum facta videtur, cum quis manum opponit operi ac lapillum ex ipſo opere vel aliunde ſumptum, jactat in opus controverſum, prohibendi gratia, *l. 20. § 1. Quod vi aut clam. l. 5. § 10. h.* Nunciatio in ſpecie dicta, conſtat nudis tantum verbis, neque intereſt quibus, modo claris, quæ in ſe prohibitionis vim contineant, *d. l. 5. § 10.*

SCHOLIUM.

Diſſent. Strauch. XXIII. 4 *ſolam nunciationem, quæ verbis fit, agnoſcens, reliquos vero modos ad prohibitionem, quæ nunciationi opponatur, referens. Cæterum eſt hujus in terminis. Nam nunciatio etiam late accipitur, ut reliquos modos ſub ſe comprehendat*, arg. L. 1. pr. § 2. l. 16. h. t. *De uſu horum modorum, conſer* Struv. h. th. 3. Wiſſenbach. th. 8.

Eſt & extraordinarius nunciandi Modus, vel inſtar ejus, cum per actionem negatoriam, vel communi dividundo, aut ſimilem, effectum nunciationis conſequimur. Nam ſi hac actione contra vicinum ædificare volentem experiar, isque ſe non defendat, jubetur a judice cavere, non prius ſe ædificaturum, quam ultro egerit, ac confeſſoria actione probaverit, jus altius tollendi ſibi eſſe, *l. 15. & l. 3. § 1. in fin. h. t.* Wiſſenbach. *ad h. tit. th. 10.*

Hoc autem in his modis intereſt: Nunciatio ſimplex adverſarium, cui nunciavimus, facit poſſeſſorem, reliquæ tuentur nobis poſſeſſionem, *& l. 5. § 10. h.* Itaque ſi in ſuo nunciatus quid faciat, quod nobis noceat, ſimplici Nunciatione prohibendus eſt; quod ſi in noſtro, vel per Prætorem, vel per Manum præſtat, *d. § 10.* Præterea, qui ſuo nomine nunciant, jurant, ſe non calumniæ cauſa opus nunciare, hocque juramentum iis,

Prætore auctore defertur, *l. 5. § 14. h.* qui alieno nomine nunciant, satisdant rem ratam Dominum habiturum, etiamsi veri sint procuratores, *l. 5. § 18. h.* non tamen, si sint certi; tales enim satisdare non coguntur, *l. 65. de Procur. l. 1. C. eod. § 3. Inst. de Satisd.* Ad modum etiam pertinet id, quod diximus *ex l. 10. h.* quod in rem fiat, ideoque effectum habeat contra nunciatum ejusque successorem. Item in re præsenti, sive opere ipso facienda est Nunciatio, *l. 5. § 4. h.* ut confestim ab opere discedi possit. Hinc domino in foro facta, nullius est momenti adversus opus, quod interim factum est, *d. l. 5. § 4.* sic etiam, cum pluribus locis opus exstruitur, in omnibus nunciandum est, *l. 5. § . h.* ut Nuncians locum operis demonstret, si forte non totum opus, sed pars ejus contra dominium vel servitutem ejus fiat, *l. 5. § 15. h.* Recte quoque faciet, ut constet, quid post Nunciationem factum sit, si opus factum in testationem referat, *l. 8. § 5. h.*

Denique, omnibus diebus fieri potest Nunciatio, *l. 1. § 4. h* tam festis quam nefastis, non tamen die dominico, per *l. ult. C. de Fer.*

SCHOLIUM.

Utique, si ædificans cesset die dominico, quod regulariter facere debet. Cæterum si ipse ædificans ferias divinas operis suis profanet, & ita periculum sit in mora, quin nunciatio & die dominico fieri possit, non dubito.

Et hoc addendum; quamdiu prima Nunciatio tenet, secunda non admittitur, *l. 13. § 1. h. t.* Quod si ædificans nihilominus in nostro ædificare perseverat, prohibendus est vel interdicto Quod vi aut clam. vel Uti possideris. *l. 5. § 10. h.* vel tenetur Restitutorio, *de quo mox.*

7. Effectus Nunciationis est, quod nunciatus seu jure, sive non jure ædificet, statim post Nunciationem, licet privata auctoritate factam, abstinere debeat ab opere faciendo. *l. 8. § 4. h.* alioqui restituere, hoc est, demoliri debet quod factum est, *l. 20. § 1. h.* Si tamen notorium sit, eum non habere jus, vel etiam non rite fecisse, nec de calumnia jurare velit, impune sperni videtur qui nunciat, *arg. l. pen. ad Exhib.* Bachov. *ad Treutl. vol. 2. disp. 18. th. 1. lit. B.* Præterea, quoties mora vel dilatio periculum aliquod allatura est, vel publica necessitas opus fieri postulat, *l. 5. § 12. h.* item in reficiendo ædificio, effectu caret Nunciatio, *l. 1. § 13. h.* Wissenbach. *ad h. t. th. 1.*

8. Tollitur, ita ut facta est, Nunciatio, publica vel privata auctoritate, *arg. l. 35. & l. 100. & l. 153. de R. J.* Publica per Remissionem, quæ fit a Prætore, eaque duplex est; Una, cum Prætor motu proprio, vel ad petitionem Nunciati, absque causæ cognitione, quia sit manifesta, remittit Nunciationem, *arg. l. 5. § 12. 14. h.* quo casu tamen satisdatio de restituendo, si aliter liqueat, videtur offerenda, *l. 5. § 19. h.* Altera, cum Prætor a partibus aditus utriusque jus summatim cognoscit, ac Nunciationem a privato, vel per seipsum antea factam, quatenus nuncianti jus non est, remittit, ac prohibet, *l. 1. pr. & l. 16. h. t. & l. un. § 2. de Remiss.* & hæc Remissio proprie est Interdictum illud Remissionis, de quo in *lib. 43.* Cognitio causæ ad Remissionem faciendam vel non, intra tres menses est terminanda, *l. un. C. h. t.*

Privata autoritate tollitur, vel partium conventione, *l. 1. § 10.* vel cautione, *l. 20. § 11. & l. 21. § 1. h.* Partium conventione tollitur, cum post Nunciationem paciscor cum adversario, ut liceat mihi opus institutum perficere, *l. 1. § 10. h.* cujusmodi pacto non tollitur Nunciatio publica, *arg. l. 7. § 14. de pact.*

Cautio interponitur duplex, Satisdatio & Repromissio. Satisdatio est cautio, qua fit datis fidejussoribus, *l. 1. Qui satisd. cog.* boni viri arbitratu, *l. 5. § 17.* & offerri potest in omni nunciatione, *d. § 17. l. 8. § 3. l. 20. § 1. & l. 13. h. t.* tollitque & publice & privatim factam, *l. un. C. h.* Repromissio ab iis fit, qui immobilia possident, *l. 15. pr. Qui satisd. cog.* sed tantum in Nunciatione publica, *l. 8. § 3. h.* Cæterum, cautio habet hanc utilitatem, quod remittat vexationem adeundi Prætorem, & desiderandi, ut missa fiat nunciatio, *l. 5. § 17.*

Præterea, Nunciatio tollitur morte Nunciantis, vel rei alienatione, quia morte & alienatione finitur jus prohibendi, *l. 8. § 6. h.* Rursus morte vel alienatione Nunciati non tollitur, *d. l. 8. § f.* quia Nunciatus in stipulatione, quæ ex hac causa interponitur, etiam heredis facit mentionem, *l. 8 § 7. h. t.* Ratio autem est, quod Nunciatio a parte nunciantis est personalis arbitrii, quod in alio sæpe aliter se habet; talia vero non transeunt ad heredes; sed respectu nunciantis in rem fit, non in Personam, nunciatio, *l. 10. & l. ult. h.*

9. Præter interdictum de Remissionibus, de quo *supra*, datur Restitutorium, quod perpetuo datur Nunciantí ejusque heredi & successoribus cæteris, *l. 20. § 6.* adversus eum, qui opus fecit vel factum ratum habuit, ejusque heredem ac successorem, § 7. ad restituendum id quod factum

dum est post Nunciationem, *l. 20. pr. & § 1. h.* hoc tamen discrimine; successores tantum patientiam demoliendi præstant, in pœnam non succedunt, *l. 22. & ult. h. t. l. 3. § 2. 3. de Alienat. jud. mut. caus.* Nunciatus ipse, etiam si is sumptibus cogitur restituere, *l. 20. pr. § 1. 3. h.* vel tantam pecuniam, quanti res est, volenti dabit petitori, *l. 21. § 4. h.* Tertium Interd. est prohibitorium, ne vis fiat ei, qui satis dedit vel paratus est satisdare, & datur heredi cæterisque successoribus, etiam post annum, *l. 20. § 9. 12. 13. 16.*

10. Quod ad usum hujus tituli attinet hodiernum: Qui vicinum suo incommodo ædificare putat, ei testato insinuare potest, ne pergat in ædificando. Sed hæc insinuatio, quæ est verbis facta Nunciatio, non habet eam vim, ut Nunciatus desistere, vel opus demoliri cogatur; non videtur plus operari, quam quod omnes efficiunt protestationes ut conservet jus denunciationis, & ne silentium ejus in argumentum consensus trahatur: Unde liquet, effectum Nunciationis, quæ verbis fit, esse obsoletum. Prohibitio per manum, sive per jactum lapilli, ignota est hodie, nisi quod Batavi illam adhuc apud se in usu esse testantur, referente Grœnewegio *ad l. 5. § 10. h. t.* Idemque de Gallorum moribus scribit Autumnus *in l. 1. § inde h. t.* Quod tamen ulterius, quam ad modum & ritum, non intellexerim; nec enim solo lapilli jactu id, opinor, consequetur Nuncius, ut alter ab ædificando ex continenti desistere, vel exstructa licet jure, restituere, id est destruere cogatur, ut Romæ juris erat. Sed talis effectus haud dubie sequetur ex denunciatione Prætoria, per requisitionem Judicis, cum in jus vocatione ad certum diem facta; Plerumque libellus supplex ædificanti insinuatur, cui additur *Status* quem vocant, sive prohibitio, ne interim pergat in ædificando, sub certa mulcta. Si *status* ejusmodi non addatur, ædificans equidem pergere potest, neque tenetur ad destruendum, seu jure, sive injuria ædificet, ut Romæ; sed Judicii eventus expectandus, & si judicatum sit, eum non habere jus, per sententiam destruere jubetur; si jure ædificaverit, ædificatum manet, etiam post nunciationem. Quin etiam omissis Nunciationibus, nihil quam Provisiones istæ amittuntur. Post ædificium exstructum, non prohibetur is, qui damnum inde patitur, ædificantem in jus vocare, & petere, ut ædificata restituat, hoc est, demoliatur: modo non in fraudem alterius, cum haberet jus servitutis ædificanti ignotum, malitiose tacuerit. Porro cum *moribus hodiernis* actionum nomina non exprimantur, hæc agendi facultas non negabitur ideo, quod quis alio modo suum jus persequi possit, actione communi dividundo, vindicatione Servitutis, Interdicto Uti possidetis, Quod vi aut clam, vel simili; nec fructuarius quidem excludetur, ut recte monet Grœnewegius *ad l. 3. h. t.* Potest quoque non modo petitorie, sed etiam possessorie ex omnibus illis causis, si quis ædificando per alium in usu juris sui turbetur, agere, idque vel solenni Interdicto Curiæ, quod apud locum contentiosum a Commissario interponitur, vel in municipiis a Magistratibus eorumve Delegatis, ei curæ, quam κατ' ἐξοχὴν Politiam vocant, præpositis. Quo victus ad judicium petitorium transire potest, ut in loco *de Interdictis* videbimus.

11. Modi, quibus Nunciatio J. Civili tollitur, omnes hodie non creduntur æque usitati. Sed videamus; Remissio Prætoris fit equidem per sententiam in possessorio vel petitorio, aut Rescripto ad libellos partium, si hoc modo disceptaverint. Satisdatione non remitti hodie Nunciationem, nisi causa cognita & decreto judicis, scribit Grœnewegius *ad l. 20. § 5. h. t.* Bugn. *de LL. abr. l. 1. t. 141.* Autumn. *ad l. 5 & l. 20. h. t.*

Atqui cum nihil sit æquius & civilius, quam ne opera cœpta interrumpantur, quando utrique parti consuli potest; nihil causæ video, cur Jure Civili hac parte standum non sit. Non minus enim hodie locum habet, quam olim, quod ait Ulpianus in *l. 21. h. t.* Per satisdationem *utrique consultum est; tam ei, qui nunciavit, quoniam cautum habet de opere restituendo: quam ei, cui nunciatum est, quia molitio ejus non impeditur, l. 21. § 1. h. t.* Scilicet, quando quis ædificat in suo; nec enim me in possessione mea quisquam prætextu satisdationis turbare potest. Extra hanc causam satisdatio admittenda videtur: Quæ si non admittatur ab adversario, sane decreto Prætoris opus est, quod nescio an velint illi Scriptores; sed tum is, qui non admisit satisdationem, in impensas temerariæ litis damnandus esset. Hæc ita in locis, opinor, ubi Jus Commune viget, quatenus expresse taciteve non est mutatum, etsi forte minus usitatum videatur.

Convention partium tolli Nunciationem hodieque, non est dubium. Sed morte, vel alienatione ejus, qui nunciavit, non extinguitur nunciatio *moribus nostris*, ait Grœnewegius *ad l. 8. § 6. h. t.* ubi diserte ita scriptum est; *morte ejus,*

qui nunciavit, finiri nunciationem, sicut alienatione, quia his modis finitur jus prohibendi. Ille vero contrarium probat ex *l. 20. § 6. & § ult. h.* quibus locis habetur, Interdictum de restituendo, perpetuo dari & heredi cæterisque successoribus competere. Atqui hoc non est Jus cum moribus, sed Leges cum Legibus conferre, & antinomiam arguere; Sed parum abest, quin non intellexerit jus, ut videtur, ille Juris Censor. Interdictum de restituendo datur Heredibus & Successoribus, adeoque post mortem nunciantis & post alienationem, a quo diversa est ipsa nunciatio. Pone Speciem; Qui nunciavit, est mortuus, antequam nunciatus quicquam struxerit, aut res alienata est. Postea nunciatus ædificavit; non tenetur, quia morte nunciantis finita est Nunciatio. Rursus, Post nunciationem perrexit in ædificando. Mortuus est nunciator, aut res alienata deinceps: Ædificans tenetur ad restituendum, *d. l. 20. § 6. & ult.* quia non quæritur jam de simplici meraque Nunciatione, sed de effectu ædificationis contra Leges, & restitutionis; Quæ sunt actus palpabiles circa rem ipsam. Hinc j. dicari potest de sequentibus Grœnewegii, *Non obstat*, ait, *quod his modis*, morte nunciantis & alienatione, *finitum jus prohibendi in persona ejus, qui nunciavit, d. l. 8. § 6. Nam*, pergit ille, *qui in jus dominiumve alterius succedit, jure ejus uti debet, l. 177. de R. J.* Procedit hoc in realibus, cujusmodi restitutio ædificatorum, non in personalibus, ut antea meram nunciationem considerari diximus. Hactenus de jure Civili. Sed quod Grœnewegius concludit; *Igitur Successores citandi sunt ad reassumenda armamenta* *causæ*, censeo locum in Foro habiturum, quando Nunciatio judicialiter est facta, cum in jus vocatione. Si vero nihil evenerit, quam Nunciatio, sive insinuatio simplex, eamque secuta sit mors nunciantis aut alienatio; potest equidem Heres aut Emptor repetere nunciationis insinuationem, & exequi litem; si vero non repetierit nunciationem, neque lis adhuc inchoata fuerit, existimo, ædificantem impune in opere pergere posse, ut fit: Readsumptio, de qua Grœnewegius, habet locum post judicium inchoatum: Nos autem de effectu simplicis nunciationis agimus, in qua non videtur hactenus discrimen Juris & Moris esse quærendum.

In eo potius differentia esse videtur; quod Jure Civili morte nunciati non finitur Nunciatio, id hodie de nunciatione facta verbis. aut per jactum Lapilli, quem ritum supersse dicunt in Hollandia. non potest habere locum; quia tales actus non habent alium juris effectum, quam protestationis, ut *supra* indicatum est; Rursus de lite nunciationis causa inchoata, sine dubio valet, haud aliter quam modo de herede nunciantis dictum est. Ut tandem omnia in hoc resolvantur: Nunciationem judicialiter cum in jus vocatione factam, quæ sola nunc habet juris effectum, non finiri alienatione, neque morte nunciantis aut nunciati, quin a successoribus readsumi possit. Hanc autem committere non debuit Grœnewegius cum textibus juris, qui de genere nunciandi diverso, quod hodie non habet juris effectum, loquuntur.

Tit. II.

De Damno infecto, & de Suggrundis, & Projectionibus.

I. Quale hoc remedium. Actio, quæ datur ex illo. II. Quid si non caveatur; ubi de missione ex primo & secundo Decreto. III. Casus, quibus cessat. IV. Usus tituli.

Damnum infectum, est damnum nondum factum, sed quod futurum veremur, *l. 2. hic.* De eo sic agitur; Qui damnum ab ædibus vicini ruinosis metuit, petere ab eo potest, ut sibi eo nomine caveat: modo se non calumniæ causa id petere, juret, *l. 7. in pr. h.* Cautio fit per repromissionem, quia domus est loco pignoris; nisi quis nomine alieno caverit, tunc enim fidejussione firmari debet, *d. l. 7. pr.* Bona f. Possessor repromissione defungitur, *l. 13. pr. h.* Actio inde nascitur ex Stipulatu ad reparationem damni, intra tempus, quod adjici solebat, accidentis, *d. l. 13. § f. l. 15. pr. & l. 24. § 3. h.*

2. Domino, ut oportet, non cavente, Prætor adversarium ejus in possessionem ex primo decreto mittit, dominoque in contumacia perseverante, etiam possidere secundo decreto jubet, *d. l. 7.*

Missus ex primo decreto. in possessione tantum est custodiæ causa, *l. 4. § ult. de Acquir. poss.* Ex secundo decreto missus, pro domino possidet, imo dominus constitui dicitur, *l. 5. § 16. h.* &

rem

rem vindicare poteſt, *l. 7. § 9. Comm. div.* Denique, hæc miſſio dicitur alienatio non voluntaria, *l. 1. pr. de Fund. dot.*

Contra, per longi temporis poſſeſſionem acquiri hoc caſu dominium, ſcriptum eſt in *l. 5. pr. & l. 15. § 16. h.* Et ex *l. 12.* diſcimus, eum, qui miſſus eſt ex ſecundo decreto, comparari cum creditoribus; qui certe non ſunt domini. Unde liquet, verum & irrevocabile dominium, non niſi poſt longi temporis poſſeſſionem acquiri; quanquam aliqui effectus dominii, reſpectu tertii, ex ſecundo decreto proficiſcuntur.

Datur & actio in factum, de damno dato, ſi miſſus in poſſeſſionem non fuerit admiſſus, *l. 15. § f. & l. 17. § 3.* quæ eſt perpetua, *l. 17. § 3. h.*

Cautione prius non interpoſita, dominus ædium de damno ruina dato non tenetur, nec quidem cogi poteſt, ut rudera tollat, ſi omnia pro decreto habeat, *l. 6. h. t.* quod temperandum, niſi ex juſta cauſa non potuerit exigi cautio, *l. 9. in pr. h. t.*

3. Ceſſat actio damni infecti, quotiescunque alia actione damnum datum ſarciri poteſt, *l. 32. ſub fin. hic.* Item ſi quis in ſuo quid jure ſuo faciat, *l. 24. § ult. & l. 26. hic.* ſi vitium ſit naturale, aut vi ventorum contigerit, *d. l. 24. § 2. § 3. 4. 5. § 9. § 10. & l. 43. hic.*

In Rubrica eſt etiam de ſuggrundis & de projectionibus, de quibus dix. *ad tit. de Servit. urb. præd.* de quibus heic ideo, quia maximus damni infecti metus eſt ab ejusmodi prominentiis, agitur.

4. Moribus hodiernis hunc Titulum exoleviſſe, neque cautionem exigi, nec miſſionem in poſſeſſionem concedi, tradunt Autumnus, *Conſer. ad l. 4. prætor. h. t.* Grœnewegius *ad h. t.* verum adverſus non caventem de damno infecto, proteſtandum eſſe, quæ proteſtatio cautionis vicem obtineat. In Saxonia tamen hujus Tituli uſum non eſſe abolitum,* nec inuſitatum, ſcribit Thomaſius ad *poſit. 8. h. t.*** Apud nos ſententiam hujus Edicti uſu frequentari, vix animadvertere datum eſt. Plerumque domini ædium ruinoſarum ſunt inopes, & vicini non ſolent eas tanti facere, ut per multas juris ambages ejusmodi ædificiis potiantur. Ideoque ita fere accidit, ut Magiſtratus illis manus injiciant & ſi dominus contumaciter abſit, nec ad reparandum cogi poſſit, vendant domus cum onere eas reparandi; vid. Ant. Matth. 1. *de Auction. c. 5. n. 9. & c. 19. n. 60.* Non dubito tamen, quin apud nos, ſi quis tanti æſtimet domum ruinoſam a domino delertam, miſſionem in poſſeſſionem, ſi velit, impetrare poſſit; aut ſi dominus ſolvendo ſit, verum contumaciter reficere nolit, quin hoc caſu jure civili experiri poſſet, per regulam generalem; *Jure, quod Statutis, aut diverſo rerum ſtatu non eſt ſublatum, nil prohibet uti.*

TIT. III.

De Aqua & Aqua pluvia &c.

I. Prima pars Rubricæ de Aqua. II. Actio de Aqua pluvia arcenda explicatur. III. Quibus caſibus ceſſet. IV. Uſus Tituli.

Rubrica videtur indicare duas partes, ut prior contineat obſervationem de Aqua; veluti jus aquæ non poſſe alicui concedi, niſi conſentiant omnes, qui jus Aquæ habent & domini, licet ea non poſſint uti, *l. 8 & ſequ. h. t.* Adde *l. 11. l. 17. pr. & § 1. l. 18. § 1. & l. ult. h. t.* Item ne aqua ducatur ex flumine navigabili, *l. 10. § ult.* neque per viam publicam, ſine permiſſu Principis, *l. 18.* Altera pars agit de Aquæ pluviæ arcendæ actione.

2. Hæc actio datur domino fundi, qui ex opere manu facto in vicini fundo metuit damnum ex aqua pluvia, adverſus dominum loci, in quo factum eſt; in id, ut opus reſtituat, hoc eſt, tollat quod factum eſt, *l. 1. pr. & § 2. h.* eſtque perſonalis, non in rem actio, *l. 6. § 5. h.* Et quidem ſuis impenſis reſtituit, ſi illud fecit, aut facere curavit; impenſis actoris, ſi nulla ſit in culpa, *l. 11. § 2. § fin. & l. 12. eod.* una cum damno & eo quod in-

* Non eſt tamen in uſu apud nos miſſio, quæ ex primo, nec quæ ex ſecundo decreto fit, Weſenb. *in Paratitl. tit. de damn. inf. in f. j.* Schilter. *ad ff. Ex. 42. §. 37.* de pœnis contumaciæ actum eſt *P. II. p. 605. ſq.*

** Addatur Hl. Mencken. in *Theor. & Prax. D. b. p. 1085. ſeqq.* qui ibidem obſervat, jure hodierno apud eum, qui inferiorem Jurisdictionem habet, hanc civilem cauſam tractari debere, per Landes-Ordn. *d. An. 1555. tit.* was zu Ober- und Nieder- oder Erb-Gerichten gehörig. § und alle. quamvis jure civili delegatio majoris magiſtratus intervenerit. *l. 1. l. 4. §. 3. h.*

tereſt

tereſt, quod ea occaſione poſt litem conteſtatam accidit, *l. 11. § 3. & l. 14. § 2 hic. & Cujac. in pr. eod.* Si colonus fecerit, dominus tantum patientiam tollendi præſtat, colonus impenſas, *l. 4. § 2.* idemque juris eſt, ſi procurator, ignaro domino, fecerit, *d. l. 4. § ult.* Tranſit autem hæc actio ad ſequentem poſſeſſorem, etſi opus antea factum ſit, *l. 4. § 1.* Si aqua de cœlo non veniat, interdicto quod vi aut clam agendum *l. 3. § 1. h.* junctа *l. 5.* ubi & colonus eodem remedio tenetur; Interdictum enim iſtud utile eſt, ubi termini hujus actionis deficiunt. Sic & fructuariis idem datur, aut etiam utilis hæc ipſa actio, ſi Quod vi aut clam, minus conveniat, *l. 22. pr. h.*

3. Ceſſat hæc actio, ſi opus publice ſit factum, *l. 2. § 3.* ſi ad fructus colligendos, *l. 1 § 3. & 7.* ſi vi ſervitutis ſit fructum *l. 2 § ult.* quo pertinet, ſi a tempore immemoriali opus fieret, *d. l. 2. § 3.* Si quis in ſuo quid fecerit, quod per conſequentiam noceat vicino, *l. 1. § 11. & 12. h.* abſque animo ſcilicet maligno. *d. § 12.*

4. Et quidem hujus Tituli uſus frequens eſt, in his præſertim regionibus aqua pluvia plerumque reſtagnantibus. Niſi quod diſcrimen inter hanc Actionem & Interdictum Quod vi aut clam, non attenditur in Foro, nominibus actionum nullo uſu a ſe invicem diſtinctis.

Tit. IV.

De Publicanis, Vectigalibus & Commiſſis.

I. Continuatio. II. De publicanis & eorum inſolentia. III. Quomodo teneantur. IV. De vectigalibus; a quo conſtituantur, quibus rebus imponantur. V. Quomodo percipiantur. VI. An mulier poſſit conducere vectigalia. VII. An filiifam. poſſint. VIII. De Commiſſis, ratio nominis. IX. Rigor eorum. X. Quatenus ad heredes tranſeat actio.

Placuit Auctoribus Artis, hunc titulum, ad jus publicum maximè pertinentem, heic loci collocare, propter Edictum Prætoris, quod eſt heic *in principio*, & quod in Edicto perpetuo relqua Prætoris Edicta ſecutum eſt. Rubrica ſe diſtinguit in tres partes, De *publicanis*, de *vectigalibus*, & *de Commiſſis*.

2. Sunt autem publicani conductores vectigalium, *l. 1. § 1. h. t.* aliter Redemptores, *l. 60. l. pen. l. cati.* etſi proprie Redemptor ſit, qui *faciendum* aliquid, ut templum vel porticum, aut *præbendum*, ut annonam exercitui, conduxit, auctore Feſto. Publicani autem erant Mancipes, vel prædes eorumque ſocii. Mancipes, qui immediate a Fiſco conducebant, quia *manu* ſublata conductores ſe profitebantur, quaſi manu caperent conductionem. Prædes erant ſponſores mancipum, etiam manceps etiam Præs vocatur, ut Feſtus ſcribit. Socii reliqui, in partem quæſtus, vel jacturæ, a mancipibus & prædibus recipiebantur, ut idem Feſtus. Hæc eodem fere modo hodieque ſe habere videmus. Principes autem publicanorum, erant ut plurimum equites Romani, ut ex Ciceronis epiſtolis & alibunde *paſſim* liquet. Hi deinde aliis, ſingulorum locorum vectigalia ſublocabant, qualis redemptor pontis *d. l. 60. § pen.* Iidem quoque publicani dicebantur, in Evangelio τελῶναι; de quibus imprimis accipiendum, quod Ulpianus in *l. 12. h. t.* ſcribit. *Quantæ audaciæ, quantæ temeritatis ſint publicanorum factiones, nemo eſt qui neſciat.* Nam publicani principes & Romani equites honeſtiores fuere, quam ut illis probra in Evangelio & in *l. 12.* imputata, convenire videantur, aut etiam verba *Suidæ*, qui adſcribit illis πεπαῤῥησιασμένην βίαν, *Vim libertate quidvis dicendi præditam*; Ἀνεπιτιμήτεν ἁρπαγήν, *Rapacitatem irreprehenſam*; Ἀναισχυντον πλεονεξίαν, *Impudentem avaritiam*; Ὑπαγμάτειαν λέγον μὴ ἔχουσαν, *Negotiationem, cujus ratio non redditur*; Ἀναιδῆ ἐμπορίαν, *Impudendam mercaturam*, quæ Græce aliquanto fortius exaudiuntur.

3. Porro ſi quid Publicani, hoc eſt, vectigalium Conductores, per vim exegerint illicite, in quadruplum; ſi ſine vi, in duplum tenentur, & extra ordinem plectuntur, *l. 1.* & *l. 9 § 5.* quæ actio talis eſt, ut reſtituendo antehac conceſſatam, publicanus pœnam evitare poſſit, *l. 1. § 4.* & *l. 5. h.* Niſi actione de vi bon. rapt. conveniatur, quæ ſimpliciter in quadruplum eſt, *l. 1. § 4.*

4. Hæc eſt prima pars Rubricæ. De vectigalibus eſt altera. Sunt autem proprie vectigalia, præſtationes impoſitæ rebus, quæ invehuntur aut evehuntur, portoria dicta, quo pertinent ſpecies enumeratæ in *l. 16. § 7. h. t.* Sed generatim quælibet præſtationes, etiam agris & pecudibus impoſita tributa, *l. 1. & ſeqq. C. de exact. tribut.* *l. 1. de*

l. 1. de Ann. & trib. Vectigalia dicuntur, ut est Scriptura, quam Pastores, & Decuma, quam aratores solvebant, Pacius *hic n. 3.* Jus constituendi vectigalia, merito inter jura Majestatis refertur. Non Præses Provinciæ, non Curia Civitatis sine Imperatoris, aut ejus qui summam potestatem habet, consensu ea constituere, reformare, iis addere, vel diminuere potest, *l. 10. in pr. h. t.* Imo in plerisque locis, ne Reges quidem & Summi Principes hoc jus soli habent. Quippe cum pecuniæ cuncta pareant, Populi, quibus non est animus infinitæ principum potestati atque libidini se dedere, dant operam, ne principes sine populi procerumve consensu vectigalia imponere possint; Quod hi sicum consensum ab aliis boni publici postulati suspendere queant. Sed hæc aliaque ad juris publici politicesve disciplinam pertinent. Jure civili præstantur vectigalia non propter quaslibet res, sed de quibus id est expressum, agris, pecudibus, mercibus, quibus homines facilius carere possunt, quales enumerantur in *d. l. 16.* § 7. Nam de rebus necessarii usus, maxime victus causa paratis, vectigalia solvi, moris apud veteres non fuit. Laus hujus inventionis nostro seculo debetur; Italiæ principibus primum, dein ad aulam Gallicam, inde ad Germanos principes nihilo sequius progressa, ne liberis quidem populis neglecta: quas inter Belgæ ad tuendam libertatem, in se ipsis exigendis omnium ferme acrimoniam superarunt, ac ita libertatem auream & inæstimabilem esse, demonstrarunt: Ut nihil fere sit relictum humanis inserviens usibus liberum, & vectigalis expers. Immunis scil. nemo est, nisi fiscus, *l. 9.* § *ult.* exercitus, § *pen. ibid.* & præsides provinciarum, de his, quæ ad ipsorum usus sunt necessaria; * sic tamen, ut manu sua publicanis indicare debeant, quid acceperint, *l. 4.* § *1. h. t.* quo modo & olim immunitas hujus Academiæ Franequeranæ exercebatur.

5. Perceptio vectigalium fit vel per collectores, aut Quæstores ad hoc a Republ. constitutos, vel per Redemptores sive publicanos, de quibus dictum. Collectio fieri solet in Tributis, quæ facilem habent explicationem, ut est census bonorum, agrorum, domuum, quæque viritim fiunt contributiones. Sed quæ difficiliorem habent exactionem, locari solent mancipibus & prædibus. Neque tamen his ipsis collectio permittitur, sed Respublica nihilominus habet collectores suos, a quibus vectigalia exiguntur, donec expleta sit summa Fisco promissa; Reliquum est pro publicanis: Qui, si quid desit, de suo videlicet, hoc supplere coguntur, aut luere in pelle, si non habeant in ære, quam Regulam in delictis receptam, *l. 1.* § *ult. de Pœn.* ad publicanos utilitas publica fere produxit.

6. Conducere autem possunt vectigalia, qui non prohibentur; quales sunt debitores fisci, & inprimis reliquatores vectigalium, nisi priora debita solverint, aut datis sponsoribus de illis abunde caverint, *l. 9.* § *2. & 3. h. t.* Tutores & Curatores, antequam rationes reddiderunt, *l. un. C. Ne Tut. vel Cur. vectig.* Rationem reddidimus ad *tit. Inst. de Excusat. Tut. n. 2.* Mulieres non prohibentur, quod constet; Imo Moschis mulier debitrix fisci ex causa vectigalium, memoratur in *l. 47. de jur. Fisc.* quod tamen de modico vectigali privatim locato, capiendum videtur. Nam ut publica locatione mulier fiat manceps, & præsit vectigalibus exigendis, procul nimis a sexus verecundia & juris Romani disciplina recedit, *arg. l. 2. de R. J.* Arcetur mulier a publicis cœtibus, *l. 1.* § *5. de Postul.* non poterat argentarii munere fungi, *l. pen. de Edend.* quod non magis erat publicæ occupationis quam conductio & exercitio vectigalium. Non erret igitur, qui sic sentiat: Regulariter mulieres non posse vectigalia conducere, ut publice ab illis exerceantur; Non prohiberi tamen penitus, si qua sint exigua certi loci, & modicæ occupationis. Aliter D. Wissenbach. *ad h. t. th. 21.*

7. Idem Filios familiarum vectigalia conducere posse, negat *ibidem* argumento prope minus idoneo, quam quo de mulieribus affirmativam probavit. Ulpianus in *l. 3. in pr. de SC. Macedon.* negat, privilegio Senatus-Consulti esse locum in eo, qui publice Paterfamilias plerisque videbatur, sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur, unde, subjungit *in* § *1.* cessare SCtum in filiofam. qui vectigalia conducta habebat: Inde colligunt, filiumfamilias non posse vectigalia conducere. Minus valide; Nam primo narrat Ulp. filiosfamiliarum extitisse, qui vectigalia conducta haberent; cum de mulieribus, una sola

* Sic *Ref. Grav. 1601. tit.* von Cammer- und Rent-Sachen *gr. 9.* eos, qui in Sax. El feuda possident, ratione eorum, quæ in familiæ usum advehunt, vel ex fructibus in feudo natis transferunt venumque exponunt, a vectigalibus declarat immunes, modo exhibeantur eorum attestata, die Frey-Paß-Zettel. j. struv. *Obs. Feud. c. 12. Obs. 2.* Schultz. *Syn. Feud. c. 7. n. 150.*

Moschis, debitrix e conductione vectigalium, referatur in *d. l.* 47. Si exemplum Moschidis, quæ tantum fuit debitrix e vectigalibus, probet hanc thesin; mulieres posse publicanos esse, quanto magis ad hoc valebit, quod filiifamilias extitere, qui vectigalia conducta habebant? præsertim quia filiisfam. majoribus annis 25. nihil obstabat? quatenus constat, patriam potestatem in publicis causis non esse impedimento, *l. 9. de His, qui sui vel al. jur.* Et de filiisfamiliarum est regula, quod ex omnibus causis æque obligentur, ac patresfamiliarum, *l. 39. de O. & A. & l. 17. de Judic.* possunt igitur filiifamilias conducere vectigalia, minusque illis obstat, quam mulieribus; Attamen non solitos, qui mdiu extant in patria potestate, tantis se miscere negotiis, arguit Ulpianus in *d. l. 3.* nec aliter se rem hodie habere, docet usus magister. Dissent. D. Wissenb. in *d. th. 21.*

8. Tertia pars tituli est, de Commissis. Proprie Commissum heic est factum, quo quis impegit in legem de vectigalibus. Suetonius in *Calig. vectigalibus indictis neque propositis, cumper ignorantiam scripturæ multa* COMMISSA *fierent. c. 41.* Ulpianus, *Commissa vectigalium nomine etiam ad heredes transmittuntur, l. 14. h. t.* Ratio nominis est, vulgata locutio, committere in legem, *l. 39. ad L. Jul. adul. l. ult. de lege Commiss.* committere in pœnam, *l. 23. § 1. de Recept. qui arbitr. l. ult. in fin. Quod quisque juris in alt.* Sæpe etiam sine præpositione; *committere multam*, Cicero *pro Cluent.* committere Edictum, id est, facto aliquo incidere in pœnam Edicti, *l. 8. § ult. l. 10. § 14. de Conjung. cum emanc. & l. 126. de Legat. 1.* Quin etiam res, quæ in pœnam commissi publicantur, concisa dictione *committi* dicuntur; committi in publicum fundus, *l. 17. § ult. ad Sc. Vellej.* prædia, *l. 37. de Negot. gest.* homo committit Fisco, *l. 2. C. Si serv. export.* commissis mercibus, *l. 11. § 2. h. t.* Plena locutio est, pro commisso teneri, publicari: Quintilianus; Quod *quis professus non est apud publicanos, pro commisso tenetur, Declam. 342.* Cedunt igitur Commissa Fisco,* ut dictum, vel eis, qui jus Fisci jure conductionis habent, *l. 11. C. de Vectigal.* In quibus locis nihil est contrarietatis, ut velle videri D. Wissenbach. *th. 22. h.* scripseram in *position. 7.* Sed vindicat Præceptorem nostrum D. Thomasius, in scholio ad *d. pos. 7.* his verbis; Imo non *videtur.* Nam verba Wissenbachii, *Verum contrarium aperte reseriptum est &c.* non referenda sunt ad immediate præcedentia, sed ad ea, quæ in *pr. d. th. 22.* leguntur, *Primo intuitu &c.* Non contendam in hoc articulo, dixerit hoc tantum D. Wissenb. Etsi Commissa Fisco cedant, ac ita publicanis cedere non videantur, contra tamen esse constitutum.

9. Porro lex de commissis satis est rigida; Neque tantum merces committuntur, sed & navis & quæcunque in ea continentur, licita cum illicitis, *l. 11. § 2. h. & l. 3. C. de naut. fœn.* Ignorantia vel error a commisso non excusat; ut tamen si probabilis sit error, duplo vectigalis defungi possint, *l. ult. § 10. h.* Minoribus 25. annis errantibus ignoscendum, *§ 9. ibid.* qui vero merces professus est, sed vectigal non solvit, is est liber a pœna, *§ 12.*

10. Actio de Commisso, datur & in heredes, non quod pœna heredes affligat, sed quia defunctus dominium vivus jam amiserat: quod proinde per se avocari potest, *l. 14. h.* ipsum vero crimen fraudati vectigalis & pœna, non transit ad heredes, *l. ult. § pen. h.* conf. *l. 8. pr.* Heres quoque publicani, non aliter quam locupletior factus tenetur, *l. 4. pr.* Et plures publicani, seu plures qui professi non sunt, singuli pro partibus tenentur, *l. 6. h. & l. 46. § ult. de jur. fisc.*

Tit. V.

De Donationibus.

I. Donationem non esse Contractum, attamen sine acceptatione non valere. II. Posse tamen acceptationem fieri post mortem donantis. III. Quid usu hac de re fiat. IV. De conventionibus

* Jure Saxonico Electorali pœnam commissi obtinere, affirmat Modest. Pistor. *Vol. 2. Cons. 48.* negat Carpz. *P. 4. C. 41. def. ult.* quoniam in defraudatores teloniorum mitior, quadrupli scilicet, pœna constituta, *LR. l. 2. art. 27.* Richt. *ad Autb. Habita. C. ne fil. pro Patr. P. 3. memb. 2.* ac arbitraria pœna *conflit. Elect. inedit.* definita sit. j. tamen *Ref. Gr. d. An. 1661. gr. 114* § Wenn wir nun. *Mand. El. d prohibita exportatione frumenti d. An. 1662.* § überdiß soll. *App. Corp. Jur. Saxon. pag. 77.* Das Saltz-Licent-Patent *d. Ann. 1657. Appell. C. S. pag. 91.*

omnis

omnia bona transferendi, non lucrativis. V. De personis donare prohibitis. VI. De revocatione donationis. VII. De actione in id quod interest.

Non fuisse Conditores Artis in ea sententia, quod donatio sit Contractus, ut probatum est a nobis ad *Tit. Inst. de Donat.* id ex hac quoque methodi ratione colligi potest, quando procul a contractuum sede, in locum, ubi de variis, quasi per saturam, rebus a contractibus alienissimis tractatur, hic titulus est sepositus: Verum subtile discrimen esse, quo donatio a contractibus distinguitur, cum *prædicto* loco diximus, tum res loquitur. Ideoque in systemate Jurisprudentiæ hodiernæ & vernaculæ, non visum fuit evitandum, quin & Donationem inter Contractus referremus, *Part. 1. lib. 3. C. 14.* Certe eodem modo illam, quo contractus, id est utriusque voluntate, perfici, certa res est. Adeo ut donatarius e declaratione donantis, si quidem ipse non acceptaverit, præsens vel absens nihil acquirat, *l. 10. h. t.* Quippe donatio *μονομερὴς ab una parte* facta, non valet, ut docet Cujacius *12. obs. cap. 28.* idque ad usum applicat in *consult. 47.* estque eadem sententia pragmaticorum, quos recenset Sandius *lib. 5. Decis. tit. 1. def. 1.* Consequenter, si donatarius ante acceptationem moriatur, donatio sit caduca, nec ad heredes transmittitur, ut idem ex ratione juris & auctoritate multa probat. Sed recentiores quidam Pragmatici tradunt, hodie donationes absentibus & ignorantibus factas, si per Notarium aliumve donatarii nomine fuerint acceptatæ, valere. Grœneweg. ad *l. 10. h. t.* laudans auctorem Grotium *l. 3. Introd. 2. n. 21.* Zypæ. *Not. jur. Belg. de contrah. stipul.* & alios, etiam Sandium *d. lib. 5. tit. 1. def. 1.* & hunc quidem malè. Scribit enim contrarium his verbis: Nec *sufficit, si Tabellio donatarii nomine donationem acceptaverit, nisi donatarius ad id ei mandatum dederit, vel id postea ratum habuerit.* atque *ibidem* Sandius perspicue refellit Antonium Fabrum, qui inter errores pragmaticorum refert hanc sententiam; quod donatio non obliget, nisi acceptata fuerit, *Decad. 47. err. 1.* qui abutuntur *l. 35. § sed si quidem. 5.* verbis: hoc *facere quod instituit. C. de Donation.* Veritsimum enim est, iis verbis non excludi acceptationem; maxime, postquam Justinianus eodem modo perfici donationem, quo Emptionem venditionem, sanxit *d. l. 35. § 5. & § 2. Inst. de Donat.* Atque hanc sententiam Curia nostra sequitur, & novissime secuta est in hujusmodi exemplo. Lucius Titius Advocatus, cuidam amico suo patrocinatus erat & dixerat coram testibus, absente amico, se donare salaria sua liberaliter isti amico. Post mortem Advocati, sorores ejus heredes, amicum illum conveniunt & petunt salaria. Respondebat, ea sibi donata fuisse, & probabat quod diximus; sed non, quod ipse, vivo Advocato, donationem acceptasset. Condemnatus igitur est ad solvendum, in *Causa A. & B. Feikema, contra Heronem Johannis Apothecarium. ante ferias Caniculares 1681.*

2. Dicat aliquis, Acceptatio potest fieri ex *post-facto.* Et quidem post mortem donantis a donatario, ita ut donatario quidem sine acceptatione mortuo, heredes ejus nihil petendum habeant, sed donatore mortuo, donatarius suo consensu donationem perficere potest, quod a Grotio traditum in *lib. 2. de jur. B. & P. c. XI. n. 17.* cum ratione juris bene consentit, etsi *ex l. Nec ambigi. C. h. t.* quam citat Grotius, non probetur. Quare igitur in superiori exemplo, cum Hero cliens post mortem Advocati donationem salariorum acceptasset, non fuit absolutus? Quia sorores Advocati heredes, eam declarationem defuncti, quæ adhuc nullam habebat vim obligatoriam, retractaverant. Quod si Hero ante litem motam insinuasset heredibus Advocati acceptationem suam, puto, condemnari non potuisset. His, qui dissentiunt, donatarius tacite consentire videtur; nemo enim facile dissentiat in causa lucrativa: sed validius est, quod ad acquisitionem opus est actu animi, & ad actum animi, declaratione, ut Grotius *d. cap. XI.* demonstravit: Præterquod sæpe fit, ut aliquis hic & nunc, ab hoc & illo, donationem non agnoscere malit. Dicuntur etiam esse gentes, quæ donationes haud aliter valere patiuntur, quam si traditione impletæ fuerint, neque donatorem ad tradendum cogi posse, quam sententiam Gallis quibusdam & Gelris tribuit D. Voetius, ad *tit. Inst. de Donat. pr. n. 3. & ad § 2. n. 5.*

3. Cætera, quæ ad Donationes pertinent, quantum nobis quidem constat, ad *tit. Inst. hujus Rubricæ* executi sumus. Quæ ad definitionem spectant primo; deinceps divitionem, & requisitum Insinuationis, ubi *num. 5.* de Donatione omnium bonorum breviter posuimus,* eam videri non illicitam, ne futurorum quidem & præ-

* Apud nos donatio omnium omnino bonorum mortis causa, non nisi judicialiter facta valet, *P. 3. C. El. §*

sentium, quia textus generaliter loquitur in *l. 35. § 4. h. t. & l. 1. C. de revoc. donat.* nec solidi quicquam donationi magis obstat, quam oppignorationi hac parte, *l. ult. C. Quæ res pign.* Unica objectio est de facultate testandi, quæ adimi non possit. Sane hac propositione nihil est verius, quod attinet ad declarationem solius Patrisfamilias, qui tametsi juraverit, se non facturum esse testamentum, quod tamen fecit deinceps, id valet, quia nemo potest sibi talem dicere legem, *l. 6. § 2 de Jur. codicill.* nec etiam pactis cum alio, juri testandi renunciare, *l. 15. C. de pact. & l. 5. C. de pact. convent.* Sed quo minus paterfamilias aliud quid agat, quo per consequentiam testandi facultas intercipiatur, modo in actibus illis nihil sit bonis moribus contrarium, difficile dictu est, quid impediat. Contrahendo æs alienum majus quam in bonis est, dando sese in arrogationem, potest aliquis intervertere testandi facultatem; donando omnia bona præsentia, quod licere non dubitatur, perit testandi facultas his, qui deinde non augent patrimonium, ut palam est evenire sæpissime. Ejusmodi homines non possunt deinde facere testamentum, quemadmodum nemo jus aliis contractu quæsitum, per ultimam voluntatem auferre potest; Non quod per actus inter vivos Hereditates deferantur; id enim fieri non posse, juris Autores tradiderunt, *d. l. 5. C. de pact. convent.* Sed videndum est, an contractus valeant: quod si constet, non ideo fiunt inutiles, quia per eos paterfam. amisit testandi potestatem, vel potius materiam. Sicut omnium bonorum donatio præsentium, non evertitur eo, quod per eam testandi facultate se videt esse privatum, ita ne quidem donatio futurorum bonorum inde refelli potest, quod per eam donator nihil sit habiturus, de quo testetur. Societas equidem ita non potest iniri, ut testandi libertas per eam minuatur: sed hoc ideo, quia nulla post mortem societas durat, *l. 2. § 9. D. Pro socio;* quæ res ideo donationi non obstat. Quin nec hoc prætereundum; quod sicut donatio omnium duntaxat *præsentium bonorum*, spem aliquam relinquit, fore ut donator non sit carituras omni donationis materia, similiter in donatione præsentium & futurorum, talis spes non plane deficit: Potest enim, si quis velit, ejusmodi donatorem deinceps heredem instituere, vel legare ipsi aut donare, sub hac lege, ne res illæ ad donatarium pertineant. Legem enim quisque suæ rei, quam vult, imponere potest. Hæ rationes facere videntur, ut si donatio vel conventio, de transferendis omnibus bonis, tam futuris quam præsentibus, inita sit, juris effectu carere non debeat, Coras. *6. miscell. 12.* Wissenb. *ad h. t. th. 11.*

4. Plane ego nullus, inquam, video, quare, si donatio præsentium bonorum & futurorum ideo non valeat, quia testandi libertatem adimeret, quomodo simplex omnium bonorum donatio, in patrefamilias, qui deinde res suas non auxerit, testamento prævalere queat. Et tamen si verum est, quod omnes fatentur & textus clare docent, ejusmodi donationes valere, debent esse irrevocabiles. Sed parum abest, quin vulgo ita in Foris existiment: Ejusmodi donationes omnium bonorum debere traditione impletas esse; Conventione tantum factas, non impedire testamentum contrarium, nec forte jura legitima, ut hactenus valeat dictum Gallicæ alicubi praxeos, DONNER ET RETENIR NE VAUT; *donare & retinere non valet.* At hanc interpretationem legibus repugnare, manifestum est ex *d. l. 35. § 5.* ubi de ipsa donatione universitatis, quod sine conventione sola perfectæ sint, nec quo minus futura sub illis expresse comprehendantur, quicquam in Jure quidem obstat, ideoque testamento, magis esse videri, ne infirmari possint.

5. Verum in Foro diversum obtinuit, non tanquam juri derogetur, sed ex sententia Interpretum Juris, ut diximus *ad Inst. h. tit. n. 5.* quibus adsentitur Grotius *lib. 3. Introd. cap. 2. n. 16.* Imo Græwegius absolute, *Donatio universitatis, sive omnium bonorum*, inquit, *moribus nostris adversatur, ad l. 35. § 4. C. h. t.* laudatis Autumno ad eundem locum, & Bugnonio *lib. 2. de LL. ab-*

Damit nun. adeoque etiam coram quinque testibus aut pluribus suscepta, non subsistit, Carpz. *ad eund. def. 23.* conf. Richt. *dec. 22. n. 35.* j. Carpz. *P. 3. C. El. 2. d. 8.* & tempore pestis coram duobus testibus facta, pariter nullitatis vitio laborat, Carpz. *P. 3. C. El. 1. d. 34.* j Richt. *dec. 23. n. 25.* cessare autem in hujusmodi donatione omnium bonorum Falcidiam in Saxonia, ex *P. III. C. Elect. 1.* constat, ubi vide Moller. *num. 3.* etiam Jure Saxonico communi a. Land. R. *2. art 30. Consult. Sax. tom. p. 2. qu. 18. num. 5.* Jac. Schultz. *ad Modest. Pist. P. I. qu. 49. n. 16.* contrarium tuentibus, Modest. Pistor. *d. l.* & Colero *P. I. d. 12. n. 72.* Carpz. *ad d. C. def. 5. n. 1.* Richtero *dec. 22. n. 28. & Vol. 2. Cons. 313. n. 7.*

rog. sect. 98. utidem tradentibus; Quod est manifesto juri scripto contrarium. Credo, hoc eos de donatione, sola convention perfecta, ut modo, intelligere, quod illa non impediat testamentariam, vel legitimam successionem. In locis ubi jus civile regnat, hoc est, ubi servatur quatenus specialiter non est abrogatum, ut apud nos; existimem, non posse Judices a clara lege recedere, quæ donationes omnium bonorum sola quoque conventione perfectas probat, quibus ideo ne testamento quidem derogari posse dicendum. At super donatione præsentium & futurorum, quoniam hæc legibus non exprimuntur, integrum erit, sequi communiorem sententiam. In Curia nostra super ejusmodi donatione disceptatum est, paulo antequam e foro discederem; Mulier Harlingana, donaverat inter vivos sponso, *ante omnia vincula matrimonii*, sic erant verba, omnia sua bona præsentia & futura. Deinde, cum maritus perverse consuleret, testamento facto, alios heredes instituerat. Donatio non erat actis insinuata. Sed judicatum est deinde pro testamento, contra donationem absolute; at ejusmodi meritis mali moris circumstantiarum, ut si donatio simplex omnium bonorum fuisset, idem futurum fuisse, ut judicaretur, existimem: Cujus rei argumentum habui, quod ne quidem approbata est illa Donatio, respectu bonorum, quæ donatrix tempore donationis habuerat, imo ne quidem usque ad summam quingentorum aureorum. Qua tamen parte valere debebat regula, quod utile per inutile non vitietur; nominatim quod sancitum est, donationes, quæ ob magnitudinem suam infirmantur, absque insinuatione valere usque ad quantitatem lege præscriptam, *l. pen. § ult. C. de Don.*

Idem juris est in conventione non mere lucrativa, de bonis omnibus in alium transferendis, quod omnino distinguendum est a pacto successionis. Hoc enim non valet, ne quidem ad pias causas, nec titulo quidem oneroso, per sæpe citatas *l. 5. C. de pact. convent. l. 15. C. de pactis. & l. ult. de Suis & legit. hered.* Exempli gr. Xenodochii Leovardiensis Curatores, mulierem quandam receperant alendam, pro certa pecuniæ summa: cum pacto, ut idem Xenodochium eidem mulieri, suo tempore, in omnia bona succederet. Hæc deinde fecerat testamentum, & de bonis suis aliter disposuerat. Approbatum est a Curia testamentum, eodem *Anno 1682.* Quod si omnia sua bona ex continenti in Curatores Xenodochii transtulisset, quemadmodum fieri solet ab his, qui se diaconis Ecclesiarum nostrarum dedunt, sine dubio non valuisset testamentum de bonis illis factum, non modo si traditio, sed etiam si conventio sola interveniisset, nec quare conventio in terminis valide obligatoriis, ad bona futura produci non posset, ex his, quæ dicta sunt, quicquam obstare videtur. Reliqua *ad Instit.*

6. De personis, quæ donare possunt, vel prohibentur, egimus* ad *Inst. n. 6.* & de conjugibus *loco separato ad tit. de donat. int. Vir. & Ux.* Sunt inter personas prohibitas etiam Capitis damnati, quod attinet ad donationes factas post contractum crimen, *l. 15. h. t.* ubi τὸ NISI Florentinæ editionis, recte mutavit Haloander in SI. sed hodie post *Auth. Bona damnatorum. C. de bon. proscript.* cessare hanc prohibitionem, monuimus ad *d. tit. inst. n. 6.* Dissentire videtur Wissenbachius noster in *fin. th. 10. h. t.* At enim Justinianus, inquit, in *d. Nov. 134. non tam voluit* consulere *damnatis eisque restituere bona; quam descendentibus & adscendentibus conservare legitimam successionem.* Verum hæc ratio merito adhibetur ad probandum, capitis damnatos non recuperasse testamenti factionem, nec proinde eorum ultimas voluntates antea compositas habere effectum, quia successio bonorum descendentibus & adscendentibus addicitur, ad quam præstandam non requiritur, ut donationes antea factæ revocentur. utique enim donationes inter vivos a successionibus alienæ sunt. Sed donationes mortis causa, diversam rationem habere videntur; sunt enim species ultimarum voluntatum. Ideoque magis est, ut hæ in pristina causa maneant & revocentur, *l. 7. de Donat. m. c.* iisque verba D. Wissenbachii recte applicari videntur; Scilicet, ut, cum lex hodie successionem omnium bonorum addicat heredibus legitimis, nulla species ultimæ voluntatis, ad facultatem damnatorum rediisse videatur.

7. Inter causas revocandi donationem, non recensetur hæc, si donatarius omnium bonorum *noluerit alere* donatorem, casu quo donator usumfructum sibi non retinuit. Quin si dialectice agatur, haud difficulter sustineri potest hæc sen-

* Notari hic meretur, nostro Jure patrem filio in potestate sua constituto, mobilia valide donare, a. ER. *l. 1. art. 10.* Carpz. *l. 6. R. 18. n. 12. sq.* Id. *P. 2. C. 11. d. 12.* quod Jure Civili secus erat, vid. *l. 17. & l. 11. C. d. donat.*

tentia, quod donatarius ad alendum non teneatur, ut fatagit D. Wissenbachius *ad h. t. th. 12.* Sed æquitas & præsumptio de voluntate partium in facienda suscipiendaque donatione universali, tam prægnans est, ne quis semet ipsum ad famem ultimam liberaliter obligasse videatur, ut aliter quam *ad Inst. n. 7.* posuimus, statuere nefas sit; hactenus saltem, ut donator omnium bonorum donatarium cogere possit ad alendum ipsum, si nimium videatur. hanc æquitatem extendere ad causam revocandi donationem. Denique & hoc alibi commemoratum, in *loco* tamen, *titulo ad Inst.* indictum, supplebimus; Etsi legitima liberorum a vivis Parentibus exigi nequeat, si tamen hi donationibus ita sese exhauserint, ut legitima post mortem eorum, quibusdam liberis salva non sit, illis detur Querela inofficiosæ donationis, per quam usque ad legitimam illa revocatur, *l. 1. & 7. tit. C. de Inoff. donat.*

Donatorem non teneri ad evictionem rei donatæ, in id quod ejus interest, si donatarius re donata frui non potest, dictum satis *ad tit. de Eviction.* Verum donatio remuneratoria, pro officiis præstitis, creditur actionem in id, quod interest, producere posse; quatenus compensationem ejus quod intererat, continebat, & merito quidem: Sed hactenus non videtur esse mera donatio, quatenus damno illato, vel lucro cessanti respondet. Hac de re ponam exemplum. Actum est de donatione, quam fecerat *Everardus a Buitenhuk in Johannem a Krack*, Prætorem Angwirdensem, ex causa fidelium officiorum & impensarum, quas *Krackius* pro illo fecisset; donati autem erant agri palustres sive cæspitisodinæ Catticenses, transggerem certum sitæ. Has donatarius ajebat se non posse consequi, & petebat eorum præstationem, vel id quod intererat, agros sibi tradi; *Declaratus est non admittendus eo modo, quo ageret, atque adhuc* salvo jure in agros donatos, aut eorum defectu, jure petendi a donatore salaria pro suis operis atque impensis. Sensit igitur Cuiia, posse eum persequi agros donatos, etsi necdum *proprie* traditos; nec regredi posse donatorem adversus possessores, quia non probaverat adhuc, sublatam esse facultatem agros consequendi. Si liqueret, possessorem non habere facultatem, non poterat adipisci æstimationem agrorum, aut id quod intererat, illos sibi non tradi; hactenus enim non teneri donatorem, satis constat. In quod interest damni antea percepti, vel lucri cessantis, duntaxat peti poterat. Ita judicatum *20. Decembr. 1636.**

TIT. VI.

De mortis causa Donationibus & M. C. capionibus.

I. Donatio M. C. qui. l. II. Quomodo distinguatur in dubio a donatione inter vivos. III. An donatio M. C. facta, ne unquam revocetur, debeat insinuari. IV. Aliæ donationis M. C. ab inter vivos differentiæ. V. Differentiæ ab ultimis voluntatibus. VI. Quid M. C. Capiones.

Hujus quoque Rubricæ sententiam ad *Inst. h. t.* habuimus. Est autem Mortis causa donatio, similis quidem ultimæ voluntati, quod ad plerosque effectus, veluti quoad numerum quinque testium, *l. ult. C. de Donat.* detractionem Falcidiæ, *l. 6. C. ad L. Falc.* jus accrescendi, *l. un. § 14. C. de Cad. toll.* In se tamen magis ad actus inter vivos refertur, ideoque nec aliter valet, quam si a donatario accepta fuerit, secundum ea, quæ *titulo præced.* dicta sunt, junctа *l. 33. h. t.*

2. Quamvis autem Donatio mortis causa in effectu & omni apparatu suo, longe majorem cum ultimis voluntatibus,** quam cum actibus inter vivos affinitatem habeat, sæpe tamen accidit, ut non facile sit eas discernere a se invicem, sicut in hoc exemplo patuit. Vir nobilis annorum

* Id quoque hoc titulo addendum est ex Jure nostro, donationem rerum Geradicarum, Jure Saxonico Electorali, debere fieri vel in Judicio coram Judice pro tribunali sedente, vel personis Judicialibus ab eo delegatis, a fœmina cum consensu Curatoris & mariti, *P. 2. C. Ll. 14* per traditionem clavium & designationis rerum Geradicarum *d. C. ibique* Carpz. *def. 10. & 12.* vel coram Notario & testibus, aut duobus testibus tantum, ubi claves in conspectu arcarum, in quibus Geralia continetur, tradi debent. *d. C. ibique* Carpz. *def 16.* dummodo hoc ultimo casu donatio summam 500. aureor. non excedat, ut dictum supra *P. I. p. 155.*

** Hinc apud nos mulier sine Curatore, uti testari, ita etiam mortis causa donare, potest. *a. P. 2. C. Ll. 15. § f. ibique* Moller. *n. 74.* & Carpz. *d. 10.* Dissent. tamen Schilt. *ad ff. Ex. 43. § 31.*

supra

supra LXX. duorum, desponderat puellam quatuor & viginti annorum, eique donaverat bursam auri signati plenam, octo millia Imperialium, cum aliis rebus pretiosis, sub conditione, si *femina sibi superviveret*. Hæc aliaque redacta erant in formam contractus cum hypotheca bonorum, submissione Curiæ, & cæteris, pro more in actibus inter vivos usitato: adhibitis tamen quinque testibus. A Sponsa consultus, an hæc donatio plane esset irrevocabilis, ut erat inter illos constitutum, respondi, non esse rem extra omnem ἀναθεώρησιν; quod verius esset illa mortis causa donatio, quæ cum revocabilis sit, non esse a facultate donantis remotum, quo deinceps ab illa discederet. Quoties enim donationi lex & conditio, nisi *donatarius prior moriatur*, est adjecta, toties donatio mortis causa intelligitur, ut patet ex *l. 14. & l. 23. de Mort. caus. donat.* juncta *l. 1. & l. 35. § 2. eod.* Sand. *lib. 5. tit. 1. Def. 3.* ubi exemplum rei judicatæ. Satius igitur visum in rem Sponsæ, ut donatio pure fieret, sine mentione de casu mortis, aut reservato usufructu; quomodo res deinde perpetrata est. Etiam potuisset clausula, *ne unquam donatio revocetur*, apponi; per quam eodem potiti fuissent effectu, cum talis revera potius sit inter vivos, quam mortis causa donatio, *l. 27. h. t.*

3. Sed magni usus & momenti est Quæstio, an ejusmodi donatio, quæ fit cum mentione mortis, *sed ita ut nullo casu* revocetur, valeat absque insinuatione: quod negandum, si pro inter vivos; adfirmandum, si pro donatione causa mortis habeatur. Magis placet adfirmativa: Quia licet hujusmodi donatio, quod ad vim effectumque suum inretractabilem, pro donatione inter vivos habeatur, in se tamen atque in genere suo est donatio mortis causa; Talis enim appellatur in *l. 13. § 1. in fin. h. t.* ubi, *sic quoque potest donari mortis causa, ut nullo casu sit ejus repetitio.* Clarius in Novella 78. *in pr.* ubi statuit Justinianus, mortis causa donationes fieri posse, vel ita *ut revocari nequeant*, vel, *uti possint*. Et *in cap. 1.* diserte addit, etsi adjecta sit declaratio de non revocando, *manere tamen rem etiam sic in mortis causa donationis conditionibus.* Quarum conditionum sive proprietatum una est notissima, quod non egeat insinuationis, ut ad *Instit.* dictum est. Et secundum hanc rationem consulti, D. Bœckelmannus Antecessor olim Lugdunensis Batavus & ego, respondimus olim in causa ad nos remissa Brema, ubi matrona quædam donaverat amico post mortem suam millia duodecim Imperialium, sub lege *nullo casu revocandi*, neque facta erat insinuatio in Acta publica, quod heredes donantis, fieri debuisse contendebant.

4. Solet alioqui pro nota discriminis inter utramque speciem casu dubio, poni, si donator usumfructum sibi reservaverit, si donatarii nomine se possidere constituat, si donationem se observaturum promittat, ut tunc inter vivos sit, uti observat Menochius *3. Præsumpt. 35. n. 36.* idque etsi mortis aliqua mentio facta sit, modo non expresserit donator, se cogitatione mortis velle donatum, ut tradit Donellus *14. comment. C. 35. n. 63.* Sand. in *d. decis. vers. Nec mutat.* addens numerum quinque testium pro nota discriminis haud quaquam esse habendum: Etsi enim quinque testes in ultimis voluntatibus præter testamentum adhiberi solenne sit, in actibus autem inter vivos pauciores sufficiant, sæpe tamen homines in cautionibus rerum agendarum abundant. Denique sic volunt, in universum quidem, si dubitetur, præsumi donationem inter vivos, ut idem Sandius e *Doctoribus*. Denique ita recte colliges, omnia resolvi in id, quod diximus, Esse donationem mortis causa, quæ facta est in casum mortis, ita ut apparet, donatorem ejus animi fuisse, ut se rem mallet habere quam Donatarium, *d. l. 1. h. & l. 35. eod.*

5. Cæterum, donatio mortis causa præterea in hoc ab ultima voluntate distat, quod cum donatio causa mortis in singulos annos sit simplex, legatum ejusmodi est multiplex, *l. 35. § ult. h.* quod post mortem auferri nequeat, *l. 5. § 17. de his, quæ ut indign.* quia tempus, quo capacitas spectetur, est Mortis duntaxat, *l. 22. h.* Postremo, filiusfamilias patre annuente, mortis causa donare potest, *l. 25. § 1. h.* quin de adventitiis, quorum ususfructus patri non quæritur, inter vivos, vel invito patre donare potest, an & mortis causa? Videtur, per *N. 117. c. 1. pr. & § 1.* sed de his latius non agemus, post ea, quæ ad *Instit. h. t.* collocata sunt.

6. A donatione m. c. differt mortis causa capio, quæ est adquisitio, propter mortem alterius obveniens, & quæ alio nomine non appellatur. Cujac. in *par. hic.* ut si quid alicui conditionis implendæ causa, vel si alienæ mortis causa donatum sit, *l. 8. l. 12. l. 18. in pr. & l. 31. in pr. & l. 38. h. t.* unde exempla petere cuivis obvium est.

LIBER

LIBER QUADRAGESIMUS.
Ubi varia de SERVIS.

Hic liber totus materia servili occupatur; cujus cum hodie nullus sit usus, * & notitia terminorum *ex Inst.* habeatur, fas erit titulos eo contentos prætervehi, aliunde facile petendos. Nuda recensio Rubricarum sufficiet. Tituli sunt omnino XVI. Primus est de *Manumissionibus*, cui satisfactum ad *tit. Inst. de Libertinis.* Tit. II. De *manumissis vindicta*, quæ celeberrimus olim erat modus; ubi notâ, sis, textum, ex quo vulgo probant, vitam hominis & famam pari passu ambulare, *l. 9. in pr. h. t.* quod minime profecto universale est. vid. *l. 6. & 7. Quod met. caus. l. pen. § 1. de publ. judic.* juncta *l. 6. § 1. de his, qui infam. not. l. 42. § 1. de Procurator.*

Tit. III. *De manumissionibus, quæ servis ad universitatem pertinentibus imponuntur*, qui vix aliud continet, quam universitates hac etiam parte non alio jure quam privatos uti.

In Tit. IV. *De manumissis testamento*, agitur de his, quibus directa libertas testamento datur.

Tit. V. *est de fideicommissariis libertatibus*, de quibus ad *tit. Inst. de singul. reb. per fideic. rel.* Est heic illud nobile Pomponii symbolum ** in *l. 20. Nam ego discendi cupiditate, quam solam vivendi rationem optimam, in octavum & septuagesimum annum ætatis duxi, memor sum ejus sententiæ, qui dixisse fertur, κἂν τὸν ἕτερον πόδα ἐν τῇ σωρῷ ἔχω, προσμαθεῖν τι βελοίμην. Id est: Etsi alterum pedem in tumulo haberem, non pigeret aliquid addiscere.*

Tit. VI. Loquitur *de ademptione libertatis* lege facta, ut Ælia Sentia. Enimvero potest etiam a testatore adimi, tam expresse quam tacite, modo expressio voluntatis non sit obscura nimis, *l. 50. de Fideic. libert.* Adde quæ ad Instit. *lib. 2. tit. 6.* dicta sunt.

Tit. VII. De *Statu liberis*, satisfactum ad *Rubr. Inst. de jur. person.*

Tit. VIII. est de *his, qui sine manumissione ad libertatem perveniunt*. Quales sunt, quibus in diem, vel sub conditione, testamento vel Contractu data est libertas, elapso die vel conditione existente, *l. 1. & 2. h. l. 3. de Statu lib.* vel si quis ancillam emerit, ne prostituatur, & tamen prostituat, *l. 6. § 1. h. t.*

Tit. IX. est; *Qui & a quibus manumissi, liberi non fiunt, & ad Legem Æliam Sentiam*, quam totidem verbis Rubricam habuimus ad Inst.

Tit. X. De *jure aurorum annulorum*, docet, ingenuitatem consequi libertinos, quibus princeps aurei annuli gestandi jus dedit, at salvo jure patronatus, *l. pen. & ult.* Hoc jus cum aliis dedit Augustus Antonio Musæ Medico, quem ideirco prius servum fuisse, necessarium & notum est. Vid. Sigon. *lib. 2. de antiqu. jur. civ. Rom. c. 3.* Justinianus aureorum annulorum jus, omnibus indistincte libertinis concessit, *Nov. 78. c. 1.*

Tit. XI. De *natalibus restituendis*, docet, eos, qui natalibus a Principe restituuntur, jus plenissimum ingenuitatis adipisci, ut nec obsequium Patrono debeant, nec ut ingrati accusari queant, secus ac is, qui aureis annulis donatus est, *l. 3. C. de bon. libert. l. 10. § 3. de injus voc.* sed Princeps neminem facile restituebat, nisi consentiente Patrono ejusque filio, *l. 2. l. pen. & ult. h. t.*

Tit. XII. Causæ *liberales*, de quibus heic agitur, sunt actiones de libertate aut servitute, de ingenuitate vel libertinitate; ejusmodi causæ status, maximos exigebant judices, *l. ult. C. ubi de causa stat. l. 32. § 7. de Recept. arbitr.*

Titulus XIII. De iis agit, *quibus ad libertatem proclamare licet*, etsi ingenui sint nati; quales sunt majores XX. annis, qui gnati conditionis suæ ad pretium participandum se venundari sunt passi, §, *l. 1.*

* De conditione hominum propriorum, it. rusticorum in Lusatia, *vid. supr. P. I. p. 17.* conf. etiam Jo. Christoph. Schacheri *JCti Lips. Dissert. de Hominibus Glebæ adscriptis, Lusatiæ Superioris, Lipsiæ 1715. edita.* de Laussis, denen Lassen, qui bello victi agris colendis adscripti sunt, Land-R. *l. 3. art. 44.* J. Zieg. *d. dote Eccles. c. 9. th. 32.* Add. omnino Menck. *in Tract. ff. Synopt. p. 439.*

** Non est hoc symbolum Pomponii, nec sane Juliani, cujus Pomponius verba referat, ut multi sibi persuadent, sed Græculi, qui de veritate Asserti Juliani per epistolam Pomponium rogavit, ut docte ostendit Laur. Andr. Hambergerus *de Edicto Perpetuo c. VI.* Perridiculus adeo Jac. de Breul, monachus S. Germani in Pratis, qui in præfatione Theatri Antiquit. Urbis Parisiens. Julianum Apostatam hoc verbo usum affirmat.

si, *l. 1. & seq. h. t.* aut etiam, ut commodius, quam in libertate conditio fortunæ eorum ferebat, viverent, uti cum servi publice fiebant; veluti ædiores. vid. *l. 6. §. 5. de Injust. rup. testam.* Aliud Rubricæ exemplum vid. in *l. 2. h.*

Tit. XIV. *Si ingenuus esse dicitur*, agit de præjudicio, quoties contenditur, utrum quis libertus sit, an ingenuus, quod usum habet, si operæ petantur, sive obsequium desideretur, vel etiam famosa actio intendatur, aut in jus vocetur is, qui se dicit patronum, *l. ult. h. t.*

Tit. XV. *Ne de statu defunctorum post quinquennium quæratur*, id prohibet; ne post quinquennii lapsum quærere liceat, utrum aliquis ingenuus, an libertinus fuerit, *l. 1. h. t.*

At in Tit. XVI. *Collusio* ponitur, si is, qui status controversiam alicui movebat, ita cum adversario colluserit, id est, simulate & prævaricando contenderit, ut pro ingenuo absolveretur, is fit servus, aut libertus ejus, qui collusionem detexit; etsi vere servus alterius, qui collusit, fuerit, *l. 1. & pen. h.*

LIB. XLI.

TIT. I.

De Acquirendo Rerum Dominio.

I. Continuatio, & definitio Dominii. II. Potestas rem a tertio vindicandi, num quas exceptiones patiatur. III. An dominium sit rerum incorporalium. IV. De origine dominii per occupationem. V. De jure venandi hodierno, & moris Frisici. VI. De modo occupationis, singularia. VII. De jure in feras nondum captas hodierno. VIII. Quomodo res nullius, occupatæ amittantur. IX. De Accessione, nominatim de fœtura animalium. X. De Alluvione. XI. De Avulsione. XII. De fluminibus, & lacubus siccatis. XIII. De cæteris modis, remissive. XIV. Ad l. 36. h. t. juncta l. 18. de Reb. Cred. XV. Ad l. 15. de Reb. Cred. juncta l. 34. Mandati. XVI. Quid ex usu hodierno juris sit.

Non est quod anxie quæratur, qui factum sit, ut hoc demum loco de Rerum dominio fit actum, quando de actione, quæ ex dominio datur, jam pridem, in *libro sexto* absolutum est, & cur tractatus de dominio ac Hereditate, a petitione utriusque juris separatus sit, ut nec commoda, nisi post judicia omnium rerum petitoria absoluta, reperta sit occasio. Verum, hic ipse locus de Dominio late pleneque exactus est *ad Instit.* & in *libro quarto Digressionum a princ. & cap. 10. cum seqq.* ut heic pro instituti nostri ratione supersedere liceret, nisi momentum rei summarias duntaxat admonitiones exigere videretur.

Non mutamus definitionem Dominii, quod sit Jus de re corporali perfecte disponendi, aut eam vindicandi, nisi conventio vel lex prohibeat. Perfecta dispositio respondet voci τελειως, *perfecte*, Aristoteli frequenter in definitionibus usurpatæ, id quod summum in suo genere est, ac civiliter significans, ut heic quidem, dum quisque dicitur esse liber arbiter & moderator suarum rerum, *l. 21. C. Mand.* atque ita resolvitur in liberam rei suæ administrationem, ac alienationem; quatenus in manibus & potestate nostra res sunt. Si vero desierint esse, non ideo dominium desinet, ita sicut possessio, de qua *tit. seq.* sed vindicatio supererit.

2) Tunc, inquam, Dominium in facultate vindicandi consistit, qua res a quolibet possessore potest avocari, de qua potestate fuit agendi locus in *lib. 6. tit. de rei Vindic.* Avocatur autem jure dominii res, a possessoribus etiam bonæ fidei titulo que justo præditis, ne pretio quidem, quod dederint, restituendo, *l. 16. C. de Evict.* Excipiunt hodie casum, si quis in nundinis bona fide aliquid emerit. Hic enim non nisi pretio ipsi restituto, ad restituendam rem sibi venditam tenetur, etsi testibus, ut fit in contractibus cursim atque confertim celebratis, careat; juramento ejus fidem habendam placuit, nisi regressum contra venditorem, & indemnitatis habeat facultatem. Ita Grotius *lib. 2. Introduct. part. 3. n. 3.* Zypæ. *not. jur. Belg. tit. de Rei vind. verb. Jure.* Antwerpienses tamen hanc consuetudinem non probant, Consuet. Antwerp. *c. 53. art. 1.* neque Mechlinenses, *tit. 2. art. 2. & ibi Christinæ.* nec apud nos hujusmodi consuetudinem unquam intelligo esse re-

receptam. Plane, si princeps nundinas hac lege privilegioque concesserit, non est dubium, quin & ex juris ratione valeat exceptio: Principis etiam auctoritas sine dubio supponitur apud populos, qui hoc privilegium tacite nundinis competere volunt: quia talis exemptio a legibus, & juris alii competentis ademptio, non nisi a summa potestate proficisci potest. Unde cum apud nos, quo nescio juris errore, moris sit, ut nundinæ a Magistratibus, sine Ordinum, qui jus Principis habent, auctoritate stabiliantur, absonum foret, illis tam enorme jus concedere, quo dominii effectus in rei amissæ vindicatione obstrueretur.

Alias habent Pragmatici duas exceptiones, alteram in mensulariis sive Lombardis qui dicuntur, quibus res undique pignori dantur, ut ne cogantur eas repetentibus dominis restituere, nisi pretio, quod ipsi dederint, restituto; modo nesciverint, aut scire debuerint, res esse furtivas, ut Grotius & Zypæus ibidem; etsi prædictæ civitates Mechlinenses & Antwerpienses a jure dominii ne hactenus quidem recedendum putaverint. Neque apud nos id esse admissum, probavimus exemplisque firmavimus ad *tit. de Rei vindic. pag. 768.* Tertiam exceptionem tradunt iidem Auctores in *vestium tritarum venditoribus*, qui apud nos *Uitdragers*, etsi hoc vocabulum primitus alios significat, ut monuimus ad *tit. de Æstimat. act.* Hos idem habere privilegium volunt, si modo res venditas per triduum publice exhibeant. Sed neque Antwerpienses, nec iidem Mechlinenses id approbarunt, neque ut mihi datum est unquam intelligere, Frisii. Ideoque non probatis exceptionibus, nihil superest, quam ut regula maneat, Domino rem suam vindicanti a quolibet possessore, gratis esse restituendam.

3) Porro dominium esse rerum corporalium duntaxat, eadem indicat definitio, ut probatum a nobis est ad *Instit. h. t. num. 13.* vindicatumque a Thomasii exceptionibus, & denique Responsiones ad textus, qui non fuerant occupati *d. loco ad Inst.* supplevimus in *lib. 4. Digress. cap. 7. & part. 2. Digress. lib. 2. cap. 3.* Proinde post hæc omnia non videmur operæ pretium facturi in recensendis iis, quæ in priori editione positionum ad *h. t.* collocavimus, quæ prioribus & prolixis Thomasii scholiis agitata, responsionibus in immensum extenderentur. Summa huc redit, Dominii vocabulo accidere, quod aliis pluribus, in Jure potissimum, ut vel late, vel stricte accipiantur. Late, Dominium complectitur omnia, quæ sunt in patrimonio: stricte, sicut modo definitum est. Utra vero significatio propria sit, vel impropria, ex usu comparato dijudicandum est. Quem sensum Jurisconsulti sequuntur in loco, ubi ex professo agunt de Dominio, hunc proprium esse dicendum; quem vero aliis locis aliud agentes adspergunt, hunc pro improprio esse habendum, ratio docet. Atqui in Titulis *Inst. & Pand. de Acquirendo rerum dominio*, non nisi de rebus corporalibus agunt. Incorporalibus non nisi obiter aliquando dominii vocabulum adscribunt. Unde quid super hac quæstiuncula statuendum, proclive ad existimandum est.

N. ADDIT.

Ut vero eo melius judicium suum Lector de hac quæstiuncula dare possit, postulamus etiam, ut ea legantur, quæ ad Instit. *adversus responsiones Autoris in novis additionibus adduximus, eumque in finem etiam apponimus ipsas positiones hic Autori omissas, cum nostris scholiis.*

Positio 2. Dominium licet abusive, in omnibus, quæ perfecte ad nos pertinent, aliquando usurpetur, in l. 70. § ult. de V.S. l. 48. de hered. Instit. (*a*) *ac ita & obligationes* (*b*) *comprehendat, & servitutes,* (*c*) l. 3. si usufr. pet. *proprietamen ac ut terminus Artis, ad res corporales pertinet, velut possessio,* (*d*) l. 1. § 1. de acqu. poss. *diserte ita* (*e*) *in* l. 4. pr. comm. div.

(*a*) Ubi dominium prædicatur de hereditate: Cæterum quod hic significatus non sit abusivus, sed laxior saltem, diximus jam ad *tit. Inst. de R. D. posit. 31.*

(*b*) *Vide supra parte II. de Justitia & J. ad posit. 18. n. 9.* Cæterum an hunc significatum ad latiores referre velis, an ad improprios, nobis perinde erit. Certe non adeo frequens est in jure, & Paulus, dum *l. 32. de R. V. In rem actionem ei* tribuit, *qui aut Jure Gentium aut Jure Civili dominium acquisivit*, satis aperte reliquas dominii species, actiones reales producentes, a dominio obligationis, quod actionem personalem efficit, distinguit, quod & supra fecimus *de Justit. & J. d. l. n. 11. 12. 13. 14.* unde cum postea Doctores non infrequenter, ad ostendendos fontes actionum, dominii & obligationis vocibus uterentur, & ita sæpissime dominium obligationi opponerent, facile evenit, ut dominium obligationis pro abusivo haberetur, ut vice versa obligatio, quæ ex dominio oritur, vix stylo JCtorum pro obligatione habe-

habetur, § 1. *Inſt. de act. conſ. Philoſ. Jur.* § 116.

(c) *Vide iterum not. ad Inſt. de R. D. poſ. 31.*

(d) Verum a poſſeſſione ad dominium non agnoſco conſequentiam. Poſſeſſio eſt facti, & detentio rei, quæ abſque re corporali non poteſt concipi. Dominium contra jus eſt, & proprietas, quæ etiam in rebus incorporalibus poteſt intelligi.

(e) *Vide iterum de R. D. poſit. 30. lit. K.*

3. *Item ex hac ratione: quæ ſunt in dominio, illa etiam in uſucapione*, (f) § pen. L. Per quas perſ. cuique. *Sed in uſucapione tantum ſunt res corporales*, l. 43. § 1. h. *Add.* l. 13. pr. h. l. 4. de alim. leg. *ubi dominium & proprietas ſunt unum & idem*, (g) *nec leve argumentum eſt*, (h) *quod in h. t. nec in Inſt. rerum incorporalium ulla fiat mentio.*

(f) Mallem hanc poſitionem vel per bonam conſequentiam oſtendi *ex d. § pen.*

(g) At hoc pro nobis eſt. Si enim proprietas eſt rerum incorporalium, utique & dominium erit. Eſſe autem proprietatem jurium, vel inde patet, quod eadem in alium transferri poſſit, non ſolum moribus conſuetis, ubi v. g. in ceſſione actionum nihil frequentius formula, quod cedens transferat proprietatem actionis in ceſſionarium, daß er ſich alles Eigenthums losſaget, und ſein Recht dem andern eigenthümlich übergiebt, ſed &, ni egregie fallor, Jure Romano per ceſſionem ſolennem, quæ in jure fiebat, de qua vide omnino *Ulp. tit. 19. & conf. Autor ad Inſtit. de Uſufr. poſit. 35.* Quod ſi ea ſit intentio Noſtri, *in d. l. 13. pr. hic & d. l. 14. de alim. legat.* proprietatem prædicari de rebus corporalibus, dicemus: unius poſitionem non excludere alia.

(h) *Dixi ad Inſt. h. t. poſit. 30. lit. L.*

4. *Efficaciſſime autem hoc probatur inductione ſpecierum, quæ cum incorporales ſint, ad dominium a multis referuntur, ut ſervitus, quæ dominio opponitur*, (i) l. un. de Remiſſ. *uſusfructus in* l. 43. in f. de Furt. *dein poſſeſſio, quam a Dominio alienam* (k) *eſſe, oſtendit rubr. hujus* & ſeq. tit. & *definitio uſucapionis, differentiaque inter petitoria & poſſeſſoria judicia, quæ ſunt notiſſima toto jure fundamenta.*

(i) *Dixi ibidem lit. M.*

(k) Quoad poſſeſſionem conſentio.

5. *Valeant igitur, qui volunt dominium eſſe triplex, proprietatis, ſervitutis, poſſeſſionis*, (l) *licet ita D. Wiſſenb.* ad h. t. th. 2. *dix. in prælect.* h. tit. Inſt. th. 12.

(l) Dominium poſſeſſionis & ipſi rejicimus. Agnoſcimus equidem Dominium Servitutis, & præter hoc dominium pignoris, & hereditatis, Illuſtrem ſecuti Bornium, at non opponimus eadem cum Wiſſenbachio dominio proprietatis, ſed dominio rerum corporalium, nam & hereditatis, & ſervitutis, & pignoris fatemur proprietatem.

6. *Non obſt.* l. 2. C. ubi in rem act. l. 9. C. de Pign. l. 11. C. de omn. agr. deſert. *ubi clarum eſt, poſſeſſionem ſumi prædiis poſſeſſis. vid. Briſſon. de V. S. verbo*, Poſſeſſio.

7. *Nec etiam* d. l. 70. § ult. de V. S. & l. 43. de hered. Inſt. *ad quas reſponſio jam occupata eſt.* (m)

(m) *Scil. poſit. 2.*

8. *In l. 3.* in fin. ſi uſusfr. pet. *dominium uſusfructus memoratur; at eodem ſenſu, quo poſſeſſio* (n) *uſufr.* ibidem, *improprie & abuſive*, l. 3. pr. de Acquir. poſſ.

(n) Repete dicta *ad poſit. 2. lit. d.*

9. *Eodem modo reſpondendum* (o) *ad* l. 15. § 8. Quod vi aut clam. *vel dici*, (p) *ſervitus ad cauſam dominii pertinet, quatenus per eam adſcitur dominium & minuitur, ſed per ſe neutiquam eſt dominium.*

(o) Eodem ergo & regerendum.

(p) Sed hæc reſponſio nimis procul accerſitur.

10. Lex 118. in fin. de V. O. *quæ fructuarios aliquando jure dominorum gaudere ait, per hoc fortiter probat, eos non eſſe dominos.* (q) *idem fere* l. 4. de uſufr.

(q) Scilicet rei uſufructuariæ tanquam corporalis.

11. *Nec quod ſervitus vindicari dicitur* Rubr. ff. ſi ſervitus vindicetur, *id dominium probat, cum vindicationis verbum late de qualibet in rem actione*, (r) *licet aliunde quam ex dominio orta, uſurpetur*, § 15. I. de action. *Reliqui textus, quorum meminimus* d. th. 12. *nullius ſunt argumenti.*

(r) Sufficit, quod omnis in rem actio ex dominio oriatur, *per d. l. 23. pr. de R. V.*

12. *Uſusfructus equidem, ſi conſideretur non ut formaliter a proprietate ſeparatus, ſed ut rei emolumentum, recte dominii pars* (s) *appellatur*, l. 4. de uſufr. l. 70. § 2. de fidejuſſ. *& ſic ad conſtituendum dominium concurrit, atque in eo eſt ut pars in toto, minime vero ut ſpecies ſub genere. Uſu-*

fructu autem separato, nuda proprietas dominii nomen sola retinet, ac sæpe dominium proprietatis vocatur, l. 17. Quib. mod. usufr. amitt. l. 4. C. de prob. *Unde cave colligas*, (t) *fructuarium esse* dominum usufructus.

(s) Quoties usufructus dicitur pars dominii, toties intelligitur dominium strictissime rei corporalis. Quoties vero usufructus dicitur species dominii, vel dominium usufructus, toties intelligimus dominium rei incorporalis.

(t) Agnoscimus hanc cautionem, quatenus non recte infertur: Usufructuarius habet dominium rei usufructuariæ, quia usufructus antea erat pars dominii in ista re corporali. (nam proprietas est pars essentialis, usufructus vero proprietati cohæret accidentaliter, ita ut ad essentiam dominii in re corporali nihil faciat, & salvo quoque dominio a proprietate separari possit.) Sed quod autor nos cavere jubet, ne colligamus, fructuarium non esse Dominum usufructus, (tq. rei incorporalis) id ex antecedentibus non potest inferri.

13. *Hunc jura terminum ignorant.* (u) *Dominium plenum separatione usufructus non abit in duo dominia*, (x) *sed dominium* (y) *denudatur, & reverso usufructu consolidatur, quod tamen & antea dominium erat.* § ult. I. de usufr.

(u) Sed contrarium ostendit *d. l. 3.* in fine, si usufr. petetur.

(x) Ejusd. rei corporalis.

(y) Supple iterum, rei corporalis.

14. *Qui nudam proprietatem habet, is non modo dominium, sed & fundum habere absolute, eumque petere dicitur, & ususfructus tantum pro qualitate fundi,* (z) *ut alia servitus, habetur*, § 9. Inst. de Legat. *qui petit fundum, is jure Dominii necessario agit*, l. 23. pr. de R. V.

(z) Ergo qui usumfructum fundi habet, non habet dominium fundi. Sed quid inde?

15. *Quin & plenum dominium sæpe vocatur proprietas, ne quis putet, hanc vocem semper absentiam ususfructus notare*, l. 2. quib. mod. usufr. am.

16. *Porro, quod servitutum traditio memoratur in* d. l. 13. pr. l. 1. § ult. de S. R. P. *quomodo accipiendum sit, ex* l. ult. de servit. & l. 3. § 2. de act. emp. *patet, servitutum non est traditio,* (aa) *sed aliquid pro traditione, usus nempe & patientia usus*, d. l. 1. § ult.

(aa) *Ex hoc probatur saltem, non esse veram possessionem servitutum, non autem, earum non esse verum dominium.*

17. *Ita facile respondetur* (bb) *ad ea, quæ Bachovius pro domino incorporalium rerum disputat* vol. 2. disp. 20. th. 1. lit. L. *Latior tamen explicatio, cum res feret, dabitur.*

(bb) Ita, ut vides, facile etiam regeritur.

Ultima definitionis, indicant alienationis prohibitæ causas, de quibus actum *ad tit. D. Quæres pign. vel hypoth. obl. non poss.* item ad *tit. de Sc. Trebel.*

4) De origine Dominii, copiose actum a nobis in *d. lib. 4. Digress. cap. XI. & seqq.* probatumque, etsi jure naturæ omnia sint communia, Dominii tamen institutum causam habere justissimam. Summa rationum illarum hæc est; Deus hominibus dedit æquabile jus in res inferioris naturæ, quod recte Communio appellatur. Sed ex iis rebus quædam ejusmodi sunt, ut universali generis humani usui sufficiant, quemadmodum præter Solem, Lunam, sidera, cœlum, est etiam majori parte Aer & mare, quarum idcirco mansit in perpetuum communio. Quod etiam in iis, quæ non recipiunt universam & stabilem acquirendi causam, ut sunt feræ bestiæ, volucres, pisces, obtinuit. Aliter se res habuit in cæteris, quarum usus non sufficit omnibus, & quæ pariter ab omnibus usurpari nequeunt, etsi & harum diversa tamen ratio apparet. Quædam enim sunt tales, ut usu consumantur in continenti, quædam minuantur, & paulatim evanescant. Prioris generis sunt esculenta, potulenta, quorum communio non potest durare per rerum naturam, quia quod quisque in usum alimenti sumit, in ejus substantiam vertitur, de quibus ideo parum abest, quin verum sit; Divisionem pari cum ipsa communione, loco & gradu consistere, ut communionis primævæ adversarii urgent; etsi verum non sit, communionem animo saltem concipi non posse; cum utique temporis aliquod spatium præcedat alimentorum consumptionem, nec omnia simul comedantur: in rebus, quæ sensim consumuntur, ut sunt vestes aliaque utensilia, non poterat etiam vel commode, vel diu subsistere communio; Quod de habitatione similiter res loquitur; maxime postquam usus & salubritas ædificare docuit; quia nihil convenientius est naturæ rationali, quam ut quisque labore suo utatur fruatur: quod etiam locum habet in operis jumentorum naturalibus aut edoctis. Per consequentiam autem

immediatæ consumptionis alimentorum, & exclusæ communionis ab illis, necesse fuit, jus commune brevi quoque cessare in subjectis, unde alimenta percipiuntur, ut sunt agri; & bestiæ quædam; nisi quamdiu omnes promiscue satis abundanter inter poterant ali, idque sine cura & cultura. Nam ubi primum hæc accessit, singuli laboris sui fructus sibi vindicare debuerunt. Accessit discordiarum, quæ ex communione oritur, experientia. Qua factum est, ut primo integri populi certas regiones occuparas limitibus ab aliis discreverint, atque intra suos limites divisionem per fundos singulaque mobilia instituerint. Quæ occupatio fluxit ita ex necessitate rerum, hominumque, & ex tacita conventione naturæ rationi convenientissima, quam Justinianus indicat his verbis; *Quod enim antea nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur. §12. Inst. h. t.*

5) Hæc est origo dominii per occupationem, quæ versatur circa res Nullius, ut copiose ad *Inst.* & in *Digress.* expositum dedimus. Cujus usus cum sit naturalis, non potest hodiernis moribus esse abrogatus, potest cujusque populi voluntate, id est Lege, restringi & restrictus est; ut de venatione ferarum nobilium, constat ubique per Europam, secundum cujusque populi placita & præscripta; qua id autem ratione nitatur, dix. in *lib. 4. Digress. c. 19.* Nostrates jus venandi extenderunt ad omnes Nobiles & immobilium possessores Edicto *Ordin. d. 14. Mart. 1610.*

Præterea, (detur venia hæc referendi ex. gr.) Centurionibus militum, consequenter etiam Tribunis & altioribus præfectis, suo nomine & instrumento, non ex mandato, *lib. IV. Statut. VIII. art. 15.*

Celsissimo Gubernatori Hæreditario Provinciæ, datum est Privilegium venandi, exclusis omnibus aliis, per agros præfecturæ Biltanæ, ex Decreto ordinum *d. 15. Mart. 1650.*

Si quis adversus Edicta venatus fuerit, singulis vicibus mulctatur decem Carolinis, cum jactura instrumentorum, *d. tit. 8. art. 12.*

Nec his, quibus venari licet, aliter licet quam pilum pilo, ut ait Statutum, *hair met hair*, non sclopetis, aut cassibus sub pœna centum Florenorum aureorum, *art. 3.*

Neque plures quam tres lepores una die capere licet, Edictum d. XXII. Jul. 1652. art. 11.

Inter Vigiliam Quadragesimæ & Festum Jacobi, prorsus venari non licet, ut detur spatium genituræ; eademque causa prohibita est venatio universa tertio quolibet anno, præterquam in sylvis, sub pœna decem Carolinorum, *d. tit. 8. art. 2. & 16.*

Mandata venandi exteris dare non licet, (quos inter tamen non numeramus Studiosos,) nec pluribus simul mandare licet, verum singuli ad singula venandi genera duntaxat; denique finitur anno ejusmodi mandatum, *d. tit. 8. art. 15.*

Hæc etiam pertinent ad aucupia volucrium nobiliorum, discretis terminis habilibus, ratione modi & instrumentorum venandi; adde, quod perdices anniculos suæ libertati restituere oportet, *d. tit. VIII. art. 7.*

Præter aves nobiliores, vetitum est petere sclopis etiam anseres, anatesque mansuetos, aliasque ejusdem generis; quas vide *d. lib. IV. tit. 9.* eaque gratia, apud decipulas, vulgo *koijen*, non licet uti sclopetis, eis distantiam sexcentarum perticarum, sub pœna duodecim florenorum, & commisso instrumenti, *d. tit. 8.*

Quin & reliquas aves feras vetitum est petere sclopis, a medio Martio usque ad Festum Bartholomæi, sub pœna sex florenorum & commissi, ut supra, *d. tit. art. 13.* excipe passeres, sturnos, & omne genus volucrium noxiarum, quas cuilibet quovis tempore licet capere, dissipare, perdere; nidis excipere nulli licet. ex Edicto *d. XXVI. Mart. 1658.*

Cygni feræ naturæ sunt, eosque capere licet, modo non feriantur, qui ad alios pertinent, nam talium cædes mulctatur viginti florenis, *lib. IV. Stat. tit. 10. art. 26.*

Quæsitum memini ex facto, an hæc mulcta debeatur his, quorum Cygni fuerunt proprii? quod non videtur: Nam vocabulum *Verbeuren*, quod est in *d. art. 26.* magis significat mulctam, quam non exigunt privati, adde *art. ult. d. tit. 10.* ubi est eadem expressio; Atqui commissum *verbeurte*, nihil ad id quod interest privatorum spectat.

Recurrendum igitur ad locum communem, qui est in *tit. 8. art. 2.* ubi mulctæ venationum, in genere applicantur Præfecto Generali Venationum, vernacule *den Houtvester*, aut Magistratui cujusque loci, jure præventionis. Etsi de Cygnis aliquando secus a Curia nostra judicatum meminerim.

Reliqua de Venationibus, earumque speciebus petas licet ex allegatis Statutorum capitibus; nisi addere velis, prohibitam esse venditionem ferarum nobilium, & inprimis exportationem e

finibus Provinciæ, sub pœna centum florenorum aureorum, ex Edicto *d. XXII. Jul. 1652.*

Piscatio promiscue licita est in Frisia, præterquam in portubus, aliisque forte ân paucis locis, ubi vel publice locatur vel certis Patribus familiarum datum est hoc jus, pro refectione pontium aliorumve onerum communium: & tamen illic etiam hamo cuilibet piscari fas est, modo aquæ non sint in fundis privatorum.

Sed retia, quibus in piscando Cives utuntur, facta esse debent secundum formam publice præscriptam, quam, & reliqua huc pertinentia, vide *d. lib. 19. Stat. tit. 6.*

Evehere pisces, in & sub Frisia captos, extra Provinciam non licet, nisi per duas horas in aliquo foro venum expositi fuerint, sub pœna commissi, navis, piscium, pretiique eorundem; iterum deprehenso duplum irrogatur, postmodum arbitraria pœna est, *d. tit. 6. art. 1.*

Sed novissime bono publico sancire placuit Ordinibus, ut certis hominibus liceret evehere pisces pauculis in hunc usum navibus publice concessis, quod tamen deinceps versum in contrarium experientia, rursus abrogatum est.

Trinis ante & post Calendas *Majas* hebdomadibus piscatio fovendæ genituræ prorsus interdicta est, sub pœna, prima vice quindecim, secunda triginta florenorum, tertia sub graviori arbitraria pœna, *d. tit. art. 17.*

Postremo nota, si libet, ova nobilium & mansuetarum avium fas non esse tolli, neque vendi, nec quidem *Kivitarum* quas habemus, licet hæ nec nobiles, nec mansuetæ sint, nisi in propriis fundis, sub pœna decem Carolinorum, *d. lib.*

6) Hæc ita exempli causa. Quisque suæ Patriæ mores conferat, licet. Cæterum occupatio feræ, piscis, non modo fit manibus, sed & instrumentis, * modo instrumenta sint in nostra potestate, ut fera ita sit intricata, ut inde exire nequeat, adeo ut qui illo casu feram interceperit, in id quod interest teneatur, *l. 55. h.* qua de re vid. Donell. 4. *comm. 8.* Bronchorst. *3. Antinom. 76.* Aliter Cujac. 4. *observ. 2.* dix. 4. *Digress. 17. n. 2.* Opus autem est facto aliquo, veluti, si quis silvam circumsepserit, vel lacum suum prius aquis commissum aggere objecto obstruxerit, nempe si tam pisces quam feræ illuc immissæ sint, non aliter, *l. 3. § 14. de Acq. poss.* quanquam prius illud ex ratione juris gentium simpliciter sufficeret, ut putat Grot. *lib. 2. c. 1. § 2.*

SCHOLIUM.

Vereor, an hæc sententia & menti Nervæ & Grotii conveniat. Sane Nerva vult feras etiam immissas silvæ circumseptæ, & pisces in lacu inclusos non possideri. Et sic eundem quoque Grotius intellexit ac eidem contradixit. Neque de possessione ferarum non immissarum Grotius quicquam. Cæterum, qui inter Nervam Grotiumque dissensus est communiter, tollitur explicando Nervæ dictum de stagno aperto, einer offenen See, *& de silva ornatus tantum causa circumsepta, ut tamen feræ possint evadere. Vide ex Grotii Commentatoribus* Dn. Ziegl. p. 315. Henn. p. 538. seq. *Aliter* Dn. Pufend. IV. 6. 11. p. m. 500.

RESPONSIO.

Opus est videre Pauli verba, quibus Nervæ sententiam exponit; Item feras bestias, ait, quas vivariis incluserimus, & pisces, quos in piscinas conjecerimus, a nobis possideri. Sed eos pisces, qui in stagno sunt, aut feras, quæ in silvis circumseptis vagantur, a nobis non possideri, quoniam relictæ sunt in libertate naturali: *Aliquin, etiamsi* quis silvam emerit, videri eum omnes feras possidere, quod falsum est. *Existimavi, ex his verbis manifestum esse, Paulum & Nervam in ea sententia fuisse, septa molesque sylvis & stagnis circumjecta non ita adficere pisces singulos, ut naturalem amittant libertatem & occupare censeantur; verum facto aliquo singulis apposito esse opus, ut inclusione & conjectione in aquas. Nervam de feris in sylvas circumseptas immissis & de piscibus in stagna conjectis loqui, ut a Jeriis Thomasius, Lector acutissimus refellat: & comparatio cum sylva empta secus demonstrat. Possideri negat pisces & feras in sylvis circumseptis & stagnis vagantes in iisque deprehensas, non illuc immissas. Grotius complexionem solam putat sufficere. Distinctio Thomasii toto genere abhorret; nec enim nisi de aquis undique conclusis agitur in hac quæstione & sylvas ornatus causa non feris claudendis quis cingit septis? Præterquod nec tales ad genus quæsiti pertinerent. Libertatem naturalem feris talibus adscribit Nerva, quod vagentur, neque per se adhuc captæ fuerint.* dix. lib. 4. Digress. cap. 17. n. 3.

* Immo forte nuda voluntate, ut multis ex intimiore philosophia & ipsis legum Romanarum argumentis disputat Ill. Gundlingius in *Gundlingianis suis P. 31. n. 1.* Von Erlangung des Eigenthums ohne Berührung und cörperliche Bewahrung.

N. AD-

N. ADDIT.

Jam Autori consentio. Expungatur itaque Scholium.

Moribus hodiernis sententiam Grotii magis esse valituram, non videtur abnuendum.

7) Ubi prohibita est venatio, ibi non quidem dominium immediate principibus addicitur, sed tamen mediate, quam primum fera occupata est, principes ministerio capientium Domini fiunt, quod liquet inde, quia privati feras sine venatione captas, retinere non possunt. *Constit. Car.* V. 196. Grot. *lib. 2. jur. Holl. c. 4.*

SCHOLIUM.

Sic putem tamen in locis, ubi Principes jus venandi sibi reservarunt, eos etiam ante venationem dominos ferarum, quæ in ipsorum territorio vagantur, esse, & quidem jure accessionis, quo facto dissentientibus, quos inter etiam est D. Pufendorff. IV. 6. 7. *non difficulter responderi potest, quod forte, cum ad Jurisprudentiam civilem non spectet, fiet alibi. Conf. interim tradita* Dn. Pufend. IV. 6. 4.

RESPONSIO.

Responsionis loco remittimus Lectorem ad lib. IV. Digress. c. 20. *ubi duas sententias videbit cum ratione rejectas. Primam Grotii, quod Principes aliæve personæ privilegiatæ sint domini ferarum, etiam antequam capiantur. Alteram Vinnii & aliorum; Pufendorffii quoque* in d. l. 4. c. 6. n. 4. *qui statuunt, Principibus non competere dominium, sed tantum jus venandi feras. Thomasius priorem sententiam nova ratione confirmat; quod Principes sint domini ferarum, quæ in ipsorum territorio vagantur, jure accessionis. Quod si verum est, quisque dominus fundi pariter erit ferarum in eo vagantium dominus, in iisque cessabit occupatio, contra certam juris doctrinam, quæ non admittit, accessione tam fluxa vagaque dominium transferri.*

N. ADDIT.

Facile responderi poterit ad hanc objectionem Autoris, si prius præmisero declarationem doctrinæ meæ ex institutionibus juris divini n. 140. seq.

Originarius modus hodie est unicus, occupatio; hæc vero est apprehensio rei nullius, cum animo sibi eam appropriandi. Unde regula vulgaris: Quicquid nullius est, occupanti cedit. Prout autem res ipsæ variant, ita variat etiam rerum apprehensio. Hinc mobilia manibus, immobilia ingressione adeoque pedibus apprehenduntur. Est & alia inter hæc duo differentia; ad occupationem immobilium sufficit solus corporis contactus, at in mobilibus requiritur etiam, ut ex eo loco, ubi posita fuerunt, dimoveantur, & in locum aut custodiam nostram transferantur. (Ita etiamsi aves in nido tetigerim, abeam tamen postea, possunt ab alio, abstrahendo a legibus civilibus, occupari. Simile quid in apibus.) *Quanquam forte dicendum sit, & in mobilibus sufficere apprehensionem absque motione, si modo illa demonstrari possit.* (e. gr. acquiro feram bestiam mortuam, quam primum cornua teneo; lapillum, cum manu tango.) *Item res mobiles, & præprimis se moventes occupantur instrumentis, v. gr. jaculis, laqueo &c. at immobiles jaculis v. gr.* (vide exemplum de Andriis & Chalcidensibus apud Pufend. IV. 6. § 8.) *apprehendere, nunquam inter gentes receptum fuit. Porro cum mobiles regulariter terminos certos ac fines habeant, nullum est dubium, quin si unum rei terminum apprehendam, totius rei dominium acquisiverim. At in immobilibus, quoniam hæ fere naturaliter sibi cohærent, distinguendum erit. Vel enim eæ fines certos acceperunt ab hominum industria, vel minus. In illis,* (*quales sunt ædes;* Huc pertinent etiam agri, postquam certi jam termini ipsis ab hominibus sunt positi,) *etiam præsumetur tota res acquisita, si pars apprehensa corpore sit, v. gr. si quis ædes sit ingressus. In his vero necesse est, ut aliis signis corporeis declarem animum meum, quousque eas occupare voluerim.* (In acquisitione nempe originaria. Nam in derivativa, si minimam partem fundi pedibus tangam, erit possessio acquisita. Nullum enim mobile potest esse sine immobili, saltem quoad usum hominis.) *qualia signa sunt, si limites ponam, si culturam iis adhibeam & c.* (Unde si Mercator cum sua familia per naufragium ejiciatur in insulam desertam, tantum id ex insula occupasse censebitur, quantum coluit, aut limites posuit. Reliquæ partes ab aliis, qui per naufragium eo appelluntur, occupari possunt. Adde Pufend. IV. 6. 8.) *Denique cum mobilia accedant immobilibus, non hæ istis, igitur abstrahendo a specialibus statutis, occupatione mobilium,* (v. g. clavium,) *nunquam acquirentur immobiles. At immobilium apprehensione, simul res mobiles his accedentes acquisitæ regulariter erunt. Pro accessoriis autem habebuntur omnes res nullius, quæ in rebus immobilibus continentur, aut quarum sine immobilibus non est usus, sive sint mobiles in specie, ut res inanimatæ, sive se moventes ut bestiæ, sive supra terram, ut aër, sive intra*

intra eandem, ut v. gr. thesaurus, (de feris bestiis & Thesauro dissentit Pufend. IV. 6. § 4. 6. 7. Sed mihi videntur rationes ejus, quas movet circa feras bestias, etiam obstare acquisitioni bestiarum mansuetarum, alia ut jam taceam.) *Sive ita sint comparatæ, ut istis statim possim uti pro lubitu, sive speciali & laboriosa apprehensione ad utendum iis sit opus.* (ut in feris bestiis.) *Sive sciam, ubi eas deprehendere possim, sive nesciam,* (ut in Thesauro.) *In eo tamen inter res se moventes & mutas ab alio, est differentia, quod dominium rerum se moventium,* (quorsum etiam refero aërem,) *sine speciali apprehensione sit saltem momentaneum, & quamdiu eædem se ipsas non movent extra rem istam immobilem: quod si vero citra factum humanum aliunde se conferant, desinat dominium nostrum, quoniam tum sunt accessoriæ aliarum.* (Atque hic iterum puto eandem esse rationem bestiarum ferarum & mansuetarum. Et accurate loquendo, si res nullius occupata fuerit, etsi ibi contineantur bestiæ mansueti generis; ut oves, gallinæ, revera tamen nondum essent mansuetæ, non enim degerint inter homines, nisi forte in rebus derelictis.) *Alia est ratio rerum mobilium in specie; quoniam enim hæ regulariter non nisi ab hominibus moventur, per ejusmodi motionem dominium meum non potest interverti, neque moventes earum dominium per apprehensionem acquirere, quoniam ante apprehensionem non erant nullius. Quod si igitur is, qui rerum immobilium dominus per occupationem est factus, res se moventes,* (sive feras bestias, sive mansuetas. Tum enim sunt acquisitæ non amplius, ut accessoriæ, sed ut principales;) *separatim apprehendat, & eæ manebunt in illius dominio, etiamsi postea se ipsas in alium transferant locum. Cæterum uti res semel acquisitæ per derelictionem desinunt esse in nostro dominio, & primævam conditionem recipiunt; ita nullum debet esse dubium, earum rerum dominium quærendum esse per occupationem. Ex dictis jam facile responderi poterit ad quæstiones spinosas JCtorum,* (conf. Puf. cap. 6. § 4. 5. 6. 7. 10. 11. 12. 13. & cap. 9. § 8.) *de acquisitione ferarum bestiarum,* (quod non acquirantur nisi per occupationem, quod item potuerint occupari in fundo alterius) *ac amissione* (quod etiam speciatim occupatarum dominium amittatur, si in libertatem naturalem se receperint) *earundem, de acquisitione gemmarum in littore maris inventarum,* (quod pertineant ad privatos inventores,) *de jure principis hodierno in easdem, utrum pro dominio,* (quod puto propter § 147. sq. 1) sentit tamen Pufend. Sed vide quæ notavi jam ad § 148.) *sit habendum, & an subditi contra prohibitionem principis venantes, furtum* (& hoc ego affirmo,) *committant? de acquisitione item thesauri, utrum ad occupationem spectet?* (Eo refert Imperator in Instit. sed male. Pertinent enim magis ad accessionem.) *Et an eo referri debeat acquisitio missilium?*

His præsuppositis, respondeo, ea, quæ Jus Romanum disposuit de occupatione ferarum bestiarum, esse ex Jure civili. Cum enim populus ab initio territorium occupans, etiam sit dominus ferarum, quamdiu accessoria manent, poterit is vel ejus nomine princeps distribuendo agros subditis, sibi feras & jus venandi reservare, vel earum dominium simul cedere subditis. Cesserant Romani, sed nec tamen occasio litibus detur, in quo agro fera capta esset, recte propter lites has tollendas Jus Romanum disposuit, ut tanquam res nullius, & quasi a rep. pro derelicto habitæ, deberent cedere occupanti.

Cum igitur neutra earum sententiarum vera videatur, ut pluribus *d. loco* demonstratum est; Videndum, ne non verius sit, medium inter utramque opinionem dari. Existimo nihil obstare, quo minus Lex efficere posse dicatur, ut non modo princeps solus venandi jus habeat, sed, ut cives, quos venari contigerit, feram capientes, id ut ministri Principis facere censeantur, adeoque non sibi, sed principi dominium acquirant. Ita absurdum vitabimus, ne Lex jus gentium evertat, dominiumque feræ vagabundæ labefactet; nec minus rationem dabimus, quare is, qui non est venatus, feram non faciat suam; plane cum neutra priorum interpretationum stare possit, nihil superesse videtur, quam ut in hac nostra mediaque sententia subsistamus, ut Lex faciat principem dominum, sed non nisi per occupationem. Enimvero Privilegio venandi non adsici dominium ferarum, sed hoc non nisi per occupationem acquiri, satis inde patet, quod Principes habent suum jus a populis, quibus venandi jus naturaliter competit, nec ideo plus habere possunt, quam populus habuerat. Atqui nullus populus est dominus ferarum quoque tempore per suos fines vagantium, sed quamdiu captæ non sunt, manent generis humani communes. Quod autem sola prohibitio venandi facta singulis, & competens Principibus, non absolvat jus principum, inde probaveram, quia privati

vati feras sine venatione captas retinere non possunt. *Pos. 20. ad l. h.* Ad hoc Thomasius.

SCHOLIUM.

Mallem hoc apertius dixisset; Neque enim vim consequentiæ intelligo; neque quid per feras sine venatione captas innuat, neque ex Constit. Carol. art. 196. *vel potius* 169. (*nam hunc autor præ oculis habuisse videtur,*) *quicquam huc faciens excerpere valeo.*

RESPONSIO.

Consequentia, quæ tam obscura Thomasio videtur, hæc est; Cives tenentur ad feras etiam fortuito & sine venatione captas, in publicum deferendas, quod est in d. Const. Carolina, & apud Grot. 2. manuduct. jur. Holl. c. 4. num. 5. *Ergo sola venatio non est prohibita, ut Vinnius & Pufendorfius volunt; nam tunc feræ sine venatione captæ fierent capientium. Quippe si nihil civibus quam venatio sit interdicta, quicquid sine venatione accidit, ad libertatem naturalem pertinet, idque civilius est reliquum. Eo pertinebat hoc argumentum, idque satis, ni fallor, ita perspicuum est.*

N. ADDIT.

I. Non extat in Constitutione Carolina, neque in artic. 196. *neque in* art. 169. *quod subditi feras etiam fortuito & sine venatione captas in publicum deferre debeant. II. Et si extaret, uti thesin ipsam facile concedo, probaret quidem contra Pufendorffium & Vinnium, quod subditis non sola venatio sit prohibita, sed istud non fuit in quæstione. Scholium enim meum adjectum erat eidem positioni, cui adjeceram scholium præcedens, scilicet verbis initialibus,* num. 7. *ubi per hanc rationem probare voluit Autor, quod Domini prohibentes venationem, non habeant dominium in feras immediate, sed demum fiant domini per capturam subditorum. Atqui illa ratio neutrum probat. Etiamsi enim principes sint domini immediate bestiarum etiam ante capturam, quod puto & asserui in rationibus modo adductis, tamen subditi fortuito etiam capientes bestias, sunt obligati, ut feras captas restituant Dominis suis. Ergo Scholium recte se habet.*

8) Cæterum, amittitur Dominium feræ, ubi naturalem libertatem recuperaverit, aut si manfuefactum sit animal, ubi consuetudinem redeundi amiserit, *§ 15. d. tit. Inst.* Hoc quoque Grotius *d. cap. 8. num. 3.* & Grœnewegius *ad d. § 15.* carpunt, hodieque aliter servari tradunt, credo de falconibus & accipitribus, similibusque multa arte doctis; in cæteris non puto rationem juris Romani ubique, nec apud nos sane improbari: sed hactenus jus commune sequendum, quod defendimus *d. cap. 27. Digress. lib. 4.*

Ad occupationem quoque pertinet inventio thesauri, rerumque derelictarum; De thesauris egimus *ad Inst. num. 29.* De rebus naufragis & derelictis, *ibidem num. 27. & sequ.* Item ad *tit. ff. ad L. Rhod. de jact. num. 9.* ubi & de usu moris hodierni, sed de rebus naufragis extat Decretum Ordinum Frisiæ, *d. 22. Febr. 1656.* in hanc sententiam.

Inventor rerum naufragarum, certiorem faciat Magistratum loci, intra 24. horas, & hic intra alias 24. horas inventarium conficiat.

Res, quæ servando servari nequeunt, intra primam vel alteram hebdomadem, publice quammaximo pretio distrahito.

Dominus intra annum res suas repetens, Magistratibus præmium det partem decimam rerum servatarum, & urinatoribus tres nonas partes; reliquum sibi vindicet.

Anno elapso Fiscus succedit; * si quis fraudem fecerit, furti reus habetor.

9) De Accessione cæterisque modis, qui juris gentium dicuntur, tam copiose dictum est *ad Instit.* ut vix spicilegium heic reliquum manserit indictorum. Species Accessionis sunt, Fœtura animalium, Alluvio, Avulsio, & insula in flumine nata. Fœturam animalium sequi naturaliter Dominum Genitricis, ratio fert juris Romani, *§ 19. l. h. t. § pen. Instit. de jur. Person.* Grotius tamen naturali juri negat convenire, ut partus dominium solummodo genitricis sequatur, *lib. 2. c. 5. § 29. & cap. 8. n. 18.* rationesque duas profert, primam, quia tam animal genitor quam genitrix, fœtus curam ge-

* In Saxonia qui rem alienam invenit, tenetur proclamationem publicam procurare, qua facta, si dominus, qui sub diversa jurisdictione constitutus est, intra sex septimanas compareat, inventori tertiam partem relinquere tenetur. Carpz. *Pr. Cr. qu. 86. n. 6. 7.* si nemo dominium probet, duæ reliquæ partes fisco cedunt, Edict. *l. 2. art. 29. 37.* Carpzov. *P. 2. C. 3. d. 15.* Qui vero proclamationem omisit, hoc lucro indignus est, & arbitrarie coercetur. Carpz. *Pr. Cr. l. c. n. 9. sq.* j. Schœpffer. *Syn. Jurispr. tit. de acquir. rer. dom. n. 22. sq.*

rit; alteram quod de utriusque substantia partus procreetur. De homine, an partus ancillæ servituti recte addicatur, nolo jam contendere; sed de bestiis videntur rationes Grotianæ parum efficaces. Nam cura pro fœtu in bruto animali, quid ad dominii consequentiam pertinet? & substantia, quam fœtui confert genitor, ad gignendi quidem vim principalis est; sed ad causam dominii, quod pecuniaria ratione constat, æstimandam exiguum habet momentum; massa corporis præcipua est a matre, cujus pars & accessio est, in cujus ventre altus & ex qua eductus est fœtus. Plane ut fit in fructibus agrorum; Qui sementem fecit, illorum non est dominus, sed cujus est ager, §32. *h. t.* Semen fructuum & semen animalium, ager & venter eodem modo se habent, *l. 5. § 2. D. l. 7. de R. V.*

Accessionis argumento accedit, quod in bestiis sæpe non constet, quis sit pater, qua ratione sola Grotius dominium fœtus ex matre censendum putat. Atqui sunt loca, in quibus ad genituram equorum & boum certi genitores constituti sunt, quibus certa magnitudo præscribitur, ut apud Frisios Edicto *d. 31. Decembr. 1631.* ne gloria equorum Frisici nominis vilescceret, ut loquitur Lex. An aliud illic juris esset, ut fœtus sint genitorum? Apage rem absurdam.

10. Alluvio habet usum in mari & in fluminibus, tenditque ad privatos ditandos ex sententia juris Romani. Moribus hodiernis, plerique censent, Alluvionem & quicquid in flumine nascitur, esse principis, ut observant Grœnewegius, Voetius, aliique ad § *20. & seqq. Instit. h. t.* Idem apud nos obtinere, possit aliquis in animum inducere. Constat enim, Duces Saxoniæ, cum jura Principis in Frisia exercerent, alluviones Biltanas, quæ nunc faciunt ingens territorium, cujus præfecturam gerit Vir nobilissimus Guilielmus ab HAIREN, magnum Patriæ suæ ornamentum, sibi vindicasse: tametsi jus Saxonicum a jure civili hac parte alioquin non discrepet, *lib. 2. jur. Sax. art. 56.* (Thomas.) Scimus etiam, Ordines Frisiæ aliquando decrevisse, quo prata, quæ sunt in ostio fluminis Ee, juxta ejusdem nominis pagum, venderent, supponentes ea quasi proprietate publica esse, pari jure, quo fere apud omnes populos id observari testantur Auctores laudati. Verum eo, quod id factum non est, & quod illa prata & quæcunque sunt alluviones in littoribus nostris, a privatis jure dominii possidentur, & libere alienantur, dicendum est potius, in alluvionis doctrina nihil nos habere separatum a rationibus Romanis. Verum tamen est, Ordines sæpe dispositisse de ejusmodi agris in gratiam non vicinorum, hac lege, ut aggeribus adversus maris incursum muniantur: At hoc alio jure niti videtur quam jure Dominii, de quo heic agimus. Nam si Respublica judicet faciendum, ut nova Incrementa terrarum, aggeribus muniantur, existimo, jure Dominii Eminentis id imperari posse; Recusantes etiam possessores Dominio quæsito privari posse, volentes autem aliis præferendos, nullis eorum exclusis, ut de lacubus siccatis Curia censuit apud Sandium *d. lib. 5. 2. 2.* Atque eo modo non ita pridem usu venit circa alluviones Biltarum novas: quæ sub hac lege, muniendi agros aggeribus, aliis quam vicinis concessæ fuerant. Sed cum hoc privilegium apud Curiam actis esset insinuandum, vocatis his quorum interesse poterat, vicini sese opposuerunt, eo cum effectu, ut privilegium in irritum cesserit. De alluvionibus fluminum & lacuum, quos habemus perpetuos & vastos, hac *parte* idem juris esse crediderim; non obstante, quod in lacubus & in stagnis jus alluvionis cessare, juris Auctores volunt, *l. 12. in pr. de A. R. D.* Hoc enim de lacubus hyberno tempore stagnantibus, & æstivo crescentibus accipiendum videtur; scilicet, ubi sunt incrementa non stabilia, sed modo crescunt, modo evanescunt, ut indicat textus in *d. l. 12.* In quibus nec apud nos secus obtinuerit, ut ego quidem existimaverim. Nam lacus nostri sunt iidem, quos Germanicus cum classe sua transivit, cum a ripa Rheni ad Amasin contenderet, quos Tacitus *immensos* vocat *lib. I. Annal.* In his non potest hac parte ratio esse diversa, quam est in fluminibus ipsoque mari, nec aliter Curia nostra sensisse videtur, apud Sandium *d. lib. 5. tit. 2. def. 2.* de quo exemplo mox paulo prestius agendum.

11. Avulsionis exempla perquam rara sunt, ex antiqua potius historia quam recenti memoria repetenda. Nostri agri interiora violentissimæ avulsionis vestigia præ se ferunt: quatenus in profundo terrarum adhuc sylvæ reperiuntur, arbores integræ, salvis etiam frondibus & glandibus: quibus terræ aliunde avulsæ quondam incubuerunt. Insulæ quoque littori nostro prætextæ vetustissimis temporibus sine dubio continenti adhæserunt, quam montibus & tumulis arenosis, qui in illis extant, olim tuebantur, ut in vicina Hollandia & ubicunque maritimæ regiones sunt integræ, divina bonitate prospectum videmus.

mus. Si quod demuo Avulsionis experimentum detur, nihil est quod a Jure Romano nos discedere juberet. Idem de insulis in flumine natis, esto judicium.

12. Nec secus de Alvei mutatione, si quando eveniat; Huc autem referendum videtur exemplum rei judicatæ, & usus nostri, quod est apud Sandium *d. lib. 5. t. 2.* Impetraverat aliquis ab Ordinibus lacum publicum suis sumptibus exhauriendum, & dein suis fundis proprietate jungendum. Oppositere se Interinationi, quam vocant, vicini reliqui ad idem beneficium admitti contendentes; quod iis a Curia permissum, ex hac ratione, quod lacus publici, ut fluminis publici, fundus sive alveus non est Principis, aut juris Fiscalis, sed ad eos pertineat, qui agros habent proximos, ex auctoritate juris Civilis, idque jus non est, quando flumen adhuc undat, futurum, sed etiam præsens, ut ex Donello *lib. 4. comment. c. 24.* Sandius demonstrat. Proinde sic juris est, ubi nihil Statutis aut moribus invaluit contra; Lacus sponte siccatos, pro parte vel totos ad omnes vicinos pariter aut ultro pertinere, quos auctoritate privata liceat illis occupare, Jus autem illos exsiccandi derivationibus aut hydromylis, ad eosdem vicinos pariter spectare, nec ab uno reliquis, ne quidem rescripto Principis, videri præripiendum, ut *Decisione* prædicta & *antecedenti* Sandius e sententia Curiæ nostræ disputat ac concludit.

13. Supererat species Accessionis, quæ frequentis magnique usus est apud nos, de jure superficierum Rusticarum: Sed & de his occupavimus ad *tit. D. de locat. Cond.* ubi de *Ædificiis Colonorum.* Porro de Specificatione, Commixtione, Confusione, nihil habemus addendum iis, quæ ad *Inst.* his de rebus dicta sunt copiose. De perceptione fructuum superius actum est, apud eundem *tit. Inst. ad Tit. ff. de Rei Vindic. de Heredit. petitione atque de Usuris.*

14. Ultimus modus est Traditio, de qua similiter actum quod satis est abundeque, *ad d. tit. Inst. p. 119.* placet addere paucula. Dissensus in causis tradendi, quarum utravis sufficit dominio transferendo, non impedit dominii translationem, *l. 36. h. t.* siquidem dissensus ex simplici errore sit ortus, non si cum contradictione conjunctus, ut accipi potest *l. 18. de Reb. cred.* ita Duar. ad *tit. de Reb. cred. c. 2.* Alii statuunt ἀντινομίαν. D. Wissenb. *ad h. t. th. 26.* Dix. *part. 2. Digress. l. 2. c. 6.* Paulo aliter Thomasius *ad posit. 26. h.*

SCHOLIUM.

In d. l. 18. principio quidem Ulpianus a Juliano dissentire videtur, quamvis ille dissensus sit mere subtilis. Quid enim interest, an cum Juliano dicas, proprietatem transire, si pecuniam, quam tibi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias? an cum Ulpiano: non transire, sed dari mihi condictionem, exceptione tamen doli mali elidendam? Quod v. §1. d. l. 18. attinet, ille nihil discrepantis ad l. 36. disponit: Nam distinguendum est, utrum causarum tradendi utraque sit ad transferendum dominium habilis, an una saltem &c.

15. Quo brevi manu transeat dominium, summo jure requiritur, ut is, qui tradidisse fingitur, vere sit dominus, *l. 34. Mand.* Excipe, si jussero te pecuniam accipere a debitore meo, quæ credita fiat, *l. 15. de reb. cred.* consequenter, si tu mihi debeas pecuniam, eamque te ut creditam retinere jussero, Dominium transfertur, *d. l. 15.* At hanc consequentiam negat Africanus, *d. l. 34.* Ratio, quia in his, quæ ob usum commercii specialiter recepta sunt, non admittitur consequentia, sed lex requiritur. Aliud enim est jus conditum interpretari, aliud suadere quid recipiendum sit; hoc agit Ulp., alterum Africanus; adeoque non est recusandum, quin sit ἀντινομία. Quæ est etiam sententia Thomasii in scholio ad *posit. 28. h. t.*

16. Moribus hodiernis Dominia rerum immobilium non transferuntur, nisi prævia mancipatione judiciali. Quod jus tempore Caroli V. commune per Belgicas Provincias factum esse, narrat Grotius in *lib. 2. Introduct. cap. 5. n. 17.* idemque jure Saxonico receptum testatur Thomasius *ad posit. pen. h. t.* Nostro jure Frisico, requiritur equidem ad plenam securamque possessionem rei traditæ, consensus Magistratus & judicialis intra annum, *lib. 1. Stat. tit. 1.* Verum Dominii translatio inde non suspenditur, nec actus retro nullus redditur; Sed res tradita cadit in Commissum: Res amittitur. Qui non impetravit consensum; *die sal dat goed verlieſen*, ait lex, nisi quinquennium a traditione sit elapsum, *d. tit. art. 1. & 5.* Hoc arguit, dominium fuisse translatum. Dix. *Jurispr. Hod. lib. 2. cap. 9. n. 16. & seqq.*

Tit. II.

De Acquirenda Possessione.

I. Remissiones. II. Quot modis Possessio dicatur. An Possessio vel jus ejus, sit jus in Re. III. An Sequester possideat. IV. Differentiæ quædam possessionis Naturalis & Civilis. V. Non requiri ad possessionem Decretum, nec tamen inde sequi, Possessionem ipso jure ad heredem transire. VI. De Amittenda retinendaque Possessione. VII. Regulæ tres de Possessione. VIII. De Constituto Possessorio.

Huic etiam Rubricæ maxima parte satisfactum est, *ad Inst. tit. de A. R. D. pag. 124. & seqq.* nisi placeat heic addere, quot modis possessio accipiatur. I. Scilicet pro detentione qualibet, saltem quæ habet restituendi facultatem, *l. 9. in fin. de R. V.* II. Pro detentione cum animo sibi aut alii rem habendi, ut probavimus *ad tit. de A. R. D. pag. 124.* III. Pro detentione cum animo sibimet habendi tantum, quo sensu, qui aliis possident, dicuntur non *possidere*, sed esse in possessione, *§ 5. I. de Interd.* IV. Pro detentione, cum opinione dominii, *l. 25. de Usucap. § 4. Inst. Per quas person. cuique acquir.* V. Pro detentione custodiæ causa, quemadmodum ubi missio in *possessionem* fieri dicitur, *l. 3. § ult. h. t.* VI. Pro hereditate Prætoria, quo tamen sensu vocem, bonorum, juxta se requirit, & vocatur Bonorum Possessio, *tit. I. & Pand. de Bonorum Possessionibus.* VII. Pro ipsa re possessa immobili, *l. 2. C. Ubi in rem actio.*

2. Porro quæ ad Definitionem divisionemque posse sionis pertinent, collocavimus, *d. pag. 124.* Ad titulum *de interdictis*, ventilatio est Quæstio, sitne Possessio tale jus, quod in *Re* Constitutum dici queat, *n. 2. n. 7. & n. 10.* quæ est hodiernæ scholæ, non veterum Juris auctorum Quæstio; cum his plane fuerit incognitum Jus in re & ad rem, ut hodie usurpatur, quod est ex Jure Canonico, sicut probavimus *in lib. 4. Digr. c. 4. & Animadvers. ad jus in Re & ad Rem c. 6.* Ne quis putet, Veteres Jctis tam certum fuisse, Jus possessionis esse jus in Re, ut ea super re ne quidem dubitaverint. Ignoti nulla dubitatio, ut opinor.

3. Cæterum, possessionem late sumptam, convenire etiam creditoribus, usufructuariis, colonis, commodatariis, probatum est *ad d. tit. Inst. de A. R. D.* Adde, etiam Sequestro, *l. 17. § 1. Depositi.* Sed cum hic sit absque animo sibi habendi, multo magis absque opinione Dominii, non est ea possessio talis, quæ ad usucapionem prosit sequestro, cujus respectu id nullo modo agitur: Sed victori interim ejus rei possessio prodest ad eventum usucapionis, nisi aperte aliud inter partes convenerit, *l. 39. h. t.* Imo id semper atque tacite actum intelligitur, ut neutrius partis possessioni id tempus, quo sequester possedit, procedat, *d. l. 17. § 1. Depositi.* quem difficilem nodum nulla ratione, sed manu sola explicari posse, volunt Auctores, ut refert D. Wissenbachius in *tb. 26. h. t.* Tu vide, numquid hujusmodi explicatio sit faciat; Dum res sequestratur, neutra pars possidet; hoc enim agitur, ut dum partes litigant de ambigunt, uter res possideat, neuter eam teneat, sed tantisper a tertio possideatur, donec lite decisa, pateat utrius sit jus, *d. l. 17.* Huc respexit illud *Interim*, quo sequester possedit, & quod victoris sive ejus, qui jus haberet, causa creatum est, cui etiam prodesse debet atque prodest, nisi contra diserte convenerit, *d. l. 39.* Ita facile, ni fallor, evitantur violenta remedia Freheri, Bachovii & aliorum, quæ Wissenbachius commemorat *d. loco*, & sequester erit minister ejus, quem res judicata monstrabit habere jus possessionis.

4. Ad intellectum divisionis in Civilem & Naturalem possessionem, pertinet hæc positio.

Possessio Civilis in jure, naturalis in corpore consistere dicitur, *l. 10. C. de Acq. poss.* ut tamen quæ juris est, etiam in corpore constitat, & hæc insit illi, velut usus in usufr. *l. 14. § 1. de Usu.*

SCHOLIUM.

Hoc distinctius mallem positum fuisset. Nam communiter possessio civilis, quæ in jure consistit, explicatur de ea, qua v. g. peregre absens possidet ædes, quas reliquit vacuas, & naturalis in corpore consistens, de ea, qua possideo ædes, in quibus habito. Quo supposito, magis dicendum videbatur, possessionem juris inesse possessioni corporis (h. e. possessioni ejus, qui inhabitat ædes, jura possessionis competere,) quam possessionem corporis inesse possessioni juris, aut possessionem juris consistere in corpore.

RESPONSIO.

Distincte satis exposita sunt ad d. tit. I. de A. R. D. pag. 124. *Thomasio hæc breviter dicta, videntur*

tur obscura, quia fingit sibi possessionem civilem sine detentione. Considerandus est possessio, sicut est originaliter & dum acquiritur, quando nunquam est absque detentione, civilis nihilo magis quam naturalis. Retinetur equidem possessio sine detentione, at hoc non est proprium possessionis civilis. Etiam naturalis possessio potest esse domus, in qua non habitat Possessor; sicut is, cui domus est pignorata, vel a quo bona fide possidetur, manet ac est possessor, etiam quando rebus incumbit. Tu vide sis prædictum locum.

N. ADDIT.

Quod mihi non fingam significationem possessionis naturalis & civilis, patet ex omnibus fere commentatoribus ad h. t. *Saltem unicum Struvii locum adducamus* Exerc. 42. th. 5. *Dividitur, inquit, possessio in naturalem & civilem, quæ divisio vel accipitur de modo possidendi seu detinendi; & civilis dicitur, quando animo possidemus, seu retinemus possessionem; naturalis vero, quando corpore & facto aliquo possessionem apprehendimus, vel ei insistimus,* l. 3. § 13. § 3. l. 1. § 1. h. l. 10. C. eod. l. 1. § 24. de vi & vi arm. *quæ etiam corporalis possessio appellatur* l. 25. § 2. h. *Vel de ipsa forma possessionis: cum namque affectus rem, quam quis tenet, sibi habendi, vel innitatur animo aut opinione se dominum esse, vel isti non innitatur, sed licet quis sciat credatve se dominum non esse, tamen affectu quodam sibi habendi rem detinet: Ideo duæ Species possessionis inde veniunt: quarum altera naturalis, altera civilis appellatur, quia licet utraque naturalem detentionem, & utraque affectionem habendi desideret,* l. 3. § 2. l. 8. h. *tamen illa magis in naturali detentione consistit, specialis vero affectus ac opinio domini, quæ in hac subest, magis in jure consistit, & titulos jure civili probatos & dominii translativos requirit,* l. 3. § 21. h. l. 2. pro suo. *unde & in* l. 10. C. h. *dicitur,* possessionis duplicem esse rationem, aliam quæ jure consistit, *nimirum civilis,* aliam quæ corpore, *scilicet naturalis. Perez.* in C. h. n. 2. 3. *Hactenus Struvius. Etsi vero jam non negem, aliam esse etiam significationem possessionis naturalis & civilis, quam eam, ad quam in scholio respexi, nempe illam, quam secundo loco proponit Struvius, & de qua expresse* d. l. 10. C. h. t. *ad quam Autor etiam provocat, tamen nec de hac procedit assertio Auctoris, quod possessio Juris comprehendat possessionem corporis. Nam ut vides, possessio juris illa, de qua* d. l. 10. C. *est possessio justa, bonæ fidei, justo titulo subnixa; naturalis possessio injusta, malæ fidei, nullo subnixa titulo. Ad harum neutra species alteram continet, quia sunt species plane oppositæ & contradictoriæ.*

Hinc quia possessio utraque corporalis est, tam animo, quam corpore, ad utramque opus est acquirendam, *l. 3. § 1. & l. 8. h. t.*

SCHOLIUM.

Quamvis negaverimus ad n. 2. *possessionem civilem in corpore consistere, non negamus tamen, ad Civilem acquirendam & corpore & animo esse opus. Est quippe differentia inter possessionem civilem & naturalem, desumpta non a modo acquirendi, sed a modis retinendi.*

RESPONSIO.

Quis est auctor Thomasio, possessionis naturam potius in modis retinendi, quam in statu acquisitionis esse spectandam? Ego cujusque rei naturam in primo statu acquisitionis maxime spectandam censeo, IS enim genuinus & naturalis adspectus est; quod & in possessione locum habet, inprimis quia facti est, omne autem factum est corporale, eoque pertinet, quod rem oporteat esse corporalem, quæ possideatur, l. 3. in pr. h. t. *Hæc autem conveniunt acquisitioni, non retentioni, quæ animo contenta est. Quod si corporalis actus ad naturam possessionis civilis non pertineret, nihil causæ apparet, cur sine corporis actu possessio non posset acquiri.*

N. ADDIT.

Hic nihil opus est, quam ut provocem ad omnia fere juris systemata, quæ ostendunt, divisionem quandam possessionis, in naturalem & civilem, a modo retinendi esse desumtam, uti jam in additione præcedenti ex Struvio est ostensum. Aliud vero est dicere, differentiam possessionis in naturalem & civilem, esse desumtam non a modo acquirendi, sed a modo retinendi; aliud, possessionis naturam potius in modis retinendi, quam in statu acquisitionis esse spectandam. Posterius mihi in Scholio imputat Autor, quod nunquam dixeram, unde quæ sequuntur in responsione, ad me non pertinent.

Adeo ut nec heres possideat id, quod defunctus possedit, nisi denuo rem apprehenderit, *l. 23. in pr. h. t.* quamquam id in plerisque foris Europæ aliter interpretantur, per dictum celebre Gallicum, *le mort saisit le vif:** mortuus apprehendit

* Dn hac Francici Juris Regula, præter JCtorum *Exercitat. ad D. XV. § 13. & Exerc. XXX. § 105.* Tiraquellum haud pœnitebit contuliſſe Schilterum

vivum; id est, possessio mortui continuatur in heredem. Frisii tamen & hic sunt veteres Justinianei. *Etiam nos Saxones*, addit Thomasius; Porro, quia corpore acquiritur possessio, sequitur, inficiatione rei depositæ vel commodatæ, non amitti possessionem, sed re demum loco mota, *l. 3. §18. h.* & sic capienda *l. 47. h.*

SCHOLIUM.

Non admittit hanc explicationem l. 2. §47. de O. J. *ex qua constat, Nervam filium, cujus sententia refertur in* d. l. 47. *adhæsisse Labeoni; Sabinum contra & Cassium, qui defenderunt assertionem* d. l. 3. §18. *fuisse Capitonis asseclas, quibus adeo non probabile est inter se convenisse, quamvis horum sententia & verior & principiis Justiniani, quæ in Institutionibus posuit, sit convenientior. Interim obiter inde nota: Paulum, cujus est* d. l. 3. *etiam a præceptore suo Papiniano, ad quem spectat* d. l. 47. *dissentire non dubitasse.*

RESPONSIO.

Statuit igitur, hanc esse antinomiam Thomasius. Nec ego valde recusem, veteres ipsos hac in re discrepasse, sed mihi non videtur absurda res vel indigna Juris auctoritate, sic in animum inducere. Cum Justinianus ubique loquatur, nec JCtorum amplius nomina ut auctorum considerentur; Cæsarem in l. 47. *loquentem, ita accipiendum videri, ut locus exprimens consilium non reddendi rem depositam vel commodatam, ad locum alium, qui superaddit contrectationem, referatur, & ex eo declaretur.*

N. ADDIT.

Sed istud effugium hic non proderit Autori quicquam, quo suam conciliationem salvet. Nam expresse Papinianus in d. l. 47. *recensens sententiam Nervæ, loquitur de casu, ubi adhuc nemo invasit res commodatas vel depositas, i. e. ubi nulla earum rerum contrectatio facta est.*

Quamvis autem rei contrectatio requiratur, haud tamen necesse est, omnes rei partes contrectari, sed ex fundo v. c. sufficit unam glebam, *l. 3. § 1. h.* Quin & oculis acquiritur possessio, *l. 1. § 21.* etiam ex turri, *l. 18. § 1.*

Universitas tamen rerum non videtur unius rei apprehensione possideri; quanquam fideicommissarius heres una re accepta, a fiduciario totam hereditatem recepisse videtur, *l. 37. ad SC. Treb.* hoc enim ad actiones transferendas, non ad possessionem acquisitam pertinet, *d. l. 37. in f. pr.* juncta *l. 23. in pr. h. t.* Adde Wissenbach. *th. 13. h.* Struv. *th. 16. h. t.*

Denique, fundo possesso, thesaurus latens, nisi peculiariter apprehensus, non possidetur, *l. 3. §5. h.* D. Wissenb. *ad h. tit. th. 11.*

Hinc rei incertæ, quæ apprehendi nequit, possessio non est, *l. 3. §2. h. t.* velut, si hac mente fit, ut quicquid Titius habet, possidere velis; sed rei pro indiviso communis, datur & vindicatio & possessio, *l. 76. § 1. de Rei Vind.* junct. *l. 9. l. 38. eod.*

Quilibet absens per procuratorem recte acquirit possessionem, si & ipsi hoc animo sint, ut nobis acquirant; nam si tradatur illis, ut nobis acquiratur, illi vero præ se ferant, se sibi acquirere, nihil ad nos transit, *l. 1. § 20. h.* quod secus est, si animum tacite ita inducant, *l. 13. de Don.* quæ sic non obstat. Aliter alii.

5. Acquiri possessionem diximus animo simul & corpore; qua de re mendum sedet incorrectum in prima parte ad *Inst. pag. 455.* ubi commodum remissio facta est ad hunc locum. Sed præter actum corporis & animi nihil aliud, non utique decretum judicis, requiritur, ne quidem in Hereditate adeunda, *l. 23. in pr. de Acquir. Poss.* licet ex jure Prætorio, *l. ult. C. Qui admitt. ad bon poss.* qua de re Fachinæus *lib. 5. controv. c. 74.* quod etiam Statutis Frisiæ insertum est *lib. 1. tit. 17. art. 16.* Unde quod aliqui e nostratibus collegerunt, heic etiam obtinere prædictam Gallicæ praxeos sententiam, *mortuus in possessionem mittit vivum*, vitiose factum est; cum idem jure civili obtineat, ubi tamen apprehensio necessaria est. Contrarium potius ex eodem Statuti articulo colligitur, verbis; *Heredes impune occupant & ingrediuntur in possessionem bonorum, in quæ successerunt, nulla expectanda missione in possessionem eorum bonorum.* quæ nihil, quam quod jus civile dictat, præ se ferunt. Scil. Heredem, tam suum quam extraneum, sola apprehensione, nec sine ea, possessione potiri. Cæterum, de usu sententiæ illius Gallicanæ, receptæ vel non receptæ, *infra* occasio dabitur, & videri potest Tiraquellus *tom. 4. tract. 2. Le mort saisit le vif.*

6. Possessio corpore animoque semel acquisita tantisper retinetur, donec animus eam retinendi manet. Placuit enim solo animo retineri possessionem, animoque solo amitti. Nam etsi in fundo sis & nolis eum possidere, protinus amittis possessionem, *l. 3. § 6. h.* quemadmodum si quis animum possidendi servet, ipsam retinet possessionem, non modo si quis ejus nomine sit in possessione, veluti colonus, inquilinus, commodatarius, sed etsi neminem in possessione reliquerit,

querit, tamen si non relinquendæ Possessionis animo, sed postea reversurus inde discesserit, ut in saltibus hibernis æstivisque fieri, monet Paulus in *l. 3. § 11. h. t.* retinet possessionem, *§ 5. l. de Interd.* Sed animum possidendi habere, non est ita in animum inducere, ut quis fingat se possidere, sed ut solide civiliterque velit ac putet se possidere; quamvis etiam ab alio sit occupata possessio, idque vetus possessor ignoret; tamen retinet possessionem, etsi alter quoque possideat, sicut de eo, cui dum ad nundinas profectus erat, alius ipso ignaro intervertit possessionem, Ulpianus scribit in *l. 6. § ult. h. t.* Interest tamen aliquid, in jure possessionem retinendi, utrum quis per se, an per alium nomine suo possideat. Nam is, qui per se possidet, possessionem retinet, quamdiu nescit alium occupasse rem suam absentis. Qui vero per alium possidet, si minister ille discedat, aliusque possessionem ingressus sit, etsi dominus possessionis id ignoret, amisit tamen possessionem, *l. 44. § ult. & l. 46. h. t.* Quod si possessio ab alio non sit occupata, sed a ministro tamen derelicta cum animo non redeundi, possessio non amittitur. Fuit hæc vetus Quæstio, de qua sectarum Principes non idem senserunt, ut videre licet ex *l. 31. & l. 40. § 1. de Dolo malo. l. 3. § 8. vers. Quod si servus. h. t.* Sed Justinianus hanc Quæstionem decidit: immo latius constituit; Factum servi, coloni, aut alterius cujuslibet, qui possessionem *dereliquit aut alii prodiderit, ut alius eadem possessione potiatur, nihil penitus domino præjudicii generare*, modo per hunc nullo modo steterit, *l. ult. C. h. t.* Vult Imperator, possessionem non amitti per factum aliorum, sub quo nulla causa videtur, quare non traditio a Colono in tertium facta comprehendi debeat; Nec enim hoc etiam non est prodere, si meus colonus fundum meum alii tradat, etsi quibusdam visum sit, traditionem sub proditione non intelligi; quos secuta est aliquando Curia nostra, sequiturque Wissenbachius ad *h. t. th. 21.* Rectius ex adverso disputat Sandius *lib. 5. tit. 4. defin. 2.* Porro ex prædictis, quomodo amittatur Possessio, intelligimus, animo quoque solo, etsi plerumque tam animo quam corpore ad amittendam possessionem concurri soleat, *l. 8. h.* juncta *l. 135. de R. J.* quorum locorum collatio demonstrat, in *l. 8.* particulam *fere* desiderari, ut post alios Wissenbachius noster ad *h. t. th. ult.*

7. Porro discrimen inter dominium & possessionem traditur, quod dominium non nisi ex una causa, possessio ex pluribus contingere possit, *l. 3. § 4. h. § 10. Inst. de Legat.*

Nemo tamen sibi causam vel genus possessionis mutare potest, nisi priori possessione dimissa, *l. 3. § 19. l. 19. § 1. h. t.*

Proinde potest aliquis possessioni incumbens constituere, sese alieno nomine possidere, quod fit omni die in venditionibus & hypothecis per clausulam Constituti, *l. 18. & l. 28. h. t. l. 35. vers. sed si. de Donat.*

DE CONSTITUTO POSSESSORIO. Isthæc ultima regula majoris est usus, ut ad *Tit. de contrab. empt.* atque in materia pignorum, antehac habuimus. Intellectum juris, & usum hujus Constituti forensem, executus est Tiraquellus *in tom. 4. tract. 3. qui est de Constituto possessorio.* Expediet, usum ejus aliquot petitis e medio, seu commemoratis antea sive indictis exemplis, illustrari. Summa vis Constituti est, quod transfert Possessionem in eum, cujus nomine quis se possidere constituit, idque sine traditione, sola declaratione voluntatis: Quod meo, inquam, nomine possideo, possum alieno nomine possidere: Nec obstat, quod causam possessionis ipse mutare mihi videor, sola scilicet animi inductione, quam ipse mecum facio: Potius enim hæc res ita administratur, ut ego desinam possidere, quod sola animi declaratione fieri posse, *supra* demonstratum, aliumque meo nomine possessorem facio. Tu dices, res manet in eodem statu, possidet qui prius possederat, nec ulla fit translatio. Imo non possidet, qui prius possederat. Nunc enim est minister alienæ possessionis, antea ipse possederat. Nec enim possidet, qui pro alio tenet, comparate ad eum, cujus nomine possidet, hic enim solus intelligitur possidere, *l. 18. in pr. h. t.* cujus textus est illa paraphrasis. Hoc modo qui rem suam alteri donat, retento fructu, videtur eam tradere, & donatarius eam rem per veterem dominum, ut fructuarium, possidet, *l. 28. & l. 35. § 5. C. de Donation.* Similiter qui fundum donavit, eundemque sine traditione conduxit a donatario, possessionem in hunc transtulisse videtur, *l. 77. de R. J.* Qui vendit rem, eamque rursus ab emptore conduxit, æque possessionem transtulisse videtur, *l. 32. § 1. h. t.* Emptor re tradita constituere solet, se nomine venditoris possidere, donec pretium totum solutum fuerit: Cujus rei hic effectus est, in priori quidem specie, ut emptor rem, licet non traditam, a quolibet possessore vindicare possit; atque in posteriore casu, res a Creditori-

ditoribus emptoris distrahi non potest, quia venditori jus possessionis, Constituto ei quæsitum adimere non possunt. Animadvertendum est autem, quo jure possideat venditor rem a se venditam sub clausula Constituti: vulgo existimantes vidi, frequenter, *jure dominii*, quod Clausula constituti reservatum arbitrentur. Sed male. Nam traditio ex causa venditionis, dominium naturaliter transfert, & quia Constitutum de possessione tantum loquitur, non potest hoc omnem abolere venditionis naturam. Est igitur hypothecæ, quæ venditionis instrumentis adjicitur, accessio hæc clausula Constituti; quemadmodum omni hypothecarum generi frequenter adjicitur; eæque sunt pignorationes medii generis, inter Pignora stricte sumta & hypothecas; ut detentio maneat penes debitorem, possessio civilis apud creditorem, cui applicantur Interdicta, cum jure tralatitio possessionis, ne res ei sine judicio & sine demonstratione juris potioris, eripiatur.

Quid vero, si is, qui constituerit, se pro alio possidere, possessionem realiter in alium transtulerit, an is, cujus nomine constituit, posteriori non præferetur in possessorio? Negat Tiraquellus *d. tract. part. 1. n. 28.* Nam confestim, ait, quam is, qui constituit, se possidere nomine Titii, rem alteri vere tradit, is privat Titium ea possessione, *per l. Colonus. de Vi & vi arm. l. 3. § In amittenda. vers. quod si serv. & l. Peregre. § quib. de Acquir. Poss.* Per quos tamen textus nihil aliud probatur, quam quod antea dictum est, jure veteri, per ministros possessionis nostræ, eam in alium transferri posse. At cum hoc mutatum sit *per l. ult. C. h. t.* nulla est ratio, quare nec is, qui jus Constituti habet, eodem jure gaudeat. Idque ipse Tiraquellus satis indicat *n. 54.* ubi docet, si debitor constituerit, se bona sua possidere pro Creditore, & quædam ex iis deinceps alteri vendiderit & tradiderit, posse creditorem, nulla bonorum debitoris discussione facta, tanquam sua possessione privatum, recta contra hunc tertium agere ad revocandam possessionem suam, quam ex ejusmodi Constituto obtinebat, per condictionem ex *l. ult. C. de Acquir. possess.* idque prolixe confirmat, etsi nec qui dissentiant desint, ut docet *n. 56. & seqq.* Adeo ut dentur ei quoque remedia tam retinendæ quam recuperandæ possessionis, per *d. l. ult. d. tract. part. 2. ampl. 13.*

Sed quod idem *ampliat. 8.* per hujusmodi Constitutum in contractu appositum, transferri docet dominium, per consequentiam Possessionis, nullo modo admittendum est, neque id ex ullo textu, vel ratione juris probatur, nec adeo in Foro servatur; nisi forte loquatur de Constituto precarii, quo quis fatetur, se rem ab aliquo habere precario; Tunc enim supponi dominium, res & natura Precarii declarat.

Facilius impetret consensum, quod habet in *ampliatione 23*, posse Constitutum etiam in Testamento formari, ut nihil sit, quam declaratio Testatoris, in securitatem Creditoris, *arg. l. 26. de Pignor. act.* scilicet hoc modo, ait Tiraquellus, ut declaret, se jam ex eo tempore, quo testatur, possidere nomine alterius, secus si constituerit, se possessurum post mortem suam; tunc enim id Constitutum omnino esset inutile, invalidum & inefficax, ait *n. 6.* Quod equidem est verum, si constituat, se possidere post mortem suam, quod absurdum foret: Nos intelligimus, eum constituere posse in hunc sensum; ut heredes sui, nomine Creditoris alicujus, certas res ipsi pignoratas possideant: quod effectum habere non potest, nisi post obitum Testatoris, quia prius nihil de testamento valet. Imo Tiraquelli sensu vix est, ut Constitutum in Testamento valere queat. Nam Testatoris declaratio non nisi post mortem effectum habere, neque tum is possidere potest. Ut autem ab eo tempore, quo testamentum est factum, Creditor retro possidere dicatur, alienum est a natura testamenti, quod non potest operari ante obitum testatoris, *μήποτε γὰρ ἰσχύει, ὅτε ζῇ Διαθέμενος. Ἐπὶ νεκροῖς βεβαία Διαθήκη. Testamentum morte fit validum; Quamdiu vivit Testator, nihil adhuc valet.* Potest enim revocari, nec viventis ulla est hereditas, aut ultima dispositio, *l. 1. de Hered. vend. l. 4. de Adim. leg.* Illud ex prædictis satis liquet, Constitutum non valere per se, verum semper alii accedere contractui, negotiove efficaci & valido, ut multis idem probat Tiraquellus *limit. 6. & 7.* quomodo, & in usu nostro vix alius Constituti usus, quam in Clausulis Instrumentorum exercetur.

Qua occasione vellem Tabelliones sibi persuaderi paterentur, ut non modo hæc latina verba, *sub Clausula constituti*, quæ nec contrahentes, nec ipsi plerumque intelligunt, sed ipsam Constituti sententiam, id est, declarationem quid quis alieno nomine possideat, interirent instrumentis: ut ne fieret, quo multi per ignorantiam hujus clausulæ damnis adficerentur. Monet hoc etiam Tira-

Tiraquellus, qui non aliter valere docet Constitutum, quam si explicite contractibus apponatur, ita ut a partibus expresse conventum est. *limit. 31.* quod haud de nihilo quis contenderit, si Latinis hujusmodi verbis impositum sibi, conquestus fuerit.

Tit. III.

De Usurpationibus & Usucapionibus.

I. Usurpatio quid re & verbo. II. De Usucapione remiss. & usus. III. Jus hypothecæ post dominium per eam mutatum, posse manere salvum. IV. An per litis contestationem interrumpatur.

Prima pars Rubricæ de Usurpationibus, ut apparet, agere promittit. Est autem Usurpatio nihil heic aliud quam Usucapionis interruptio, *l. 2. h. t.* Cur autem primo loco de hac agitur, cum usucapio, cujus illa est accidens, præcipua & primi loci esse deberet? Dic, quia non est usucapio, nisi perfecta; perfectionem autem ejus impedit ac prævenit usurpatio, quam idcirco prius oportuit expositam; sed usurpatio nihil in sese aliud est quam retentio vel acquisitio per usum; Sic usurpare servitutem, *l. 6. § 1. l. 8. in fin. Quemadm. servit. amitt.* Usurpata lex, id est observata, *l. 2. § 1. de Administr. rer. ad civit. pertin.* Sæpe tamen in deteriorem partem pro usu illegitimo accipitur. Sic, usurpatum, tametsi nullo jure, *l. 13. § ult. de Injur.* usurpare collegium illicitum, *l. 2. de Colleg.* usurpare dominium totius, cujus pars ad aliquem pertinet, *l. 5. C. de Ædif. priv.* Usurpare immunitatem, *l. 9. § ult.* Et hinc notissimo usu, Usurpatio pro usu injusto, & usurpatores regnorum, qui alias Tyranni titulo. Unde igitur, quod *Usurpatio* significat interruptionem usucapionis, quæ res juris effectum habet? videtur hæc esse ratio. Quamdiu Usucapio non est impleta, revera nihil est quam usurpatio, sive usus simplex nullo jure præditus. Quando igitur alius ante Usucapionem occupat usum rei, is eam rem usurpat, nullo quidem jure; sed quia Usucapio primi possessoris abrumpitur, idque per Usurpationem tertii, factum est ut Usurpatio illa videretur usucapionis interruptio; quæ revera per non usum possessoris committebatur. Atque hinc ea vox in hujusmodi sensum fluxit.

2. Tandem igitur Usurpatio impleta, secundum leges vocatur *Usucapio*, cujus definitionem omniaque requisita, ad *Instit. h. t.* declarata vidimus. Sed Usucapiones & longi temporis Præscriptiones, Belgarum aliorumque moribus in desuetudinem abiisse, magno consensu tradunt Auctores pragmatici, ut Grotius *Introd. lib. 2. part. 7.* aliique plures citati a Grœnewegio *ad pr. Inst. de Usucap.* Galli sane & Belgæ ita, quibus sola probatur præscriptio tertiæ partis seculi. Non idem Saxonum * & Frisiorum moribus; de illis Wesenbec. *par. h. t. n. 7.* Frisii non recedunt hac parte a regula communi; Jus Civile servari, quatenus non est abrogatum: Cujusmodi nihil de Usucapionibus proditum habemus. Etsi doctrinam ejus frequenter usu venire, in Foro nostro datum non est animadvertere: Tamen ut satis constet, nihil obstare, quo minus usurpetur. Quia tamen nihil singulare vel indictum habemus ad hunc locum, breviter eum transgrediemur.

3. Hoc, obiter, ad effectus usucapionis pertinet, quod, etsi inferat dominii mutationem, jus tamen pignoris alii creditori quæsitum non tollit, ut est *in l. 44. § 5. h. l. l. § 2. de Pignor.* quod nec hodie sublatum, eo quod hypothecariæ præscribitur eodem tempore, quo usucapiuntur res immobiles, *l. 1. & l. 2. C. Si adverf. credit.* juncta *l. un. C. de usucap. transform.* ut paulo crudius habet D. Wissenb. *ad h. t. th. 12.* Potest enim fieri, ut res hypothecæ obligata sit eo tempore, quo jam dominus possessionem ejus amiserat, & usucapio inchoata erat, eoque casu hypothecaria diutius vivit quam dominium; ne de rebus dicam mobilibus, in quibus nihil hactenus mutatum.

4. Per litis contestationem interrumpi usu-

* De temporibus usucapionum & præscriptionum Juris Saxon. *supr. P. I. p. 148. 402. 439.* actum fuit. Sicuti vero Præscriptio 40. annorum Jure nostro non est mutata, *P. I. p. 402.* jung. *439.* ita quoque præscriptio immemorialis temporis, eodem non censetur esse sublata, adeoque regalia adversus Principem non 31. ann. 6. sept. 3. d. sed immemoriali possessione acquiruntur. *c. 26. X. d. V. S. j. ℔. l. 1. art. 29.* Conf. Berl. *P. 2. Concl. 8. n. 19.* Petr. Heig. *P. 1. qu. 16. n. 47. sq.* Carpz. *P. 2. C. 3. d. 24.* Dissent. *Consult. Sax. part. ult. qu. 101. n. f.* Sunt equidem JCti, qui in Regalibus nec immemorialem præscriptionem admittunt v. Ill. Thomasii Dissertationem *de Præscriptione Regalium ad Jura Subditorum non pertinente, Halæ 1696.* editam, sed mitiorem satius est sequi sententiam, in quam denique etiam Titius desinit Teutsch. Lehnr. *c. 12. § 17.*

capionem, est Usurpatio Civilis.) dictum est *aliàs*, & habetur in *l. 10. C. de Acquir. Poss. & l. 10. C. de Præscript. long. temp.* In quibus textibus nihil est, quod jus novum ab illis introductum esse persuadeat, cum ratio de præsumpta derelictione vel negligentia, qua usucapio nititur, per litis contestationem manifesto extinguatur. Plerique tamen jure Pandectarum secus obtinere, contendunt per *l. 2. § ult. D. pro empt. l. 18. de Rei Vindic. l. 9. § 6. D. Ad exhib. l. 2. D. pro Donat.* in quibus post litem contestatam tempus usucapionis & præscriptionis adhuc currere dicitur. Vide, ne non ita sit dicendum; Quamdiu adhuc pendet lis, tempus currere dicitur, & si per sententiam possessio maneat suo loco, continuatur, cum effectu. Sed avocata per sententiam possessione, tempus post Lit. contest. non prodest ad implendam usucapionem. Idque docet prædicta *l. 10. C. de Præscr. l. t.* Hoc intellectu, nulla juris antiqui & novi hac parte discrepantia fuerit.

Tit. IV.
Pro Soluto.

Pretium operæ videtur, singulos percurrere titulos, ex quibus usucapionis usus maxime colligi potest. Monitum de illis universale, præbet argumentum Tituli, *Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur;* non eum esse titulum usucapiendi, quem partes præ se ferunt, sed quem revera tractant. Quare si vendere se rem simulent, cum donandi sit animus, non pro emptore, sed pro donato res usucapta censetur, *l. ult. pro Don.* Quod si Titulus, quem revera tractant, sit nullius momenti ad usucapionem, etsi quem præferunt, sit idoneus, tamen nihil agitur, quia non ejus, quem simulant, sed quem dissimulant, rationem esse habendam, prædictus docet titulus, utique *l. 1. & l. 3.* Atque hæc ad ea, quæ Thomasius *ad h. t. pos. 1.* argutatur, sufficerint.

N. ADDIT.

Sufficiunt utique, postquam Autor videlicet omen lavit ea, quæ in positionibus obscure & minus recte dicta sunt, secundum monita scholiorum meorum. Sic enim res habebat ibi.

Posit. 1. Tituli justi sequentibus rubricis memorantur, de quibus in genere notandum; causam simulatam, si nihil agatur, (a) *nullius esse momenti,* l. 1. C. plus val. quod ag. *Sed ubi aliud pro alio simulatur, sufficit, eum titulum, qui simulatur,* (b) *esse habilem ad transferendum dominium.* l. ult. pro Don.

(a) Obscure, ut nescias quid velit. Clarius sententiam *d. l. 1. C.* explicat rubrica ejusdem tituli, cujus expositionem vide apud Brunnem. & Perez. *ibid.*

(b) Dicerem potius, qui revera subfuit, *d. l. ult.* Nam ibi venditio fuit simulata, & revera subfuit donatio.

Primus Usucapionis titulus est, *Pro soluto*, cui res aliqua est soluta, vel in solutum data, hic cæteris paribus, usucapit pro soluto. Dicitur autem solvi, quod ipsum debetur; In solutum dari, quod volenti creditori, cui res alia debetur, solutionis causa datur, *l. 46. de Usucap.*

Tit. V.
Pro Emptore.

Pro emtore usucapit, qui rem a non domino, *l. 74. de contr. empt.* pure emit, *l. 1. pr. & § 2. hic*, aut litis æstimationem solvit, *l. 1. & l. 3. eod.* est enim litis æstimatio similis emptioni, *d. l. 3.* Est aliquid hujus tituli singulare, notatum ad *Inst.* quod, cum Traditio facta ex errore falsæ causæ, modo adsit bona fides, pariat usucapionem, id in emptione non procedat; nisi emptio venditio vere præcesserit, aut saltem, bona fide & ex errore justissimo, rem crediderit esse venditam, *l. 2. in pr. h. t.* Dix. *ad Inst. n. 8.* quibus adde sis Wissenbachium *ad h. tit.*

Tit. VI.
Pro Herede.

Tit. pro herede in *l. pen. pro her.* statuitur in rebus, quas heres defuncti esse putavit, eaque mens videtur esse Tribon. sed juris ratio & textus in *l. 4. C. de Præscr. long. temp. & l. ult. C. h. t.*

non

non permittunt: siquidem heres absolute repræsentat defunctum, nec alium characterem novum Successio ei donare potest, *l. u. de div. temp. præscr.* heredi nihil quam repræsentatio defuncti, non titulus novus adscribitur, *l. ult. C. Pro Her. l. 4. C. de præscr. long. temp.* Placet audire, quid Thomasius ad hanc rem satis intricatam, scripsit ad nostram *Posit. 1. h. t.*

SCHOLIUM.

Si nulla in re, certe in usucapione pro herede, dissenserunt JCti veteres, quod non observantes Juris civilis commentatores moderni, præprimis ii, qui malunt distinctionibus quibuscunque contenti esse, modo aliquatenus Justiniani autoritatem, nullam dari in corpore Juris dissonantiam asserentis, iisdem tueri queant, quam ingenua imbecillitatis humanæ agnitione antinomiam fateri, etiam in hujus tituli expositione crucem discentibus fixerunt, singuli fere singulas, easque variantes, nec parum dissidentes a se explicationes proponentes. Mihi uti omnes excutere jam non vacat, ita quæ in Autoris expositione dubia restant, proponam, mea opinione paucis præmissa. Scilicet, si leges ff. & C. sub hac rubrica positas evolveris, deprehendes, nullam earum exponere quid sit pro herede usucapere, sed omnes ostendere saltem, quinam non possint usucapere pro herede; sola l. penult. h. t. *excepta, ubi Pomponius, plerosque putasse docet,* si heres sim, & putem rem aliquam ex hereditate esse, quæ non sit, posse me usucapere. *aperte indicans, quicquid etiam communiter pro expositione hujus textus alii asserant, heredem usucapere posse res defuncto v. g. commodatas, si modo factum commodationis ignoret: Adeoque titulus pro herede, ex mente Triboniani eo spectabit, ut pro herede usucapere possit quis eas res, quæ apud defunctum erant ex causa justa, ad dominium tamen transferendum inhabili. Cæterum, quemadmodum Pomponius: PLEROSQUE hanc fovisse sententiam, dixit, ita non defuerunt, qui contrariæ opinioni faverent, quorum fragmenta ex incogitantia Triboniani, aliud videlicet tum agentis, etiam Pandectis sunt inserta. Hos inter & Papinianus videtur fuisse, si non tam casum* l. u. de div. temp. præscr. *quam subjectam eidem rationem consideremus. Cum autem Papiniani responsa semper magna autoritatis fuerint, non dubium etiam, quin & apud Antoninum Caracallam eandem obtinuerint, vel certe apud eos, qui ei, ut* l. 1. C. h. t. *conderet, fuere autores, in qua diserte usucapio pro herede, quatenus nimirum a Pomponio, & illis plerisque, qui Pomponio consentirent, ac a Papiniano dissiderent, exponitur, abrogata est, hacque abrogatio iterum noviter a Diocletiano repetita,* l. ult. C. eod. l. 4. C. de præscr. long. temp. *quorum adeo Constitutiones cum in Codicem repetitæ prælectionis a Triboniano fuerint collocatæ, in his etiam, tanquam posteriori Triboniani voluntate, erit subsistendum; Non male itaque, quantum ad Jus Codicis, Brunnem.* ad l. 1. C. h. t. *Titulum pro herede non probare peculiarem titulum usucapionis; sed tantum novam qualitatem & tituli ejus continuationem, quam defunctus habuit, & ex hoc sequi, si defunctus non habuit titulum, nec heredem pro herede usucapere posse res, quas in hereditate reperit. Idem sentit Autor* n. 3. hic.

An igitur ipsius defuncti res propriæ, usucapientur ab eo, qui se putat esse heredem probabili ex causa? Sic Pacius & Corvinus *ad h. t.* tradunt. Quid autem, an ita heredi totam hereditatem vindicanti, possessor res singulas subducere potest obtentu usucapionis? Nihil minus, sic enim hereditatis petitio eluderetur.

Igitur Usucapio pro herede sumenda videtur ita, ut tantum sit nova qualitas in continuatione tituli, quem defunctus habuit; veluti, quando defunctus pro emptore possedit, heres vel is, qui putat se heredem esse, potest absolvere usucapionem.

N. ADDIT.

Recte jam omisit Autor prælectionibus addere positionem quartam. propter monita scholii præcedentis partim, partim scholiorum, quæ illi positioni subjeceram.

Pos. 4. Vel potest esse nova usucapio, hoc modo; qui putat se heredem esse, invenit rem in hereditate, quam putat esse defuncti, cum sit aliena, & sine titulo a defuncto possessa; Evincitur ab eo hereditas; rem hanc alienam non restituit; imo nec ipsi vero veterique domino restituere cogitur: Nactus est enim bona fide tituloque justo, (b) nec objici potest ei, quod defunctum repræsentans, alio titulo gaudere nequeat ac ille habuerat; etenim ille non est heres, (c) sed probabiliter tantum se esse putavit.

(b) Sed quo? An pro herede? At heres non est. Et quamvis heredem se esse putaverit ex probabili causa, tamen neque hic error ipsi prodesse quid poterit. Ut enim justus error usucapionem producat, requiritur ante omnia, ut titulus, quem subesse per errorem putamus, ad hanc rem, quam usucapere volumus, transferendam sit habilis.

Sed si verus heres esset, qui alienam rem tanquam hereditariam possidet, eam non posset usucapere.

(c) Quid inde? vult tamen rem usucapere pro herede, quod ad objectionis firmitatem sufficit. Alias enim sequeretur, putativum heredem plus juris habere quam verum, quod iterum implicat.

In hunc sensum accipio, nec aliter possum, *l. 33. §. 1. vers. Idem hic, & hoc amplius de Usuc.* Aliter Bachov. ad Wesenb. *h. t. & de Action. disp. 3. th. 21.* & D. Wissenb. *ad h. t. th. 11.* Eadem Lex mihi persuadet, *vers. idem.* titulum pro possessore hic esse accipiendum, ut in *tit. de possess. hered. petit.* non ut in *l. 11. de hered. pet.* secus Pacius *hic.*

Aliis exempla usucapionis pro Herede, quærenda videntur in exquisitis casibus. Sed magis est, ut in prædictis generalibus acquiescamus.

TIT. VII.
Pro Donato.

Tit. pro donato est pro eo, cui res a non domino donata est, *l. 1. h.* vel, quod idem, imaginarie vendita, donandi scil. animo, *l. ult. h.* oportet autem donationem esse validam, *l. 1. §. 1. & 2. l. 3. & l. 4. h. t.*

2. Imo nunquam valet donatio rei alienæ, *l. 9. §. ult. de Donat.* Resp. ad effectum dominii transferendi non valet; sed ad usucapionem, secus est.

3. Prohibitæ donationis exemplum est in ea, quæ inter virum & uxorem intercedit, ex qua usucapio non procedit, *l. 1. §. 2. h.* nisi res sit, inquam, inquam nihil juris habet donans & ex qua nihil damni sentiat, *l. 3. eod. & l. 25. de Don. int. V. & U.* Velut, si vir rem alienam uxori donarit, tunc enim quæ propriam mariti nullo modo acquirere poterat, dominio alienæ rei, in qua vir liberalis fuit, potitur; quia scilicet donatio ea tantum inter conjuges prohibita est, quæ donantem facit pauperiorem, qualis non est liberalitas ex alieno, *d. l. 25.*

4. Sed quæ est ratio, quod donatio mortis causa, traditione a donatore vivo impleta, usucapionis effectum non præstet, ut habetur *in l. 13. pr. de Donat. m. c.* tametsi ad dominium transferendum habilis sit, *l. 2. vers. aliam. eod.?* quia dominium hoc a donatore semper revocari potest, *l. 30. eod.* ideo, si donatarius per usucapionem dominus sit factus, æque datur repetitio, quam si mox ab initio dominium adeptus esset, perinde atque de condictione indebiti scriptum est in *l. 5. §. 1. de Cond. indeb.*

TIT. VIII.
Pro Derelicto.

Pro derelicto non potest usucapi res deperdita, licet inventor putaverit esse derelictam, *l. 6. h.* non obstante *l. 4. h. t.* Proinde, quovis tempore talis res a Domino repeti potest; nec ideo recte dicitur, ejusmodi rem pauperibus esse dandam, nisi talis sit, quæ servari nequit.

SCHOLIUM.

Ad l. 4. h. t. Autor respondere vult in fine posit. seq. *In hoc cum Autore sentimus, Julianum* d. l. 6. & 7. *simpliciter nolle admittere errorem in usucapione pro derelicto. Contra Paulus* d. l. 4. *errorem mihi prodesse statuit, sed justum haud dubie, quod & verius, arg. eorum, quæ ipse autor supra pro emptore,* posit. 2. *adduxit.*

RESPONSIO.

Vim facit Paulo Thomasius, in explicatione d. l. 4. *contra juris rationem. Sic ait Paulus;* Id quod pro derelicto habitum est & haberi putamus, usucapere possumus, etiamsi ignoramus, a quo derelictum sit. *Ponit diserte, rem vere pro derelicta habitam esse,* hic est titulus; *dein, possidentem hoc putare,* est bona fides. *Non dicit igitur, errorem prodesse possidenti rem talem, quæ a nemine derelicta sit. In hoc tantum laborat scientia possidentis, quod nescit a quo res derelicta sit, quæ vere derelicta est. Non erravit igitur in opinione, quod res pro derelicta sit habita. Putavit hoc ita, quemadmodum res se habebat.*

N. ADDIT.

Consentio Autori, & ferre possum, ut nunc expungatur scholium.

Alii pro derelicto usucapi volunt, si quis rem nullius esse probabiliter credat, Bachov. *part. 2. ad Tr. disp. de Usuc. th. 5. lit. G.* Sed cum eo casu titulus deficiat, (a) ne sic quidem procedit usucapio, *l. 7. h.* Verus usus est, quando non dominus

dominus rem pro derelicta habuit, eamque alius occupavit, putans a vero domino fuisse relictam, *d. l. 4. h. t.*

SCHOLIUM.

(a) *Non deficit, vel, si velis deficere, dic, cur usucapio procedat* in l. 11. ff. pro emptore. & l. 5. § 1. pro suo. *Si enim hic titulus deficiat, deficit & ibi.*

RESPONSIO.

Deficit heic aperte, quia non est verum, rem esse derelictam aut pro tali a priori possessore habitam. Quod ex l. 11. & l. 5. § 1. *Thomasius profert, ad exceptionem pertinet. Tituli defectum impedire usucapionem, manifestum est; Est tamen generalis, ut videtur, exceptio; nisi valde probabilis & justissimus error opinionem tituli inducat, ut in* d. l. 11. *Quia tamen ejusmodi error excedit ordinarios usucapionis terminos, hinc potius ad usucapionem* pro suo. *qui titulus est quasi supplementum reliquorum, quam ad eum, circa quem error est, vertitur,* d. l. 5. § 1. Pro suo.

N. ADDIT.

Sed hæc responsio dubium non tollit. Nam l. ista responsio de titulo pro suo, non potest aptari ad l. 11. pro emptore. *Et ergo si probabilis & justissimus error non impedit usucapionem pro emptore, cur impediret usucapionem pro derelicto, etsi ea ex* d. l. *Paulina non possit probari. II. Parum interierit, si dicas, errantem in titulo pro derelicto, non usucapere pro derelicto, usucapere tamen pro suo, cum hic titulus sit supplementum reliquorum, secundum confessionem propriam Autoris.*

Thomasius ad explicationem nostram *legis 4.*

SCHOLIUM.

Sed quæ conjectura eo nos ducit, ut credamus, Paulum in d. l. 4. *de hac circumstantia cogitasse?*

RESPONSIO.

Nulla conjectura, sed positio expressa, quam Paulus habet in verbis paulo supra *collocatis & expositis.*

N. ADDIT.

Poterit ergo & hoc scholium omitti.

TIT. IX.

Pro Legato.

An pro Legato usucapit is, qui possidet aliquam rem, quam putabat sibi legatam, cum non esset? Minime, *l. 2. h.* verum, si legata sit res, quæ non erat propria testatoris, *l. 4. in pr. h.* quod velim conferri cum iis, quæ modo contra Bachovium & Thomasium disputavimus. Denique procedit etiam, si res fuerit quidem Testatoris, sed legatario adempta sit ab ipso testatore codicillis, quod legatarius ignorabat, vel si in nomine sit erratum, ut si duo sint Titii, & alter eorum de se cogitatum existimaverit, erronee, *d. l. 4.*

TIT. X.

Pro Dote.

Pro Dote usucapit, qui in dotem accepit res alienas, *l. 1.* seu singulas, sive universas pariter, § 1. *l. 1. h.* si nempe dos & matrimonium vere sit, non si putaverint, cum non esset, *d. l. 1. § 3. & ult.* similiter atque prioribus titulis dictum est.

Rebus ante nuptias traditis, id tempus proprie non putatur in usucapione, ne quidem si æstimatæ fuerint, *l. 2.* ex ratione *l. 10. § 4. de Jur. dot.* quoniam æstimatio illa quasi sub conditione, si *nuptiæ secutæ sint,* intelligitur.

Et tamen sponsalibus contractis utiliter usucapio *pro suo* procedit, nisi dictum fuerit, ne dominium transiret, aliter quam nuptiis secutis, *d. l. 1. § 2.*

SCHOLIUM.

Multa sunt, quæ adversus hanc conciliationem urgeri possunt, & aut nihil intelligo, aut Paulus & Ulpianus iterum a se dissident. Imo nec Ulpianus hic sibi omnino constat, nisi vel dicas, Juliani sententiam saltem in l. 1. § 2. hic, *ab eo recenseri, vel limitationem ex* d. § 2. l. 1. *addas* l. 10. § 4. de Jure dot.

RESPONSIO.

Non tam Paulus & Ulpianus, quam Justinianus uno contextu, in l. 1. & 2. *contraria scriberet, ex sententia Thomasii. Sententiam Juliani tantum referri in* l. 1. § 2. *frustra dicitur, per Ul-*

piani dicta, quæ ſententia mihi probabilis *videtur. Nihil igitur potius eſt, quam ut in eo, quod dictum, acquieſcamus.*

N. ADDIT.

Jam tacite conſenſi in verbis finalibus Scholii, de limitatione d. l. 10. § 4. *ex* d. l. 1. § 2. *Ergo ſit ita.*

TIT. XI.

Pro Suo.

Titulus pro Suo, accipitur vel generaliter, vel ſpecialiter. In genere, quoties aliquis putat ſe dominum eſſe; ac ita concurrit cum omnibus aliis titulis, *l. 1. in pr. h.* utimurque ejus appellatione, cum aliis titulis proprie non eſt locus, ut exemplo patet in *l. 1. § 2. Pro dot.* In ſpecie titulus Pro ſuo, maxime pertinet ad errorem falſæ cauſæ, *l. 3. h. t.* de quo *ad Inſt. n. 8.* & ut aliqui putant, in rebus, quæ mari, terra, cælo capiuntur, aliisve modis, quæ rem nullius eſſe arguere videantur, licet revera non ſint, *l. 2. eod.* Non ſpernenda ſunt, quæ habet hac de re Thomaſius.

SCHOLIUM.

Et hic Tribonianus crucem nobis fixit, miſcendo in hoc titulo, quæ ad titulum pro ſuo generalem ſpectant, ſpecialibus. Scilicet pro Suo poſſidere dicitur generaliter, qui rem ex quacunque cauſa ad dominium transferendum habili, poſſidet, l. 1. h. t. *Cæterum, hæ cauſæ vel habent nomen ſpeciale, ut emptio, donatio, legatum &c. vel non habent, ut ea, quæ jure acceſſionis, vel occupationis acquiſivimus. Quas ex poſterioris generis cauſis poſſidemus, in ſpecie pro Suo poſſidere dicimur,* L. 2. h. t. & l. 1. § 2. pro Dote. *præprimis ſi revera nullius fuerint, aut etiam revera jure acceſſionis ad nos ſpectent,* d. l. 2. *quod ſi tamen & hic juſtus & probabilis error ſubſit, poſſeſſio hæc* pro Suo, *etiam ad uſucapionem ſufficit.* d. l. 2. junct. l. 4. pr. eod. *Cæterum, ſtipulatio quoque cauſa ad dominium transferendum habilis eſt, & talis quidem, quæ nomen habet, unde mirandum, quod nec de hac ſpecialis titulus reperiatur in Pandectis,* Pro ſtipulatu *videlicet. An hoc ideo factum, quod hoc nomen non uſurpaverint JCti, ſed magis delectati fuerint nomine generali* pro ſuo? *Id videtur, propter* l. 3. h. *Jam his præmiſſis, facile eſt dignoſcere mixturam Triboniani.* L. 1. pr. *agit de poſſeſſione pro ſuo generali.* § 1. *ſpectat ad titulum pro emptore.* L. 2. *exponit poſſeſſ. pro ſuo, ſtricte dictam.* L. 3. *poſſeſſ. pro ſtipulatu exhibet.* L. 4. pr. *iterum ſpecialem pro ſuo poſſeſſ. adducit.* § 1. *pertinet ad tit. pro herede.* (junct. l. 3. pro herede.) § 2. *ad tit. pro legato.* (vid. l. 2. ff. eod.) *Denique* l. 5. *iterum ad titulum pro emptore. Ergo ſi accuratius Tribonianus leges hujus tituli voluiſſet collocare, nihil ponendum fuiſſet, quam* l. 1. pr. *tum* l. 2. *inde* l. 4. pr. *reliqua erant referenda ad ſuum locum.*

RESPONSIO.

Cur titulum pro Stipulatu non prodiderint JCti, cauſa non eſt idonea, quod nomen hoc non uſurpaverint, ſed magis delectati fuerint *nomine* pro Suo. *Hæc enim eſt petitio τῦ ἐν ἀρχῇ* principii, *quam vocant. Hoc quæritur, cur ita? Dic potius, quia Stipulatio ipſa eſt contractus generalis, & acceſſorius omnium reliquorum, cui proinde nomen generale* pro Suo, *melius conveniebat, quam ſuum proprium; quippe tum viſa fuiſſet cauſa peculiaris, cum ſit inventa reliquis contractibus firmandis, ut* ad tit. l. de Verb. obl. *ſatis eſt demonſtratum.* Reliquis Thomaſii non eſt quod opponamus.

N. ADDIT.

Et hic igitur omnia bene ſe habent. Nam Autor ſententiam meam de ſtipulatu illuſtrat magis, quam quod refutet. Neque hoc eſt petere principium, cum dixi, JCtos noluiſſe nomen hoc uſurpare. Nam revera noluerunt, etiam ſecundum mentem Autoris. Sed eſt rem non ſatis perſpicue dicere. Petere principium dicetur de illis, qui quid ut indubium affirmant, quod alter negat.

His titulis quaslibet res, non exemptas privilegiatasque, uſucapi poſſe, tum & quæ ſint exemptæ, diximus ad *h. tit. Inſt.* inter quas etiam Res civitatium, juxta res Fiſci, Eccleſiæ, domuumque piarum, recenſentur a Vinnio aliisque omnibus, ex *l. ult. C. de ſumd. patrim. Tit. C. Ne rei dom. vel templ.* Verum tamen eſt, nullum dari textum, e quo res Civitatis liqueat eſſe exemptas uſucapioni. Ideoque dicendum, eas nec videri exemptas; niſi lex ſpecialis proferatur.

LIB. XLII.

TIT. I.

De Re Judicata.

I. Continuatio, & quid res judicata. II. Quid sententia. III. Quid differat a Comminationibus, Subscriptionibus, Epistolis, ac Imperiis.

Tractatus de Judiciis per Digesta sparsus, una cum causis, actionibus, & juribus unde oriuntur, arbitraria, quam videmus, methodo absolvitur. Ipsius Judicii tres habemus partes præcipuas, constitutionem ejus in *tit. de Judiciis*, prosecutionem ad *Tit. de probationibus & seqq.* Finem & executionem ejus in *hoc tit.* & deinceps. RES JUDICATA, quam Rubrica loquitur, est Lis, quæ per sententiam finem accepit. Ex continenti enim post sententiam dici Rem judicatam, probat ratio & *Lex 1. h. t. l. 14. C. de Appell.* Sed quia cis decem dies appellari potest, ut *infra* videbimus, & per appellationem executio sententiæ impeditur, satis apparet, plenam sententiæ vim ante decem dierum lapsum non esse comparatam. Nec aliud velle puto Canonici juris Auctores, quos communiter a jure Civili hac parte discrepare volunt; quando post *decem dierum spatium sententiam in auctoritatem rei* judicatæ transire, docent in *cap. 15. X. de sent. & re jud.* quod respectu suspensæ executionis, propter appellandi facultatem, ita eos intelligere, docet ipse Pontifex in *d. cap. 15.*

2. Quid autem sententia sit, dictat eadem lex 1. Est ultima (a) Pronunciatio judicis super causa cognita, absolutionem vel condemnationem continens.

SCHOLIUM.

(a) *Nam interlocutio ex stylo Jurisprudentiæ Romanæ, non est sententia.* Wiss. h. th. 1. Strauch. XXVI. 2. *quod tamen moribus nostris secus.*

Causæ cognitione prævia sententiam oportet esse latam, & sine ea quicquid a judice profertur aut pronunciatur, non potest habere vim rei judicatæ: Ergo comminationes, quales sunt interlocutiones Præsidis apud Acta signatæ, ut nisi debitor *v. gr.* solverit intra certum diem, duplum seu quadruplum inferat, non habent vim sententiæ, *l. 4. C. commin. Epist.* Ejusmodi pœnalia Rescripta sæpius eduntur a judicibus, iisque partes parere debent: At si non pareant, executio tanquam ex re judicata non datur, sed causa prius cognoscenda, & sententia super isto pœnali mandamento, quod vocant, denuo ferenda est, ut servatur usu quotidiano, & docet Gailius *1. obs. 15.* Porro nec res judicata *videtur*, si per Epistolam Rector Provinciæ solvere pecuniam jussit, *l. 2. eod.* neque Programmata a præsidibus proposita, *l. 6.* neque Subscriptiones ad libellos datæ, quibus aliquis in possessionem fundi v. gr. mittitur, *l. 5.* Semper enim ut effectus rei judicatæ obtineat, partium allegationes audiendæ & examinandæ sunt, *d. l. 5.* Idemque de omnibus Imperiis Magistratuum intelligendum, *l. 4. h. t.* Atqui de Principibus ita traditum est. Quodcunque per epistolam vel subscriptionem statuerunt, id juris habere vigorem, non secus atque si Edicto præcepissent, *l. 1. de Const. princ.* Videlicet, si animum juris condendi habuerint, quod non aliter quam re penitus discussa locum & usum habere potest, *l. 2. & 3. C. de LL.*

3. Enimvero causæ cognitionem esse vel summariam, vel ordinariam, satis constat, & probatum est ad *tit. de Judic. n. 33. pag. 718. seq.* nec dubium, quin utræque vim sententiæ reique judicatæ teneant: Quippe Judicia de Interdictis, quæ sunt Actiones extraordinariæ, *Rubr. D. de Interdict.* finiuntur per sententiam definitivam, *l. 3. C. de Interdict.* ut videbimus *infra.* Idem in reliquis actionibus summariis & extraordinariis indubitatum est. Textus vide in *præd. Loco ad tit. de Judiciis.* Atqui ita sine dubio in his, quæ pro tribunali sive per decretum, causa licet breviter cognita, fiunt. An autem, quæ de plano per libellos expediuntur, vim rei judicatæ obtinere possint, non de nihilo quæritur, eaque de re non semel quæsitum dubitatumque recordor. Etiam diverso modo in suprema Curia nostra aliquando judicatum. Quia vero hæc res admodum frequentis usus est, cum negotia, quæ per libellos expediuntur, nihilo sint pauciora, quam quæ pro tribunali disceptantur, placet heic de Libellis, ut hodie tractantur, agere paucis.

DE

DE LIBELLIS SUPPLICIBUS.

IV. Libelli principibus oblati, a judiciali diſcrimen & convenientia. V. De Libellis, quibus petitur Commiſſio judicialis. VI. An ex reſcriptis ad libellos partibus auditis, oriatur exceptio rei judicatæ. VII. Rationes pro adfirmativa. VIII. Decreta & diſpoſitiones aliæ, quæ ſine proceſſu contradictorio vim rei judicatæ habent.

4. Primo omnium de libellis & diſpoſitionibus ad libellos, & quæ fiunt a Magiſtratibus atque a Judicibus, heic agi, præmonendum eſt. De his, qui Principibus, aut apud nos Ordinibus eorumve Delegatis offeruntur, repetendum duntaxat, quod alias probatum eſt; non debere Principibus offerri ſupplicationes, quæ Fiſco ſint damnoſæ, quæ jus tertii tollant, & quæ juri adverſantur. Etſi Reſcripta ejus generis impetrata fuerint, ea non valere, nec ideo mandata principum aliter, quam cognita cauſa executioni danda eſſe, probant textus juris in *l. 2. l. 3. l. 4. & l. 7. C. de Precib. Imp. off.* & diximus ad *tit. ff. de Conſt. Princ.* Denique, nec ſuper cauſa litis pendentis, Principibus ſupplicare licet, *l. 2. C. Ne lit. pend.* quia curſum juſtitiæ nolunt interrumpi, ſed hominum querelas ad ſe per legitimos provocationum tramites deferri; Proinde ſi Magiſtratus aut Judices partibus non faciant copiam Juſtitiæ, juxta morem procedendi legitimum, tum quidem recurſum ad Principem dari, res loquitur, & diximus *ad tit. præd.* Hos limites Romani Principes ſibi ipſis circumſcripſerunt, a quibus hodierni Imperantes nimium quam receſſerunt. Ordines tamen noſtri moderationem Principum Romanorum in eo non tantum ſequuntur, ſed etiam ſuperant: Quando de rebus juridicis ſe prorſus adiri non patiuntur; ſed eas Curiæ ſupremæ, tam in civilibus quam criminalibus *privative*, ut Ordd. loquuntur, commiſerunt. Si qua privilegia vel remiſſiones pœnarum, certis perſonis indulgeant, ea non aliter, quam cauſa apud Curiam cognita probataque, effectum habere patiuntur, ut eſt apud Sandium *lib. 5. tit. 2. art. 2.* Neque tamen eadem requiſita, quæ Principum libellis adſcripſimus, in judicialibus non requiruntur. Certe nec illa valebunt, ſi Fiſco damnoſa, jus aliorum tollentia, vel juri contraria ſint, tanto minus quanto judicis inferior poteſtas minus valet quam ſumma Principis. Proinde ſi Curiæ ſupremæ libellus offeratur ſuper cauſa litis apud inferiorem judicem pendentis, extra cauſam negatæ juſtitiæ, non eſt audienda Querela, cujusmodi Curiæ noſtræ judicium fuit *d. 24. Nov. 1680.* quando Commiſſarius libellorum ſupplicum, ſubſcriptione juſſerat, in ſtatu retinere, h. e. ſuſpendi, cauſam litis apud Judicium *Opſterlandiæ* pendentis, quod reſcriptum decreto Curiæ improbatum eſt, in cauſa *Fiſcalis dicti territorii ratione officii, contra Stephanum Johannis cum ſoc.*

5. Quo autem effectus diſpoſitionum ad libellos ſupplices, melius intelligatur, partitione ſpecies eorum deteganus. Libelli vel ſunt tales, ad quos ſequitur *Commiſſio*, ſive delegatio *Commiſſarii*, quem vocant, vel remiſſio ad jus ordinarium, vel peremptoria diſpoſitio. Libelli, ad quos ſequitur Commiſſio, vel ſtatim eam recipiunt, vel audita parte adverſa. Statim, quando Judex e relatione ſupplicantis intelligit, inquiſitione per Commiſſarium facienda opus eſſe, veluti, quando minor petit veniam ætatis; quando Venia res pupillorum, minorum, eccleſiarum & civitatium alienandi petitur; quando Magiſtratus officium imploratur, ut alicui bonis interdicatur. Hæ res ita adminiſtrantur, ut ſtatim Commiſſarius detur, qui habita inquiſitione vel ipſe decernit, quod petitur, vel refert ad Collegium, ut ab eo res petita decernatur. Non ſolet quidem fieri, ut is cujus intereſt, ad has cauſas citetur; Si tamen re cognita petat audiri, ſeque velit opponere, non poſſe, verbi gratia, prodigum a contradictione repelli, diximus ad *tit. de Curat. Furioſ. & al. in fin.* Quid autem ſi non vocato ſit interdictum, aut alienatio ſit permiſſa, an hoc decretum adeo firmum erit, ut deinceps hi quorum intereſt, in contradictorio non ſint audiendi? Cenſeo, non poſſe negari judicium, ſi res habet civilem ἀνακοίνωσιν, quia parti inauditæ nulla poſſet obſtare judicati auctoritas, *d. tit. C. Commin. epiſt. &c.* Libelli, in quibus auditis utrimque partibus, res judici delegatur, ſunt de negotiis, in quibus ita diſſident partes, ut inter eos conciliatio ſperetur. Quo caſu apud nos reſcribi ſolet, *Fiat Commiſſio ſine verbali proceſſu.* De his, nec non de omnibus illis, quibus ad jus ordinarium & diſceptationem partes remittuntur, non habet locum Quæſtio de auctoritate rei judicatæ.

6. De his vero, qui ſine diſceptatione ſive Proceſſu juris ordinario expediuntur, quædam ſunt *proviſiones* ad ulterius aliquid tendentes, quædam

definitiones ultimæ. Priores, etsi vim habeant irrevocabilem, ut omnes interlocutiones, tamen huc non pertinent. Egimus de illis in *parte 2. Jurispr. Hodiern. lib. 1. cap. 34. n. 15. seqq.* Via, per quam ad definitionem causæ in libello tractatæ pervenitur, hujusmodi est. Libellus supplicantis adversario jubetur insinuari, ut intra certum tempus rescribat, Rescriptio ejus supplicanti rursus insinuatur, qui contra rescribit, & in quibusdam Judiciis reus, id est contra quem supplicatio facta est, duplicat. Hisce tribus aut quatuor scripturis, a judice visis & examinatis, si causam reperiat ejusmodi, ut sine processu solenni probationum, definiri queat; subscribit suam sententiam, quod fit aliquando a toto Judicum Consessu, ubi plures sunt; aliquando a Commissario sive Magistro Libellorum supplicum, nomine tamen Curiæ, sive totius Collegii. Qui se per hanc sententiam læsum arbitratur, intra 24. horas petere potest, ut *rursus audiatur*. De hujusmodi subscriptionibus, sive sententiis Libello subscriptis, quæsitu dignum & aliquando quæsitum est, si nulla *Reauditio* petita, vel appellatio, (quando judex inferior subscripsit), instituta sit, vel etiam, si per reauditionem confirmata fuerit, an super eadem causa denuo lis moveri possit, an vero detur ex illis exceptio rei judicatæ. Curiæ nostræ præjudicia extant in utramque partem. De hoc quidem non dubitatur; Si is, qui per rescriptum ad Libellos condemnatur aut rejectus est, eandem causam per libellos denuo disceptare velit, abscisse repellitur. Verum an, si petatur Citatio juris ordinarii & via processus solennis super causa per ejusmodi rescriptum definita, & victor opponat exceptionem rei judicatæ, an hæc admittenda sit, id demum ambigitur. Admittendam esse exceptionem, visum est Supremæ Frisiorum Curiæ, *in causa Gertrudis Corneliæ, contra viduam & heredes Olphardi Belida, in principio Anni 1675.* Non esse admittendam exceptionem rei judicatæ ex ejusmodi Rescripto, placuit eidem Curiæ in causa *Melle Jeens*, contra *Tjamke Tijmens, die 8. Maji 1682.* ubi hac de re πραγματικῶς & unice disceptatum est. Nos primo, ut est momentum rei, & usus frequentia, rationes pro adfirmativa reddemus, tum rationes negativas refellemus. Dein, nunquid temperamenti & instar medii detur, videbimus.

7. Rationes, cur ex ejusmodi Rescripto sive sententia, post scripturas hinc inde commutatas, danda sit exceptio rei judicatæ, sunt hæ: *Prima*, quia tale Rescriptum est vera sententia per causæ cognitionem & disceptationem judicialem definita, cujus formula est, *Curia, visis omnibus, injungit, &c.* II. Quia in libello perinde fit conclusio, & in Rescriptione contradictio, ac ita porro, quam in processu ordinario causarum, quæ sine interlocutione probandi causa, definiuntur, forma duntaxat externa discrepante. III. Quia Curia seu Judex, antequam definiat causam, perpendit, utrum causa ejusmodi sit, quæ summatim finiri possit, an opus sit ordinario Processu. & cum prius arbitrata est, tum hoc judicio standum, neque id retractandum est. IV. Quia summariæ cognitiones & Judicia extraordinaria, æque definunt in sententias & res judicatas, quam ordinaria, ut probatum est *de tit. de Judic.* V. Quia cum a tali Rescripto per Judicem inferiorem dato, appellatur ad Curiam Supremam ibique confirmatur, inde sine dubio nascitur exceptio rei judicatæ. Atqui tale Rescriptum per judicium appellationis confirmatum, non fit amplius quam quod fuit, nec nisi in vigore constituitur; Resolvitur, inquam, in id, a quo appellatum est, idque agitur, ut maneat sententia Summaria; & appellans declaretur non gravatus Rescripto, sive summaria judicis inferioris sententia. VI. Ex ejusmodi decretis non potest negari, quin jus aliquod parti victrici acquiratur; At huic jus semel acquisitum, rursus adimi non potest.

8. Rationes obstantes hujusmodi esse videntur. I. opp. Lex *ult. C. d. t. Commin. epist. progr. Quod magno conflictu sententia decerni solet, id paucis literis temere descriptis definiri, fas non est.* Atqui talia Rescripta paucis verbis concipiuntur. Sed Responsio in promptu est, illic agi de paucis literis, temere, id est, sine ulla causæ cognitione descriptis. II. Eadem responsio competit ad *l. 5. eod.* atque in ipsa continetur; Subscriptio ad libellum data, vicem rei judicatæ non obtinet, ait Imp. quia judex partium allegationes audire & examinare debuit; Subscriptiones igitur ad libellos ab una parte prolatas, non quæ partibus auditis omnibusque examinatis factæ sunt, intelligit. Non obstant igitur hæ rationes, quo minus istæ pronunciationes pro decisionibus summariis atque sententiis habendæ videantur. Temperamentum, quod heic locum habere posset, inde petendum videtur, quod de exceptione rei judicatæ postea videbimus: Evenire posse, videlicet, ut si meritum actionis, quam nunc vis instituere, priori judicio non fuerit examinatum, etsi res sit eadem

dem, non obstet tibi tamen exceptio rei judicatæ. Atqui hoc multo facilius, in ejusmodi Rescriptis sive dispositionibus ad libellos hinc inde commutatos, fieri posse, manifestum est.

9. Præter has dispositiones ad libellos supplices, dantur adhuc aliæ dispositiones & Decreta judicum, quæ pronunciata vim rei judicatæ habent, sine processu disceptationis contradictoriæ; quales sunt Condemnationes voluntariæ, quando Judex aditur, ut certam ferat sententiam; *Si enim convenerit inter litigantes, quid pronuncietur, non ubi res erit, judicem hujusmodi sententiam proferre*, ait Ulpianus in *l. 26. h. t.* Id apud nos fit hoc modo; Advocatus Impetrantis affatur Judicem hoc modo: *Domine judex, debentur clienti meo centum a Cajo, qui contentus est in eam summam condemnari, & convenit inter nos de termino solutionis intra* duos tres menses, *Rogamus, ut sententiam in hunc modum ferre velis.* Commissarius ad cautas, audito Debitoris consensu, ita pronuncint: *Curia post auditam declarationem & acceptationem partium, condemnat Reum in id*, quod dictum est, *sub mora duorum mensium, cum expensis.*

Non multum ab hac Condemnatione voluntaria, discrepat *Declaratio*, qua Constitutum sive promissio debitori, quod intra certum tempus sit solvturus, sub pœna paratæ executionis sive submissione condemnationis, executioni subjicitur. Quando ad hanc declarationem citatus est, sive compareat sive non, Creditoris Procurator, Acta constituti sive promissionis factæ judici exhibet, cum relatione citationis, petitque decerni executionem. Quibus visis judex ita pronunciat, *Curia viso Constituto, cum submissione executoria, juxta citationem & relationem subsecutam, declarat Constitutum executioni subjectum, & condemnat Reum in id, quod eo continetur, cum expensis.* Sæpe fit, ut ejusmodi Decreta sive sententiæ petantur etiam ad exequenda compromissa, liquidationes salariorum, & id genus alia: Sed juris ratio non patitur, ut executio decernatur ad ejusmodi Acta, quibus non continetur submissio ad condemnationem, quemadmodum & sæpius in Curia nostra judicatum: Utcumque nonnulli commissarii suo arbitratu officium suum aliis quandoque petitionibus impertiantur. At hæc quidem exempli gratia protulisse sufficit. Plura id genus enumerata & exposita, vid. in *part. 2. Jurispr. Hod. lib. 2. cap. 31.* Quin etiam omnes actus voluntariæ jurisdictionis, ut sunt Legitimationes, Adoptiones, Emancipationes, similem rebus judicatis, id est irrevocabilem, habere effectum, non dubitatur.

DE INTERLOCUTIONIS SENTENTIA &c.

X. *Interlocutio quot modis accipiatur.* XI. *Species Interlocutionum variæ.* XII. *De his, quæ fiunt ad articulos* officii *quos vocant.* XIII. *Effectus Interlocutionum.* XIV. *Quæ ratio formandi sententias, quando plures sunt judices.* XV. *Sententias numero prævalere cum temperamento superius dictorum.* XVI. *Cur paribus sententiis reus absolvatur.* XVII. *Divisis sententiis Exceptio Rei admittenda, an rejicienda sit.* XVIII. *De Conjunctione plurium sententiarum quam duarum.* XIX. *De relatione causæ pro colligenda Judicum sententia.*

10. Pergemus ad Sententias, quæ ad plenam cau'æ cognitionem feruntur, & per excellentiam ita dicuntur, quas & ab initio definivimus. Pervenitur autem ad sententiam vel directe, vel prævia Interlocutione, sæpe non una. Sumuntur autem Interlocutiones variæ: Quandoque pro quilibet inter litigantes pronunciatione; lata in *l. 3. C. de LL. interlocutionibus, quas in uno negotio judicantes protulimus, vel postea proferemus, non in commune præjudicantibus*, ubi opponuntur Edictis generalibus. Secundo pro decretis, causa cognita ad instar sententiæ, ante definitivam prolatis; *Rubr. l. 9. in fin. & l. ult. C. de sentent. & Interlocut.* Tertio, significat jussionem Magistratus aut Judicis, causa nullo modo cognita, per modum comminationis prolatam, *l. 3. C. comminat. epist. program.*

11. Secunda significatio est hujus loci, quando ad Sententiam per & post interlocutiones perveniri dicimus. Talis est, qua Judex litigantes in factis contrarios inveniens, jubet singulos probare quæ adfirmant, dilatione legali, vel ab ipso præscripta, qua de re egimus ad *Tit. de probat.* Tales sunt, quibus agitur de Testibus admittendis vel non, de Instrumentis producendis, de cautionibus, de restitutionibus in integrum pendente judicio petendis, denique de interrogationibus ex officio instituendis; quæ species propius ad ultimam sententiam pertinet.

12. Accidit enim quandoque, ut Judices sententiam

tiam formaturi, quædam vero facta vel a partibus intacta probationibus relicta, vel non satis probata sint. Hæc ipsi quamlibet conscii, ex sua scientia supplere nequeunt; quippe secundum acta & probata judicare obstricti, *l. 6. §1. de Off. præs.* Propterea, si res ipsarum partium interrogationibus confici possit, has primo quidem interponet, ut ex *l. pen. de Inter. in jur. fac.* alias monuimus; Si per alios probanda sint facta, Judex per Interlocutionem partibus id injungere debet; quam nostrates ad articulos seu *puncta officii* vocitare solent, qua partibus alioquin ipsis, post conclusionem scilicet, in causa factam, præcluditur, sed Judicis officio non obstat conclusio; *Judici nunquam*, sic vulgo ajunt, *in causa coneluditur.* Facta interlocutione ejusmodi ex officio, Actor vel cui probatio incumbit, petit, adversarium citari, ut primo quidem respondeat; Dein testes & instrumenta justo tempore producat. Ipsi vero litigantes nihil articulis illis interrogatoriis addere possunt. Sed collectionem quandam sive deductionem juris & facti, e responsionibus adversarii, testiumque, vel argumentis instrumentorum rationumve judicibus exhibere possunt.

13. Quamvis autem interlocutiones hoc sensu a sententiis distinctæ sint, nec ideo exinde nascatur Actio, vel Exceptio rei judicatæ, non est tamen quod irrevocabiles ejusmodi sententiæ ellis negentur; nec ideo si rursus idem contendatur, exceptio negari posset, ad instar exceptionis rei judicatæ; quam nec hodie dubitamus hoc ipso nomine designare; quia nunc ita obtinet, ut ab initio diximus, quod Sententiæ distinguantur in Interlocutorias & Definitivas: quod nec ab usu juris valde remotum esse, probatur ex eo, quod de variis Interlocutionis significationibus, modo præmisimus ex *l. ult. in pr. C. de sent. & interlocut.*

DE FORMANDA SENTENTIA.

14. Porro circa solennem Sententiam considerari potest ejus conformatio, Judicis officium, potestas, dictum, pronunciatio, & effectus. In conformatione videndus primo Judex, de quo diximus ad *tit. de Judic. part. præc. p. 701. & seqq.* Sed in conformatione sententiæ non nihil habet momenti numerus. Longe enim expeditior est sententias ferendi ratio, quando unus, ut fere apud Romanos eveniebat, quam plures extant judices. Ubi dixerimus, quid singulare sit in pluribus, dein simplicius, quid in uno judice spectandum sit, videbimus. Primum de pluribus dictum Celsi occurrit, *Duo ex tribus judicibus, uno absente judicare non possunt*, inquit in *l. 39. h. t.* addita ratione, *quia omnes judicare jussi sunt.* De judicibus igitur Pedaneis loquitur, qui a Prætore dabantur, non de Collegio judicum, qui habent singuli jurisdictionem. Ex eodem tamen Celso, cum idem de Arbitris, quod de judicibus, relatum esset, hæc ratio subjicitur, *quia potuit præsentia absentes reliquos in consensum trahere, l. 17. § ult. de Recept. qui arbitr.* quod de collegiis æque dici potest. Neque tamen est dubium, quin secus in his obtineat, *l. 3. & sequ. Quod cujusque univers. nom.* Idque seculo nostro juris indubitati habetur. Etenim si omnium præsentia judicum esset necessaria, tarditas in rebus agendis inde resultaret insuperabilis. Nec est hoc unius Curiæ singulare; sed quotidie accidit, ut non modo propter iter & morbum, sed etiam ob cognationem, adfinitatem, ac id quod interest, plures judices abesse cogantur, nec ambigitur, quin reliqui jus Collegii retineant, valideque rem judicatam faciant, etsi major quoque pars fortuitis vel necessariis de causis abfuerit, quemadmodum in nostra Curia accidit in causa *Jacobi Hillebrants J. U. Dris contra Gerardum Zachæum Consulem, &c. anno 1640.* in qua ex duodecim dominis octo excusabantur; Cæteri tamen quatuor soli jus dixerunt, Dni *Andre, Niis, Kinnema, & Nauta*, qui retulit; & memini, cum tres tantum superfuere. Contigit etiam, ut major pars Curiæ mortibus exinanita fuerit, atque ex his aliqui subinde abessent, jurisdictio tamen Curiæ nunquam cessavit.

15. In eo minus est difficultatis, inter præsentes & dissentientes prævalere plurium sententiam, *l. 36. h.* sufficit enim in judicibus, etiam datis, omnes judicasse, licet discrepaverint, ut idem Celsus tradit *d. l. 39.* Quod si a pari judicum numero dissonæ proferantur sententiæ, quid juris sit, ambigitur. Modestinus respondit, utramque sententiam in pendenti esse, donec competens judex unam earum confirmaverit, *l. 18. h. t.* Is autem in confirmando sequitur, in causis quidem liberalibus favorem libertatis, *l. 38. h. t.* In Querela inofficiosi favorem ultimæ voluntatis; nisi tamen aperte liqueat, iniquam pro scripto herede sententiam esse latam, *l. 10. in pr. de Inoffic. test.* In cæteris vero causis pro Reo pronunciandum est, eoque forsitan, quod de inofficioso testimento

dictum est, referri potest. Nam exheredatus agit, scriptus heres est reus: Alioqui magis est, ut & exheredatio sit odiosa, quemadmodum in loco vidimus, *d. t. n. 21.* Plerumque aliter distinguunt; legem 38. de judicibus pedaneis, *l. 38.* de judicibus suam jurisdictionem habentibus intelligi, D. Wissenbach. *b. t. th. 4.* Verum in *l. 38.* de judicibus etiam datis agi, probant sequentia, & quod plerumque de judicibus dicta simpliciter, de pedaneis sive datis intelliguntur. Hoc etiam addendum superioribus, etsi quorundam absentia non impediat, quo minus præsentes officio suo fungantur, si tamen tot suffragia non consentiant, quin adhuc absentes eam mutare possint, expectandum esse, dum & reliqui sententias suas dixerint; quo forte non immerito argum. *d. l. 39. h. t. & l. 17. § ult. de Recept. qui arb.* referri potest. Quarum ratio quoque fortius in causis criminalibus, aliisque majoris momenti, valet hodieque, ut omnium judicum sententiæ necessario requirantur; quia fieri posset, ut reliqui tam valide suas rationes adstruerent, ut cæteri suas opiniones illis adjungerent, quo spectat *d. l. 17. § ult.* Atque ita distinguendum videmus inter eos, qui ut suspecti, & qui fortuito absunt. Priorum absentia non minuit reliquorum auctoritatem; etsi jure civili Surrogatio fieri soleat, *l. 16. § ult. C. de Judic.* quæ hodie in perpetuis collegiis rarius frequentatur. Sed fortuitæ absentiæ paulo aliam, sicut diximus, habent rationem.

16. Quæ autem est ratio, quod in dubio & in pari sententiarum numero Reus præferatur? Est ea non tantum, quod Reus est favorabilior quam Actor, *l. 125. de R. J.* Sed hæc inprimis, quod status negotii mutari nequeat, nihilque novi fieri possit, si in neutram partem causa mutandi prævaleat: ideoque si judices, quorum est hæc potestas, votis sint pares, actor vincere non potest, quia victoria non nisi a viribus superiore proficisci potest: Et quia publici juris ratio non fert, ut lites sine exitu pendeant, Rei absolutio fit necessaria. Hinc intelligi potest, quid facto sit opus, si petatur alienatio bonorum minoris, aut Ecclesiæ, si venia ætatis, similiaque rogentur, in quibus non est Actor & reus; paribus sententiis venia negatur, quia concessio veniæ aut alienationis, est aliquid novi, quod sine prærogativa suffragiorum produci non potest. Ac ita Curia nostra servat, nominatim in causa Nobilis matronæ Helenæ a B. viduæ de H. *d. 31. Januar. 1650.*

17. Momentum utriusque rationis, quæ est, de Rei favore, & novatione non facienda sine potiore numero, concurrit in hoc quæsito frequentissimo; Reus citatus propenit exceptionem v. gr. fori declinatoriam; Paribus suffragiis rejicitur, atque admittitur. Quæritur, rejectio, an admissio prævalere debeat. Aliquoties ea de re in Curia disceptatum, tandemque receptum est, Rejectionem esse præferendam, hac ratione, quod Excipiens ea parte sit actor, juxta regulam, quod Reus in exceptionibus actor sit, *l. 1. de Exception.* Ita placuit *d. XI. Februarii*, & rursus *d. 17. Sept. 1680.* Non deerant tamen, qui pro admissione starent, hac ratione; Quod rejectio exceptionis declinatoriæ, ferat aliquid novi, per quam Excipiens ex foro competente trahitur in aliud, cui prima saltem instantia non est subjectus. At illud novum effici non potest, nisi per potentiorem novandi causam, quæ nulla est in pari judicum numero. Idem est in Exceptionibus reliquis. Excipiens enim vult rem in *statu quo*, ut loquuntur, retinere, cujus mutatio res nova est, egens potentia vincendi, qua par numerus caret. Argumentum contrariæ opinionis ex *lege 1. de Exception.* respicit ad probationes, quæ ab adfirmante proficisci debent, etiam ab Reo scilicet, quando is adfirmat: Sed in aliis rebus non amittit favorem legis; Manet reus, & admissio exceptionis pertinet ad liberandum eum; in quam partem oportet esse proniores, quam ad condemnandum, *l. 47. de O. & A.*

18. Plane igitur in mitiorem sententiam paribus sententiis est inclinandum. Neque res admodum est dubia, si duæ sint contrariæ judicum sententiæ. Verum si tres, aut plures collidantur opiniones, sæpe fit, ut quæ quibus jungendæ sint, ambigatur. Nota est Plinii disputatio in *l. 8. ep. 14.* Plerique fundamentum ponunt in rebus sive materia judiciorum. Distinguunt inter sententias, quæ totis rebus differunt, & inter eas, quarum una partem alterius continet. Hinc negant, relegantes vel fustigantes conjungendos cum absolventibus. D. Wissenbach. *b. t. th. 4.* ex Grotio *2. de J. B. & P. cap. 5. n. 18. & seqq.* Nec abludit Cujacius *12. obs. c. 16.* qui exinde ponit hanc speciem; Tres judices capite puniunt, duo pecunia, duo exilio. Vult graviorem sententiam, quæ capite punit, cum potior sit numero duabus singulis, esse præferendam, *quia diversarum sententiarum coitio*, inquit, *non est adversus eam, in qua sunt plures idem sentientes.* Videndum est, ne non convenientius sit, ex præsumpta voluntate opinan-

opinantium, magis quam ex natura vel proprietate materiæ subjectæ, hujus rei petere decisionem. Sic præeunt Julianus & Ulpianus; Ex tribus, ajunt, arbitris unus in quindecim, alius decem, tertius in quinque condemnat, quæritur, qua sententia stetur, & scribunt, quinque debere præstari; quia in hanc summam OMNES CONSENSERUNT, *l. 27. § 3. de Recept. qui arbitr. recep.* Putem igitur in exemplo Cujaciano, duos, qui in pecuniam condemnant, esse conjungendos cum relegantibus; quia sine dubio malunt relegari quam capite puniri eum, quem pecunia duntaxat mulctant. Idem erit in hoc, quod Cujacius etiam contra ponit; Si tres capitis damnent, unus deportet, unus releget, unus fustibus, ultimus pecunia plectat; Tres posteriores cum deportante conjungendi videntur, ut sic quatuor adversus interficientes prævaleant, quoniam hoc malle videntur. Sic apud nostram Curiam servatum vidi. Sex Domini e duodecim volebant reum fustigari & stigmate inuri, quinque fustigari tantum, unus eum torqueri volebat. Hic cum fustigantibus est conjunctus, ac ita sex mitiores prævaluere sex severioribus, *ante ferias Pentec. 1650.* Quin etiam absolventes ex eadem præsumpta voluntate judicum cum mitiore pœna conjungentur, quod illi valde negant. Exemplum fuit hujusmodi: Sex domini reum ad virgas damnabant, tres in opus publicum, tres absolvebant. Senatus Curiæ conjunxit trinos posteriores & mitiores, contra sex graviores, quia non poterat dubitari, quin absolventes mallent eum mitius, quam severius puniri; Sed in eadem causa placuerat primo, ut ex trinis mitioribus prævalerent leniſſimæ, & conclusum erat in absolutionem. At hoc merito retractatum est, absolventesque conjuncti sunt cum relegantibus in opus publicum. Nam hi non poterant dici, quod vellent absolvi; absolventes omnino malebant, ut minor pœna quam gravior locum haberet. Mitiores igitur cum mediis conjungendi; quam Alciati esse sententiam, testatur, at non probat Cujacius *d. loco.* Proinde lata est sententia ad opus publicum temporar. *ante easdem ferias an. 1650. Rea Elle Peeters.*

19. Sed notum est, causas in Judiciis aut viva voce patronorum, vel scripto disceptari, qua de re, ac utra methodus præstet, egimus *ad tit. de Postul. Rubr. de Advocatis.* Ista diversitas in sententiis ferendis hunc habet effectum, ut quibus in locis omnia, vel pleraque majoris momenti scripto peraguntur, cum Judices ibi non audierint causam, scripta partium legenda sint, quod fieri debet ab omnibus, vel ab uno, qui referat ad cæteros. Prior modus est molestior, sed tutior; alter expeditior, sed artis majoris, & suspectior. In locis, ubi multitudo causarum & moles scriptorum id fieri permittit, satius est, omnia simul aut seorsim ab omnibus legi: quod fit in nostro foro: Simul ab omnibus in causis gravioribus; Seorsim a singulis in levioribus. Audita lectave causa, judices suffragantur; quod fit vel colloquendo deliberative, conferendoque rationes, ac ita concludendo: vel determinatis ex continenti singulorum sententiis. Prior modus facit, ut pleræque sententiæ unanimiter ferantur. Posterior ad discrepantias quidem est facilior, sed facit, ut singuli exactius ferant judicium, meliusque rebus attendant: Denique, prior iste modus facit, ut jurisdictio fere sit in manu seniorum & peritiorum. Ideo posterior modus in nostra Curia more majorum receptus est, ac ita quidem, ut novissimus Senatorum primus sententiam rogetur. Cujus rei hæc videtur esse ratio: Ne juniores antecessorum sententias in curia vel reverentia, sequi discant, ac ut ipsi vires ingenii atque judicii, inde mox ab initio acuant, atque experiantur.

POTESTAS ET OFFICIUM JUDICIS.

XX. Officium Judicis respectu Legis & æquitatis. XXI. Quid si conflictus sit inter legem, & jus divinum, ubi sententia Sandii ex M. S. posse Judicem sequi jus divinum præ Statutis. XXII. Improbatur sub temperamento. XXIII. Quatenus judex Leges a Jure divino discrepantes sequi possit. XXIV. Jus suppleri a Judice posse, non facta. XXV. An Princeps ex sua solius conscientia judicare possit. XXVI. Non dari casus pro amico.

20. QUæ *superius* dicta sunt, ad plures numero judices habent relationem; pauca de Judicis officio, seu plures sive singulæ sint personæ, superfunt. In summa diximus *ad tit. Inst. de Offic. n. 2.* Judicis officium esse, ita judicare, quemadmodum Legibus & moribus est proditum, *pr. l. d. t. l. 13. C. de sent. & interlocut.* adhibita scilicet æquitatis arte, secundum ea, quæ dicta sunt *ad tit. de Justit. n. 11.* videlicet, si verba legis pugnare videantur cum verosimili mente legislatoris, ut tum

mentem potiùs quam verba sequatur, *l. 8. C. de Jud.* Quod si mentis & verborum nulla pugna siqueat, Lex tamen sit dura & iniqua, Judicis officii non est, aliter statuere quam Lex ferat, *l. 12. § 1. in fin. Qui & a quib. manumiss. lib.* cum id solius sit Principis, *l. 1. C. de LL.* Quid si tamen Lex sit contra jus Divinum, vel recedens a jure divino, possitne Judex a Lege sive statuto recedere, & sequi jus divinum forense, quæstionis est. Plane, si contingat, Legem esse latam sive Statutum, (Liberi tamen populi,) quod vere pugnet cum jure divino cordibus insculpto vel nobis traditq, velut si puniantur res honestæ, vel turpia sanciantur, non esse recedendum a Præcepto principis Apostolorum, Deo magis obediendum esse quam hominibus, statuendum. Sed quomodo, an judicare potest aliter quam Leges ferunt? Non potest, hoc enim est summæ potestatis, *d. l. 1. C. de LL.* verum, si re ad Principem relata, nihil expediat, magis est, ut judicandi officio abstinendum videatur.

21. Quid ergo, si Lex divina super eodem facto aliud statuat, annon hoc potius quam Statutum sequi potest? Ita sensit olim vir gravissimus Jo. a Sande in *not. ad lib. 3. statut. Fris. tit. 11. art. 3.* ubi pœna adulterii pecuniaria. Verba ex ejus MS. excerpta hæc sunt: *Queri hic potest, utrum pœna hæc Statutaria,* (olim sc. 50. nunc 200. florenorum,) *sublata sit pœna, jure divino & jure communi* in adulteros constituta. Sane, *quamvis regulariter per pœnam statutariam abrogata censeatur pœna Juris communis,* Jul. Clar. § *fin. Quæst.* 55. Fachinæ. *lib. 9. controv. c. 1. præsenti tamen casu secus dicendum videtur. Nam quamvis pœna juris communis etiam jure divino prodita est, tunc eam Statuto sublatam non esse, verius est; cum inferiores supremi illius Dei Legem tollere nequeant.* Panorm. *in cap. In Diecesi 45. in fin. X. de Usur.* Bald. *consil. 76. incip. forma statuti. in fin. lib. 2.* Ludov. Rom. *cons. 12. incip. viso facto proposito. n. 2.* Quamobrem etiam, non obstante hac pœna statutaria, Judex nihilominus pœnam Juris divini dictare potest, ut est elegans in termiuis Decisio Johannis Fabri, § *item Lex Julia. n. 3. de publ. Judic.* Potest dici, quod pœna Lege divina statuta, non tollitur, neque mutatur per constitutionem hominum, sed alia additur, quæ non tollit aliam, & ideo videtur, quod Judex etiam posset adulteros punire ad mortem, quamvis de jure vel consuetudine alia pœna sit. Hæc Faber. *Præterea quando delictum, pœna Statuti non sufficienter punitur, non censetur abrogata pœna juris communis, quia verosimile non est, id re & judicio tacito facere voluisse.* quod verbis expressi facere nefas duxissent. Et hanc sententiam confirmat Aymon. Cravetta in *tract. de Antiqu. temp. part. 4. § 2. n. 6.* ubi ait; Sibi aliquando in Quæstione Falsi allegatum fuisse quoddam ejus loci Statutum, quo Falsum 20. solidis Turonensibus coërceretur, seque tum monitum, ut juramenti sui, quo se Statuta observaturum promisisset, recordaretur: verum se non obstante Statuto illo, pœnam Juris communis dictasse, respondetque ibi ad objectionem illam, juramentum de Statutis servandis a se præstitum, restringi oportere ad statuta valida & justa, non autem ad invalida & iniqua, utpote quæ delinquendi occasionem præbeant. Adde Menochium *lib. 5. præsump. ult. num. 23. & seqq.* & Jacobum Schultes. *in addition. ad Modest. Pistoris part. 2. Quæst. 58. num. 85. & seqq.* Hactenus Sandius sua manu, ut mihi affirmavit ejus optime gnarus Vir genere & virtute Nobilissimus Hero ab OCKINGA, Senator olim supremæ Curiæ, Academiæ Curator, & dein Quæstor Frisiæ Generalis, qui Statutorum Frisiæ, manu Sandii illustratorum, mihi copiam aliquando fecerat.

22. In hac disputatione duæ sunt positiones summæ; Una, quod pœna Legis divinæ per diversam Statuti pœnam non tollatur, verum alia super aliam addita sit. Altera, quod Judex iniqua Statuta, rebus judicatis exsequi & confirmare non teneatur. Ego primam positionem veram esse, non puto. Nam pœna qualibet Lege constituta, delicti æstimatio est, nec est æquum, multo minus Legislatoris menti conveniens, ut unum idemque delictum variis æstimationibus coërceatur, ut docet Papinianus *in l. 41. de Pœn.* Quando igitur Statutum, (intelligimus Legem civitatis liberæ,) diversam a Lege Divina pœnam constituit, non potest ejus animi esse, ut Legem supra Legem cumulet; sed aliam delicti facit æstimationem, quod pro diverso cujusque Reipubl. statu fieri posse, docet idem Sanchius *lib. 5. Decis. tit. 9. def. 9.* quæ mihi cum his allegatis parum convenire videntur. Secunda positio; Judicem ad iniqua Statuta servanda non teneri, concedi potest, eo sensu quo diximus, eum non teneri judicatis exequi manifestas iniquitates; sed nec id concedendum Judici, ut conscientiæ prætextu secundum leges cerebri sui, vel diversæ Reipubl. (quales etiam sunt Mosaicæ, quas Deus non tulit hoc animo, ut omnes populi illis parerent,) spretis

ipretis patriæ Legibus, etsi duris & iniquis, jus dicat. Quo minus idem judicandi officio se abstineat, impediri non potest, neque debet. An vero salva conscientia potest Judex sequi dictatum Legis iniquæ, & an necesse erit, ut tali casu judicando abstineat? Si lex toto genere sit iniqua, si honestatem pietatemque puniat, & contraria sanciat, omnino abstinendum. Si modum inclementiæ vel severitatis excedat in puniendis delictis, remissiorem quidem pœnam tuto infligere posse videtur, quia quatenus punit, recte agit; quod durius non punit, id non est in ipsius manu. Quando vero Lex severitatis excessu tantopere peccat, ut salva conscientia, etsi factum sit turpe, judex eam pœnam exercere nequeat, haud facile dictu est, quid faciendum; nisi quod antea diximus, ut judicando abstineat, quod & de tormentis examinandi causa solitis adhiberi, pro illis, qui hæc improbant, tenendum videtur.

24. Hactenus de Jure, quo plura spectantia vide apud Ant. Matthæum *disp. XI. de Judic. a pr.* Quibus & hoc adde; quod Judicis officio consentaneum sit, rationes Juris, quas partes earumque Advocati minus aliquando suggerunt, in examinanda causa formandaque sententia supplere, qua de re est *l. un. C. Ut quæ desunt Advocatis part. Jud. suppl.* ubi: *quod sciat Legibus & juri publico convenire.* De factis idem Judici nequaquam licet, verum in his acta probata sequi, nec ullo modo excedere debet, *l. 6. § veritas. de off. præf. l. 3. de Testib.* non modo quæ a partibus omnino sunt omissa, solique cognita judici, verum nec ea, quæ certo aliter ipsi constant, qua de re diximus ad *tit. I. de off. Jud. n. 2. 3.* ubi excepimus eos, qui ἀυτοδίδακτος judicant, hoc est ita, ut judicati rationem reddere non cogantur, & quorum sententiæ retractari nequeant.

25. Qua parte dissentire videtur A. Matthæ. *in disp. de Judic. th. 13.* Vult consilium, quod Azo dedit Præsidi Bononiæ, qui eædem admitti, sine teste viderat, ut deposita judicis persona fungeretur officio testis, in ipso Principe servari. *Quid enim absurdi*, inquit, *vel ipsum Principem testis officio fungi?* Nihil in eo quidem absurdi, rectissimeque Principem summum ita instituentem, esse facturum existimo. Sed quæritur de potestate, quid facere possit de jure, non quid facere debeat ex Lege prudentiæ. De jure, distinguendum, sitne Princeps, cui summa potestas simpliciter est delata, cuique nullis legibus præjudicatur; an vero sit talis Reip. moderator, in qua Leges non permixtunt aliter, quam ex ordine Legibus præscripto, aliquem damnari. Priore casu Principem, cui de facto plane liquidoque constat, sine testibus sententiam ferre posse, credidi, nec aliter sentio: Posteriore casu in sententiam *D. Matthæi* concedendum puto.

26. Potestas Judicis legibus & conscientiæ religione circumscripta, nullo modo est arbitraria, ne quidem casibus ambiguis, quos casus *pro amico* vulgus appellat. Debet hoc serio agere, ut animi judicium trutinatis exacte rationibus, Deo quoque, ut est rei momentum, ardenter invocato, in alterutram partem inducat, atque ita rectissime Decius *cons. 176. n. 6. incip. viso themate.* judicem in casu valde dubio sequi posse opinionem, quam ei conscientia dictat, voluit. Quod si dubitationem superare nequeat, aut medietas facienda secundum id, quod diximus *in fin. tit. de Reb. dub.* aut pro reo pronunciandum, *arg. l. 125. de R. J. l. 47. de O. & A.* Recte etiam Princeps consulitur, *l. 1. l. 9. & l. ult. C. de* LL. *l. 11. l. 13. & l. 18. ff. eod.* A. Matth. *disp. XI. de Judic. th. 8.*

DICTUM SENTENTIÆ.

XXVII. Dictum sententiæ qua lingua concipiendum. XXVIII. Pars ejus prima; In quas dictum sit concipiendum, & quo modo Procuratores juxta dominos recenseantur. XXIX. Partis II. Dicti Sententiæ articulus primus, continens præfationem judicis. XXX. Articulus II. & præcipuus, absolvens aut condemnans. XXXI. Materia sententiæ principalis. XXXII. An valeat sententia, si quædam omissa fuerint. XXXIII. De certitudine condemnationis. XXXIV. An conatio adjici possit sententiæ. XXXV. Nihilum sententiam posse conferri, quod in petitione non fuerit. XXXVI. Aliquando ex conclusione Rei sententiam ferri. XXXVII. An si omissa sit fructuum & impensarum condemnatio, nova de illis actio detur.

27. Postquam judices officio suo diligenter functi, quo pacto sententia ferenda sit, constituerunt, DICTUM ejus formare debent, quod lingua Latina concipiendum esse, docet *lex 48. de Judic.* quamvis & Græce permittat *Lex 12. C. de sent. & interlocut.* Et exemplum sententiæ Græcæ, est in *l. 9. § 8. de Pan.* Nec dubium quin prætides, cujusque gentis, cui præfuere, lingua, senten-

ſententias proferre potuerint, juxta Latinam, quemadmodum Pontius Pilatus Hebraice elogium cruci Servatoris noſtri adfixit. Hodie non eſt quod ea de re laboretur, nec dubium, quin Lingua communi ferenda ſit ſententia; Communi, inquam, non cujusque nationis dialecto ſpeciali; Nec enim in agris Friſiæ, ubi utimur Lingua Friſonica antiqui germaniſmi, hac feremus ſententiam, ſed Belgica: Quod & in Gallia, ubi Vaſconica aliæque provinciales dialecti non minus deflectunt, ſervabitur.

28. Porro Dictum Sententiæ conſtat duabus partibus; Una, quæ nomina qualitatesque partium; Altera, quæ judicatum continet. Nominari debent, in quos ſententia fertur, & hi ſunt, quibus cum Litis conteſtatio facta eſt, *l. 1. C. de ſent. & interloc.* ubi reprehenditur ſententia Præſidis, qui cum cognoviſſet inter petitores & procuratorem, ipſum dominum Litis condemnaverat, etſi perſona ejus in judicio non fuiſſet, Quæ dicitur eſſe nullitas *ibi*, ut cauſa de integro ſit cognoſcenda. Quod eo pertinet, quia Procurator litem conteſtando fit dominus Litis. Atqui in noſtris Foris ſemper in ſententiis mentio fit primo loco Procuratorum, & ſecundum eos dominorum Litis; Etſi litis conteſtatio inter dominos litis ſolos perpetrata fuerit ac ita ſoleat fieri. Sed in memoriam revocanda, quæ ad titulum de *Procuratoribus*, demonſtrata ſunt; quando in Legibus ſermo fit de procuratoribus, non intelligi procuratores publice admiſſos, quales noſtri, & quales tum temporis nulli erant; ſed mandatarios, qui amicitiæ cauſa lites aliorum urgebant. De talibus hodieque verum ſit, quod habetur in *d. l. 1.* ſi abſentis amici mei rogatu cauſam ejus judicio perſecutus fuero, & Procuratorem publicum ad eam rem adhibuerim, (ut in noſtris Foris ſolet, ac debet), qui meo nomine tanquam mandatarii, litem conteſtatus ſit; & tamen Judex in dominum cauſæ ferat ſententiam, non valiturum eſſe judicatum. Sed Procuratores noſtri, ut miniſtri duntaxat adhibentur, eoque reſpectu in ſententiis commemorantur, additis immediate ipſorum dominorum nominibus, quorum nomine Litis conteſtatio facta. Et hoc mihi novum eſt argumentum, quo probo, falli eos, qui exinde quod Procuratores publici in ſententiis primo loco memorantur, quaſi hi quoque ſint domini litium, putant. Nam quorum nomine litis conteſtatio facta eſt, in hos quoque tanquam dominos Litium, fertur ſententia. Sed dominorum, non procuratorum, nomine facta eſt litis conteſtatio: In hos igitur neque ſententia fertur, etſi primum occupent locum, neque domini litium fiunt, aut fuiſſe creduntur: ſed ipſi, ad quos ea res pertinet; Ita nempe, ut mandatarii, quos dicimus extrajudiciales, qui Procuratores & ipſi alios judiciales conſtituunt, pro veris litium Dominis habeantur. Cæterum, qualitates litigantium ex ipſorum ſcripturis, ſcilicet Actoris e Libello, Rei ex ipſius Reſponſione, non ex eo, quod Actor in libello ipſi adſcribit, petendas eſſe, ratio & uſus volunt.

29. Pars ſecunda Dicti bimembris eſſe conſuevit. Prima mentionem Judicis ſummæque poteſtatis, a qua judex habet auctoritatem, & τὸ ἦθος præ ſe fert. Τὸ ἦθος judicis intelligimus in eo, quod præfatur, ſe deliberato conſilio ferre ſententiam, conſideraſſe quicquid in ea cauſa æſtimari debuerit. Auctoritas conſiſtit in laudando Principe, vel eo qui jus Principis habet, declarandoque, ipſius nomine ferri ſententiam. Antiquitus enim Reges ipſos jus dixiſſe, eaque gratia primum eſſe conſtitutos, ſatis conſtat. Cicero: *Fruenda juſtitiæ cauſa, reperies olim bene moratos Reges conſtitutos. lib. 2. de offic. c. 2.* Heſiod. Theog. v. 88.

Τάνεκα γὰρ βασιλῆες ἐχέφρονες, ἕνεκα λαοῖς
Βλαπτομένοις ἀγορῇφι μετάτροπα ἔργα τελεῦσι.

Hac una Reges ſapientes Lege creantur;
Dicere jus populis, injuſtaque tollere facta.

Saltem ut ſumma ad eos provocatio eſſet: qua gratia Carolus Magnus in quaque hebdomade unam diem civibus adſignaverat, eaque de re extat ejus *Conſtitutio*. Poſtea Reges ſolum jus publicum ſibi ſuisque Conſiſtoriis ſervarunt, res judicandas Curiis judicum inferioribus & ſupremis delegarunt. Porro in noſtris Tribunalibus recepta eſt hæc formula: *Nomine Dominii provinciæ Friſicæ. Uit den name ende van weegen de Heerlijkheijt der Landſchappe van Frieslandt.* fere ut olim in Hollandiæ: *Uit name van de Hooge Overigheijt ende Graeflijkheijt van Hollandt* &c. Noſtra memoria, cum Proceres ibi in animum induxiſſent, civibus omni modo inculcare, quos penes ſumma poteſtas Reipubl. eſſet, eaque verba minus clare id indicare viderentur, exiit Decretum, quo juſſi ſunt ferre ſententias Judices, tam inferiores quam ſuperiores, *uit Name ende van weegen de Staaten van Hollandt &c.* Et merito. Cum enim ſumma poteſtas ſit Facultas perſonalis, & priora verba Majeſtatem quandam Realem præ-

præ se ferrent, danda fuit opera, ut personæ summa potestate præditæ demonstrarentur. Apud nos illa mutatio non obtinuit, nec scio, an tam facile reciperetur: quatenus Curia Suprema justitiam hoc alio jure, quam forsitan alibi, stabilitam interpretatur, ut patuit ex libro, hac de re nomine Curiæ edito *anno 1662.*

30. Sequitur ultima & præcipua pars, Caput sententiæ, Condemnatio vel Absolutio. Sciendum autem, sententias bifariam concipi: Uno modo, cum tota causæ narratio, factique & juris merita recensentur; Altera, cum dictum Sententiæ, de quo nunc egimus, ad absolvendum vel condemnandum breviter collocatur. In his autem brevibus dictis, non incommode quædam declaratio causæ, fundamentum condemnationis exhibens, præmitti solet: Nam in absolutione cum nihil novi disponatur, brevioribus esse licet. Declarationis ejusmodi brevis exempla passim habemus, ut in *l. 18. C. Ex quib. caus. infam.* Εὐνοϕάντησας, *Calumniatus es.* Προπετῶς μὴ ὄμνυε, *Ne temere jurato, l. 13. in fin. de Jurejur.* cui pœna scilicet addebatur. Ita ad Hereditatis petitionem, Actor primo declaratur heres; tum, ut Hereditas restituatur, condemnatio. In Rei vindicatione, primo Res propria declaratur, dein condemnatio ad restituendum. In hypothecaria, Res hypothecæ obnoxia declaratur, & consequenter restitui jubetur. In personalibus judiciis, idem quidem instituitur, non tamen semper; ut primo quis declaretur alteri debere centum, & dein condemnetur ad solvendum. Inseritur hoc quidem sententiis quandoque, si Actor ita formavit conclusionem; sed magis supervacue, quam ubi ex jure in re constituto agitur, quod prius expedit stabiliri, quam præstatio inde resultans exprimatur & injungatur. Sed quia condemnatio vel absolutio in personam dirigitur, nihil opus est, jus in personam competens ingeminari: nec tamen inepte adjicitur. Ita factum *in l. 75. de Jud.* Judex *pronunciavit absentem debere*, sine dubio ex speciali causa, cum condemnatione ad solvendum, etsi hoc ut per se notum, omisit Julianus: Nisi quis putet, in superioribus exemplis sententiam, Εὐνοϕάντησας, Προπετῶς μὴ ὄμνυε, non fuisse condemnationem certæ pœnæ adjectam. Idem de pronuntiatione, *quod servus in causa redhibitionis fuerit*, adserendum puto, in *l. 21. in pr. de Ædil. Ed.* Quid si tamen non subjecerit verbis expressis condemnationem, sed aliud nihil dixerit, quam, *Titius Cajo fecit injuriam; Cajus Titium calumniatus est*, nunquid ex tali pronuntiatione dabitur actio judicati? Videtur esse danda, si ipso jure determinatum sit, quid exinde sequatur, ut nulla opus sit collectione ad condemnationem eliciendam, ut in *l. 1. § 4. ad SC. Turpil.* Si vero non sit determinata, nec id ultro inde sequatur, non potest fieri, ut inde detur actio. Sed non credo id unquam usu venturum & si contingat, difficulter ad condemnationem ejusmodi sententiam valituram, ad absolutionem facilius. Plane, verbis *absolvendi, condemnandi*, non præcise utendum; sufficere, si Judex æquipollentibus utatur, facile conceditur, A. Matth. *d. disp. de Judic. th 51.*

31. Hæc ad formam Condemnationis spectant. Materia distingui potest in principalem & accessoriam. Principalis circa rem in judicium deductam vertitur. Accessoria circa Fructus, Usuras, Expensas, & id genus alia. Quod ad utramque, cavere debet judex, ne de alia re judicet, quam quæ in judicium deducta fuit, *l. ut fundus. 21. de Comm. divid.* Quid veniat in judicium, ex intentione non rei, sed actoris æstimabit, *l. solemus. 61. de Judic.* Intentio actoris si ambigua fuerit, id capiet, quod utilius est petitori, *l. signis. 76. eod. tit.* Quod autem post litem contestatam accidit, hoc non potest videri in judicium venisse, licet deinde fuerit allegatum, sed novæ instantiæ reservandum est, *l. 23. d. tit. de Judic.* Multo minus, si Reus alias res, licet cohærentes objecerit, horum in sententia ratio haberi potest, per *d. l. 61. & l. 23.* Exemplum: Conveniebat aliquis Tertium judicio communi dividundo, de quinque distinctis agris communibus. Titius respondebat, non quinque, verum sex agros esse communes, nolle se nisi omnes dividere, & offerebat divisionem sex agrorum, quinque recusabat. Consultus a Judicibus, an Reus sub hac oblatione non esset absolvendus. Respondi, quinque tantum agros in judicium esse deductos, nec Reum augere posse per modum responsionis intentionem, debuisse illum sextum addere per Reconventionem. Qua omissa, videri condemnandum ad divisionem agrorum ab actore in judicium deductorum, salvo jure agendi de sexto per novam instantiam, *ante ferias Caniculares 1689.*

32. Cæterum, de præstationibus ad res in judicium deductas pertinentibus, æque respectu Rei quam

quam Actoris esse judicandum, nulla dubitatio est. Adeo, ut si in unius persona damnatio sit omissa, nec in alterius persona valeat, *l. 27. D. Fam. ercisc.* addita ratione, *quia non potest ex uno judicio res judicata in partem valere, in partem non valere.* Unde recte Dd. observant, de tota re in judicium deducta judicandum esse, de parte si judicatum sit, nullius momenti esse sententiam, quod & Cujacius inde colligit, *lib. 23. obs. 1.* A. Matth. *d. disp. XI. th. 56.* Quod est verum, quatenus una res in judicium est deducta. *Quod si multa sint in lite capita, potest Judex super quibusdam eorum sententiam ferre definitivam, tunc que iterum de aliis quærere, & sententiam proferre, quæ ipsi videatur, neque compellatur unam sententiam de omnibus capitibus simul dicere.* sunt verba Constitutioni Justinianeæ in *l. pen. C. de Sentent. & interlocut.* quæ non extat in veteri editione Codicis, sed ex Basilicis suppleta est. Plane, si in judicio causa Conventionis & Reconventionis agatur, vel diversis instantiis plures causæ in unum judicium redigantur, posse Judicem super una ferre sententiam, & alteram vel probationi, vel novo judicio delegare, probavimus *ad tit. de Judic. n. 26. in fin.* & *ad tit. de quib. reb. ad eund. jud. eat. n. 8.* Quod si in una instantia plures sint res & capita, Judicis officium est de omnibus jus dicere. At si omiserit aliquid, non est ipso jure nulla sententia; sed actio de omissis supereſt, ut de compensatione, cujus judex rationem non habuit, docet Ulpianus in *l. 8. § 1. de Compens.* Quod si pleraque capita judicii generalis decisa, quædam rejecta vel improbata sint, actio & exceptio rei judicatæ inde nascitur, *l. 8. § 1.* Videntur autem rejecta, non modo quæ nominatim improbata, sed etiam quæ generali clausula repulsa sunt, hujusmodi; *de cæteris in petitionem deductis Actore repulso;* ut nostrates efferunt, *Verklarende den Impt. tot sijn verdere genomen Eyschende Conclusie niet ontfangbaer.* Nam per hanc clausulam de capitibus omissis nascitur exceptio rei judicatæ.

33. Verum etsi de re tota judicaverit, oportet tamen & certam quantitatem Judex sententia sua complectatur. Alioqui sententia inutilis est, ut si hoc modo pronunciaverit; *Quæ bona accepisti, solve.* vel, *omnem debiti quantitatem cum usuris competentibus solve. l. pen. & ult. C. de Sent. quæ sine cert. quant.* Aliter, *id quod actoris interest, solve;* hoc enim incertum est, *l. un. Cod. de sent. quæ pro eo quod inter. prof.* Hoc ultimum ita nude collocatum in *posit. 6*, dedit occasionem Thomasio subjiciendi hoc

SCHOLIUM.

Non putem, judicis sententiam, qua reum in id quod actoris interest, condemnaverit, esse nullam. Aut enim Autor intelligit per id quod interest, totum debitum principale cum accessionibus, aut accessiones saltem. Sic v. g. si actor centum cum accessionibus a reo petat & Judex reum in id quod actoris interest, condemnet, vera quidem esset ejus assertio, sed hanc Autoris mentem non fuisse, colligere est ex Codicis titulo de sent. quæ pro eo quod interest, profer. *quem hic citat, ibi enim per id quod interest, solum principalis debiti accessorium denotatur. Si posterius, v. g. si Judex reum condemnet, ut actori centum cum omni damno & interesse restituere deberet; neque probatur autoris opinio* per d. l. un. C. *utpote qua Judici saltem normam præscribit, intra quam interesse actoris æstimari debeat; neque quicquam magis in judiciis nostris frequens est, quam ut ejusmodi sententiæ proferantur, ac postea ab actore terminus novus impetretur, in quo interesse suum æstimet, judexque novam super eo sententiam ferat.* vid. Brunnem. proc. cap. 72 n. 31. & 32. Ord. Proc. Saxon. tit. 36. *conf.* Autor. prælect. ad Inst. de Act. n. 23.

RESPONSIO.

Brevitas positionis nostræ huic scholio dedit occasionem. Concedo, (*quis enim neget rem notissimam?*) *quod juxta condemnationem principalem certam, fiat condemnatio in id quod interest, quemadmodum & petitio fere semper ita instituitur. Dicere volui, condemnationem in id quod interest, esse nullam, ita factam, sicut ea quam diximus;* In id quod petitur, In id quod debetur, cum usuris competentibus; *atque sicut Thomasius in primo intellectu mentem nostram accepit: Cui non obstat citata* l. un. *cum ex ea nihil aliud, quam id quod interest simpliciter dictum, esse incertum, probare voluerimus.*

N. ADDIT.

Ergo jam & de hac quæstione inter nos pax est.

Quin imo cum sæpissime fiat, ut petitio actoris tantum sit in id quod interest, sine definitione certæ summæ, manifestum est, non paucas hodieque sententias in id quod interest simpliciter esse concipiendas; non tantum quando hoc est accessio, sed etiam quando totum quod petitur, in id quod interest resolvitur, quod accidit in obligationibus, quæ in faciendo consistunt, imo in omni-

omnibus, quarum præstatio non habet amplius facultatem, vel cum Actori non est commodum urgere earum implementum, *l. 72. de V. O. l. 11. § 9. de Action. Empt. & l. 13. § 1 de Re Jud. & alibi passim* Primo scil. an Reus ex illis cuilis debitor sit, disceptatur, & Actor eum debere contendens, agit in id quod interest: quod deinceps æstimatur: Ut principalis condemnatio simpliciter, inquam, in id quod interest fiat, nec aliter omni die servatur.

34. Certitudini sententiæ, quo proxime dicta pertinent, consentaneum est, eam non recipere conditionem, quoniam hæc omnia suspendit, nihilque ponit in esse, ut loquuntur: Nec ideo partibus apta fuerit dirimendis, quem tamen sententiæ finem esse constat unicum. Quid autem, si conditio, secus ac oporteret factum, adjecta sit? Perinde valere sententiam, ac si conditio adjecta non sit, post alios tradit ex *l. 1. § 5. D. Quand. appell.* A. Matth. *d. disp. de Judic. th. 49.* Non docet hoc tamen Ulpianus, sed hoc tantum: Si conditio adjecta sit, tempus appellando præfixum computari a tempore latæ sententiæ, non a die conditionis existentis: suppositio scilicet, opus esse conditione existente ad effectum rei judicatæ. Sensui enim communi adversatur, ut jus sub conditione alicui partum, etsi perperam, id ex continenti pureque valeat. Patet hoc ex *l. 37. de Excusat. Tut.* ubi talis est sententia; *Si Legitimum Tutorem habenti Tutor datus est, non est tibi necessaria excusatio.* Quæritur, an excusatus sit; negatur, etsi justas habeat alias excusandi causas, *propter vitium pronunciationis*, ait Scævola. Non valet igitur sententia, quasi conditio adjecta non fuisset, ut illi volebant; Secundum opinionem istam Tutor excusatus esset. Estne igitur ipso jure nulla sententia sub conditione tali? Nec hoc quidem; non excusatur ibi Tutor per sententiam, quia conditio defecerat, sub qua fuerat excusatus: *Nec enim erat impuberi Tutor Legitimus.* Si fuisset, excusatio habuisset effectum ex sententia. Doctores antiqui Accursium in *l. 11. C. de Sent.* & Bartolum in *l. Ait Prætor. § Si Judex h. t.* secuti distinguunt inter conditionem intrinsecam & extrinsecam. Intrinsecam vocant, quæ pendet ex actis, ut hæc, *si probatum sit, si juraveris*, qualis & illa fuit in *d. l 37. Si pupillus habeat Tutorem Legitimum.* Hujusmodi conditionem valere putant. Extrinsecam, quæ ab Actis causæ est aliena. velut, *Si navis ex India venerit. Si Titius Consul factus fuerit*, non recte adjici volunt. D. Ant. Matthæus rejicit hanc distinctionem *d. th. 49.* Mihi verissima videtur, sano sensu. Extrinseca conditio vitiosa est, quatenus pro non adjecta habetur. Intrinseca male quidem adjicitur a Judice, qui operam dare debet, ut pure ferat sententiam, ratione superius reddita: Quando tamen adjecta reperitur, si quidem non existat conditio, nihil habebit Actor; si extiterit conditio, habebit effectum rei judicatæ, *d. l. 37.*

Non possum etiam probare discrimen, quod idem D. Matthæus statuit inter has conditiones, *Absolvo, si juraveris, & Condemno, si probaveris, d. disp. th. 50.* Priorem dicit valere D. Matthæus, posteriorem non valere pronunciat. Imo vero neutram a Judice recte adjici, credendum est Ulpiano, in *d. l. 1. § 5. Non debet Judex sub conditione ferre sententiam, nulla omnino*; quia partes ita non dirimuntur; quia tum non est ultima pronunciatio; quia non continet absolutionem vel condemnationem: quia conditionalia tantum sperantur, non sunt. Denique, fieri potest adjecta conditione *si juraveris*, ut is, cui juramentum per sententiam est delatum, moriatur, antequam juraverit. Quid dices, valeine sententia, ut D. Matthæus diceret? Non potest adversario nocere sententia, cui non aliter nocere potuit, quam si alter juraverit, quod factum non est, (accidit ista species in quadam vicina Curia). Si dicas, non valere, nihil actum erit. Præpostere igitur facit judex, absolvens vel condemnans sub conditione *si juraveris.* Optime juridiceque in nostra Curia, jusjurandum in sententia nunquam ut Conditio, sed ut jam præstitum, poni solet, exigiturque ante pronunciationem, ut dicto inferatur; *Geboort den Eedt.* Accursius, ait D. Matthæus *d. th. 52. valere putavit sententiam sub hujusmodi Conditione*, Condemno, si probatum sit; *sed hoc falsum est, meritoque*, pergit, *post Connanum displicuit viro ingenii judiciique recti* Francisco Sarmiento, *1. Select. interpr. c. 13.* Recte illud, quod ad judicis officium attinet; sed quid, an ipso jure nulla erit omnis sententia, cui hæc sit adjecta conditio? Debuit equidem Judex eo modo non definire causam, sed interloqui: Definivit tamen, Actor est paratus ad probandum, quod probare jussus est, & probat: an non gaudebit re judicata? Nulla vetat lex aut ratio, idque in Germania sæpe fieri, scribit Strauchius *dissert. Justin. 26. num. 3.* Apud nos quidem minime solet. Ipse tamen ejusmodi aliquando Sententiam apud Tribunal exactis-

exactissimum obtinui. Diversas pecuniæ summas uno libello petieram, quarum una sola probationem parum validam aut sufficientem habere judicabatur: Sed tam levis erat momenti hic defectus, ut ea gratia totam causam interlocutione sufflaminare visum non fuerit. Condemnatus igitur est reus in summas pecuniarum petitas, hac lege, si *talem* articulum probaverit Actor; *des de Impt. sal. toonen &c.* Probavi, & obtinui rem judicatam. Forte magis *νομικῶς* a Judice ex officio ante sententiam peti potuisset probatio, si ex continenti exhiberi posset, ut illa quidem poterat. Alioqui interloquendum fuisset, ut quidem videtur; sed totam sententiam esse nullam, lex, aut ratio juris, nulla jubet.

35. Porro ex eo, quod diximus, Judicem in ferenda sententia non posse rem in judicium deductam excedere, limitesque ejus rei, nonnisi ex libello & actoris petitione colligendos esse; sequitur, sententiam libello ejusque conclusioni conformem esse debere, nec ullo modo plus quam Actor petiit, complecti, quod vel esset stultitiæ, vel animi quo litem suam faceret Judex. Proinde quando secundum Actorem ejusque petitionem datur sententia, dictum fere ex conclusione Libelli formatur, quodque in eo non reperitur, id nec in sententiam referri potest, aut solet. Omitti quo minus aliquid possit, si non totum Actori adjudicetur, nihil obstare potest, eo modo quo dix. *n. 33. in f.*

36. Aliquando etiam ex verbis & conclusione Rei, formatur dictum sententiæ, non tantum, si absolvatur, quod est tralatitium & per se notum, sed etiam quando condemnatur, quod cum valde notabile sit, heic non est omittendum. Quando Reus Actoris petitioni sequidem opponit, attamen offert aliquid ad satisfactionem ejus, quod Judex sufficere arbitratur: ejusmodi oblatio bifariam in sententiam conferri potest, vel ut Reus absolvatur sub præstatione ejus quod obtulit, vel ut condemnetur in id quod obtulit. Prior modus in Curia nostra solebat esse ordinarius. Sed ab aliquot annis visum est potius, oblationes Rei convertendas esse in condemnationem: Idque ob hanc rationem, quod Reo sub præstatione ejus quod obtulisset absoluto, Actor non haberet actionem rei judicatæ ad consequendum oblationis effectum; quo tamen opus erat omnino. Inde factum est, primo, inquam, ut sententia e dictis Rei, non Actoris, formari possit ac soleat: Item, quod absolutoria in effectu & ex commodo Rei, speciem habeat condemnationis, nec aliter ab audientibus accipiatur. Petebat a me nuper aliquis, ut domum juxta ejus parietem structam diruere cogerer. Opponebam me scilicet, offerebamque præstationem ejus quod interesset ipsius, quod revera nullum erat. Judicatum est, hanc oblationem esse justam, & condemnatus sum præstare actori id quod interesset ipsius, ita non fuisse ædificatum: videbatur esse gravis sententia; verum ex meis verbis concepta & absolutoria in effectu.

Cæterum, quod diximus, in sententiam nihil ingredi posse, quod non fuerit in conclusione, difficultatem habet respectu eorum, quæ ut accessoria sententiis inseruntur, & quæ tacite dicuntur inesse rei in judicium deductæ; an hæc in condemnationem a Judice conferri possint, etsi ab Actore petita non fuerint. Reponam hac de re thesin, quam ut indubitati juris ponit D. An. Matthæus *d. Disp. de Judic. th. 14. in fin. & th. 15.* Veniunt, inquit, *in sententiam quædam aperte, alia vero tacite. Aperte veniunt, quæ verbis intentionis exprimuntur, l. solemnis, 61. de Judic. Tacite, quæ etsi non expressa, per consequentiam & ipsa petita intelliguntur, ut fructus & reliquæ accessiones rei petitæ, quæ post judicium acceptum contingunt: Quæ vero ante litem contestatam contingunt, non pertinent ad judicem, nisi nominatim petantur, l. 2. C. de Fruct. & lit. expens. l. præterea. D. de R. V. l. 40. de Hered. pet. l. 24. § Idem sciendum. 8. de Ædil. Ed. l. 16. § id quod amnis. D. Famil. ercisc. l. 14. § ult. D. de Aqu. & aqu. pluv. l. 31. de Reb. cred. l. 2. de Usur. l. 16. § interdum. de Pignor. & hypoth.* Donell. *26. Comm. 4.* Costal. *in d. l. 25.* Mornac. *in l. 4. § 1. D. Si serv. vind.* Dein *th. 18.* ad ea, quæ tacite insunt, atque sententiæ, non petita licet, inseruntur, refert condemnationem in æstimationem & in id quod interest. Postea *th. 32.* referuntur eodem *Expensæ sive sumptus litis, & damna varii generis.* Mirum, unde tanta sit a Jure Civili in Foro discrepantia: Nam Curiæ non dubitant, ea, quæ ab Actoribus omissa sunt, in sententia quoque præterire, nec ipsa Frisiorum Curia Suprema, quæ Juris Romani rationes exactissime servat. Adeo, ut si fructus impensæque non sint petitæ, licet ex natura causæ in condemnationem deduci debeant, tamen non adjudicentur, ut exemplis memini factum, etsi rarissime Patronis in libellis omittantur. Quin ipse Mornacius, quem laudat D. Matthæus ad *d. l. 4. Si servit. vind.* idem velut ex Jure inculcat. *Nota autem*, inquit, *obiter*, petendum

tendum esse conceptis verbis id quod interest, quotiescunque contestatio fit apud Judices. Alias enim &, nisi petatur, nunquam suppletur sententia, culpaque hæc in patronum collata est aliquando ab ipsis Judicibus, *cum post latum judicium, quereretur Victor de non addictis ei detrimentis, quæ ex lite traxerat: Ita ut in causa appellationis ad beneficium Legis, per hanc C. de Temp. appell. decurrendum fuerit, impetrato in id rescripto, quo perscripta paucis detrimentorum serie, restitutio adversus eam omissionem data est, admissaque de novo petitio:* Dicimus. *Pour estre relevé de l'omission faite des dits dommages & interest, & receu a en faire nouvelle demande.* Hæc Mornacius. Textus oportet ipsos videamus. Nullus eorum docet, a judice quicquam adjudicandum esse, quod non sit petitum, sed ita legimus: Quæ ante litem contestatam acciderunt, ad ejus officium non valde pertinere, nisi nominatim injuncta sint; hoc est, nisi formula Prætoris, quæ Judici pedaneo præscribebatur, comprehensa forent. Sed post litem contestatam tota causa in judicio vertitur, omniumque rerum judici officium incumbit, quæcunque in judicio versantur, ait Ulpianus *l. 25. §. 8. de Ædil. Ed.* Quod igitur Ulpianus in *l. 17. §. ult. de damn. inf.* scribit, judices omne damnum æstimare solere, *quodcunque ante judicium* contigit, eodem modo accipiendum est, *si nominatim ei injuncta sint.* Sed quod post litem contestatam accidit, non opus est, *nominatim* injungi; sufficit, generalibus verbis id in judicium esse deductum, *d. l. 25. §. 8.* Quod si plane mentio damni vel ejus quod interest, aut impensarum, nulla sit facta, nusquam legimus, opinor, judicem id in sententiam referre debere. De Expensis equidem præcipitur, victum expensarum causa victori esse condemnandum, *l. 79. de Judic. l. 13. §. 6. C. de Judic.* Sed intelligenda videtur hæc conditio, *si postulatum erit*, ut in *l. 4. §. 8. de Damn. inf.* Qui non postulat impensas, habet quod imputet sibi, quando, cujus non meminit, id non consequitur. Sic omnia, quæ dicuntur esse Judicis officii opposite ad jus actionis, de quibus actum *ad tit. I. de off. Jud.* supponunt, in judicio fuisse petita. Nam fructus etiam, qui ante litem contestatam percepti sunt, veniunt in rei vindicationem *Officio Judicis*, quos tamen petendos esse, nemo negat; dicuntur autem ex officio venire; quæ petenti actori possunt adjudicari, quanquam de illis nihil convenerit; ut pluribus in *Posit. & prælect. ad d. tit. l. de Off. Jud.* demonstratum est. Hoc certe etiam Costalius *ad l. 25.* concedit, Judicem non teneri adjudicare, quod non est petitum, etsi post litem Contestat, evenerit: Posse tamen illa, si velit, sententia complecti, existimat, cui non admodum refragari ausim, per *d. l. 25. §. 8. de Ædil. Ed. l. 13. §. 6. C. de Jud. &c.* Cæterum, quando damna, & id quod interest impensæque in condemnationem veniunt, vix aliter quam generalibus verbis adjudicari possunt, æstimatione sive taxatione, quam vocare, deinceps instituenda, sicut de eo quod interest, antea diximus.

37. Quid si omissa sit condemnatio in fructus, an actio de fructibus integra est victori? Respondet D. A. Matthæus *th. 17.* Integra est, si quidem in rem actum fuerit, aut, cum ageretur in personam, nominatim fuerint petiti, *arg. l. si homo. 8. de Re Jud. l. & ex diverso. 35. §. 1. l. solum. 49. §. 1. de R. V. l. 3. C. de Condict. ex lege. l. 4. §. post litem. D. Fin. regund.* Cujac. & Pac. *in parat. C. de fruct. & lit. exp.* Donell. & Duaren. *in d. l. 8. de Re Jud.* Quid si de Expensis nihil sit dictum, an hæ post causam principalem terminatam, adhuc peti possunt? Non posse, constitutum in *l. 3. C. de fruct. & lit. exp.* Sed in patronum forsitan, si per ejus negligentiam sit omissa clausula de impensis, actio dabitur, non in judicem, per ea, quæ Mornacius habet ad *d. l. 4. §. 1. Si serv. vind.* & Costalius in *d. l. 25.* Plura de Impensis, vid. *ad d. tit. Inst.* & A. Matthæ. *d. disp. de Judic. th. 32. & seqq.* qui statuit, victum adeo victori in impensas condemnandum, ut tametsi Actor eas non petierit, imo & clausula libelli salutaris omissa fuerit, Judex tamen reum in impensas actori restituendas condemnare debeat, sub hac pœna, quod alioquin ipse ad eas præstandas teneatur. Sed neque textus supra citati, *l. 79. de Judic. l. 13. C. eod.* nec ratio, illius sententiæ rigorem ferre videntur.

PRONUNTIATIO.

XXXVIII. Dictum sententia e Scripto prælegendum. XXXIX. Idque partibus utrimque præsentibus. XL. Quinam vocandi. XLI. Si defecerit is, qui cum lite contestatio facta est, an opus sit readsumptione, & quatenus illa sit necessaria, vel non.

38. Dictum Sententiæ compositum, emendatum, *atque in libellum secuta fidelitate collatum*, (aliter enim non valet, *l. 2. & 3. C. de Sent. ex peric. recit.*) pronunciari debet, vel potius prælegi partibus, idque ab ipsis judicibus; adeo ut si ipse judex propria voce non recitet sententiam, hæc ipso jure sit nulla, *l. 1. C. d. tit.* ubi per arbitrum intelligi judicem, patet ex eo, quod de provocatione subjicitur, juncta *l. 1. C. de Arbitr.* Excipiuntur judices illustres, qui per officium suum & per ministros recitatione defungi possunt, *d. l. 2.* quod moribus hodiernis ad omnes judices productum est. Ex scripto autem æque legenda est hodieque sententia, ne brevibus, quidem, & vilium personarum causis exceptis, quas excepit Justinianus in *Auth. nisi breves. d. tit. ex Nov. 17. c. 3. & Nov. 83. in pr.* Scriptum illud vocatur periculum, Ciceroni & Cornelio Nepoti in eo sensu usurpatum, ut probat Cujacius *5. obs. 25*, licet alii malint *breviculum.* Hotom. *3. obs. 20.*

39. Antequam Sententiæ Edictum prælegatur, partes convenire debent, * quod sine prævia citatione fieri cum nequeat, citationem præcedere oportere dicendum, *l. 47. h. t.* adeo ut sententia parte altera absente lata, non valeat, nisi contumaciter abfuerit, quando legitimis citatus edictis sistere se noluit, *l. 7. C. Quom. & quand. jud.* juncta *l. 53. § 1. h.* Quin si partes accesserint atque alter febre correptus e judicio discedere coactus sit, sententia pronunciari non potest, & si pronunciata sit, est ipso jure nulla sententia; modo febris ejusmodi sit, ut pro fontico morbo, id est a rebus agendis impediente haberi queat, *l. 60. h. t.* Hæc subtilitas cum ad veterem fori Romani disciplinam, qua Lege nonnisi inter præsentes agi poterat, pertineat, *hodie* nusquam servatur; Sufficit, partes simpliciter ad audiendam sententiam citari, nec opus est pluribus in eam rem edictis; nec si quis litigantium e judicio discedere coactus sit, attenditur. In Camera Spirensi, (quæ fuit olim, modo æterna Illustrissimi Imperii injuria, insolentiaque Gallicæ violentiæ incredibili destructa), ne quidem ulla specialis in hunc finem citatio requiritur, una sufficiente generali in jus vocatione, sicut testis est Gailius *lib. 1. obs. 109. n. 3.*

40. Citandi autem sunt domini litium, sive illi sint Procuratores per litem contestatam domini facti, *l. 23. C. de Procurat.* sive originales domini, *l. 1. C. de Sent. & interl.* Cum autem Procuratores publici, quos hodie habemus, nunquam ad sententiam audiendam vocentur, hoc etiam argumento est ejus, quod alias diximus, id genus Procuratores non fieri litium dominos. Sed mandatarii, qui rogatu amicorum lites pro illis suscipiunt, easque per alios Procuratores judiciales & publicos administrant, ipsi videlicet, citantur: Nisi morte sublati, aut aliter a lite remoti sint, tunc ipsi domini vocantur; dominis autem mortuis, heredes eorum, quia in mortuum non magis quam in absentem, ferri potest sententia, *l. 59. § ult. h. t.* Usu fori fit readsumptio quam vocant, sine qua non potest adversus successores procedi, quia mandatum procuratoris, morte finitum est; Si dominus ipse litem contestaretur, nulla readsumptione opus foret, uti nec est, si partes nihil amplius in judicio agendum habeant. Dix. *ad tit. de Procur.* vid. Gail. *d. obs. 109. n. 5. & seqq.*

SCHOLIUM.

Quæ Reassumptio etiam moribus judiciorum *in* Ordin. Proc. Sax. tit. 17. *olim recepta, sed postea*

* Quæ ratione sententiæ apud nos publicari, ‡ partesque ad publicationem earum citari debeant, de eo videri potest *Ord. Pr. Sax. Tit. 34.* Svend. *ad Fibig. p. 797. sqq.* Stryck. *Introd. ad Pr. for. c. 22.* Nicor. *Pr. P. 1. c. 67.* Lang. *Proc. c. 67. sqq. & Commentat. ad d. tit. 34.*

‡ Jure novissimo judex tempus, quo sententiam a JCtis latam accepit, rite annotabit, & intra octo dies brevem terminum, qui quatuordecim dies haud excedet, ad publicationem præfiget, quinque thalerorum mulctæ imminente, si quidpiam in his peccatum fuerit; sententiam, nisi in causis concursuum, in isto termino, & quidem in comparentis partis præsentia resignabit, & hoc ita actum annotabit, nec a partibus impensarum nomine quicquam, præter eas, quas sua pecunia in ipsam sententiam & transmissionem, remissionemque actorum fecit, & quarum enumerationem suæ citationi inserere tenetur, exiget; quo facto, si sententia uni etiam parti fuerit publicata, utrique fatale decendii currere incipit. Si in termino publicationis, citationibus rite insinuatis, neutra pars compareat, terminus ille pro circumducto neutiquam est habendus, sed nihilominus sententia hora XII. est resignanda, ad acta referenda, & in contumaciam pro publicata habenda, decendio ab eodem momento ad interponenda remedia suspensiva aut devolutiva currente. Judex sententiam supprimere, aut ad alios JCtos transmittere, ne audeat, sub nullitatis & alia arbitraria pœna. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 34. § 5.* qui titulus integer hic conferri meretur.

per

per mandatum speciale Serenissimi Electoris Saxoniæ, de dato 16. Januarii 1655. *iterum abrogata fuit* *.

Ad exegesin & responsionem pertinent sequentia.

41. Ex ratione juris, nulla videtur opus esse Readsumptione, quæ dicitur, quemadmodum & jure Romano est incognita. Nam si dominus ipse litem susceperit, heres ejus per se tenetur litis contestationem ab illo factam, utpote quasi-contractum, prosequi. Si Procurator Dominus litis, contestatione, factus defecerit, lis ad mandantem & principalem ultro recidit. Si vero mandans decesserit, Procurator, qui jure civili dominus litis est, manet talis; Sed quando Procurator non fit Dominus litis, ut publicos Procuratores hodiernos non fieri, probatum est *superius, & ad tit. de Procurat.* ex professo; tunc deficiente domino, Readsumptio necessaria est; ad *qualificandum* Procuratorem, cujus mandatum morte fuit extinctum: etsi forte renovatio mandati sufficeret, qua causa Saxones, de quibus Thomasius, eam forsitan abrogarunt. Quod si moriatur mandans idemque Dominus litis, post conclusionem in causa, quando nihil amplius a partibus in judicio administrandum est, nulla sit readsumptio, quia Procurator non eget novæ qualitatis. Habet etiam hunc finem *Readsumptio*, ut Judici constet, quis in litem successerit, quo is ad audiendam sententiam citetur. Proinde cum Dominus litis moritur post conclusionem causæ, cum nulla fiat Readsumptio, nec ita publice constet, quis sit heres & successor in litem, non fit alia citatio, vel pronunciatio, quam in nomen veteris domini litis, etsi heredibus insinuetur, qua de re paulo aliter Gailius *d. obs. 109. n. 3. & 4.* Qui etiam *n. 6.* totam Readsumptionis institutum improbare videtur. *Melius*, inquit, *meo quidem judicio foret, magisque litigantibus expediret, si contra Procuratorem tanquam dominum litis & instantiæ, usque ad conclusionem procederetur, & in eum sententia conceptis verbis publicaretur; hoc enim de jure fieri posse, notum est.* Quæ scilicet eo nituntur, quod non animadvertitur hos non fieri dominos litium, nec in eos posse ferri sententiam, neque litis contestationem cum illis fieri, ut tradit ipse ex Recess. Imp. de *anno 1600.* verf. *Aber.* Incommodum, quod ex Readsumptionibus in Camera Imperiali narrat Idem esse natum, ut ad multos annos causæ ob defectum mandati procuratorii, idcirco pendeant, non est inevitabile, nec apud nos habet locum. Dedit tamen ea quoque res occasionem Reformationi Saxonicæ, de qua modo Thomasius; ut & in nostra Curia, quod in casu Readsumtionis mortuo domino eodem Procuratore non requiritur novum Mandatum, ut retulimus *ad tit. de Procurat. p. 663. b.*

Partibus in judicio præsentibus, Judex conscendebat tribunal, & sedens in eo, pronunciabat; Ita Christus Dominus καθημένου ἐπὶ τοῦ βήματος τοῦ Πιλάτου, sedente Pilato in tribunali condemnatus est, *Matth. 27, 19.* olim in foro, aut ubi *salva majestate Imperii* poterat, deinceps in Secretariis suis, *l. 3. § pen. & ult. C. ubi Senat. vel Clarisf. l. pen. de Just. & jur. l. 6. C. de Sentent.* Quod de sententiis cum plena causæ cognitione latis, non de summariis accipiendum esse, facile intelligitur, & constat ex § 4. *Inst. Qui & ex quib. caus. manum.* Tempus, quo ferantur sententiæ, Legibus non est præscriptum: Pendet hoc igitur a cujusque arbitrio, & cujuslibet fori consuetudine: Fere autem ita servatur, ut mane feriarum solennis pronunciatio celebretur, judicibus coram, per scribam primarium, neque tamen id semper, aut necessario: sæpe enim pars sententiarum minoris momenti, a scribis solis, antequam judices accedant, recitatur.

EFFECTUS SENTENTIÆ.

XLII. Sententiam esse immutabilem. XLIII. Usus ejus rei in civilibus. XLIV. In criminalibus. XLV. Ne quidem propter instrumenta noviter reperta, posse retractari sententiam. XLVI. An remedium restitutionis in integrum, huic locum habeat. XLVII. Reo tamen facilius aliquid remedii restitutionis æquipollens indulgeri. XLVIII. Quibus modis sententia retractetur, & si ex falsis instrumentis lata utrum ipso jure nulla sit, an opus sit restitutione. XLIX. Actio rei judicatæ. L. Ex sententia regulariter non dari novam actionem. LI. Quis faciat EXECUTIONEM. LII. Quid juris, si damnatus in alieno sit territorio. LIII. Contra quos detur, & non detur executio. LIV. An & contra fidejussores judicatum solvi, sine novo judicio; quod

* Fuisse tamen Saxonibus causas plures, etiam post Rec. Imperii *de A. 1654. § 59.* & Mandatum Electorale *de An. 1655.* litem reassumendi, docet Ill. Menkenius *ad O. P. S. diss. VIII. tit. 17. § 5.*

affirm.

adfirm. contra Herbajum. LV. Rationes ejus refelluntur. LVI. Modi executionis tam jure civili, quam moribus. LVII. Causæ, quibus sistitur executio.

42. Effectus sententiæ consideratur vel in se, vel ratione actionis, & executionis. In se, quod ex ea nascitur vis rei judicatæ, quam *supra* diximus: & quod irrevocabilis atque incorrigibilis sit, *neque augeri litera una, neque minui possit*, ut Apulejus. Hactenus bene Pilatus, ὃ γέγραφα, γεγραφα, *quod scripsi, scripsi, Joh. 19. v. 22.* Prætor etsi jussa imperiaque sine causæ cognitione data, repetere, & contrario imperio tollere possit, in sententiis eam potestatem non habet, *l. 14. h. t.* Idemque de judicibus simpliciter adfirmatur, *l. 55. l. 62. eod. h. l. C. de sent. ex peric. recit. l. 1. C. sent. resc. non posse.* Nec quidem principali rescripto, retractari sententia, nulla provocatione suspensa, potest, *l. 3. C. eod.* ubi, qui talia rescripta meruerunt, etiam limine judiciorum expelluntur. An huic dicto adversatur, quod est in *l. 45. § 1. h. t.* post *sententiam dictam, sine principis auctoritate nihil est statuendum?* Respondetur, id ibi, de pœnis criminum sententia inflictis adfirmari, in quarum mutatione cum nullius juri præjudicetur, nulla difficultas est. Expedit ob oculos habere, quas ob rationes sancita sit illa sententiarum immutabilitas. Prima, ne labefactetur auctoritas rerum judicatarum. Secunda, quia judex officium in illa causa functus est, seu bene seu male functus sit, *l. 55. h. t.* Tertio, ut judices intelligant, non esse procedendum ad sententiam, nisi adhibita omni sollicitudine, nec licere bis peccare. Quarto, quia per sententiam victori jus quæsitum est, quod nec per judicem, nec quidem per Principem, adimi potest, *d. l. ult. C. Sent. non poss.*

43. Quando igitur damnatus non provocavit, aut supplicavit, id est Revisionem petiit, ut nunc loquimur, neque sententia contra leges, sed tantum contra jus partis est lata, sibi oportet imputet, quod acquieverit; executio procedit, nec admittitur ulla juris aut facti probatio in contrarium, vel demonstratio iniquitatis, cujus rei exempla non defuere, quod meminerim: Eaque res indigna videri non potest; quando non modo singulos homines, sed nec ingentia prudentissimorum sanctissimorumque hominum concilia, se ab erroribus undique liberos præstare posse, compertum est. Cæterum, hic rigor juris an impedit, quominus, si quid in sententia sit omissum, aut si quis error memoriæ, vel calami sit commissus, is suppleri & emendari possit, quemadmodum calculi errores in *l. 1. § 1. Quæ sent. sin. app. resc.?* Exemplum ejusmodi referam. Titius petierat tres partes cujusdam prædii, nec Reus negaverat, illas esse petitoris, & quartam esse suam; de præstationibus erat controversia. In sententia tamen Titio pars quarta fundi per errorem adjudicata fuerat. Satis apparebat error: & tamen ita quoque fuit religio Curiæ, mutare, vel emendare sententiam: Admisit eum ad novam pro tribus reliquis partibus instantiam, sine metu exceptionis rei judicatæ, quia non additum erat sententiæ; pro reliqua conclusione rejiciendam esse petitionem; ut solet, ubi consulto pars petitionis adjudicatur. Etenim si hoc fuisset adjectum, magis est, ut exceptio rei judicatæ obstitisset. *In causa Andries Martes contra Aeke Jelles, d. 2. Martii 1642.*

44. In criminalibus est, quod *paulo superius* indicavimus discrimen, Quia nullum privatis inde præjudicium creatur, si judex παρόραμα vel ἁμάρτημα præcipitantiæ commiserit, ipsum quidem non posse mutare, sed Principem esse consulendum, ut is emendet sententiam, *d. l. 45. § 1.* Neque ut est momentum rei, pudor judices malus impeditos habere debet, ne hac gratia principem adeundum errorem fatendum censeant: quod aliquando ut sunt homines, potest obrepere dignitatis suæ tenacibus. Auctor est Michael Montanus in *Gustibus suis*, quem Lipsius Thaletis Gallici nuncupatione honoravit; in vicinia sua (degebat autem in Aquitania, non procul *Burdegala*, cujus civitatis aliquando *Prætor* fuit,) accidisse, ut homines duo præsumptionibus & tormentis eo redigerentur, uti eadem a se se in quadam silva commissam faterentur, ac ut latrones condemnarentur. Sententia lata, nondum executioni data, certiores facti sunt judices ex alia Curia vel collegio judicum, illic fuisse captos & convictos homines, qui cædem illam perpetrassent; ut de rei veritate dubitari non posset. Quid facerent judices damnationis properi? mutarent sententiam? non poterant. Referrent ad Regem? pudendum erat. Non fuit igitur alius exitus, ut ipsis videbatur, quam ut dissimularent informationes alterius Curiæ, additque Montanus hæc verba; *Les pauvres diables furent pendus:* Etiam hæc pro ratione; *comme des victimes for-*

vinulaires

mulaires de la Juſtice. Suſpenſi ſunt miſeri tanquam victimæ formulares judicii. Parce victimis ac formulis; Non eſt tam malum, fateri errorem, quam funeſtare. Sunt tamen Curiæ, quibus merum Imperium ita commiſſum eſt, ut ſummæ poteſtates ejus decretis ſe non immiſceant, quæque Principem hac parte repræſentant, qualis Provinciæ noſtræ Curia eſſe videtur: Cui proinde jus mutandi in criminalibus, non æque in civilibus, ut antea dictum, competeret. Ante aliquot annos accidit, ut homo Amersfurtenſis ſe ipſum cædis patratæ reum deferret, isque cauſa cognita capitis damnatus eſt. Poſt ſententiam & mortem ei indictam, δεινὰ πεισόμενος tam immanes querelas, tot nova facta protulit, ut major dominorum pars executionem differendam cenſeret; nec potuiſſet non ſequi mutatio ſententiæ, ſi aliter compertum fuiſſet. At re nihilo ſecus, quam pridem conſtiterat, deprehenſa, ille quidem ſupplicium ſubiit: de Curiæ poteſtate in utramque partem dubitatum non fuit, quin Ordines, qui jus Principis habent, ejus cognitionem ſibi non vindicaſſent.

45. Ampliatur immutabilitas Sententiæ hac poſitione: quod ne ob inſtrumenta quidem noviter reperta, mutatio fieri & impetrari queat: Major enim eſt utilitas publica, ne lites ſopitæ reſuſcitentur, quam ne privatus aliquis damno adficiatur. Ita Gordianus; *Sub ſpecie novorum inſtrumentorum poſtea repertorum, res judicatas inſtaurari, exemplo grave eſt. l. 4. D. de Re Judic.* Excipiuntur quædam ſpecies; Nam I. Impp. Antoninus & Verus reſcripſerunt, quanquam ſub obtentu novorum inſtrumentorum reſtitui negotia minime oporteat, tamen in negotio publico, ex cauſa permittere ſe hujus modi inſtrumentis uti, *l. 35. h. t.* modo id fiat intra triennium, *l. un. C. de Sent. ad Fiſc. retract.* Excipitur etiam Sententia, quæ lata eſt ex jurejurando judiciali, *l. 31. de Jurejur.* ratione alibi reddita. Brunnemannus *ad d. l. 4.* D. Wiſſenbach. *th. 15. h. t.* aliique, excipiunt alios caſus duos. I. Si lata ſit contra matrimonium ſententia, *C. Iator. 7. X. de re jud.* II. Si præceſſerit res judicata, ſine provocatione, contraria, *l. 1. C. Quando provoc. nec. non eſt.* Sed hi caſus male excipiuntur ab hac regula, quod ſententia per falſa inſtrumenta retractari nequeat; cum ſine ulla mentione novorum inſtrumentorum, tales ſententiæ per ſe nullæ ſint, ut textus loquuntur; quemadmodum, ſi error calculi in ſententia commiſſus ſit, *l. 1. §. 1. Quæ ſent. ſine app. reſcind.* ſecus atque ſi in Actis judicii, error calculi detectus fuerit, *l. 2. C. de re Judic.*

46. Sed an reſtitutio in integrum ex hac cauſa non dabitur? Certe dabitur, ſi ob metum, ob dolum, ob ætatis lubricum, vel propter abſentiam Reipubl. cauſa non fuerint in judicio exhibita inſtrumenta: cum hæ ſemper ſint cauſæ juſtæ Reſtitutionis in integrum. Quid de ſexta generali cauſa, per clauſulam Edicti Prætoris, *ſi qua mihi alia juſta cauſa videbitur?* Etiam vero hæc ſufficiet: ſi modo diverſa ſit ab ipſa inventione novorum inſtrumentorum. Num quid igitur Reus condemnatus non poteſt in integrum reſtitui, propterea, quod nova inſtrumenta, quibus probet ſe non debere, invenerit? Non videtur, niſi vel metu prohibitus ſit ea proferre, vel dolo adverſarii inſtrumenta ſint intercepta, vel minor fuerit, aut inquam, Reip. cauſa abfuerit. Cum enim lex neget novorum ob inventionem inſtrumentorum, poſſe retractari ſententiam, prætor, qui miniſter legis eſt, eam non poteſt introducere in Edicto ſuo, nec enim ullo modo propter inſtrumenta nova res judicata reſuſcitari poteſt, *l. 27. in fin. de Except. rei jud.* Atque ita Fachin. *l. 1. c. 51.* Tulden. *ad tit. C. de Re jud. n. 3.* qui tamen aliter vulgo ſentire tradit Doctores, qui nec juſtæ prætextus ignorantiæ admittunt, Fachinæus aliique accuratiores, quos vocat Brunnemannus ad *d. l. 4.* qui tamen in Foro ſecus eſſe receptum, teſtatur. Ignorantiam & impotentiam inveniendi, per ſe non ſufficere ad reſtitutionem, dicendum eſt; alioqui per hanc exceptionem poſitio juris tota ferme eliderétur, quia vix aliter quam per ignorantiam, inſtrumenta ſolent omitti, verum ſi cauſa gravis & poſitiva, per quam ſcire non potuit is, qui reſtitutionem petit, an & ubi inſtrumenta extarent, non video cur ab hac re magis quam ab aliis omnibus, clauſula generalis Edicti Prætoris alienari deberet.

47. Quia tamen prædurum eſt, ſententiam, contra quam deinde clare liquet, executione proſequi, Tribunalia in eam partem inclinant, ut vel reſtitutionem concedant, vel condictione aliqua repeti permittant, quod vi ſententiæ ſolvere coactus, ex inſtrumento poſtea reperto docere poteſt ſe non debere. Idque maxime in favorem rei: Nam actor merito ſibi imputet, quod non paratus actionem inſtituerit. Sed qui ſolverat, ſi conventus iterum condemnatus ſit, reperta deinceps apocha, eum repetere poſſe quod ſolverat, non condictione indebiti, (quia quod ſolutum eſt, debitum

bitum fuit e sententia), sed condictione sine causa, judicavit Curia Parisiensis *arg. l. 2. de Condict. sin. caus.* ubi Costalius. Et est credibile, Curias libenter aliquid admissuras, quo Reus id, quod eo modo per sententiam solvit, repetere possit, ut non solvere cogatur. *Exempl.* Fridericus a Bornia condemnatus erat Cornelio Vermees, ad solvendas melioraciones prædii, quod hic emerat ab illo, quæ colono tempore venditionis debebantur. Post latam sententiam Bornia reperit instrumentum, in quo scriptæ erant conditiones & leges prædii venditi, quas inter & hæc, ut emptor Colono pro meliorationibus satisfaceret. In lite jam protestatus erat; si deinde conditiones repertæ aliud indicarent. Inventæ sunt post sententiam. Oppositit sese executioni, & oppositio est admissa, *d. 10. Febr. 1640.* non vi protestationis, ut opinor: Nam protestatio nihil novi juris addit: Sed eo, quod pecunia sine causa apud emptorem esset futura, sicut in *d. l. 2. de Condict. sine causa.*

48. Cæterum, Revocatur tamen sententia, I. per remedium restitutionis in integrum, ratione ætatis, *tit. C. Si adversus rem jud.* II. Per appellationem, *lib. 49.* & querelam nullitatis, *l. 4. § 6.* de qua ad *tit. de Appell. & ad tit. quæ sent. sine appell. resc. posit. ult.* agemus.

SCHOLIUM.

Dicit, revocatur: *non rescinditur. Nam rescissio spectat saltem ad restitutionem & appellationem, aliosque modos infra in* tit. de appell. *recensitos, non vero ad querelam nullitatis*, per posit. 1. infra de appell. *nisi voce rescissionis velis improprie uti cum rubrica.* Quæ sent. sine appell. rescind.

Atque eo pertinet, si prius contra judicatum sit absque provocatione, *l. 1. quand. provoc. nec. non est.* item, si ex falsis instrumentis lata sit sententia, *l. 1. 2. & 1. t. C. si ex fals. instr. l. 33. in f. h.* quanquam textus de rescindendo & restituendo loquuntur. Wissenbach. *ad h. t. th. 5.*

SCHOLIUM.

Scilicet, ad querelam nullitatis hæc pertinent. Verum hoc casu potius placet, sententiam esse rescindendam per restitutionem in integrum, l. 33. ff. h. t. adde Brunnem. Proc. c. 27. n. 77. *qui tamen cum Autore sentit*, ad l. 2. C. si ex fals. instrum.

RESPONSIO.

Non est a me decisa, sed in medio relicta, quæstio de Sententia ex falsis instrumentis aut testimoniis lata, quam non habere effectum rei judicatæ, si victus se opponat, satis constat; utrum vero sit ipso jure nulla, an per restitutionem rescindenda sit, ambigitur.

N. ADDIT.

Ergo bene est. Nam Autor mecum sentit. Quod vero putaverim dissentire, in causa sunt verba Autoris præcedentia: Atque eo pertinet, (*præcesserat vero immediate de appellatione & querela nullitatis*), *item:* quanquam textus *&c. quibus alias, sententiam dissentientium nostræ non obstare, solemus indicare.*

Usus quæstionis maxime est in præscriptione temporis, quæ, si querela Nullitatis sufficiat, est tantum longissimi temporis; si Restitutione sit opus, est quadriennii. Auctores utriusque sententiæ, recenset Wissenbachius *h. th. 5.* qui sequitur nullitatem; Addit autem, *hodie* non nisi per appellationem procedere rescissionem: Quod minime verum est: Tunc enim decem diebus huic querelæ præscriberetur, intra quos appellandum. Atqui Restitutiones in integrum a sententiis, post fatalia appellationis adhuc superesse, minime, quod unquam in Foro cognoverim, dubitatur. Cæterum, Restitutionem in integrum hoc casu esse dandam *προσκαιρικὴν*, & diserte constituisse Hadrianum, refert Callistratus in *l. 33. h. t.* Nec video textus nullitatem statuentes, etsi plures educat Perezius ad *d. tit. C. si ex fals. instr. n. 5.* In *L. 1.* habetur, post sententiam de falso supersesse quæstionem. In *l. 2.* causam ex integro audiri, quod sit etiam in casu restitutionis, quia res in eum statum, unde cœpit, redintegratur. In *l. 3.* res judicata devocatur in irritum. In *l. 4.* executio suspenditur, & soluta condicuntur. Quæ omnia restitutioni non minus, quam nullitati conveniunt. Adeoque standum videtur eo quod est in *d. l. 33.* quæ dat in integrum restitutionem.

49. Sequitur effectus rei judicatæ ratione Actionis, & Executionis. Actio in condemnatum, victori datur Rei judicatæ, quæ semper est civilis, & semper rei persecutoria, perpetua, & in heredem transitoria, licet actio prima contrarias habuerit qualitates, *l. 6. § 1. & 2.* quod sit vi novationis, quæ per litis contestationem quasi contractu perpetratur, *l. 11. § 1. de Novat. & l. 3. § 11. de Pecul.* unde nec datur, nisi inter eos, qui litem inter se contestati sunt. Res enim inter alios judicata, neque aliis nocet, neque prodest, *l. 63. h. t.* qua de re est *tit. in Cod. Quib. res judic. non nocoat.* ubi Perez. cui adde Wissenbachium *h. t. th. 6.*

tb: 16. Effectum hujus regulæ nos habebimus ad *tit. de Except. rei judic.* Cæterum, quod diximus, Actionem Rei judicatæ habere novas qualitates, sæpe diversas ab actione primigenia, non impedit, quominus si quid in sententia sit ambigui, id ex proprietate primitivæ actionis sit explicandum. Exemplo id illustrabimus. Creditor habens pignori annulum, conventus ad eum restituendum, post solutionem factam condemnatus erat ad annulum restituendum, aut alioquin ejus æstimationem. Debitor actionem rei judicatæ, simpliciter ad restitutionem annuli adhuc extantis apud creditorem instituerat; creditor victus offerebat æstimationem, eo quod optio sibi in sententia data esset; Debitor replicabat, alternativam æstimationis intelligendam, si annulus non extaret, ac ita judex inferior, qui tulerat sententiam, judicavit, non per modum declarationis, sed nova super actione rei judicatæ sententia. Re ad Curiam per appellationem delata, non deerant, quibus videbatur, Reo alternative condemnato electionem adimi non posse; Prævaluit tamen hæc ratio; quod actio primæva sipe dubio ad annulum ipsum dabatur, aut eo non extante ad æstimationem, idque judicem intelexisse videri, per verbum, *alioqui*. Ac ita judicatum est, in causa *Tjardi van der Leli Appellantis*, contra *R. S. ante ferias Pentecost. 1681.*

In ipsum dominum, non in procuratorem, datur actio; nisi in rem suam sit, vel obtulerit se, *l. 4. pr.* Pluribus una sententia damnatis, in singulos pro partibus hæc actio datur, *l. 1. & l. 2. C. si plur. un. sent.* nisi aliud expressum, vel res individua sit, *l. 4. § 1. & 2. de V. O.* vel ut universi sint condemnati, velut municipes, in *l. 4. § 2.* Perez. *ad tit. C. Si plur. una sent.*

50. Quid autem, an post sententiam nova opus est actione, novoque judicio? (†) non opinor, si liquidum sit judicatum, per *l. 15. h. t.* ubi sententia immediate executioni datur, implorato magistratus officio; sed actio instituitur, ubi res incerta & illiquida est, *arg. l. 9. de jurejur.* ac ita fert usus: Dissent. Thomasius.

SCHOLIUM.

(†) *Ita videtur per ea, quæ Strauch. XXXIX, 5. & Dn. Schilter.* Ex. 46. § 2 seq. *ubi simul ostendit convenientias & disconvenientias actionis judicati & processus nostri executivi.*

Respondetur in sequentibus.

Res aliena videtur a disciplina juris Romani; quando res est judicata, tunc ut Victor ejus effectum consequatur, opus esse nova in jus vocatione, actionis editione, judicis datione, causæ cognitione, denique sententia. Quin si Prætor in Re judicata noluit obligationes ex obligationibus fieri, *l. 4. § 3. h. t.* quanto minus lites ex litibus seri voluerit? Quid autem ex hac nova sententia; Numquid rursus actio rei judicatæ dabitur? Sic opus est, si ex sententia datur actio nova novumque judicium, ut Thomasius laudatique ab eo volunt Auctores, & communiter loquuntur. Ego in legibus, post Sententiam reperio in continenti executionem fieri, tam in *d. l. 15. h.* quam in toto *tit. de Execut. rei jud.* perinde in hodiernis fit judiciis, nec aliter res facultatem usus habere videtur. Quid igitur sibi vult Actio rei judicatæ toties ingeminata? Vel imploratio judicis officii ad executionem faciendam sic appellatur, vel actio proprie instituitur, quod & hodie fit, quando res est incerta, variis modis; Primo quando dubitatur, an judicatum sit, *arg. l. 9. in pr. de Jurejur.* II. Quando quis negat, sententiam contra se esse latam vel ad se pertinere, cujus rei exceptio late patet, ut ex *d. tit. C. Quib. res Jud. non noc.* intelligitur, atque a nobis dicetur ad *tit. de Except. rei jud.* III. Quando sententia non continet rem certam, sed incertam quantitatem; veluti, cum in fructus perceptos, in usuras, in id quod interest, aut alternative condemnatus est. Tunc etiam manifestum est, non posse victorem ex continenti procedere ad executionem, nisi incertitudo ad certam præstationem relata sit. His casibus in nostris Foris Victor implorat Judicis officium, qua is condemnatum moneat, vulgo *summationem* vocant, ut sententiæ satisfaciat; Quod si inter partes sine lite res componi nequeat, oritur inde actio, novusque litis processus, quod merito Rei judicatæ judicium dixeris. IV. Locus est actioni judicioque rei judicatæ, si victus longis frustrationibus executionem remoratus fuerit, ut res interim non extet amplius, ideoque ad æstimationem agendum sit, *l. 7. C. de Execut. rei jud.* Cum his similibusque casibus fieri possit, ut super re judicata novum moveatur judicium, non est necesse ad usum actionis rei judicatæ demonstrandum, ut ex omni sententia detur actio nova, novumque judicium; quo nihil inutilius negotiique naturæ adversum magis videtur. A. Matth. *disp. 12. n. 6.*

N. ADDIT.

Nusquam mens mea fuit, asserere, quod in omni sententia opus sit actione rei judicatæ, sed quod saltem

saltem illa distinctio inter judicatum liquidum & illiquidum, cui scholium meum fuit adjectum, casum ubi locum habeat actio, non determinet, cum etiamsi sententia sit liquida, i. e. contineat rem certam & quantitatem certam, tamen actio judicati dari soleat. si v. g. res, in quibus executio fieri debet, sint sitæ sub alio judice. Postquam vero Autor hic in prælectionibus mentem suam declaravit, quod terminum illiquidæ sententiæ sumat in sensu plane laxiore, quatuor genera sub se complectente, nulla amplius inter nos lis est.

51. Transeamus ad EXECUTIONEM, & considerem us, I. a quo fieri possit, II. Contra quem, III. Quomodo, IV. Quemadmodum sistatur & impediatur. Quod ad primum attinet, Executio fieri debet ab eo, qui tulit sententiam, modo imperium mixtum habeat, sive datus sit a Principe, sive ordinaria jurisdictione præditus, *l. un. C. Qui pro sua jurisd.* non judex pedaneus, sive datus a Magistratu; Nam hujus sententiam exequitur, qui dedit judicem, *l. 15. in pr. h. t.* quod etiam de arbitris & omnibus, qui notionem habent sine Imperio, adfirmandum, *d. pr. l. 15.* juncta *l. 5. eod.* Quid judex Mandatarius? hunc etiam exequi non posse, volunt; Strauch. *dissert. Justin. 28. n. 1.* Sed cum mandata jurisdictione transeat etiam Imperium, quod non est merum, ad quod Executio pertinet, *l. ult. § 1. de Off. ej. cui mand. jurisd.* non video, quare durante mandato, judex mandatarius sententiam a se dictam exequi non possit. Appellatione interposita quid juris sit, *deinde* videbimus. Sæpe tamen & extra casum Appellationis, executionem sententiæ ab inferiore judice latæ petitam & concessam a Suprema Curia vidimus, ob duas potissimum causas; cum quod condemnati in diversis habitabant jurisdictionibus, tum propter eorum potentiam; quibus causis fieret, ut victores difficilius effectu rei potirentur; Alioqui non videtur esse judicum superiorum, absque appellatione sese inferiorum officiis ingerere, *arg. d. l. un. C. Qui pro sua jurisd.*

52. Quod si condemnatus alibi degat, aut res, in quam facienda est executio, in alieno territorio sita sit, judex ejus loci requisitus, non recusat executionem, nec si in eodem imperio sit, recusare potest, quin a superiore ad hoc justitiæ ministerium compellatur; quomodo memini Supremam Frisiæ Curiam, aliquando compulisse Magistratus cujusdam Civitatis, qui recusabant exequi sententiam contra quendam Civium suorum latam a judicibus Academiæ nostræ, quibus idem jus, quod aliis Tribunalibus deferunt, non deberi autumabant. Quod si judex requisitus sub eodem summo Imperio non agat, in ipsius arbitrio est, exequi velit sententiam, an secus. Non solent tamen negare, debita humanitate requisiti; quin juri Gentium, si negarent, adversari viderentur: sub hac tamen exceptione, nisi jurisdictioni suæ præjudicium inde creetur. Hac ratione diximus alias, si quis judex civem alterius judicis condemnaverit, eo quod is se jurisdictioni ipsius submiserat, cum tamen non esset in ejusdem territorio citatus, non teneri talis condemnati Magistratum sententiam executioni mandare, quia jurisdictio fundata non fuit. Idem est, si lata fuerit sententia per speciem collusionis, ad eludendam jurisdictionem proprii judicis, cujusmodi exemplum usu venit in nostra Curia, quod & alibi indigitatum est. Ordines Transisulaniæ petierant ab Ordinibus Frisiæ per literas *d. 3. Aprilis 1675.* scriptas, ut vim rei judicatæ tribuere vellent sententiæ, quam Prætor Haxbergensis tulerat pro quodam Tincone Swartio, qui cædis in Frisiæ confiniis patratæ accusatus in vicinam Transisulaniam aufugerat, seque apud Haxbergenses in vincula dederat, a quibus ex sententia Jurisconsultorum, non tamen sine magna rationis specie, fuerat absolutus. Ordines Frisiæ rem ad Curiam detulerunt, ubi Procuratore Generali audito, visum est, nimis periculosum jurisdictioni Frisiæ, si homicidæ fugientes e finibus nostris, ad exteros se recipere, ibique absoluti statim huc redire ac impunitate frui possent. Quando autem exterus judex requisitus executionem suscipit; si tum fiat oppositio spectans ad merita causæ & argumenta nullitatis, ea per judicem primum, secundum jus, quod ibi valet, decidi debent; quæ vero ad modum executionis pertinent, a judice requisito, & pro jure loci illius decidenda sunt, ut docet Sandius *lib. 1. tit. 12. def. 5.* ubi exempla videantur.

53. Fuit articulus primus; sequitur, contra quos sententia detur executioni. Dic, contra litis Dominum, *l. 1. C. de Sent. & interloc.* non contra Procuratorem, *l. 22. & seqq. C. de Procurat.* nisi datus sit in rem suam, vel se obtulerit ipsum, *l. 4. in pr. h. t.* qualis etiam defensor, qui pro alio intervenit, ut res, & *arg. d. l. 4* ac usus volunt, etsi aliter Strauchius *dissert. Justin. 28. n. 2.* Tutore vel Curatore condemnato in pupillum & minorem danda executio, *l. 4. § 1. h.* nisi proprio nomine scilicet obligati, conventi damnatique fuerint;

rint; aut etiam nisi se liti obtulerint; hoc est, nisi cum pupillis auctores ad judicium suscipiendum fieri possent, ipsi judicium suscipere maluerint, ait D. Strauchius *d. disp. 28. n. 2.* idque probat ex *l. 2. in pr. de Administr. Tut.* ubi sic habetur: *Si Tutor condemnavit*, id est, *vicit, aut condemnatus est, pupillo & in pupillum potius actio judicati datur, & maxime, si non se liti obtulit; Sed cum non posset propter absentiam pupilli, vel infantiam auctor ei esse ad accipiendum judicium.* Quid hoc autem? Toties ne Tutor executioni subjectus erit, quoties pupillum non adhibuit liti, suique duntaxat ut actoris meminerit? Atqui hoc plerumque fit his diebus, & fere semper in usu nostro, ut probavimus *ad tit. de Auctor. Tut. n. 2.* nec tamen ideo quisquam Tutorem in sua qualitate condemnatum executioni dicit obnoxium. Dic igitur, particulam *máxime* non facere positionem contrariam ei, quod antea dixerat Ulpianus; sed evidentius esse quod dixerat, si non potuerit aliter, quam occupare pro pupillo. Nam regula est hæc; Tutor vel Curator in ea conditione sunt, ut non videantur se liti obtulisse, *l. 4. §. i. h. t.* quemadmodum de Procuratore dictum *in pr.* Sicut autem Procurator suum nomen præfert & sententia in eum fertur, ut tamen executione non gravetur, ita ratio Ulpiani non patitur, ut Tutor eo, quod suum nomen prætulit, nec ut accessorium pupillo adjecit, executione urgeatur. Nec dubium, quin ita servetur in Foro; velim etiam ex sententia Juris Romani.

Porro etiam contra heredes actio rei judicatæ datur, *l. 6. §. ult.* etiam mediate tales, etsi mentio heredum in sententia nulla sit facta: Quæ est vis quasi-contractus, quem in Judicio, fieri, docet *l. 3. §. 11. de Pecul.* Atqui sententia, quatenus a Judice proficiscitur, nihil habet simile contractui: Litis Contestatio est id, quod dicitur *quasi-contractus*; Nam intentio actoris & rei contradictio, reciprocantur & habent instar Contractus, novationemque faciunt, *l. 11. de Novat.* Unde Pater ex quibus factis filiifamilias non obligatur, de peculio actione tamen rei judicatæ tenetur, *d. l. 3. §. 11. l. 35. de Noxal. act.* non vi sententiæ, sed litis contestatæ; etsi hæc demum per sententiam effectum sortiatur: eaque est judicati obligatio, quæ dicitur in *d. l. 3. §. 11.*

54. Contra fidejussorem judicati exequendi causa sententiam absque novo *processu* executioni dari posse, communis est sententia Bartoli, Baldi & omnium Doctorum ac Interp., quos enumerat Sandius *lib. 3. tit. 10. def. 3.* a qua recessit noster Herbajus tersissimæ Vir doctrinæ, *tract. rer. quotid. cap. 4. non sine ratione*, si credimus Sandio *d. def. 3.* de qua tamen dubito, sitne tam prægnans, ut ob eam a communissima doctrina recedendum fuerit. Bene est, quod auctoritatibus sibi non præjudicari patitur Herbajus, sed legem rationemque sequitur. Fundus sententiæ communis, est lex *ult. §. 1. C. de Usur. rei jud.* Quo loco narrat Justinianus, veteres dedisse condemnatis quidem inducias duorum mensium ab executione, fidejussoribus nullas; *Reis quidem*, inquit, *condemnatis laxamentum duorum mensium præstabat, fidejussores autem eodem uti beneficio non concedebat.* Quod reis laxamentum dabatur, id ipsum fidejussoribus negatum fuisse palam est: Reorum autem laxamentum erat ab executione sententiæ principalis; Fidejussores egebant eodem beneficio. Ergo etiam executioni erant subjecti, æque ac principales. Sic etiam jure novo; *Sancimus, quadrimestres inducias* ab executione, *quas dedimus condemnatis, etiam ad fidejussores & mandatores eorum extendi.* Etiam heic idem utrisque beneficium datur; Aut igitur utrique eidem executionis oneri subjecti sunt, aut Cæsar stylo suo valde abusus est. Verba, *statim exigere*, de quibus argutatur Herbajus, e prioribus lucem accipiunt, sicut & *Lex 1. D. Judic. solvi.* quæ docet, *in stipulatione judicatum solvi, diem statim cedere, sed exactionem in tempus reo principali indultum differri.* scilicet eandem exactionem, quæ fit a reo principali, quæ diversa non est ab executione. Et ratio suffragatur; Hoc enim actum est inter partes, ut certus esset victor, se judicato vi sententiæ potiturum, non quod denuo litigandum esset. Ex Herbaji vero sententia, inter fidejussorem contractus & judicati solvendi nulla foret differentia; quod rationi repugnat.

55. Quid vero, inquit, *si neget factum*, se omnino fidejussisse, aut non scientem fecisse dicat? Si primo reus sit absolutus, deinde nova instantia novoque actionis genere condemnatus, fidejussor inauditus exactione urgebitur; Ita Herbajus & Sandius excipiunt. Ego vero Bartolum & Baldum nunquam adeo juris imprudentes fuisse credo, ut hoc voluerint, fidejussores in talibus non esse audiendos. Habeat heic locum, quod Ulpianus docet in *l. 9. pr. de Jurejur.* Postea quam *juratum est, denegatur actio; at, si controversia erit, id est, si ambigitur, an jusjurandum datum sit, exceptioni locus est.* Ita hic quoque; Non est

locus novo judicio; at si ambigatur, fidejussio omnino, vel an pro hoc judicato præstita sit, non quidem fit nova in jus vocatio, novaque instantia: sed fidejussor judicatum solvi, ab Executore monebitur de sententia lata. Si dicat, ego non fidejussi, non saltem pro hac instantia, similiaque, recessum est iterum ab obligatione, & audietur in oppositione sua; sicut ipse reus auditur, si quam habeat notabilem oppositionis causam. In hoc vero differt a fidejussore pro contractu. Hic si post rei principalis condemnationem probare velit, causam rei male defensam, esse neglectam, is adhuc audietur, ideoque nova opus est citatione novoque judicio. De fidejussore judicatum solvi, id abnuit ipse Faber *ad tit. C. de Fidejuss. def. 8.* ad quem ut ἐμόψηφον provocat Herbajus; quia sane Faber etiam tradit, contra fidejussorem judicati solvendi nova opus esse lite, non ut de jure victoris cognito jam iterum cognoscatur, sed ne incipiatur ab executione: addita ratione, quia potest fieri, ut fidejussor aliquam habeat exceptionem. Atqui de tali exceptione concedimus eum audiri posse, sed per modum oppositionis contra executionem, non per novam instantiam, ut illi volunt. Faber autem nec probat quicquam, nec quidem ita probat esse visum Senatui Sabaudorum, ut Herbajus quidem scribit; ille obiter rem narrat.

Denique ita argumentatur Herbajus; Fidejussor non est condemnatus, nec ulla ejus in lite vel in sententia mentio facta est; Ergo nec adversus eum executio fieri potest. Respondeo: Qui promisit se judicatum soluturum, subjecit se voluntariæ condemnationi, quam sine novo judicio sequi executionem, antea dictum, & usu probatum est. Alterum Herbaji argumentum: Si fidejussor absque novo judicio ad solvendum compelli potest, Ergo & hic ad reum principalem redire potest sine novo judicio, non secus ac si & is fidejussori condemnatus esset; Quod quam sit alienum a juris ratione, nemo non videt, inquit. Ego me id fateor non videre; Quid enim; Reus est condemnatus, victori solvere debet, executione cogendus; Fidejussor judicati solvendi pro illo solvere coactus est, ut promiserat. Hoccine iniquum aut a jure alienum, ut Reus fidejussori absque novo judicio restituat, quod victori, cui fidejussor solvit, solvere condemnatus erat? Imo hoc a Justiniano in *d. l. ult. § 1.* supponi, recte, nisi fallor, a Bartolo, Cyno, Castrensi, aliisque, ut Herbajus ipse refert, adsumatum est.

56. Sequitur modus executionis, quo tempus etiam, & res, in quas fit executio, referuntur. Tempus judicati faciendi hodie est quatuor mensium, liberum ab usuris, quæ post ejus lapsum debentur centesimæ, *l. 2. & l. ult. C. de usur. rei jud.* in pecuniariis judiciis, in realibus & restitutoriis, statim facienda restitutio, *§ 2. I. de Off. jud. l. 68 de R. V.* A. Matth. *d. disp. 12. th 2.* Moribus hodiernis nusquam illud spatium temporis observatur, verum a decendio elapso incipit executio. ‡ Sed cum non minus molestum sit hodie, incontinenti condemnatos adigere ad præstationem, ac olim fuerit, in multis foris executiones crebris dilationibus eluduntur; ut optandum foret, illis penitus extinctis, jus Romanum hac parte redintegrari. Sed videamus modo juris civilis; Hi sunt, manus militaris, pignorum capio, missio in possessionem bonorum, & carcer. Manus militaris adhibetur, quando quis rem certam sive corpus restituere jussus, non paret judici, cum posset, *l. 68. de R. V.* qua de re egimus ad *d. tit. n. 13. pag. 772. part. præced.* quanquam & reliqui executionis modi, sæpe sine manu militari non possunt administrari, ut de missione in possessionem videmus in *l. 3. D. Ne vis fiat ei in possess. miss. l. 5. § 27. Ut in poss. Legat.* Etiam in capiendis pignoribus sæpe manu armata opus esse contra invitos, satis ipsa res loquitur; quo pertinet, quod Cæsar apud *Suet.* dicitur Vettium captis pignoribus & direpta supellectile male multasse, *in ejus vita.* Quod item Cicero in Philippica prima queritur, Antonium esse minatum, se cum fabris domum illius esse venturum, pignora capiendi prætextu. Sed de missione in possessionem, sequitur Rubrica propria.

Pignorum Capio est præcipuus exequendi modus, habens locum in condemnationibus pecuniariis, seu certæ sive incertæ quantitatis, his ad certitudinem postea redactis. Solutione non sequente, fit pignorum capio & distractio, *l. ult. C. de Execut. rei jud.* & late in *l. 15. h. t.* ubi & ordo res capiendi, distrahendique. Initium fit a mobilibus ac animalibus, dein fit progressus ad immobilia, postremo ad jura & nomina, *l. 15. § 2. & seqq. h. t. & l. 5. C. de Execut. rei jud.* Capta

‡ Postquam sententia in rem judicatam abiit, petente adversario, intra 14. dies executoriales aut requisitoriales sub 5. thalerorum mulcta sunt expediendæ, a judice etiam requisito præcepti executivi insinuatio, intra idem spatium, sub eadem pœna, facienda. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 39. § 1.*

pigno-

pignora post duos menses distrahuntur sub hasta, præsenti pecunia, *l. 15. § 2. & 7. b.* Si pignora non inveniant emptorem, addicuntur creditori & volens mittitur in possessionem, ut etsi debitum pluris sit, plus tamen deinceps petere non possit, *d. l. 15. § 3.* ut verba ibi diserte ferunt, etsi aliter D. A. Matthæus, & quos ille sequitur *disp. 13. th. 24. & th. seqq.* Idcirco missio in possessionem rarior est; plerumque res venduntur cuilibet plus licitanti, etiam victori, *l. 2. & 3. C. Si in caus. judic. pign.* Eximuntur mobilium capioni, boves aratorii, & reliqua instrumenta agriculturæ, *l. 7. & seqq. Quæ res pign. obl. non poss.* stipendia militum, præmia athletarum, quæ non nisi cunctis deficientibus capiuntur, *l. 4. C. de Execut. rei jud.* quod Dd. ad præmia librosque Clericorum, scholarium & Advocatorum, instrumenta artificum, & supellectilem necessariam extendunt. Arma militum, vestesque necessariæ, magis est ut plane capi non possunt. A. Matth. *d. Disp. 13. n. 17. 18. & 19.*

Postremo non est alienus quoque a jure civili modus exequendi per carcerem, *l. 1. & l. ult. C. Qui bon. ced. l. 34. h. t. & l. 9. § ult. ad L. Jul. pecul.* Moribus tamen hodiernis frequentior, *posit. 26. h.* ubi Thomasius. Adde Schilter. *Ex. 46. th. 6.* Ord. Proc. Sax. *tit. ult.*

Hic autem modus, ut & Pignorum capio, vel multæ dictio, locum habebit, quando quis ad factum aliquod condemnatur, veluti ad Tutelam administrandam, rationes reddendas, omniaque facta, quibus aliquis obstrictus est perficiendis, *d. l. 9. § ult. § pen. Inst. de Satisd. Tut.* Pœnæ corporales in pecuniariis condemnationibus non habent juris auctoritatem; quippe inanis est actio, quam excludit inopia debitoris, *l. 6. D. dol. mal. l. ult. de in jus voc. l. 1. § ult. de Pœn.* Sed ut textus illi docent, tantum habent locum in delictis, ut *l. 9. de Incend. ruin. naufr. l. 7. § 3. de Jurisd.*

Hæc ita secundum regulas juris civilis; Moribus hodiernis equidem manus militaris, si victus parere nolit, in abducendis auferendisque rebus adjudicatis, ‡ vel reo ad solutionem cogendo, ‡‡ cum sit æque necessaria, non minus ac in jure Rom. frequentatur: Sed primo post lapsum decem dierum, de quo superius, fit admonitio per Executorem, qui fere est Apparitor, mandato Curiæ per victorem impetrato ad executionem cujusque sententiæ instructus. Cujusmodi prævia denunciatio tam necessaria judicatur, ut ejus omissio vitiosam reddat executionem. Ranchin. *3. var. Lect. 14.* & Papin. *tit. des execution. art. 23.* præcipiturque Statutis Frisiæ *l. 3. tit. 29. art. 1.* ubi Sandius MS. Quin adhuc duplex fieri debet exactio, nostris quidem legibus. Et tum si non fiat solutio, proceditur ad pignorum capionem ac venditionem, sic tamen, ut victo detur facultas adsignandi res, quæ capiantur & vendantur, quod etiam apud Saxones receptum esse, notat Thomasius in *schol. ad posit. 29. h. t.* Jure civili ut idem proditum non sit, ab eo minime tamen abhorret. Quod enim opus officio judicis & executoris in delectu pignorum, si quis rem ipsemet offerat? modo non eludendi animoque perplexandi id agat. Quod si reus ipse non adsignet, victor petere solet, ut sibi res, in quas executio fiat, adsignare liceat, quod judex concedit, hac lege, ut victo prius insinuetur, quo ipse adhuc dum adsignet. Quod tamen facere nemo

‡ Si reus ad traditionem in actione reali vel personali est condemnatus, præcepto executivo, ut intra 14. dies hoc faciat, injungitur; elapsis istis diebus, si condemnatus interea non paruit, res ei adimenda, & actori tradenda; aut, si res, quæ petitur, est immobilis, reus exmittendus, actor vero immittendus, relicta huic administratione, vel etiam, ad hujus preces, constituto sequestro. In concursu etiam, quando res ad subhastationem rediit, debitor est ejiciendus, immo & conductor, nisi creditoribus aliud e re sua videatur, licet locarium prænumeraverit, aut judiciali hypotheca sibi prospexerit; conductio enim eo casu exspirat, & conductor ex concursu suum recuperare tenetur. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 39. § 4.*

‡‡ Si reum ad solutionem condemnari oportet, summa vel quantitas, tempusque, ex quo usuræ, vel interesse moræ computandum, in sententia vel decreto perspicue exprimi debet; quod si inde res sit judicata, judex transmissa liquidatione intra 14. dies solvere reum jubebit, proximum ab elapso 14. dierum spatio diem liquidi constitutioni, insequentem vel sequentium aliquem ipsi executioni faciendæ destinabit, in termino debitore comparente, vel non comparente liquidum constituet, sumtus moderabitur, dubia in medio relinquet, & proximo vel insequentium dierum aliquo reapse exequetur sententiam. Executio ista illiquidum etiam, si inde liquidum reddatur, similiter afficit, & jus reale a tempore executionis etiam hujus nomine tribuit. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 39. § 5.*

potest.

poteſt, niſi qui liberam rerum ſuarum habet adminiſtrationem; Proinde non valet adſignatio, facta per procuratorem ſine ſpeciali mandato, neque per mulierem ſine auctoritate viri, nec inde vera ſequitur alienatio, ut in Curia noſtra judicatum eſſe, refert D. Sackma ad *d. tit. 29. lib. 3. Stat. art. 3.* inter *Michaëlem Aertſen & Renatam Petri, ante ferias Pentecoſtales 1625.* Sed an victor ſervare debet ordinem juris, ut prius mobilia, & animalia, ‡ dein immobilia, tum jura & actiones, capiat ac vendat? Videtur ad hoc teneri. Lex enim jubet eum ordinem, quando reus latitat neque ſolvit, æquitas eundem ſuadet. Non eſt tamen nulla executio, ſi aliter fiat: ſed reus, aut hi ad quos ea res pertinet, queri & petere poſſe videntur, ut ſi Actor in adſignando eum ordinem pervertat, in ordinem redigat. Porro hæc venditio ſine dubio habet eadem requiſita, quæ pignorum venditio conventionalium, de quib. *ad tit. D. de Diſtract. pign.* ut fiat bona fide, & *publice*, id eſt, in judicio vel foro hebdomadali, *Recht of merkdagen*, ut de rebus mobilibus Statuta noſtra *d. tit. 29. art. 2. & 3.* quid de rebus ſoli ſervandum ſit, præcipiunt. Quam formam lege præſcriptam exacte ſervandam eſſe, dubium non eſt. Proinde reſtituenda eſſe pignora male capta, recte dixeris: etſi debitum ita exactum repeti, non placuerit Ulpiano in *l. ult. § ult. D. Quod met. c.* nec Curiæ noſtræ apud Sandium, *l. 1. tit. 12. def. 2.* Plura ad hanc rem diximus in *Jurispr. Hod. part. 2. lib. 2. cap. XI.*

Hoc addendum, executionem nullo modo ulterius extendi poſſe, quam ſententia ferat, per Regulam *l. 63. h. t.* excepto fidejuſſore judicatum ſolvi, de quo *ſupra*, & poſſeſſore rei Litigioſæ ac interim alienatæ, ut probat Gailius *lib. 1. obſ. 118. n. 1.* Sand. *lib. 1. tit. 12. def. 4.* ubi docet, hoc non habere locum in rebus pignori datis, niſi poſſeſſor, actionis hypothecariæ ſuper ea re motæ conſcius fuerit. Quæſitum fuit, an mandatum exequendi ſententiam, per quam reus in rem principalem & in id quod intereſt, aut in uſuras erat condemnatus, extendi poſſit ad exequendam æſtimationem ejus quod intereſt vel uſurarum deinde factam. Et judicatum eſt, non poſſe, in cauſa *Johannis Martini Gravii, contra Sixtum Botnia, d. 27. Octob. 1613. referente D. Sackma*; quoniam æſtimatio illa per novam inſtantiam & peculiarem ſententiam fieri ſolet. Aliud; Condemnatus eſt aliquis per modum proviſionis ad *Conſignandum* debitum, cujus extat confeſſio vel chirographum. Executionis mandatum eſt emiſſum, ſed non habuit effectum. Dein ſequitur, ut fit, condemnatio principalis in idem debitum. Mandatum *executoriale* quod dicitur, in cauſa proviſionis impetratum, huic ſententiæ principali applicatur, & fit executio ſine judicis mandato. Quæritur, an recte: Judicatum eſt negative, quia nova eſt ſententia, *inter easdem partes.*

Sed eſt alia hac de re notabilis obſervatio, quam verbis Sandii not. MSS. ad *d. tit. 29. Statut. art. 3.* exponam. *Nota*, inquit, *ſi ex* proviſionali *ſententia executio facta, & pignora capta, per ſubhaſtationem decretique interpoſitionem rite diſtracta ſint, emptor plenum dominium adipiſcitur. Publice enim intereſt, quicquid Judex ſive definitiva ſive interlocutoria condemnatione conſtituerit, ſuam habere executionem. Et quamvis poſtea proviſionalis ſententia revocetur, non idcirco pignorum venditio revocanda, quando non tam a ſententia vim accepit, quam a publica poteſtate & auctoritate ejus, qui judicatum exequitur.* Joh. Dekherus *lib. 1. Dec. Belg. diſc. 2. n. 5.* poſt Ant. Fabrum in *Cod. Sab. tit. de Diſtract. Pign. def. 23.* Tit. *Si vend. pign. ag. def. 4.* Tit. *de Execut. rei jud. def. 17. De Error. pragm. decad. 5. err. 5.* Atque hæc ita, tametſi ipſe Creditor pignus emerit, ut Dekher. *d. loco.*

Hactenus de Pignorum capione, quam ſequitur diſtractio: Fit etiam, ut pignora capiantur absque hoc animo diſtrahendi, ut inde judicatum conficiatur, duntaxat ut Reus tædio rerum ſuarum ablatarum, aliquid facti, ad quod condemnatus eſt, impleat; veluti ad rationes reddendas, ad ſuſcipiendam adminiſtrationem, ad uxorem ducendam, aliasque, ut *ſuperius* demonſtratum eſt. Sed *hodie* non tam pignorum capione, quam immiſſione manus militaris in ædes condemnati, ut illis ſumptum & ſalarium præbeat, quibus impenſis fatigatus judicato parere in animum inducat, hæc res adminiſtratur.

‡ In creditoris arbitrio nunc poſitum eſt, num executionem prius in mobilia, an in immobilia, an in nomina & actiones fieri velit, quæ ut reus jurato indicet, ab actore peti poteſt. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 39. § 2.*

57. Sub-

57. Subjiciamus breviter causas, quibus sistitur & impeditur EXECUTIO. ‡ Est primo appellationis remedium, de quo *inferius*. II. Beneficium restitutionis in integrum, de quo *superius* actum, & quo non penitus impediri executionem, observavimus *ad tit. de Restit. in int. n. ult.* III. Querela nullitatis impeditur executio, *l. 4. § 6. h. t.* si non appareat, animo tergiversandi esse motam, & probatio in promptu sit; nec enim processus novæ probationis, ne lis lite cumuletur, admitti debet. Quæ res etiam in Curia nostra admitti meruit, in allegatione falsi Procuratoris, qui rem judicatam obtinuerat, eo quod hæc sit nullitatis ratio, *l. 24. C. de procurat.* Scilicet, si vere mandatum non intercesserit, in eoque fraus facta fuerit, eaque facilis sit probationis: Alioqui prætextu mandati deficientis, admittere post sententiam oppositiones contra execut. periculosum fuerit. Causa illa ratione subreptionis, & fraudis in mandato commissæ, fuit *inter Albertum Bonerum contra Dominicum Sijtsema. d. 29 Maji 1600.* IV. Recte opponitur, quod obligatio, quæ per sententiam firmata est, novatione, solutione, aliove modo sit extincta, *d. l. 4. § pen.* quo pertinet etiam, quod receperit id quod petebat, *l. 1. C. de Re Jud.* V. Exceptiones Sci Macedoniani ac Vellejani, post sententiam quoque admittuntur, *l. 11. de SC. Macedon.* VI. Exceptio doli mali, qua petimus actiones nobis a Victore cedi, *l. 41. § 1. de fidejuss.* An etiam illa, quod Victor agendi jus non habuerit? Minime, cum ea de re sit judicatum, *l. 36. de Famil. ercisc.* Costal. *ad l. 38. de R. V.* Denique, an & oblato fidejussore potest evitari Executio? Non potest, nisi magna ex causa, *l. 4. § 3. h. t.* Ex quo recte dixeris, Judicem posse dilationem executionis aliquando concedere, si condemnatus offerat fidejussorem: quando nec Princeps aliter inducias concedit, *l. 4. C. de Prec. imp. off.* Extra hanc causam *Inducia Judicis officio contra res judicatas indulgeri non debent, quæ alioquin infructuosa & elusoriæ redderentur; neque post multa variaque certamina spem & effectum condemnationis excludi decet*, ut ait *l. fin. de Compensat.* Verba Sandii *ad lib. 3. Stat. tit. 30. in pr.* qui varios adducit ὁμοψηφίας, quos heic recensere nihil attinet. Votum addere licet; ut Judices Curiæque Supremæ gravitatem Juris Civilis hac parte malint imitari, quam promiscuis indulgere dilationibus & induciis, aliquando etiam *quinquennalibus*, de quibus *infra*.

Postremo recte opponitur Executioni privilegium, quod quis non teneatur ultra quam facere possit. Etenim sunt, qui non in solidum excutiuntur, sed tantum quatenus facere possunt, quos diximus *ad tit. I. de action. num. 81.* Vir ab uxore conventus, habet hoc jus non modo in dote, sed & in aliis contractibus, *l. 17. & l. 20. h.* imo & ad socium extenditur, *l. 21. h. t.* durante affinitate, *l. 17. pr. Sol. matrim. l. pen. de jur. dot.* non ea soluta, *l. 21. & sqq. h.* Socii habent hoc privilegium, si omnium bonorum sint, *l. 17. de re jud.* etiam vero socii particulares, ubi de illa re certa agitur, *l. 63. D. Pro soc.* quæ sic non est antinomia; ut vult D. Wissenbach. *ad fin. tit. Inst. de societate.* De filiisfam. hac parte, diximus ad *tit. Quod cum eo, qui in al. pot.* Milites huc etiam pertinent, *l. 6. in pr. & l. 13 h. t.* Nec non fratres, *arg. l. 63. Pro soc.* licet dissent. D. Wissenbach. disp. *ad Instit. 38. coroll.*

SCHOLIUM.

A militibus communiter extensio fit ad Comites, Barones, Nobiles, Doctores, Advocatos, Clericos &c.

Parentes & patronos idem jus habere, diximus *ad tit. I. de Action. num. 18.* denique Donatores, & hi quidem deducunt æs alienum, hoc est, præter æs alienum, quod prius deducunt, insuper adhuc retinent, quod ad tuitionem vitæ necessum est: reliqui obtentu æris alieni non juvantur, quin solidum iis excuti possit, si tempore executionis patrimonium sufficiat, etsi aliis creditoribus urgentibus nihil reliquum habituri sint, *l. 19. § 1. l. 49. & sqq. eod.* Quantum vero id est, quod talibus relinqui debet; Lex nihil exprimit, nisi ut *egestas* excludatur, *l. 19. in fin. h.* quæ est *extrema paupertas*. Nam pauper simpliciter dictus, est *modici* homo patrimonii, *arg. l. 15. § 15. de Excus. tut.* junct. *l. 4. eod.* Seneca *1. epist. 17. Non est quod paupertas nos a Philosophia removeat, ne egestas quidem.* Habere parum, est *paupertas*, habere nihil, *egestas*. Martial. *lib. 11. Non est paupertas, Nestor, habere nihil.* Liber est igitur beneficiarius hic, ab egestate, non a paupertate, & hoc judex definiet.

‡ Executionem sistunt exceptiones solutionis, compensationis, transactionis & rei judicatæ, sed & hæ non nisi in continenti liquidæ. *O. P. S. E. I. & E. Tit 39. § 6.* Cæterum prolixum nimis foret, hic tradere, quid in venditione mobilium, subhastatione que immobilium juris novissimi sit; legant, quorum interest *h. Tit. § 8. sqq.* juncto etiam *Tit. 40.*

SCHOLIUM.

Dubito, an Paulus in d. l. 19. *voce egestas, tam rigide utatur, ut plus inferat, quam paupertas; Quamvis enim demus autori, non una vice vocem egestatis ita a Scriptoribus Latinis supponi, non deerunt tamen forte aliorum loca, egestatem & paupertatem synonymice usurpantium. Accedit, quod nec Paulus voce* egestatis *utatur, sed id saltem dicat, relinqui debere donatori, ne* egeat. *Constat autem, non eundem esse semper verborum significatum, & quæ a verbis derivantur, vocabulorum. Juvat hanc conjecturam* l. 30. h. t. *Unde potius placet communis Dd. opinio, tantum relinquendum esse iis, qui beneficio competentiæ gaudent, quantum iis sufficiat, ut se pro diversitate conditionis ac status, honeste exhibere valeant. Adde Nicol.* proc. P. 3. cap. 5. pag. 57.

RESPONSIO.

Ex lege 30. h. t. *nihil aliud colligi potest, quam facultates privilegiati, in tantum non esse exhauriendas,* ut vix quicquam ei in bonis relictum sit. *Item,* aliquid sufficiens *ei relinquendum. Quod si tu ita capias, ut tantum sit relinquendum, quo ex reditibus se Reus pro diversitate conditionis ac status sui, honeste tueri valeat, ut volunt Dd. & probat Scholiastes, nimis magna strages rebus judicatis inferretur: Patrimonio sæpe non spernendo ad ejusmodi sustentationem necessario. Longe civilius est, eum, qui hoc privilegio vult uti ad derogandum executioni sententiæ, debere se coarctare quantum potest, etiam cis reputationem status & conditionis suæ, nec plus ei relinquendum,* quam ut ne egeat, *ne quærere cogatur eleemosynam. Si potest arte vel labore corporis victum exercere, quidni faciat hoc, ut saltem in partem sumptus proficiat? Certe quam minimum juri creditoris & rerum judicatarum vigori detrahendum esse, gravitas artis & vigor justitiæ postulat.* dix. part. 2. Jurispr. Hod. lib. 2. cap. 12. n. ult.

N. ADDIT.

I.) Omittitur responsio ad objectionem nostram de significatione verbi egeo. *Id enim regulariter significat* bedürffen, vonnöthen haben, nicht genung haben. Autor *Rhet. ad Herenn.* Egens est non is solum, qui non satis habet, sed & cui nihil satis esse potest. *Hinc II.) maxime juvat sententiam nostram, quod in* l. 30. *dicitur, aliquid* sufficiens *reo esse relinquendum. III.) Aliud est se honeste exhibere, aliud laute. IV.) Cum parentum & patronorum gratia inventum sit hoc beneficium, quos liberi & clientes sustentare tenebantur, vix convenit analogiæ juris, patrem & patronum adigere velle, ut labore corporis eis reputationem status sui victum quærant. V.) Forte respexit hic opinione sua Autor ad eos, ad quos pragmatici postea extenderunt leges, & sæpe contra juris rationem, de quibus uti non est hujus loci pluribus agere, ita circa eos non solum adhærerem sententiæ autoris hic appositæ, sed & plane eos excluderem ab usu hujus beneficii.*

TIT. II.
De Confessis.

I. Confessum haberi pro judicato, & tamen damnandum. II. An & in criminalibus. III. Qualis confessio esse debeat.

Proxime ad sententiam accedit Confessio Rei; *Nam Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur, l. 1. h. t.* Condemnatio tamen, id est declaratio judicis, qua præstatio conveniens ejus Confessioni injungitur ipsi, accedere solet atque debet, opinor, ex *l. 3. h. t.* ut recte Cujacius *20. obs. 30.* quod usui Forensi est consentaneum, Carpz. *Proces. tit. 13. art. 3.* Recte tamen dicitur, nullas esse partes judicantis in confitentem, *l. 25. in fin. ad L. Aquil.* quod attinet ad causæ cognitionem, examinationem rei, testium, aliaque; sed nullo alio discusso, judex confessionem sequetur, *l. 40. §1. de Pactis.*

2. Habet autem hunc effectum judicati, non tantum in civilibus, sed etiam in criminalibus, si quidem leges non distinguunt, *l. 1. & l. 6. § 3. & pass. h. t.*

SCHOLIUM.

Quod tamen intellige cum limitationibus, quas ex Anton. Matth. refert Wissenb. hic th. 17. *ne obstet* l. 1. de Quæst.

Videbimus ipsi has limitationes *ad tit. de Quæst.*

3. Oportet autem confessio sit in jure facta, vel in judicio, *dd. ll. l. un. C. h. t.* Extrajudiciali hæc vis nunquam tribuitur; ne quidem scriptæ, nisi quatenus instrumentum de re gesta sit confectum, qua de re in *l. ult. de Prob. & ad tit. de fid. instrum.* Denique, præsente adversario factum esse oportet, duntaxat præsente per Procuratorem, *l. 6. §3. h. t.* quod hodie non requiritur; quia

quia non fiunt examinationes præsentibus adversariis, ut olim, verum seorsim apud judices solos, ut *ad tit. de Testib.* auditum est: Proinde confessiones ad interrogationes adversarii factæ, pro talibus habentur, ut efficiant condemnationem, non quæ alias fortuito sermone proferuntur. Oportere etiam certas esse confessiones, & de causa principali peremptorias, sponte res loquitur, *& l. 6. in pr. h.* Alioqui argumenta solummodo præbent. De Condemnationibus voluntariis, quæ huc etiam referri possunt, *superius* dicta sufficiant. Insignem de Confessis locum habet Mornacius ad *l. 25. D. Ad L. Aquil.*

Tit. III.

De Cessione bonorum.

I. Sententia tituli, & quale beneficium Cessionis. II. Modus cedendi, & effectus ejus. III. Casus, quibus cessat hoc beneficium. IV. De Cessione extrajudiciali, quam vocant Abandon. *V. De induciis quinquennalibus.*

Debitori condemnato, vel in jure debitum confitenti, vel extra judicium id agnoscenti, permittitur cedere suis bonis; Nam si horum nihil fecerit, non audietur, *l. 8. h. t.* cujus rei causam infra videbimus. Conceditur autem hæc cedendi facultas beneficii loco, quia debitores, qui bonis cesserunt, hæc duo consequuntur; primo, quod in carcerem conjici vel inquietari non possunt, *l. 1. C. h. t.* ne quidem ab aliis, quibus debent, habetur in *l. 4. § 1. h.* quorum timore scilicet, non cesserant, ut *gl. ad d. § 1.* Alterum beneficium est, quod post cessionem, etsi per eam non liberantur, tamen non tenentur ultra quam facere possunt, *l. 4. pr. h.* Rursus conveniri, bonaque iterum vendi non possunt, nisi postea debitor notabiliter sit locupletatus, *l. 5. § 6. h. t.* Quod salva existimatione fit cessio, *l. ult. C. h. t.* id minus accurate beneficium vocatur, non magis quam prohibitio cruciatus corporalis beneficium est, in *d. l. ult.*

2. Modus cedendi est, ut non modo in Jure, sed etiam extra Jus fiat; sufficitque, per nuntium vel per epistolam id declarari, *l. ult. h. t.* modo præcedat agnitio debiti, *d. l. 8.* Cur sine ea non potest fieri cessio? Nonne satis agnovisse videtur debitum, qui propter illud bonis cessit? Non videtur; utique non quantitatem ejus, & si deinde cum ad facultates rediisset, debitor se opponere vellet, nova lis sustinenda foret creditori, ut inter alia ad hoc requisitum observat *gl. d. l. 8.* Ergo si contra alios creditores deinde velit uti beneficio cessionis, ut eum posse diximus, debitum prius agnitum oporteret. Tenetur etiam debitor ad profitenda bona sua, & creditoribus inquisitio in patrimonium permittitur, *l. 3. C. h. t.* ubi, *facultates ipsius oportet inquiri.* Proinde *ita demum cessionis beneficium implorare potest debitor, si prius omnia sua bona creditoribus indicaverit, Gl. & Dd. in l. pen. C. h. t. Et cedens, qui bona sua occultavit, non solum hoc beneficio privatur, sed & in duplum ejus quod dolo sc. occultavit:* Ita Sandius *ad Stat. Friſ. lib. 3. tit. 31. art. 2.* auctorem laudans Jacobum Cancerium *part. 2. var. resol. c. 9. num. 15. 16.* De omissione beneficii non est dubium; de pœna duplici desidero majorem, quam est Jacobi Cancerii, auctoritatem. Lege ad hoc opus est, opinor; Furto enim etsi res hæc affinis est, proprie tamen furtum non est.

3. Facta cessione, creditores bona vendere, pretiumque in solutionem crediti sui convertere debent, *l. 3. 4. 7. h. t.* Nec enim possunt creditores auctoritate sua *dividere hæc bona & jure dominii detinere, sed venditionis remedio, quatenus substantia patitur, indemnitati suæ consulere permissum est.* habetur in *l. 4. C. h. t.* secus si fecerint, nullo tempore eas res usucapere possunt, *d. l. 4.* nec deinceps actionem in id, quod amplius eis competit; exercere possunt, *arg. l. 15. § 4. vers. Nam si Creditor. de Re Judic.* Cæterum, quamdiu venditio facta non est, Debitor, qui bona cessit, habet pœnitendi locum, & solvendo, vel defendendo se, consequi potest, ne res veneant, *l. 3. & l. 5. h. t.* Est etiam res liberæ voluntatis cedere bonis, nemo ad hoc cogi potest, *l. 1. & 2. D. & C. h.* adeo ut perperam agant creditores, ut vidi facientes, qui contendunt, ut debitor condemnetur ad cedendum, vel bona relinquenda; executionis media urgere debent, voluntatis actum extorquere non possent. vid. tamen ad *tit. de Curat. bon. dand. in fin.*

Sunt etiam casus, quibus cessat hoc beneficium. I. Si debitor non agnoscat debitum, ut habuimus ex *l. 8. h. t.* II. In causis criminalibus, etiam pe-

cuniariis, nam in his locum habet regula *l. 1. §. ult. de pœn.* Qui non est solvendo, luat in corpore, licet aliter indicare videatur *Lex ult. §. 4. C. de Custod. & exhib. reor.* Sed illa constitutio non est pars juris Justinianei, inserta ex Basilicis, ut apparet. *Damnatus ex crimine*, ait Sandius noster MS. ad *art. 1. d. tit. 31. lib. 3. Statut. Fr. ad solutionem mulctæ civilis, vel damni æstimationis, non juvatur hoc beneficio cessionis.* citans Grivellum *decis. 78.* Jac. Cancer. *part. 2. Resolut. cap. 9. n. 38.* Dissentiunt Covarruv. *lib. 2. Resol. c. 1. n. 8.* Ant. Tessaur. *Decis. 182.* III. Cessat in causa tributorum & vectigalium, etsi tales jure civili ad pœnam corporalem non teneantur, sed omnibus bonis excutiantur, *l. 2. C. de Exact. tribut.* Idque moribus ita servatur, Imbert. *Inst. forens. c. 6. in fin.* Burgund. *ad consuet. Flandr. tract. 10. n. 10.* Porro Justinianus cedendi necessitatem IV. remisit iis, qui bonam copiam ejurarent, hoc est, jurejurando adfirmarent, se nec habere unde solvant, neque feciisse, quo in eum statum devenirent, *Nov. 135. c. 1.* sed hæc constitutio nusquam recepta est. V. Negatur cessionis beneficium non modo fraudatoribus, qui bona sua non fideliter profitentur, de quibus est dictum, *sed etiam Decoctoribus; Indulgetur enim hoc beneficium iis, qui vitio fortunæ, non suo, facultatibus lapsi sunt; At qui sua culpa, datave opera suas res ad aliorum perniciem decoxerunt, carceri mancipantur*; Ita notat Sandius MS. *ad d. tit. Stat. Fris. art. 2.* auctores laudans Strauch. *de Decoctor. P. 2. num. 1. & sequ. Part. 3. n. 1. & sequ. Part. 7. num. 1.* Frider. Husanum *de propr. homin. c. ult. num. 89.* P. Heigium *Quæst. jur. P. 1. Quæst. 31.* Hæc ipsa juri communi convenientia, nostris aliorumque populorum Statutis inserta sunt, dum petentibus hoc beneficium injungitur, ut probent, se absque sua culpa desiisse solvendo esse; ut exhibeant inventarium, nec quicquam celent, & similia passim obvia. Quarum rerum argumento, Thomasius *hic* laudat Schilterum, *Ex. 46. th. 8. 10.* tradentem ita; Jus Romanum parum discrepare a jure hodierno, quod non nisi creditorum consensu, aut Principis decreto, cessionem fieri permittit. Equidem Principis auctoritas Jure civili novissimo requiritur, & hactenus creditorum consensus, quod hi eligere possunt, utrum cessionis beneficium, an quinquennales inducias concedere velint, *l. ult. C. h. t.*

Sed quia cessionis *beneficium* usu hominum transiit in *maleficium*, Legibus & moribus hodiernis longe difficilior via cessionis * est constituta. Debitor enim hoc jus petere debet a Principe, vel a Curia Suprema. Literis hujus beneficii impetratis, ut earum effectu gaudeat, debet citare Creditores suos, *intra mensem*, ut apud nos, & coram illis in Judicio ipse, non per nuntium, epistolam, aut procuratorem, exhibere literas beneficii, ac petere, ut *interinentur*, fide publica facta, sine culpa sua redactum se esse ad inopiam; cum inventario jurato omnium bonorum suorum, & declaratione, se quicquid habet, destituere creditoribus, retenta sibi tantum veste quotidiana. Quod si Creditorum aliquis, (unus sufficit,) narratis se opponat, & fraudem arguat, Impetrans beneficii cogitur se conferre in carcerem, ibique manere, donec super ejus petitione summatim judicatum sit. Quam si contingat ei denegari, vult Lex nostra, ut sine novo processu, publicæ ignominiæ, sententia rejectionis pectori suffixa, per dimidiam horam exponatur, quemadmodum id executioni datum est adversus quendam *Peicke Poppes, d. 15. Jul. 1606.* Quid autem, si creditores non contenti hac ignominia negatæ debitori cessionis, diutius eum detinere velint, donec iis solvat, poterunt ne rursus eum includere carceri? Posse videbantur, quia liberatio a carcere est beneficium cessionis; quod ei negatum. At Curia nostra censuit, hoc creditoribus esse negandum, in causa *Laurentii van Voort. d. 17. Octobr. 1617.* duplici, ut videtur, ratione. Primo, quod Lex nostra post ignominiam publicam, nihil addit, quam Reum manere creditoribus obligatum, Altera, quod expositio ignominiosa sit

* Ita secundum Jus nostrum, cessio bonorum invitis creditoribus debitorem, a carcere publico non liberat. *P. 2. C. El. 22.* §. Und es soll ihm davon. Carpzov. *ad eand. def. 12 j. def. 11.* imprimis si dolo, vel lata etiam culpa debitor solvendo esse desierit. add. *Ord. P. S. T. 52.* Svendend. *ad Fib. pag. 1028. sq.* a quo tamen immunes sunt personæ illustres, & quæ beneficio competentiæ gaudent. Carpz. *d. l. def. 18.* Berlich. *P. 2. Concl. 28. num. 3.* In Saxonia Communi debitor non solvendo existens, adjudicatur ad manus Creditoris, qui eum vinculis inclusum tenere, ejusque servitiis tam diu uti potest, donec integrum debitum præstiterit. *a. LR. l. 3. art. 39.* Wb. *art. 27.* Carpzov. *ad d. C. def. 1.* Richt *Dec. 41. num. 51.* quæ pœna in Electoratu sublata est, *d. C. 22.* §. Und nachdem. Carpzov. *ad eand. def. 2.*

exe-

executio pœnalis, poſt quam reos carcere liberari, moris & juris eſt. Quæſitum eſt, an contra mulieres debitrices hæc ſeveritas exerceri queat; * eo quod mulieres propter civilia debita prohibentur includi, *l. 1. & Auth. Hodie. C. de off. diverſ. jud.* Sed hujus legis uſus a Theodoſia forſitan Imperatrice orrum habens, an ad hoc ſeculum pertineat, non eſt viſum Senatui, *in cauſa Petri Clock, contra Inte Poppes. ante ferias Quadrag. 1610.* idemque Senatui Pariſienſi viſum, teſte Roberto *lib. 2. rer. judicat. c. 6.* Impetrata ceſſionis venia, noſtris aliorumque Legibus, alterum ex beneficiis, ne teneantur ultra quam facere poſſint, & ne, quod modicum dein acquiſiverint, ipſis adimatur, *l. 6.* adeo coarctatum eſt, ut ad nihilum prope redactum videatur. Præcipitur enim his, quibus bonis cedere permiſſum eſt, ut quicquid deinceps acquiſiverint, commodo ſuorum creditorum conſignare teneantur, nec quicquam ſibi retineant, quam culcitram lecti, & de ſingulis ſupellectibus unam ſpeciem, modo non ſit ex auro, argento, vel ſtanno, aliave majoris pretii materia, *d. tit. 13. art. 3.*

4. Forte de hac ſeveritate Legum municipalium, quam fateor habere cauſam juſtiſſimam, dicere liceat: *Exceſſit medicina modum*, Et nocet nimius rigor, cui pares non ſumus. Vivimus ſeculum, quo nec mala, nec remedia noſtra ferre poſſumus. Ea re factum, ut neminem mea memoria beneficium ceſſionis imploraſſe viderim. Sed magno hominum impetu itum eſt in ceſſionem, ferme ad exemplum Juris Romani veteris, Gallica voce appellant *Abandon.* Debitor, qui non eſt ſolvendo, convocatis creditoribus ſuis, in judicio vel extra judicium declarat, ſe bona ſua illis cedere. Poſſunt equidem non acceptare ejusmodi ceſſionem; ſed riſſime negatur, ſi nulla ſit male fidei ſuſpicio. Nullum quidem juris beneficium conſequitur hoc modo debitor; ſed facto & uſu idem fere, imo plus, quam Ceſſio tribuit, conſequitur. Non in carcerem conjici, quis enim famelicum alat gratis? Nec modicum deinde quæſitum ei ſolet auferri: Etſi verum eſt, utrumque, ſi quis id operæ pretium putet, fieri poſſe. Numquid etiam poſt acceptationem Ceſſiones? Ita videtur. Nam acceptatio talis Ceſſionis nihil continet, quam quod vox ſonat, bona debitoris accipi in ſolutum pro modo ſubſtantiæ, de reliquo nulli parti juris ſui renunciant creditores. Bona hoc etiam modo ceſſa, vendi, non dividi inter creditores, aut jure domini poſſideri oportet, *l. 3. C. Qu. bon. ced.* Proinde ſi creditores acceptata Ceſſione extrajudiciali, bona non redegerint in inventarium, neque publice vendiderint, verum inter ſe partiti ſint, deinde reverſum ad facultates debitorem de reliquo convenire non poſſunt: Ac ita conſultus reſpondi hominibus Harlinganis, *d. 27. Novembr. 1687.* Eaque res ſatis frequenter uſu venit. Sæpe etiam debitores paciſcuntur, nec poſthac amplius conveniantur; quod tamen crebrius apud Batavos accidit: ubi debitores foro cedentes in locum alienæ jurisdictionis tanquam in aſylum ſe conferunt: Inde petunt a Principe ſive ab Ordinibus, *ſalvum conductum* ſive ſecuritatem corporis. Eaque tanquam arce muniti, creditores ſuos ad paciſcendum provocant. Ingens materia Querelæ, & reformationis: ſed quæ non eſt hujus loci.

5. Antequam Ceſſio bonorum perficiatur, uſu venit frequenter, ut debitores petant a creditoribus inducias, aut, ſi ab illis impetrare nequeant, a Principe, vel a Curia Suprema vicem Principis aliquando exercente, ut apud nos inſtituitur. Eſt etiam hoc jure Civili proditum, *quando a Cæſarea Majeſtate petitur, ut ad miſerabile ceſſionis venire liceat auxilium, ut electio detur creditoribus, vel quinquennale ſpatium eis indulgendi, vel bonorum accipiendi ceſſionem. l. ult. C. Qui bon. ced. poſſ.* Quæ conſtitutio non meminit Cautionis a debitore præſtandæ; ſed ea ſine dubio ſupplenda eſt, ex *l. 4. C. de Precib. Imp. off.* ubi ſancitum eſt, *univerſa reſcripta, quæ in debitorum cauſis ſuper præſtandis dilationibus promulgantur, non aliter valere, niſi fidejuſſio idonea ſuper debiti ſolutione præbeatur.* Tum primo Creditorum agitur conventus, & quod major eorum pars ſtatuerit, hoc obſervatur. Pars autem major non tantum ex numero, ſed etiam ex ſumma debiti colligitur. Pari autem quantitate debiti reperta, diſpari vero creditorum numero, tunc numerus creditorum prævalet. Si vero tam quantitatis quam numeri creditorum æqualitas inveniatur, tunc humanior ſententia præfertur & induciæ conceduntur. Denique, perſonales creditores in hac electione decernenda, tantun-

* Jure Saxonico Electorali, fœmina, quæ de jure ſuo admonita ob debitum proprium ad carcerem ſe obligavit, ab incarceratione non eſt immunis, *P. 2. C. Elect. 21.* § Ob denn auch wohl. ſecus Jure Sax. Comm. obtinet. Carpzov. *ad d. C. def. 9.*

dem valent ac hypothecarii, sine præjudicio tamen juris Hypothecarii in debitis partiendis, *d. l. ult.* An etiam pars major creditorum potest cogere minorem partem ad remissionem de ipsa debiti quantitate faciendam? Non potest *d. l. ult. v. In rebus autem.* Exceptis duobus casibus, quos habuimus ad *tit. D. de Pact. n. 12. p. 631. part. pr.* Nostris Statutis, cui gentes aliæ consentiunt, diserte quoque cautum est, ne literæ publicæ edantur, quibus minor pars aut aliqui Creditores cogantur ullam partem debiti remittere, vel inducias concedere, nisi cautione præstita *l. 3. t. 30. art. ult.* Quid igitur, an cautione data coguntur etiam debiti remittere partem creditores inviti, cum pars major consentit? Res est magni usus. Statutum sic ait, *Literæ nullæ dantor, quibus creditores consentire cogantur Pactioni, a debitore cum majori parte creditorum factæ: Ita ut tenerentur ejusmodi pactione remittere partem debiti, vel inducias concedere, aliter quam præstita cautione.* Quæritur, an hæc ultima verba, *sonder te stellen Cautie*, pertineant ad utrumque membrum Legis, remissionem debiti & inducias, an vero ad inducias tantum. Quod ad utrumque pertineant, idcirco dicendum videtur, quia hæc verba claudunt orationem totius articuli. Sed magis est, ut ad ultimum membrum, quod est de induciis, solummodo pertineant, idque ob has rationes. I. Quia per totum illum titulum agitur de induciis sub cautione permittendis, nihil de parte debiti; verisimile igitur est, *in art. ult.* cautionem ad easdem inductas referendam. II. Quia quod jure Civili tam graviter constitutum est, in substantia debitorum ipsa non præjudicari creditoribus plurium consensu, non potest neque debet videri Statuto tam obiter esse abrogatum: Si hoc voluissent Legislatores, rem notabilem verbis clarioribus & indubitatis exposuissent. Atque in eam partem usus fori, quod observare licuerit, inclinat. Agunt hac de re Böerius *decis. 296. num. 3.* Marant. *de Satisdat. n. 23.* Pap. *decis. 109. in fin.* Dekher. *lib. 1. decis. Belg. digest. 10. n. 10. & seqq. ex* Sand. MS.

Quod autem ad inducias attinet, si Creditores in eas consentire nolint, & debitor bonis cedere graveturr, Princeps aut Curia, inquam, literas in eam rem edere potest petenti, prævia cautione, & auditis summatim creditoribus. Sed quia rarius accidit, ut homines ad eum statum redacti fidejussorem invenire queant, hinc literæ *Quinquennium* rarissime frequentantur; & res plerumque exit in Cessionem extrajudicialem, modo descriptam.

Tit. IV.

Quibus ex causis in possessionem eatur.

I. Sententia tit. & an detur hæc missio ex duplici decreto. II. Quibus detur, & prosit.

Si debitor non cedat bonis, verum latitet, sive jam condemnatus, sive primitus se non defendens, Creditores in possessionem omnium bonorum ejus, a prætore mitti possunt, *l. 2. & l. 7. h. l. 6. C. de Bon. auctor. jud. possid. l. 2. & l. 3. C. Qui pot. in pign.* Missio in universa bona, fit ob tres causas, legatorum, ventris nomine (de his dictum suis titulis), & rei servandæ gratia, *l. 1. h.* Ob rem servandam mittuntur creditores ex duplici Edicto atque decreto: primo custodiæ causa, si non constet, debitorem animo fraudandi latere, *l. 2. pr. § 1. h.* alterum est distractionis ergo, ubi de animo fraudandi constet, *l. 7. § 1. h.* & si ab initio fraus liqueat, edictum distractionis statim obtineri potest, *d. § 1. & seqq.* Ita liquet, primum & secundum decretum, quod de damno infecto dari supra intelleximus, ab hoc duplici decreto esse diversum, secus ac *Dd. comm.*

SCHOLIUM.

Qui duplex decretum in hoc titulo agnoscunt, il vel id confundunt cum duplici decreto damni infecti, vel ab eo distinguunt. Prius videtur facere Hahnius ad Wesenb. tit. de damn. inf. passim. *Conf. Schilter.* Ex 46. th. 14. *Posterius autor hic, & Strauchius in priori editione, cujus verba dedimus* in not. ad XXIV. 9 p. 343. seqq. *Ergo quod Dissentientes attinet, quos inter est Wissenb.* ad tit. de damn. inf. th. 15. & 16. *Strauch.* Ex. 24. th. 2. *eorum rationes contra priorem expositionem aliquid valent, non contra posteriorem, ut ostendimus* in not. Strauch. d. l. pag. 344. *Caterum, Jure Saxonico quomodo in reum ab initio latitantem procedatur, ostendit* Ordin. Proc. tit. 10.

2. Missio autem prodest omnibus, etiam contra quos non latitavit debitor, *l. 7. § 7. h. l. 12. pr. de reb. aut. jud. poss.* modo reliqui in eadem pro-

provinciis cis biennium, absentes intra quadriennium certiores faciant missos, & partes sumptuum ferant, *l. ult. C. de bon. auct. jud. possid.* ut tamen qui sciens cum fraudatore contraxit, cum cæteris creditoribus non veniat in partem, *l. 25. tit. sq.*

Datur etiam creditori conditionali, *l. 6. h.* Imo non datur, *l. pen. § ult. h.* scilicet ex Edicto primo, quod ad effectum distractionis, quæ non competit ante existentem conditionem, verum custodia datur ipsi ex *d. l. 6.* Denique hanc possessionem longe diversam esse ab ea, quæ fit *in tit. de acq. poss.* satis evidens est, vid. *l. 3. § ult. de acq. poss.*

TIT. V.

De rebus auctor. jud. possidend.

I. Jus & effectus missionis in possess. II. Differentia inter missionem, quæ fit rei servandæ, & exequendi gratia. III. Aliud discrimen.

Quando missio in possessionem bonorum facta est, primo quidem Creditores adipiscuntur jus pignoris Prætorii, quod tribuit illis actionem hypothecariam, *l. ult. C. de Præt. Pignor.* Sed quia missio facta & impetrata ab uno, prodest etiam cæteris creditoribus, *l. 12. h. t.* hinc cessat inter eos privilegium ordinis, ut diximus ad *tit. Qui pot. in pign. n. 23. pag. 1061.* Sed respectu tertii, non cessat privilegium temporis, *l. 2. C. Qui pot. in pign.* Qui textus *& sequ.* collati cum his, quæ dicta sunt, interesse docent multum inter missionem, quæ fit rei servandæ gratia, & inter eam, quæ fit exequendæ sententiæ causa. De priore verum est quod antea diximus, in eo non esse locum privilegio temporis, nisi contra diversi ordinis creditores; Ita qui primus in possessionem rei servandæ gratia missus est, præfertur ei, qui deinde judicati causa missus est, *d. l. 2.* cui non præfertur, si hic tanquam creditor personalis, ut tempore missionis fuerat, illam, quæ rei servandæ causa petita fuerat, participare voluisset, per *d. l. 12. h. t.* Sed qui pignus judicati adeptus est, creditoribus aliis personalibus eodem tempore existentibus præfertur, *l. 3. d. tit.*

2. In hoc etiam differunt missio in possessionem, quæ rei servandæ gratia, cum debitor indemnatus latitat; & quæ fit judicati exequendi causa. Priore casu missi, tantum custodiam & observationem rerum consequuntur, *l. 3. § ult. de Acquir. poss.* etiam quandoque fructuum colligendorum potestatem, *l. 7. in pr. & § ult. Quib. ex caus. in poss. eat. l. 8. § 1. & l. 9. in pr. h. t.* Et si debitor, missione spreta, creditores frustrari pergat, impetrant illi decretum de bonis vendendis, quemadmodum diximus *ad tit. Ex quib. caus. in poss.* sic tamen, ut si ante bonorum venditionem exiitat, qui reum defendere, vel solvere paratus sit, bona restituantur una cum fructibus, habita ratione impensarum a creditoribus factarum, *l. 4. in fin. & l. 9. de Reb. auct. jud. possid.* Possessio vero, quæ fit judicati exequendi causa, statim hac gratia decernitur, ut fiat distractio, in judicati satisfactionem, *l. 15. de Re Jud. & tot. tit. C. de Exec. rei jud.*

TIT. VI.

De Separationibus.

I. Quid sit, & quibus competat Separatio. II. Quibus casibus cesset.

Si plures sint creditores, & diversi generis, Separationem bonorum impetrare possunt; quæ est beneficium, quo creditores defuncti petunt, ut bona mortui dividantur a bonis heredis obærati, ut sibi solis exinde satisfiat, *l. 1. § 1. h.* Tantum habet locum in debitis mere personalibus. Nam hypothecarii ipso jure sic distinguuntur, ut creditores, qui bona defuncti habent obligata hypothecæ, in iis præferantur heredis creditoribus, etsi primo auditu *παράδοξον* hoc videatur, ut ex iis, quæ in utramque partem a Sandio *lib. 3. tit. 12. def. 13.* proferuntur, apparet. Sed ratio est, quoniam hypotheca est jus in re, quod semel in rebus defuncti stabilitum iis eximi non potest, quæ ratio cum cesset in personalibus, sequitur, hujusmodi creditores, qui cum defuncto contraxerunt, concurrentes cum creditoribus heredis, hisce non præferri, nisi petierint separationem, de qua loquimur. Qua petita, si quid ex defuncti rebus superfit, hoc sine dubio pertinet ad heredes ejusque creditores; at ipsis si quid deficiat, & ex rebus heredis aliquid superfit, ad illas

non

non habent actionem, *l. 1. §17. & l. 5.* quod tamen corrigitur in *l. 3. § ult. cod.* Aliter Willenbachius *h. t. th. 10.*

2. Cessat hoc beneficium, quando hereditas bona fide distracta, *l. 2. h.* vel res hereditariæ bonis heredis mixtæ sunt, *l. 1. § 12.* creditoresque de integro cum herede contraxerunt, *d. l. 1. § 10. & 11.* denique, post quinquennium ab adita hereditate, *d. l. 1. § 13.* Negatur etiam creditoribus heredis, quoniam his nihil novi accidit, de quo conqueri possint; at creditores defuncti inciderunt in heredem, cum quo prius nihil egerunt, & cujus ære alieno non est quod implicari se patiantur, *l. 1. § 1. & seqq. h.* Tu dices? Nonne, si heres onerosam hereditatem adeat, id æque grave est ejus creditoribus? Utut sit, tamen est ita, quod quilibet debitor novo ære alieno conditionem sui creditoris facere possit deteriorem, hic ipsum, ut libet, urgere vicissim potest ad solutionem, *d. l. 1.* Cæterum, si quidam ex creditoribus beneficium separationis non petant, hi creditoribus heredis connumerantur, *d. l. 1. § 16.* Denique & heres necessarius, si bona defuncti non attingat, hoc ipsum beneficium impetrare potest, *d. l. 1. § ult.*

TIT. VII.

De Curat. bon. dando.

Missione facta, Prætor Curatorem bonis constituit, ex consensu creditorum, & ipsius consensu; nam invitus non cogitur, quia non est munus publicum, Sand. *2. 9. 11.* Fere eandem habent potestatem in bonis possessis, quam Curatores alii in bonis minorum, eandemque culpam præstant, licet respectu debitoris, non nisi de lata teneantur, *l. 2. pr. & §§ seqq. & l. 9. §5. de reb. aut. jud. poss.* Finis ejus est, ut bona non modo administret, sed tandem quoque distrahat, singulisque creditoribus satisfaciat, *l. pen. § ult. h.* Atque ejusmodi Curator non tantum constituitur, si debitor latitet, verum & si bonis forove cesserit, *d. l. ult.* Quin & si in medio adhuc versetur, sed omnia negligat, & σύγχυσις creditorum ac confusio rerum fiat, res vult, ut Curator bonis detur, & in eum finem creditores adversus eum agere possunt, ut fit. Adde sis quæ ad calcem *tit. seq.*

TIT. VIII.

De his, quae in Fraud. Cred.

I. Sententia Edicti, & quibus prosit. II. An etiam alienare videatur, qui non acquirit. III. An Curator bonorum hanc actionem movere possit.

Circa missionem in bona debitorum, frequens est quæstio de his, quæ in fraudem Creditorum alienata sunt. Si hoc post missionem decretam sit factum, habent creditores chirographarii utilem hypothecariam ex pignore Prætorio, *l. 2. C. de Præt. pign.* Si ante, habent Paulianam, de qua diximus ad *tit. de Action. n. 7. & sqq.* Qui ignarus est fraudis, non tenetur, inquam, nisi lucrativo titulo rem nactus, *l. 6. § 9. & 11. h.* qualis non est Dos, *l. 56. § 1. de jur. dot. l. 20. C. eod. l. 21. § 1. de Don. int. vir. & ux. & l. 15. de O. & A.* nec etiam sponsio, Sand. *lib. 3. tit. 13. def. 2.* Sed & creditor, qui sine gratificatione aut vi, suum ante missionem occupavit, non tenetur, *l. 24. h.* nisi hypothecam habeant alii potiorem, quo casu extantem pecuniam vindicare possunt, *l. 3. Quod cum eo, qui in alien. pot.* de consumpta nemo nisi fiscus agere potest, *l. 18. § ult. de jur. fisc.* item heres, qui inventarium fecit, & præpostere solvit, *l. ult. § 6. C. de jur. delib.* Alioqui pretium non succedit in locum rei, *l. 1. de distract. pign.* nisi protestati fuerint creditores contra venditionem. Sand. *lib. 2. tit. 12. def. 27.* in quo vide plura ad hanc rem pertinentia. Potest etiam & debet curator bonorum uni solvens, exigere cautionem de refundenda pecunia, si alius potior accedat, *arg. l. 52. § ult. de Pecul.* Alienasse etiam videtur, qui oppignoravit, *l. 10. § 13.* quique alio genere modoque hypothecæ fecit, ut quidam creditores jus potius haberent, *l. 2. h. t. l. 10. § 13. & l. 22. h. t.* Ex. gr. si Debitor creditoribus hypothecas privata habentibus, dederit publicum crediti & hypothecæ instrumentum, cujus vi aliis creditoribus tempore quidem prioribus, sed privata instrumenta habentibus præponantur, juxta *l. Qui Scripturas. C. Qui pot. in pign.* idque paulo antequam debitor bonis cederet. Sand. *lib. 3. tit. 13. defin. 1.* Non alienat, qui jus sibi competens repudiavit,

pudiavit, *l. 6. pr. & §§ seq. h. t. l. 19. & l. 20. h. t.* Sand. *lib. 3. tit. 13. def. 3.*

SCHOLIUM.

Intelligo jus ad rem, non, si dominio jam acquisito renunciet. Id enim, ni fallor, volunt verba Ulpiani. l. 6. pr. & § 2. h. t. *Et hæc etiam mihi videtur fuisse ratio decisionis, in præjudiciis Scabinorum Lipsiensium a Carpzovio* Decis. 161. *citatis, eoque inclinat ipse Carpzovius* in n. 22. d. decis. *Nam reliqua, quæ ibidem affert, non tollunt controversiam, per ea quæ jam dicentur. Non obstat sententiæ huic,* l. 19. h. t. *ubi pater hereditatem, quam utique in dominio habebat, ante tempus mortis suæ, contra voluntatem uxoris, quæ eandem filio demum post mortem mariti restitui voluerat, filio restituit, & tamen creditores non fraudasse, dicitur a Papiniano. Nam respondeo: non illum casum ibidem subesse, quod pater rogatus fuerit ab uxore hereditatem filio restituere post mortem suam, alias enim decisio* d. l. 19. *aperte esse contra* l. 10. § 12. h. t. *sed fideicommissum simpliciter fuisse relictum, patremque non expectata morte sua filium emancipasse, & ita post emancipationem ex voluntate testatricis hereditatem restituisse filio.* conf. gloss. ad d. l. 19. *His præsuppositis, patet, quid sentiendum sit de sententia quorundam JCtorum, inter repudiationem lucri delati seu præsentis, & deferendi seu futuri ac incerti distinguentium, & hanc quidem in fraudem Creditorum fieri posse, arbitrantium, non vero illam. Vid. Dn. Schilter.* d. Ex. 46. th. 52. *cum quibus etiam facit Carpz.* d. l. *Neque enim lucrum delatum repudiare prohibent* d. l. 6. § 1. & seqq. d. l. 19. & 20. h. t. *neque usquam in repudiatione lucri fraudem committi, sed potius creditores non esse fraudatos, asserunt jidem textus. Si hoc notes, facile respondere poteris ad objectiones Dn. Schilteri* d. l. *putantis, adversus eum, qui lucrum deferendum etiam repudiat, remedium Juris Canonici, aut delationem jurisjurandi concedendam esse, cujus quidem opinio non juvatur* per arg. l. 45. pr. de jure fisci, *ad quam cum communi doctorum Schola responderem, exceptionem a regula* d. l. 45. h. t. *in eadem contineri, (quod forte etiam ex mente Triboniani defendendum est,) nisi verba generalia, quæ rationis loco ibidem posuit Paulus,* æque enim in omnibus fraus punitur, *ostenderent, cum hac parte, quamvis sine prægnante ratione, a Præceptore suo Papiniano & Collega Ulpiano, pro more dissensisse, docuisseque, etiam repudiationem lucri ad alienationes fraudulentas, edicto Prætoris prohibitas spectare. Conf. de hac quæst.* Sand. d. l. & Wissenbach. h. t. th. ult.

2. Recte Thomasius, renunciationem juris delati, & præsentis, in præjudicium creditorum valere contendit, non etiam plane acquisiti. Quod enim semel pleno jure quæsitum fuit, in hoc creditoribus ex Edicto hujus tituli jus quæsitum est, quia patrimonium debitoris tum est diminutum; quod non fit, si acquirere noluerit, ut docet Ulpianus & Papinianus in *d. l. 6. & l. 134. de R. J.* Ac ita judicatum memini a Suprema Curia nostra, in causa parentis mei, contra malum debitorem. Hic hereditatem sibi delatam a propinquo, Sorori, cum qua colludebat, soli in necem creditorum relinquere volebat: sed Notarius, quem adierunt, ut ea de re conficeret instrumentum, scripserat, eum cedere suum jus hereditarium, sorori suæ, idque totum in eam transferre; cum simpliciter repudiare debuisset. Cessionis hujus copiam nactus creditor, contendit ad revocationem, & obtinuit eo facilius, quod esset hypothecarius: Nam quia debitor hereditatem sibi delatam non poterat cedere, nisi penitus acquisitam, & hoc ipso tantum quoad aditam, eodem momento creditoris hypotheca generalis illam hereditatem adficiebat & obnoxiam hypothecariæ reddebat, per *l. ult. C. Quæ res pign.* Nec tamen Creditori personali, non idem jus competeret ex hoc Edicto Prætoris; secundum ea, quæ diximus, & quæ habet Sandius *d. def. 3.* & Thomasius in *scholio*, qui recte respondet ad objectiones, nisi quod ad *l. 45. de Jure Fisci*, non debuit aliquam, præter exceptionis caulam in favorem Fisci, quærere responsionem. Nam quod ultima verba *d. l. 45.* attinet, *æque enim in omnibus fraus punitur*, ex quibus ille putat, Paulum idem in omnibus statuere creditoribus, eorum non obscure mens est alia. Dixeram, non tantum donando, sed & quovis alio modo, quin etiam non acquirendo alienari: subjicit, *æque in omnibus* supradictis viis fraudem puniri. De creditoribus aliis, ἀδιάφορος λόγος, nulla dicendi occasio. Postremo tenendum, quod heres actione fraudatoria non teneatur, nisi quatenus ad eum pervenit, *l. 10. § fin. & l. seq. h. t.*

3. An autem hæc actio ad revocanda ea, quæ in fraudem creditorum alienata sunt, a Curatore bonorum movebitur, aut moveri potest? Non videtur, quia Curator bonorum, licet a Creditoribus petitus, non est Procurator eorum, nec eos re-

præsentat, sed vices fungitur debitoris latitantis aut deficientis; Unde ei, & in eum actiones dantur; quæ ipsi debitori & in debitorem competunt, *l. 2. § 1. de Curat. bon.* Sand. *l. 3. 1.* Atqui debitor, qui ipse fraudem patravit, non habet hanc actionem, sed Creditores soli. Cum autem plus commercii sit curatori cum Creditoribus, quorum sponte creatus est, quam cum debitore latitante, recte facturi sunt Creditores, si dent Curatori mandatum speciale, de his, quæ in fraudem suam alienata sunt, revocandis. Cæterum, etsi Curator ille debitoris personam repræsentet, non est tamen ejus Curator; ut recte vir nobilis, cujus bonis Curator erat datus, ut injuriam aliquando sustulerit, quod Curatorem habere demonstratus erat. Hæc etiam res commonefactos habeat Creditores, ne actiones debitori competentes ipsi instituant, ut notabili exemplo illustrat Sandius *l. 3. tit. 12. def. 25.*

LIB. XLIII.

De Interdictis, sive extraordinariis actionibus, quæ pro his competunt.

I. Continuatio. Remissio, & usus tituli. II. Divisiones Interdictorum.

Dictum est antehac de actionibus ad jura, quæ patrimonium nostrum afficiunt, pertinentibus: sequitur nunc de remediis possessoriis, quæ non plenum jus tribuunt victoribus, sed tantum efficiunt, ne homines in possessione, hoc est detentione rerum, quæ ad ipsos pertinent, turbentur, aut impediti ut vindicentur. Hæc Interdicta vocantur, de quibus actum ad *Inst. l. 4. tit. 15.* & de Possessione, quæ est causa harum actionum, *adt. de A. R. D. sub fin.* Quid item differat jus possessionis a possessione, nec illud esse jus in Re, exposuimus prolixe, ut &, quo sensu actiones extraordinariæ appellentur, *d. tit. de Interd. Etsi autem interdicta proprie locum hodie non habeant, tamen ad exemplum eorum res agitur.* scriptum est in *l. 3. C. de Interd.* Quin & quotidiana praxis hodieque, ad similitudinem antiqui ordinis prætorii exercetur, maxime ubi de retinenda possessione quæritur, quod vulgo *maintenue.* Nam quando quis turbatur in sua possessione, statim implorat judicis officium, qui se confert ad locum contentiosum, ibique causa riptim cognita, pronunciat, & turbanti interdicit, diemque præscribit, quo si gravari se putet, judicio experiatur. Prius illud vocatur summarissimum, & posterius summarium, quatenus omne possessionis judicium ejusmodi est, ut *dix. ad Instit. h. num. 3.* Sed quia in plerisque foris judicia possessoria, quando ut actiones introducuntur, ordinariis dilationibus aguntur; hinc magis usitata est distinctio in possessorium plenum & summarium, quam in summarium & summarissimum. Hactenus tamen possessoria plena hodieque summaria esse debent, quatenus in iis semiplena probatio sufficit: nam hæc differentia non est ab ordine procedendi, sed a natura negotii, quæ non est mutata. Diximus *d. n. 3.* & addemus aliquid *ad calcem hujus libri.*

2. Species interdictorum e divisionibus noscuntur, quarum summa hæc est. Sunt vel de vera, vel de quasi-possessione: quæ de vera, sunt vel adipiscendæ, vel retinendæ, vel recuperandæ, *l. 2. § 3.* Adipiscendæ sunt iterum vel prætoria, vel imperialia. Prætoria, Quorum bon. Quod legat. de tab. exhib. de gland. leg. Salvianum, &c. Imperialia, veluti in *l. 3. C. de pign.* quod respondet actioni hypothecariæ, quemadmodum actioni Severianæ respondet Salvianum. Aliud est in *l. 3. de Edict. D. Hadr. toll.* Retinendæ possessionis sunt, Uti possidetis. Utrubi. de Superficiebus. Quod vi aut clam de arboribus cædendis, & de migrando. Recuperandæ, sunt civilia vel canonica; Civilia sunt prætoria vel imperialia; Prætoria, ut Unde vi. de Precario, & fraudatorium, quod respondet Paulianæ *l. 67. § 1. ad SC. Trebell. l. 96. de Solut.* Imperatoria sunt, in *l. 5. 6. 7. 8 pen. & ult. C. Unde vi.* quæ sunt de restituenda ab invasoribus possessione rerum immobilium & æstimatione earundem. Canonica sunt, ex *cap. redintegranda. 3. quæst. 1.* Ex *cap. sæpe de Restit. spoliat.* de quibus ad *d. tit. infr. Unde vi.* Divisiones alias vid. in *l. 1. & 2. h. & in Inst.*

SCHOLIUM.

Dixerat autor superius, *interdicta dari vel de vera*

vera, vel de quasi-possessione. De illis hactenus. De quasi-possessione, hoc est 1. de possessione jurium, quorsum spectant inter dicta titulorum 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 19. 20. 21. 22. 23. 29. 30. *quae partim sunt retinendae, partim recuperandae quasi-possessionis, ut ibidem videre est. 2. De possessione custodiae causa, quo referendum est interdictum tituli 4.*

TIT. II.
Quorum Bonorum.

Hoc interdictum a primis verbis, quibus Praetor usus fuit, nomen habens, respondet hereditatis petitioni, maxime possessoriae, de qua *libro 5. & ad tit. l. de Interd. n. 5.* In causa testamenti, datur speciale remedium ex *l. ult. C. de Edict. D. Hadr. toll.* per quod is, qui tabulas testamenti septem testibus signatas neque vitiatas ostendit, mittitur in possessionem rerum hereditariarum, & si contradictor sit, lis quam citissime finienda est *d. l. ult.* Aliquando etiam res per libellos expediri potest, ut Curiae nostrae visum, in causa viduae & fratris Hanenburgii, *d. 12. Jul. 1680.* Sed propter incertum judicii principalis eventum, fieri debet inventarium, ut in eadem causa placuit. Eundem effectum habet interdictum *Quorum bonorum*, sive e testamento sive ab intestato quis heres sit, *omnibus frustrationibus amputatis, l. f. C. Quorum bonorum.* modo proximum se esse probaverit, *l. 1. eod. tit.*

TIT. III.
Quod Legatorum.

I. Sententia Interdicti, & an locum habeat in donatione M. C. II. An hoc aut aliud Interdictum detur Legatariis in heredem.

Legatarius sponte rem legatam occupans, (sine vi tamen, ne locum habeat sanctio, *l. 13. Quod met. causa.*) tenetur hoc interdicto, ad restituendam heredi rem legatam, unde Falcidia detrahatur, *l. 1. § 2.* modo heres caveat, legati dodrantem restitutum iri, *l. 1. § 16. & seqq. h. t.* quod in donatione mortis c. dicitur cessare, *l. 1. § 5. h.* ratione reddita, *quia portio Legis Falcidiae apud heredem ipso jure manet, etsi corporaliter res in solidum translatae sunt.* Contra ex eadem ratione Justinianus ait, heredem in casu donationis m. c. repetere pecuniam, quae modum Legis Falcidiae excedit, *quia corporaliter quidem data est, lege autem in patrimonio testatoris permansit, l. pen. C. ad L. Falcid.* Non agit Caesar de interdicto, sed de rei vindicatione. Cur autem ubi haec datur, non detur Interdictum? Vix ratio liquet, nisi quod interdictum supponit, rem post mortem esse occupatam; Proinde *lex 1. § 5.* mihi videtur loqui de casu, quo donatario a defuncto res fuit tradita: tum quidem repeti poterit abundans pecunia, sed interdictum cessabit. Quod si donatarius rem donatam sibi non traditam, occupaverit, interdicto locus erit, *arg. d. l. pen.* secus ac D. Wissenbachius, qui *l. 1. § 5.* accipit de casu oppositio casui nostro, *th. 15. b.*

2. An & legatarius & fideicommissarius, habent interdictum, quo possessionem rei legatae adipiscantur? Hoc utique praesens interdictum eo non pertinet. Nec ullum aliud in toto jure proditum est. Puto tamen, si legatarius rem legatam possideat sine vitio, & turbetur, habiturum eum Uti possidetis. interdictum, per *l. 8. Pro legat.* Quod si heres rem non possideat, forte an legatarius eam sine vitio occupare possit. *d. l. 8.* at non in concursu heredis, e cujus manu ipse legatum petere debet; Etsi enim dominium directe & immediate habeat, *l. 64. de Furt.* possessio tamen ab herede praestanda est, *§ 1. Inst. de Legat.* vid. *l. 24. d. R. Vind.* Atque ita visum Curiae nostrae, in causa celebri Amelandica. anno 1682. Qui legatarium seu fideicommissarium singularem se dicebat, is heredem, quo minus in aulam occuparet, impediebat. Heres igitur instituit actionem ex interdicto *Quorum bonorum.* cui legatarius per modum reconventionis opponebat actionem quasi ex interdicto *Quod Legatorum*; sed hic tulit repulsam, *argument eorum, quae dicta sunt.* E contra Nobilis virgo, sine vitio possidens fundum jure fideicommissi specialis, a Creditoribus Patris jus heredis habentibus conveniebatur, ut cederet possessione, fundumque e sua tanquam heredum manu peteret; sed a Curia in possessione asserta est, *anno 1681.*

Tit. IV.
Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit.

I. Sententia Edicti. II. Actio quæ ex ea datur.

Hoc interdictum est pro iis, qui a Prætore sunt missi in possessionem, propriamque habet naturam. Etenim reliqua sunt de possessione, quam tradit *tit. de acq. poss.* hoc autem est de possessione custodiæ causa, de qua in *l. 3. § ult. eod.* Denique, hoc & de retinenda & de recuperanda possessione est, diverso tamen respectu: Retinendæ, quando quis turbare velit missum in possessionem; Recuperandæ, cum idem dejectus est, *l. 1. § 1. & 3.*

2. Actio ex hoc interdicto datur pœnalis, quanti ea res est, ideoque annalis est, cum reliquæ in factum actiones de interdictis sint perpetuæ: nec in heredes hæc transit, nisi quatenus pervenit, excepta Legatorum causa, quæ est perpetua, & datur in heredes simpliciter, eo quod hi satisdatione interdictum evitare possint, *l. 1. pr. & ult. h. t.* Non semper opus est interdicto, sed Prætor in causa liquida jure potestatis suæ, extra ordinem decretum suum exequitur, nonnunquam etiam per manum militarem, *l. 3. in pr. h. t.*

Tit. V.
De Tabulis Exhibendis.

Tabulas ultimarum voluntatum, is cujus interest, hoc interdicto petit exhiberi, seu valeant, seu imperfectæ sint, *l. 1. § 3. & 5.* nempe quod ad solennia juris attinet: nam si visibilis sit imperfectio, ut si tabulæ careant signis, cessat hoc interdictum, *l. 6. ad L. Cornel. de Falsi.* Datur etiam post annum; in heredes tamen non datur, nisi & ipsi possideant, aut dolo possidere desierint, in id quod interest, *l. 1. pr. l. 3. § pen. & ult. & l. 12. § ult. Ad Exhib.*

Tit. VI.
Ne quid in loco sacro fiat.

Tit. VII.
De Locis & itineribus publicis.

Tit. VIII.
Ne quid in Loco publico vel Itinere fiat.

Horum tit. sensus ex rubricis intelligitur. Datur enim adversus eos hæc interdicta, qui aliquid locis sacris publicisque, & imprimis itineribus, detrimenti vel incommodi adferunt, partimque sunt prohibitoria, ne faciant, partim restitutoria, ut id, quod factum est, in priorem statum restituant; danturque cuilibet ex populo.

Loca publica sunt, quorum solum publicum est. Via publica vocatur etiam Regia, & Consularis, Prætoria & Militaris, *l. ult. § 1. tit. 7. l. 2. § 22. tit. sequ.* Via privata est, quæ a fundo ad fundum, vel a via publica ad privatum ducit fundum, *d. l. 2. § 22.*

Est & tertia species vicinalium, quæ in vicos ducunt. Hæ sunt publicæ, nisi ex agrorum privatorum collatione sunt factæ; cum enim sunt privatæ licet publico sumptu reficiantur; tamen hæ quoque publicæ habentur, si collatio memoriam hominum excesserit, *l. 3. de Loc. & itiner. publ.*

Sub locis publicis, mare vel campus publicus hic non intelligitur, quia illæ magis communes, quam publicæ sunt. Qui tamen usu illarum prohibetur, agere potest injuriarum, *l. 2. § 9. tit. 8.*

SCHOLIUM.

Procederet hæc ratio quidem de mari ex doctrina Juris Romani, § 1. inst. de R. D. *sed quomodo de campo publico eadem procedere valeat, non video. Ergo verius est, rationem* d. l. 2. § 9. *in eo consistere, quod Prætor in edicto non locutus fuerit*

rit de ejusmodi factis, qualia ibidem proponuntur, sed de facto, quod opus post se relinquit. Unde etiam non male Wissenbach. h. t. th. 21. *loqui JCtum de interdicto directo. Dari autem etiam in his casibus interdictum utile, argumento est* d. l. 2. § 8.

RESPONSIO.

Ulpianus conjungit hæc, piscari & navigare in mari, ludere in campo publico, lavare in balneo, spectare in theatro, quæ omnia, quod ad usum singulorum attinet, communia magis quam proprietatis publicæ esse videntur. Quid alioquin inter mare & campum interfit, non nescimus videlicet. Utile interdictum, in § 8. præcedenti *certis speciebus applicatur; mox abruptum de eo silentium & negatio interdicti simplex, illud prius, in* § 9. *utile dictum, satis excludit.*

N. ADDIT.

In loco publico Prætor prohibet ædificare, & ideo interdictum hujus tituli propositum est, l. 1. h. t. *Actus autem* l. 1. § 9. *memorati, non pertinent ad ædificandum vel quid simile. Actus in* § 8. *etsi non sit ædificatio, tamen est aliquid simile. Unde hic interdictum, utile datur, in* § 9. *saltem actio injuriarum. Ergo jam expungatur in Scholio versiculus* Unde etiam non male, &c. *Ipsa Scholii observatio contra Autoris falsam rationem firma manet. Nec quicquam respondetur, quod ulteriorem dispectionem mereatur. Etsi enim Ulpianus hic mare & campum publicum conjungat, tamen evidens est, rationem legis non esse quærendam in natura horum locorum, sed in actibus.*

TIT. IX.

De Loco publ. Fruend.

Per hoc defenduntur conductores publici, maxime agrorum, ne quis turbet eos in jure suo exercendo.

TIT. X.

De Via publica & si quid in ea factum dicetur.

TIT. XI.

De via publica & itinere publico reficiendo.

Hæc prohibitoria sunt, ne quis impediat eos, qui viam publicam reficiunt, quod unicuique juxta suum prædium incumbit faciendum; ipsis Dominis, non conductoribus, ut apud nos fere, *l. un. § 7. tit. 10.* In eum, qui viam publicam *rejecit*, id est amovit, in hunc viæ rejectæ actio datur, *l. fin. tit. 11.* Viam publicam præscriptioni exemptam esse, docet *l. 2. tit. 11.*

TIT. XII.

De Fluminibus, ne quid in flumine ripave ejus fiat, quo pejus navigetur.

TIT. XIII.

Ne quid in Flumine publico fiat, quo aqua aliter fluat, atque uti priore æstate fluit.

TIT. XIV.

Ut in flumine publico navigare liceat.

TIT. XV.

De Ripa munienda.

Hæc interdicta sunt prohibitoria in eum sensum, quem Rubricæ præferunt. Extenduntur etiam ad lacus, fossas, & stagna publica. Lacus est, quod perpetuam habet aquam, Stagnum, quod temporalem, Fossa, receptaculum aquæ, manu factum, *l. un. §. 3. 4. 5. Ut in flum. publ.* Porro ripam agrumque suum juxta flumen munire, cuilibet licet, modo navigationem deteriorem ne faciat & de damno infecto in annos X. caveat, *l. un. pr. §. 1. & §. dabitur. de Rip. mun.*

TIT. XVI.

De Vi & vi armata.

Remissio, & Remedia juris Canonici huic adsinia.

Hujus Interdicti expositionem, dedimus ad *tit. Inst. de Interd. n. 25. & seqq.* Copia hujus remedii prompte datur, antequam de proprietate quæratur, juxta dictum juris Canonici, *Spoliatus ante omnia restituendus. cap. sæpe. X. de Rest. spoliat.* juri civili æque consentaneum, *l. 6. §. 1. C. Unde Vi.* Remedium ex *d. C. sæpe.* in eo distat ab Interdicto Unde Vi, quod etiam adversus tertium possessorem datur.

Imo habent Pontifices aliud locupletius, ex *can. redintegranda. caus. 3. Quæst. 1.* quod datur de recuperanda possessione tam mobilium quam immobilium rerum, etiam sine vi adempta possessione, & contra tertium quoque, non tamen bonæ fidei possessorem, maxime habentem causam ab auctore non vitioso, Gail. *2. obs. 75. n. 11.* Sand. *l. 5. t. 4 def. 1. vers. nec huic.* In Frisia contenti sumus jure civili, neutrum Juris Pontificii remedium usurpamus, Sand *d. loc.*

Datur & petitorium ex causa violentæ invasionis judicium, de damno dato in duplum, *l. 7. C. Unde Vi.* Datur & condictio possessionis ei, qui sine vi possessionem amisit, *l. 15. §. 1. de Cond. ind.* ubi varia exempla, & est aliud in *l. 12. §. 1. de Condict. furt.*

TIT. XVII.

Uti possidetis.

Remissio, & an non possidenti detur Interdictum.

Hoc interdictum tuetur possessorem rei immobilis, non possidenti non datur, *l. 1. §. 4. h. Opp. l. 3. pr.* (*a*) Qui non possidet, (*b*) est superior hoc interdicto. Resp. id ita est, (*c*) si ego turbavi eum, qui vitiose a me possidebat; tunc enim mihi quidem non datur interdictum, sed ipso interdictum implorante, sum superior. vid. Wissenbach. *ad tit. de V i & vi arm. th. 1.* Reliqua pete ex *d. tit. Inst. n. 15. & seqq.*

SCHOLIUM.

(*a*) *Verbis:* Si quis proponeret possessionem justam & injustam: ego possideo ex justa causa, tu vi aut clam; Si a me possides, superior sum interdicto: Si vero non a me, neuter nostrum vincetur, nam & tu possides, & ego.

(*b*) *Sed textus hic plane non obstat. Nequaquam enim dicitur ibidem, quod non possidens superior sit hoc interdicto, sed potius contrarium ostendunt verba modo adducta.*

(*c*) *Ergo non opus est, ut concessa ista assertione, aliud effugium quæramus cum Autore.*

RESPONSIO.

Locus ille, quem Thomasius excerpsit, est obnoxius huic quæsito, quo pacto plures in solidum eandem rem possidere queant, quod negat fieri posse, Paulus in l. 3. § 5. de Acqu. poss. *Contrarium in hac* l. 3. pr. *supponitur. Ea res quam varie explicetur, videri potest apud Glossam in* d. l. 3. *Nec id jam prolixius exequi consilium fuerat: Quod est extra controversiam, excerpere contenti fuimus. Si possessor violentus a dejecto turbatus, interdictum imploret, dejectum esse superiorem, palam est. Quod Thomasius ait, dejectum, eo quod dejicientem turbavit, adeptum esse possessionem, nihil est, cum ex rei natura, tum verbis textus, quibus ille, quem alter vi dejecit, adhuc possidere dicitur, quod non faceret, si ab altero dejectus, eo quod turbatus, etiam possessione privatus esset.*

N. ADDIT.

Ergo putat Autor, legem, de cujus explicatione loquimur, loqui de eo, qui per vim dejectus est a possessione, & postea vi dejicientem iterum turbat. Sed hic casus non potest in verbis legis subintelligi. Nam vi dejiciens justum possessorem, vincat hunc interdicto recuperandæ possessionis unde vi, si hic illum ex intervallo iterum vi dejecerit, l. 3. § 9.

§ 9. l. 17. unde vi. *Cur ergo non vinceret etiam in interdicto retinendæ possessionis dejectum, si hic eum saltem turbaret. Ergo verius, textum loqui de casu, ubi quis possessorem justum per vim in possessione sua turbavit, sic ut non ejecerit eum ex fundo vel domo, sed tamen contra ejus voluntatem simul possessionem in fundo vel domo apprehenderit.*

Qui victus est in possessorio, is non potest appellare, *l. un. C. Si a mom. poss.* sed ad petitorium transire debet. Interim sententia hujus interdicti minime est interlocutoria, sed definitiva, *l. 35. de Acq. poss. l. 13. C. de R. V. l. 3. C. de Interd.* At in foro secundum jus Canon. appellatur in Interdictis, quod ad devolutionem cognitionis, non etiam quod ad suspensionem executionis attinet. *cap. ex conquest. de Restit. spoliat. & C. significaverat. X. de Testib. C. Un. clem. 1. de Sequestr. poss.*

TIT. XVIII.

De Superficiebus.

Superficies hoc loco est ædificium in solo alieno, cujus tuendæ causa datur interdictum Uti possidetis, quemadmodum & utilis in rem actio, *l. 1. § 3. h. t.*

SCHOLIUM.

Non tam tuendæ superficiei causa quam juris superficiarii, interdictum datur. Quomodo vero superficies & jus superficiarium differant, & quomodo hoc acquiratur, vid. Strauchium apud Schilter. Ex. 47. th. 62. p. 355. seqq.

RESPONSIO.

Contentis esse licet, opinor, nobis, cum Prætore loqui. Sic ille, ut superficie fruimini, quominus fruamini, vim fieri veto, l. 1. in pr. *Rursus,* si actio, de superficie dabitur, vim fieri veto, § 3. *Jus superficiei nihil est aliud, credo, quam facultas, qua superficies ad nos pertinet. Hæc facultas est res incorporalis, quæ non possidetur,* l. 3. in pr. de Acquir. poss. *Judicia possessoria proprie quidem sic dicta, ut superius intellectum est, sunt de rebus corporalibus; & propterea, quod de superficiebus est proditum, de ipsis est, non de jure,* quod sit τῷ καταλαμβάνεσθαι, mente comprehensum, *ut noster ait Theophilus ad t. I. de Obl.*

N. ADDIT.

Mihi vero liceat verba Prætoris & legum exponere. Superficiei *vox usurpatur de re corporali partim, partim de jure incorporali circa hanc rem:* Frui *superficie, de re corporali non fungibili, qualis est omnis superficies, non dicitur, sed fruimur rebus vel fungibilibus mobilibus, vel juribus: Ergo frui superficie, est frui jure, quod in superficiem competit. Eadem est ratio actionis de superficie, i. e. de dominio rei superficiariæ. Porro etsi res incorporalis non possideatur, tamen quasi possidetur, quod ad interdicta sufficit.*

TIT. XIX.

De Itinere actuque privato.

Huic Interdicto speciale est, quod non tantum detur, ad tuendam quasi possessionem itineris vel actus, sed quod etiam de jure pleno & quasi de proprietate competat, *l. 3. § 13. & l. 5. § pen. h.*

SCHOLIUM.

Quatenus nimirum de refectione itineris non impedienda prospicit. Datur enim in hoc titulo duplex interdictum, unum de usu itineris tuendo, l. 1. pr. h. *Alterum, de itinere reficiendo,* l. 3. § 11. eod.

RESPONSIO.

Quid est in eo proprietatis, ut iter reficiatur, cum idem in servitute de Cloacis, de rivis, & similibus, ubi causa proprietatis nulla venit dictum, sit proditum, l. 1. de Rivis. l. 1. de Cloacis? *Equidem singularitas illa servitutis hujus, satis est notabilis; Cum enim a reliquis judiciis possessoriis sit transitus ad petitoria, hoc interdictum utramque continens causam, ejusmodi transitum ignorat. Nam qui hoc utitur, duas res docere debet, & hoc anno se usum. & ei servitutem competere, ut docet Ulpianus* in l. 3. § 13. h. t. *Hoc autem infert exinde, quoniam actor hic agit, sibi esse jus reficiendi: Quare autem cum in aliis servitutibus Prætor etiam tueatur reficientes, in illis Interdictis non æque jus proprietatis infertur? Dixerim, quia jus reficiendi hic propria actione post interdictum de usu & quasi-possessione itineris obtentum, petitur, ideoque distinctum a possessorio, vim habet*

habet petitorii: In cæteris resectio primitus, ut exercitium & quasi possessio servitutis permittitur. Singularitas igitur, liquide loquendo, hæc est; quod non sufficit hic, possessionem docere, sed etiam jus principale servitutis probandum est.

N. ADDIT.

Vides igitur, Autorem non dissentire a Scholio, sui verba initialia responsionis videbantur præ se ferre, sed saltem explicare, & positionem pariter suam, & scholium meum.

Tit. XX.

De Aqua quotidiana & æstiva.

Tit. XXI.

De Rivis.

Tit. XXII.

De Fonte.

Tit. XXIII.

De Cloacis.

His titulis traduntur Interdicta, quibus prohibentur, qui usum fontis, rivi, cloacæ, aut aquæ cottidianæ & æstivæ impediunt. Quotidiana aqua est, qua adsidue utimur, Æstiva, qua æstate tantum, *l. 1. § 3. & 4. tit. 20.* Rivus est locus per longitudinem depressus, quo aqua decurrit. *l. 1. § 2. tit. 21.* Cloaca, locus cavus, per quem colluvies quædam fluit, *l. 1. § 4. h. t.*

Tit. XXIV.

Quod vi aut clam.

I. Sententia Interdicti. II. Quibus detur. III. Contra quos. IV. Ampliatio. V. Exitus judicii.

Qui in alieni juris solo, vi aut clam fecit opus, is hoc interdicto cogitur restituere, hoc est, removere opus factum, cum fructibus & eo quod interest, *l. 11. § 4. & l. 15. § 7. h. t.* Vi facit, cui denunciatum est, ne faceret; clam, qui, cum deberet, non denunciavit, *l. 1. pr. § 2. 5. l. 3. § 7. & sq.* Ad *superficiem*, ut sunt fructus arborum, non pertinet hoc interdictum, *l. 7. § 5.*

SCHOLIUM.

Mallem dicere: ad fructus arborum & aliam rem mobilem, non pertinet hoc interdictum, *l. 7. § 5. l. 20. § 4. l. 9. § 1. l. 10. h. Nam ad superficiem, quæ solo cohæret, & quæ descripta est in tit. præced. 18. omnino spectat hoc interdictum.* d. l. 7. § 5. 9. 10. l. 8. l. 9. pr. § 2. & 3. & l. 10. eod.

RESPONSIO.

Eo quod opus in solo factum hoc interdicto prohiberi, initio diximus, satis intellectum est, ædificia comprehendi. Potest tamen abesse superficiei mentio, hoc quidem loco, vel dic, superficialia ut &.

N. ADDIT.

Superficialia fero, superficiem hic ferre nequeo. Et videtur autor antea sensisse superficiei *vocem in jure sumi pro fructibus superficiei, unde in titulo præced. 18. phrasin* frui superficie, *exposuit de re corporali, cum tamen frui proprie de frugibus dicatur.*

2. Datur hoc ei, cujus interest, opus non esse factum, *l. 11. § 10. 12. & ult. l. 13. pr § 3. & 4.* etsi non possideat, *l. 16. in pr. eod.* adeoque & heredi, *l. 13. § 5.* In heredem, & post annum, quatenus pervenit, *l. 15. § 3.* Locator ex facto conductoris non tenetur, sed actionem adversus eum cedere debet, *l. 5. § 1.*

3. Datur, inquam, in eum, qui opus fecit, aut jussit, vel cujus familia fecit, *l. 5. § 8. l. 7. § 1. eod.* etiam in heredes, *d. l. 4. § 9.* at semper adversus possessorem operis, *l. 15. pr.* idque sive jus habuerit opus faciendi, sive non habuerit; sufficit enim, vi vel clam feciſſe; contentus esse debuerat, suum jus tueri, *l. 1. § 2. h. t.*

4. Iu-

4. Intentio, scilicet actoris, heic est, ut reus suis sumptibus, quod factum est, restituat, hoc est, in antiquum statum reponat, destructo opere, quod vi clamve fecerit; hoc ita, si reus possideat opus: si non possideat, curare debet, ut a possessore restituatur, cum fructibus & eo quod interest, *l. 11. § 4. l. 15. § 7. & ult. & l. 16. ff. h. t.* quia, ut apud Ulpianum ex Nerva, *etsi publicorum locorum Procuratio illi data est, Concessio data non est:* Nam concedere, ut mutatio fiat in locis publicis, excedit modum administrationis Præsidi datæ. Ac ita judicatum memini in Suprema Frisiorum Curia, cum prætor cuidam incolæ, suæ Præturæ, concessisset aliquid mutationis facere in fossa publica, eamque rejicere, id est submovere paulisper, vicinorum aliquis se opponens, ex hoc Edicto tenuit, ut opus restitueretur, *in causa J. de Kingma, contra J. V. W. non ita pridem.*

TIT. XXV.
De Remissionibus.

Hujus Rub. sententiam habuimus in Tit. *de Operis Novi Nuntiatione.* Superius videlicet interdictum cessat, ubi nuntiatio, quo alius vi clamve faciat opus, remissione sublata est, *l. 7. § 2. Quod vi aut clam.*

TIT. XXVI.
De Precario.

I. Quid Precarium, & discrimen a Commodato. II. Cui, contra quem detur. III. An actio civilis hinc detur. IV. Aliud singulare.

Hoc interdictum datur ad repetendum id, quod datum est hac lege, ut reddatur quandocunque libet concedenti. Nam Precarium est, quod precibus utendum petenti conceditur, donec is, qui concessit, patitur, *l. 1. pr. & l. 2. h.*

SCHOLIUM.

Differentias Precarii & Commodati, vide apud Wissenbach. h. t. th. 12. *quas inter reliquæ desumptæ sunt a notabilibus utriusque pacti; ista sola vero essentialis est, quod in Commodato res ad certum tempus vel finem concedatur, in Precario vero, quamdiu concedens velit. Ergo si prius promissum sit, recte infero, commodatum subesse, sin posterius, erit precarium,* l. 1. pr. & l. 2. § 2. h. t. l. 5. pr. & passim ff. Commodati. *Quid ergo est, quod Celsus dicit: Si ita aliquid datum fuerit,* ut alter id in Calendas Julias precario possideat, l. 12. h. *nullam vim esse hujus conventionis? Videtur enim utique, hic commodatum fuisse contractum, ideo quod tempus in promisso determinatum fuit. Sed respondeo; Ita quidem dicendum foret, si modo dictum fuisset, rem alteri utendam dari, ut eam in Calendas Julias possideat. At diem additum fuit, ut* precario *possideat, apparet, partes non commodatum, sed precarium voluisse celebrare. Quoniam igitur contra essentiam precarii est, ut invito domino rem alienam possidere liceat, ideo etiam hoc pactum effectu destituitur, non aliter ac in pignore pactum de re non alienanda.*

Denique culpam, nota, latam hic præstari duntaxat, *l. 8. § 3.*

2. Interdictum & heredi, & in heredem datur, *l. 8. § ult. l. 12. § 1.* quinquam jus precarii apud heredem non intelligitur esse, *d. l. 12. § 1.* cum qua confer. *l. 4. Locat.*

SCHOLIUM.

Neque hoc novum est. Nam sic & mandatum extinguitur morte mandantis aut mandatarii, & tamen actio mandati transmittitur ad heredes.

Quin & novo domino, re alienata, competit, etiam ut videtur, adversus tertium, *l. 8. § 2.*

SCHOLIUM.

Sed quis hoc loco ille tertius? An is, cui a prime rem precario possidente, iterum eadem precario concessa fuit, an alius.

RESPONSIO.

In hac quidem specie Tertius, est possessor novus prædii, cujus respectu Precarium fuit concessum. Adversus hunc datur Interdictum, non modo ipsi concedenti, sed etiam novo possessori domus, contra quam est precarium. Ita ut Interdictum detur tertio, & contra tertium, d. l. 8. § 2. *Atque ita memini esse judicatum.*

N. ADDIT.

Responsio æque obscura, si non obscurior, quam locutio præcedens generalis. Vix enim ex responsione possis casum formare, ad quem verba Autoris possis exacte explicare. Cæterum videtur voluisse dare casum aptum ad d. l. 8. § 2. *quod nempe detur interdictum ei, in quem res alienata, tanquam tertio, contra precario habentem, tanquam etiam contra tertium. Sed quis ita explicaret illud* etiam ut videtur, *cui scholium erat adjectum, si non accessisset interpretatio Autoris authentica?*

3. Actio civilis de precario nulla competit, quia non est contractus, *l.* 14. Actio quidem præscriptis verbis, datur in *l.* 2. § 2. *in f.* at hæc non est e contractu innominato, sed ex bono & æquo, cujusmodi vagæ & extraordinariæ præscriptis verbis actiones dantur, ut ad *tit. de præscr. verb.* diximus. Si res non restituatur, fit condemnatio, quanti actoris interest, cum omni causa, ut ad *tit. de Præscr. verb.* diximus, & cum fructibus a tempore interdicti, *d. l.* 8. § 3. 4. & 5.

4. Qui jus sibi Lege civitatis aut ex Lege Naturali competens, exerciturus, per juris ignorantiam, petit hoc precario a vicino suo; quæsitum est, an, si alter Precarium revocet, hic etiam jus, sibi altero quoque invito competens, amittat. Magis est, ut nullius momenti sit precarium, *arg. l.* 12. *in pr. h. t.* qua de re speciem facti dedimus *ad tit. de Servit. Urb. n.* 7. *pag.* 807. *part. præced.*

TIT. XXVII.

De arbor. cæd.

Hoc interdicto defenditur is, qui arbores alienas in ædes suas propendentes succidit, *l.* 1. *pr.* Nisi enim dominus arboris id faciat monitus, vicino, cui arbor nocet, permittitur eam exscindere, lignaque tollere, * *d. l.* 1. § 1. sed in agris serenda est arbor aliena, modo non minus quindecim pedibus in altum distet a fundo vicini, *d. l.* 1. § 7.

Datur hoc Interd. etiam fructuariis, § 4. & pluribus Dominis, singulis in solidum, § 5. Succidere autem hic est, arborem a stirpe exscindere, quod licet vicino, si dominus non adimat in tempore, quod superexcrevit, § 2. *h.*

TIT. XXVIII.

De Gland. Leg.

Prohibentur hic impediri, qui fructus ex sua arbore in alienum fundum prolapsos, tertio die tollere satagunt. ** Per glandem quilibet fructus intelligitur, *l. un.* § 1. *h.* Alienum quidem non licet ingredi invito domino, *l.* 16. *de Servit. rust.* at ob rem suam recuperandam licet, *h. l. & l.* 15. *ad Exhib.*

TIT. XXIX. & XXX.

De Hom. lib. exhib. & de Lib. exhib.

Prius interdictum datur omnibus, ad exhibitionem liberorum hominum, *l* 3. § 9. Posterius solis patribus datur, propter liberos in potestate eorum constitutos, quanquam ob gravem causam mater præferri potest, *l.* 1. § 3. Uxorem quoque a marito prætextu patriæ potestatis hodie pater abducere non potest, *l.* 1. § 5. *h. t.* Olim secus erat. Cujac. *parat. h.* Quin hodie maritus ad exhibendam ducendamque uxorem, adversus socerum agere potest, *l.* 2. *h. & l. ult. C. h. t.*

* Jure nostro, vicino potestas tribuitur ramos arboris propendentes succidendi. *a.* LR. *l.* 2. *art.* 52. Wb. *art.* 126. Carpz. *p.* 3. *C.* 32. *d.* 25. Schœpffer. *Synops. Jur. tit. d. arbor. cadend. n.* 3. interim cum interdictum de arboribus coercendis sit pinguius & facultatem evellendi arborem concedat, id in Saxonia pro abrogato haberi nequit. Phil. *Us. Pr.* 1. *l.* 2. *Esl.* 13. *num.* 2.

** Hujus interdicti apud nos usus deficit, cum fructus ex arboribus in vicini fundum decidentes, ipsi statim acquirantur, adeoque repeti nequeant. Carpz. *d. def.* 25. *n.* 4. Coler. *dec.* 25. Leyk. *Comp. ff. tit. de gland. leg.* § 2. j. Hahn. *ad Wes. d. tit.* verb. *Jur. Sax.*

Tit. XXXI.
Utrubi.

Hoc interdictum nihil differt ab Uti possidetis, nisi subjecta materia, quæ hic est de mobilibus, illic de immobilibus rebus, *tit. Inst. de Interd. n. 35.*

Tit. XXXII.
De Migrando.

Inquilinus, qui soluta mercede, a Domino prohibetur res suas exportare, quæ pignori pro mercede obligatæ sunt; mercede jam soluta vel oblata, habet hoc interdictum, *l. 1. pr. & § 1.* est que perpetuum, daturque heredi & in heredem, *l. 1. § ult.* Si gratuita sit habitatio, competit utile interdictum, *l. 1. § 3.*

Tit. XXXIII.
De Salv. Interd.

Interdictum Salvianum nomen habens sine dubio a *Salvio* Juliano, datur domino fundi ad petendas res Coloni in fundum pignoris nomine illatas, *l. 1. h.* atque respondet actioni Servianæ, eo modo iisque limitationibus, quas habuimus ad *tit. Instit. de Interdict. num. 6.* ubi quid sibi velit hoc interdictum, vide latius ad *d. t. n. 13. & seqq.*

EPILOGUS.

Habuimus Interdictorum, quæ jus civile novit, species, in quarum singulis videndum est, utrum sint de vera vel de quasi-possessione, de adipiscenda, retinenda, vel recuperanda possessione, utrum prohibitoria, restitutoria vel exhibitoria: Utrum præsens tempus, vel præteritum spectent, simplicia sint an duplicia, & præterea, quibus & contra quos competant cujusque rei gratia, quidve in condemnationem veniat: quæ non tulit occasio, ut in singulis explicaremus, nec adeo res ubique illam accurationem exigere visa est.

Porro omnibus interdictis id est commune, quod sint actiones extraordinariæ, ut jam *ad tit. 1.* dici occupatum est, adeoque omnis causa possessionis celeriter, summatim omnibusque frustrationibus amputatis cognosci & absolvi debet, *l. 8. C. Unde vi. l. un. C. Si de moment. poss. l. 3. C. de Interd. l. 13. C. de R. V. & l. ult. C. Quor. bon.* Hinc distinctionem Judicii possessorii in Summarium & Ordinarium a Doctoribus traditam inque Foro receptam improbant plerique, Donell. *in d. l. 8.* Cujac. in *l. Si Colonus 14. C. de Agric. & cens. l. 1. obs. 20.* Sarmient. *2. sel. interpr. 23.* Wissenb. *ad tit. de Interd. n. 11.* Tu videsis, an, si recte divisionem & usum ejus percipias; cum usu juris Rom. non possit conciliari. Primo enim, qui in possessorio violatus erat, implorabat interdictum. Hoc Prætor causa raptim cognita interponebat. Si reus pareret, bene erat; si nollet, aut Prætor in causa liquida manu rem exequebatur, *l. 3 in pr. Ne vis fiat ei qui in possess.* aut si res dubia videretur, judicem dabat, *l. 21. Quod vi aut clam.* Poterat etiam actor, si mallet omisso interdicto, ex continenti actionem juris ordinarii instituere, *d. l. 3. § 1.* Donec jure novo interdicendi formula abiit in desuetudinem & judicia possessoria ad instar aliarum actionum constituta sunt, *d. l. 3. C. de Interdict.* Ut mihi videtur, mores hujus seculi propius ad jus antiquum redierunt. Quid enim *summarissimum*, quod hodie vocant Judicium Possessorium, aliud est, quam Interdictum, quo Prætor partibus ad se vocatis & causa raptim cognita, procul a tribunali sine forma judicii, Interdictum emittebat: Eodem enim modo Judex hodie, a turbato in possessione imploratus, celeriter se confert in locum contentiosum, ibi partibus vocatis, re inspecta, testibusque auditis, interdicit; facta copia judicii, si pars altera se læsam putet, ordinarii: Ad quod se partes consequenter recipere possunt. Quod si turbatus, in continenti ordinaria via possessoria procedere velit, est in

ejus arbitrio, ut jure civili unice comparatum videtur.

Hoc autem, quod respectu illius summarissimi judicii maximeque *extraordinarii*, vocatur a Doctoribus ordinarium & plenum, nihilominus est *summarium*, ut etiamnum vocatur, atque etiam *extraordinarium*, respectu judiciorum petitoriorum, idque ratione probationum & temporis, uti e textibus *supra* adductis evidentissimum est. Quod attinet ad causæ cognitionem, satis hodieque observatur, ut probatio facilior in pleno possessorio sufficiat, quam in petitorio requiritur. Sed temporis ratio non æque attenditur; iisdem enim dilationibus causæ possessoriæ, quibus petitoriæ, agi & discrepari solent. Quæ res ita forte non invaluit usu, quin, si actor peteret brevioribus terminis jus sibi dici, id ei denegari non posset, qua de re latius actum in *Jurispr. hodierna part. 2. lib. 2. c. 12.*

Cæterum, in quæstionibus Adipiscendæ Possessionis, forma interdicti, quod viderim, non usurpatur: Sed est res ordinarii processus possessorii, quem proinde heredes ejus, qui novissime possedit, instituere solent; ut factum in causa superius dicta Amelandica. Nec tamen, si utrumque esset indubitatum, scilicet defunctum possedisse, & heredem esse qui agit, Interdicti formam, id est, summarissimum negari posse judicium, existimarem: Quia non tantum hoc datur in causis retinendæ, sed etiam recuperandæ possessionis vel maxime. Nam pleræque contentiones summarissimæ, suscipiantur adversus eos, qui per vim vel clam possessionem occupaverunt, modo cis annum, quia interdictum *Unde vi.* est annale; raroque fit, ut Actor, qui Interdictum in forma, quod Gallica voce Nostri promiscue *Maintenue* appellant, impetrat, tempore litis contestatæ possideat, quod in remediis retinendæ possessionis requiritur. Verum semper ita fere usu venit, ut Reus sit in possessione præsenti, quam vi vel clam occupaverit. Unde liquet, falli per significationem vocis illius Gallicanæ, eos, qui hoc genus judicia credunt esse propria retinendæ possessionis; conveniunt etiam recuperandæ, cujusmodi fere sunt omnia, quæ frequentissime apud nos exercentur, adeoque etiam posse applicari casibus adipiscendæ possessionis, non videtur esse dubitandum.

Nempe heres potest uti interdicto, inquam, adipiscendæ possessionis, non retinendæ, quia possessio ad heredes non transit, apud nos, & jure Civili, *l. 23. pr. de Acq. poss.* quod & in Germania servatur, teste Gailio *l. 2. obs. 129. num. 7.* cui tamen nescio, an per omnia adsentiri possim. Ait enim, nec recuperandæ possessionis interdictum heredibus dari: quod est contra expressam juris civilis auctoritatem, *l. 1 § 44. de V i & vi arm.* & contrarium probavimus *ad tit. Inst. num. 9.* Ait, heredem non nisi petitorium habere contra possidentes; Cui bono igitur Interdictum Quorum bonorum, quod datur utique adversus possidentes? *tot. tit. D. & C. Quor. bonor.* Nec Curia nostra dubitat Possessorium heredibus dare, quod dedit in causa supe dicta Amelandica, nec alias semel; Adipiscendæ, inquam. Recuperandæ non venit usus, quod sciam. Quod si maxime concedatur, Recuperandæ Interdictum heredibus non dari, defuncto vi dejecto; non sequeretur tamen, Petitorio tantum esse locum; quia saltem adipiscendæ heredi non posset negari; quod est Quorum bonorum, & quod datur etiam contra Possessores rerum singularum, exemplo hereditatis petitionis, *l. 2. & l. 3. C. Quorum bonorum.*

In bene constitutis Rebuspubl. non sunt admodum frequentes ejusmodi lites possessoriæ, inprimis de vi, super ipsis rebus soli, agris, atque domibus; plerumque circa servitutes rusticas, & urbanas, aliaque jura, ventilantur apud nos quidem, ubi prompta domi Justitia peremptoria. Secus ac iis in locis, ubi Judicialis vigor, Imperii divisione, appellationibusque longinquis enervatur; Exemplo sit Frisia orientalis vicina, ubi in executione Interdicti super agri Vinerensis possessione, Prætor Vir generosus & multis magnisque periculis belli defunctus, occubuit, (inaudita res in hisce Provinciis,) *anno 1660.*

Denique, Ordinarium Possessorium apud quemlibet ordinarium judicem instituitur: Sed *Interdictum* in forma cum inhibitione solenni, non nisi apud Supremam Curiam impetratur, & est magni moliminis ac sumptus; cujus minuendi causa fieri potest, ut loco Judicis ipsius qui interdicat, apparitor Curiæ se conferat ad locum contentiosum, ibique partibus & testibus auditis, ad Curiam referat, quo secundum acta ejus interdicatur: Id nostrates vocant, mandatum ad *apparendum, op een Blycken, lib. 3. Stat. Fr. tit. 5. n. 6.* In rebus facilioris expeditionis, & minoris momenti, sæpe fit, ut libellus supplex offeratur, auditisque summatim partibus possessorium disponatur. Apud inferiora dicasteria solet etiam peti, ut

ut delegati judices veniant in locum contentiosum, ubi habita inspectione de possessorio, absque inhibitione solenni pronunciant, a quorum dicto potest appellari. Receptum enim est passim, ut in possessorio gravatus etiam appellare queat, ex sententia juris Canonici *superius* exposita, quanquam apud nos ab Interdicto in forma, per judicem delegatum Supremæ Curiæ editam, appellari nequeat, convenienter juri Rom. sed ejus loco fungitur remissio ad judicium possessionis ordinarium. Potest etiam implorari Judicis Officium, summi vel inferioris, ut is mandatum emittat, quo adversarius ab incepto turbandæ possessionis, sub pœna certa, desistat, non tamen ultra sex florenos ab inferiore judice constituendos, apud nos; Curiæ Supremæ nulla summa præscripta.

Inter res hujus generis quotidianas est, quod coloni & inquilini, sæpe non tantum adversus exteros sibi adserunt possessionem, sed etiam adversus ipsos dominos in hac specie; Dominus obnuntiat colono suo vel inquilino, cum mandato, ut recedat. Colonus ait, suum tempus nondum esse finitum, eaque de re lis agitatur summaria quidem, sed quæ aliquando finiri non potest, ante tempus migrationis & mutationis ordinarium, quod est S. Petri ad Cathedram, vel Calendis Maji. Colonus interim manet, ut cui ante sententiam non sit præjudicandum; dominus vult occupare fundum aut domum. Hinc certamen quasi Possessorium. Consultus semper respondi, non esse hærendum, quin dominus in possessorio sit præferendus: quia colonus non possidet, sed est in possessione nomine domini, *§ possidere autem. 5. I. de Interdict.* Ægre obtentum est in Foro, ut coloni adversus exteros interdicta impetrent, procul a ratione Juris Civilis, ut nos suo loco, & Sandius demonstrat *lib. 5. tit. 14. def. 2.* Non est hoc addendum insolentiæ conductorum, ut possessionis jure, quod non habent, utantur adversus eos, quorum instrumenta sunt possidendi. Plane si judici clare liqueat, dominum sine causa gravem esse colono, nec esse dubium, quin tempus conductionis adhuc duret, non est recusandum Judicis officium *malitiis resistendi*, ut si manifesta sit, inquam, perfidia, non neget colono præsidium, juxta præscriptum *l. 9. de Jurejur.* ubi, *quid inter manifestam & dubiam causam judicis officii sit.*

LIB. XLIV.

TIT. I.

De Exceptionibus, Præscriptionibus, & Præjudiciis.

I. Remissio, & tempus opponendi exceptiones. II. Interpretatio l. 10. § 1. C. de Fidejussor. *& an hæc emendanda sit. III. De præscriptionibus, & præjudiciis. IV. Observata de usu tituli. V. Quid interest quod ad effectum nullitatis, & exceptionis. VI. Non esse dandas Exceptiones Exceptionum.*

Tria membra hujus tituli exhibet rubrica. Primum de exceptionibus, de quarum etymologia, definitione, & divisione, alibi habuimus. De modo & tempore opponendi exceptiones, pauca addemus. Scil. Opponendæ ‡ sunt exceptiones dilatoriæ, ante litem cont. quæ vel judicium, vel personas judicium constituentes spectant, *l. pen. & l. ult. C. h.* tales sunt exceptio, in-

‡ Exceptiones dilatoriæ & litis ingressum impedientes absque discrimine in primo termino sunt opponendæ, (nec, ut factum, in leuteratione aut appellatione demum allegandæ,) eventuali litis contestatione sub pœna confessi & convicti annexa. Illæ autem exceptiones omnes ante L. C. non attendendæ, nisi sint in continenti liquidæ, neque istorum nomine probatio aut juramentum per interlocutoriam injungendum, attamen si liquidæ sunt, & alicujus ponderis, secundum eas, insuper habita eventuali litis contestatione, pronunciandum, adeoque a judice, quoties eas negligit, decidendi rationes sententiæ subjiciendæ sunt. Ita & de Exceptionibus fori declinatoriis tenendum; quæ tamen, si notoriæ aut in continenti liquidæ sunt, etiam in scriptis opponi, &, si spernantur, in leuteratione aut appellatione urgeri queunt. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 11. § 1.* Cui in sententia super exceptionibus & eventuali litis contestatione lata alicujus rei præstatio injuncta, ante proximum terminum aut in

competentiæ, præventionis, judicis ſuſpecti, loci non tuti, feriarum, termini nimis anguſti, juxta *Auth. offeratur. C. de lit. cont.* item contumaciæ, Quod quis in judicio ſtare nequeat, de quibus Vinn. ad *tit. I. de Except. § 1.* Sed dilatoriæ, quæ ſpectant cauſam, quales ſunt exceptio plus petitionis, pacti temporalis, litis pendentis, ordinis ſive excuſſionis, & ſimiles, eodem tempore opponendæ ſunt, quo reliquæ peremptoriæ; hoc eſt quavis parte judicii, quamdiu in cauſa non eſt concluſum, *l. 2. C. de ſent. non reſc. & l. 4. C. de Except.* modo conteſtatio illarum fiat ab initio, *l. 8. & 9. C. h. l. 9. C. de Præſcript. long. temp.* quæ in bonæ fidei judiciis olim non videtur fuiſſe neceſſaria, quoniam in his exceptiones ipſo jure inerant, ex regula juris antiqui, *l. 3. de Reſcind. vend. l. ult. de Hered. pet. & l. 84. § 4. de Leg. 1.* At in ſtrictis judiciis, quod non erat formulæ a Prætore inſertum, ejus judex rationem habere non poterat, ut dix. *in prælect. ad tit. de Action. n. 25. pag. 410.* Et Prætor exceptionem formulæ addere non poterat, niſi conteſtatam. Jure novo ſublatis formulis & judicibus datis, illud diſcrimen actionum b. fidei & ſtrictarum puto ſublatum eſſe. Nam *Leges 8. 9. h. t.* & aliæ, quæ de conteſtatione loquuntur, non diſtinguunt inter judicia b. f. & ſtr. juris; ſed tantum docent, Reum non cogi ſuas exceptiones ſtatim proſequi, ſufficere ſimplicem earum conteſtationem in principio, tum expectare eum poſſe, donec actor ſuum jus probaverit; nam ſi is deficiat, non eſt quod ipſe de exceptione laboret, eaque res non habet uſum, niſi conteſtatione ab initio facta. Quin *lex 9. C. de præſcr. long. temp.* idem initio diſerte de Emptione venditione, quæ eſt maxime bonæ fidei, tradit.

2. Ex his videamus, an lucem accipiat *lex 10. C. de Fidejuſſ.* cujus Lectio ſollicitatur. Verba hæc ſunt; *Fidejuſſor ſeu Mandator, ſi in uſuras quoque condemnatus eſt, juſtam cauſam recuſandi eas ſolvere non habet. Ut autem is, qui cum altero fidejuſſit, non ſolus conveniatur; ſed dividatur actio inter eos, qui ſolvendo ſunt, ante condemnationem ex ordine poſtulari ſolet.* Quis ille ſit ordo, quæritur; Ex ratione juris antiqui is ordo fuit, ut actor in ſtricti juris judiciis exceptionem apud Prætorem poſtularet, ut formulæ, qua Judex pedaneus conſtituebatur, inſereretur: nam ſi in formula non eſſet, judex ejus rationem habere non poterat, quia formula eum includebat, & certos, quos non excederet, terminos ponebat, ut ait Seneca *3. de benef. c. 7.* Sed in bonæ fidei judiciis, non erat neceſſaria talis prævia exceptionum impetratio, ſecundum ea, quæ modo diximus. Verum tempore Diocletiani & Maximiani, quo ſublatæ ſunt formulæ judicesque pedanei, *l. 2. C. de Judic. pedan.* quis ordo fuerit hac in parte, iidem exponunt Imperatores in *l. 9. C. h. t.* Reus qui non plane certus eſt, actoris intentionem eſſe falſam, ſi quas habet exceptiones, eas initio conteſtari debet atque ubi viderit, actorem probaſſe intentionem ſuam, tunc exceptionem ſuam prius ſolummodo conteſtatam, adhibere atque urgere poteſt, quovis tempore, modo ante condemnationem, ut etiam ex *d. l. 3. præced. & d. l. 9. C. de præſcr. l. t.* conſtat. Idque ſine diſcrimine bonæ fidei & ſtricti juris actionum, quod etiam *d. Lex 10. § 1.* indicat verbis initialibus, *Fidejuſſor ſeu Mandator*, ut hic textus cum cæteris optime conveniat, nec ullius egeat emendationis, ut nunc eſt. An Triboniani manus agnoſcenda ſit, deinde videbimus: Certe non placet deleri verba, *ſeu Mandator*, & pro *Condemnationem*, legi *Conteſtationem*, ut volunt Viri Cll. Nam ſi *conteſtationem* ſimpliciter legas, in hac quidem materia non *Litis* conteſtationem, ut emendatio vult, ſed *conteſtationem*, cujus *d. l. 8. & 9. h. & l. 9 C. de P. l. 1.* meminerunt, qua in anteceſſum mentio fit exceptionem, intelligi oporteret: aſt ante illam poſtulari exceptionem, res eſt, quæ fieri non poteſt, nec habet intellectum. Tamen ne occaſio relinquatur dubitandi, quo minus tam gravis mutatio in textum recipiatur, argumenta addunt haud levia, ut videtur; in quibus hoc primum eſt, quod verbo heic *poſtulari* Imperator utitur; poſtulare autem eſt, ut Ulpianus refert, deſiderium ſuum, vel amici ſui in Jure, quod eſt ante

eo absque nova citatione eidem ſatisfaciat, niſi in 5. & amplius thaleros condemnari malit. *d. Tit. § 2.* De Exceptione ſpolii cautum, eam exemplo aliarum exceptionum peremtoriarum litis conteſtationi annecti, & inſtar illarum ſuo loco deduci debere, niſi reus actionem ſpolii inſtituere malit, in qua, ſi ſententia ſuper reſtitutione lata in rem judicatam tranſierit, prius in aliis cauſis pergere non tenetur ſpoliatus, quam alter illi rei judicatæ paruit. *d. Tit § 3.* Exceptiones generales non competentis actionis, rei non ſic, ſed aliter geſtæ, ſolutionis, compenſationis, & ſimilium ratio non habenda, niſi, quo nitantur fundamento, breviter ſimul, & perſpicue oſtenſum ſit. *d. Tit. § 5.*

litis

litis contestationem, coram eo, qui Jurisdictioni præest, exponere, vel alterius desiderio contradicere, *l. 1. §. 1. de Postul. & l. 4. §. 4. de Damno inf.* Ad hoc nostra sic ratio est; Verbum *postulandi* equidem hunc habere sensum apud veteres communiorem, non est quod negemus, sed hanc unicam esse significationem, nemo dixerit. Nam & Ulpianus in *d. l. 1. §. Removet. 6. de Postul.* scribit, apud Judices pedaneos etiam postulari, quod est sane post litem contestatam: Atque omnino sumitur postulatio pro quovis desiderio, quod in jure vel in judicio proponitur, *l. ult. §. ult. de Appellat.* Quin latiorem significationem jure posteriori apud Cæsares invaluisse, quin eos desiderium hoc ipsum, quo post contestationem exceptionis initio litis motæ factam, dein urgetur exceptio, hac voce designasse, patet ex superius citata *l. 9. C. de Præscr. long. temp.* cujus verba, cum præsenti quæstioni maxime conducant, apponere visum est. Diocletianus & Maximianus AA. & CC. *Emptor bona fide contra præsentem decennii præscriptionem, in cujus initio contestationem haberi sufficit, postquam suam impleverit intentionem petitor, adhibita probatione justæ possessionis defensus, absolvi recte* POSTULAT. Habemus postulationem post contestationem scilicet; & quidem in fine judicii. Aliud argumentum emendationis; Ait Imperator, *postulari ex* ORDINE *solet.* Nec dubium, quin certissimus ab eo judiciorum ordo designetur, quo in judiciis stricti juris exceptio a Prætore impetratur, formulam vero simul cum judice ante litem contestatam dari consuevisse, notius est quam ut probatione indigeat. Sic illa, neque de nihilo; quatenus *Alexandri* tempore, quo Ulpianus & Paulus adhuc supererant, ordo verus nondum penitus exoleverat. Quare ut in compendium, quod mihi videtur, conferam; Textum, qui cum aliis juris locis in Codice Justinianeo, tam eximie consentit, emendandum, ut Viris clarissimis visum, non censeo; Quo minus autem Tribonianus Alexandri verba sequentis usui temporis accommodavit, non intercedo, si quis conjiciendum arbitretur.

3. Hactenus de *L. 10. §. 1. C. de Fidejuss.* Secunda pars Rubr. est de Præscriptionibus, quæ sæpe pro exceptionibus sumuntur; hic autem restringuntur ad eas, quæ a tempore desumuntur, de quibus *tit. 3. infra.* Vid. *prælect. ad tit. inst. de Except. a pr.* ubi fuse de *præscriptionibus.* Tertia pars inscribitur, de *Præjudiciis*, quæ sunt exceptiones, per quas excluditur actio, hac ratione, quod præpostere instituatur, futuræque actioni faciat præjudicium, *l. 12. 16. 18.* velut si quis familiæ erciscundæ velit agere, antequam declaratus sit heres, vel petere servitutem, antequam vindicaverit fundum, *l. 16. h.* Alia sunt in *l. 18.*

De moribus aliquid addit Thomasius; *De moribus nostris dixi* ad Instit. h. t. posit. 29. *& nulla fere provincia est, quæ non de tempore opponendi exceptiones peculiariter disposuerit, ut adeo controversia, quam autor supra tractavit, ad mere theoreticas sit referenda.*

4. Hæc ratio facit, ut quæ prolixe de Exceptionibus a me prodita, rerumque judicatarum exemplis illustrata sunt in *parte 2. Jurispr. hod. lib. 2. c. 17. & 18.* heic prætereunda putem. Hoc tamen dissimulari non potest, quod *supra* de contestandis exceptionibus dictum est, hactenus servari, ut sufficiat generalis contestatio; qua reus, se libellum actoris haud aliter admittere declarat, *quam salvis exceptionibus & defensionibus*, qua supposita, servantur eadem fere de tempore modoque opponendi exceptiones, quæ jure civili constituta & superius exposita sunt. Porro, per oppositionem exceptionis peremptoriæ & dilatoriæ, quæ causam spectat, adeoque omnium per quas reus consequitur, ne vel plane condemnetur, vel adhuc non, vel non ita saltem ut procedit, committitur litis contestatio; Nisi quod exceptio rei judicatæ, transactionis, & jurisjurandi, creduntur impedire litis ingressum, qua de re *ad tit. Quar. rerum act. non dat.* Inde receptum est, ut omnes exceptiones peremptoriæ dilatoriæque, ad causam spectantes, non vocentur *Exceptiones*, sed Responsiones: solæque exceptiones ad judicium vel ad personas judicum spectantes, quæ impediunt litis contestationem, hoc nomine cognoscantur, ut observatum est *ad tit. de judic. n. 22. pag. 712. part. præced.* Moniti sint igitur Studiosi, quibus aliquando animus est in Foro versari, illic ita instituti, ut qui se excipere dicit, concludat, se non teneri ad litem contestandam. Quare si quis medium respondendi sufficiens ad absolutionem, per modum exceptionis proponat, cum expensis rejiciendus est. Non idem usu venit, quando exceptiones per modum respondendi proponuntur: Judex enim nihilominus earum habet rationem, sicut etiam, quando rejicitur exceptio, solet addi, integrum esse reo, illis uti in respondendo, ut harum rerum sæpe sit anceps discretio. Nec pauca sunt, quæ tam ante, quam

quam post litem contestatam moveri possunt, ac ideo quæ mora prius, impediunt litis contestationem, non mora faciunt ad absolutionem, ut est exceptio falsi Procuratoris, quam aliquando etiam post sententiam opponi posse, diximus alias ex *l. 24. C. de Procurat.* Regulariter equidem partium qualitates lite contestata convalescunt; non tamen si nullitates sunt: Exemplum; Mulier nupta, viro adsistente, agebat ut Tutrix liberorum suorum; Lite sine exceptione contestata, quærebatur, an vitium per litis contestationem emendatum esset; Judicatum, non esse, quia nullitas erat, *l. 2. C. Quand. Mul. Tut. Off.* in causa *Barbaræ Jacobi contra D. Epæum A. d. 4. Novemb. 1680.*

5. Nullitatis alioquin allegatio, quid differat ab exceptionis effectu, diximus *ad tit. de SC. Vellej. n. 7. part. præced. pag. 933.* cum aliqua tamen remissione ad hunc locum. Nullitatis, etsi non sit allegata, judicem nihilominus rationem habere oportere, diximus: Exceptionis non æque. Sed excipiunt Dd. quos refert Sandius *lib. 1. tit. 7. def. 3. tales exceptiones, quæ ipso jure removent actiones.* Vellem quæ sint illæ, dixisset ipse, aut hi quos laudat. An erunt exceptiones, quas juris appellant communiter, de quibus Vinnius ad *tit. I. de Except. § ult. n. 8.* & quo ille refert Exceptionem beneficii Ordinis, item SCti Vellejani, Macedoniani & similes, quæ ex ipsa conditione personæ, de jure competunt? Noli credere; Nam de priori exemplo probat ipse Sandius, Excussionis sive Ordinis exceptionem, a Judice non suppleri; *defin. præced.* Nosque idem probavimus de utroque Senatus-Consulto, ad *d. tit. de SC. Vell.* Denique, Sandius ipse nullas agnoscere videtur ejusmodi exceptiones, ne quidem præscriptionis, nisi quibus lex specialiter adjicit, actiones per eas haberi pro nullis & extinctis, cujusmodi exemplum subjicit in *fin. d. decis. 3.* Plane, cum ipso jure, & per exceptionem operari, sint termini in jure oppositi, non admodum quid exempli esse queat, animadverto; nisi huc referas exceptionem pacti incontinenti contractui stricti juris adjecti, de quo diximus *ad tit. de Pactis n. 5. in fin. part. præced. pag. 627.*

6. Ex eo, quod Exceptio dicitur Actionis exclusio, apud *Inst. h. t. in fin.* collegimus, non dari exceptiones exceptionum, etsi quodam sensu Replicatio sic appellatur, *l. 22. § 2. h. t.* Sed in Foris nostris receptus est mos, ut ego quidem existimo, pravus neque juridicus, ut quando Exceptionem vident alio modo quam debet, oppositam, tum non respondeant ad exceptionem, sed excipiant, se non teneri ad respondendum Exceptioni: qua exceptione rejecta, tum demum respondent ad Exceptionem primam. Institutum ut nullo modo necessarium, ita litibus intricandis & sumptibus augendis repertum: nec unquam aliter, quam exceptiones Exceptionum, quæ proponebantur, esse easdem cum mediis respondendi, animadvertere mihi datum est. Adeo ut, quoties accidit ejusmodi exceptionem exceptionis rejici, actoremque ad exceptionem respondere juberi, eadem rationes semper in responsione repetitæ fuerint. Bene igitur consuluerint, qui regnum forense tenent, si exceptionis exceptionem generali lege præcidant prohibeantque; sicut eadem ratione in processu executivo Curia nostra pridem statuit, nullas omnino admittendas exceptiones, etsi contra formam juris Executio dirigatur, sed oppositione directa utendum, quemadmodum pluribus etiam exemplis rerum judicatarum, de utroque genere demonstravimus, in *part. 2. Jurispr. hodiern. lib. 2. cap. 18. n. 9. & seqq. ad fin.*

TIT. II.
De Except. Rei jud.

I. Quibus hæc exceptio detur. II. Quando res sit eadem. III. Quando personæ eadem. IV. Quando causa. V. Reum damnatum, non posse repetere ut indebitum quod solvit. VI. Exemplum limitationis. VII. VIII. Limitationes aliæ quædam.

Res judicata parit actionem & exceptionem, atque hæc frequentior est illa; nec enim actio locum habet, nisi incerta sit sententia ob incertitudinem rei, de qua litigatum fuit, ut dix. *ad tit. de re judic. n. 21.* Exceptio rei judicatæ datur ei, qui conventus ait, se non obligatum, sed ab judice absolutum esse, & habet locum, quoties eadem res, inter easdem personas, ex eadem causa in judicium deducitur, *l. 3. & 4. l. 12. 13. & 14. h.*

2. Res dicitur eadem, quando & pars ejusdem repetitur, *l. 7.* multo magis, qui partem petens repul-

repulsus est, si totum petat, excluditur; vel qui parte una petita, dein alteram petit, *l. 33. § 1. de Usufr.* ubi & ex nova causa pars altera petitur, sed quæ a priori pendeat: Utique si pars recens accesserit, secus esse oportet, *l. 14. § 1. h.*

3. Personæ eædem sunt, non modo defunctus & heres, dominus & procurator, sed etiam auctor & emptor, debitor & sponsor, *l. 11. § 7. 8. 9. & ult. l. 28. h.* non coheredes, *l. 22. h.* sed in fideicommisso graduali, primus & sequentes personæ, licet non heredes, pro iisdem habentur. Covarr. *pract. qu. c. 13. n. 5. in pr.* Carpzov. *P. 1. Const. 26. def. 19.* quod etiam in nostra Curia servatur, & meminí judicatum inter partes prænobiles.

4. Quod ad causam interest inter actionem in rem, & in personam, *l. 14. § 1. h.* qui enim personaliter una actione petit, is repulsus, ex alia causa adhuc agere potest: Sed qui in rem simpliciter egit, etsi probationes ad causam donandi direxit, postea tamen ex causa venditionis aut simili agere nequit; quod tamen secus est, si donationis causam in libello expresserit, *arg. d. § 2.* Adde quæ habuimus ad *tit. de Edend. n. 8.* Imo (oppon.) nec in personalibus de eadem re ex diversis causis agere licet, *l. 5. h.* Resp. Sic est, si actiones modum potius diversum quam diversam negotii originem contineant, ut exemplis patet in *d. l. 5.* Cæterum, qui in rem agit, nec obtinuit, eandem rem sine metu exceptionis condicere potest, *l. ult. h.* Quandoque in rebus & personis diversis obtinet hæc exceptio, si prior causa posteriorem actu extinguat. Ex. gr. Obtinuisti querela inofficiosi adversus heredem, prodest tibi sententia & contra legatarios, quia sublato testamento, legata intercidunt. Evicisti rem tuam a possessore, prodest sententia & adversus creditorem, cui possessor eam obligaverat. Vid. *l. 53. de Re Judic.*

5. Sunt, qui docent, reum condemnatum, postquam solvit, denuo audiendum esse, quando condictione indebiti solutum repetit, sine metu hujus exceptionis, eo quod alia sit conditio personarum, qui modo reus, nunc actor, *l. 14. in pr. h.* Ita Carpz. *Proces. tit. 6. art. 3. n. 67. & seqq.* Struv. *ad h. t. n. 21.* Probant ex *l. 10. § 3. de Edend. & l. 31. de Jurejur.* Sed tu noli credere rem, enervandis judiciis repertam: neque textus id docent, & ratio, optimumque publicum vetant, nec apud nos toleratur, si res, personæ, causæque sint eædem.

SCHOLIUM.

Sed opinio tamen Carpzovii reconventioni Saxonicæ & processui executivo consentit, per ea, quæ Carpzovius d. l.

6. Hoc equidem verum est; si meritum actionis, quam nunc vis instituere, priore judicio non fuerit examinatum, posse fieri, ut non obstet judicati exceptio, *arg. l. 8. § 2. de Negot. gest. l. 6. h. t.* etsi res, personæ, causæ sint eædem. Exemplo rem illustrabo. Titia pro marito intercesserat jurata, sed in obligationis instrumento tribus testibus non confirmato. Quam formam intercessionis uxoriæ non valere, diximus *ad tit. de Sc. Vellej.* Erat tamen condemnata judicioque Revisionis sententia approbata fuerat, ideoque solvere coacta. Non jure, ut quidem videbatur. Insurrexit denuo, & auctoritate Carpzovii aliorumque movere instituit condictionem *indebiti*. Victor opponebat exceptionem rei judicatæ. Titia non tantum allegabat, esse diversam actionem, diversas qualitates personarum, Actricem quæ modo rea fuerat, & contra; sed inprimis urgebat, in priori lite de valore intercessionis, in formâ non esse disceptatum; sed tantum de valore debiti principalis. Hac ratione factum est, ut exceptio rei judicatæ rejiceretur. Ideoque Titiâ, cum vitium intercessionis liquidum videretur, de eventu non dubitabat: sed deinceps in lite principali tamen succubuit, quia non poterat esse indebitum, quod ex sententia solutum erat, *l. 36. Famil. erciſc.* & quia plenius compertum erat in priore quidem instantia nihil aut parum de vitio intercessionis esse quæsitum, sed in judicio Revisionis hoc meritum causæ ex professo ventilatum fuisse; Ita in causa *Eelk Gerbens Haersma*, contra *Agatham viduam Croddeboſch. d. 29. Maji* super exceptione & *d. 27. Octobr.* super lite principali 1679.

7. Quod si alioqui sane ratione dici queat, res aut personas non esse easdem, judices non debent, neque solent esse difficiles, in rejicienda exceptione rei judicatæ, quo pertinent ea, quæ diximus ad *tit. de Act. rei judicatæ.* Addemus unum & alterum exemplum. Emptor conventus de pretio, recusaverat solutionem, eo quod res sibi non esset tradita; sed condemnatus erat. Dein agebat in id quod interest ejus, quod res sibi tradita non fuisset. Alter opponebat exceptionem rei judicatæ, sed rejecta est, quia non eadem est quæstio, de pretio solvendo ex causa venditionis contractæ, & de solvendo eo quod interest ob rem

non traditam. Si pretium, ut indebite solutum, repetiisset, haud dubie repulsus esset. Ita refert Nauta judicatum 7. *Sept. 1657.* Aliud. Emptore convento, alius mandator emendi pro illo interveniebat, & dicebat, se mandatu venditoris ipsi mandasse, ut augeretur pretium: historiam habuimus *ad tit. D. Mandati num. 3.* sed interventione sive defensione rejecta mandator se liti adjunxerat. Emptor condemnatus Mandatorem suum convenit ad indemnitatem; Hic rursus venditorem, a quo ipso mandatum habere se, affirmat. Venditor excipiebat rem judicatam hoc modo: Tu voluisti, ut mandator emptoris, & simul ut mandatarius meus, intervenire pro emptore; non es admissus. Junxisti te liti, in qua idem meritum causæ fuit disceptatum & rejectum. Nunc igitur eandem recoquis cramben. Sed exceptio rejecta est; quia mandator ille emptoris & mandatarius venditoris, adversus hunc in lite non constiterat, ideoque diversæ erant personæ, *in causa N. Wardæ contra Curatores liberorum Dris a Leo, Procuratoris Fisci Frisæ.*

8. Opposuit aliquis hanc exceptionem, ut litis ingressum impediret; Rejecta est; Quæritur, an deinde tanquam medium litis decisorium, adhuc opponi possit. Existimo, posse; quia tantum est decisum, quod litis ingressum impedire non deberet, non quod omnino ejus ratio habenda non sit; ac ita sæpe judicatum est in Curia nostra: etsi non sit adjectum in sententia, per quam rejecta fuit exceptio, *argumentum ejus causa principali reservandum.* Illud denique per se patet, non posse huic exceptioni locum esse, quando sententia a judice non competente lata est, vel quando ab ea cis tempus legitimum est appellatum, *l. 4. § 6. h. t.*

Tit. III.

De diverſ. temp. Præſcr. & de Acceſſionibus Poſſeſſionum.

I. Præſcriptiones variæ Juris Civilis. II. Quid moribus. III. De præſcriptione biennali debitorum minutorum, ſingularia quædam.

Vocem Præſcriptionis hoc loco nihil aliud, quam exceptionem ratione temporis significare, jam diximus. Sunt autem tempora, quibus actiones finiuntur, admodum varia, quemadmodum id alias satis explicatum est. Exempli causa sint, præscriptio tridui, de qua in *l. un. de gland. leg.* decem dierum in appellatione interponenda, *Nov. 23. c. 1.* viginti dierum in *auth. Offeratur. C. de litis cont.* duorum & sex mensium, in ædil. Edict. *l. 10. § ult. de Ædil. Ed.* Anni in pœnalibus Prætoriis, Biennii in dolo, Triennii in usucapione mobilium, Quadrienni in restitutionibus in integrum, Quinquennii in Querela inofficiosi, Decennii in hypothecaria, & usucapione immobilium inter præsentes, viginti annorum inter absentes, Triginta in omnibus reliquis. Denique & annorum XL. in certo casu hypothecariæ, nec non in condictione, qua repetitur quod alea deperditum est, *l. ult. C. de Aleat.* Centum, contra ecclesiam Rom. *Nov. 9.* quanquam *Nov. 131. c. 6.* ecclesiis generaliter det XL. annos.

2. Moribus populorum hæc varietas præscriptionum fere obsolevit: vixque alia in usu est, quam tertiæ partis seculi, hoc est centum annorum, ut testatur Grotius *Introd. lib. 2. part. 7. § Wat het.* Goris *Adverſ. Miſcell. c. 9.* A. Matthæus *Præm. 9.* a quibus tamen ex parte dissentit Grœnewegius *ad tit. de Præſcr. 30. vel 40. annor.* qui mobilibus præscribi annis 30, immobilibus trientem seculi præscriptum censet. Gentes autem, quæ jure scripto utuntur, quas inter excellit Frisica, non recedunt hac parte a jure civili.

3. Proinde hic omnes agnoscimus præscriptiones Romanas, nisi quod unam adjecimus præscriptionem ex Edicto Caroli V, Romanis ignotam, ut arbitror, quæ est biennalis, qua salariis & mercibus minutim venditis judicialiter intra biennium non exactis præscribitur, aut decennio, si debitum scriptura sit comprehensum, adversus primum debitorem, biennio adversus heredem, eodem casu. Non repetam quæ Sandius super hac præscriptione, Gallis etiam usitata, teste Imberto *I. Inſt. For. c. 34.* commentatur in *lib. 5. tit. 6. def. 6.* Addam pauca singularia: Qui cerevisiam cauponibus vendunt per dolia integra vel dimidiata, non esse referendos inter venditores mercium minutim venditarum, refert judicatum Sandius. Idem de frumento, hordeo, tritico, majoribus saccis vendito, statuendum videbatur. Nam & mole, pretioque, dimidiatis cerevisiæ doliis non cedunt. At de avena talibus saccis vendita, aliter visum est Senatui Curiæ nostræ, in causa *Tarquinii Henrici Banga*, contra *Mariam ab Unia d. 3. Mart. 1682.* forte quod

avena

avena longe minoris pretii sit, quam nobiliores frumenti species.

Victus pretia, *kostpenningen*, essentne præscriptioni biennali subjecta, disputatum fuit, ac ita decisum est; Si quis ad dies vel ad septimanas, modico tempore de alimentis sit pactus, habere locum præscriptionem, non si ad annum, vel ad majorem anni partem convenerit, etsi modus pactionis secundum septimanas sit constitutus. *d. 22. Octobr. 1680.*

Lex habet clausulam, *Nisi debitor fateatur, debitum esse justum, & non solutum*, de cujus mente Sandius *d. Decis. in fin.* Sed quæsitum est, cum Creditor paratus esset docere, causam debiti esse justam, nihilque solutionis esse factum, negante tamen debitore, an creditor admittendus esset ad probationem? Judicatum est, non esse admittendum. Et alias, postquam creditor satis probasset justitiam debiti, & solutionem non factam, debitor tamen alterutrum negans, est absolutus. Utrumque judicatum est *ante ferias æstivas 1680.* in causa *Justi Blenkenfield Mercatoris Hagiensis*, contra *B. V.* & rursus in causa *Johannis Jonelyni Sartoris Arausionum Principis*, *contra N. B.* Ratio est, quia Lex non ait, *nisi constet, debitum esse justum, neque solutum*; sed, *nisi debitor id fateatur.* Illo igitur negante, locum habet Statutum, cujus exactam interpretationis observantiam esse debere, nemo negat. Lex ait; post lapsum prædicti temporis talia debita intelligentur acceptilatione perempta, *behoorlijk gequeten*, ita ut de illis actio nulla detur; hoc uno casu excepto, *si debitor fateatur.* Natura negotii, & scopus Legis, id etiam postulat. Quippe nihil magis præscriptionis rigorem enervaret, quam si partes ad probandum discepterandumque de valore debiti, post temporis lapsum admitterentur.

Si quis roget, an hujusmodi præscriptionis usus cum ratione conscientiæ satis conveniat, respondeo; si debitor fallat, nemo dubitat, quin nefarius sit, etsi esuriem hac una ratione possit evitare, quemadmodum alter ex duobus illis reis modo demonstratis, vir nobilis, indicabat, eo se, fatendo redactum iri. Judicem existimo non peccare, si legi obsequatur, etsi reum fallere non dubitet: quia pronuntiat debitum vi legis abolitum; ita quemadmodum in præscriptione longissimi temporis, etiam malæ fidei possessores absolvuntur.

Sed de eo postea consulti sumus: Si reo post interlocutionem non faciente copiam fui, interrogationes adversarii per debitoris contumaciam pro confessis habeantur, an tum reus non sit damnandus, etsi verum non sit, eum esse confessum? Nec est dubium, quin confessio per legem ficta, in hoc etiam legis articulo, vim effectumque confessionis habere debeat.

Parti secundæ Rubricæ, satisfactum *supra ad tit. 1. de Usucapion. sub fin.* Sunt enim accessiones possessionum nihil aliud, quam tempora, quibus successores continuant possessiones ab antecessoribus inchoatas. Reliqua supplenda e *tit. Inst. de Perpet. & tempor. act.*

TIT. IV.

De dol. mal. & met. except.

Exceptiones doli & metus, ex actionibus ejusdem nominis satis intelliguntur; hoc tamen interest: Exceptio doli, est perpetua & generalis, cum actio sit biennalis & extraordinaria, *l. 4. §3. & l. 5. §ult.* ubi & ratio differentiæ, communis tamen omnibus. Nam quia auctor in potestate habet, quando velit uti jure suo, non est inconveniens, quibusdam actionibus breviori spatio præscribere; quod aliter se habet in reo, qui non potest opponere exceptionem, nisi prius actio moveatur, quod eum expectare oportet; ideoque nulla exceptio est temporaria. Porro, de dolo procuratoris, ante lit. cont. exceptio non datur, nisi in rem suam sit, aut omnium bonorum, *l. 4. §18.* ubi præsens dolus est, qui post lit. cont. committitur.

Differentia exceptionis Quod metus causa, & Doli, habetur in *d. l. 4. §33.* Nam is, qui de dolo excipit, personam exprimere debet, quæ dolum admisit: quod secus in metu. Dolus mere personalem habet rationem; quocirca nec dolus venditoris nocet emptori; licet donatoris dolus noceat donatario; idemque discrimen in cæteris causis onerosis atque lucrativis obtinet, *l. 4. §31. h. t.* Rursus tamen ejus, qui dolo deceptus est, respectu, est in rem exceptio, ut non quæratur, adversus quem commissus sit dolus, sed an ea in re dolo malo quid factum sit a parte actoris: id-

eoque rei cohæret hæc exceptio, & fidejussori quoque prodest, *l. 7. § 1. de Except.* In hoc convenit cum actione de dolo, quod adversus parentem vel patronum non datur, utpote fugillans eorum famam, sed adversus has personas in factum excipere oportet, *d. l. 4. § 16.* Est & ubi replicatio doli datur, veluti adversus exceptionem SCti Macedoniani, *l. 4 § 14.* Sed contra doli exceptionem non datur replicatio doli, quia in pari causa reus est favorabilior, *d. l. 4. § 13.* Proinde si creditor tuus te deceperit, tu illum rursus, ipsi dolus suus obest, quem ei recte objicis; Ille tuum tibi opponere non potest.

TIT. V.

Quarum rer. act. non datur.

PRoprie actio non datur, quæ est ipso jure nulla: sed hic non dari dicitur, quæ exceptione peremptoria eliditur, ex ratione *l. 112. de R. J.* Vulgo per excellentiam quatuor exceptiones ad hanc classem referuntur, quas vocant litis finitæ; ut Rei jud., Transactionis, jurisjurandi, & præscriptionis. Sed dari plures, docet hic titulus, ut *in l. 2. § 1. & 2.* Qualis, exceptio jurisjurandi, item Vellejani & Macedoniani SCti, ex quibus dantur exceptiones, & tamen actiones inde negari dicuntur, *l. 1. de SC. Maced. l. 2. § 1. de Sc. Vellej.* Sed jurisjur. exceptio huc proprie pertinet, quatenus, cum juratum est, non quæritur amplius an debeatur, sed an juratum sit, ut dix. *ad § 11. Instit. de Action.* adde Pac. *h. num. 1. & seqq.* Denique, si quæ sint exceptiones, quæ sic insunt a parte actoris, ut non actionem quidem, sed plus quam exceptionem pariant, atque jus actoris per se ac immediate mutent, cujusmodi esse quæ ex pactis, incontinenti stricti juris contractibus adjectis, oriuntur, aliquoties diximus ex *l. 40. de Reb. Cred.* tales huc enixe referendæ sunt.

TIT. VI.

De Litigiosis.

I. De Exceptione Litigiosi. II. Pœna alienantis rem litigiosam. III. Quando personales actiones fiant Litigiosæ. IV. Usus tituli.

HUnc titulum e positionibus, ut a Thomasio scholiis suffultæ sunt, exhibebimus. Exceptio litigiosi datur Possessori, qui de re, quam tenet, litigat, adversus eum, qui rem interim a petitore, (non a tertio,) comparavit, *l. 1. § 1. h.*

SCHOLIUM.

Litigiosa res est, de cujus dominio causa movetur judicialiter, inter petitorem & possessorem, auth. litigiosa. C. h. t. *sitque litigiosa tam respectu actoris, ipsa scilicet actio, quam respectu rei, minimum res quæ vendicatur. Effectus vero litigiosi potissimum, (reliquos vide ap. Franzk.* lib. 1. resol. 11. *& Sand.* de proh. rer. alien. Part. 1. c. 9.) *duo sunt, scilicet exceptio litigiosi, & litigiosi pœna. Exceptio litigiosi datur, si actor actionem litigiosam alienaverit, & is, cui alienatio facta, novam actionem adversus possessorem instituat,* l. 1. § 1. h. *Dico, si actor alienaverit. Nam de reo, si is rem alienaverit, causa non videtur esse habilis, in qua exceptio litigiosi adversus eum, qui a reo comparavit, usum habeat. Pœna litigiosi est, quod reus, alienans rem litigiosam, & is, in quem alienatio facta, mulctentur secundum ductum* l. ult. C. h. t. *Sed quid si actor actionem alienaverit, an & tunc pœna* d. l. ult. *habet locum? ita puto, per* d. l. ult. pr. *verb.* vel actiones. *quamvis dissentire videatur Sande* d. l. n. 41. *Ex his simul patet, quomodo differat hic titulus, a titulo* ff. de alienat. jud. mut. causa facta, *tum & a tit.* Cod. ne liceat potentioribus &c. *Ibi enim, ut alias differentias taceam, utrobique coercetur alienatio rei non litigiosæ, actionis quidem in* d. t. Cod. *rei vero in* d. t. ff.

Porro Venditio quidem ipso jure valet, *l. si. de R. V.* sed exceptione vim suam amittit. Sand. *de Prohib. rer. alien. P. 1. c. 9. n. 11. & seq.*

SCHOLIUM.

Jure Novo per l. 2. C. h. t. *verb.* tanquam si nihil actum & l. final. § 1. C. eod. *verb.* irrita rei alienatione. *ipso jure nullam esse ejusmodi venditionem, statuit Franzkius* d. resolut. 11. n. 61. seqq. *cujus tamen textibus facile responderi posset, si quæstio hæc haberet usum.* vid. l. 112. de R. J.

2. Præterea, qui vendit ejusmodi rem potentiori, duplum † adversario solvere cogitur, *l. ult. h.* Lex *ult. C. h.* fisco duplum addicit, sed non loquitur de potentioribus, †† duplo autem continetur res & pretium, *dd. ll.*

SCHO-

SCHOLIUM.

† *Sensus* d. l. ult. Cod. h. t. *hic videtur. Aut emptor scit rem litigiosam esse, aut non. Priori casu, venditor pretium quod accepit, & alterum tantum, fisco præstat, emptor vero rem tenetur reddere, & alteram tantam quantitatem fisco inferre. Posteriori casu emptor nihil præstat, sed venditor emptori pretium conventum reddit, & insuper tertiam pretii partem, fisco vero solidam rei æstimationem infert.* conf. Sande d. l. num. 14. & 15.

†† *Videtur autor per hæc verba*, d. l. ult. C. *eum* d. l. ult. ff. *conciliare velle, quasi nimirum, si res alienetur in potentiorem, duplum sit præstandum adversario, sin in alium, qui non est potentior, duplum addicendum esset fisco. Quæ si autoris mens est, licebit nobis ad eadem recedere, cum regulæ interpretationis bonæ istam conciliationem non admittant, placetque adeo, pœnam litigiosi aliam fuisse jure veteri*, d. l. ult. ff. *aliam jure Novo Codicis*, d. l. ult. C.

RESPONSIO.

Non erat determinata conciliatio, sed notatio simplex ejus quod in textu habetur; unde Lector, quod vellet, existimaret.

N. ADDIT.

Ergo jam agnoscit Autor antinomiam. Interim ego etiam patior, ut Lector observando quod in ejus positione habetur, quid velit, existimet, utrum Autor afferendo distinctionem in potentiorem & non potentiorem, voluerit hanc antinomiam conciliare, nec ne.

Emptor ignorans, pretium a venditore potest repetere, ac insuper trientem; sciens, pretium perdit, & tum singuli mulctantur simplo, *d. l. ult.* Excipiuntur ab hac pœna, alienatio per testamentum, ex causa dotis, donationis propter nuptias, transactionis, & divisionis hereditariæ, *d. l. ult. in fin.*

3. Actiones personales † litigiosæ, non possunt etiam alienari, & fiunt tales post litem contestatam, non prius, ut omnes observant ex *l. 2. C. h. t.* quæ tamen †† diserte ait, actiones esse prohibitas alienari, de quibus ab actore lis mota est, sicut & alias tempus litis contestatæ, refertur ad tempus motæ controversiæ, in *l. 25. § 7. de hered. petit.* scilicet, quibus casibus non tam novatio quam mala fides consideratur, in qua Reus constituitur sola actoris intentione proposita.

SCHOLIUM.

† *Actiones personales equidem litigiosæ fiunt respectu actoris, non vero res, quæ per actionem personalem a reo petuntur, pro litigiosis habentur, vide late Franzk.* d. l. n. 23. seqq. item n. 25. & 39.

†† *Obscuriora hæc sunt. Sensus hic subesse videtur.* Thesis. *Actiones personales demum fiunt litigiosæ post litem contestatam*, d. l. 2. C. hic. Objectio; *Fiunt etiam ante litem contestatam, quia tempus litis contestatæ in legibus nominatum, non excludit tempus anterius*, l. 25. § 6. de Hered. pet. Responsio; *Valet hæc assertio, si sermo sit de reo, ejusque mala fide*, d. l. 25. § 6. *At hic sermo est de actore.*

RESPONSIO.

Non omne, quod volui, complexum est in scholio. Indicare volui, multum referre, dicas per litis contestationem, an per notam controversiam, actio personalis litigiosa fiat.

Exemplo momentum rei patebit. *Henricus Vormholt* cesserat *D. Johanni V. D. W.* obligationem in *Adrianum V. D. C.* ad summam octingentorum florenorum, reliquam e bis mille florenis. Ex qua obligatione *Johannes Adrianum* convenichat, qui excipiebat, eam obligationem esse litigiosam, seque illam condixisse coram Curia. Re explorata, compertum fuit, *Adrianum* dictasse apud Commissarium Curiæ, prævia citatione, libellum conditionis, propterea quod Creditor non implesset conditionem contractus, ex qua nascebatur obligatio. Ad hunc libellum non erat responsum a Creditore, nec *Adrianus* rem ulterius urserat. Ideoque non erat commissa litis contestatio, quæ non minus responsione rei, quam Actoris intentione constat. Plus anno jam erat elapsum, & quæstionis fuit in Curia, essetne obligatio pro litigiosa habenda vel non; multis ita ex communi sententia existimantibus, & sic observatum esse dicentibus, nonnisi per litis contestationem actiones personales fieri litigiosas; Plane, ut aliter quam paribus suffragiis, actionem fuisse litigiosam, concludi, ut debebat, non potuerit, & Reus sit absolutus, *ante ferias Caniculares 1681.*

Cæterum, hoc inter actiones personales & reales interest; Venditio actionum litigiosarum, ipso jure nulla est, *d. l. 2.* cum res aliæ per exceptionem sint inutiles alienatu, ut *superius* dictum est.

4. Moribus hodiernis hunc *tit.* non servari, monet Grœneweg. *ad h. t. C.* Apud nos secus est, & secundum hanc Rubr. judicatur, excepta dupli pœna.

SCHOLIUM.

Moribus hodiernis, res litigiosa vendi, permutari,

tari, obligari, vel alio quo modo transferri in alium potest, salvo jure tertii, ita ut sententia in alienantem postea lata, adversus rei litigiosæ possessorem executioni mandari possit, verba sunt Wissenbachii h. t. th. 26. adductis locis JCtorum quorundam Gallorum & Belgarum. Sed quemadmodum hæc assertio loquitur saltem de re litigiosa, non de actione, insuperque de moribus tantum Galliæ & Belgii, (quanquam nec hujus universi, vid. autor. hic.) *testatur, ac præterea id, quod de executione in tertium possessorem, absque novo processu facta additur, nulli novi est, sed principiis Juris Civilis bene convenit, per tradita Franzk. d. resolut. 18. n. 96. seqq. Ita non vereor asserere, dispositionem juris civilis in hac materia adhuc observari, si ejusmodi alienatio contingat.* Conf. Carpzov. P. 1. c. 32. def. 22.

TIT. VII.

De Obligationibus & Actionibus.

I. Remissio. II. Divisio nova obligationis. III. Qui possint obligari, remissive. IV. Ad definitionem Actionis. V. An actio ab invito etiam instituatur.

Enumeratio specierum loco generis clauditur. Post tot actionum formas, natura actionis ejusque matris, obligationis, tractatur: utrumque caput plena manu dualbus rubricis, expositimus *ad Instit. tit. de Oblig. & altero de Action.* quo lector & auditor æquus se remitti patientur.

2. Hic adde, sis, divisionem, qua dicitur esse simplex, vel multiplex obligatio: Simplex, in qua una res est; multiplex, quæ continet plures. Denique pura dicitur, vel causam habens. Causæ sunt quatuor species, conditio, dies, modus, accessio: & hæc rursus est personæ vel rei; de quibus vid. *l. 44. § 4. h.*

3. Quinam obligari possint, regula tralatitia judicatur; possunt, qui non prohibentur; Rationes prohibendi, fere habuimus ad *tit. Inst. de Inutil. stipul.* & de pupillorum obligatione *ad tit. I. de quasi-contract.* & de minorum *ad tit. supr. de reb. cor. qui.* alibique sparsim.

4. Definitionem actionis etiam in rem actionibus convenire, dictum est ad *pr. tit. de Action.* producta significatione vocis *debetur*, quæ alioqui personalibus tantum & obligationi convenit, non iis, quibus petimus id, quod nostrum est, *l. 27. § 2. & l. 34. in pr. de Aur. & arg. leg.* Alii subtilius hunc nodum solvunt, eo quod actio in rem per litis contestationem quasi ad contractum & ad obligationem redigitur, *l. 3. § u. de Pecul.* quo sensu accipiunt Justinianum in *§ 5. I. de Excep. Si in judicio tecum actum fuerit, sive in rem, sive in personam, nihilominus obligatio durat.* Tu vero contentus sis eo, quod diximus, ut ego quidem censeo.

5. Actionem suam nemo invitus cogitur instituere. Sed Dd. huc trahunt *l. diffamari. 5. C. de ingen. manum.* ex qua volunt, eum qui aliquid jactavit in alterius præjudicium, sive ad rem vel ad personam ejus pertineat, cogi posse, ut actionem suam instituat, vel perpetuum sileat. Etsi autem ea non fit *d. l. diffamari.* sententia, tamen nihil in foro frequentius est, quam usus hujus remedii. Quanquam justæ causæ esse queant, ob quas a necessitate agendi actor excutetur, (†) ut scio de tutore judicatum, qui dixerat, pupillo suo nescio quid juris competere, neque tamen instrumentum probandi habebat in promptu.

SCHOLIUM.

(†) *Qualis etiam est, si debitum sit sub conditione, vel in diem.* Carpz. Proces. tit. 20. art. 4. n. 9. seq. & Jurispr. For. P. 1. c. 7. d. 30.

Alium casum, quo cogitur aliquis instituere actionem, habuimus *ad tit. Inst. de Fid. jus. n. 32.*

SCHOLIUM.

Scilicet remedium ex lege si contendat. ff. de Fidejussorib. *Positio citata, in novissima editione positionum omissa, hæc est:* Attamen pragmatici dant fidejussori actionem adversus creditorem, qua dicat, reum principalem, vel confidejussores, nunc esse idoneos; petere se, ut creditor eos conveniat; alioqui protestetur de periculo futuro, si desierint esse solvendo; quod remedium ex causa, non videtur abs re alienum. Dicitur ex *l. si contendat. 28. de Fidejuss.* quanquam ibi non magis fundatum est, quam actio *ex l. diffamari in l. 5. C. de Ingen. manum.* adeo in foro decantata. Zanger. *de except. P. 3. c. ult. num. 205.* Carpz. *3. resp. 64. n. 8. 9. & 10.* Paulo secus de eo THOMASIUS. *Hoc remedium in reliquis omnibus cum actione ex lege diffamari convenit, præterquam quod in hoc non necesse sit diffamationem factam probare, cum illud in actione ex l. diffamari. requiratur.* Carpzov. d. tit. 20. art. 4. n. 24. *ubi addit: Doctores saluberrima hac actione succur-*

currendum judicasse reo, diffamationis probatione destituto, ne a deductione exceptionis suæ penitus excludatur. Caterum, an hæc observantia & sententia Dd., non introducta sit in fraudem Legislatorum, hic non disquiram. Prohibent sane Imperator in Ord. Cam. Imp. P. 2. tit. 25. in med. *& Elector Saxoniæ* in ord. Proc. tit. 1. in fine, *non admittendam esse actionem ex* l. diffamari. *si diffamatio non fuerit statim demonstrata. Jam cogita: Offert quispiam judici libellum, cujus rubrica:* Actio ex l. diffamari. &c. *Judex eundem reddit ob non demonstratam diffamationem. Actor mox rediens, eundem libellum munde descriptum, cum rubrica* Actio ex lege si contendat. &c. *judici iterum exhibet. Judex non poterit ob dictam Dd. Sententiam, libellum istum amplius rejicere. An igitur legislatores in dispositione memorata, saltem de titulo actionis, & non potius de actione ipsa fuerunt solliciti? &c.*

N. ADDIT.

Jam illud addendum. Sententiam illam, quam defendit Carpzovius, plane erroneam esse, unde non mirandum, quod plerique pragmaticorum ejus errorem hodie agnoverint, postquam Lauterbachius peculiari dissertatione de L. si contendat. *eum refutaverit, & in quo differat actio ex hac lege, ab actione ex lege diffamari, perspicue ostenderit.*

Apud nos hoc remedium *L. si contendat.* ignoratur, nec ut opinor, admitteretur.

PARS VII. PANDECTARUM.

LIB. XLV.

TIT. I.

De Verborum Obligationibus.

I. Remissio. II. De stipulatione sub pœna. III. Sine causa. IV. De usu stipulationis, si voluero.

NOn est alia continuationis, quam a Cujacio tradita ratio; quod stipulatio per se sola non subsistat, verum aliis contractibus adhæreat semper, iisque confirmandis reperta sit, *l. 5. h. t.* Et hac de causa in ultimum locum rejecta esse videtur. Nos in hoc tractatu de Verbor. obligat. ita versamur, ut breviter examinando repetamus ea, quæ ad Institutiones variis rubricis dicta sunt; nec occurrit, quid insuper ex hujus instituti ratione requiratur.

2. Nisi quod in facti obligationibus, id quod interest evitari potest, si mora purgetur ante litem contestatam, implendo factum, *d. l. 84. de V. O.* Hoc autem de pœna non videtur, sed ejus jus quæritur statim ac est commissa, id est, ubi casus extitit, qua pœna vi conventionis peti potuit, *l. 115. § ult. h.* Wissenb. *ad d. t. ff. th. 13.* Porro quod sub pœna promissum est a defuncto, de eo cuncti heredes, etiam qui pro suis partibus solverunt, tenentur ad pœnam, quia particularis solutio non est solutio, & is, qui cessavit, coheredibus suis tenetur, *l. 1. § f. de V. O.*

3. Non valere stipulationem sine causa, diximus *ad Inst. tit. de Inutil. stipul. n. 12.* Hoc vero ita capere noli, quasi nunquam valeat promissio, nisi causa, hoc est negotium aliquod separatum, præcesserit; nam qui nullam habens causam, sciens volens promisit, ille donationis causa promisisse intelligitur, ex *l. 21. de V. O. L. 47. de Op. lib. l. 53. de R. J.* Nec si contrahentes aliam pro alia causam sumant, ut si pecuniam ex empto debitam, quasi ex mutuo in stipulatum deducant, hoc impedit obligationem, quia substantia debiti constat, *l. 6. C. Si cert. pet.* dix. *ad tit. I. de Inutil. stipul. n. 28.* Adde omnino, quæ hac de re habuimus ad *tit. de Condict. sine causa.* ubi in fine exemplum chirographi sine causa, re judicata confirmatum. Deinceps aliud hujusmodi propositum fuit exemplum. Verba chirographi: *Fateor me habere a Lucio Titio mille Florenos, pro quibus ei promitto denos ducatones annuos.* Dubium videbatur, ex hujusmodi chirographo & promissione, non dari actionem prætextu causæ deficientis; Respondi, non videri causam deesse. Promittuntur deni Ducatones annui; Causa promissionis, quod haberet a Creditore mille florenos

nos

nos. Quando ego habeo tuos nummos, tui nummi fiunt mei, & sic oportet esse Mutuum, quod nec obscure arguit usura.

4. Stipulatio, si voluero & cum voluero, quid differant, habuimus ad *d. tit. I. de Inutil. stipul. pag. 306. n.u. in fin. Part. I.* Quem effectum hæ adjectiones habeant, ibidem declaratum est. Plane, si contractui valido Pactum, quod rem a debitoris arbitrio suspendat, adjiciatur, adversus heredem ejus actio datur, ut ex Sandio illic observatum. Addam exemplum rei judicatæ, ut doctrina melius intelligatur. Titius emptor pactus erat, ut si pretium solvere non posset, hoc ei sub usuris pro lubitu retinere liceret, *tot fyn believen.* Defuncto emptore, heres ejus conventus & condemnatus est, in causa *Frits Meinerts*, contra heredes *Schaldt Vajes, d. 15. Jul. 1637.*

TIT. II.

De duob. reis.

I. Remissio. II. Quot modis duo Rei constituantur. III. De beneficio divisionis, exemplum rei judicatæ.

HUnc quoque titulum habes in *Parte I.* sed abrogatum esse magna ex parte, ut ait Grœnewegius, tu credere noli, utique apud Frisios nequaquam.

SCHOLIUM.

Nec apud nos. Vid. Carpz. P. 2. const. 17. def. 9. 13. 14. 15. Conf. Autor in Prælect. ad Inst. h. t. n. 4.

Ad usum rei melius intelligendum, dicemus, liquidissime duos Reos constitui, quando id expressum est, singulos in solidum fore obligatos, ut fere in omnibus hodie fit hujus generis obligationibus. Tamen hodieque idem intelligitur ex modo promissionis; quando plures eandem rem, eidem Creditori, diversis orationibus promittunt, ut in *Inst. h. t.* exponitur. Pone, scriptum esse in instrumento; Titio deberi a Cajo & a Sempronio mille florenos; deinde subjici, Cajum promittere, se Titio soluturum illos mille florenos, item Sempronium, se eosdem mille florenos soluturum: Non est dubium, quin singuli in solidum teneantur, *d. t. I.* Item; si quod promissum est, individuum sit, ut factum, singuli non possunt non in solidum teneri: Promisistis Romam ire, Tabulam pingere pro me; unus vestrum cogi potest, ut Romam eat, tabulamve totam pingat: secus tamen est, si factum sit ejusmodi, quod unus sine altero implere non potest; ut si duo fabri, lignarius & cæmentarius, promiserint ædificare domum, alter sine altero non potest teneri, ambo simul, non seorsim, cogendi sunt. Dix. *jurispr. hodiern. part. 1. lib. 3. c. 25.*

Cæterum, quod diximus ad *h. tit. Instit.* correos non gaudere beneficio divisionis, id ex sententia Doctorum, & mala interpretatione *Nov. 99. c. 1.* secus in Foro receptum esse constat, novissimeque apud Curiam nostram ita judicatum est, inter *Maeike Gerrists* contra *Douwe Sjoukes, ante ferias N. C. 1680.* Beneficium tamen illud cessat iisdem casibus, quibus in fidejussoribus cessare dicitur, adeoque etiam, si quis cum muliere fidejusserit, *l. 48. de Fidejuss.* Secus tamen in Curia nostra judicatum refert Nauta; si modo recte ita observatum. Facti species hæc erat: *Gilbertus Verspeek*, cum matre sua se obligaverat *Titio, pariter, & singuli separatim, tezamen, en elk bysonder:* qua formula sæpe videre contigit homines utentes, cum id agebant, ut duo rei constituerentur; etsi hæc verba contrarium præ se ferant: & creditor in illa causa narrabat, debitorem, qui jurisconsultus erat, sibi persuasisse, tantundem illam formulam valere, quasi dictum esset, *tezamen en elk voor't gebeel.* Curia Verspeekium pro parte duntaxat condemnavit, matre, quæ sine viri consensu contraxerat, obligationi licet subducta. Non tam, opinor, quod correus, femina correa, non in solidum teneatur, quam quod *singuli separatim* obligati, non sint correi, sed ut vox indicat, *separati debitores.* In causa *N. Vander Heiden* contra *Gilbertum Verspeek. d. 27. Octobr. 1643.* Cætera ex dictis ad *Institutiones* repetantur.

TIT. III.

De Stip. Serv.

ETiam de hoc capite sat dictum in *Inst.* & obsoletum esse cum servis, palam est. Quærere tamen lubet; cum servus plurium dominorum communis stipulando omnibus & singulis acquirat

rat, cur idem ſtipulando illi *aut* illi e dominis, neutri acquirat, ſed τὸ ἰσχύον, ut eſt in *l. 13. h.* corrumpat obligationem totam *l. 9. § 1. & l. 13. h.t.* Ratio eſt, quia cum ſervus non ſit capax juris, quo conſtat obligatio, ſed merum ſit inſtrumentum facti, non poteſt per eum acquiri obligatio, niſi recta via perſonam inveniat, cui jus obligationis ἀμέσως applicetur: Talis autem perſona non reperitur in ſtipulatione alternante, cum ſervus ait; Illi *aut* illi e dominis meis: conſtare debet, *quis?* in continenti atque immediate, *dd. ll. cum l. 11. & 12. junctis* quæ dicta ſunt ad *h. tit. Inſt.*

LIB. XLVI.

TIT. I.

De Fidejuſſionibus.

I. Remiſſio, & obſervationes de acceſſoria fidejuſſionis natura. II. Non obligari fidejuſſorem ad mortem, carcerem, exilium. III. IV. V. Non valere tacitam beneficiorum renunciationem, exemplis declaratur. VI. Caſus novus, quo ceſſet beneficium ordinis. VII. De beneficiis diviſionis monita quædam. VIII. An beneficium Ceſſionis, poſt ſolutionem adhuc uſum habeat. IX. Caſus rei judicatæ ſingularis. X. Alius.

HUnc titulum, & ſequentes hujus libri præcipuos, *ad Inſtit.* ita edidimus, ut ad paratitlarem explicationem, quæ nobis eſt propoſita, nihil admodum deſiderari videatur. Plane, fidejuſſionem eſſe acceſſoriam obligationem, res loquitur, & indicat *l. 1. h. t.* non obſtante *l. 95. § 3. de Solut.* ubi fidejuſſio dicitur principalis obligatio, propter reſtitutionem in integrum, quæ de fidejuſſione petita fuit.

Aliter reſpondent alii. vid. Wiſſenbach. h.t. th. 1.

Oportet igitur, ut fidejuſſio valeat, conſtare de principali obligatione. Nam ſi quis ſimpliciter ſe debitorem profiteatur, ex cauſa quæ ad alium pertinet, non eſt fidejuſſio, ſed potius novatio, vel etiam agnitio proprii debiti, in quod alius ſeſe uti obligandi inſtrumentum habeat. Ita viſum eſt de chirographo, in quo Titius fatebatur, *ſe debere centum florenos, quos frater ejus & ipſe conſumpſerant.* Conventus ex eo, petebat beneficium: Sed negatum eſt, nec habitus ille pro fidejuſſore, in cauſa *Anne Jans Beerwinkel, contra Hectorem Murray, ante ferias Canicul. 1680.* ſecundum ea, quæ dicta ſunt. Ferme eadem ratione, eodemque eventu judicatum eſt in hac ſpecie, Tres ſorores in eodem inſtrumento ſe profitebantur obligatas, ſingulæ in ſolidum, cum renunciatione beneficii diſcuſſionis, & Sti Vellejani: Sed una ſubſcripſerat. Hæc in ſolidum condemnata eſt, etſi non renunciaverat beneficio diviſionis, quia ſola debitum agnoverat, ut pro ſpecie novationis habenda eſſet obligatio; cui ſubſerviebat Vellejani & excuſſionis renunciatio, ſine mentione diviſionis beneficii. Ita in cauſa *Jan Kienſes Tadema*, contra *Heſſelum Johannis, ante feriar N. C. 1681.*

2. Fidejuſſio non poteſt intervenire in cauſis criminalibus, quarum pœna pertinet ad corpus; hactenus enim nemo ſe obligare poteſt, per *l. 13. ad l. Aquil.* ut dix. *in prælect. ad Inſt. n. 1.*

Adde Wiſſenb. th. 3. *Dn. Puſendorf.* Lib. 5. cap. 10. § 12.

Rationes, quæ ad corporis pœnam vetant aliquem obligari, de carcere idem ſuadere videntur; præter quod omnis obligatio eſt de dando vel faciendo, quod utrumque ad patrimonium ſpectat, unde carceris conditio eſt alieniſſima: rationes contrarias removet Bachovius *ad Treutl. h.t. th. 4. lit. f.* a qua ſententia quod ſe diſſentire, alibi probaſſe, refert Thomaſ. *ad poſ. 3. h.t.* nos heic non morabitur.

N. ADDIT.

Nos vero morabitur, ut de novo quid addamus, & judicium Lectori committamus. Addemus autem I. ſcholium alterum, ab autore plane heic non memoratum, quod carceris conditio non pertineat ad res in patrimonio, ubi adjeceram, quod nullum videatur ſubeſſe abſurdum, ſi dicam, libertatem, quæ in obligatione ad carceres quaſi ſub conditione alienatur, ſit in commercio. Deinde addam ex notis ad Strauchium XIV. 16. p. 160. ſeq. *probationem adſertionis contrariæ. Quæſtio de obligatione ad carceres facile ſolvi poteſt. Nam ejusmodi pactum juri naturali non eſſe contrarium concedit Dn. Schilter* de jure obſid. addit. ad c. ii. n. 26.

n. 26. (*etiam ad carceres privatos, si a statu civili abstrahamus.*) *Juris Saxonici observantiae idem convenire, docet* P. II. const. 21. ibique Carpz. def. 1. *Tantum quaestio est, an id conveniat principiis Juris Romani? Affirmat cum aliis Dn. Carpz.* d. loc. *Negat Dn. Schilter* d. c. n. *ubi rationibus Carpzovii satisfacere laborat, quibus tamen non obstantibus, placet mihi sententia affirmativa, tum arg.* textuum in l. 9. de serv. export. l. 56. ff. de contrah. emt. l. 1. & 2. C. si manicip. ita fuer. alien. ne prosit. l. 1. C. si serv. export. veniat. l. 3. § generaliter. & § si quis volentem. ff. de lib. homin. exh. *tum vel maxime, (si quis per ea, quae his textibus reponit Dn. Schilter* d. l. *moveatur,) ob istam rationem, quia Jus civile hoc pactum nusquam prohibuit. Nec obst. (quae unica est ratio Domini Schilteri,) quod Carpz. fateatur, obligationem ad carceres esse speciem oppignorationis, jam vero oppignorationem liberi hominis esse prohibitam,* l. 6. C. quae res pign. oblig. poss. vel non. *Resp. enim, vel textum prohibere oppignorationem liberorum hominum aliorum, non sponte consentientium, ob istam causam, quia eos non habemus in bonis, quo spectant, praeter verba initialia, & verba ultima* d. l. 6. nili in his, quae quis de bonis suis. *conf. Brunnem.* ibid. *vel loqui de oppignoratione in specie sic dicta, quae fit cum traditione possessionis, (quo faciunt verba:* pignoris titulo accepit,) *quae itidem prohibita est, quod sapiat carcerem privatum. Pactum obstagii, ex rationis identitate etiam non repugnare juri naturali, fatetur Dn. Schilter.* d. addit. ad cap. II. n. 26. *Quamvis autem putet idem, illud Juri civili contrarium esse, tamen nec hoc procedit, per ea, quae jam de obligatione ad carceres dicta sunt. Licitum etiam fuit olim pactum obstagii, Jure Imperii Romano-Germanici,* per recess. Imperii de anno 1543. tit. von wucherlichen Contracten. § so auch eine Schuld-Verschreibung. *Imo & jure Saxonico per ea, quae ex Besoldo refert Bese* disput. inaugur. de obstagio, sub Auctore nostro Jenae 1672. habita, c. 2. § 2. *Adde Carpz.* P. II. c. 22. d. 30. n. 2. 3. 4. 5. *Caeterum Jure Saxon. Electorali,* d. P. II. const. 12. § Wir wollen auch das Einreiten. &c. verbis: gäntzlich verboten haben. *& Jure Imperii notiori,* recess. Imper. de anno 1577. tit. von wucherlichen Contracten. § wiewol auch in des H. Reichs. *ob nimium eorum abusum, pacta obstagiorum in totum sunt prohibita, ut adeo non agentiri possim Carpzovio* d. l. def. 31. *statuenti, non obstantibus dictis prohibitionibus, Imperiali atque Electorali, valere adhuc pactum, quo debitor, si in solutione cesset, se incerto loco statuum, & antequam Creditori fati facium sit, ab illo non recessurum promittit, cum hujusmodi pactum, vi definitionis, sit revera pactum obstagii. & vero ex verbis Imperialis & Electoralis constitutionum satis aperte constet, propter abusum, etiam usum pactorum obstagii sub se subsistere, ut ita necesse sit, praedicitum Dnn. Scabinor. Lipsiens. a Dn. Carpz. ibi subjectum, ad constitutionem, per quam illae constitutioni Electorali derogatum sit, rejicere: Quamvis enim Dn. Schilterus* d. l. addit. ad c. II. n. 16. in fin. *putet, opinionem Mevii & Redekeri, statuentium, jus obstagii ab Imperii ordinibus in ipsorum provinciis, salva constitutione Imperii, denuo certis conditionibus introduci posse, cum gravo satis accipiendum esse, ne fraus fiat legi Imperii, adeoque non tam de formali obstagio intelligendam, quam de obligatione ad arrestum: docet tamen Bese* d. disput. c. 3. th. 3. & 4. *formale obstagium hodie adhuc in Holsatia, Electorato Brandenburgico, & Ducatu Magdeburgico, item in inferiori Saxonia, obtinere.*

In easdem rationes impingere videtur obligatio ad exilium, quae non minus ab juris civilis ratione aliena videtur, ut probat Goedd. *tr. de contrab. stipul. c. 6. n. 416.* etsi novissime dissentiat D. Wissenbach. *ad h. t. th. 4.*

SCHOLIUM.

Cujus opinio iterum mihi pro Auctoris placet, tum quia hic minor est obligatio, quam ad carceres, tum quod Jus civile hoc nusquam prohibuit. Alia vero est quaestio, An expediat Reipublicae, ejusmodi fidejussores in exilium mittere; quam hic non definio. Conf. interim Dn. Pufend. lib. 8. c. 3. § 2. circa fin.

RESPONSIO.

Paenae sunt inventae, ut Respubl. satisfiat ad emendationem, ad exemplum, ad vindictam; cujusmodi nihil est in exilio, aliis quam damnatis irrogato. Sufficit, ejusmodi mihil in legibus, quae de solutionibus agunt pecuniariis, reperiri.

N. ADDIT.

Prior pars responsionis pertinet ad quaestionem, an expediat resp. tales fidejussores in exilium mittere, in qua non repugnavi sententiae Auctoris. At quaestio est, an in potestate fidejussoris sit, se ad exilium obligare. Affirmo, quia nusquam legibus est prohibitum. Omne vero, quod non est prohibitum,

licet

licet. Quare sua mole cadit responsio Autoris, sufficere, quod id non sit in legibus concessum.

Obligatio ad obstagium, sive ad custodiam, ni debitum certo tempore solvatur, olim apud Germanos frequens, prohibita est Lege publica.* Recess. Imper. de ann. 1577. *tit. 27.* Gail. *2. observat. 45.*

3. De beneficiis fidejussorum, & quibus casibus cessent, dictum est similiter *apud Inst.* ubi & de Renunciatione, quam expressam esse oportet, specialem esse non oportet. Expressa, inquam, ne quisquam juri æquissimo, & naturæ negotii convenientissimo, nisi id bene valideque constet, renunciasse videatur. Plane, si nihil aliud dixerit aut scripserit Fidejussor, quam quod in ipsa fidejussione fuit comprehensum, antequam beneficia fuissent introducta, quorum primum *divisionis*, auctorem habere constat *Hadrianum*: nulla est causa statuendi, per ejusmodi verba renunciatum esse beneficiis. Ergo, si fidejussor dixerit aut scripserit, se velle teneri *ut principalem*, cum hæc sit natura fidejussionis notissima, cui demum per beneficium Ordinis sive Excussionis, in *Nov. 4.* derogatum est, non potest illa formula renunciationem hujus juris inferre. Nam hisce demum verbis, & huic fidejussionis obligationi, beneficium illud applicatum est a Justiniano: Proinde nunc etiam a sponsoribus eodem sibi modo applicari potest. Ea de re diximus *apud Inst.*

4. Eademque ratio versatur in hoc casu: Fidejussores obligantur *in solidum*, & singuli pro omnibus. Hos amisside beneficia Ordinis & Divisionis, tanquam ex jure Civili, auctor est Grotius *Introd. lib. 3. t. 3. n. 54.* ubi, *een voor al, ofte elck sonderling*; quod Grœnewegius *ibi* pluribus confirmat Edictis municipalibus. Ego tamen magis adsentior A. Matthæo, *tract. de obligat. disp. 31. th. 9.* neganti, talibus dictis inesse renunciationem beneficii divisionis. Nam de Ordinis sive Excussionis quod scribit Grotius, hoc etiam illis verbis amitti, adeo non habet speciem, ut concisô genere styli id ei excidisse putem. Textus in diversum clari sunt in *l. 51. h. t. l. 3. C. h.* ubi; *Nam licet significes, adjectum esse in obligatione, ut singuli in solidum tenerentur; tamen hæc res nihil mutat constitutionem juris.* Item, inter eos si fejussores actio dividenda est, qui *solidum & partes viriles promiserunt, d. l. 51. pr.* ubi notes oportet, verba exacte respondentia Grotianis, quando plures fide sua esse jusserunt, *solidum aut partes viriles; een vor al, of elk een deel;* hoc casu ne quidem opus esse beneficio divisionis; tunc enim ab initio non nisi pro parte singulos esse obligatos, contare scribit Papinianus *d. pr. l. 51.*

5. Tenendum igitur, expressa opus esse renunciatione beneficiorum, quibus cum æque gaudeant constituatores, *l. f. C. de Const. pec.* his eandem regulam esse applicandam, vult ratio juris, de qua tamen aliquando secus judicatum recordor, in hujusmodi specie; *Promitto me soluturum, cum primum monitus fuero, duo millia florenorum, quæ Titius debet*; hac lege, ut mihi cedatur actio contra Titium. *ante ferias Canicul. 1681.* Aderat tamen & alia ratio, quasi Constitutor in illa specie novationem fecisset, qua de re *ad tit. seq.*

6. Porro inter casus, quibus cessat ordinis beneficium, veteres & hunc retulere, si quis pro magno Principe, vel admodum potente, qui non possit cogi ad solvendum, fidejusserit, ut testatur Schneidewinus ad § *si plures. Inst. de Fidejuss. n. 6.* cujus rei hæc ratio reddi potest, quod inter partes id actum videatur, ut ne discussio expectetur ejus debitoris, qui discuti non possit, quam rationem secuta est Curia nostra, cum Ordines Frisiæ per suum Quæstorem pecunias accepissent fœnebres, & Quæstor pro Ordinibus debitorem se constituisset: ei deinceps beneficium discussionis imploranti, denegatum est, In causa *Mariæ a Schwartzenburg cum sociis, contra Gosticium Hiddema Frisiæ Quæstorem. d. 24. Martii 1640.*

7. De beneficio divisionis, ejusque renunciatione,** præter ea, quæ habuimus ad *Inst. n. 7.* & modo locuti sumus, hæc notabimus: Utrum plures

* Et lege Saxonica *Constit. 22. P. II.* quam illa publica Imperii lex est insecura. Holsati tamen hujus Juris tenacissimi sunt, ut ex constitutione Christiani IV, Daniæ Regis, & Adolphi Holsatiæ Ducis 1604. & alia ejusdem Regis, & Friderici Holsatiæ Ducis 1630. editis, ipsisque Imperii recti Constitutionibus, Instrumento Pacis Osnabrugens. *art. VIII. §. Indaganda* & *Recess. Imp. de A. 1654. § 130.* videre est. Videsis Doctiss. Porgieseri *Commentationem de Obstagio, tractatui de Indole & Natura Pignoris adjecto, cap. maxime V.*

** Hoc beneficium cessare, si fidejussores se obligaverint in solidum: Samt und sonders einer für alle, und alle für einen. tradunt Coler. *P. 2. dec. 220. n. 42.* Richt. *Vol. 2. Cons. 263. n. 9. sq.* j. Schulter. *ad ff.*

fidejussores diversis temporibus, an pariter dati sint, nihil mutat jus divisionis, *l. 43. & l. 48. §. 1. h. t.* Nec refert, utrum plures fidejussores pro fidejussore primo, an pro ipso reo dati sint, *l. 27. §. 1.* Sed inter fidejussorem, ejusque fidejussorem, non fit divisio; vires enim sequentis fidejussoris primo sunt aggregandæ, *d. l. 27. §. 2.*

SCHOLIUM.

Si scilicet hunc solum conveniam, vel illum solum: Habebit tamen fidejussor fidejussoris exceptionem ordinis, si prior fidejussor nondum fuerit excussus.

8. De beneficio Cessionis, nihil est quod addamus ea de re dictis ad *Inst. n. 8.* nisi quod ratio, cur Doctores aliqui velint, cessionem post solutionem ab uno fidejussore in solidum factam, utiliter institui; atque adhuc sufficere ad actionem adversus confidejussorem dandam, secus ac adversus correum, paulo clarius explicanda videtur: Ajunt, quod est verum, Correos habere non nisi unicam obligationem, quæ per solutionem ab uno Correorum factam penitus tollitur, ideoque tum nullo modo in alium transferri potest. Sed in fidejussione sunt plures obligationes, una principalis debitoris, & fidejussorum totidem quot sunt personæ. Quando jam unus fidejussorum solvit, debitor quidem ipso jure liberatur, *d. t. Inst. in fin. Quib. mod. toll. obl.* sed quia fidejussores propriis stipulationibus tenentur creditori, & fidejussor, qui solvit, hoc non egit; ut solveret pro confidejussoribus, sed pro debitore principali, Confidejussores non directe, sed per consequentiam atque per exceptionem removentur, ut ipso jure adhuc vivat eorum obligatio. Hæc ratio accedens ad æquitatem subveniendi fidejussoris imprudentiæ, si prætextum sustinendi cessionem post solutionem factam præbere potest, ratio tamen non patitur, ut Creditorem, cui solutum est quicquid ei debetur, adhuc quod cedat habere dicamus. Sed hac quæstione plane non est opus, post ea, quæ diximus ad *tit. de Mandato n. 9. p. 958.*

9. Fidejussorem simpliciter datum, in perpetuum obligari, diximus ad *Inst. h. t. n. 10.* sed addam facti speciem, non spernendæ dubitationis. Octo Cives *Harlingani*, spoponderant pro mercatore quodam facultatibus lapso, in mille sexcentos florenos. Instrumentum quasi ad omnes populos scriptum erat, in quo declarabant, se potestatem facere *Wibio*, sic erat nomen, emendi vina pro dicta summa, quam, si ipse deficeret, se soluturos pollicebantur, singulos scilicet ducentos florenos; hoc erat adjectum, ne beneficio divisionis opus esset. Wibius a quodam Mercatore Amstelodamensi vina comparat pro florenis 1640, eique tradit instrumentum sponsionis. Solvit etiam, & rursus emit variis temporibus, pro 1030. florenis; solutiones faciebant 1900. florenos; Restabant quadringenti, quos Creditor a Sponsoribus Harlinganis petebat. Hi respondebant; Nos spopondimus pro mille sexcentis florenis, quos jam pridem principalis debitor collocavit eosdemque solvit, ac ita nos liberati sumus. Creditor contra; Quamdiu ille vestrum habebat instrumentum, ejus facultate poterat uti, modo non obligaret vos ultra summam præscriptam; quia fidejussio simpliciter & sine limitatione temporis erat concepta; proinde si post emtionem mecum peractam, cum eodem instrumento se contulisset ad alium mercatorem; huic vos æque fuissetis obligati. Si non nisi de primis *mille sexcentis* consilium vobis fuisset obligari, ut illis consumptis, fidejussio consumeretur, id exprimendum, aut instrumentum citius repetendum fuisset, *l. 7. C. Locati.* Contra Sponsores; quod ipso jure commissum & finitum erat, ad hoc exprimendum aut revocandum se non fuisse obstrictos arguebant. Et hæc ratio, quanquam pro Creditore non deerant qui juris rationem militare statuebant, tum quidem in Curia nostra prævaluit, etsi fidejussores ex alia causa, de qua *ad tit. de Solution.* partem debiti solvere condemnati sint.

10. Difficultas inveniendi fidejussorem, sæpe tanta est, ut ea res, cujus gratia fidejussor datur, in ipsius manibus relinquenda sit, & quia rebus alienis incumbere eaque specioso prætextu retinere, ἐράσμιον πρᾶγμα, ut ait Justinianus *Novell. 72.* *amabile negotium habetur*, quæritum est, an alia securitate præstita, cogi possit, ut rebus cedat. Exempli gr. Qui sententia vicit, a qua Supplicatio sive Revisio petita est, non potest ad executionem procedere, nisi fidejussione pro judicato Revisionis præstita, in casum, retractationis *Nov. 119. c. 5.* Nemo fidejussor esse vult, nisi re pecuniave controversa in manibus suis collocata. Lis multos annos pendet, ut fit, apud nos imprimis in casu Revisionis. Victor alio fidejussore oblato, aut pignore sufficiente pro sorte

Ex. 48. §. 30. sed in Electorali Saxonia de contrario usu, testantur Harrm. Pistor. *Obs. 112.* Carpz. *P. 2. C. El. 12. def. 9.*

& ac-

& acceſſoriis, cavet ſponſorem indemnem fore, peritque reſtitutionem. Fidejuſſor tamen negat reſtitutionem, niſi a ſponſionis obligatione liberetur, quod non niſi ab adverſario fieri poteſt; Is autem ad hoc nullo modo compelli poteſt. Dicendum igitur, fidejuſſorem cogi ad reſtitutionem, admiſſa cautione pro ſua indemnitate, quæ ſufficiat; quia certi juris eſt, ut qui rem alienam tenet, eam domino, ſi juſta ex cauſa pro indemnitate caveatur ipſi, reſtituat. Poteſt tamen eſſe res dubia, ut viſum in tali cauſa. Titia & Caja, cum duobus fratribus heredes alicujus factæ, ipſæ partes ſuas acceperant, fratres aberant, nec, ubi & an usquam eſſent, conſtabat. Proinde partes eorum adminiſtrandæ, ut juris eſſe, diximus *alibi*, ſororibus erant permiſſæ ſub cautione. Quæ cum fidejuſſorem invenire non poſſent, pecunias collocaverant apud Sempronium, hac lege, ut donec fratres adeſſent, aut de morte eorum conſtaret, is bona cuſtodiret, uſurasque ſolveret exiguas. Sorores ad paupertatem extremam redactæ, cum jam fratres plus annis triginta abfuiſſent, petebant a Sempronio, ut ſibi illa bona reſtitueret, aliumque fidejuſſorem ſatis idoneum pro indemnitate ipſius offerebant; qui jam nulla fere ſpe reditus fratrum, facilius, & meliori conditione potuerat inveniri. Sempronius offerebat reſtitutionem, ſi ab ſua fidejuſſione liberaretur. Quod non erat in poteſtate mulierum, quæ ſcilicet ut bona fratrum ipſis plane concederentur, nondum impetrare potuerant, eo quod nihil plane de morte illorum conſtabat, neque tanta ætas adhuc effluxerat, quæ præſumptionem de morte peremptoriam inferre poterat, qua de re locuti ſumus *ad tit. de Probat. n. 19. pag. 1123.* non erat tamen invidendum ſororibus, quibus reditus conceſſi erant, ſi ſortem alibi æquioribus uſuris ſub pari cautione collocare poterant, nec ille cauſam recuſandi, certus indemnitatis, habebat. Ideo pars dominorum ubi illa conditione reum condemnabant; pars, ægre tamen, Reum, offerendo reſtitutionem, ſi a fidejuſſione liberatus eſſet, abſolvebant, & ſic abſolutus eſt *ante ferias Paſch. 1681.*

Tit. II.

De Novationibus.

I. Remiſſio, & obſervationes quædam ſingulares. II. Eſſe novationem, qua dominus fundi Colonum ſecundum, cui primus ſublocavit, pro Colono ſuo recipit. III. Conſtituti a Novatione diſcrimen.

Huic Rubricæ ſatisfactum eſt *ad tit. Inſt. Quib. mod. toll. obl. n. 12. & ſeqq. & ſupra tit. de Judic. n. 30.* Tu hic obiter nota, vulgo pro novatione ſumi, confectionem novi inſtrumenti ſuper eodem debito: quod verum non eſt, etſi debitum augeatur, ſi modo qualitas non mutetur; appellatur tamen abuſive novatio in *l. 57. de Adminiſtr. Tut.* A. Matth. *tract. de oblig. diſp. 45. th. 23.* ſicut eam haberi neceſſe fuerit, ſi de priori, & quod eadem ſit, non liquido conſtiterit; prudentiaque opus eſt in hujusmodi novationibus inſtrumentorum, ut parata ſit fides obligationis priſtinæ, contra eos quorum intereſſet, hanc quoque eſſe novam, Nota II. delegatio tollit exceptionem doli, qua debitor contra delegantem, ſe uti poſſe ſciebat, *l. 12. h.* nec etiam ſi ignoraverit, contra novum creditorem habet hanc exceptionem, verum tunc delegantem convenire debet, *d. l. 12.* quod in fidejuſſore ſecus eſt, *l. 32. de fidej. l. 7. §. 1. de excep.* vid. *ſupr. tit. de Mand. n. 31. & ſeqq.* III. Si creditor, facta delegatione, novum debitorem non ſolvendo reperiat, regreſſus ad priorem debitorem minime datur, niſi is dolo malo adfirmaverit, eum eſſe idoneum ſatis, *l. 7. §. ult. & l. ſequ. l. 25. & l. 38. de dol. mal.* A. Matth. *d. diſp. 41. th. ult.*

2. Quando accidit, (ſæpe uſu venit) ut dominus fundi novum Conductorem, cui Colonus fundum ſublocavit, acceptet pro ſuo Colono, iisdem licet omnino conditionibus, quas primus habuerat, hæc eſt Novatio, per quam primus Colonus liberatur, eſt enim adſumptio novi debitoris in locum prioris. Ac ideo ſi contingat, ſecundum eſſe reliquatorem mercedum, primus pro illis non tenetur: qui teneretur, ſi novatio facta non eſſet. Uſu venit, ut tali caſu dominus executionem dirigeret in domum ſecundi conductoris ſibi pignoratam, in quam Sublocator habebat hypothecam priorem: At dominus pati debuit, ut primus Conductor idemque Sublocator, eum ab hoc domo omnique adverſus petitione ſubmoveret. *Arte Jacobs* Curator liberorum *van Tjepke Tjepkes*, contra *P. W. Procuratorem Dominæ ab Urſule &c.*

ante feriat Quadrages. 1650. Quæ res commonefactos habere debet homines, ut in ejusmodi occasionibus novationem excipiant, quæ alioquin ex mutatione personarum, ubi nulla fidejussionis species, necessario præsumitur.

3. Constitutum non esse Novationem, diximus *ad tit. de Constit. pecun.* nec ideo, quod quis sine fidejussione se debitorem pro alio constituit, novationem committi, satis ibi demonstratum est. Non erat igitur novatio in illa specie, quam *tit. præced. n. 5.* proposuimus, pro qua tamen habitam fuisse recordor, sed erat constitutum solvendi quod alius debebat: quod etsi minus evidenter hodie a novatione distingui potest, sublato stipulationum a pactis distinctarum usu; manet tamen hæc differentia, quod novatio non præsumitur, ubi non exprimitur, & ubi potest esse sponsio vel participatio alieni debiti, *l. ult. C. de Novat.* Accedebat in proposito exemplo pactum, ut cessio fieret constituenti in principalem debitorem, manifesto argumento, non esse delegationem, primique debitoris liberationem. Conter. *d. n. 5.*

TIT. III.

De Solutionibus.

I. Quis, cui solvi possit. II. Quæstio illuc pertinens. III. Quid solvendum; una solatione tolli debitum plurium causarum. IV. Cui ex pluribus debito, imputetur facta solutio. V. De solutione debiti sub usuris, & sua pœna. VI. Item annui Debiti. VII. Ubi & quando facienda solutio. VIII. De Oblatione remissive. *IX. De Confusione.*

Et iam de solutione diximus *ad tit. I. Quib. mod. toll. obl.* Neque dicta repetemus, sed non erit otiosum, sequentes articulos recensere. Quis, cui, quid, ubi, quando fieri possit solutio. I. Quis? non modo debitor ipse, qui alienandæ rei suæ potestatem habet, *l. 19. § ult. h. t. l. 10. C. eod.* sed & Procurator & negotiorum gestor, *l. 18. C. h. t. l. 45. § ult. de negot. gest.* & quivis alius, ut dix. *ad tit. I. Quib. mod. toll. obl. n. 4.* De his, qui sub Cura sunt, diximus ad *§ ult. Inst. per quas person. cuique acquir.* II. Cui? Solvitur non modo ipsi creditori, sed & procuratori curatorive ejus, *l. 12. & l. 14. h. l. 24. de Neg. gest.* vel cuicunque alii, jubente & adsignante creditore, *l. 49. D. h. t.* specialiter scilicet: Nam Procuratori ad litem non potest solvi, *l. 84. h.* nec præposito ad locandum, merces solvi potest, *l. 1. § 12. de Exercit. act.* nec ideo mandatarius ad vendendum, recte solutionem accipit; sed opus est speciali mandato, vel generali ad omnia bona, *l. 12. in pr. h. t.* quo respectu Tutoribus etiam recte fit solutio, *l. 14. § 1. h.* Quod si dominus solutionem aliis factam non habeat ratam, datur ei condictio, vel vetus actio, *l. 14. in pr. h. t.* Nisi ex circumstantiis liqueat, ut sæpe usu venit, hoc actum esse, ut per consequentiam Procurator ad actum aliquem, solutionem ejusdem cautæ faciat vel accipiat, ut in *l. 35. h. t.* Sand. *3. 16. 2.* Si quis obligationem cesserit alii, nunquid debitor adhuc solvere potest cedenti, ut cessionario non teneatur? Potest tuto, nisi denunciatum ei sit, ne solveret cedenti, vel certior de cessione factus fuerit, *l. 3. C. de Novat. l. 6. C. de hered. vel act. vend.* quod confer & refer ad ea, quæ dicta sunt ad *tit. de Mand. num. 12. sub fin.*

2. Quæritur, si capta civitate, debitor hosti solvere coactus sit, an hoste pulso, verus creditor adhuc agere queat: Negatur, nisi debitor ante hostis adventum in mora fuerit, *arg. l. 13. de Negot. gest. l. 28. § 1. de V. O. l. 27. § ult. de Leg. 3.* Mornac. *ad l. 13.*

SCHOLIUM.

Hæc quæstio quamvis recte definita, tamen quia ad Jus naturale spectat, ex aliis principiis decidenda est, quam ex legibus civilibus.

RESPONSIO.

Si nullus est melior Juris naturalis interpres, quam Legislator Romanus, ut vel ejus inimici fatentur, non possunt argumenta ejus juris, ab ejusmodi Quæstionibus esse aliena. Sed et quia ex ratione Juris Gentium publici & civili privati mixta: eumdem materias ad illud Jus Gentium pertinentes, ex Jure Civili plurimum illustrari, docet Grotius per totum Jus B. & P.

N. ADDIT.

I. Nescio quos hic intelligat Justiniani inimicos Autor. 2. Ego ex illis nominem neminem. Neque enim tales sunt, qui meas, sive prudentiæ Justinianeæ eas partes laudes obtendant. Ut vero nemo ubi sit caveatur, nullam ego veram Juris naturalis interpretem, quam Justinianum vel Tribonianum, cum omnes leges, quarum Tribonianus autor est, ejus cognominem Ulpianum ut ita ubi-

que

que demonstrent. II. Dum vero Grotius materias ad jus Gentium pertinentes ex jure civili plurimum illustrari, per totum opus docet, per Jus civile non intelligit constitutiones Justiniani, sed potissimum Pandectas seu ruderа ex Scriptis eruditorum ac prudentum JCtorum hac diligentia Triboniani ad interitum redactis. III. Aliud est, definire controversiam, seu adhibere argumenta probantia, de quo locutus sum in scholio, aliud, adhibere argumenta illustrantia, de quibus loquitur Grotius. Illustratio enim potest esse sine probatione, secundum vulgatum: Exempla non probant, sed illustrant.

3. Solvendum porro quod debetur, ut dictum ad *Inst. h. t.* sed quæritur, si res alia volenti in solutum data sit, eaque evicta fuerit, utrum prior obligatio duret; quòd videtur, quasi ex prævio tacito consensu, *l. 46. h. l. 8. C. de Sent. & interloc.* Solutionem quoque per partes, invito obtrudi non posse, dictum est ad *Inst.* quod si volenti partem debitor solverit, etiam reliquum agnovisse videtur, *l. 2. C. ad SC. Macedon. l. 7. §pen. D. eod.*

4. Si unicum sit debitum, & plures debendi causæ, non est dubium, quin unica numeratione omnes liberentur, *l. 33. §2. h. l. 44. h. t.* non obstante, *l. 84. eod.* ubi dominus non dicitur solvisse totum, ne solvisse quidem omnino dicitur.

SCHOLIUM.

Stringit tacite Wissenbachium, qui ad h. t. th. 16. *dicit, in* d. l. 84. *supponendum esse, quod Dominus de peculio servi conventus, non solidum, sed partem debiti solverit. Verius enim est, dominum ibi nihil solvisse, ut Autor hic.*

Porro qui ex diversis causis debens, partem solvit, imputare potest quod numerat, ei causæ, cui voluerit, *l. 1. de Sol.* si non dixerit, creditor id facere potest, modo sine captione & in continenti, *d. l. 1. de Solut.* Neutro apud solutionem id exprimente, imputatur ei debito, quod maxime debitorem allevat, *d. l. 1. & seqq.* potius quod satisdato, quam quod sine satisdatione debetur, *l. 4. h.* si nullum prægravet, antiquiori, *l. 5. in pr.* cunctis partibus, imputatur universis, *l. 9. eod. tit.* adde *l. 97. h. t.* Quem usum hæc habeant, exemplo declaretur. Sector publicus petebat rem in auctione a Primo emptam, in quam ipse habebat hypothecam, & jus retentionis ex pacto, quamdiu pretium non erat solutum. Emptor eam rem vendiderat Secundo, qui per hypothecariam conveniebatur. Hic re explorata, opponebat, venditorem suum Primum solvisse plus quam pro re illa debuisset. Sector repliciam solvit, se collocabat, summas a Primo pro variis mercibus debitas, inde solutiones variis temporibus factas; quibus collatis restabat ei summa notabilis, pro qua jus hypothecæ implorabat. Si non fuisset additum, in quam debiti causam facta fuisset quæque solutio, recte potuisset ipse solutionem factam, cui debito vellet, imputare; sed a debitore dictum, idque rationibus adjectum erat, solutionem pro mercibus Junio mense comparatis esse factam: Atqui patebat, rem controversam mense Junio fuisse emptam, & sic hypothecam per solutionem ipso jure esse liberatam, in causa *Wilhelmi Hilarii Quæstoris auctionum Leovardiensis*, contra *A. B. d. 18. Jun. 1681.*

Addamus aliud exemplum, quod *ad tit. de Fidejussor. n. 9.* in alium finem retulimus. Mercator lapsus bonis, sponsione nova pro certa summa fretus, emerat denuo a veteri creditore, eique diversis pecuniarum summas solverat. Hic solutiones successive posuerat e regione debiti tam veteris quam novi, e postremo collatis omnibus *reliquum* prædicto loco expressum, quod a Sponsoribus petebat. Hi præter rationem *supra* adductam, movebant, Creditorem non debere solutiones post suam sponsionem factas imputare veteri credito; quippe eo subducto, debitorem, pro quo illi spoponderant, plus solvisse quam post tempus suæ sponsionis emisset. Creditor contra; Cum debitor simpliciter solvisset, in sua id esse potestate, cui debito solutiones imputare vellet. Aut in dubio, vetustiori debito imputationem esse faciendam, quod pro sua intentione foret. Atque ea sententia vicit: Etsi in contrarium dici poterat, solutionem simpliciter dictam imputari debere ei debito, quod fidejussores habebat, *d. l. 3. h. t.* secundum quam rationem fidejussores *Harlingani* fuissent absoluti. Nam in proposita facti specie neuter dixerat, in quod debitum solveretur, *utriusque demonstratio* cessabat, ut ait *d. l. 4.* Tum vero ita juris est, quemadmodum audivimus ex *l. 4.* Tu dices, cessante demonstratione, præsumendum est, Creditorem fecisse imputationem in vetus debitum, pro quo non habebat sponsorem; de novo debito securus erat. Responderi potest, debitoris esse priores partes imputandi; at is præsumendus est, malle de duplici, quam una principali obligatione se liberare, quæ est fidejussoria cum principali, & ideo

ideo hanc præsumptionem vincere oportere; sed magis est, ut præsumptio hac parte non admittatur, quia debitoris imputatio a creditore potest recusari, *l. 2. h.* Denique lex vult, in dubio magis id solutum videri, pro quo satisdatum est, quam antiquius *d. l. 4. & l. 5. in pr.*

5. Quod si vero debitum sit usurarium, solutio, omnium primo usuris, postea sorti imputatur, nec id debitor mutare potest, *l. 5. § pen. & ult. d. tit.* idque ideo, ne usuræ pereant: quia sorte soluta, usuræ, quæ ex judicis officio debentur, peti non possunt, ut *alias* dictum, cui accedit, quod inter partes id actum sit, ut usuræ manente sorte solverentur, ideoque juxta illum ordinem solutio facta præsumitur; nisi quando usuræ non sunt liquidæ, sed controversæ, qua de re Sand. *3. 16. 3.* Scilicet, non modo principalem, sed & accessorias obligationes perimit solutio, qualis est pignorum, fidejussorum, omnesque cautiones, *l. 38. § 2. & l. 44. eod.* Quando sub pœna aliquid debetur, sorte (c) soluta, pœna exigi nequit, *l. 10. § 1. de Pact. l. ult. Quod cert. loc. & l. 28. de action. emp.* pœna soluta in sortem imputatur, (d) *l. 42. Pro soc. l. 28. de Action. Emp. & l. 44. § pen. de O. & A.* nempe, si quis rem aut pœnam sit stipulatus; Nam quod in pœnam tardæ solutionis, aut delicti exactum est, lucro cedit (e) creditoris, *l. 79. de furt. l. 6. de Locat.* excepta specie *l. 22. de pignor. act.*

SCHOLIUM.

(c) *Id est, debito principali.*

(d) *Hoc est, si pœnam solverit, debitum principale peti nequit, nisi in quantum plus in eo est.*

(e) *Id est; poterit tunc etiam debitum principale post jam acceptam pœnam exigi.*

6. Nota denique, eum, qui debet annuam quantitatem, reditusve annuos, nec omnium solutionem probare potest, sufficere, si probet triennii proximi solutionem, per *l. 3. C. de apoch. publ. lib. 10.* junct. *l. 1. C. de fideicomm.* Mascard. *de probat. conclus. 1327.* Wissenb. *ad h. t. th. 16.* Hinc quæsitum fuit, quid juris in tali specie. Venditum erat prædium duobus aureorum millibus, certis pensionibus solvendum: Kalendis Majis quingenti, sequentium annorum Kalendis Majis centeni, usque ad universam solutionem erant solvendi. Instrumento venditionis erat inscriptum, omnes pensiones a secunda ad ultimam esse solutas, de prima nihil constabat, & res inter Creditores agebatur. Venditor primam pensionem jure prærogativæ adhuc petebat; sequens Creditor solutionem præsumptam ex quindecim terminis posterioribus arguebat. Sed venditoris intentio prævaluit, eo quod memorata præsumptio locum habeat in annuis reditibus æqualibusque pensionibus, non in solutione sortis per vices pensionum facienda, & quidem ubi tanta erat inæqualitas inter primam & reliquas pensiones. *In causa Franciſci a Scheltema, contra Aukjen Feickes, Creditricem Reinerii Nardi, d. 27. Octobr. 1640.* Adde Anton. Merend. *6. Controv. c. 22.* Hæc omnia pertinent ad articulum, quid solvatur.

7. Ubi Locus solutionis, ubi nihil est dictum, intelligitur domus creditoris, si modo uterque ejusdem fori sit, per *l. 21. de oper. libert.* Sichard. ad *l. 19. C. de usur. n. 17.* de conventione certi loci, diximus *ad tit. de eo, quod cert. loc.* VI. Tempus, quo solvatur, opportunum sit oportet, & quidem, si pura obligatio, statim peti potest, *§ 2. Inst. de V. O. l. 105. h. t. & l. 21. § ult. de Recept.* at cum temperamento *§ ult. de Inutil. stipul. d. l. 21. § ult. & d. l. 105.* De solutione ejus, quod in diem debetur, egimus ad *d. § 2. Inst. de V. O.*

8. Ad hunc titulum posset etiam agi de oblatione & obsignatione pecuniæ, quæ vim solutionis habet, sed occupatus est hic articulus ad *tit. Inst. Quib. mod. toll. obl. n. ult.* Item *ad tit. Depositi n. 10.* & ad *Tit. de Usuris n. 26. pag. 107. seq.*

9. Agitur etiam de confusione in *l. 75. h. t.* de qua similiter actum in sæpe dicto *tit. Inst. Quib. mod. toll. obl. n. 11.* Per eam pignora quoque & fidejussores liberari, docet ratio, & textus in *l. 38. in fin. de Fidejuss.* si nempe creditor heres sit debitoris, qui dedit fidejussorem, ut *illic*, quia nunc etiam principalis obligatio tollitur, *d. l. 38.* Quod si fidejussor heres debitoris fiat, ut debitor heres fidejussoris, tollitur obligatio fidejussoria, & manet sola principalis, *l. 5. h. & l. 93. § 1. h.* Verum si correus correo fiat heres, utraque obligatio manet, etsi una solutione perimatur, *d. l. 5.* ac ita in eventu fit confusio, *l. 93. § 1. h. t.* quos textus ita fis, concilia. Denique, si Fidejussor Creditori heres sit factus, æque fidejussoria extinguitur, & manet principalis, *l. 1. § ult. h. t.* Postremo si Creditor uni ex correis heres sit factus, adversus alterum correum, & hujus vel utriusque sponsorem, manet obligatio, *l. 71. in pr. de Fidejuss.*

Heres fiduciarius idemque Creditor, agturus here-

hereditatem ut eandem restituat, prudenter & recte petit, ut sibi de suo credito caveatur, *l. 59. in pr. ad Sc. Trebell.* Si tamen coactus adierit, jus suum non amittit, *l. 4. eod.* Imo nec si volens adierit; etsi enim ex ratione juris confusio debiti causam abolitura sit, æquitas tamen vult, ut ex fideicommisso detur repetitio, *l. 50. in fin. eod.* quod Scævola ibi concise indicat his verbis; *sed fideicommissi repetitio erat.* Adde Willenb. *ad h. t. th. 17.*

TIT. IV.

De Acceptilatione.

I. Remissio, & acceptilationem non recipere diem, vel conditionem. II. Observatio illuc pertinens ad acceptilationem alternativam. III. Convenientia & discrepantia Solutionis & Acceptilationis. IV. Pactum de non petendo, ab Acceptilatione hodieque differre. V. De Apochis & usu illarum.

De Acceptilatione transegimus ad *tit. Inst. Quib. mod. toll. obl. n. 5. pag. 350.* Quibus adde sis, quod in diem, vel sub conditione facta, nullius momenti est, *l. 4. & 5. h. t.* ubi & ratio, quia perimit obligationem ut solutio, cujus non nisi præsens effectus est; accedente hac ratione, quod sit actus legitimus, quales non recipiunt diem vel conditionem, *l. 77. de R. J.*

Et tamen non refert, utrum pura sit obligatio, an in diem, vel sub conditione contracta: omnes acceptilatione tolli possunt, licet effectus acceptilationis, appareat demum existente die vel conditione, *l. 16. de Sol. l. 12. & l. 21. D. h. t.*

2. Huc etiam illud pertinet, quod cum alternativa obligatio unius speciei solutione tollatur, idem alterius speciei acceptilatione contingat, ut nec altera species peti possit, *l. 27. § 6. de Pactis.* Et tamen alternativa obligatio conditionalis, per acceptilationem ejusdem alternativæ non extinguitur, sed altera species, altera pereunte, adhuc peti potest, *l. 13. § 6. h. t.* Quin & si primo absonum videatur, Acceptilationem unius e duabus rebus, obligationem extinguere totam; & totius alternativæ acceptilationem id non efficere, desinet tamen ita videri, si exemplum inducas. *Erotem aut Stichum dare, si navis ex Asia venerit, Spondes? Spondeo.* Est alternativa conditionalis obligatio. *Erotem aut Stichum, si navis ex Asia venerit, acceptum fers? Acceptum fero.* Est alternativa acceptilatio, quæ nondum habet effectum in alterutra specie. Quando igitur Eros perit ante conditionem existentem, Acceptilatio alternativa non est amplius talis, ac ita evanescit. Cæterum, in pura stipulatione & acceptilatione alternativa, cum hæc statim effectum habeat, dicendum, alternativam obligationem per acceptilationem ejusdem generis tolli; Etsi enim talis acceptilatio a solutione differat, quod solutio nunquam alternative fieri possit, tamen Acceptilatio per se alioqui tollit verborum obligationem ejusdem formæ & conceptionis.

3. Usque adeo cum Solutione convenit Acceptilatio, ut si fidejussori acceptum sit latum, debitor etiam liberetur, *l. 13. § 7. h. t.* In aliis tamen discrepant. Quippe non cuicumque solvi, is etiam acceptum ferre potest; adjecto solvi potest, etiam invito stipulatore, § 4. *Inst. de inutil. stipul. l. 12. § pen. D. de solut.* nec tamen is accepto ferre potest, *l. 10. D. eod.* Tutoribus & curatoribus solvi potest, nec tamen accepto ferre directe, *l. 13. § 10. h. tit.* Item, sicut uno solvente correo, alter liberatur, ita si ex pluribus debendi reis uni accepto feratur vel unus stipulandi reus acceptum ferat, reliqui liberantur, *l. 16. D. h. tit. & l. 2. de duob. reis.* Nec adversatur *l. 2. § 3. de V. O. l. 1. C. de Transact.* nec enim de correis loquuntur. Plura Thomasius *hic.*

N. ADDIT.

Nescio vero, cur illa plura non addiderit, præsertim cum non consentiant cum iis, quæ ibi posuit Autor. Nam loco verborum, quæ hic habet. Nec enim de correis loquuntur, *ibi dixerat;* Nec enim secus est, quam si Creditor actiones suas adversus correos cedat. *Ad quæ adjeceram: Hoc videtur Autor innuere: unum correum debendi liberari per acceptilationem alteri factam, a creditore, non vero a correo. si creditor ipsi jus suum ante acceptilationem cesserit. Sed hæc responsio non quadrat* ad l. 1. C. de transact. *quæ aperte creditori post acceptilationem aut transactionem jam factam, adhuc actionem dat. Ergo potius dicendum, ibi sermonem non esse de duobus correis, sed de duobus tutoribus, qui etiam de jure ff. habent beneficium divisionis. Vid. supra* de administr. & per. tut. n. 10. *Quod vero attinet* d. l. 2. § 3. de V. O. *sunt equidem Pauli verba,* pars cæterorum ob-

ligationi supererit, *talia, ut tam de obligatione respectu creditoris, quam de eo, quæ est respectu correorum post cessionem factam, possint intelligi. Sed vereor tamen, ne priorem in mente habuerit, tum propter vocem*, Supererit; *tum quod Paulus in quæstione plane simili a reliquis JCtis dissentiat; de qua supra ad* Instit. de duobus reis n. 4. *Hactenus scholium meum, ex cujus prima parte, ut apparet, Autor jam suam responsionem correxit.*

4. Moribus hodiernis, quod Pactum de non petendo & Acceptilationem nihil differre scripsimus, ad *Inst. tit. Quib. mod. toll. obl. n. 5. in fin.* caute accipiendum, de modo exprimendi pacta non petendi & acceptilationes, eo quod utrobique vulgaria, non concepta verba adhibeantur. Sed usus & effectus & expressio differunt; Aliis enim verbis concipimus id, quod appellatur *kwytscheldinge*, quæ est *Acceptilatio*, & aliis *Belofte van niet manen*, id est pactum de non petendo. Priore modo debitum funditus tollitur, posteriore manet obligatio, manet semper debitum, & debitor; etiam potest ad tempus esse, proque certa persona, ut heredes iterum convenire liceat, quæ de Acceptilatione prædicari nequeunt. Et quidem pacta de non petendo ad tempus, aut a certa persona, longe usitatoria sunt quam simplicia. Qui enim plane vult renunciare credito suo, fere in hoc est, ut acceptilatione utatur, nec forte an adeo, quod ad effectum attinet, inter Acceptilationem & pactum de non petendo simplex & reale, multum interesse dixeris. Instituitur autem Acceptilatio non tantum donandi animo, sed etiam transactionibus hodieque subjungitur, ut diximus *ad tit. de Transact. n. 1. in fin.* atque in novationibus adhiberi solet, ubi pacta non petendi nec hodie usu venire possunt, *l. 4. de Condict. c. d.*

5. Quomodo Apocha ab Acceptilatione distinguatur, habuimus ad *Inst. tit. præd. n. 5.* idque *non minus* hodieque servatur. Quemadmodum Solutio & Acceptilatio in effectis conveniunt, idem de Apocha, quæ est solutæ pecuniæ confessio, intelligendum. Proinde sicut Acceptilatio simpliciter facta, perimit omne debitum, cui subjicitur, *l. 6. h. t.* sic etiam de Apocha existimandum, quando simpliciter, inquam, est concepta. Quin etiam, ubi Debitum est incertæ quantitatis, apocha vero ad illam spectans certam habet quantitatem in dubio totum videbitur esse peremptum, *arg. d. l. 6.* nisi aliud ex circumstantiis colligendum, ut si causa debiti sit ejusmodi, quæ tractum temporis habet; qualis in hoc exemplo: Advocatus clienti suo dederat apocham septendecim ducatonum, pro salario in tali causa. Dein longe majorem summam petebat, in diminutionem quod acceperat imputans. Cliens apocham simpliciter conceptam, ut universi debiti peremptoriam demonstrabat; sed aliter judicatum est, quia pendente lite, scire non poterat, quantum salarium esset futurum: Nec quidem in præteritum vi peremptoria valuit, eo quod Advocati, pendente lite, non habent expeditum, quid expenderint. In causa *A. C. contra Nicolaum van der Laen, d. 7. Mart. 1630.* In dubio tamen, natura negotii non refragante, recedendum non est ab eo, quod diximus, Apocham simpliciter conceptam perimere totum debitum, qua de re judicati exemplum habuimus ad *Tit. de Pactis pag. 625.* etsi prudentius, utrum in totum, an pro parte valeat, exprimatur. Certe nunquam, etsi generalis, ultra debitum cui subjicitur, vis ejus extendi potest; nisi generalibus concepta verbis ad quælibet debita, non ad unum specialiter, se referret; qualis omne quidem debitum prius tempore perimit, ut tamen qui talem habet, restitutionem rei alterius propriæ nullo modo negare possit, *arg. l. 28. § 4. de Liberat. Leg.* A Fab. 4. C. 4. *def. 32.* Postremo tenendum, etsi pro exhibitione instrumenti plerumque sit præsumptio Solutionis, multa tamen evenire posse, quominus id ita præsumatur, ut demonstratum est, ad *tit. D. de Pactis.* Ideoque recte sibi consulere debitores, quando solvunt, si non contenti recipere chirographum, apocham subjici curent; qua de re, aliisque eodem spectantibus actum in *Jurispr. Hod. part. 1. Lib. 3. c. 39. n. 9. & seqq.*

TIT. V.

De Stipulationibus Prætoriis.

I. Parum utilem esse hanc Rubricam. II. Differentiæ inter conventionales & prætorias Stipulationes.

Stipulationes Prætoriæ sunt in *h. t.* non quæ a mero Prætoris officio proficiscuntur, ut *tit. I. de Div. Stip.* sed quæ ex edicto Prætoris injunguntur. Hæ sunt vel judiciales, quæ propter judicium

cium interponuntur, ut est cautio de rato, & judicatum solvi; vel cautionales, quæ ut nova fit actio, intercedunt, ut legatorum, de tutela, de rato, & damni infecti; vel communes, quæ fiunt judicio sistendi causa, *l. 1. pr. & § sequ.* vel conventionales. Sed hæc quadruplex divisio parum liquido usu constat, ut recte Bachov. *not. parat. h. t.* Contentis esse licet nobis ea partitione, quam habuimus in *tit. Inst. de divis. stipul.* quo remittimus Lectorem.

2. Differentiæ inter prætorias & conventionales stipulationes præcipuæ sunt hæ; Prætoriæ per fidejussores firmandæ sunt, *l. 7.* non Conventionales. II. Ex prætoriis actio per Procuratorem acquiritur, *l. 3. & l. 5. h. t.* non e conventionali, *l. 73. § ult. de R. J.* III. Prætoriæ pro parte committuntur, ita ut si a pluribus sint præstitæ ac unus non impleat, reliqui non teneantur, si pro suis partibus satisfecerint, *l. 9. § 1. Si quis caut.* Ex conventionalibus si unus non impleat cautionem, nihilominus reliqui tenentur ad id, in quo unus ille defecit, *l. 5. § ult. de V. O.* IV. Prætoriæ, si fidejussores desierint esse solvendo, rursus præstandæ sunt, *l. 4. de Præt. stip. l. 8. § 3. & l. 10. in f. Qui satisd. cog.* de conventionalibus id nusquam traditur. In prætoriis, Magistratus explicat ambigua, *l. 9. d. t. de prætor. stipul.* in conventionalibus contra stipulantem fit explicatio, *l. 26. de reb. dub.* Agitur ex his stipulationibus, si id, quod convenit, factum non est, adversus debitorem, & ejus fidejussorem, *l. 4. § 2. Rem pup. vel adol. salv. for.* scilicet in id, quanti ea res erit, hoc est, quanti interest factum non esse, aut ad pœnam, si qua sit verbis comprehensa, *l. 6. in fin. hic.* Solet enim omnibus prætoriis stipulationibus facti, pœna adjici, *l. 6. & l. fin. hic.* ad evitandas probationum super eo quod interest difficultates, *d. l. fin. in fin.* Incertum enim continent. *l. 2. hic. § ult. l. de V. O.*

TIT. VI.
Rem pup. salv. for.

Hanc satisdationem Tutor præstat, de qua dictum in *Inst. lib. 1. tit. 24.* Eam stipulatur pupillus, vel alius qui in curatione est, ipse, si præsens sit, & fari possit, licet ejus sit ætatis, ut non intelligat quid agat. Si absit, aut fari non possit, servus ejus. Si servum non habeat, emi debet; si non sit unde ematur, servus publicus apud prætorem stipulabitur, aut Prætor aliquem dabit, qui stipuletur, isque pupillo actionem acquiret utilem, *l. 2. 3. & 4. in pr. & l. 6.* Ex stipulatione oritur actio, quæ contra tutores & eorum fidejussores datur finita tutela, *l. 1. hic.* contra protutorem vel curatorem, & fidejussores ab eis datos, statim ac quæque res salva esse desiit, *d. l. 1. & l. 4. § 7.* Hac autem actione id consequitur pupillus, quod in tutelæ judicium venit, *l. 5. § 6. & l. 9. hic.* Moribus hodiernis, sicut *apud Inst.* dictum, rarius in usu est satisdatio. Verum stipulationes semper a Magistratibus exiguntur, easque Tutores jurejurando confirmant.

TIT. VII.
Judicatum solvi.

I. Remissio, cum quibusdam singularibus. II. De uno judicio facta num valeat in alio. III. Usus ejus.

De hac cautione diximus *ad tit. Inst. de Satisdat. in pr. n. 4. & seq.* quorum summa hæc est. Jure Veteri reus actione in rem conventus, satisdabat judicatum solvi, secus in actione personali, *pr. I. de Satisd.* Ratio, quia judiciis realibus agitur de corporibus, quæ perire vel deteriora fieri possunt, in personalibus vertuntur quantitates, quæ nec perire nec deteriores fieri possunt, *arg. l. 11. C. Si cert. pet.* Habet tres clausulas hæc cautio, rem defensum iri, dolum malum abesse abfuturum esse, judicatum solutum iri, *l. 6. h. t.* Ex una causa sive clausula hæc stipulatio commissa, ex aliis amplius committi nequit, *l. 5. § 2. eod.* si videlicet idem, & ex eadem causa, ab eodem petatur: alias secus est, *l. fin. eo. t.* Ea res latius exponitur in *l. 13. pr. h. t.* ubi & hoc discimus, ob rem non defensam, non committi stipulationem, si res ad litis contestationem non pervenerit; sed tantum, si post litis contestationem eremodicium fuerit contractum.

2. Porro, cum & hæc stipulatio ex conventione partium pendeat, *consentaneum est, si quis ad aliquem judicem iturus, judicatum solvi stipulatus sit, apud alienum vero agat,* stipulationem

non committi, & fidejussorem non teneri, *l. 3. in pr.* nempe, si nomen judicis in stipulatione fuerit expressum, cautumque sit, *ut quod Sempronius judex judicasset, id præstaretur*, *l. 20. h.* quo casu ne quidem apud judicem appellationis, tenet hæc cautio judicatum solvi: *nempe si reus in priori instantia fuerit absolutus* & in appellatione condemnatus, ut est in specie *d. l. 20.* Quod si Reus, qui cavit judicatum solvi, priore instantia condemnatus sit, quia tum fidejussor tenetur, appellatione interposita non potest desinere teneri, quoniam nihil ea pendente novandum est, *Tit. D. Pend. appel. nih. innov.* Ideoque & fidejussoris obligatio suspenditur, donec reus a superiori judice sit absolutus; si vero condemnetur, fidejussorem omnino teneri necessum est: quod multo magis dicendum, si cautio in rem facta sit, nulla certi judicis mentione facta; tametsi Bartolus in *d. l. 20.* contra senserit. Verum id, quod diximus, Curia nostra secuta est in hujusmodi casu: Titius pro Cajo judicatum solvi fidejusserat, in causa *sub judice Leovardiensi* pendente; Cum autem Cajus condemnatus appellasset, fidejussor credens se facilius contra mandatorem suum, quam adversus eum, cui ex fidejussione obligatus erat, auditum iri, petebat, se per Cajum onere fidejussionis liberari, idque duplici ratione: prima, quod cum mentione judicis Leovardiensis fidejussisset, ideoque apud supremam Curiam non teneretur; altera, quod fidejussor post condemnationem adversus debitorem agere possit, ut liberetur, *l. 38. § 8. Mandati.* Ad priorem rationem modo responsum est, eaque ad posteriorem perinde sufficit. Nondum enim est in statu condemnationis, qui appellavit, cum sententia per appellationem suspendatur, imo rescindi dicatur in *l. 1. § ult. ad Sc. Turpil.* Bartolus in contrarium motus est, maxime verbis *§ si vero aliquis. 4. in fin. I. de Satisdat.* ubi fidejussor judicatum solvi, teneri dicitur ad præstandum *omnia, quæ in condemnatione continentur*, NISI PROVOCATUM FUERIT. Ex quibus verbis, Bartoli sententiam claro & evidenti testimonio confirmari, scribit Fachinæus, in *lib. 8. Controv. cap. 57.* cui proinde suæ approbationis calculum adjicit, quod nobis non videretur. Nec enim Justinianus in *d. § si vero.* docet, fidejussorem non teneri amplius appellatione interposita, sed non cogi præstare, quod in condemnatione continetur, cum ejus vis provocatione suspendatur; Ideoque secundæ instantiæ eventus expectandus est. Atque ita Curiæ nostræ visum, Fidejussorem, qui judicatum solvi caverat apud Judices Leovardienses, Reo ibi condemnato, per appellationem interpositam non liberari. *In causa N. vander Leely, contra Gabrielem Roqueval, ante ferias Pentecost. 1680.* Quanquam Fachinæus in *pr. d. cap. 57.* inter omnes constare scribit, si nomen prioris judicis in cautione judicatum solvi expressum sit, fidejussorem in causa appellationis non teneri, per *d. l. 20.* quæ tamen agit de casu, quo *petitor appellavit*, Reusque prima instantia absolutus est: Tunc nihil est causæ, cur fidejussor certi judicii, illo finito, amplius teneatur. Verum an is, qui in rem fidejussit, promisitque se judicatum soluturum, sine mentione vel respectu judicis certi, liberatur etiam, ubi semel reus est absolurus, appellatione licet interposita? Non videtur, etsi Bartolus & Fachinæus ita enixe velint. Rectius Martinus Glossator, aliique laudati a Fachinæo tenent, eo casu fidejussorem teneri, dum causa peremptorie decisa, & in statum executionis deducta sit, quod ex generali conceptione verborum, quæ cum effectu accipienda, sine dubio colligendum. Trentacinqu. *lib. 2. Resol. 3. de Expens.* Anton. Gabr. *Comm. Conclus. lib. 3. de Fidejuss. concl. 4.* Tessaur. *Decis. 202.*

3. Quando jure novo, moribusque hodiernis usum habeat hæc Satisdatio, diximus *ad Inst. d. tit.* Reducitur ad duos fines, Arresti relaxandi, & Interventionis, sive defensionis: De Arresto diximus ad *tit. de in jus voc. p. 599.* idque jam tota Europa notissimi usus habetur, Arresta tam personalia quam realia, solvi per satisdationem de judicato solvendo, quod & meritissima juris ratio postulat; ne quis alium hominem alienamve rem, si caveatur, detineat. De interventione hac, curate diximus ad *tit. de Procurat. pag. 661. & seqq. part. præced.* ubi quod subjecimus, a necessariis defensoribus non exigi hanc cautionem, id de absolute necessariis, qui judicio ab Actoribus compelluntur, non de his, quos ibi secundum quid necessarios appellavimus, accipiendum.

TIT. VIII.

Rem ratam haberi.

I. Usus hujus cautionis. II. Etiam extra judicium. III. Casus quibus cessat.

Procu-

Procurator actoris, cujus mandatum aliquo defectu laborat, stipulanti reo promittere debet, Dominum, quicquid egerit Procurator, ratum habiturum, idque per fidejussorem confirmandum est, *l. 1. C. de Procur. l. un. C. de Satisd.* Idem potest habere locum, quando Statutum requirit, ut Procurationis instrumentum a Notario scribatur, quod apud nos sancitum. Non est juris dubium, quin heic defectus cautione de rato suppleri possit, nec opus, ut ea causa Procurator exceptione cum expensis, ut fit, se rejici patiatur, quod offerendo cautionem evitare potest, utique posse debet. Si quis omnino mandatum ad agendum non habeat, eum nullo modo admitti, exceptis, sub hac cautione, personis conjunctis, diximus *ad tit. de Procurat. p. 660. part. præced.* ut inter personas conjunctas sit etiam uxor, qua de re dix. *sup. p. 1225.* Ferme idem obtinet in aliis negotiis, unde actio nasci potest, *l. 20. h. t.* Eadem ratio est in actoribus civitatis, ut si dubitetur, an sint actores vel Syndici, caveant de rato, *l. 13. de Adm. tutor.* quod cum rarius eveniat, hinc tales, ut & curatores bonorum, non cavere dicuntur, *l. 9. h.*

2. Nec tantum in judicialibus, sed etiam in contractibus obtinet hæc cautio, *l. 2.* cum hoc effectu, ut si non fiat quod est promissum, per defectum ratihabitionis, is qui cavit, ejusque fidejussores, in id quod interest teneantur, *l. 13. h. t.* Cum autem in extrajudicialibus hæc cautio fiat eodem fine, quo in judicio, suppleudi defectus mandati causa, rursus apparet, quam frivolus sit usus ejus in maritis, qui pro uxoribus agentes, se pro his de rato cavere profitentur, cum hi nullius indigeant mandati, ut jam demonstratum est ad *tit. de Tutela pag. 1227.*

3. Cessat hæc cautio, I. Si Procurator injudicio sit datus, nisi reconventionis causa, *l. un. C. de Satisdat.* II. Si in libello Principi oblato professus sit actor, se dedisse Procuratorem, *l. 21. h. t.* Vid. *ad tit. I. de Satisdat. n. 9.*

LIB. XLVII.

TIT. I.

De Privatis delictis.

I. Continuatio, & de voce delicti. II. Definitio, & quo sensu non omne factum turpe sit delictum. III. Delictum e facto materiaque sui æstimandum, non animo solo. IV. De imperfectis delictis. V. Quid turpitudinem delicti faciat.

Absolutis omnibus, quæ ad Contractus & negotia judiciaque Civilia pertinent, sequuntur duo, quos Justinianus vocat, terribiles libri, de Maleficiis, eorumque pœnis. Crimina, delicta, maleficia dicas, non multum quidem interest, *l. 131. in fin. de V. S.* nisi quod delicta generalius, crimina tristius aliquando graviusque, *l. 8. §. 2. C. de Vet. jur. enucl.* maleficia de fraudulentis magis, quam audacibus; flagitia de turpioribus exaudiri videntur, ut exemplis demonstrare longius, quam difficilius foret.

2. Sunt autem *Delicta*, si definito opus, *Facta turpia, quæ Legibus puniuntur.* Est heic genus & differentia. Tu dices, nonne sufficit ad delicti naturam, ut sit *factum turpe*, quod ibi tantum generis loco ponitur? Non videtur, quia sanctione legis opus est, ut factum pro delicto in civitate habeatur: quo pacto si Malmesburiensis philosophus dixisset, *ex lege Civili sola colligendum esse*, quid fas, quid nefas, quid honestum, aut scelestum sit, dum ait; *Quid furtum, homicidium, adulterium, & injuria sit, id ex legibus civilibus cognoscendum est. tract. de Cive cap. 13. §. 7.* non esset adeo intolerabilis sententia, quam esse probavimus *part. 2. Digress. lib. 1. c. 8. num. 10.* Hæc cum illa, positio nihil habet commune; Is enim ita censet, eos, qui sunt in statu naturali, id est, qui non sunt eodem Imperio devincti, juris, hoc est ejus quod fas, nefas, bonum, scelestum vocatur, inter se non habere communionem, nec inter se injurias posse committere. Nos, quicquid est turpe, semper esse nefarium & *injustum* arbitramur, Τὸ γὰρ μὴ καλὸν, ἄπορ' ἔφυ καλὸν, ut Euripides: sed delicti æstimatio civilis a pœna dependet, *l. 42. de Pœn.* Atqui ut non omne honestum legibus, tanquam necessarium præcipitur, ita nec omnia turpia puniuntur, ut probavimus *d. lib. 1. Digress. c. 2. n. 4.* Dicat Martialis in masturbatores,

– – Scelus, est mihi crede, sed ingens,
Quantum vix animo concipis ipse tuo.

Et mox, *Istis quod digitis, Pontice, perdis, homo est.*

Non est tamen delictum illud non magis quam ebrietas, quia *Legibus* non *punitur*. Adjungunt igitur hæc verba differentiam definito, ut ita loquar, essentialem, nec adeo debent abesse.

3. Sed quod delicta vocantur FACTA, suggerit has observationes: Primo, quod delictum in cogitatione, cujus pœnam nemo pati dicitur in *l. 18. de Pœn.* non constat, sed adsumpto actu crimina intelligi oportet, *l. 225. de V. S.* Secundo, Cogitatio, si ad factum processerit, non dat formam delicto, si corpus sive materia facti non conveniat. Ideo qui nunquam rem alienam invito domino subtraxit, qui nunquam matremfamilias alienam contrectavit: tametsi putet se fecisse, non est fur, nec adulter, *d. l. 225.* Si credat aliquis, invito domino se rem ejus contrectare, domino autem volente id fiat, dicitur furtum non fieri, § *Sed & si credat. I. de Obl. ex del.* Qui cum alterius uxore cubare se putans, ancillam amplectitur delusus, non est adulter, quia non est verum, quod alienam uxorem corruperit, *l. 6. § 1. ad L. Jul. de Adult.* Etsi coram Deo plane reus sit, ut vere commissi: Juris enim divini est, *crimina mente metiri*, Legislatoris, *quoties manu rem tenere potest*, ut Cicero dixit. Quid est igitur, quod in *l. 14. D. Ad L. Cornel. de Sicar.* habetur; in maleficiis voluntas spectetur, non exitus? & in *l. 5. C. ad L. Jul. Majest.* sic Arcadius & Honorius; *Eadem severitate voluntatem sceleris, qua effectum puniri, jura voluerunt?* Satis constat, hæc loca non de cogitationibus secretis, propositisque solo animo conceptis, sed de actu aliquo adsumpto, vel supposito saltem, accipienda.

4. Sed quousque factum, ut pro delicto habeatur, procedere oporteat, generali definitione statui non potest: Sunt equidem perfecta, vel imperfecta delicta. Perfecta, quæ cujusque maleficii nuncupationem implent; & imperfecta, quæ ad plenitudinem suam non pervenerunt, quod ex singulorum proprietatibus colligendum. In universum, imperfecta delicta non eadem severitate, sed mitius puniri, quicquid Cæsares in *d. l. Quisquis 5.* dicant, jura voluerunt, *l. 3. de His qui not. infam. l. 1. in pr. & § ult. de Extraord. crim. l. 21. § 7. de Furt. l. 16. § 8. de pœn.* Idque ratio suadet omnino, respectu imbecillitatis humanæ, qua primi motus ita non sunt in potestate, ut eorum actus eodem rigore, quo perpetrata facinora excipi debeant. Aliquando penitus transmittuntur, ut in crimine Falsi; Qui scripsit falsum testamentum, si tamen signatum non sit, plane transmittitur, *l. 6. ad L. Cornel. de Falsi.* quod etiam in levioribus flagitiis servatur, ut *d. l 3. Qui not. infam.* Quod si factum sive corpus delicti sit impletum, etsi effectum extra se non habuerit, ideo non definit perfectum esse delictum, ut, si falsum sit perscriptum signatumque, sed nihil inde sit petitum aut exactum, *d. l. 6. in pr. de Falsi.* Denique fit etiam, ut imperfecta facinora pœnis ordinariis subjiciantur, ut in Lege Cornelia de sicariis, de eo, qui cum telo ambulaverit hominis occidendi gratia, constitutum; quin & conscientia sceleris in crimine Majestatis, quod tamen quo pacto sit accipiendum, suis quæque locis videbimus. Porro & consilium aliis dedisse, si modo eventus secutus fuerit, crimen est, *arg. § 11. in fin. Inst. de furt. l. 56. § 1. & l. 53. § 19. de furt. l. 7. pr. D. de pœn.* Et qui opem ferunt, crimen contrahunt, sive ante commissum scelus id faciant, sive in ipso crimine, sive post commissum crimen, si illorum ope reus aufugit, *l. 54. § 4. D. de furt. l. 7. D. ad leg. Pomp. de parric. l. un. vers. & qui eis auxilium C. de rap. virg. l. 1. § 1. D. ad leg. Corn. de Sicar.* Opem tulisse etiam is intelligitur, qui adstitit, tametsi manus non moverit, scil. terrendi causa, *arg. d. l. ll.* Qui mandat scelus, quique mandatum non exequitur, uterque reus est ordinariæ pœnæ, ut diximus *ad tit. I. Mand. n. 5.* Non eadem causa jussus est, quæ mandati. Qui enim jussum ejus, in cujus est potestate, executus fuerit, ordinaria pœna non semper est adficiendus, *l. ult. C. de his, qui sib. adscr. test. l. 8. C. ad leg. Jul. de vi. l. 2. C. de Sep. viol.*

5. Porro non tantum materia facit turpitudinem delictorum, sed & animus delinquentium. Etenim Facta *turpia* dicuntur, non ob culpam, sed quia dolus in iis requiritur, *l 53. fin. pr. de Furt. d. l. 3. de injur. l. 7. ad L. Cornel. de sic.* Solum damnum e culpa æstimatur, § 3. & *seqq. I. ad L. Aquil.* non raro tamen & culpa gravior extra ordinem punitur, *l. 3. § 1. de off. præf. vig. l. 9. l. ult. de Incend. ruin. naufrag. l. 33. § 5. de Pœn.* quin & sola scientia in atrocioribus, *l. 2. ad L. Pomp. de parricid. l. 5. C. ad L. Jul. maj.* Hinc qui dolo capaces non sunt, ut furiosi & infantes, non delinquunt, *l. 12. ad L. Corn. de Sicar.* secus proximi pubertati, *l. un. de R. J. § pen. I. de falsi. l. 31. D. eod.* Dolus non modo propositum est, quo delinquant e. g. latrones; sed & impetus, puta ebrietatis, iræ, amoris, libidinis, *l. 11. § 2. & l. 16. § 2. D. de Pœn. l. 7. § ult. D. ad leg. Jul. repet.* De quasi delictis, quæ sine dolo eorum, qui puniun-

tur,

tur, constant, non est locus in Pandectis proprius, ideoque ad *Instit.* ubi diximus, hac parte recurrendum.

6. Inde etiam repetenda Judiciorum divisio, in publica & privata, quam vid. *ad tit. I. De obligat. quæ ex del. nasc.* Sunt igitur delicta vel privata, vel publica; verum dantur species, quæ & privata & publica delicta sunt; ut si quis instrumenta sua prodita dicat, hoc & privatim extra ordinem, *l. 8. de extraord. Crim.* & publice vindicatur, *l. 1. § 6. ad l. Corn. de falsi.* item concussio, *l. 2. de Concuss. l. 1. & § 1. pr. de falsi.* denique plagium, *l. 1. & 2. tit. ad L. Fab. de plag.* Adde *l. un. C. quand. civ. act. crim.* Ex hac autem lege quæritur, quid juris sit in concursu actionum criminalium: quod eodem modo decidendum fere, quo articulus de concursu civilium actionum, definiendumque, idem non esse bis exigendum; quo facit, quod pœna eleganter æstimatio delicti dicitur, *l. 41. in f. de pœn.* Igitur, cum civiliter de privato delicto ad pœnam actum est, criminaliter de eodem agi non potest, nec vice versa, sed alternative procedendum, *l. ult. h. l. ult. de furt.* add. *l. 7. § 1. de Injur.* & imprimis *l. 56. § 1. de furt.* dix. *ad h. t. Inst. sub fin.* Sed privatum judicium non tollit publicum, quia hæc dantur diversis personis, nec rei persecutoria actio criminale judicium, *d. l. un. Quand. civ. act.* Quod si plura delicta sint, uno licet facto, tum sine dubio datur concursus, *l. 2. pr. & § 1. h.* etsi movet scrupulum *l. 53. in pr. de O. & A.* de qua diximus in *Prælect. Inst. de obligat. ex del. sub fin.*

Porro ex delicto neque civiliter neque criminaliter heredes teneri, pro certo habemus; nisi post litem contest. *l. 1. pr. h.* vel nisi reus diu post stipulationem jud. sistendi causa, decesserit, *l. 10. si quis caution.* qua de re diximus ad *tit. Inst. de perpet. & tempor. act.* Pœnas quoque delictorum in duplum, triplum, quadruplum, moribus hodiernis cessare, manifestum est; qua ratione, & numquid in universum, videbimus *ad tit. de Pœnis.*

Tit. II.

De Furtis.

I. Remissio, & an furta usus hodie pro talibus habeantur. II. Quid si quis partem rei abstulerit. III. Domestica furta lenius an gravius punienda. IV. Positiones quædam aliæ. V. Quatenus pœnitentia furti actionem tollat. VI. Furem præter pœnam corporalem teneri condictione, licet res non extet, ut & ejus heredem.

Non est integrum nobis recedere ab instituto, quod est, alibi dicta non repetere;* ideoque defunctis hac rubrica ad *Institutiones tit. 1. lib. 4.* remissio illuc facta loco expositionis erit.

In lege 18. *de Condict. furt. Furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit.* Item, *qui jumenta sibi commodata longius duxerit, furtum facit. l. 40. h. t.* Negant hodie Pragmatici, talia commissa furti crimine censeri, ut probat auctoritate multa Grœnewegius ad *§ 6. & 7. I. de Obl. ex del.* Quid apud populos, qui jure civili utuntur, ut nostrates? Videtur hac parte mollities temporum cessisse veterum severitati; nec enim pro furtis habentur aut puniuntur, nisi major & exquisita detegatur improbitas. Plane quod ejusmodi facta creduntur hodie furti vitio exempta, fit inde opinor, quod Procuratores Generales nonnisi de ablationibus fraudulentis & gravioribus agunt: Privati vero in duplum vel in quadruplum nunquam agunt, sed condictione tantum in id quod interest, cujusmodi actiones nec speciem, neque titulum furti habent, etsi vera æstimatione talia furti vitio infecta sint. Plane ut recte dicas, furta quidem esse, verum furti actionem de illis non

* Præter ea, quæ de furtis *supr. P. I. p. 355. 358. 359. 360. 361. 362. 363.* monita sunt, hoc loco operæ pretium est observare, (1) non obtinere ratione pœnæ differentiam inter furem diurnum & nocturnum, nec illum gladio, sed ordinaria furum pœna, affici, etiam Jure Saxon Carpzov. *Pr. Crim. qu. 78. n. 9.* Schilt. *ad ff. Ex. 49. th. 8. seq* (2) furtum magnum, pro quo in Saxonia El. tantum habetur, quod 5. aureos excedit, *P. 4. C. 32.* § Wenn einer. puniri laqueo, licet sit simplex, & prima tantum vice commissum, *d. C.* § und soll. parvum autem, si 2½ aureos excedat, fustigatione, carcere vel multa, *d C.* § ferner. sine discrimine, sive prima sive tertia aut secunda vice commissum fuerit. (3) pœnam suspendii in fœmina æque ac in masculo obtinere. Land. R. *l. 2. art. 13.* Carpzov. *P. 4. C. El. 38. def. 10.* (4) in furto non qualificato, pœnitentiam & satisfactionem ab ordinaria pœna liberare, *d. C. 32. f.* § add. Menck. *Tract. Syn. Inst. p. 130. seqq. Pandect. p. 626. seqq.* Berger. *El. Jur. Crim. p. 41. seqq.*

dari.

dari. Idem de plerisque furti usus, & possessionis speciebus, existimandum.

2. Credo nec illam hodie subtilitatem probatum iri, qua is, qui partem ejus, quod totum tollere potuit, abstulit, vi contrectationis fur totius censetur, contra ac si totum tollere nequiverit, *l. 21. §. 8. h. t.* Quid enim, Furatus est aliquis e sacculo ducentorum Ducatonum duos, eritne fur duorum, an ducentorum? Credo duorum, nec amplius repetitur, nec aliter punietur. Imo dixerit aliquis: si animum spectes, certum est, eum, qui totum tollere potuit, plus quam sustulit, furari noluisse: Qui vero sumpsit quantum potuit, de cumulo non portabili, totum animo videri furatum, contra Ulpianum *in d. l. 21. §. 8.* At is magis ad corpus delicti, quam ad animum delinquentis respexit. Hoc autem respectu, absonum dictu est, furem esse totius, qui non potuit fur totius fieri, sicut nemo potest esse fur ejus, quod ferre non potuit. Quatenus vero tollere potuit, hactenus saltem terminos furti habiles adesse, apparet.

3. Paulus in *l. 89. h. Si Libertus Patrono, vel cliens, vel mercenarius ei qui eum conduxit, furtum fecit, furti actio non nascitur;* quia domestica furta mitius habenda sunt, *l. 11. §. 1. de Pœn.* Mirum qui factum sit, ut judicia nostri hominum seculi, tam e diametro Romanis adversentur. Nam hodie furta domestica severius, etiam capite puniuntur, ut testantur undique pragmatici, Grœneweg. *ad §. 12. I. de Obl. ex delict.* Carpz. *Prax. crim. Part. 2. Qu. 82. num. 55.* Etsi Elector Saxoniæ nullum discrimen inter domesticos & extraneos servari voluerit, ut ibidem Carpzovius *n. 56.* Utri rectius, mores an Leges, disceptat, non decidit A. Matthæus ad *tit. de Furt. c. 1. n. 2.* Forte nihil erres, si distinguendum putes inter officium Patrisfamilias & Judicis. De illo, videtur esse durum, ut homines domestica consuetudine devinctos, pater ipse familias severitati publicæ objiciat; præsertim si leviora sint commissa, quomodo sententiam Pauli Marcianus limitat in *l. 11. §. 1. de Pœn.* cui accedit, quod tales domestici plerumque novi sint facinorum, occasionibus abrepti, & emendationis capaces. Quin vidimus graves atque prudentes viros, qui famulos suos gravium quoque furtorum compertos, tamen illis parcere, suisque castigandos remittere, quam Judici tradere maluerunt. Ex adverso alias rigorem eorum, qui mercenarios suos furti compertos, severitati publicæ exposuerunt, vulgo improbatum meminimus. In Judice *qua tali*, magis valet hæc ratio Ciceronis, *Ea maxime peccata esse animadvertenda, quæ difficillime præcaventur. Orat. pro Rosc. Amer.* non esse autem ullis majorem furandi copiam, quam domesticis, res ipsa loquitur. Ac ita nostrates. Non habemus de Furto proprias Leges; Ideoque utimur jure civili hac etiam parte; sed perpetua jurisdictione receptum est, ut si furta domestica publice accusentur, aliquanto severius puniantur, secundum merita circumstantiarum; nunquam tamen ad mortem, vel abscissionem membri, *Nov. 134. c. ult.* sed inustione stigmatis, vel longiori exilio; Nam mortis pœnam in simplex furtum, nos quidem credimus rectæ rationi non minus, & juri divino, quam Romano adversam, ut pridem a nobis aliisque demonstratum; quicquid novissime in contrarium prolixe disputet Carpzovius *Part. 2. Pract. crimin. Cap. 77. n. 14. & seqq.*

4. Qui nummos e re sua, a fure vendita redactos, ei excussit, is furti tenetur, etsi animus lucrifaciendi abesse videatur, *l. 38. §. 2. de Nox. act.* nempe, si is postea contra furem instituat agere furti, *d. §. 2.* tunc enim non abesset animus lucrifaciendi. Sed hodie fur solus actioni erit obnoxius; Qui nummos excussit, nec criminaliter, cum vix deliquerit, neque civiliter tenetur; cum fur eo casu, nisi ipse jam litis æstimationem præstiterit, non habeat repetitionem.

Colonus ob fructus ereptos agit furti, quia interest ipsius, *l. 14. §. 2. h.* imo domino fundi datur actio, per *l. 60. §. 5. ff. Loc.* Sed dic, utrique actionem competere, *l. 82. §. 1. h.* idem de debitore & creditore propter pignus videtur, *l. 12. §. 2. h. t.*

Aliquando furti actionis, & condictionis vocabula confunduntur, ut videtur in *l. 9. pr.* junct. *§. 1. h. l. 9. D. de in lit. jur.*

Plures, qui simul delinquunt & furantur, omnes ad eandem pœnam, & quidem in solidum obligantur, *l. 21. §. 9. & l. 51. ad L. Aquil.* ut nec unius solutio reliquos liberet, *d. l. ll.* quod de publica pœna verissimum, de condictione, quæ datur privatis, secus est, *per l. 57. de R. J.*

5. *Furti* peccato per *pœnitentiam nemo desinit esse nocens, l. 65. h.* Privatis tamen actio, quæ *Moribus* unice rei persecutoria est, post restitutionem a pœnitente fure factam, admittur, *l. 54. §. 3. h.* Publica pœna non remittitur, nec ideo hunc casum inter eos, quibus cessat ordinaria furti pœna, referre necesse est, cum Carpzovio

Part.

Part. 2. Prax. Crim. quæst. 80. n. 65. Nisi quatenus in universum merita circumstantiarum, pœnam aliquando mitigari suadent. Aliter, qui capitis pœnam huic maleficio imposuerunt, qui ob pœnitentiam in tempore demonstratam, *merito* de moderatione cogitant. Idem de Transactione a domino cum fure facta, de qua Carpz. *ibidem n. 80.* existimandum.

6. Sed quæritur, an post corporalem furti pœnam, agi possit adversus furem ejusve heredem ad repetendam rem oblatam; Pœnam dupli vel quadrupli cessare, probavimus *ad Inst. sub fin.* Sed rei vindicationem vel condictionem furtivam cum actione pœnali, seu pecuniaria sive extraordinaria corporali concurrere, nullum est dubium, *§ fin. I. de Obl. ex del. § Ex maleficiis. 13. I. de Action. l. 1. de Privat. del.* A qua sententia juris Civilis eur recedendum sit, nulla reddi potest idonea ratio; cur pœna, inquam, publica, rem suam vel rei suæ pretium, is cujus interest, amittere debeat. Ideoque omnes fere Juris consultos in hac esse unanimi sententia, fatetur ipse dissentiens Carpzovius *part. 2. Crim. quæst. 80. num. 103. & 110.* Ipse ita distinguit, si res extet furtiva, datur vindicatio; si non extet, in id quod interest, non datur actio, *num. 108. & seqq.* Ratio Carpzovii hæc est, *quod iniquissimum, durissimum & crudelitati proximum esset, ut fur ultra pœnam mortis aut corporis adflictivam, damna quoque & interesse sarcire teneatur. Nec ullibi in jure universo cautum reperitur, ut Reus pœnam mortis luat, & simul damna præstet ac bona sua amittat.* Plures habet rationes, sed ad jus Germanicum pertinentes. Quid autem a jure civili & a ratione est alienum, si hoc non est; neminem teneri ad pœnam corporis adflictivam, & ad præstandum id quod interest? An pœna delicti tollet rei persecutionem, quæ tendit ad id quod interest? & tollet regulam juris civilis & naturæ, quod turpia lucra sint heredibus extorquenda? Non est quidem duplici pœna reus adficiendus; sed persecutio patrimonialis & vindictæ nihil habent commune, nec invicem se tollere possunt, ut probatum *ad fin. tit. Instit. de Action.* Quomodo autem hoc fugit ἕρκος ὀδόντων Carpzovii, ut diceret, neminem simul mortis pœnam pati & amittere bona? Quorsum igitur titulus *de bonis damnatorum?* Quod respondet *ad § fin. Inst. de Obl. ex del. & § ex maleficiis 13. I. de Action.* hoc ait esse verum jure civili duntaxat, quo fures pœna mortis aut corporis adflictiva non adficiuntur. Nec corporali quidem pœna? de morte concedimus; de corporali pernegamus. Quorsum enim subscribitur in crimen furti, ad extraordinariam animadversionem, oppositam pœnæ civili, *l. ult. de Privat. del. l. ult. de Furt.?* Non potest hæc non esse corporalis pœna. Verum est, raro his diebus agi ad damni persecutionem contra fures corpore punitos, quia fere sunt inopes. Si vero in bonis habeant, nihil hærendum, quin damni præstatio corporis pœnam comitari possit. Nescio tamen, an hæc opinio Carpzovii non radices aliquas egerit in foro, ut in Curia nostra dubitatum viderim, an fur corporis pœnam passus, etiam ad damnum atque impensas judicii damnandus esset; adfirmantibus quibusdam, id nunquam esse observatum. Sed casu incidente, quo fur seu peculator locuples publice virgis cæsus erat, non est hæsitatum, quin etiam ad damnum resarciendum, & impensas litis teneretur. *In causa Procuratoris Generalis, contra Jan Fransen, ante ferias Pentecost. 1680.*

TIT. III.

De tigno juncto.

Lex XII. tabb. actionem de tigno juncto, in duplum dedit contra eum, qui tignum furtivum ædibus suis junxit, *l. 1. pr. h. & l. ult. eod.* quæ tamen extensa fuit adversus omnes, qui sine furto tignum junxerunt, ut liquet ex *l. 23. § ult. de R. V. l. 7. § 10. de A. R. D.* Placuit hoc in compensationem negatæ rei vindicationis, ne domino injuria facta videatur, cum duplum ei salvum sit. Quia tamen plerumque res mobiles in alienis manibus existentes, vitio furti affectæ sunt, ideo furtivi tigni mentio fit in *h. t.* & sic capienda *l. 63. de Don. int. V. & U.*

SCHOLIUM.

In qua (l. 63.) *tignum furtivum non opponitur bona fide possesso, sed ei, quod sciente domino junctum est, adeoque sub se vi oppositionis omne tignum comprehendit, insscio domino ædibus junctum.*

Cæterum, fur præter actionem in duplum, te-

netur ad exhibendum in id quod interest, *l. 1. § ult. h.* vel rei vindicatione, soluto ædificio, *l. ult. h.* quarum neutra datur contra B. F. possessorem, *§ 29. de I. de A. R. D.*

Tit. IV.

Si is, qui testamento liber esse jussus erit.

Servus, qui in testamento liber esse jussus est, si furtum rei hereditariæ fecerit, ex mera juris ratione non tenetur, quia nec ut servus potest puniri, propter spem imminentis libertatis; neque ut liber damnari, ob rationem in *l. 1. § 1. h. t.* junct. *l. 63. de furt.* Ideo datur utilis actio in duplum adversus illum, quæ est annalis, *l. 1. pr.* quod si post aditam hereditatem res surrepta sit, tunc est actio furti ordinaria, *l. 1. § 5. h.*

Tit. V.

Furti adversus naut. caup. stabularios.

Hæc actio in factum, datur in duplum, de furto in nave, caupona, stabulo, ab ipsis cauponibus vel ministris eorum, non a viatoribus facto. Ratio est in *l. un. § ult. h. t.* quoniam viatores repellere non possunt, sc. regulariter & civiliter non, justa tamen ex causa suspicionis possunt. Sic capesis *l. 1. § 1. Naut. caup. stab.* ubi diximus; & ad *tit. I. de Quasi-delictis pag. 390. part. I.* Moribus hodiernis, non nisi in simplum ex hac causa agi, notum est, ex loco communi de pœnis actionum civilium sublatis.

Tit. VI.

Si familia furt. fecisse dicatur.

Familia hic est grex servorum sub ejusdem domini potestate. Furto ab his facto, non multiplicatur actio noxalis, sed Dominus, qui ignoravit scilicet, liberatur, solvendo quantum solvi deberet, si unus liber homo fecisset furtum, *l. 1. h. t.* quod si nolit, omnes servos dedere debet, *d. l. 1. pr.* De servis eorumque furtis ἀδὲς λόγος, *quod ad mores attinet hoc loco scilicet.*

Tit. VII.

Arborum furtim cæsarum.

Qui arbores alienas furtim cecidit, deglabravit, aut subsecuit, variis tenetur actionibus: I. Actione prætoria in duplum, *l. 7. § ult. h.* II. Actione L. Aquil. III. Actione ex L. XII. Tabb. *l. 1. h.* IV. Furti actione. V. Condictione furtiva. VI. Actione ad exhibendum, *l. 8. § 2. h.* VII. Actione locati, *l. 9.* VIII. Interdicto quod vi aut clam, *l. 11. h.* IX. Coercitione extraordinaria, *l. 2.* Qualis autem hic sit concursus, judicandum ex doctrina generali, quam habes ad *Tit. Inst. de Action. n. 40. p. 424.* item ex *l. 2 inf. l. 9. inf. & l. 11 h. t.* Hujus rubricæ propria, est actio prætoria in duplum, quæ datur ei, qui dominium, sive directum sive utile habet, *l. 5. § fin. hic.* licet fundum vendiderit, *l. ult. eod.* Non datur fructuario, *d. l. 5. § pen.* datur hæredi, cæterisque successoribus, non in heredem, *l. 7. § pen. h.* Si plures deliquerint, cum singulis in solidum agetur, *l. 6. in pr. hic.* Gentes aliæ suas habent pœnas; quarum varias recensuit Schilter. *Ex. 49. § 17. & seqq.* Nostrates * habent mulctam XII. florenorum *primo*, Viginti quatuor *secundo*, Quadraginta *tertium*, præter arbitrariam coërcitionem. De mulcta, parentes pro liberis tenentur, *Lib. 2. Stat. tit. 4.*

* Jure Saxon. Electorali, qui arbores frugiferas cecidit, inutilesve reddidit, præter earum æstimationem, pro singulis 30. solidos, sive duas sexagenas antiquas, præstat, quam multam si solvere nequeat, carcere punitur, ac si grave damnum dolo malo dederit, relegatione etiam vel fustigatione coercetur, *P. 4. C. El. 37.* Quisquis vero furandi animo ligna cecidit, is ordinaria furum pœna afficitur, *d. C. §* und diejenigen etiam suspendio secundum Coler. *dec. 144. n. 24.* Berl. *p. 5. C. 52. n. 54.* conf. Berger. *El. Jur. Crim. p. 57. seqq.* Schœpffer *ad ff. Tit. arbor. Furt. cæs. num. 6. sqq.*

Tit.

Tit. VIII.

De Vi bonorum raptorum.

I. Remissio, & quibus actionibus Raptor teneatur. II. Quæ sit pœna grassatorum. III. Et Rapinam hujus tit. esse diversi generis.

Rubrica duo indicat delicta, Rapinam, & damnum in Turba datum; de priore dictum quod satis sit, *ad tit. Instit. ejusdem rubricæ.* Possunt etiam raptores aliis actionibus conveniri, tam civilibus, ut lege Aquilia, condictione furti, rei vindicatione, aliisque condictionibus, *l. 2. § pen. b. l. 7. & l. 4. C. Fin. regund.* quam criminalibus, *t. ff. & C. ad L. Jul. de vi priv. & L. Jul. de vi publ.* Multum interest, quod ad pœnam attinet, extraordinariam, data quis opera, ac in itineribus, an data occasione litis, subitave cupiditate rapuerit. Primum genus est grassatorum, qui proximi latronibus habentur, & si ferro sint usi, ac sæpius id fecerint, capite puniuntur; reliqui in metallum dantur, vel in insulas deportantur, *l. 28. § 10. de Pœn.* cujus pœnæ proportionem heic locorum sequimur. Altius intonat Carpzovius, * *Regulam*, inquit, *generalem ponere non dubito; Omnis Raptor sive Prædator, qui homines vi aggreditur manuque violenta spoliat, gladio puniri, ejusque cadaver facta executione, Rotæ imponi debet, Pr. Crim. part. 2. Qu. 90. n. 12. etsi tantummodo semel in vita rapinam commiserit, n. 22.* Excellit medicina modum! liceat ἐπιφών. *Et quidem famosos latrones in his locis, ubi grassati sunt,* furca figendos esse, ** respondet Callistratus in *d. l. 28. § 15. de Pœnis, ut conspectu deterreantur alii ab iisdem facinoribus, & solatio sit cognatis & affinibus interemptorum, eodem loco pœna reddita, in quo Latrones homicidia fecissent.* Sed latrones a grassatoribus, qui sunt raptores viarum, differunt, eo quod hi prædæ causa tantum rapiunt, Latrones etiam homines interficiunt, *d. l. 28. § 15.* Non est tamen negandum, Raptores, qui hoc quasi artificium exerceant, ut evadant grassatores, recte capitis supplicio adfici, idque moribus nostris, nec non bono publico esse consentaneum.

2. Verum in hoc titulo, de his potissimum, qui occasione jurgii, petulantiæ aut insolentiæ, cui tamen alieni cupiditas & lucri faciendi studium adsit, rapuerunt, agi videtur. Nam de atrocioribus agitur ad titulum *de Vi utraque, de Effractoribus*, & alibi. Ad rapinam hujus loci pertinet, quod in *l. 3. C. de Vi bon. rapt.* legimus, eum, qui res sibi obligatas eripuit debitori, esse raptorem, & de vi bonorum raptorum in quadruplum teneri. Atqui tales non videri esse raptores, sed tantum jure suo cadere, didicimus ad *tit. Inst. de vi bon. rapt.* Sed revera non agitur in § *l. d. tit.* nisi de his, qui res suas rapuerunt, qui autem res sibi duntaxat obligatas rapuerunt, magis est ut veri sint raptores, *d. l. 3.* Imo idem, dices, de credito rebusque debitis traditur, ut in *l. 12. § f. & l. 13. D. Quod met. c.* At non videtur hoc de vi ablativa, quæ raptorem facit, sed de vi compulsiva, quæ locum faciat edicto Quod metus causa, intelligendum. Sane quod auctor vis factæ in *d. l. 13.* jactura crediti non defungatur, sed etiam in Legem Juliam de vi incidat, in *d. l. 12. § ult.* expressum est. Verum quid si debitor, pacto, quod vocant, executivo, creditori potestatem fecerit, rem alii obligatam quovis loco apprehendendi, debitor autem Creditori rem apprehendenti, restiterit, ac ita Creditor eam rem per vim abstule-

* Hæc tamen Carpzovii sententia legibus Saxoniæ satis convenit. vid ℔. *l. 2 art. 13 P. 4. C. El. 35. § f.* quæ grassatoribus pœnam gladii dictitat. Quod vero cadavera reorum rotæ imponantur, id licet dd. legibus expressum non deprehendatur, diuturna tamen receptum est observantia. Carpz. *Pr. Crim. qu. 90. n. 12. sq.* Id. *P. 4. C. El. 35. def. 1.* Sicuti vero hoc supplicium non mitigatur, licet prima vice commissum fuerit, Carpzov. *d. l. n. 21.* ita nec augetur pœna, ob crimen iteratum. Berger. *Elect. Crim. p. 65.*

** Latrones apud nos, crimine consummato, vivi rota contunduntur. *P. 4 C. El. 5. C. El 35. § f.* Carpz. *Pr. Crim qu 90. n. 61. sq.* licet latrocinium non in via publica, sed privatis ædibus commissum fuerit. *d. C. 5.* Carpz. *l. c. n. 22.* imo quamvis nullum lucrum ex cæde ad latronem pervenerit, cum spe lucri facta occisio ad ordinariam pœnam sufficiat. id. *ad P. 4. C. El. 5. d. 5.* Ob iterationem hujus delicti exasperatio pœnæ accedit, ut latro candentibus forcipibus aduratur juxta numerum hominum occisorum, *O. Crim. n. 130. & 137.* Berget. *El. Jur Crim. p. 115. j.* Carpz. *Pr. Crim. qu. 23. n. 52 seqq.* contra homicidio non consummato, gladii pœna ponderatis circumstantiis obtinet, cui, si spoliatio jam facta sit, accedit impositio cadaveris in rotam. Carpz. *l. c. qu. 22. n. 77.*

rit? Adhuc Raptor esse videtur, quia jus illud prehensionis ex conventione permissum, cis vim violentam consistere debet, *d. l. 3. & l. 176. de R. J.* A. Matth. *de Crim. h. t. n. 3.*

3. Cæterum, Quadrupli pœnam non esse in usu hodie, tam de Rapina, quam de turba, non est quod moneatur. Habebimus locum communem *ad tit. de pœnis;* Jure civili de turba sic est: Si quis sine vi, at hominibus data opera coactis, damnum dederit, vel homines coegerit, alio dante damnum, aut inter eos fuerit, hoc edicto punitur in quadruplum, *l. 2. in pr. §9. & seqq. h. t.* Sed damnum sine vi in turba, non studio ad id coacta, datum, duplo cis annum punitur, post annum simplo, *l. 4. in pr. & § 6. eo. l.* Rapina ubique est quadrupli, sive unus, sive cum aliis fecerit, *dd. ll.* Est autem turba, circiter decem hominum aut plurium, *d. l. 4. §3.*

TIT. IX.

De Incendio, ruina, rate, nave expugnata.

I. Affio hujus tituli. II. Pœna incendiariorum. III. Extraordinaria pœna illorum, qui ex incendio, ruina, vel nave rapiunt aut furantur.

Proprie quidem non agitur hoc titulo, de crimine perpetrati Incendii, vel ruinæ effectæ vel navis expugnatæ, sed de pœna eorum, qui aliquid ex incendio, ruina, naufragio, vel expugnata nave rapuerunt, receperunt, damnumve dederunt. *Rapuere*, per vim; *Recepere*, vel ab aliis dolo malo, vel ipsi amoverunt, *l. 3. §3. & 4. h.* aut alias damnum, etiam sine vi dederunt; omnes in quadruplum tenentur, *l. 2. pr. h. t.*

2. Et hoc quidem hujus tituli proprium argumentum est. Obiter tamen etiam de criminum executionibus horum facinorum agitur, *l. 1. §1.* Qui sciens prudensque incendium fecerit, vinctus, verberatus, igne necari jubetur, *l. 9. h.* aut feris bestiis objicitur, *l. ult. §1.* nisi quod honestiores capite simpliciter puniuntur. Constitutione Carolina supplicium ignis injunctum est, *art. 125.* Apud nos strangulantur ad palum, & mortui torrentur duntaxat; idque etsi honesti sint, ut decrerum vidimus in hominem cognatione & affinitate non e vulgo, qui ex odio adversus Collumanos, cum metu hostium pagum suum reliquissent, incendium in eo fecerat anno 1672. Nec mitiganda pœna, licet ædes propriæ fuerunt, Carpz. *c. l. part. 1. Qu. 38. n. 46.* quod limitandum videtur, si aliis vicinæ, non si loco solo constitutæ fuerint; quo casu extra ordinem puniendi forent, sed & lata culpa non impunita est, *l. 13.* Quo pertinet, quod civitates quædam, eo quod incendia plerumque inhabitantium culpa fiunt, *l. 3. de off. præf. vigil.* mulctam habent statutam in eos, apud quos incendia fiunt. Civiliter sane ex Lege Aquilia, a domino contra culpæ reos agi posse, diximus ad *tit. de Lege Aquil.*

3. De pœna extraordinaria in eos, qui ex incendio, ruina, vel naufragio rapuerunt, abstulerunt, Antoninus Imp. ita; Plurimum interest, peritura collegerint, an quæ servari possint, flagitiose invaserint. Ideoque si gravior præda vi adpetita videbitur, liberos quidem fustibus cæsos in triennium relegabis; aut si sordidiores erunt, in opus publicum ejusdem temporis dabis: Si non magnæ pecuniæ res fuerint, fustibus cæsos dimittere poteris, & omnino, ut in cæteris, personarum conditiones & rerum qualitates diligenter æstimandæ sunt, *l. 4. §1. h. t.* Expugnatio ipsa, ratis aut navis, ad vim *publicam* pertinet, de cujus pœna videbimus ad *titulum* ejus prædicamenti.

TIT. X.

De Injuriis.

I. Remissio. Injurias nimis leves non esse in judicio admittendas. II. Convicii significatio ad hunc usum. III. De injuriarum in Magistratus actione. IV. Et de actione, quæ datur Magistratibus. V. Quomodo injuriæ æstimentur, ubi de jure Frisico hac parte. VI. Quibus ex causis pœnæ Statuti augeantur. VII. De Recantatione injuriæ verbalis. VIII. De extraordinaria criminali pœna.

Huic Rubricæ prolixe satisfecimus *ad Institut.* ideoque selecta quædam ad usum pertinentia collocabimus. Nusquam Jurisprudentia magis a philosophia, loquor etiam maxime de Christiana, quam in vindicandis injuriis discrepat. Quæ enim hæc alto animo sperni jubet, illa serio per-

perſequitur, & cuſtodiendæ paci in populo, qui non capit philoſophiam, perſequi debet; ſic tamen, ut judicis officium ſit, præcidere ineptiarum querelas, cujusmodi hæc; Objectum erat convitium alicui, *quod porcum interfeciſſet.* Probato convitio, ſed non probata cæde porci, Judex inferior reum condemnaverat; A Curia ſuprema appellans abſolutus eſt, quia ne vulgi quidem judicio pertinet ea res ad infamiam, etſi in multis Germaniæ locis indignior de cædibus animalium ſit hominum opinio, *d. 5. Nov. 1680.* Alius a mercatore quodam in ſolutum nummos, ut ajebat, improbos acceperat, etſi non probarat. Habens in manu ejusmodi nummos, in cœtu dixerat, *tales nummos cudit ille;* qui cum inde quaſi falſæ monetæ cuſæ inſimulatus ageret, non auditus eſt; *ante ferias natalit. 1679.* Sed probans quod alter adjecerat, quatenus Creditores ad ipſum accederent, ſolitum eſſe abſcondere ſe in penuario; cum hoc ad fidem mercatoris minuendam ſpectaret, obtinuit, *eadem feria.* De vitiis corporis objectis, non facile dabitur actio, niſi valde odioſæ ſint circumſtantiæ; ut recte contra communem ſententiam ſtatuit A. Matthæ. *ad h. tit. c. 1. num. 3.* quod multo magis de bonis corporis dotibus adfirmandum, niſi & hic aſperior morſus latitet. Hinc abſurdum non eſt, agi, ſi mulieri ut convitium objiciatur, quod bella vel pulchella ſit, quando & virum nobilem obtinuiſſe condemnationem invenio contra eum, qui vernacule eum inter alia, per contemptum appellaverat *pulchellum*, moye Douwe, *Dominicus ab H. Prætor B. contra Rembertum Wijtama, d. 15. Jul. 1636.* Quid ſi quod revera laudabile, convitiandi animo ſit objectum? ſi tale ſit, ut vulgo probri loco haberi queat, actio dari poteſt, ſi ad animum revocetur: ſecus ſi male audiens conſcientia fretus, id ita, ſicut eſt, accipiat, ut apud Euripidem ſenex ad Menelaum, *Iphig. in Aul. verſ. 304.*

Καλέσας μεί τ' ἀνειδος ἐξενείδισας.
Probrum eſt honeſtum, rex, quod exprobras mihi.

Quin talia, quæ cordati homines rident, ſi aliter vulgus ſentiat, objecta contemptus ergo, ad actionem ſufficere poſſunt. Matrona quædam dixerat, *Sejus vir bonus eſt, ſed optandum foret, uti ne eſſet ex familia, quæ ſpectra edit. Uit het Spokers Geslachte.* Nihil vanius aut ſtultius, ſed plebecula male opinatur ex ejusmodi rumoribus. Septendecim homines ejusdem familiæ, totidem infantiis, infeſtis animis egerunt injuriarum, apud inferius & ſupremum tribunal, ingenti agmine teſtium & immenſo ſumptu: Curia dictum pro injuria habuit, adſtricto familiæ vocabulo reſpectu patris & matris duntaxat, reliquos excluſit, *in cauſa Gerrit Goſſes cum ſoc. contra A. B. 1680.*

2. Ait Prætor, Qui *adverſus bonos mores convitium fecerit & c. l. 15. § 2. h. t.* Convitium Ulpianus ita interpretatur, quod in cœtu factum ſit, § 4. *& ſeqq.* cui opponit maledictum, ſi dictum infamandi cauſa probetur, § 12. *d. l. 15.* Non eſt dubium tamen, quin & de eo detur actio, *l. 9. C. h. t.* ſi vere dictum ſit *infamandi cauſa, d. l. 15. § 12. & l. 9.* Nec enim qui ſecreto ſermone aliquid de Tertio, quod vere ad infamiam pertinet, dixerit, injuriarum tenetur, ut recte monet Tuldenus ad *d. tit. C. n. 9.*

3. *Nec Magiſtratibus licet aliquid injurioſe facere. Si quid igitur per injuriam fecerit Magiſtratus, vel quaſi privatus,* vel fiducia *Magiſtratus, injuriarum poteſt conveniri, l. 32. h. t.* ut tamen, quod Reip. venerandæ cauſa ſecundum bonos mores ſit, etiam ſi ad contumeliam alicujus pertineat, actione injuriarum non teneatur, *l. 33.* Hoc in ſingulis magiſtratibus, quales erant Romani, expeditius eſt, quam in collegiis, pariter imperium & jurisdictionem exercentibus. Namque de ſingulis, minores Romæ ſtatim vocari poterant, majores, ubi magiſtratu abiiſſent, *d. l. 32.* De collegiis, ſinguli indiſtincte & in continenti recte conveniuntur hodie. Tota Collegia ſi quidem ſuprema ſint, nunquam hodie conveniri poſſunt, quia nunquam abeunt imperio; Sed inferiora quominus de jure vocentur, juris ratio non obſtat, etſi rarius ac inſolentius ſit. In quadam civitate Friſiæ, paterfamilias hereditatem quandam officio Commiſſarii Curiæ Supremæ adminiſtrari voluerat, præterito Magiſtratuum in eadem urbe Collegio. Quod propterea offenſum, cum idem minus reverenter de jurisdictione eorum locutus diceretur, hominem ex ædibus ſuis per Lictores ſemiveſtitum rapi ac interdiu per mediam urbem duci juſſerat, atque mulctarat. Is præter appellationem a mulcta, injuriarum adverſus Magiſtratus ſuos actionem poſtulabat. Exceptio ab his oppoſita, quod civis in Magiſtratus ſuos ratione officii hac actione non poſſit experiri, improbata eſt *arg. d. l. 32.* quod memini, anno 1681.

4. Sed an Magiſtratus ipſimet injuriam ſibi in officio illatam æſtimare, mulctamque ſibimet applicare poſſunt? Non poſſe, ſtatuendum videtur

per regulam generalem, quod nemo Judex in propria causa est queat, *l. un. D. Ne quis in sua caus. jud.* Atque ita Curiæ Nostræ meo tempore visum, in causa Magistratus cujusdam in Frisia Civitatis, a priore diversæ, quæ mulierem propterea, quod dixerat, Præsidem & scribam civitatis male complexos esse, responsionem a se in causa civili factam, condemnaverat in certam pecuniæ summam pro singulis & omnibus collegii membris, quasi injuria per latus præsidis, omnibus facta. Cum hæc mulcta esset infra summam Appellationis, quæ suspendit executionem sententiæ, & mulier appellasset, Magistratus executionem nihilominus urgebat. Sed per libellum supplicem, re exposita auditisque Magistratibus, Curia rescripsit, *executione abstinendum:* propterea quod appareret hanc esse *nullitatem*, quod ipsi pro se commodoque pecuniario sibi applicando judicassent: tametsi factum ad illos *in officio* spectare videretur. Etsi enim Magistratus nonnunquam injurias contra se commissas, si evidentes & graves sint, arbitraria pœna publico applicanda, sine processu litis etiam, condemnare possint, tamen si minus evidens, aut modica sit, non nisi causa cognita rem judicare, neque pecuniam sibimet, applicare possunt, qua de re Gellius *l. obs. 39.* & Carpzov. *part. 2. crim. Qu. 94. num. 84.* A Judicibus etiam inferioribus semper appellandi facultas dari intelligitur, ut *inferius suo loco* videbimus.

5. Actiones injuriarum variæ sunt. Prima ex jure Prætorio, & altera ex Lege Cornelia, de quibus *ad Inst.* actum abunde; ubi nec obliti sumus, his diebus æstimationes in iis locis, ubi certæ pœnæ singulis injuriarum speciebus impositæ sunt, non ita habere locum; etsi in aliis hodieque usurpantur, ut docet Carpzov. *d. l. part. 2. Quæst. 95.* Nos de æstimatione Legali, quam nostrates observant, egimus in *Jurispr. hodiern. lib. 3. cap. 9. part. 2.* & pauca ad eundem *Tit. Inst. de Injur.* Discrimen personarum æque secundum talia Statuta, duplo quadruplove summæ præscriptæ prosequuntur, potius quam infinitis æstimationibus, ut alibi ac in Anglia de *scandalo magnatum* pridem intelleximus, quod merito inter capita Reformationis novissimæ relatum intelleximus. Nostrates singulas verbales injurias æstimant octo florenis aureis, qui singuli dimidium imperialem & trinos faciunt sestertios; nisi probrum objiciatur, quod si verum esset, corporali pœnæ τὸν ἠδικημένον subjectum redderet, id dimidio *Wergeldio*, quod nostri explicant, *een halfmans boete*, æstimatur, scilicet in judicio objectum, & non probatum, *l. Stat. 2. art. 1.* quod non posse extendi ad casum, quo facta sit exprobratio extra judicium, licet judice aliquo præsente, manifestum videtur, idque satis probant rationes a Sandio adductæ *lib. 4. tit. 4. def. 8.* etsi aliter judicatum referat. Realis injuriæ similiter habemus æstimationes accuratas, secundum singula vulnerum genera, quibus Legislator Aquiliæ & Corneliæ Legi pariter satisfecisse videtur, ut jam monuimus ad *tit. de L. Aquil. num. 10.* nisi quis dicat, eas mulctas supponere dolum, *arg. rubricæ*, quæ est de Injuriis: si dolus absit, non nisi ad æstimationem ejus quod interest, agi posse, ut proposuimus *part. 2. Jurispr. Hod. lib. 3. cap. 9. num. 21.* Omnia recensere non est hujus loci. Hoc de omnibus tenendum, nimis profecto modicas videri mulctas; Quid enim? Colaphum pati cogor pro tribus florenis Carolinis, hoc est, imperiali thalero & quinta parte. Capillos evelli, sanguinem plagis mitti, pro sex Carolinis; Auxerunt hoc Ordines nostri ad duodecim, decreto *20. Febr. 1652.* Nec sic quidem pro rei momento; nisi hoc subveniret, quod pro ratione loci & personarum, aliquando & facti, in duplum fit condemnatio, ita ut duplum ratione loci, cum duplo respectu personarum conjunctum sæpe fiat quadruplum, *d. tit. 2. art. 3. & 23. & seqq.*

Loci ratione, duplum præstatur, quando aliquis injuria affectus est *domi suæ, in platea publica, quando ad templum vel e templo procedit, ad judicium aut ad forum, vel in judicio stat. In templo, vel in cœmeterio, aut in tabernaculo quadruplum, nisi tabernaculum simul sit diversorium, art. 27.* Ad locum etiam pertinet, *si quis agricolæ in opere occupato, dum arat, serit, metit, vel fructus colligit, injuriam faciat, aut his, qui dant operam aggeribus & cataractis reficiendis, art. 26.* Quid per *domum* intelligatur, habuimus *ad tit. de Judiciis, pag. 724. n. 43. part. præced.* Non videtur tamen heic loci domus esse tantum, ubi quis larem fixum, & tabulas habet, suarumque rerum universam constitutionem, ut in doctrina Fori competentis, *l. 203. de V. S. l. 1. § 2. de Agnosc. lib.* sed etiam prætoria, & recessus temporarii in agris; Heic enim non sedes universa fortunarum, sed hæc ratio spectatur, quod domus cuique refugium sit, *l. 18. de In jus voc.* Hinc etiam, si quis in nave degat, ut nautæ peregrini, idem juris, esse putat Tiraquellus *de Retract. gl. 7. § -- n. 87.* & vult ratio Petr. Fab. *ad l. 203. de V. S.* Quid

ſi in veſtibulari porticu, juxta plateam apertam fiat? Idem eſſe juris, cenſet Herbaj. *not. ad d. art. 23. arg. l. 12. § Papinianus 23. de Inſtrum. leg.* ubi de prothyro; ſed hoc ibi velum eſt januæ prætextam, non porticus, aut veſtibularium: Verum Sandius in *not. MS. ad eund. art.* refert idem judicatum, de ſolo *περιχώρῳ* ædibus ruſticis circumjecto; vulgo *een Hiem* vel *Heim*, nam & in eo cuique Patrifamilias eſſe creditur refugium, in cauſa *Aert Dirks* contra *Jan Gabes, die ult. Maji 1636.*

Ait Statutum, *op der Straten, als by tot of van de Kercke, ten Gerechte, of ter Merke gaet:* Hæc ultima verba reſtringere vocabulum *ſtrate*, plateæ, cenſuit olim Curia, teſte Herbajo ad *d. § 25.* Poſtea ſæpe viſum eſt, ſequentia verba exempli cauſa inſignioris adjecta, duplumque deberi, hoc ipſo, quod in platea dictum factumve eſſet: in cauſa *Dominici ab Hontinga*, contra *Rembertum Wyttema, 14. Jul. 1636.* Quin etiam via publica agrorum plateis adæquata eſt, in cauſa *A. B.* contra *G. B. Worcumanum*, qui dum curru prætervehebatur, flagello ex laſcivia collo Virginis prætereuntis circumjecto, aliquantiſper illam protraxerat. Injuria duplo æſtimata eſt, atque omnino ſeptuaginta Carolinis. Sed hoc ſingulare eſt, quod Cauponi, ab hoſpitibus injuria in ædibus ſuis facta ſimplo duntaxat æſtimatur, ut Curiæ viſum, in cauſa *Jelle Gottes, contra Arjen Jacobs. d. 16. Mart. 1619.* ut *D. Sackma* teſtatur *ad eund. art.* Ratio videtur, quia diverſorium eſt domus quaſi publica, & cum hoſpitibus communis, tum quia Cauponum officium eſt, lites evitare & ſedare, *l. 2. Stat. tit. 1. art. 3.* Adde, quod plerique ſunt homines nauci, qui propter duplum injurias facile ſubirent. Et tamen in *tabernaculo*, quod vicem diverſorii præbet, vel ubi potus venditur, æque duplum ac in aliis domibus præſtatur, *d. art. 24. in fin.* quia tabernacula in nundinis, quæ maxime liberæ eſſe debent, extra ordinem habentur. Certe etiam Caupones, ab aliis quam hoſpitibus ſuis infeſtati, jus Domuum ſuarum non ſecus ac alii, exequi poſſe videntur.

Perſonæ, quibus duplum debetur, enumerantur *in art. d. 23. Nobiles, paſtores, judices, viatores publici, mulieres* ofte *matronæ, & virgines: Prægnantibus quadruplum debetur.* Solemus dicere, ſtatuta ſtricte explicanda eſſe; quod eſt verum de his, quibus juri communi, quod alicubi receptum eſt, derogatur. Sed quominus novarum rerum Statuta, ſicut Leges ſolent, explicentur, & per conſequentias rationum extendantur, nihil impedimento eſt; quod heic eo magis faciendum, quia perſonarum conditiones, poſt initium Statuti illius, non parum mutatæ ſunt. Pro nobilibus igitur habentur non tantum, qui jus hoc a Cæſaribus aut Regibus acceperunt, ſed omnes, quos ex præcipuis familiis, in quibus ſummi honores Reipubl. fuerunt, ortos eſſe conſtat. Paſtoribus adæquandi ſunt Poſſeſſores, qui tunc in Friſia non fuerunt, & Doctores, quotquot amplitudinem nominis illius non dedecorant: quo Judices animum imprimis advertunt, adeo ut meminerim, Doctoribus aliquando negatum duplum & Notariis egregiis addictum fuiſſe.

Sub judicibus continentur omnes Magiſtratus, non modo qui in præſenti gerunt honorem, ſed etiam qui geſſerunt, ut ſervat uſus, multo magis Delegati ad comitia; non tamen hi, qui antea fuerunt, ut judicatum ſcio. Secretarios quoque judiciorum, Judicibus accenſeri, pridem Curiæ placuit, in *cauſa Petri Matthæi* contra *Wybe Wybet, ante ferias O. S. 1625.* Proinde ſine dubio Aſſeſſores Prætorum, qui ſunt vere judices. De Juratis ſive decurionibus urbium olim placuit, iis duplum non deberi, in cauſa *Schelte Cornelis* contra *Tjepke Hendriks, ante ferias Paſch. 1620.* Putem & heic valiturum, quanti ſint pretii meritique perſonalis, quod in hoc genere dubiorum plurimum valet. Juxta viatores publicos, intelligitur & Executores, paresque judiciorum Adminiſtri, non modo dum occupati ſunt in exercitio munerum ſuorum, ſed ubicunque pro talibus agnoſcuntur, & quidem viatores, ſi modo inſignia, quibus diſtinguuntur, portent. At vero non creditur illis de injuria, ſi non probent, niſi quod in executione ſui muneris male habiti, per unum teſtem fidem faciant, nec enim ſoli vel tum merentur fidem, in re non habente neceſſariam ad munus ſuum relationem, ut cenſet Rebuff. in *l. prohibitum. pr. C. de jur. fiſci.* Herbaj. *ad d. art. 23.*

Sequuntur in Statuto, *Vroulven ofte Matronen*, de quo articulo dictum aliquid ad *Inſt. pag. 381.* Obtinuit autem, ut particula *ofte*, ſit exegetica pro *ſive*, non disjunctiva pro *aut*, ut non quælibet mulieres, ſed eminentiores, quibus uſu vernaculo vox matronarum tribuitur, duplum conſequantur. Quod rurſus judicum arbitrio ſubjectum varie æſtimatur, niſi quod hoc ſatis conſtet, uxores virorum, quibus duplum non debetur, nec ipſas duplum adipiſci: Adeoque nec uxorinus Procuratorum, ut judicatum eſt in *cauſa Nicolai Jacobi*

Jacobi contra *Bartolum Wilhelmi, d. 19. Martii 1619.* secus ac Advocatorum, ut judicatum in causa *Agathæ de Velsen* contra *Drem Hartium, ante ferias O. S. 1629.* Nec tamen quorum viris duplum datur, eorum semper uxoribus æque conceditur, non utique viatorum & apparitorum uxoribus, de quibus dictum. Per eandem placuit olim, vocabulo *jonge Dochters*, non esse audiendas quaslibet virgines, non sane ancillas, aut viles puellas, ut judicatum est in causa *Aris Dirks* contra *Jan Jacobs, d. ult. Maji 1636.* Sed matronarum filias, ut notat Sandius MS. ad *d. l. art. 23.* quod tamen nescio, an semper ita servatum sit. Nam puellæ in via publica ex plaustro violatæ, quæ vilis erat, ut modo relatum, ex sua quoque persona, duplum adjudicatum est, post & supra duplicationem loci. Nam hoc generaliter verum est, duplum ratione loci, adhuc conduplicari duplo, quod respectu personarum debetur, ut judicatum in causis supra dictis contra *Hartium* & *Rembertum Wyttama*, & sæpe deinceps; quin si quis initium pugnæ fecerit, is insuper alio duplo mulctatur, ut in *art. 3. d. tit.* indicatur. Hoc autem notabile, quod hi, quibus duplum ob injuriam ipsis illatam debetur, æque duplum præstent his, quibus ipsi fecerint injurias, etsi personæ fuerint simplariæ, *d. tit. art. 28. arg. tit. Quod quisque jur. in alt.* Ac ita fit, ut aliquis ex adversarii persona lucrum capiat, ut in *l. ult. C. de Fruct. & lit. exp.*

6. Tertia est actio criminalis extraordinaria, per quam humiliores fustibus subjiciuntur. Cæteri autem vel exilio temporali, vel interdictione certæ rei coërcentur, *l. ult. h. t.* ut cum ex ordine Decurionum removentur atrocis injuriæ convicti, *l. 40. h.* adde *l. 43. eod.* Quæ autem ubique recepta est, * ad παλινῳδίαν, sive recantationem solennemque revocationem, pro criminali non habetur, cum ad id quod interest partis læsæ, propius accedat, ut notum ex usu Cameræ Spirensis, & rationibus Gailii *1. obs. 65. n. 1.* Mynsing. *cent. 2. obs. 98. n. 1.* Vultej. *Jurispr. Rom. c. 29. n. 53.* Moler. *1. Semestr. c. 23. in pr.* qui tamen de jure Saxonico negat, quo ipso contrarium tenet Carpzov. *d. part. 2. Crim. qu. 94. n. 50. 55. & sqq.* Idem nostratibus videtur, qui idcirco Procuratori Generali ad palinodiam concludenti, non adeicunt hoc postulatum, ut patuit insigni exemplo. *Hesselius Wringerus, Scriba Secretarius in Barradeel*, calumniatus erat D. Johannem a Sande, τὸν πάνυ Supremæ Curiæ Senatorem, quod in quodam conventu amicorum Quæstoris Bootsma, sui affinis Peculatus rei, conatus esset testem pecunia corrumpere non modica, decem millibus florenorum, quam enormem calumniam nullo modo probare poterat. Sandius ipse noluit agere, ne quid irascendo agi videretur; Sed Procurator Generalis Wringerum accusavit, postulavitque inter alia, ut solenniter revocare cogeretur: quod si unquam, maxime in ea causa fieri debuisset; sed judicatum est, ejusmodi exactionem, ad officium Procuratoris Generalis non pertinere, sed a Sandio ipso petendam fuisse. Reus ab officio, quod habebat, remotus est, nihil ultra, cum expensis, *d. 14. Febr. 1637.* Plane sicut palinodiam a Jure Romano alienam esse constat, ita nescio an in Foro nostro stabili unquam stylo recepta fuerit. Exempli nullius unquam memini; & meo tempore cum Stavoriensis civis infanda quædam de virgine honesta sparsisset, ac revocatio valde urgeretur, decreta tamen non est; sed vetustiores Domini illam non esse in usu, declarabant. Etsi verum est, eam in conclusionibus libellorum adhuc dam semper adjici, more germanico *eerlyk en profytelik: Eerlyk mits doende revocatie &c.* quod ita quidem formulariis libellis inseritur, sed a judicibus silentio semper omittitur, atque ita etiam hactenus jure civili stare videmur. Olim tamen revocationem decretam invenio in causa matrimoniali, cum quis affirmaret, mulierem sponsalia secum contraxisse adhuc in ipsa lite, neque probare posset; in causa *Wolter Hendriks* contra *Pijter Cornelis. 3. Jul. 1606.* ut D. Saekma testatur; quod deinceps in similibus causis nunquam memini observatum.

7. Non æque in eo jus civile sequimur, quod infamiam ex injuriæ condemnatione oriri non credimus, secus ac alii de suis moribus adhuc testantur, ut Carpzov. *d. Quæst. 94. n. 86. & seqq.* secundum claros juris textus, *l. 1. vers. injuriam &*

* Operæ pretium erit contulisse, quæ Ill. Thomasius in *Observationibus variis Theoretico-Practicis, de Actione Injuriarum* Dissertatione Halæ 1715. edita, de Origine & Natura hujus Actionis § 19. *seqq.* commentatur. Sublata autem hæc ad Palinodiam actio, cum aliis injuriarum vindicandarum Remediis, *in dem erneuerten und geschärften Mandat wider die Selbst-Rache*, A. 1712. a Serenissimo Rege promulgato, § 22. idoneum potius visum est, homines sub honoris tuendi specie ad injurias inferendas pronos, Palinodia & deprecatione, ut pœna minus honorifica, coercere. *v.* § 3. & § 8. ej. edicti.

l. 4. § ult. de His qui not. inf. l. 5. § 9. l. 40. l. 42. de injur. l. 18. C. Ex quib. caus. inf. Quamvis enim Sandius & Herbajus noster, *alicubi* mentionem obiter faciant infamiæ ex injuriarum actionibus, magis tamen id ex juris civilis sententia, quam usu forensi dictum videtur: quandoquidem res clara & indubitata est, injuriarum condemnatos, etsi non levium, & sine numero, nullis infamiæ effectis haberi obnoxios, nec in dignitatibus obeundis, nec in testimoniis perhibendis: nisi forte publica corporali pœna fuerint adfecti; ne ipsum quidem *Istum* atrocissimæ in Sandium injuriæ convictum, & ab officio suo remotum, alias habitum vidimus infamem, sed nec dignitatibus quidem deinceps prohibitum cognovimus. Unde hoc? dixerit aliquis. Eo quod nunc semper lites per Procuratores administrantur: atque condemnatus in persona procuratoris, adversus quem sententia fertur, non fit infamis, jure civili, *l. 6. § 2. l. 14. de His qui not. inf.* Sed primo id subtilitati juris potius, quam rei momento veritatique adscribendum: Et dein, longe aliam esse nostrorum in judicio Procuratorum, quam fuit apud Romanos rationem, sæpe demonstratum est. Illi fiebant domini litium. Adversus illos ut tales ferebatur sententia; Nostri procuratores publici, sunt ministri, non domini Litium, contra quos adeo nec aliter sententia fertur, ut *ad tit. de Rejudic.* probatum est. Et si hæc ratio reos infamium causarum ab hac nota liberaret, ne quidem a Procuratore Generali de causis famosis accusati, fierent infames, quatenus semper etiam tum causæ per Procuratores aguntur. Quod si Lis per mandatum privatum, quales jure Romano erant omnes Litium Procuratores, qui hodie ipsi dant Procuratorem publicum, agatur, quia dominus causæ tunc in lite non est, idem quod jure civili de infamia cautum est, eveniret. Existimo infamiam ex injuriis, apud nos in desuetudinem abiisse, primo inde, quod Statutis certæ pœnæ singulis injuriarum speciebus sint impositæ sine mentione infamiæ, quo juri civili derogatum videtur; dein quod infamia sit gravissima pœna, per quam dignitati, & vitæ quasi commercio exempti homines, ad *βίον ἀβίωτον, vitam sine vita* rediguntur: ut merito *Doctores* famam vitæ comparaverint, ex *l. 9. in pr. de manumiss. vind.* infamiaque non immerito cum morte conferri posse videatur; Injuriæ autem accusationes cum sint frequentissimæ, nequaquam Reipubl. expediat, habere tot cives infamia notatos.

8. Extraordinaria injuriæ Pœna, varia ex causa & persona, statui solet; humilioris loci homines fustibus subjiciuntur, cæteri exilio temporali, vel interdictione certæ rei coërcentur, *l. ult. h. t.* ut ademtione decurionatus, *l. 40. h.* aut alterius officii publici, atque ita servatur. Exemplum adempti muneris publici, habuimus in eo, qui Sandium calumniatus erat. Fustigationis apud nos exemplum, refert Sandius *l. 3. tit. 8. def. 5.* Statuta nostra certos casus extraordinariæ pœnæ subjiciunt, si quis quæve jactaverit stuprum, aut matrimonium infamandi causa cum alio aliave initum, *art. 2. d. tit.* qua de re Sandius in *d. defin. 5.* Qui realem verbalemve fecerit injuriam Procuratoribus Reipubl., Judicibus & Magistratibus, æque extra ordinem punitur, *Van't land*, habetur in *art. 26. d. tit.* id est Reipubl. totius, non municipiorum, aut præturarum singularium, ut Curiæ visum in prædicta *causa Dominici Hottinga* contra *Vytiama*, teste Nauta. Huc pertinet illud, in Anglia quod dicitur, Scandalum Magnatum. Denique ad hanc pœnam extraordinariam referendum, quod de qualibet injuria Judex tantundem mulctæ, ac unaquæque injuria respectu privati actoris æstimatur, exigere potest, *art. 29. d. tit.* Sed ad pœnam corporalem de injuriis, admodum raro proceditur a Procuratore generali: Ad mortem vero nunquam, etsi personis illustrissimis illata sit injuria, Carpzov. *d. part. 2. Qu. 94. n. 47.* Reliqua ad *Inst.* Denique, vulgo refertur huc actio ex *Le diffamari. C. de ingen. manum.* quæ tamen ad omnia extenditur, quæ in præjudicium alicujus jactantur; qui enim tale quid facere arguitur, vocari solet, ut actionem instituat, vel perpetuum sileat. Quod genus actionis textu magis quam ratione, quam vide in *l. 7. pr. ff. h.* destituitur: Conf. supra de O. & A. *sub fin.*

Tit. XI.

De Extraordinariis Criminibus.

I. Quid sint Extraordinaria Crimina. II. Species eorum in hoc tit. III. Aliæ species huc pertinentes, ut expositio infantis. IV. Perjurium. V. Impostores & magi. VI. Alia minora. VII. De blasphemia. VIII. De hæresios crimine.

Extraordinaria crimina sunt, de quibus agitur ad publicam animadversionem, sed absque ordine publicorum judiciorum, & sine pœna certa, *l. 1. & 1. 1. h.* vocantur & privata, *l. 1. ſ ult. de Pœn.* quia jus accusandi iis duntaxat competit, ad quos ea res pertinet, *l. 3. h. l. 7. de Concuſſ. l. 2. de abig. l. 3. de Prævar.* Sed jure novo, præter personas, quibus dantur, discrimen eorum a publicis exiguum est, quoniam & ordo publicorum judiciorum desiit esse in usu, *l. 8. de publ. jud.* & pœnæ pleraque sunt etiam extraordinariæ, *l. 13. de Pœn. l. 7. ſ ult. D. Repet.* Nam ut in extraordinariis variatur secundum merita circumstantiarum, adeo ut & capitalia fieri possint, *l. 1. in f. l. 9. in f. h. t.* ita in plerisque publicis id postea videbimus.

2. Species in hoc tit. præcipuæ sunt, Stuprum, in *l. 1. ſ ult.* cujus pœna ob insignes malitiæ circumstantias, mors esse potest. Sed de hoc agetur ad *tit. de Adulteriis*, & actum est ad *Inſt. pag. 472. in fin. ſeq.* Crimen abacti partus; cujus pœna,* si fœtus nondum animatus sit, est exilii temporalis, *l. 4. h.* si animatus, est mors, *l. 1. ad L. Corn. de Sic.* junct. *l. 38. ſ 5. de Pœn.* Qui chomata vel aggeres rumpit, is pro admissi mensura varie punitur, *l. 10. h.* quandoque flammis, *l. Unic. C. de Nil. agg. non rump.* Equidem hæ sequentesque species tantum sunt extraordinariæ. Privata vero delicta, quæ superius habuimus, Furtum, Rapina, Injuria, pro arbitrio actorum civiliter, aut extra ordinem moventur, ut alias dictum.

3. Sunt aliæ species criminum extraordinariorum, quas breviter subjiciemus; *Expositio infantis.*** Si quis sobolem suam aliorum misericordiæ, quam ipse non habeat, in publico exposuerit, extra ordinem in eum animadvertitur; *l. 2.* verb. *animadverſioni. C. de infant. expoſ. l. pen. C. de patr. pot.* nec in casu mortis, pœna fuit L. Corneliæ de sicariis aut Pompejæ de parricidiis, sed extraordinaria, *d. l. 2. & l. pen.* Moribus indistincte, opinor, pœna capitalis est. Vide quæ hac de re diximus *lib. 2. Digreſſ. cap. 5.*

SCHOLIUM.

At non moribus nostris. Quomodo enim secundum hos distinguendum sit, vid. ap. Strauch. 29. 7.

RESPONSIO.

Eventu mortis infantilis secuto intellexi omnino quod dixi: tunc enim inter locum frequentatum ab hominibus, & solitarium distingui, non patitur argum. d. l. 4. *Etsi paulo aliter Carpzov.* part. 2. crim. qu. 10. n. 6.

N. ADDIT.

Ut intelligatur vis hujus responsionis, apponendus est locus, ad quem provocavi in Scholio ex Strauchio Diss. 29. th. 7. *ubi Strauchius: Lex Cornelia ultore ferro persequitur homicidas &c. qui infantem in loca inaccessa & solitaria abjiciunt, animo eum interficiendi. Eventu enim secuto, pœna L. Corn. seu gladii locum habet.* Dn. Carpz. pr. crim. P. 1. qu. 10. n. 5. Schultes. add. ad Col. decis. 158. *Quod si in loco celebri, sine animo occidendi exponatur; morte secuta, fustigationem dictant cum perpetua relegatione Dn. Scabin. Lipſ.* Dn. Carpz. ib. n. 11. *Sed quid si vivus & incolumis reperiatur.* Coler. decis. 158. *a Dnn. Wittenbergensibus fustigationem dictatam refert, anno 1549. Quod & Dan.* Moll. 4. semest. 45. n. 8. Berlich. 4. 7. 30. P. Theod. coll. crim. d. s. 7. th. 6. lit. H. *& Dnn. Successoribus Lipsiens. videtur*, Finckelthaus. obs. 86. n. 24. *Dissentiunt JCti Scabini Lipsienses.* Dn. Carpz. pr. crim. P. 1. q. 10. n. 15. *Elector Sax. relegationis aut incarcerationis pœnam dictat, sed ita, ut ad fustigationem usque pro circumstantiarum ratione perveniri queat. decis. 78.*

4. Perjurium ordinarium crimen non est, sed extra ordinem arbitrio judicis vindicatur. Exempla sunt in *l. 13. ſ ult. D. de jurej.* ubi pejerans fustibus castigatur;*** cum elogio, πρεπεστῶς μὴ ὄμνυε,

* *Conſt. El 4. P. 4. ſ f.* matrem, imo & extraneos abortum procurantes, ultimo supplicio punire jubet, si partus fuerit vitalis, id est, ut dicta Constitutio explicat, post dimidium tempus gestationis, Carpz. *ad d. C. d. 1. 2. 7.* si abortus non fuerit secutus, aut partus nondum vitalis, arbitraria, & quandoque etiam fustigationis pœna locum habet. *d. C. § f.* Berger *El. Jur. Crim. p. 112.*

** Apud nos cum parentes liberos exposuerunt in loco diffito, dolo malo, & cum occidendi proposito, si mors infantis fuerit secuta, pœna ordinaria, culei scilicet, *P. 4. C. El. 3.* Berger *l. c. p. 111.* obtinet, extranei pœnam L. Corneliæ sustinent. Si occidendi animus deficiat, ac expositio in loco publico facta sit, infans tamen nihilominus pereat, fustigatio, alias, ipso incolumi superstite, mitior pœna obtinet. vid. *Dec. El. 78.* ibique Phil. *Obs. 2.* conf. Strauchium *Diss. Justin. 29. th. 7.*

*** In Saxon. Electorali perjuro amputantur articuli priores digitorum, quibus erectis juravit, die förderen Glieder der beyden Finger, damit er geschworen. cui pœnæ relegatio jungitur, secund. *Ord. Pol. de an. 1612.* § ob auch wohl zum dritten. atque hac ratione etiam adversus eum, qui Urphedam violavit, proceditur,

l. c.

i. e. petulanter ne jurato. in *l. ult. D. Stellion.* ubi ſtellionatus tenetur, in *l. 41. C. de Transact. & l. pen. C. de dignit.* ubi infamia cum damno pecuniario notatur, de qua adhuc apud *tit. de falſ.*

5. Circulatores etiam, qui ſerpentes circumferunt, ſi cui ob eorum metum damnum datum eſt, extra ordinem coercentur, *l. ult. D. de extr. crim.* His Dd recte adjungunt eos, qui alias quaslibet præſtigias faciunt, ſi cui quid damni dederint. Sunt his proximi, qui leves hominum mentes ſuperſtitione numinis terrent, qui ex reſcripto D. Marci in inſulam relegantur, *l. 30. D. de pœn.* Tales etiam, qui morbos curant per Evangelium Johannis, aliasque ſimiles incantationes, qui cum ignominia relegantur apud nos. Sand. *5. tit. 9. def. 13.*

Sed vide l. 4. de Maleſ. & Mathem. *& Ant. Matth.* lib. 48. tit. 5. c. 5. n. 7. p. m. 506.

De noxiis & maleficis Incantatoribus & commercio dæmoniaco, longi ſunt logi atrox juſtitia, per Germaniam inprimis, de qua prolixe Carpzov. *part. 1. crim. Qu. 49. & ſeqq.* quam nobis improbare vel laudare non eſt animus, nec otium hoc diſcurrere. Niſi quod minime tutum credimus, ſævire, niſi in eos qui maleficiorum in homines exitialium comperti fuerint. non recte in incubos dæmonum, Volatores, ſuper baculos hircosve per aerem equitantes, epulasque infernales frequentantes, aliaque id genus imaginaria; cujusmodi confeſſiones in Germania præſens audire memini. Quid ſi impietates actu commiſſas fateantur, ut unam intellexi narrantem in judicio, ſe panem vinumque euchariſticum a menſa domini abeuntem, ore cuſtoditum domi exſpuiſſe & calcaſſe pedibus diabolo præſente, ut quidem adfirmabat ejusque nomen memorabat. Talia & id genus innumera extant, quæ impune transmittenda eſſe, nemo dixerit prudens, opinor, vix tamen ultra pœnam atrocis *blaſphemiæ*, ut videtur, quod ipſum eſt crimen extraordinarium, & mox ſequetur.

6. Sunt & alia crimina extraordinaria, in quæ digitum intendiſſe ſufficiat. Si quis ſolicitaverit alienas nuptias, *l. 1. pr. D. de extra. crim.* ſi conatus ſit puero ſtuprum perſuadere, *eadem l. 1. § ult.* Si quis aquas, fiſtulas, lacus, quidve aliud ad injuriam publicam ſpurcaverit, *d. l. 1. § 1.* Si quis rebus ſuis, vel ſibi obligatis; vel debitis, quas alius poſſideret, titulum vel ſignum ſuum impoſuerit, antequam per Judicem evicerit, *l. 1. & 2. C. Ut nem. lic. ſin jud. auct. ſing. Nov. 17. cap. 5. Nov. 164.* Si quis titulum principis prædio alieno impoſuerit, *l. 2. C. Ut nem. priv. tit. præd.* Validi mendicantes, quorum numerus, rareſcente ſervitutum uſu, mirifice auctus eſt, etiam coercentur, *l un C. de mendic. val. Nov. 80. cap. 5.* Si quis coegerit ludere, *l. 1. § ult. D de Alcat.* Si quis domum aleatoribus præbuerit, *l. 2. C. eod.* Si carceri præpoſitus vel miles, dimiſerit cuſtodiam, *l. 8. l. 12. & ult. D. de Cuſt. reor.*

7. Si quis blaſphemus fuerit, *Nov. 77.* ubi capite puniuntur. Moribus hodiernis pœna eſt arbitraria, * A. Matth *l. 47. Dig. tit. 10. n. 6.* Noſtra ſtatuta temere blaſphemantes, juramtes, aliosque devoventes, pane & aqua per aliquot dies macerant, *lib. 2. tit. 16.* Nova vero lex prima vice ſtatuit mulctam ſex florenorum majorum, ſecunda vice pro arbitrio plectuntur: Edicto *d. 10. Aug. 1667.* Conſulto blaſphemantibus, lingua ferro perforatur, *d. tit 16.* Datur & medium genus inter conſulto & temere blaſphemantes, ut erat qui ſæpiſſime, ſed maxime ebrius blaſphemaverat; hoc modo: *non curo Deum, non moror Deum aut homines, & non timeo Deum nec Diabolum:* Quorum eſt hæc conſuetudo, neque pro temerariis, neque pro determinatis blaſphemantibus haberi poſſunt.

P 4. C. El. 48. Quod ſi vero perjurus duos priores digitorum articulos amiſerit, non fuſtigatio, ut Hartm. Piſt. *Obſ. 188. n. 5.* viſum fuit, nec amputatio aliorum digitorum, ſecundum Colet. *P. 1 dec 114. n. 9.* ſed ſola relegatio cum comminatione gravioris pœnæ, locum habet Carpz. *Pr. Cr. qu. 47. n. 35.* Berger. *El. Jur. Crim. p. 24.* Qui ſecunda vice, contra jusjurandum præſtitum revertitur, fuſtigatur, & perpetuo relegatur, tertia vice capite plectitur. *d. C. 48 j. fin. l. 3. tit. 9.* Lyncker *Dec. 416.* niſi circumſtantiæ hanc pœnam mitigari deſiderent, e. g. ſi, rei venditæ pretium a debitore moroſo exigendi cauſa, quis revertatur, quo caſu mitiori pœnæ locum eſſe, exiſtimavit *Fac. Jur. Lipſ. M Mart. An. 1720.*

* Pœna blaſphemiæ noſtro jure eſt gladii, aut pro circumſtantiis linguæ amputationis. *P. 4. C. El 1.* quam ultimam pœnam tamen in Provinciis Saxonicis in deſuetudinem abiiſſe, monuit Carpz *def. 3. ad d. C.* unde *Dec. El. 75.* in ejus locum fuſtigationem ſubſtituit. conf. Phil. *ad eund. Obſ. 1.* add. *Ord. Pol. d. an. 1612.* § ſo laſſen wir. *Corp. Sax. p. 551.* De pœna numeliarum, des Hals-Eyens oder Pranzers, quam d. Ordinatio iis, qui blaſphemiam mediatam committunt, dictitat, denen Sacramentirern, vid. Berger. *El. Jur. Crim. p. 126. ſeq.* id. *ad Lauterb. p. 866. ſqq.*

possunt. Ideoque pœnam eorum mediam, inter mulctam pecuniæ aliamve modicam & perforationem linguæ, esse debere, consultus ex Omlandia Groningana, respondi *d. 4. Januar. 1688.* in causa *Geert Jans Mannemaker.*

8. Huc etiam pertinet Hæresis, quæ sic finiatur; *Propria de rebus divinis, & pertinaciter propugnata sententia, fidei catholicæ repugnans.* Propria; nam Αἵρεσις, *hæresis*, nihil est aliud quam Electio pro rationis cujusque modulo facta; quando quis non contentus fide catholica, eligit sibi fidem peculiarem. *Pertinaciter propagata*; Nam lex non punit animi sententias, *l. 18. de Pœn.* Repugnans *fidei catholicæ.* Quid est catholica fides? *Universalis.* Hanc aliter Theologus, aliter Jurisconsultus accipit; & hic quidem Receptam atque dominantem in Republ. intelligit, a qua discrepantes & prohibitas, vocat hæreticas, si tamen ipsius animi judicium consentiat. De consensu autem Reipubl. constare debet ex Confessionibus & Conciliis auctoritate publica factis, quæ in Imperio Rom. quatuor fuerunt, Nicænum, Constantinopolitanum, Ephesinum, & Chalcedonense, quæ dicuntur Oecumenica, quia Romani suum Imperium vocant *orbem terrarum.* Permissas, pro hæreticis non habent religiones; Toleratæ equidem haberi possunt, cessante pœna. Quænam autem est hæreseos pœna? Jure Civili, loca cultus publicantur, *l. 2. l. 5. & l. 8. §. 3. C. de Hæret.* Improbiorum bona publicabantur, quos inter & Donatistæ, qui tamen schismatici potius quam hæretici fuerunt, *d. l. 5.* Manichæi vero etiam exilio & ultimo supplicio subjiciuntur, *l. 5. in pr. C. eod.* Moribus Protestantium, in Hæreticos nulla corporalis pœna constituta est; tametsi in Anglia satis extent severæ. Apud nos permittuntur aut tolerantur omnes, exceptis Pontificiis, quorum cultus lege prohibetur, officio tamen Magistratuum & per conniventiam toleratur. Quando res ita fert, ut secus videatur, Cœtus eorum disjiciuntur, singuli mulctantur, inprimis Sacrificuli; Imo quodam Edicto proscribuntur, hoc est, cuilibet impune licet eos interficere: sic aliquando in Frisia constitutum, sed nunquam exercitum, quod melius: mulctæ sæpius exactæ. Contra Socinianos & Enthusiastas tremulos, in hanc provinciam venientes atque docentes, est Edictum pœna relegationis, aut arbitraria, non æque adversus indigenas. Factum est aliquando, ut Dd. Ordines ad Curiam miserint Socinianum confessum, cum elogio *blasphemi*, qui rogatus de sacrosancta Triade cæterisque Christianismi fundamentis, respondérat, *in simplicitate cordis sui negative*, non est habitus pro blasphemo, & dimissus impunis ac indemnis, *d. 18. Dec. 1680.* Enimvero alioqui tales sententiæ insolenter ac intemperanter prolatæ, cum invectivis in sanctissima mysteria, pro blasphemiis, quarum pœna jure civili & divino capitalis est, haberi possunt, neque non debent. Hoc est, quod Calvinus scripsisse alicubi de Serveti supplicio arguitur, eum mortem *sola modestia* redimere potuisse, non adversus Calvinum, ut calumnia vult, sed in modo confessionis, nec punitus fuisset opinor, si, ut noster homo, cum præfatione in *simplicitate cordis sui*, respondisset. Quanquam ille rigor Genevensis non omnibus est laudatus, etsi mansuetissimo Melanchthoni in illo exemplo probatus. Nec pœnituit Genevenses, qui dein per similem sententiam *Nicolaum Antonium* summo supplicio adfecerunt, eo quod *impugnasset SS. Trinitatem, renegasset Dominum Jesum, eumque devovisset, & Judaicam perfidiam amplexus esset*, ut verba sunt sententiæ, *d. 26. Apr. 1632.* referentibus Sponio & Læti.

Subjiciam verba Antonii Matthæi, qui de omnibus, excepta sola hæresi, criminibus egit. *De hæresi*, inquit, *nihil adjicio; Tametsi enim Pontificiorum moribus gravissimum crimen est, multaque in inquirenda & vindicando singularia observantur, tamen cum, libertate armis parta, horribilis illa Inquisitio a nostris provinciis exulet, religionemque orthodoxam docendam, non imperandam credimus, enarratio crudelis judicii supervacua futura est.*

TIT. XII.

De Sepulchro violato.

Qui sepulchrum dolo malo violavit, * tenetur in 200. aureos, *l. 3. inf. pr. h.* pœna actori cedente, quia non liquet, eam cum fisco dividi, ut fit alias, *l. 25. § ult. de SCt. Syll.* qui vero cadave-

* In Saxonia Electorali violatores sepulcrorum puniuntur; gladio si effossi & spoliata cadavera non sepeliant, aut sæpius effodiant & spoliant, fustigatione, si spolium simplex sit: quæ pœna etiam ad eos pertinet, qui ca-

ra

ra spoliant, maxime armati, etiam capite plectuntur, *l. 3. §7. h.*

Est & actio in id quod interest, *l. 3. pr. & § 8. h. tit. l. 9. add. & l. 11.* ubi pœna in eos, qui cadaver extraxerunt vel ossa eruerunt.

Violasse autem videtur, qui diruit, *l. 2. h. t.* qui terram evellit, saxa vel quid aliud aufert, *l. 4. & l. 5. C. eod.* qui inhabitat, (sic enim erant sepulchra potiora veterum,) inædificat, *l. 3. pr. & § pen. D. eod.* qui cadavera vexat spoliatve, *ead. l. 3. & l. ult. D. eod. l. 4. in fin. C. eod. l. 38. D. de Relig.* qui mortuum infert in sepulchrum, in quod inferendi jus non habet, *d. l. 3. § si quis.* & qui prohibet aliquem inferri, quo jus inferendi est, *arg. l. ult. C. h. & d. l. 38. D. de Relig.* de cenotaphio non datur *arg. l. 7. D. de rer. div. & l. 42. D. de relig. & sumt. fun.*

TIT. XIII.
De Concussionibus.

Concussio est, cum quis terrore potestatis suæ abutitur ad pecuniam extorquendam, *l. 1. & l. 2. h.* adde rem vendendam, ut quidam Magistratus hominem improbatæ religionis, ad agrum sibi vendendum, minis inquirendi vexandique adigebat. Quid si pecuniam, ut contra leges conniveant, acceperint; Repetundarum magis teneri videntur, ut *infra*; Nisi cum minis expressis tacitisve jusserint exhiberi nummos heic & nunc. Id habitum memini pro concussione, & est. Idem cum quis simulato magistratuum jussu aliquid extorserit, *l. 1. D. h. tit.* quod etiam de nuntio vel apparitore tradit Damhoud. *prax. crim. cap. 29. rubr. de concuss. n. 5.* de procuratore fisci, Farin. *quæst. 141. n. 39. & seqq.*

2. Pœna est extraordinaria, *l. 1. h.* etiam quadrupli, *l. ult. C. ad L. Jul. repet.* aliquando & publici judicii, *l. 1. pr. & § 1. ad L. Corn. de falsis.*

TIT. XIV.
De Abigeis.

1. Qui sint Abigei, & pœnam non esse capitalem.

Abigei sunt, qui pecudes de stabulo furandi animo abducunt, nempe equum vel bovem; nam oves oportet decem, porcos quinque esse, *l. 3. h. t.*

Nec exigimus, ut eodem temporis momento abegerit, etiam qui sæpius abegit, licet semper unum vel alterum pecus, abigeus tamen est, *d. l. ult. § pen. h.* Cæterum, si quis boves aberrantes, vel equos in solitudine relictos abegerit, non est abigeus, sed fur potius, *l. 1. § 2. D. h. tit.*

Pœna est vel relegationis, vel operis publici, vel metalli, aut gladii, *l. 1. pr. § 2. & 3. h.* Gladius olim fuit ludus gladiatorius, sed jure novo, sublatis illis ludis, *l. un. C. de gladiat.* pœnam gladii intelligi, vult Sand. *5. decis. 9. 9.* & sic Curia definivit. Aliter Cujac. *13. obs. c. 13.* cui libens adsenserim, nec enim est ratio, ut Justinianus alium Hadriani verbis sensum affinxerit, quam ipse sibi fuit conscius, alioqui clarius sanxisset. Proinde pœnam capitali mitiorem esse oporteat.

Quanquam etiam in exquisitis illis, ob delicti frequentiam, exemplis Sandii, pœna capitalis Abigeis irrogata fuerit, atque ille ita disputet, quasi pœna capitalis heic omnino recepta sit in Frisia, minime tamen illud crimen semper capitali supplicio adficitur. Sæpius enim abigei fustigati & relegati sunt, quandoque & stigmate inusti, aliquando simpliciter relegati, cujus lenitatis hæc sunt exempla, quæ excerpsi ex annotatione MS. *Antonii Kan*, Procuratoris Frisiæ Generalis. *Hans Koermaker Leovardiensis d. 10. Septemb. 1625. Gerben Douwes ex pago Lioessens d. 28. Sept. 1627. Dirk Janssen Rippensis, d. 27. Octobr. 1628. Hessel Harmens Arumensis d. 6. Nov. 1628.* Omnes relegati, & ultimus ad biennium duntaxat.

davera punitorum subtrahunt, iisque ad artes Magicas abuuntur, *P. 4. C. Et. 34.* aut iis vestes detrahunt & furantur. *d. C.* arbitraria autem e. g. carceris vel pecuniaria coërcitio, locum habet, si quis sepulturæ causa, corpora defunctorum rotæ vel patibulo subducat, eandemque dictaram fuisse caligas suspensi auferenti refert Carpzov. *pr. Crim. qu. 83. n. 62.*

Tit. XV.

De Prævaricat.

Prævaricator a varicando dictus, *l. 1. pr. h.* is est, qui adversam partem, prodita causa sui clientis, adjuvat, *l. 1. h.*

Judicium autem prævaricationis duplex est, publicum, & extraordinarium. Publicum in accusatorem, qui judicio publico non ex animo egit; ex qua causa eadem pœna adficitur, qua teneretur, si ipse in legem commisisset, qua reus, per prævaricationem absolutus est, *l. pen. D. h. tit.*

Extraordinarium in eundem, si judicio privato prævaricatus sit: item, in advocatum, sive is publico, sive privato judicio prævaricatus sit, *l. 1. § 1. & l. 2. § 2. D. h. t.*

Advocatus equidem hoc faciens, proprie non prævaricatur; tamen extra ordinem punitur, *d. l. 1. § 1. & l. 8. de Extraord. crim.* Denique, omnis prævaricatio pœna afficitur extraordinaria, *l. 2. h.*

Tit. XVI.

De Receptatoribus.

I. Pœna Receptatorum. II. An & in privatis delictis habeat locum.

Receptator est, qui maleficis facultatem se occultandi præstat; & præcipitur, ut perinde ac ipsi latrones, puniatur. Quod limitandum videtur, si consilia cum illis sociaverit; alioqui mitius, *l. un. C. h. t.* Cognati quoque lenius habentur, *l. 2. h.* Recte etiam ab Interpp. traditur, cauponem, qui subitario hospitio latrones recepit, excusari: neque enim eligit sibi viatores, nec repellere potest iter agentes, *l. un. in fin. D. furt. adv. caup. Naut.*

2. Qui privatorum delictorum reos receperit, an teneatur, quæritur. Negat Wesenb. *in par. h.* non recte: de fure enim recepto, id disertis verbis scribitur *in l. 13. D. de Off. præs.* In privatis autem & minoribus delictis, relegandi videntur receptatores, per *l. ult. ff. de Abig.* aut mitius, ut est factum.

SCHOLIUM.

Conf. Hahn. add. l. Wesenb. *Caterum vapulat miser Wesenbecius, ut sæpe alias, ita & hic sine causa. Dicit enim, non, quod receptatores furum vel similium haud quaquam teneantur, sed quod pœna receptatorum, quæ* in l. 1. h. t. *exponitur, locum non habeat in privatis delictis, in quo certe consentit cum Autore.*

RESPONSIO.

Verba Wesenbecii: In privatis delictis, puta vulneribus illatis, injuriis, cessat ea, scilicet pœna receptatorum, ut memini, *addit*, aliquando judicarum. *Thesis est generalis, de privatis delictis; exemplum, de vulneribus per injuriam illatis, quod illustrat, non coercet regulam. Quinnec vulneris per injuriam illati auctor, qui requiritur, judici exhibendus, (alias receptatio non habet intellectum,) a receptatoribus occultari potest: Quem enim jus est requirere latentem, hunc recipere & occultare non est jus,* arg. l. 1. de Fugitiv. *Non sunt igitur justæ Wesenbecii hac parte vindiciæ; Etsi, graviter peccatum esse, vel talia non cuilibet excidere quandoque, negandum non est. Quod autem vapulando miserum dicit Wesenbecium, (adde sis Treutlerum,) Scholiastes, respicit ad crebras commentatorum ejus Bachovii, Huhnii &c. Censuras ac cavillationes. Decora ingenia potius ipsa commentari, quam alia recensere, supplere & exagitare debent.*

N. ADDIT.

I. Autor plane nihil respondet ad objectionem Scholii, quin potius adducendo locum Wesenbecii, confirmat Scholium, quod scilicet non loquatur de omni, sed de pœna ordinaria receptatorum. II. Gratiæ agendæ Autori, quod in ipsa hac responsione suppeditet aliud medium defendendi Wesenbecium: Scilicet Wesenbecius non agit de omnibus privatis delictis, sed saltem de iis, quorum facit mentionem. quod ostendit verbum puta, quæ hic est vox limitantis, non exemplificantis, ut Autor vult. III. Etsi Wesenbecius de omnibus delictis, etiam de furto locutus fuisset, non tamen propterea culpandus foret. Nondum enim Autor probavit, quod de fure recepto id diserte asseratur in l. 13. de off. præsid. *quod eorum receptator pœna receptatorum puniri debeat. Ista enim sunt legis verba:* Præses sacrilegos, latrones, plagiarios, fures conquirere debet, & prout quisque deliquerit, in eum animadvertere, receptoresque

resque *eorum* coercere. sine quibus *latro* diutius latere non potest. *Vides hic ex contextu, intelligi fures, qui simul latrones sunt, non fures omnes, quatenus pertinent ad delicta privata; item per receptatores* eorum, *non intelligi* furum, *sed ut mox explicatur*, latronum, *ut adeo inter hanc legem & l. 1. h. t. plane sit convenientia. IV. Quod miserum vocaverim Wesenbecium, & sæpius sine causa vapulantem, nec ad Habitum pertinet, nec ad Bachovium, sed ad Autorem Errorum Wesenbecianorum; tum satis notum.*

Tit. XVII.
De Furibus Balneariis.

In balneis publicis, ubi vestes lavantium deponuntur, magna erat facilitas & copia furi; quod merito extra ordinem puniendum; non tamen ultra opus publicum temporarium, *l. 1. h.* pro clementia juris Romani, *l. 1.* Hodie corporaliter, aliquanto quam cæteri gravius puniuntur. His adæquandi, vel forte severius habendi, qui limeamina e campis publicis, ubi lota candescunt, furripuerunt. Balneariis furibus æquiparantur, quod ad pœnam attinet, Nocturni, *l. 1. h.*

Tit. XVIII.
De Effractoribus & Expilatoribus.

I. Pœna effractorum carceris. II. Alia moribus hodiernis. III. De effractoribus rapinæ causa. IV. Quid expilatores, & pœna eorum.

Qui carcere effracto evaserunt, capite puniuntur, licet innocentes sint, *l. 1. pr. h.* junct. *l. 13. de Cust. reor.* qui per negligentiam custodum evaserunt, levius puniuntur, *d. l. 1. in f. pr.* Hæc sunt perspicue in *dd.* textibus, additis *l. 38. § pen. de Pœn. & l. 13. § pen. de R. milit.* cum quibus si quis velit, conferre potest, quod Thomasius notavit.

SCHOLIUM.

Autor igitur l. 1. pr. hic *tanquam propositionem universalem considerat, &* l. 13 de Cust. reor. *secundum eam explicat. Alii contra* d. l. 13. *tanquam regulam considerant, & ex ea* d. l. 1. limitant, *ut iis saltem casibus procedat, si quis ob delictum capitale, vel prope capitale, carceri inclusus sit, ut tamen & hoc ultimo casu arbitrio judicis sit locus. Vid. Dn. Schilt.* Ex. 49. th. 43. *ubi & præjudicium. Rursus aliter exponi textus, de pœna effractorum carceris loquentes, Ant. Matth.* lib. 47. ff. tit. ult. cap. 4. p. 257. seqq. *inclinans tamen* p. 259. n. 3. *ad eandem sententiam, quod pœna non semper sit capitalis. Mihi videtur, panam horum in Rep. Romana, pro diversitate temporum variasse,* arg. d. l. 13. & d. l. 1.

2. Moribus extraordinaria pœna est, minime capitalis, ob hoc ipsum quod eruperint; Etenim libertatis amor, quem homo novissimum exuit; & miserabile studium redimendi sanguinem suum, tam acerbe non merentur excipi, ut quidem videtur. Nec aliud mores nostri ferunt: Qui nec probare videntur, quod jure civili custodes carceris, quorum non modo negligentia, sed etiam fraude, rei criminum evaserunt, mitius puniuntur, quam miseri, ac etiam innocentes rei. Namque negligentia custodum sola remotione, fraus & corruptio extra ordinem judicis officio punitur, *l. 8. de Custod. reor.* Quin etiam qui cum eo, quem custodiebat, erupit, is adhuc capite punitur, *d. l. 38. § pen. de Pœn.* Aliquando equidem miles custos ob fraudem capite punitur, sed arbitrarie; quandoque & custodi venia datur; Reus, qui una fugit, eo, quod fugit, ducitur ad supplicium, *l. ult. § 2. de Custod. & exhib. reor.* Hæc neque servantur, neque rationem habent, ut mihi quidem videtur: præpositumque carceri sive custodem, gravius quam *custodiam*, id est reum vinculis constrictum, peccare existimaverim.

3. Sunt adhuc effractores alio sensu, qui parietibus effractis vel perforatis, pecunias auferunt, qui relegantur, vel in opus publicum dantur, *l. 1. § ult. h.* aliquando & gravius, non tamen ad mortem, *l. ult. h. t.* quod longe aliter moribus hodiernis. Cum enim hi non fures, sed raptores sint, & plerumque nocturni, capite puniuntur etiam illic, ubi furti rapinæque pœna minime capitalis est, quod & apud nos sæpius obtinuit, maxime si frequentes essent effractiones. Sed novissimis tempo-

temporibus magis placuit pœna juris civilis,* ut nocturni effractores fustibus cæsi in metallum dentur, id est in opus publicum longi temporis addita stigmatis inusti nota, ad æquandam *metalli* pœnam, quæ perpetua est, & opere publico nostrate gravior. Expilatores, de quibus in Rubrica, sunt atrociores fures, hoc enim vox sonat, ut docet Ulpianus in *l. 1. §. 1. h.* οἱ τὰς ἀνθρώπους ἐκδύοντες, qui homines exuunt, βιαίως, violenter, Cujac. *15. obs. 31.* Vox deducitur a pilo, quod est *complano*; Græce πιλῶ, *constipo*, sive quod ejusmodi fures quicquid est in *superficie*, tollunt & planum faciunt, ut nihil extet; sive quod tam confertim furentur & spisse, ut res ablatas, quo expeditius auferant, *constipent*. Pœna merito gravior extra ordinem infligitur, analogice respectu pœnæ quam Romani, & quam Gentes hodiernæ, furibus & raptoribus infligunt.

4. Inter fures extraordinarios heic relatos, sunt etiam Directarii, qui se in aliena cœnacula furandi animo dirigunt; quibus affines sunt apertularii, confectores cardinum, quibus nihil tam obseratum, occlusum, obsignatum, quod non aperiant, *l. 7. de extr. crim.*

TIT. XIX.
Expilatæ hereditatis.

Expilatæ hereditatis crimine tenetur is, qui res hereditatis jacentis, h. e. nondum aditæ, vel aditæ quidem, sed necdum possessæ, furripit, quoniam furtum hoc non est, *l. 1. & l. 2. h.* Uxor tamen, quia socia est, *l. 1. rer. amot. & l. 3. h.* & coheres, hoc judicio non tenentur, *l. 1. C. h. t. & l. 51. p. Soc.* Pœnæ quibus coërcitum fuerit hoc crimen, in jure expressæ non sunt, cum autem crimen sit extraordinarium, non dubitandum, quin corporalis pœna infligi reo possit. Gomez *tom. 3. resol. 5. n. 16.*

TIT. XX.
Stellion.

Stellionatus, ita dictus a stellione versutissimo lacerti genere, Cujac. *h.* est omne delictum, quod nomine proprio caret, *l. 3. §. 1. h.* ubi & species diversæ, quas inter, si quis rem alii oppignoratam dolose vendiderit. Atqui in *l. 66. de Furt.* hæc species furtum appellatur.

N. ADDIT.

Ad declarandum N. Addit. supra ad tit. de pignoribus *adjectam, notandum, quod autor textus Pauli & Ulpiani obstantes alio modo conciliare voluerit. Sic enim sunt verba post. 1. & 2.*

2. Stellionatus ita dictus a stellione versutissimo lacerti genere, Cujac. h. est omne delictum, quod nomine proprio caret, l. 3. § 1. h. *ubi & species diversæ, quas inter, si quis rem alii oppignoratam dolose vendiderit,* (a) *quod si hypotheca sit, videtur esse furtum,* l. 66. de furt.

(a) Vel oppignoraverit, *dd. text.* & ad hanc extensionem spectat *positio 4.*

2. Ita conciliavimus hos textus, aliam secuti viam ad t. de pignor. (b) ἀλλ' οὐκ εὐσόχως. *Nam* d. l. 66. *diserte etiam de hypotheca loquitur.*

(b) Imo non, sed ibi autor ipse hæsitavit, an furtum, an stellionatum diceret. Vide *quæ ibid.* notavimus *n. 11. lit. f.*

Postea pergit: Quid si ita? *& responsionem, quæ nunc hic sequitur, tradit, de qua jam supra* ad tit. de pignoribus, *notavimus, quod animo niam non tollat, ut etiam tum in Scholio nunc omisso, sed jam noviter addito, feceram.*

Quid ita? Pignore, quod traditum est, vendito, sine dubio furtum admittitur, *§ 9. Inst. de Obl. ex del.* etiam hypotheca speciali vendita, ut Paulus & Julianus *d. l. 66.* ac hic plus dubii est, quia possessio non eripitur: Ideo Ulpianus in *l. 3. §. 1. h.* stellionatum advocat, † non secus ac in civilibus actio quandoque datur, sed dubitationis tollendæ causa ad præscriptis verbis actionem recurritur, vid. *l. 1. Commod. in fin. pr.* juncta *l. 17. pr. Præscr. verb.*

N. ADDIT.

† *Scholium omissum hoc est: Adeoque a Paulo dissentit, non secus ac in civilibus actionibus Jcti de actione præscriptis verbis, e contractu nominato descendente, sæpius dissentiunt.*

Intelligitur autem specialis Pignoratio; generalis

* Omnino Effractionis pœna est non capitalis & arbitraria, si stupri, adulterii, aliusve rei illicitæ causa facta est, sed in furto effractio violenta & seditiosa crimen aggravat. *Ord. Crim. Carol. art. 159.*

ralis enim ad neutrum crimen pertinet, *l. 23. § 1. Qui pot. in pign.*

2. Reliquæ ſtellionatus ſpecies ſunt: Si quis rem alium pignori dederit, *l. 16. § 1. D. de pign. act. l. 2. C. h. tit.* aut æs pro auro dederit, *l. 36. pr. D. de pign. act.* Si quis merces ſuppoſuerit, vel obligatas averterit, vel corruperit, *l. 3. § 1. & ult. D. h. tit.* Si quis impoſturam fecerit, vel colluſionem in necem alterius, *ead. l. 3. § 1.* Si creditor pecuniam a ſe non numeratam acceperit, vel numeratam iterum, e ſententia licet, exegerit, *l. 29. § 5. de Mandat.* Pœna opus metalli excedere debet in plebejis: in his autem, qui ſunt in aliquo honore poſiti, ad tempus relegatio, vel ab ordine motio remittenda eſt, *d. l. 3. § 2. D. h. tit.* Famoſum ſit, an ſecus, hoc judicium, vidimus ad *tit. de His, qui infam. n. 15.*

SCHOLIUM.

Vide ſupra quæ dixi ad his qui not. infam. poſit. 15. *Putat tamen Wiſſenbach.* ad d. tit. de infam. th. 23. *nondum quenquam Ulpianum, harum legum autorem, a contradictione liberaſſe. Et ſane fatendum, etiam autoris conciliationi obſtare, non quidem cenſuram Wiſſenb.* d. l. *ad quam facile reſponderi poteſt, ſed quod utrobique textus Ulpianei verba reliqua monſtrent, locutionem ejus indefinitam æquipollere univerſali, non particulari. Quid ſi dicamus, in* d. l. 2. *Ulpianum voce judicii famoſi ſynonymice uſum eſſe pro judicio publico, ut ſenſus ſit; Stellionatus judicium non eſſe publicum, ſed coercitionem extraordinariam habere. Ita nulla amplius erit antinomia. Et ſenſus certe eſt optimus, & ratio acceptionis non obſcura. Nam famoſa crimina ſunt, vel publica, vel extraordinaria. Publica eminenter ſunt famoſa, quia omnia extraordinaria ſecundario,* vid. ſupra de his qui not. inf. poſit. 13. *Jam terminus analogus ſimpliciter poſitus, ſumendus pro analogato nobiliſſimo.*

RESPONSIO.

Thomaſii exceptio eſt, quod Ulpianus in hac l. 2. *univerſaliter negative loquatur, cum reſponſio noſtra ſupponat negationem particularem in hac poſitione.* Stellionatus judicium famoſum quidem non eſt; *in caſu, quo judicium civile ſuper eodem facto non eſt famoſum, ut nos interpretamur, cum verba ſint indefinita ideoque univerſalia; hæc, inquam, ratio ſpeciem haberet, ſi conſtaret, Ulpianum in loco integro, unde* Lex 2. *excerpta ſuit, non eſſe locutum de tali caſu, quo factum ſtellionatus parit actionem civilem non famoſam, ut in commodato, pignore ſimilive contractu: ſecus ac obtineret, ſi ſtellionatus circa materiam Depoſiti, Mandati, Tutelæ, Societatis ſit commiſſus. Cum autem locus* d. l. 2. *ex alio majore ſit excerptus, conjectare licet, eum in iſto loco ſic eſſe locutum, ut ne ſecum ipſe, cumque certis juris principiis pugnare videatur. Reſponſionis medium, quod Thomaſius ſuppeditat, a notiſſima proprietate verborum nimis recedit procul.*

N. ADDIT.

I. *Judicet lector de reſponſione Autoris, qua ſalvare voluit ſuam conciliationem. Ego dixi, non veroſimile eſt, Ulpianum in iſtis legibus reſpexiſſe diverſos caſus, quia utrobique generaliter & indefinite loquitur. Contra Autor, præſumendum prius eſſe, ne Ulpianus ſibi ipſi contradicat.* II. *Reſponſio ad meam conciliationem, nihil dicit ad regulam de ſignificatu terminii analogi, quam urſi in ſcholio. Deinde notum eſt; quod JCti in doctrina interpretationis eam regulam commendent: A proprietate verborum recedi debere, ſi per ſignificatum improprium evitetur abſurditas, (qualis hic eſt contradictio Ulpiani,) vel iniquitas. Adde, quod ita ſecundum me expoſita lege, planior fiat ſenſus legis, quia publicum & extraordinarium ſibi proprius opponuntur, quam famoſum & extraordinarium.*

TIT. XXI.

De termino moto.

Hoc crimine tenetur, qui terminos finium cauſa poſitos propulerit, avulſerit: item qui finium obſcurandorum cauſa faciem locorum converterit, *l. 2. & l. 3. D. h. tit.* Modus pœnæ, ex conditione perſonæ & mente facientis ſtatuitur; alii relegantur, alii ad opus damnantur; ſunt qui verberibus rem decidunt; ſunt qui capite luunt, *d. l. 2. & l. 3. § 1. h.* Concurrit cum accuſatione extraordinaria, actio popularis ex lege agraria Caji Cæſaris, qua reus in terminos ſingulos, quos ejecerit, locove moverit, quinquaginta aureos in publico dare jubetur, *d. l. 3. h.* Ita conciliamus *l. 1.* cum *l. 3. h.*

Tit. XXII.

De Collegiis & Corporibus.

Heic puniuntur, qui collegium vel quodcunque corpus fecerint, celebraverint, non ex Scti vel Cæsaris auctoritate: etiamsi honestus prætexatur titulus, veluti species religionis, aut voti solvend. *l. 1. § 1. & l. 3. § 1. D. de Colleg. & corp. l. 2. de Extr. crim. l. 15. C. de Episc. & cler.* Licita fuere collegia pontificum, armentariorum, publicanorum, pistorum, navicul ariorum, fabricensium, judæorum, *l. 2. § 6. de Orig. jur. l. 6. pr. D. eden d. l. 1. D. Quod cuj. univ. nom. l. 2. C. de Jud. Tit. C. de fabricens.* Alia fere omnia prohibita: Prohibendi autem ratio partim factionum metus, partim comessationum, & compotationum intemperantia; quod malum non ita pridem in Academiis quoque viguit; atque in nostra optimo publico abolitum est, anno 1668. mense Junio, delegatis ad eam rem solenniter Nobilissimis Amplissimisque Viris ex Collegio Ordinum Novemvirali, D. WILHELMO *van* HAREN, D. TARQVINIO BOELENS. Ex Suprema Curia, D. THEODORO à SCHELTINGA, & JOHANNE BOURICIO. Una cum Magnificis Dd. Curatoribus Academiæ, qui tunc erant D. HERO *van* OCKINGA, SUFFRIDUS ABINGA ab HUMALDA, THEODORUS BAERDT & ALLARDUS PETRUS a JONGESTAL; cum D. ANTONIO KANN, Procuratore Generali; Rectore Academiæ JOACHIMO FRENCELIO Medico, quorum omnium primus hoc tempore ingenti communis Patriæ bono solus est superstes, quod ut diu sit, plurimum interest Reipubl. & Academiæ, cujus etiamnum Curator est, idque ut in multos annos sit, merito apprecamur. Detur venia rem notabilem heic ab oblivione vindicanti.

Collegiis illicitis pœna arbitraria infligitur: aliquando præter dissolutionem collegii nil gravius patiuntur, *l. 3. pr. D. de Coll. & corp.* aliquando tenentur ea pœna, qua tenentur, qui hominibus armatis loca publica occuparunt, *l. 2. D. eod.* si nimirum seditiosum sit cohibitum.

Tit. XXIII.

De Popul. Action.

Popularis actio est, quæ jus suum populo tuetur, & datur quidem cuilibet ex populo ad agendum capaci: sic tamen, ut is cujus maxime interest, præferatur, *l. 3. § 1. h.* & Prætor eligat ex pluribus digniorem, *l. 2. h.* Procurator in his judiciis ab actore non potest, a reo potest dari, *l. 5. h.* Ratio est, quia procurator tantum ab eo, cujus interest, datur; actor s autem in his propric nunquam, rei semper interest, *l. 42. de Procur.* Est & hoc singulare, quod in his judiciis neque fidejussor, neque arbiter, *l. 55. § ult. de Fidej. l. 32. § 7. de Recept. qui arb. recep.*

LIB. XLVIII.

Tit. I.

De Publicis Judiciis.

I. Quid Publica delicta, remissive, & noviter. *II. Differentia a privatis olim hodieque.*

Hanc rubricam ad Institutiones *ultimo loco* habuimus, unde quæ de natura illorum dicta sunt, intelligi possunt. Justinianus *ibi* cur publica dicantur, hanc rationem reddit, *quod cuivis ex populo executio eorum plerumque datur.* Quibus verbis etymologia potius, quam exacta definitio tradi videtur; cum popularibus actionibus, quæ publica judicia non sunt, eadem perfecte conveniat: Nisi hoc incommodum tollere possis, si pro *executio*, substituas *accusatio*, quæ vox opponitur *actioni*, qualis est *popularis*. Criminibus publicis accusatio sola convenit. *arg. rubr. tit. sequ. & pr. Inst. de publ. jud.* Tu dices, nonne & *executio* parem sensum habet, aut quid ea vox apud Cæsarem vult? Non utique significat ibi effectum & implementum sententiæ,

quam

quam executionem vocamus, sed ipsam equidem accusationem: ut *executio criminum, in l. 1. § 1. de Incend. ruin. naufr.* Executio *publica, in l. 7. § 1. de Injur.* Attamen & latius patet *executio.* Nam privatorum quoque criminum *executio* dicitur, ut *furti executio,* id est actio, *l. 1. § 3 de Privat. del.* ne dicam *exequi sermonem,* apud veteres passim. Sit igitur hæc definitio: Publica judicia sunt, quorum accusatio cuilibet ex populo *plerumque* datur, *d. § 1. l. h. t.* Additur autem plerumque, vel quia multi prohibentur accusare, de quibus *in tit. seq.* vel quia crimen adulterii non illime tantum quinque personis datur. *l. 30. C. ad L. Jul. de Adult.* & crimen suppositi partus, non datur aliis quam propinquis, *l. 30. § 1. ad L. Corn. de Falsi.*

2. Quomodo autem a privatis delictis publica differant, *ad pr. d. tit. Inst.* vidimus, & rursus *ad tit. de Extraordin. crimin.* attigimus. Habuerunt, inquam, olim publica Judicia legem certam, formulam, ordinemque, & pœnam certam, *l. 3. § 2. Stellion. l. 3. § ult. de Prævar. l. 131. § 1. de V. S.* Sed primum ordo obsolevit, durante aliquandiu legum pœna, *l. 8. de publ. jud.* Vetusti ordinis rationem exponit Brissonius 2. *Select. antiq. c. 1.* Dein & pœnæ legum exoleverunt, vindicanturque crimina omnia extra ordinem arbitrio judicis, modo durius, modo remissius, *l. 1. § ult. l. 13 D. de pœn.* Illud tamen peculiare est, quod publica crimina infamant omnia: extraordinaria non omnia, *l. 7. D. de Publ. jud.* Ipsa vero differentia, quam exprimit definitio, quod accusatio cuilibet e populo detur, nunquam jure civili desiit obtinere. Moribus hodiernis, in plerisque locis Procuratores Fisci criminales accusationes instituunt, ut videbimus *ad fin. tit. seq.* atque illejus Reipubl. dicitur exequi, ut hoc sensu omnia judicia criminalia recte *publica* vocentur. Alio sensu tamen distinctionem inter publica privataque delicta, suum adhuc usum habere posse, docuimus *ad h. tit. Inst. num. 1. in fin.*

Tit. II.

De Accusationibus & Inscriptionibus.

I. Quid Accusatio & Inscriptio. II. Qui accusare prohibeantur. III. De pœna talionis. IV. Non posse crimen publicum per modum exceptionis opponi. V. Quid moribus.

Cuilibet igitur e populo cum accusare permissum fuerit, videndum, quid sit Accusatio: Nihil est aliud, quam *Rei criminis apud judicem persecutio, publicæ vindictæ causa.* Jungitur ei inscriptio, quæ est declaratio Accusatoris, qua profitetur, quem cujus criminis accuset, cujusmodi libelli formulam habemus in *l. 3. h. t. Consul & dies; Apud illum Prætorem vel Proconsulem, Lucius Titius professus est, se Mæviam Lege Julia de adulteriis ream deferre: quod dicat, eam cum Gajo Sejo in civitate illa, domo illius, mense illo, Consulibus illis, adulterium commisisse.* Unde patet, diei aut horæ adjectionem non esse necessariam, cum in illis oblivio sit facilis. Hisce libellis delatores subscribebant, aut alii pro ipsis, *d. l. 3. § 2. & l. 7. in pr. h.* ideoque subscriptiones vocantur, pari passu ut inscriptiones, *l. ult. de privat. del. l. ult. de Furt. l. 24. ad L. Cornel. de Falsi.*

2. Accusare possunt, qui non prohibentur. Vetantur autem generaliter mulieres, pupilli, milites, magistratus, infames, qui duorum contra diversos criminum sunt delatores & qui pecuniam accusandi causa acceperunt, *l. 8. h.* qui falsum testimonium dixere, *l. 9.* & qui minus 50. aureis habent in bonis, *l. 10. h.* denique servi, *l. 58. de Jud.* & graviorum criminum rei, *l. 13. C. de his, qui acc. non poss.* Plerique tamen eorum admittuntur, si suam suorumque injuriam persequantur, *l. 2. § 1. l. 4. & l. 11. h. t.* item in crimine majestatis, *l. 7. & 8. ad L. Jul. majest.* Præterea specialiter prohibentur liberi accusare parentes, *l. 5. C. ad L. Corn. de Falsi.* liberti patronos, *l. 8. in f. h.* & consanguinei in crimine atroci, secus in levioribus, *l. 13. & l. 15. C. de his, qui accus. non poss.* Accusatus reconvenire non potest; nisi atrocius, vel idem crimen habeat opponendum, *l. 1. C. de his, qui acc. non poss.* quæ de re diximus ad *tit. Quib. ex caus. ad eund. jud.* ad verba QVA REUS. Qui autem ab uno est delatus, ab alio deferri non potest, ob idem crimen, *l. 11. § ult. h. & l. 9. C. eod.* si diversa sint delicta, manent quidem diversæ delationes, sed una post alteram exercetur, *l. 2. § ult. de Cust. reor.*

3. Qui in- aut subscribit in crimen, obligatus est ad pœnam talionis, si calumniæ convictus fuerit, *l. 2. C. de Exhib. & transmitt. reis. l. 3. C. de His, qui accus. non poss. l. ult. C. de Accus. l. 2. § pen. ad L. Jul. adult.* Hactenus excusatur crimen

a subscriptione maritus, jure viri uxorem adulterii accusans, *l. 30. C. ad L. Jul. adul.* Mulier suam suorumve injuriam persequens, *l. 12. C. Qui accus. non póss.* qui parentum vel liberorum necem ulciscuntur, *arg. l. 2. l. 4. & l. ult. de Publ. jud.* nec non inquisitores, aut nunciatores criminum, *l. 7. C. h. l. 6. de cust. reor.* Neminem tamen manifestam calumniam ferre impunitam, ratio & vigor disciplinæ jubet.

4. Cæterum ex eo, quod Accusatio requirit inscriptionem in crimen, aut officium Procuratoris Fisci, recte colligitur, atrox aliquod & publicæ vindictæ crimen, non posse per modum exceptionis, aut incidentis litigii tractari, ut judicatum refert Robertus *l. rer. judic. 14.* in hac specie; Mulier petebat ab herede mariti. dotem & dotalitium; Heres opponebat adulterium, & parricidii in maritum conscientiam, eoque argumento pecuniæ repetitionem negabat: sed judicatum est, non licere per modum exceptionis, aut civiliter, tam atrocia crimina proponere, causam mulieris agente Mornacio. *d. 9. Maji 1585.*

5. Moribus hodiernis privati non accusant, sed Fisci Procurator, utique alii non solent; non prohibentur tamen legibus, & si velint privati, non videntur excludendi, maxime si Fisci procurator nolit, ut fit, aut non possit. A. Matth. *ad lib. 48. ff. tit. 20. Cap. 2. n. 2.* Sed de usu hodierno, ad *tit. seq.* distinctius & pressius agendum.

TIT. III.

De Custodia & Exhibitione reorum.

I. Quod si nullus sit Accusator; judicem ex officio inquirere in crimina. II. Quid juris, si reus non includatur. III. Quis ordo procedendi, si reus includatur. IV. An tum litis contestatio, interlocutio, & cætera judiciorum ordinaria fiant. IV. Summæ differentiæ judicii criminalis, & quid ubi sit processus inquisitorius. VI. De carcere singularia quædam.

Quod si nullus fuerit Accusator, Reipubl. tamen utilitas non patitur, ut crimina relinquantur impunita. Leviora quidem sine accusatore facilius transmittuntur, *l. 38. § 7. ad L. Jul. adult. l. 6. § 2. de Muner. & honor.* Sed latrones, sacrilegos, plagiarios, fures, omnesque maleficos, præsides conquirere, & prout quisque deliquerit, animadvertere debent, *l. 13. in pr. de Off. Præs. l. 4 § 2. ad L. Jul. pecul.* Ideo debent habere homines, qui referant ad eos, quid in urbe provinciave agatur, *l. 1. § Qui ex. 12. de Off. Præf. urb.* Tum vel ipsi illos comprehendi jubere debent, vel scribere ad Magistratus, ubi factores agere dicuntur, & desiderare, ut cum prosecutoribus ad se remittantur. Solemnia quidem accusationis tum usum non habent, *l. 7. de Accusat.* Sed tamen causæ cognitione exacta opus est, *d. l. 7.*

2. Primo quidem, an Reus in carcerem sit recipiendus, vel liberiori custodiæ tradendus, an fidejussoribus sit committendus, aut etiam sibi sub hypotheca bonorum suorum, *l. 1. & l. 3. h. t.* Quod si crimen & persona sit ejus generis, ut non dubitetur, quin e vinculis causa dicenda sit, statim comprehendi jubetur, *d. l. 7. h. t.* Si crimen sit ejusmodi, ut pœna sit infra relegationem, Reus simpliciter in jus vocari potest, & mittere procuratorem, *l. 1. D. An per al. cauf. appell.* Quod si justa dubitandi ratio sit, Reus citatur ut ipse veniat; & prima tum quæstio est, an carceri sit includendus, quod cum judicem perpendere oporteat, *d. l. 1. h.* causæ cognitione, saltem opus est extraordinaria. Si placuerit eum dimitti, fit hoc cum stipulatione judicio sisti, sub pœna confessi & convicti, firmata satisdatione, pro tali summa, quæ judici par commisso visa fuerit: Fidejussor autem elapso tempore, quo sistere eum debuit, sex mensium habet spatium, ut reum sistat, antequam ad solvendam muldam teneatur; aut si nullum tempus sit adjectum, postquam desideratus fuerit; nisi defendere eum malit, si causa per Procuratores agi possit, quod tamen non permittitur post elapsos sex menses, ad reum conquirendum indultos, *l. 26. C. de Fidejuss.* Cum autem promissio sistendi reum indemnita sit, fidejussor non liberatur, nisi, quoties requisitus fuerit, eum exhibeat, *d. l. 26. in pr.* non tamen post appellationem. *arg. l. pen. Judicatum solvi.*

SCHOLIUM.

Sed vereor a Cautione judicatum solvi, de qua loquuntur textus citati, ad cautionem, judicio sisti, hic argumentum procedere.

RESPONSIO.

Lex pen. *de cautione judicatum solvi loquitur, sed* lex 26. *de judicio sistendi causa differte: argumentum autem, quod ex* l. pen. *ducitur, evi-*

dens

dens est; Nam si judicatum solvi, quod ad rem spectat, fidejussio non extenditur ultra primam instantiam, qua tamen de re ad tit. jud. solvi. *egimus; certe judicio stisti, quod semper et apud certum judicem. ad diversi judicis auditorium nullo modo extendi potest.*

N. ADDIT.

Jam consentio. Et potest adeo Scholium omitti.

Fit etiam aliquando, ut media inter carcerem & satisdationem via servetur; qualis erat libera custodia in ædibus Magistratuum, & custodia militaris, quando Rei militibus alligari in ædibus suis servabantur, ut Paulo Apostolo accidit *Actor. ult. cap.* Sic etiam hodie, quando crimen est dubii eventus, incerto vulneris statu, Rei notabiliores domi suæ, quandoque missa manu militari, custodiuntur, sed ad breve; donec aut sub cautione dimittantur, aut in arctiora vincula conjiciantur, ut sæpius usu venit.

3. Verum quoties ex continenti reus carceri includitur, jure civili datur laxamentum XXX. dierum ad mœstos penates componendos, *l. 2. C. h. t.* quod moribus hodiernis nusquam servatur; Etsi quidem ab Irenarchis veniant, quorum vicem apud nos hac parte Magistratus inferiores exhibent, Præses sive superior judex, qui de crimine cognoscendi facultatem habet, elogium examinat, quo Irenarchæ reos prosequi debent, cum interrogationibus rei & testium, *l. 6. h. t.* ut tamen hæc tantum præparatoria sint; Rei ex integro audiendi, & *inquisitio*, *ἀνάκρισις*, instituenda, *d. l. 6.* Qua gratia prius quam examinati fuerint, nemo ad illos admittitur, ne consilio instruantur. Si contingat eos crimina fateri, sine ulteriore judicii ordine sententia fertur; Nam & hac parte valet regula, confessos omnino damnandos, *l. 3. de Confessis.* Si vero neget, quis ordo tum sit observandus, ubi per *inquisitionem* sine accusatore proceditur, non est in jure definitum, quod sciam. In Rescripto divi Pii, quod extat in *d. l. 6. h. t.* habetur, Præsidem debere venire jubere τὸν *Irenarchen, ut is quod scripserit, exequatur;* sed hoc fit in eum finem, ut siquidem Irenarchæ fideliter & diligenter fecerint, collaudentur, si parum prudenter, admoneatur simpliciter, *irenarchen minus retulisse*; Si quid maligne fecerit, *vindicatur in exemplum, d. l. 6.* Sed irenarchem, aut Fisci procuratorem, accusatoris partibus fungi & solito judiciorum ordine procedi ab illis, non invenio in Jure nostro.

4. Vir tamen juris prudentissimus Antonius Matthæus *ad h. tit. cap. 1. n. 3.* scribit de processu Inquisitionis hoc modo; *Sane* quæ ad substantiam judiciorum pertinent, ea non minus in inquisitione atque accusatione observanda sunt, cujusmodi est litis contestatio, quæ narratione actoris & contradictione Rei constat, replicatio, duplicatio &c. Probationes, legitimæ Dilationes, Renunciationes, Conclusiones, Sententia. Nec absurdum videri debet, nos litis contestationem exigere; non enim tam judex, quam Procurator litem cum reo contestatur. Hactenus D. Matthæus, tanquam ex sententia juris Romani. In quibus ego quidem nihil quam textus auctoritatem desidero; Nam quos ipse præmittit, ex quibus ea dicta colligit, nihil ejusmodi loquuntur. Hoc scio, nihil in illis verbis, nisi quod dignum est jurisprudentia Romana, contineri, & quod in nostro foro juris Civilis convenientia inprimis gaudente, non exacte servetur. Quid enim æquius, quam reis criminum non præcidi disceptationem, qualis pecuniæ reis nunquam denegatur? sed quando Procurator Fisci adversus infitiantem reum, quicquid potuit, produxit, si res ad tormenta venire debeat, hac gratia fit interlocutio, qua de re *ad tit. de Quæstion.* & tunc res iterum a via Judicii ordinaria, ad inquisitionem officii deducitur, donec in sententiam desinat. Quando igitur Accusator e populo nullus est, tum res incipit ab *inquisitione*, & in casu confessionis, eodem modo terminatur. Cum infitiante proceditur ordinaria juris via; donec res ad tormenta pervenerit, quo casu rursus ad meram inquisitionem delabimur. Hæc sit juris civilis sententia, ut est sine dubio, expressa imago nostræ praxeos criminalis, & quidem unicæ: Nam accusatores e populo, etsi nulla lege prohibeantur, in tritura fori tamen penitus ignorantur. In hoc etiam consentimus Romanis, quod solus præses provinciæ, id est suprema Curia; merum imperium & criminum cognitionem exercet, hoc uno discrimine, quod jam notavimus, Irenarcharum officium, quod olim fuit a Judicibus inferioribus eorumque ministris exerceri, ut nostris Statutis *lib. 2. tit. 3. seqq.* cautum est.

5. Res igitur huc redit, ut jure civili moribusque nostris, distinguendum sit inter Accusationem, quæ fit reo in vinculis, aut extra vincula constituto: Quando est in vinculis, initium fit ab inquisitione, ut si confiteatur, aut appareat innocens, statim procedatur ad condemnationem, vel ad ab-

solutionem. Contra negantem, non audiuntur aut exhibentur testes, vel tormenta decernuntur, sed fit litis contestatio inter Procuratorem Fisci & Reum, solitaque judicii forma servatur, quæ adversus reum carceri non inclusum unice ac inde ab initio exercetur. Sed moribus aliarum gentium *Processus inquisitorius* vocatur, quando adversus reum summarie proceditur, examinatione secundum articulos facti instituta, testibus etiam reo coram auditis, denique tormentis, si res ferat, applicitis, usque dum sententia feratur: eique opponitur Processus ordinarius, in quo per Fisci procuratorem, aut alicubi per privatos accusatores, fit postulatio, Rei contradictio, replicatio, duplicatio, probatio, reprobatio, & cætera judicii consueta. Nec raro fit, ut postquam Reus diu per inquisitionem excussus & male habitus est, adhuc in ordinario processu recipiatur, quo a jure civili, dixerim & ratione, nihil est alienius. Agit hac de re prolixe Carpzovius *pract. Crim. Qu. 107.*

6. Porro quod ad carcerem attinet, notandum est, eos, qui dispares sunt sexus, simul includendos non esse, *l. 3. C. hic.*

Officium ejus, qui carceri præpositus est, in commenta..um referre eos, qui [illegible] conjiciuntur, (unde Commentarienses dicti) & judici singulis mensibus eos ingerere, *l. ult. C. hic.*

Præpositus carceris & alii custodes, sive milites sint, sive pagani, ob custodiam amissam, (id est personas custoditas, *l. 8. l. 10. l. 12. & l. ult. hic*) pro modo culpæ puniuntur, *d. l. 8. d. l. 12. & l. ult. hic.* & ex constitutionibus eadem pœna, (quod ob culpam sine durum, neque servatur,) qua is, qui aufugit, puniri debeat, afficiuntur, *l. 4. C. hic.*

Qui non reos, sed jam convictos damnatosque emittunt, & vindictæ publicæ suffurantur, merito, cum majestatis rei sint, gravius puniuntur, *l. 3. § fin. & l. 4. ad L. Jul. Majest.*

Magistratus inferiores etiam mulctantur, si temere & sine causa custodias dimittant, *l. 10. hic.* Si injuste quem custodiæ tradant, * aut cognita innocentia captivum diutius detineant, ad interesse, & injuriarum nomine tenentur, *arg. l. 32. de Injur.* idque apud nos, ubi Magistratus hac parte Curiæ Supremæ subjecti sunt, frequenter usu venit.

Tit. IV.
Ad Legem Juliam Majestatis.

I. Remissio, & summæ rerum. II. Querela de pravo regimine civitatis, an ad hoc caput pertineant. III. De crimine Majestatis analogice dicto. IV. Quatenus sola scientia punitur. V. Pœna perduellionis. VI. Majestatis in specie. VII. Quæstiones quædam ad l. Quisque C. h. t. *VIII. Moribus numquid secus.*

Hoc crimen & ejus pœnam, cum Majestatis in specie, tum Perduellionis, quorum hoc est primi, illud secundi capitis, Legis Juliæ, *l. 2. in fin. b.* apud *Inst. tit. de Publ. judiciis n. 3. & 4.* declaravimus: quorum hæc est summa, nonnullis adjectis. Majestas proprie est amplitudo & dignitas, a magnitude sic dicta, unde magistratibus, ut Consuli a Cicerone *orat. in Pis.* & Prætori *in l. pen. de Just. & jur.* tribuitur. Per excellentiam vero de summis potestatibus ea vox potissimum usurpatur, adeoque jam obtinuit, ut pro ipsa potestate summa promiscue accipiatur.

Igitur hujus criminis tenetur, qui dolo malo læsit summam potestatem, cui subjectus est; nam qui non est subditus, hostis duntaxat fit, *l. 1. § 1. h.* Enimvero non interesse, quæ sit forma Reipubl., notissima Politices fundamenta docent.

Potest dici, crimen hoc esse proprium, vel improprium. Illud, quod committitur contra summum Principem; & modo generis nomen retinet, modo in specie Perduellio dicitur, *§ 2. Inst. de publ. jud. l. ult. h. t.*

Perduellio, in quam, est, cum quis hostili animo contra salutem Principis, vel Reipublicæ, aliquid molitur, *d. l. ult.* Dixi *ad tit. Inst. ult. n. 8.*

Majestatis in specie crimen variis modis fit; uti statuas & imagines Principis violando *l. 6. & l. 7. § ult. h. t.* vectigalia nova absque ejus autoritate im-

* Jure nostro injuste incarcerati, pro singulis diebus & noctibus multam 30. solidorum, sive 40 grossorum, petere possunt. Land-R. *l. 2. art. 34.* Carpz. *Pr. Cr qu. 3. n. 71. sq* Id *l. 6. Resp. 95.* ad quam solvendam pars quoque, quæ injuste incarcerationem petit, obstringitur. Carpz *d. R. n 15.* Coler. *dec. 164.* atque ita resp. *Fac. Jur. Lipsi Mens. Mart. A. 703.* Actio autem, qua hæc multa petitur, cum ex moribus descendat, non annalis est, sed perpetua, ceu pronunc. *Supr. Cur. Prov. Lipsi. An. 1704. Term. Cruc.* conf. **Rauchb.** *P. 1. qu. 38. n. 27.*

ponendo

ponendo, *l. 2. 3. 4. eod.* monetam adulterinam cudendo, *l. 2. C. de falſ. monet.* Si quis confeſſum in judicio reum ac propter hoc in vincula conjectum, emiſerit, *l. 4. D. h. tit.* Si quis ſciens falſum ſcripſerit, vel recitaverit in tabulis publicis, *l. 2. D. h. tit.* Si quis privatum carcerem habuerit, *l. 1. C. de priv. carcer.* Si Magiſtratus provincialis accepto ſucceſſore, ante quinquageſimum diem non exceſſerit provincia, *l. un. C. Ut omn. jud. tam civ. quam milit.*

2. Quæſitum eſt, an Querela de prava civitatis adminiſtratione, referri poſſit ad crimen læſæ Majeſtatis, ſaltem in ſpecie dictæ; quod ita viſum Ordinibus Friſiæ, cum hinc ante decennium nonnulli cives querelam ejusmodi ad Ordines Generales detuliſſent, Edicto *d. 14. Februar. 1678.* a Curia tamen Suprema, poſtulante Procuratore generali, re judicata non eſt firmatum. Querela quidem in genere, petitioque reformationis non poteſt huc referri, ſed eſt jus civium, ſupplicare in eum finem: ut recte judicatum in Anglia nuper, cum Reges noviſſimi petitiones ſibi oblatas, hujus pæne criminis nota inſignitas velle viſi fuiſſent. In noſtra Republica ejusmodi petitiones vocantur *Doleantien*, *Querelæ dolentium* Reipubl. cauſa, cujusmodi plures olim fuere, quarum una inſignis, principe Philippo Auſtriaco II. anno 1554, de qua plures egregiæ Conſtitutiones emanarunt, quarum ſpecimina videre licet in *3. Statut. tit. 2. art. 4. 14. 15. 19. 22. 25. 52. 56. Tit. 3. & alibi.* Dicendum tamen eſt, fieri poſſe, ut ejusmodi Querelæ ab hoc crimine non ſint alienæ. Primo, ſi fiant ad exteras Poteſtates; quia cum jus Supremæ provocationis, ſit jus Majeſtatis, ſi quis ad exteros querelas & petitiones reformatorias deferat, jus Majeſtatis, cui ipſe ſubjectus eſt, manifeſto ladit: etſi forſitan ad amicos & fœderatos fiat, quomodo in prædicto caſu majeſtatis rei declarati ſunt, qui preces ſuas ad Ordines Generales Belgicarum Provinciarum detulerant, etſi de talibus negotiis, quorum primo conſtituendorum Ordines Generales arbitri, atque, ut ajunt, mediatores fuerant. Quanto fœderis arctitudo magis ad ſpeciem unitatis imperii accedit, tanto metus & periculum, ne ſub prætextu fœderis amicitiæque pars aliqua imperii invadatur, propius exiſtimatur. Præterea, ſi prætextu Querelæ ſeditio & res novæ a factioſis hominibus quærantur, quod ſæpius uſu venire, docet experientia, non eſt dubium, quin hæc res non modo ad Majeſtatis in ſpecie dictum crimen, ſed etiam ad perduellionem attinere poſſit.

Egimus hac de re latius in *Jurisp. Hod. part. 2. lib. 3. c. 16.*

3. Addendum & hoc ad hujus criminis differentiam, quod ſit perduellionis vel majeſtatis tam proprie quam analogice dictæ, ut *ſuperius* indicatum eſt. Majeſtatem analogice dictam intelligimus eorum, qui Superiorem quidem agnoſcunt, ſed regalia & conformatam per ſe habent Rempublicam, at ſubordinatam, cujusmodi creduntur eſſe Principes & Liberæ civitates Germaniæ, quibus *Superioritas*, non Majeſtas adſcribitur. Quanquam ſi quod res eſt, loquendum ſit, illa *ſuperioritas* Principum Germaniæ, ſi ab effectis recte argumentamur, quod in civilibus infallibile, nihil eſt aliud quam *Summa* Poteſtas: Hæc autem Majeſtas vocatur. At quia ſolus Imperator hac voce per excellentiam utitur, qui nec Regibus extra Imperium illud adſcribit, Principes ſummam poteſtatem ſuam alio nomine circumdant; invidiæque ſubducunt. Sed nominibus ſepoſitis, nihil erraverit, qui legem Juliam, ſeu crimen *ſupra* definitum, quando aliquis læſit ſummam poteſtatem, cui ſubjectus eſt, etiam Germaniæ Principibus directe & proprie convenire dicat. Forte magis appoſitum Majeſtatis analogice dictæ exemplum, eſt in Societatibus Indicis, quæ jura ſummæ poteſtatis in ditionibus ſibi ſubjectis accipiunt ab Ordinibus Belgicarum Provinciarum: quæ ſub alio ſole exerceant. Heic, utpote domi, ſunt Privati omnique jure privatorum utuntur; ſed in ditionibus ſuis omnia jura Principatus exercent, dependenter ab Ordinibus, a quibus illorum acta poſſunt infirmari. Si quis hoſtilia contra eos in locis ſui privilegii committat, an hic Majeſtatis teneatur, Belgicorum Jurisconſultorum ſententiis, ſuperioribus annis agitatum eſt, in cauſa Kœymanni cujusdam; qui adverſus Societatem Indiæ occidentalis, cui ſerviebat, hoſtilia machinatus erat in Africa cum duce barbarorum, cui nomen *Jan Claeſſen* a noſtratibus erat inditum. Publicatæ ſunt typis ſententiæ, quarum aliæ Majeſtatis, reſpectu Ordinum, aliæ tantum atrocis injuriæ crimen, admiſſum ſtatuebant. Verius fuit eſſe crimen hujus loci, analogice ſumptum; eademque analogia puniendum, quod etiam ſecuti ſunt Judices Amſtelodamenſes homine condemnato in gravem mulctam & ad opus publicum longi temporis. Cæterum, adverſus Magiſtratus, etſi non habeant ſummam poteſtatem, ſi tamen ſummam Reipubl. adminiſtrant, verum crimen Majeſtatis committitur, *l. 1. §. 1. h. t. l. 5. C. h.* ideo quia Princeps

ceps aut populus liber, per latus eorum imperitur, utique si publico respectu impetantur, idque Statutis nostris insertum, *l. 3. tit. 5.*

4. Cum autem lex Julia dolum malum requirat, *d. l. 1. § 1. h. t.* non est rationis, ut sola scientia silentiumque pœna adficiatur ordinaria, quod tamen Cæsares in *l. 5. & l. 6. h. t. de conscius* statuunt. Multi equidem conscios illic non simplicis scientiæ silentiique reos, sed homines per duellium consiliis immixtos illigatosque intelligunt: cum alioqui sola scientia in gravioribus delictis mitius extra ordinem puniatur, *l. 2. D. Ad L. Pomp. de Parricid.* juncta *l. 6 cod.* Sed Arcadius & Honorius in *d. l. 5.* tam rigide sanciunt, etiam contra liberos, & contra eos, qui cogitaverint tantum, ut dubitari non possit, quin solam conscientiam ordinaria pœna coërceri voluerint, quem rigorem universæ ferè praxis Europæ servat; exemplis ubique existentibus, ut tamen ad perduellionem duntaxat, illud, non ad Maj. in specie commissa pertineat, quemadmodum nostra Statuta, *si qui seditiones excitent contra summam potestatem aut ejus Rectores, vita bonisque mulctabuntur. Eadem pœna locum habente, si quis eam rem cognoverit & conscius sit, neque detexerit & significarit. lib. 2 tit. 5.* Nec tamen ideo non Sentiunt docti & indocti, rectius consulere Principes ordinesque Rerumpubl. si extra ordinem mitius in tales consulant, ut Richelio Cardinali nec *Thuanus vivens*, neque posteritas ignoverit, quod Franciscum *Thuanum*, quicum fœdus, quod Regis frater aliique proceres cum Hispano Rege fecerant, communicatum fuerat, etsi improbasset, quia tamen non detexerat, summo jusserit inclementer adfici supplicio. Res nota est, & plura id genus alia passim. *

5. Pœna perduellionis, olim fuit aquæ & ignis interdictio, Paul. *5. sent. c. 29.* dein capitis, *l. 3. h. t.* ut gladio feriantur, bonis omnibus fisco addictis, *l. 5. C. h. t.* quod Paulus honestioribus adscribit, humiliores ait bestiis objectos, aut vivos fuisse exustos; Filiis reorum, vitam Imperiali lenitate se concedere, testantur Honorius & Arcadius, etsi paterno perire deberent supplicio, ut ipsis videtur; sed excludant eos ab omni successione, tam legitima quam testamentaria infamia æterna notantur: ut ad nullos honores, ad nulla sacramenta perveniant: denique tales sint, ut *perpetua egestate sordentibus mors solatium, & vita supplicium sit, d. l. 5. § 1 b* Filiabus quasi bonorum maternorum duntaxat relicta, § 3. Emancipationibus, dotibus, donationibus a perduellibus factis non valentibus, § 4 Impunitate promissa reis, si insontia adhuc consilia detexerint, præmio quoque addito, si quis in exordio initæ factionis id occupaverit, § *ult.* Denique, si quis pro perduellibus aut eorum liberis deprecari tentaverit, is infamia notatur, § 2. Hic rigor quantum quidem ad liberos attinet, hodie merito non servatur, etsi post se relinquat quamdiu gentium antiquarum, ut Macedonum & Persarum leges, quæ perduellium liberos eorumque cognatos omnes supplicio addixisse leguntur, quod & ipsis Romanis aliquando servatum, uti a Tiberio in Sejano apud Tacitum *lib. 5.* a Severo in Cleandro, idemque in Albino *apud Lamprid. & Capitolin.* Quin Ciceronis ea vox suadentis *ad Brutum*; Id omnium civitatum esse commune, ut parentum scelera liberi luant, *quo liberorum caritas amiciores Reipubl. parentes reddat.* quod tamen ibi de publicatione bonorum, quæ parentum fuerunt, & quæ non est pœna liberorum, nisi per consequentiam, intelligit.

6. Hæc scil. in perduellione: Majestatis in specie crimen, morte simpliciter adficitur, *l. ult. h. t.* & improprium arbitraria pœna, pro meritis circumstantiarum plectitur. Corvin. *h. t. in fin.* quandoque relegatione, vel etiam pecunia, ut Ordines Frisiæ *dolentibus* contra & extra Remp. imposuerunt, in relato *superius* Edicto.

7. Sed quod modo de liberis perduellium dictum est, quær. Nepotes an filiorum appellatione in hac L. contineantur; videntur non contineri. Ratio est: In odiosis filiorum appellatione nepotes non comprehenduntur; eadem ratione, nec ad adoptivos, nec ad naturales filios prædictam constitutionem pertinere, dicimus. Illud non dubito, pertinere eam æque ad filios ante commissum crimen natos, atque eos, qui post commissum crimen nascuntur; etiamne ad emancipatos? Videtur; adde D. Wissenbach. *h. t.*

Cum liberi damnatorum priventur jure faciendi testamenti; quæri potest, utrum hereditates eorum fisco vindicentur, an vero legitimis here-

* In Belgio etiam, quod verecunde tacit Huberus, Græneveldius, Joannis Oldenbarneveldii, fortæ sed infelicis memoriæ senis filius, quod hostilem animum Fratris Stautenburgii, quo in Reipublicæ Belgicæ Principem Mauritium animatus fuerat, tacuisset, capite plexus est. De Jure puniendi silentium in hoc crimine, confer. Ill. Gundlingium in *Singularibus ad L. Majestatis*, capite maxime IV.

dibus

dibus ab inteſtato deferantur? Benignius eſt, ut legitimis dicamus. A. Matth. *de crim. diſp. 3.*

Sunt & alia in exercendis majeſtatis judiciis ſingulari jure conſtituta: Ut quod famoſi, qui jus accuſandi non habent, & mulieres, & milites, qui alienas cauſas defendere non poſſunt, & ſervi quoque deferentes audiuntur, & quidem dominos ſuos, & liberti patronos, *l. 7. & l. 8. D. h. t.* Quod dignitas nulla in his quæſtionibus a tormentis excipitur, *l. 5. C. h. tit.* cum alias digniores non facile torqueantur, *l. 8. & l. 16. C. de Quæſt.*

8. Hæc a moribus hodiernis aliena non ſunt, niſi quod Liberi pœna Parentum, ut diximus, non involvuntur, niſi per conſequentiam publicationis bonorum, & per ademtionem inſignium privilegiorumque natalium, quibus & poſteri æque privari intelliguntur, quo ita viribus ac honoribus illis ſubductis Reipubl. minus periculi ab illis immineat. Quo reſpectu Cicero legem Corneliam de Proſcriptorum liberis ab honoribus excludendis, defendit, etſi Plutarchus *in vita* Syllæ, iniquitatis eam partem legis accuſet maxime. Quid igitur ad hæc; *Eiſi quoque cognatique omnes, etiam innoxii, ſupplicio tradebantur, ne quisquam aut ad imitandum facinus, aut ad mortem ulciſcendam, ex tam neſaria domo ſupereſſet.* ut Juſtinus *lib. 21.* quod ad ſuperiora referendum. Plura Carpzovius *part. Crim. 1. Queſt. 46.*

TIT. V.

Ad Legem Juliam de Adulteriis.

I. Adulterium nonniſi in nupta committi. II. Remotis Carpzovii rationibus. III. Pœna adulterii jure civili. IV. Quid moribus. V. Lenocinii pœna. VI. An & in ſponſam adulterium committatur. VII. Quid in muliere nupta meretrice. VIII. Polygami, an adulteri, & de Pœna illorum. IX. De Pœna inceſtus. X. De ſtupro remiſſive, & de ſcortatione. XI. De Lenonum pœna. XII. De Venere monſtroſa. XIII. De Maſtupratoribus. XIV. De Accuſatione adulterii &c.

Adulterium jure civili, *l. 6. § 1. h.* & divino, *Levit. 20, 10. Deut. 22, 22.* in nuptas ſolummodo committi, recepta ab omnibus eſt ſententia, a nobis probata *tit. Inſtit. de publ. jud. n. 5.* quam noviſſime improbat Carpzovius *part. 2. pract. crim. Qu. 52. Quis auſit*, ait, *negare, maritum ſe cum innupta miſcentem, fieri perfidum, injuriam conjugi inferre, ac unitatem diſſolvere matrimonii?* Nemo id, opinor, neget, nec quicquam eorum, quæ prolixe e ſacris accumulat, ut probet virum æque fidem thorumque violare conjugalem, ineundo virginem, quam mulierem cœlibi ſuccumbendo; cum uterque jus idem in corpus alterius auctore Apoſtolo 1. ad *Corinth. 7.* habeat. Sed Lex Romana totum facti reatum, quem mulier nupta ſuſtinet graviorem, conſiderat. Nam viro magna eſt, omnium gentium reputatione, contumelia, uxorem habere adulteram; mulieri nulla, ſed miſeratio favorem magis conciliat. Viro periculum eſt a partus ſuppoſitione, qua non poteſt eſſe atrocior injuria; quod uxori nullum eſt. Hæc cum præter fidei conjugalis violationem in congreſſu cum nupta concurrant, male denuo Carpzovius Adulterium definit per *violationem fidei thoriique conjugalis, d. loco n. 48.* Quamvis hoc ei concedimus, Exiſtimatione populorum hodierna, poſtquam Adulterium crimen ubique fere pecuniarium eſt factum, æque in mulctas incidere viros quam fœminas, vulgoque adulterium ſola violatione thori conjugalis intelligi. Quod ſi exemplo juris divini & Romani pœna capitalis reduceretur, non dubito, quin ſententia juris utriusque hodieque prævaleret, aut prævalere deberet.

2. Quæ Carpzovius ex jure civili profert in contrarium, ex eo, quod diximus, facile refellas; Matrimonium, ait, eſt contractus reciprocus, Ergo viri & uxoris eadem ratio; Recte, ſi quidem violatione fidei conjugalis adulterium abſolveretur, quod cum aliter ſe habeat, hæc ratio, & quæ ex *l. 1. C. h. t. l. 7. & l. 23. ibid.* in quibus violatio de adulterio prædicatur, adferuntur, evaneſcunt. Item ex *l. 13. § judex h. t.* ubi iniquum eſſe traditur, viros ab uxoribus exigere fidem, quam ipſi non præſtent. Hæc enim ſimiliaque virum æque perfidum ac mulierem, non æque adulterum eſſe probant. Opponit *l. 13. h. t.* ubi in concubina dicitur adulterium committi, quæ nupta non eſt. Reſp. Concubinatus imitamentum matrimonii & per leges nomen adſumſit, ſi modo ſit talis concubina, quæ matronæ non amiſerit nomen, *d. l. 13. pr. & l. 3. § 1. de Concubin.* Hæc huc ad eludendos textus claros, qui adulterium nonniſi in matrefam. committi tradunt, *d. l. 6. § 1. l. 13. § 2. l. 34. § 1. h. l. 101. l. 125. in med. d. V. S.* quibus accedit

accedit *Lex 2. C. h. t.* ubi violatio matrimonii & adulterium apertis verbis distinguuntur. Eludit tamen illas Carpzovius distinctione simplicis & duplicis adulterii. Hoc committi respectu personæ facientis, illud etiam respectu patientis; Leges illas loqui de duplici adulterio respectu patientis; Respectu facientis adulterium intelligi, cum vir solutam corrumpit. Sed probandum erat, id quod simplex appellat ratione solius facientis, per leges, adulterii nomine censeri.

3. De pœna Adulterii, quæ fuit olim ex Lege Julia, & quæ est jure novo, quod satis est, diximus *ad Inst. n. 6.* nec plura post tot alios addere libet; nisi causam scire libeat, quamobrem Justinianus in *Nov. 134. c. 10.* mulieribus pœnam capitalem remiserit, ejus loco substitutis virgis & claustro monasterii, virosque omnino adhuc dum gladio puniri voluerit, contra rationem juris antiqui, quod mulieres, ut dictum, gravius delinquere statuit. Quin mulier spem redeundi ad virum matrimoniique redintegrandi habet, si maritus amoris adversus eam memor emolliatur; potest enim eis biennium eam repetere, quo non facto neglecta vel morte viri destituta, perpetuam monasterii habet mansionem, *d. Nov. 134. c. 10.* Hanc distinctionem in Germania hodieque servari, testatur Carpzovius *d. Qu. 53. n. 27. ex Constitutione Crim. Caroli V. art. 120.* rebusque judicatis idem illustrat, virum & mulierem adulterii convictos, illum quidem gladio feriri, hanc virgis cædi & monasterii loco in perpetuum relegari, nisi conjuges illis ignoverint, quo casu matrimonium redintegratur, ad exemplum *d. Nov. 134. c. 10.* ut tamen Germani utrosque tum solum vertere jubeant, Carpz. *d. Qu. 53. n. 33.* Idem de ratione probabili hujus differentiæ laborat, admodum frustra *n. 11. & seq.* Nec potest opinor, alia reddi, quam quod Vir satis in una τὰν παιδοποιὸν ἀδονὰν, ut Jocasta loquitur *in Phœniss. Eurip.* explere possit: Mulier facile plures exerceat, nec unius consuetudine tentationes carnis, pro sexus infirmitate, scilicet, evitare posse videatur. Quæ ratio tamen Augustæ (scenicæ olim) Theodoræ, quam satis constat minime in hoc genere fuisse morosam, quam Justiniano Cæsari adscribenda videtur, illa sane, quam hoc, erat dignior.

4. Alibi, ut in Saxonia, merito sublatum est hoc discrimen, ut mulier æque capite puniatur ac vir, si duplex sit adulterium: In simplici distinguitur, Cælebs rem habens cum nupta, gladio feritur, etiam mulier, nisi vir ei ignoverit, eamque retinere velit: quo casu cum illa in exilium proficisci debet, adultero nihilominus capite puniendo. Maritus vero cum sola virgine viduave scortove se miscens, etiam capite punitur, sed mulier soluta non nisi virgis tum cæditur, ut Carpzovius prolixe *Qu. 54.* Quæ an per omnia rationi conveniant, non disputamus. Præferenda sane meritissime plerisque Europæ moribus, pecunia vel levi admodum pœna tantum flagitium transmittentibus. Non iterabimus querelas de indulgentia horum temporum, alibi locorum passim obvias, & tantum non ubique ludibrio habitas. Ordines Frisiæ *anno 1586. d. 18. Martii* constituisse in adulteros, cælibes aut conjugatos, idque sine discrimine sexus, pœnam capitalem, notatum invenio in notis *MS. D. Sackma ad tit. n. l. 2. art. 3.* sed nunquam usu receptam esse, apparet ex eo, quod an. 1601. cum & Curia Suprema & Præsules Eccl. urgerent pœnam juris divini, nihil quam hæc sanctio elici potuit; *Quoniam mulcta adulterii lege Saxoniæ* (peculiari heic loci, cum Albertus & Georgius ex Saxonia Duces heic rerum potirentur; nam jus commune Saxonicum a pœna juris civilis non discrepat, *Const. 19. part. 1.) constituta, valdissima reperitur, ganzch te gering*, posthac duplum *ejus summæ* pro adulterio solvetur, nempe 50. floreni *primo*; Iterum 75, Tertia vice centum cum interdictione honorum. In hoc desisse Reformationem, nec amplius impetrari potuisse, graviter dolent in *dd. not.* D. Saekma & Herbajus, nec eam sine scandalo atque horrore legi posse dicunt. Quanti certe querelæ & obtestationes habitæ fuerint, non poterat insignitius demonstrari. Deinde tamen anno 1619. mulcta rursus aucta est in duplum, ad ducentos florenos, identidem cum interdictione honorum tertia vice, vel si non solvendo sint, virgis cæduntur, idque ita servatur; An deprecatio & remissio conjugis innocentis, maritum vel uxorem a pœna corporali ob paupertatem eximere posset, non memini usu venisse quæri: Forte non immerito ad exemplum Germanorum, in honorem matrimonii fustigatio in aliud genus longioris carceris, aut relegationis converti posset. Late Carpzovius *Qu. 55.* Enimvero Sandii sententia, quod pœna Statutaria non tollat pœnam juris divini, non utimur, ut relata, & improbata est *ad tit. de Re Judic. n. 21.*

5. Præter istam adulterii pœnam ex lege Julia, Lenocinii * ex eadem lege tenetur, qui adulterium

* Si lenocinium exerceatur a marito vel parente, pœna gladii, si ab iisdem citra quæstum, fustigatione aut

aut ſtuprum ſuaſit, *l. 12. h. t.* qui quæſtum ex adulterio uxoris aut viri fecit, *l. 2. § 2. l. 1 & l 29. h. t.* qui infamandæ uxoris cauſa adulterum ſubjecit, ut deprehenderet, *l. 8. & l. 9. eod.* Cujus ope & conſilio, vel dolo malo, in adulterio deprehenſi ut ſe redimerent, factum. *l. 14. pr. eod.* qui pro comperto adulterio vel ſtupro celando pecuniam accepit, *l. 8.* Lenocinii pœna olim eadem erat cum pœna adulterii, *l. 8. hic. l. 2. & l. 9 C. eod.* nempe relegatio aut deportatio, *l. 37. de Minor. l. 29. hic.* hodie eſt in mangonibus & lenonibus ultimum ſupplicium, *Nov. 14. § 1.* in reliquis arbitraria, atque extraordinaria, *l. 1. § qui puero. de Ext. crim.* Wiſſenb. *hic n. 16.* Quod autem lex Julia viri quoque patientiam punit ut lenocinium, eo quod comperti adulterii conjugem, cui deberet iraſci, remiſit, quando ignorantiam excuſare non poteſt, aut adumbrare patientiam prætextu ineredibilitatis, ut Papinianus docet in *l. 23. pr. h. t. l. 2. C. h. t.* ea tamen ſeveritas non excludit remiſſionem retentionemque pœnitentis uxoris & deprecantis, ſed indulgentiam adverſus perſeverantem, ut monuimus ad *tit. de Divortiis n. 13. ſub fin.* & pater *ex l. 11. C. h. t.*

6. In ſponſam quoque alterius, adulterium committi, volunt juris auctores in *l. 13. § 3. h. l. 7. C. h. t.* quo facit, quod Hoſeæ *c. 4. v. 13.* ſcriptum eſt, *ſponſæ veſtræ adulteræ erunt:* & qui ſponſam corruperit, cum ea capite punitur jure divino, *Deut. 22 v. 23.* quod de Sponſis, quæ per verba præſentis temporis acceptatæ ſunt, non habet difficultatem, de Sponſis futuris & proprie dictis, prædurum videtur Covarruviæ in *lib. 4. Decretal. part. 1. c. 1. n. 8.* qui cenſet potius, injuriæ atrocis actionem ſponſo futuri temporis deſe dandam; non ſine ratione, ſi verum eſt, adulterium in nuptam committi, ut probavimus; etſi prolixe contra diſputet Carpz. *d. l. Qu. 56.* Tu reſpice ſis ad ea, quæ in *tit. de Sponſal. n. 5. & ſeqq.* diſputata ſunt, ubi probavimus, apud Romanos etiam Sponſalia fuiſſe dicta, quæ purum de Nuptiis conſenſum inirent; addito quod in *l. 2. Digreſſ. cap. 18.* diximus. In ſponſa de præſenti, eſt hæc ratio, quod conſenſus facit nuptias, *l. 15. de R. J.* & quod metus ſupponendi fœtus non abſit, eo quod ſponſi tales non raro ultra primam lineam ament: Pœnam tamen capitalem in corruptores alienarum ſponſarum, ubi in adulteros obtinet, non habere locum, docet ibidem Carpzovius *n. 33.* Pecuniaria pœna, quæ noſtris aliarumque gentium Statutis adultero infligitur, quominus etiam reſpectu ſponſarum valeat, non obſtat ratio *arg. d. l. 13. § 3. & l. 7. C. h. t.* Cujac. *lib. 6. obſ. c. 16. in fin.* Quid ſi ſponſus alibi rem habeat, cum ſolura videlicet, an hic etiam adulter eſt adulteriique pœna adficiendus? Ita Carpzovius cenſet, eadem ratione, qua ſponſa, *d. Quæſt. n. 45.* certe enim æque violat hic quam illa, fidem conjugalem: Jure civili ſecus eſſe conſtat, quia cum in nupta ſolummodo adulterium proprie dictum committatur, analogice dictum adulterium nonniſi in ſponſa committi poteſt; nec aliter hodie exiſtimari videtur, cum nec ſponſus fœtum ſupponere queat, neque ſponſæ tanta illius ſtupro alibi patrato injuria inferatur: Ut adeo pro ſtupro tantum, ſed graviore habendum videatur.

7. Si mulier nupta quidem, *ſed vulgaris* & promiſcuæ admiſſionis fuerit, tamen *adulterium commitii*, docet Ulpianus in *l. 13. § 2. h. t.* *Contra eam, quæ paſſim venalem formam exhibuit ac proſtitutam meretricio more vulgi ſe præbuit, adulterii crimen ceſſare, ſi ſtupro tibi cognita ſit*, ajunt Diocletianus & Maximianus in *l. 22. C. h. t.* Ex omnibus conciliationibus, quas recenſet Carpzov. *Qu. 57.* amplectimur eam, quæ diſtinguit inter mulierem nuptam quidem, ſed viro deſerto vagantem, aut in lupanari ſe proſtituentem, & quæ adhuc viro συνοικεῖ, necdum eum deſeruit, nec ab illo ob impudicitiam ejecta eſt: De priore loqui Ulpianum, de poſteriore Cæſares. Carpzovius aliter, Adulterium indiſtincte fieri, *l. 13*, ſed *crimen*, hoc eſt pœnam Criminis, ceſſare, *l. 22.* Bene, ſi vox *crimnis* eam pateretur interpretationem. Aliis ita videtur; in Viro ceſſare crimen, *l. 22.* In muliere non ceſſare, *l. 13.* quod ſi quis malit ſequi, in verbis textus nihil repugnat; Nam *lex 22.* clare loquitur de Viro, & *lex 13* de muliere; ſic enim ait Ulpianus; *Et in ea uxore poteſt maritus adulterium vindicare, quæ vulgaris fuerit.*

8. Polygamiam in viro non eſſe adulterium, probavimus ad *d. tit. Inſt. n. 5. verſ. Idem polygamium.* Sed qui in adulterio nihil aliud quam

coërcentur, *P. 4. Conſt. El. 19.* alii vero lenones carcere aut relegatione, &, ſi turpis lucri cauſa perſonas extraneas proſtituerint, fuſtigatione puniuntur, *a. C. § f.* ſola autem ſpes lucri animadverſioni ordinariæ locum non reliquit. Carpzov. *Pr. Cr. qu. 74. n. 52.* nili quæſtus revera ſit perceptus.

violationem fidei conjugalis vident, duas uxores ducentem habent etiam pro adultero, Carpzov. *Qu. 66. n. 2.* contra notissimum juris Divini & Romani usum. Jure civili pœna bigamiæ perfectæ, est eadem quæ stupri, *l. 18. C. ad L. Jul. de adult.* imperfectæ est infamia, *l. 1. & l. 13. § 1. & seqq. de His qui not. inf. l. 2. de Incest. nupt. & l. 18. C. h. t.* Verum tamen est, in muliere bis nubente adulterium in rei veritate committi, quoniam hæc est commixtio, cum muliere alii nupta, quod esse diximus adulterium, quo facit *l. 7. C. de Repud.* ubi mulier, quæ absente militiæ causa Viro per quadriennium, nupsit alii, capite non puniendа dicitur; supponens ita, capitalem pœnam, quæ hodie est adulterii, nubentibus aliter infligi: sed cum vir maritus aliam ducit virginem, aut viduam, hic non haberet rem cum nupta; Proinde non est adulter, nec pro tali haberur a Mose, aut a Justiniano. Contra qui adulterium vocant quamvis fidei conjugalis violationem, viros capite puniunt, mulieres virgis cædunt & relegant. Carpzov. *d. Qu. n. 24. & seqq.* Sapienter, ut puto, nostrates jus civile servant, *Lib. 2. tit. 11. § 1.* sed quia perfecta polygamia est improbius stuprum, ei pœnam corporalem infligunt, *d. § 1.* Sand. *lib. 5. tit. 9. def. 16.*

9. Egimus etiam de Incestu ejusque pœna, *ad d. tit. Inst. n. 7.* Juris divini pœna capitalis est, in gradibus prohibitis *Levit. 18. & 20. Deuter. 27.* quod usu Fori servatur in linea recta & collaterali, ad secundum gradum. In ulterioribus non exceditur pœna juris communis, quæ est relegatio; ut si quis viduam fratris duxerit; Talis ad quinquennium relegatus est *Sjoerd Jans van Collum, d. 15. Maji 1635.* Alius item, qui uxoris defunctæ sororis filiam duxerat, ad biennium; mulier juvencula ad annum, *20. Sept. 1636.*

10. Actum quoque de Stupro *ad d. tit. n. 6. in med.* cui adde, quod Violentum Stuprum omnino capite punitur, *l. 1. § 2. de Extr. crim.* quod *passim* ita servatur. Inter species stupri est *Scortatio* quæ dicitur, cum meretrice commissa; quam ut a merendo dictam, latius tamen appellamus, quæcunque se prostituit neque pudori suo parcit, *l. palam. 43. de Rit. nupt.* Hæc turpitudo non magis punitur in Jure quam ebrietas, per *l. 12. & l. 29. § 1. C. ad L. Jul. de adult. & l. 13. § 2. h. tit.* sed nec Jure divino aliter quam ebrietas * habetur; interminatione utrique mortis æternæ proposita, judiciali nulla, *1. Corinth. 6. v. 9. & seq.* ad *Galat. cap. 5. vers. 19.* Statuta nostra habent mulctam duarum Librarum Flandricarum, *lib. 3. tit. 10. art. 3.* Meretrices ultra infamiam non puniuntur in jure; cum ne turpiter quidem facere judicentur, postquam prima turpitudine, quando apud ædiles quæstum profitebantur, erant defunctæ, *l. 4. § 2. de Condict. ob turp. caus.* Moribus, includuntur ut plurimum ad opus publicum temporarium, alicubi & relegantur. Carpzov. *Qu. 70. n. 17.*

11. De lenonibus *supra* dictum est, nec satis convenit iste rigor cum facilitate juris adversus meretrices easque frequentantes. Populi hodie mitius agunt; Statuta nostra lenones relegant, sub pœna corporali fi ante tempus redeant, aut si plus biennio turpi commercio operam dederint. Lenonibus comparantur impudicitiæ pararii, *Koppelaers* utriusque sexus, *d. tit. 10. art. 1.* late Carpzovius *Qu. 71.* Domos locare in usum lupanariorum, jure Civili quoque, ut ipsa meretricia vita, non punitur, etsi minime vero laudatur, utcumque scriptum sit in *l. 27. § 1. de Hered. pet.* in multorum honestorum virorum ædibus *lupanaria* exerceri, qua de re diximus in *part. 2.* Digress. *lib. 1. cap. 2. n. 4.* Nostrates ejusmodi locatores prima vice mulctant sex florenis; Iterum, mercede domus annua, inter delatorem, *officiarium* & pauperes dividenda, *d. tit. 10. art. 1. & 2.* Gestus & contrectationes impudicæ, quandoque etiam corporaliter puniri possunt in *iis*, qui frequenter id exercuerunt. Quidam *Antonius de Bil*, solitus noctu in plateis & sub tectis, ut res ferret, virgines matronasque contrectare, quinquennio relegatus est, *d. 21. Mart. 1645.*

12. In Venerem monstrosam, ultore gladio Leges armantur, *l. 31. C. h. t.* Est autem monstrosa Venus duplex; aut enim cum homine committitur, aut cum bestia. Quæ cum hominibus, est marium inter se, vel fœminarum. Prior species a *Sodomitis* appellata, posterior Apostolo memoratur *ad Rom. 1. v. 26.* Prior illa, quam paganis veteribus usitata fuerit, viris etiam gravissimis, ut Socrati & Ciceroni, quam hodieque fre-

* Apud nos scortatio in meretrice palam se prostituentes, relegatione perpetua vel temporali, *P. 4. C. 28.* quandoque etiam fustigatione punitur, stuprator autem carcere aut relegatione coercetur. *d. C.* add. Carpz. *Pr. Cr. qu. 70. n. 31. & n. 43.* ad dotandam autem, vel ducendam meretricem non tenetur. Carpz. *l. c. qu. 60. n. 76.*

quens

quens orientalibus, ipsisque Italis, omnibus constat. Pœna tamen est capitalis, *d.l. 31.* omnesque Transalpini illam hodieque servant, convenienter jure divino, *Levit. 20 v. 13.* Idem de fœminis, si vir cum illa præposteram exerceat Venerem, etsi uxore propria, placet Carpzovio *Qu. 76. n. 18. & 24.* ubi exempla infanda. Idem si cum muliere mortua, *Const. Elect. Sax. 25. part. 4.* Carpz. *d. q. n. 21.* Venus autem viri & mulieris cum bestia, capite punitur * jure divino, *Levit. 18, 23. & cap. 20, 15. Exod. 22. v. 19.* omniumque gentium legibus & moribus.

13. Monstrosæ Veneri accensetur *Mastupratio*, ab A. Matthæo *ad h. tit. c. 6. n. 8.* Nos antea diximus, hoc crimen ob frequentiam nullis legibus puniri, & sic aliquo modo non esse delictum, sed inter ea ponendum, quæ tantum odio damnamus & ad vindicem Deum mittimus, ut alicubi Seneca. Neque enim, quod diximus illic, dictum volumus eo, quod minus id flagitiosum putemus, quam id esse volunt D. Matthæus aut Carpzovius, qui ad Sodomiticum genus improprie, refert mastuprationem, *Qu. 76. n. 10.* Sed de pœna capitali, aut corporali, vix est, ut eorum sequi liceat sententiam. Quippe Venus monstrosa proprie non est; hæc enim requirit agentem & patientem, *l. Cum vir nubit. 31. C. h. t.* Ista autem, quæ terminatur in cujusque persona, nec cum alio subjecto communicatur, nusquam puniri legitur, aut jure civili, aut legibus hodiernis, ut fatetur Carpzovius *d. Qu. n. 13.* Quod autem de pœna filii Judæ, Onanis, memoratur *Genes. 38.* a simplici mastupratione plurimum discrepat. Ille jussus erat a Deo prolem ex fratris vidua gignere, sed iniens illam foras ejecit τὴν γονήν: Hoc enim facinus admissum fuit in fœminam, non in viro solo terminatum erat; factum fuit ad perdendam prolem, cui destinatum emissumque semen erat; continebat fœdissimam rei sanctæ, matrimonii κατάχρησιν & deformationem: cujus Athenis reum se quoque fecit Pisistratus, ducta secundis nuptiis filia Megaeis inimici sui reconciliati, ex qua sobolem tollere nolebat, ἀ βελόμενος οἱ γενέσθαι ἐκ τῆς νεογάμου γυναικὸς τέκνα, ut scribit Herodotus in *Clio.* Accesit in facto Onanis, contemptus divini imperii insolentissimus, qui per se mortem merebatur. Instat D. Matthæus: *Cum sicario, qui hominem vel unum occidit, moriendum sit, quid in eos statuendum, qui nefariis suis libidinibus tot homines occidunt, tantum seminis profundunt, quos si rerum natura pateretur, sæpius mori æquum foret.* Nimis hoc argumentum a perditione seminis intenditur, ut adeo in maritos scilicet, qui uxores prægnantes ineunt, hac ratione capitis supplicium conveniret. Nusquam nisi exercitium Veneris inter duos contra naturam, pro venere monstrosa punitur: Alioqui & impudicæ cogitationes, eo provectæ ut ἐκχυσιν τῆς γονῆς eliciant, eodem modo puniendæ forent, & quis esset finis? Prudenter igitur Legislatores hoc mutum flagitii genus silentio transmittunt, cui etiam coercendo nulla sufficeret vindictæ vigilantia. Nec tamen hæc impunitas in infinitum patet: Puniendi extra ordinem, severeque, non tantum mariti, qui fraudandi matrimonii causa id agunt, sed etiam avi, qui adolescentes talia docent, iisque præeunt; etiam qui nimis imprudenter & alius coram, se polluere sustinent, more Diogenis, qui in Foro medio τὰ τῆς Ἀφροδίτης ἐωθὲς ποιεῖν, ut Laertius *in ejus vita* narrat, qui vel hac causa merito Canis appellatus fuerit. Secretæ vero libidines, quæ cum aliis se non communicant, extra legis pœnam sunt. Etsi non sit dubium, quin mastupratio, quamlibet secreta, peccatum sit gravius quam simplex stuprum, quia sine dubio est contra usum naturæ, quo *amor quæritur nec videtur*, ait *d. l. Cum vir nubit. 31. C. h. t.* pollutio corporis animique deformis; maxime si non obrepat indulgentibus sibi in concupiscentiis, sed opera detur ut fiat, & in consuetudinem vertat. Hæc qui legent adolescentes, nefas cognitum abhorrere discant, & remedia, quæ in promptu sunt, adhibeant; post preces piasque meditationes, ἀκεραίην τροφῆς, ἀσκητὸν πόνων, *parsimoniam victus, adsiduitatem laboris*, maxime matutini.

14. Sed paucula de accusatione adulterii subjicienda. Vir antequam accusare velit, (mulier plane virum accusare non potest, *l. 11. C. h. t.*) uxorem dimittere debet, *l. 11. C. h. t.* quod mutatum *Nov. 117. cap. 8. § 2.* quæ vetat uxorem hac causa

* Et quidem apud nos pœna ignis obtinet, ubi bestia simul concremetur, Carpz. *Pr. Cr. qu. 76. n. 29.* modo Sodomia fuerit consummata, alias extraordinarie e. gr. fustigatione coërcetur. Berger. *Elect. Jur. Crim. p. 143.* Sodomiam vero cum homine commissam in Saxonia gladii supplicium manet. *Const. El. Nov. 5.* Carpzov. *l. c. n. 11.* licet *Ord. Crim.* etiam hoc casu pœna ignis dictitet *art. 116.*

dimitti, priusquam adulterii convicta fuerit. Eadem Novella tollit jus præciputum viri, quo intra dies 60. præferebatur aliis accusatoribus, nec inscribere in crimen tenebatur, quod jus mariti dabatur etiam patri, *l. 11. § quærebatur. h. & l. 6. & l. 30. vers. inprimis. C. h. t.* ut neutri tamen evidens calumnia remitteretur, *l. 15. § ult. h. t.* Post dies sexaginta, dantur adhuc quatuor menses ad accusandum adulteram, jure communi; Quippe sex mensibus a divortio utilibus accusationi adulteræ præscribitur. Adultero accusando præscrit jtur quinquennium a die admissi criminis, *l. 29. § 5. & seqq. l. 31. h. l. 5. & l. 28. eod.* idque in omnibus ad L. Juliam pertinentibus obtinet, *d. l. 29.* Wesenb. *h. n. 18.* Carpzov. *Qu. 59. n. 8.* Constantinus accusationes promiscuas, in hoc crimine restrinxit ad quinque personas, maritum, patrem, fratrem, patruum & avunculum, *l. 30. C h. t.* Moribus hodiernis, quominus præscriptione quinquennii adhuc utamur, nihil obstat. Carpzov. *d. Qu. n. 26.* Sed jus accusandi, ut in cæteris criminibus, est penes fiscalem procuratorem; Ideoque jus præciputum Patris, mariti, vel quinque personarum, aut discrimen viri & feminæ, non potest habere locum. Grœnew. *ad l. 1. C. h. t.*

Tit. VI.

Ad L. Juliam de Vi publica.

I. Vis quotuplex. II. A quibus committatur. III. Pœna vis publicæ. IV. De Raptu virginis.

Tertium in hoc ordine crimen, est Vis, quæ & ipsa lege Julia vindicatur. Est autem vis duplex; alia publica, privata alia. Publica, (si Cujacio credimus,) olim dicebatur, quam contra jus fasque inferebat persona publica, quæ cum imperio & potestate est. Privata, quam privatus, Paulus *lib. 5. sent. 26. § 3.* Hodie vis publica est, quæ fit armis, Privata, quæ fit sine armis, *§ 8. Inst. de publ. jud. l. 9. & l. pen. § 1. de vi publ.* Sed & vis publica est quælibet atrocior violentia, tam quæ fit armis quam sine armis, *l. ult. h. t.*

2. Ergo lege Julia de vi publica tenentur, qui arma, tela domi suæ, agrove in villa præter usum venationis vel itineris, vel navigationis coegerunt. Qui turbæ seditionisve causa servos aut liberos homines in armis habuerit. Qui cum armis, hominibus armatis incendium fecerit, villas expugnaverit, bona rapuerit, possessorem domo, agrove suo, aut nave dejecerit. Qui cum telo dolo malo in concione fuerit, aut ubi judicium publice exercetur. Qui magistratus Pop. Rom. vel civem Romanum contra provocationem, necaverit, *l. 1. 3. § 10. & 11. D. h. tit.* Tenentur & qui sine armis vim fecerunt, si vis ab eis facta sit atrocior: cujusmodi sunt, qui convocatis hominibus incendium fecerint; quique ex incendio quid rapuerint. Qui fœminam per vim stupraverit. Qui nuptam innuptamve mulierem rapuerit. Qui legatum, oratoremve, aut comites eorum pulsaverit, injuriam fecerit. Qui reum vinxit, impedivitve, quo minus Romæ intra certum tempus adsit. Qui nova vectigalia exeruit, & similia, *l. 3. § 4. & 5. l. 3. § 7. l. 6. l. 7. & l. 8. ult. D. h. tit.*

3. Pœna legis hujus, est aquæ & ignis interdictio, in cujus locum successit deportatio, *l. 10. § 1. D. h. tit. § 8. Inst. de publ jud.* Paul. *sent. 26.* Exacerbatur in servos, & eos, qui cædi causam dederunt; hi enim capite puniuntur, *l. 8. & l. 6. C. h. tit.* (sicut & incendiarii, qui plerumque vivi exuruntur, *l. 28. § incendiarii. D. de pœn.*) & tenentur etiam lege Cornelia de sicariis, *l. 1. ff. D. ad leg. Corn. de Sic.* Puniuntur etiam capite, qui in turba cum telo ædes alienas aut villas expugnaverint, *l. pen. h.* Qui non in turba id fecerint, extra ordinem accusantur, *l. 1. § ult. D. de effract. & expilat.* Quæritur, an & qui oppugnaverunt ædes alienas, non expugnaverunt, capite sint puniendi. Placet sententia Wesenbeci *in par. h.* non esse puniendos: etenim non conatus, sed consummatum crimen capitis pœna punitur; conatus extra ordinem & arbitrarie puniendus. Turba quidem in legibus decem hominibus finitur *l. 4. § 3. de Vi bon. rapt.* Non dubitatur tamen, quin si domus, villa, navis expugnata sit cum telo, & direpta, licet minus decem hominibus fuerint, pœna capitalis nihilominus infligi possit, quod moribus hodiernis ex iis, quæ de Effractoribus *antea* dicta sunt, nihil habet scrupuli. Sed neque turba in *d. l. pen.* tam ad numerum, quam ad turbationem pertinere videtur. Ita in Curia nostra damnatus est ad laqueum homo, pluribus quidem flagitiis opertus, sed ob hoc nominatim, quod noctu cum duobus aliis villam armati effregissent,

ſent, homines pulſaſſent, vinxiſſent, minis clamoribus horrendum intonuiſſent, quæque videbantur abſtuliſſent, *ante ferias Pentecoſt. 1680.* Aliquot annis antea, duo fratres in nave ſervientes, Patronum vulneratum e nave dejecerant, contisque aculeatis in aqua conficere conati, ſe cum nave proripuerant. Major natu annorum 19. adoleſcens, capite punitus, frater 14. annorum, ſpectator ſupplicii virgis cæſus & relegatus eſt.

4. Specialiter puniuntur raptus virginis viduæque honeſtæ, capitis pœna, ſeu ſtuprum ſit junctum, ſive non, in facinoris auctore & adjutoribus; Imo, etſi ſponſam rapuerit ſponſus; licet etiam non coacta ſit mulier, adhuc pœna capitalis ſancitur, *l. unic. C. de rapt. virg.* Sed hoc utrumque durum, & moribus aliter. Imo *L. Unic.* ſic capienda videtur, ut violentia quidem abfuerit, malæ tamen artes adhibitæ ſint.

SCHOLIUM.

Id eſt, ut & is puniatur capitaliter, qui feminam non coactam rapuit, ſed volentem, modo ad hunc aſſenſum virginis eliciendum malæ artes & pravæ perſuaſiones fuerint adhibitæ. Conf *quoad poſit. præſentem* Wiſſenb. ad h. t. th. 4. 5. 6. 7. *& omnino quoad mores noſtros* Schilt. Ex. 49. § 97. ſeqq.

Hinc Friſiæ Statutis *lib. 2. tit. 12.* nominatim cautum eſt, capitis ſupplicio puniendos, qui mulierem inviram violenterque rapiunt. Qui volentes virgines viduasque abducunt, tantum abeſt ut capite puniantur, uti vix unquam, pæne dixerim nunquam, criminis accuſentur; & quandoque tam frequenter fiat, ut parum abſit, quin pro dexteritate amatoria nec ineleganti habeatur. Plane mulierem nuptam ſi quis abducat, & ſi volentem, is extra ordinem, nec tamen ita quidem capitaliter punitur, ut apud Sandium 5. IX. 10. Raptores in ipſo flagitio deprehenſi, impune a parentibus, conſanguineis, tutoribus, patronis, dominis virginis, vel viduæ, occidi poſſunt, *d. l. un.* De ſtupro violento actum eſt *ad tit. præced.* quod huc etiam pertinere diximus, iisque heic addemus; conatum ejus extra ordinem puniendum, ut Sandius probat *d. tit. 8. n. 11.* Carpz. *d. l. Quæſt. 75. n. 56. & ſeqq.* Statutis noſtris cautum eſt, ut bona Stupratoris violenti, devolvantur etiam in liberos ex ſtupro natos, juxta liberos ejus legitimos, quod ut ſingulare, ita juſtiſſimum eſt, *lib. 2. tit. 12.*

TIT. VII.

Ad Legem Juliam de Vi privata.

Privata vis dicitur, quæ ſit ſine armis, aut quæ minus eſt atrox: exempla ſunt in *l. 2. 3. 5. & 6. b.* Igitur Lege Julia de vi privata tenetur, qui ex naufragio quid dolo malo rapuerit; qui convocatis hominibus vim fecerit, quo quis verberaretur, pulſaretur, neque homo occiſus ſit: aut fecerit, quo minus quis in jus produceretur; aut ut ex agro ſuo ſine armis dejiceretur; quique ipſe dejecerit, ſpoliaverit; qui quæſtionem de alterius ſervo habuerit; qui debitori ſuo debitum per vim extorquere conatus fuerit, aut bona ejus ſine Judicis auctoritate occupaverit, *l. 1. 2. 3. & tot. tit. D ad Leg. Jul. de vi priv.* Ex his ſpeciebus, quædam utroque legis capite vindicantur: Ut ſi quis convocatis hominibus vim fecerit, *l. 5. & l. 10. § 1. D. de vi publ. l. 2. D. de vi privat.* Et ſane, poſſe quandoque ex eodem facto utriusque capitis crimen objici, oſtendit *l. 32. D. de Pœn.*

Pœna hujus legis eſt, publicatio tertiæ bonorum cum infamia, *l. 1. pr. b.* Itaque damnatus nec Senator, nec decurio, nec judex eſſe, nec ullum honorem capere poteſt, *l. 1. & l. ult. D. ad Leg. Jul. de vi priv. l. 2. C. eod. § 8. Inſt. de publ. jud.* Is autem, qui debitori vim fecerit extorquendi debiti cauſa, etiam jus crediti amittit, *l. pen. D. h. tit. l. 13. D. Quod met. cauſ.*

Sed cum hujus delicti ſpecies admodum variæ ſint, non eſt dubium, quin heic valeat, quod aliquoties dictum eſt, pœnas omnes nunc eſſe extraordinarias, idque moribus ita ſervatur. Qua de re ſingularum gentium Leges conſulendæ. Apud nos quædam privatæ ſpecies violentiæ, pecuniariis mulctis, ſatis profecto modicis puniuntur. Qui noctu lumina vitrea frangit & diſjicit, qui fores alienas violenter pulſat, lapidibus aut ferro impetit, quatuordecim florenis majoribus mulctatur. Qui per vim in ædes alienas irrumpit, nulli tamen nocet; viginti octo florenis. Si nocear, aut expellat, criminaliter gravius punitur, & cædes ejus impune fieri dicitur, *lib. 2. Stat. tit. 7. art. 1. 2. 3.* Qui reſiſtit executioni Judiciali, duodecim florenis mulctatur, *d. tit. 7. art. 4.* Verum

rum ut reliquæ ſpecies majori violentia perpetratæ, criminaliter puniuntur, ita non eſt dubium, quin & reſiſtentes executioni, ex cauſa, criminaliter accuſari queant, ut decretum a Curia noſtra in cauſa J. D. qui hac cauſa etiam in vincula conjectus eſt, *d. 19. Sept. 1680.*

Præter hanc pœnam, notum eſt, de vi agi ex edicto prætoris Quod metus cauſa; ex interdicto Unde vi, de Rapina, denique ex Edicto D. Marci, in *l. 13. Quod m. c. & l. 7. C. Unde vi.* ubi dominium vel actionem amittit, qui rem ſuam vel ſibi debitam per vim rapit, aut occupat, qua de re diximus ad *tit. l. de Vi bon. rapt.* Huic ſimile eſt, quod colonus, finito locationis tempore rem domino invito tenens, non modo fundum, ſed & ejus æſtimationem præſtare debet, *l. 10. C. unde Vi.* Idem juris eſt, ſi quis domum debitoris vi intraverit, eique ſignaculum impoſuerit, *Nov. 65. c. 1. in pr.* & id genus alia, de quibus A. Matth. *ad. tit. de Vi, c. 3. num. 3.*

TIT. VIII.

Ad Legem Corneliam de Sicariis.

I. Remiſſio, & cur ambulantes cum telo ordinaria L. Corneliæ pœna adficiantur. II. Quandoque etiam conatum cædis ordinaria pœna plecti. III. Plerumque tamen ſecus obſervari. IV. Conſiderandum hoc, & quo modo, an vulnus lethale. V. Dolum hoc requiri, & quomodo id intelligendum ex l. 1. § 3. h. *quod exemplis declaratur. VI. Eos, qui gladio, in rixa quoque, cædem committunt, ordinaria pœna adficiendos, ex* d. l 1. § 3. *cujus Lectio vulgata adſcribitur. VII. Niſi cauſa gravis adfuerit. VIII. De exceſſu moderaminis Tutelæ corporis ſui, in genere. IX. Ratione cauſæ. X. Reſpectu modi. XI. Ratione temporis. XII. Quinam impune occidantur. XIII. De mulcta homicidii. XIV. De Veneficiis.*

De homicidio actum ad *tit. l. de Publ. jud. n. 8.* Hac lege tenetur non homicida tantum, ſed & is, qui cum telo ambulavit hominis occidendi gratia; item, ſi quis venenum confecerit, dederit; aut falſum teſtimonium dixerit, quo alius capitis ſupplicio adficeretur, *l. 1. pr. & § 1. h.* & quidem his ultimis ſpeciebus pœna deportationis, quam lex Corn. infligit, potius convenit, quam ipſi homicidio. (a) Sed quia cives Rom. gravius quam exilio non puniebantur, hinc factum, ut homicidis & cum telo ambulantibus eadem pœna ſtatueretur; quod cum hodie aliter ſe habeat, & mortis pœna cædi propoſita ſit, ſequitur, mitius cum telo ambulantes quam homicidas eſſe puniendos, quod nec Romani ignorarunt; ſed diſcrimen illud minus aſſequi potuerunt, (b) quia tempore Syllæ gravius ſupplicium ſecundum LL. erat ignotum.

SCHOLIUM.

(a) *Videtur ergo Autor ſtatuere, quod lex Cornelia initio lata ſit, non in homicidas, ſed in eos, qui cum telo ambulant, poſtea vero ſaltem ad homicidas extenſa &c. ſed peterem hic probationem hujus conjecturæ. Contrarium & quod lex Cornelia etiam in homicidas lata ſit, videtur ex* l. 1. pr. h. t. *deduci poſſe, adeoque erit omnino diſcrepantia inter mores noſtros, qui mitius puniunt ambulantes cum telo quam homicidas, & inter jus Romanum, de qua dixi ad Strauch.* XXIX. 7. p. 447. Conf. l. 1. § 1. h. t.

(b) *Eſto, quod ex hypotheſi Autoris diſcrimen illud non aſſequi potuerint initio latæ legis Corneliæ, potuiſſent tamen utique aſſequi illud diſcrimen ſucceſſu temporis, & poſtquam pœna deportationis mutata erat in pœnam gladii,* l. 3. § 5. h. *ſed tamen nuſpiam legitur, ambulantes cum telo etiam illis temporibus, mitius fuiſſe punitos quam homicidas veros.*

RESPONSIO.

Fruſtra petitur probatio ejus, quod in mentem nobis non venit adfirmare, Legem Corneliam non eſſe latam in homicidas, ſed tantum in ambulantes cum telo. Diximus ſolummodo: cauſam quod Cornelius ambulantes cum telo pœnæ ſubjecerit ordinariæ, videri & hanc ſuiſſe, quod pœna tunc non eſſet mortis naturalis. Etſi fatemur, poſtquam ſemel eodem loco habiti ſunt ambulantes cum telo & homicidæ, non eſſe animadverſam illud diſcrimen, etiam poſt exaſperatam pœnam.

N. ADDIT.

Nihil habeo, quod de novo addam, niſi, quod ulteriorem diſpectionem mereatur, an verum ſit, quod du-

Autor de temporibus Syllanis dicit, quod tum nondum recepta esset pœna mortis naturalis. Sane notabilis est locus Appiani lib. 1. de bell. civil. *interpr. Sigism. Gelenio.* Sylla primus capitalis præscriptionis inventor est habitus: qui & præmia percussoribus proscriptorum, latentiumque indicibus proposuit, & pœnam abditos celantibus interminatus est. Nec multo post, alios idem Senatores in proscriptorum album retulit. Ex his quidam nec opinantes oppressi passim per domos, per templa, per porticus: alii sublimes correpti, & ad pedes Syllæ projecti: alii raptati conculcatique, nemine ad tam dira spectacula vel mussare audente: alii pellebantur ex urbe, rursus alii bonis suis spoliabantur, profugos Inquisitores persequebantur, nusquam non discurrentes & excutientes omnia, trucidantes quotquot ex iis adipisci poterant &c. *Conf. Freinshemii* Supplem. Liv. lib. 53. cap. 16. seq. usque ad cap. 28. *Sed cum facile prævideam, quæ ad ista forte, pro Autore responderi possint, Lectoris judicio totum reliquo negotium.*

2. Potest tamen & hoc pro Lege Cornelia dici; cum illa rogaretur, Italiam bellis civilibus vix defunctam, fuisse plenam hominibus sceleratis, qui sicis clam armati in conciombus medioque foro destinatos ad cædem interficerent, ut Plutarchus in *vita Syllæ* refert & passim occurrit. Tam infesto tempore qui cum hoc instituto sicas gestantes deprehensi erant, non immerito capitali supplicio subdi poterant, nec etiamnum in simili occasione non possent; quo pertinet, quod de *Assassinis*, id est, conductis latronibus, & eorum conatibus etiam in conducente capite puniendis probat A. Matth. *ad h. tit. c. 1. n. 3.* Nec enim quod imperfecta scelera non nisi extra ordinem mitius puniri dicuntur, tunc etiam obtinet, quando conatus admodum improbus & in Republ. exempli est pernitiosi, aut quando proxime a decretorio eventu abest. Ita non est dubitarum in Curia nostra, quin capite puniendus esset, qui noctu in domum irrumpens puellam, quæ sola ibi relicta erat, viginti vulneribus percusserat & culcitra tectam pro mortua reliquerat: etsi illic vis etiam publica concurrebat; *mense Octobr. anno 1644.*

3. Regulariter enim ita servatur, ut Conatus homicidii minus capitali pœna plectatur, etsi proxime ad effectum pervenerit, si non aliud delictum aut singularis improbitas & exitialis exempli ratio concurrat, ut novissime probat Carpzov. *part. 1. Crim. Qu. 17. n. 13. & 14. Qu. 21. n. 41. part. 2. Qu. 61. n. 4. & Qu. 71. n. 48.* Qui tamen alias exceptiones non admittit, quam has duas, 1. Si lex ita specialiter statuat, & 2. Si judex ita arbitretur, quod aliquando eum facere posse tradit, etsi rutius non fecerit. Quas exceptiones ita concedimus, ut tamen a Lege vix alias id fiat, aut a judice fieri possit, quam ob rationem a nobis adsignatam: Cujus tamen discretionem, a judicis arbitrio pendere statuendum est. Exemplum apponam; Lictor Prætoris, cuidam Judæo res quasdam eripuerat, qui cum apud Prætorem de hac injuria questus esset, is Executorem judicii, qui lictoribus imperat, ad istum lictorem una cum Judæo & cum imperio, ut huic adempta restitueret, miserat. Lictor Judæum prius, spreto executore, plagis operuerat. Deinde executorem stricto ferro invaserat, invocatoque diabolo, se hominem transfixurum minatus, gladium pectori adegerat, cum autem is non penetrasset, sclopum grandine plumbeo spissiore oneratum in eundem emiserat graviterque vulneraverat, atque deinceps ægre se habere dixerat, quod hominem non occidisset. Non deerant ex Dominis, qui hanc vim publicam cum atrocissimo conatu cædis conjunctam, pœna capitali vindicandam censerent; maxime quia semiconvictus erat alterius scelerati facinoris, propter quod ejus frater ad laqueum erat damnatus, & cujus non dubitabatur, quin ipse dux & auctor fuisset. Quia tamen ad hoc nonnisi tormentis subjici poterat, etsi quatuor ex Dominis, conatum illum cædis improbissimum ad mortem sufficere arbitrarentur; major tamen pars, cum tormenta sustinuisset, ob alterum crimen ad pœnam morti proximam eum damnarunt, *ante ferias Pentecostales 1680.*

4. Sed quæstio de perfecto an imperfecto homicidio, non tantum sæpe movetur, si mors secuta non fuerit, sed magis, si mors secuta quidem fuerit, at non immediate, ut dubitari possit, an plaga inflicta mortis causa fuerit. De varietate judiciorum in hujusmodi occasionibus & discrimine vulnerum simpliciter aut absolute mortiferorum egimus *ad tit. de Lege Aquilian. 4.* nec regulam aut definitionem collocare generalem licet. Communiter quidem, si post vulnus incontinenti, vel cis paucas horas mors insecura sit, vulnus esse causam mortis, non dubitatur. Attamen hoc etiam prudentia opus esse, docebit exemplum satis rarum, quod subjiciam. Anno

MDCLXVII. die 30. Decembris in pago *Hoortwolde*, Notarius quidam publice vendens prædium, importune turbatus in hoc officio ab homine temulento, ter quaterve eum in faciem pugno percusserat: Unde sanguis copiose effluxerat. Fluxu cessante, cubitum iverat; e somno autem excitatus, tussi & novo sanguinis fluxu exorto, intra sesquihoram exanimatus est. Non credebantur plagæ homini inflictæ potuisse lethales esse, neque foris aut intus quicquam mortiferi apparebat: Sed pectore dissecto, reperta est aspera arteria, quam vulgus gutturem adversum appellat, & in qua nihil esculenti aut potulenti, sine præsenti periculo suffocationis durare potest, aperta & valvula ejus rigide patens; intus autem in ipsa arteria, repertæ sunt aliquot particulæ carnis, magnitudine avellanæ & paulo secus, aliæque nonnullæ aridæ materiæ. Ex quibus non temere judicabatur, eas res in vomitu ejectas, valvulaque asperæ arteriæ illo motu violento aperta, in patulam viam pulmonis incidisse: Nec per tussim ab ebrio & somnolento inde rursus excuti potuisse; Quæ causa suffocationis necessaria fuisset. Reus in Frisiæ versus Transisalaniam confiniis habitans, in hanc se contulit, atque a Prætore Haxbergensi, causa cognita, cædis absolutus est. Quæ sententia cum ad Ordines mitteretur, ut Reo secure in Patria degere liceret, Suprema Curia consulta respondit, audito Procuratore Generali, in eam sententiam, quæ a nobis relata est *ad tit. de Legib. Cap. de Conflict. Legum n. 6.*

Jus divinum in cæde hominis liberi illud solum considerari jubet, utrum percussus surrexerit & innixus scipione prodierit, nec nec, ut illo casu pœna capitalis cesset, isto infligatur, *Exod. cap. 21. vers. 18.* Ita D. Matthæus eum locum inducit *cap. 3. ad h. tit. n. 17.* Minus plene; Additur enim, si lecto adfixus convaluerit, & in via publica, cum scipione duntaxat, incesserit, ut tum quæstio de vulnere cesset; Non si post ictum statim surrexerit & foras prodierit, hoc enim frequenter in vulneribus capitis, absolute lethalibus, accidit, ut nostra memoria Studiosus Juris, percussus in capite a Theologiæ Studioso, tertio demum die lecto adfixus, cum medio tempore in publicum prodiisset, brevi extinctus est, vulnere lethali deinde reperto. Plane moribus ita fere est receptum, ut si percussus quadraginta diebus supervixerit, vulnus pro mortifero non habeatur. Clar. *§ homicidium. n. 44.* Fab. *4. Cod. tit. 15. def. ult.* Grot. *3. manud. 34. § pen.* qui tamen hoc requirit, ut percussus in publicum post sex septimanas prodierit: atque alii tum demum admittunt præscriptionem, si non constet, ex vulnere mortem evenisse: plures etiam tempus hoc, & omne judicium de causa mortis, Judicis arbitrio committunt; in quam plures citantur auctores a Grœnewegio *ad d. loc.* Grot. *n. 14. & 16.* At plane Medicorum judicio plurimum in hac disceptatione tribuendum esse, non est dubium; ut tamen judicem quoque suum non negligere eos oporteat, utique si dissentiant, quod sæpius accidit, exemploque a nobis probatum est *ad tit. de Lege Aquil. n. 4. Resp. ad schol.*

5. Commune requisitum omnium delictorum, esse diximus *ad Tit. de privat. delict.* dolum, id est malignum propositum, excepto legis Aquiliæ delicto, quod etiam punitur ob culpam, ratione, quam dedimus *in loco.* Sed in lege Cornelia maxime dolus requiritur, culpa nequaquam sufficiente ad ordinariam hujusce Legis pœnam *l. 5. h.* etsi lascivia quoque & mali moris circumstantiæ adfuerint. Exemplum. In *pago* Rypensi Titius in diversorio lasciviens cauponem cubitum iturum aggressus, compulerat ad saltandum secum; spatioque cubiculi saltibus absoluto, correptum hominem rapideque circumactum ita propulit, ut caput adversus prominentiam camini allideretur. Unde prolapsus & dein cubitum delatus caput & pectus graviter dolens, mane sequenti hora sexta decesserat. Sub cranio reperta sunt quatuor unciæ cruoris evasati: ut ex contusione mortuum esse, non dubitaretur. Titius relegatus est ad tempus, *ante ferias O. S. 1681.* Scilicet occidendi animus aberat omnino. Tamen etsi ad dolum hac parte non requiritur animus occidendi peremptorius; sufficit propositum lædendi aliquem, ita ut cædem inde facile sequi posse non ignoret. Nec, enim si quis vere sit hujus animi, ut adversarium duntaxat vulnerare velit, si tamen occiderit, dubium est quin de cæde teneatur. Eventus spectetur, ut a clementissimo quoque factum sit, ait *l. 16. § 8. in pr. de Pœn.*

N. ADDIT.

Mutavit hic aliquatenus dicta in positionibus, ob monitum Scholii nostri: unde utrumque hic erit inserendum.

Posit. 4. *Dolus, hoc est propositum, requiritur, culpa non sufficit*, l. 7. 8. *Dolus autem intelligitur, propositum lædendi, unde cædes provenire potest, etsi ipse animus (e) occidendi abest*, l. 17. § 8. de Pœn. l. 1. § 3. h. *Nec obstat* l. 14. h. *voluntas enim*

enim ibi pro dolo sumitur, qui si absit, casus fortuitus non nocet. add. l. 3. § 2. b.

(e) Mallem dicere: quod per dolum hic intelligatur propositum alterum interficiendi, & animus occidendi eundem, *d. l. 16. § 8. de pœnis, d. l. 8. § 3. b.* qui textus aperte docent, animum occidendi non debere abesse, si pœna legis Corneliæ locum invenire debeat. Et ita plane non obstat *l. 14. hic.*

Notabilis locus est in *l. 1. § 3. h. t.* Divus Hadrianus rescripsit, *eum, qui hominem occidit, si non occidendi animo admisit, absolvi posse,* ut in exemplo *superius* relato. *Et qui hominem non occidit, sed vulneravit ut occidat, pro homicida damnandum,* scilicet, pro severitate Legis Corneliæ, quam moribus hodiernis nusquam servari, probavimus. Pergit Marcianus; *Et ex re constituendum hoc;* Quando de animo palam demonstrato non constat, res ipsa factique circumstantiæ præsumptiones juris suggerere debent. Marcianus; *Nam si gladium strinxerit & in eo percusserit, indubitate, occidendi animo id eum admisisse.* Ponit indistincte, *qui gladio percussit,* adde, cultro, hasta, sclopo, similive instrumento ad occidendum usurpari solito; si iratus, non potest dubitari, quin occidendi animum habuerit, aut si forte vulnus solummodo imaginatus sit, non credimus, hoc esse dolo carere, si quis apud animum suum fingat se nolle occidere, dum hoc agit θυμῷ ἑξόντος, volens, quod occidentes faciunt, & dum occidit. Marcianus; *sed si clavi percusserit aut cucuma in rixa, quamvis ferro percusserit, tamen non occidendi animo, leniendam pœnam, quia in rixa casu magis quam voluntate homicidium admisit.* Percussio facta clavi, cucuma, similive instrumento cædibus adhiberi non solito, si quidem *in rixa* fiat, cæde licet secura, non punitur ordinaria pœna, secus si fiat ex animi destinatione. Verum in rixa, lite subita, ejusmodi instrumentum inducit præsumptionem, non adfuisse dolum. Exemplum: Studiosus Theologiæ cum alio Pontificiæ religionis, uterque Frisius, in hac Academia certabant de religione. Theologus iracundior, incalescens, hemina cerevisiæ, quam manu tenebat, caput alterius percussit: qui licet aliquot diebus supervixerit atque exiisset, tamen eis quatriduum decessit, & quidem, ut judicatum est vulnere inspecto, ex ictu. Alius contubernalis meus, tesseris ludens, subita rixa, ut fit, candelabrum in adversarii caput conjecit, unde mortuus est: nihil tale cogitantibus vulnerum autoribus. Titius in hac civitate, non ferens convitium, quod esset γυναικοπληξίας, exprobrantis id sibi caput pugno percussit, qui inde mortem contraxit. Hæc & talia, passim obvia sunt exempla, ex quibus sententiæ illius usus intelligi potest, & quibus pœna convenit extraordinaria. De pluribus ad hunc articulum, vide Carpzov. *Qu. Crim. 3.*

6. Docent autem illa verba Marciani, quoties *in rixa* gladio vel simili cædis instrumento commissum est homicidium, non cessare pœnam hujus legis ordinariam; Si enim tum demum cædes *in rixa* admissa mitiorem habet pœnam, quando clavi vel cucuma facta est, atque hic modus occidendi opponitur ei, qui fit gladio, sequitur, hoc propositum, licet in rixa commissum, non mereri pœnam remissiorem. Profecto enim, si ex subita iracundia cædes sicis, gladiis, sclopetis admissæ, mitiorem capitali pœnam habeant, pleraque homicidia, quæ omni die ex subitaneis rixis orrum habent, impunita manerent, pessimeque saluti generis humani consultum foret; Eademque ratione furta & adulteria ex subitis hominum cupiditatibus orta, non paterentur ordinarias pœnas. Ipsa quin imo duella, quæ rapidis e causis sæpe committuntur, & Centaurorum Lapitharumque convivia rixis & cædibus cruentata, mitioris pœnæ favorem exigerent: quibus rebus nihil absurdius esse posset. Verum est interim, exquisita dari posse merita circumstantiarum & personarum, quibus judex ad mitiorem pœnam extra ordinem moveri possit: ut ex Alciato de puero, qui colluforem percusserat, exemplum profertur, ejusdem favoris cum eo, quod *in d. l. 16. § 8. de Pœn.* memoratur, ex Homero Iliad. ψ.

Ἤματι, τῷ, ὅτε παῖδα κατέκτανον Ἀμφιδάμαντος,
Νήπιος ἀκ ἐθέλων, ἀμφ' ἀστραγάλοισι χολωθείς.

Tum circa talos iracundus, Amphidamantis
Gnato egomet vitam puer ac invitus ademi.

Extra hujusmodi casus, publica salus & rigor justitiæ postulat, ac ita constanter in nostris foris servatur, ut ordinaria pœna cædibus in rixa cultro gladiove commissis infligatur. Idque post rationes ultro citroque ponderatas, probat Carpzovius *d. part. 1. Qu. 1. n. 28. & seqq.* Ex quibus manifestum est, quam procul a via rationis & Themidos absint, qui ut probent, Marcianum ita sensisse; Rixæ causa cædes gladio quoque commissas

ab ordinaria excusari, lectionem Florentinam in *d. l. 1. § 13.* mutant hoq modo: pro verbis, *Sed si clavi percussit aut cucuma in rixa, quamvis ferro percusserit, leniendam pœnam ejus &c.* substituunt ita; *Sed si clavi percusserit aut cucuma, aut ferro in rixa, quamvis percusserit:* Quo ita discrimen juris inter modos cædis per instrumenta diversa, quoties aliunde non constat de animo, tollatur: Sed maneat laus ingenii, salva ratione & auctoritate juris: quæ hoc loco plane dictat, τὸ ἀκίνητον ἄμεινον, nihil esse causæ turbandi limpidam.

7. Verum tamen est, si quis impetu non bruto, vel insolenti, sed justa causa excitato, ad cædem proruperit, hunc mitius extra ordinem puniendum. Ita responsum de marito, qui uxorem adulteram occidit, quod non licet, *l. 1. § ult. h.* & de patre, qui filium novercam adulterantem, in venatione occiderat, in *l. 5. ad L. Pomp. de parric.* Talis etiam sæpe fuit sententia Curiæ nostræ, ut in tali exemplo; Maritus hominem, qui uxori ipsius verbera intentabat, occidit, hic in perpetuum relegatus est, *Johannes Francken, d. 29. Octobr. 1585.* Alius a creditore suo intempestive monitus, videbat eundem uxorem suam interpellantem, & mox adversus eam gladium, ut invasurum stringentem: Vir id e proximo conspicatus, contum arripuit aculeatum, eoque caput hominis percussit, mox etiam genu inguini ejus impacto, sic hominem mulctavit, ut brevi morereturi; Ad decennium relegatus est, *Harmen Alberts, d. 29. Nov. 1628.* quæ duo exempla reperi in MS. D. Antonii Kan, Procuratoris Frisiæ generalis. Nec tamen eadem ubique indulgentia valuit. Titius (aliud exemplum,) puellæ cuidam vim olim conatus inferre dicebatur: post triennium idem (*Tjaert Hessels* nomen erat.) cum fratre Adriano aliisque duobus diversorium, in quo ancilla degebat, invita ejus hera, saltu ostio inferiore superato, invaserat, strictum manu cultrum tenens, eamque verberibus indigne adfecerat. Post aliquot spatium illis digressis, ancilla ardens ira, rapto e penu cultro abeuntem in plateam publicam insecuta, Hadrianum fratrem ejus, cui præcipue infesta erat, percussit in tergo, ut brevi inde morereturi, sanguine foras non prodeunte. Quanquam magna ratio mitioris extra ordinem pœnæ militabat, quia tamen factum vindictæ propius, quam subito calori videbatur, ut rum quidem Curiæ sedit, ultimum supplicium subiit, *Anna Ulrici Edensis, annos nata 23, 10. Aprilis 1641.* ut Nauta refert *in suo MS.* Mea quoque memoria Studiosus Theologiæ Amstelodamensis, provocatus aliquoties a Juris studioso Bredano, cum gladium e museo petiisset, in platea publica cum eo congressus erat: Sed inter pugnandum hortatus alterum ut desisteret, etiam iverat cessim, ut alter ebrius in aciem irruisse magis quam percussus videretur. Non deerant ex Dominis, qui reum mitius extra ordinem puniri vellent, utique nullis hoic adversus duella legibus severioribus; sed pars major ordinariæ pœnæ locum esse debere statuit. Oportet hac de re discrimen judicis arbitrio committatur, ut etiam ætatis, de qua Sandius *l. 5. tit. 9. def. 4.*

8. Atque huc etiam pertinet excessus moderaminis inculpatæ Tutelæ, de qua diximus ad *tit. Inst. de Lege Aquil. n. 2.* qualem excessum Curia nostra fustigatione & exilio, apud Sand. *d. def. in fin.* mulctavit, nec amitti censuit moderaminis inculpati defensionem, etsi rixæ quis auctor, pugnæ non fuerit, *d. tit. def. 8.* In dubio autem non præsumitur moderamen, sed dolo facta cædes, sicut injuria, existimatur, *l. 1. & l 5. C. h. t. l. 5. C. de Injur.* Nisi præsumptio contraria nitatur justis rationibus, a personis aliisque circumstantiis desumpta, de quibus A. Matth. *ad h. t. c. 3. n. 15.* & de quibus rebus prolixe egit Carpzov. *d. l. Qu. 28. & seq.* Inculcat ille distinctionem inter moderamen defensionis, & moderamen inculpatæ Tutelæ, ac utriusque dividit excessum. Sed cum per moderamen defensionis nihil aliud intelligat, quam excessum inculpati moderaminis, Excessum autem simplicis defensionis vocet, qui sine prævia partis adversæ offensa committitur, ut docet *Qu. 29. n. 41.* hujusmodi cædem ab ea, quæ dolo committitur, vix opus sit discerni; ideoque ita videtur, ea distinctione facile careri posse: Excessum autem moderaminis circa tutelam corporis sui, generaliter ratione causæ, modi, & temporis distinguere licet.

9. Ratione causæ committit excessum, qui dedit initium rixæ, sed pugnam vitare voluit; hunc ab altero cum periculo vitæ invasum, si occidat aggressorem, lenius extra ordinem puniendum, censuit Curia nostra, apud Sandium *loco citato.* Aliter Carpzovius, qui tales ordinariæ pœnæ subjiciendos statuit, *d. Quæst. 29. num. 43. & seqq.* Exempla tamen rerum judicatarum, quæ refert, non tantum rixæ, sed etiam pugnæ initium reis adscribunt. Atqui hoc non ad causam, sed potius ad modum defensionis pertinet: planeque distinguendum, inter rixæ & pugnæ principium

Si

Si rixæ, id est verbalis contentionis, initium reus tantum dederit, alter autem incontinenti ad arma prosiliens ipsum invaserit, magis est ut occidens aggressorem ordinaria non sit adficiendus pœna, quia rixari verbis est tralatitium, & toto genere diversum a pugna armata. Ad excessum ratione causæ, refert etiam Carpzovius, quando quis alium pro alio occidit, *num. 50. & seqq.* male ut videtur; Nam si factum sit per necessitatem defensionis, non ad causam, sed ad *modum* pertinet, & plerumque jure fit. Si vero extra causam defensionis, ad hunc articulum plane non pertinet: Quid ergo? si quis circa personam errans, Mevium occiderit, cum Titium vellet, an quasi effectu sceleris destitutus, mitius puniendus erit? Tentabimus, hunc ordinaria pœna plectendum esse: fuit enim occidendi animus: occidit etiam: tametsi non eum, quem destinaverat. Ita, qui Titio injuriam facere vult, si Sejo faciat, quem Titium putat, Sejo injuriarum tenetur, *l. 18. § 3. D. de Inj.* Vasqu. *3. cont. ill. cap. 96. n. 32.* Idem, si cum Titium occidere vellet, Mevium adstantem, aut prætereuntem, vel intervenientem occiderit: est enim eadem utroque casu ratio. Ad excessum ratione causæ melius referetur, si quis minantem sibi mortem, occupaverit interficiendo. Si enim minæ sint ejusmodi verbis, aut gestibus prolatæ, quas reus facile evitare poterat, vix est, ut ordinaria pœna sit eximendus, ut Carpzovius probat *num. 84.* si vero minæ sint inevitabiles, & cum præsenti periculo junctæ, vix pro excessu moderaminis inculpatæ Tutelæ ejusmodi cædes haberi potest, *arg. l. 9. in pr. Quod met. c. l. 3. § 5. de vi & vi arm. l. 1. C. Quand. lic. unic. sin. jud.* & per ea, quæ inferius dicenda venient. Quod si minæ sint præsentes quidem, sed nihil magni mali continentes, aut etiam evitari potuerint per fugam, recessum, vel corporis inclinationem, nec reus id faciendum putaverit, verum occidere maluerit, est eadem quæstio cum hac; An propter injurias corporis non capitales, & propter bona, liceat hominem occidere. Nam minæ actui proximæ & inevitabiles, a periculo præsente distingui non possunt, Grot. *lib. 2. de jur. bell. & pac. c. 1. n. 5.* Reliqua de fuga & evitandi facultate, pertinent ad secundum articulum, qui est de *modo*.

Carpzovius *Homicidium necessarium*, de quo moderamen inculpatæ sit intelligendum, ita definit, *quod non dolo, sed coacte, ob vitæ, corporis, honoris, facultatumque defensionem committitur. d. Qu. 28. pr.* Sed videamus; Quæstio proposita est bimembris, de injuriis non capitalibus, & de bonis. Quod ad prius attinet, pudicitiæ causa licere stupratorem violentum occidere, non dubitatur, Grot. *d. cap. 1. num. 7.* Idem de periculo mutilandi corporis alicujus membri, *n. 6.* Ad alapam, vel ictum baculi evitandum, non licet impune, licet ordinaria pœna locum non habeat; quanquam in Lege Aquilia, qui primus insultavit, tenetur simpliciter, *l. 52. § 1. ad L. Aq.* Vide omnino Grotium, *d. c. 1. n. 10.* De bonis sic habendum; Si periculum vitæ sit conjunctum, licebit impune; ceteroqui non licet: Adeo ut, si quis furem nocturnum occiderit, ita demum impune ferat, si parcere ei sine periculo suo non potuerit, *l. 9. h. t.* In dubio autem præsumitur, vitæ periculum fuisse conjunctum; quo respectu Lex XII. tabularum, ut & Mosaica, furem nocturnum impune occidi posse constituit, ut Gajus scribit; modo occidens id cum clamore, quo de circumstantiis liqueat, testificetur, *l. 4. § 1. ad L. Aquil.* Si constaret, nullum adfuisse periculum vitæ, non impune foret; attamen mitius extra ordinem animadvertendum, *arg. dd. ll.*

Postremo ad excessum ratione causæ pertinet; si quis provocatus, in arenam descenderit provocantemque occiderit, quo casu mitiorem capitali pœnam irrogandam esse, probat Carpzovius *d. Qu. 29. n. 70. & seqq.* tam si verbis contumeliosis, quam simplicibus facta sit provocatio, *num. 87. & seqq.* Sed quam hæc sententia generi humano sit gravis, probant omnium fere Principum hodiernorum Constitutiones adversus monomachias sive duella, provocatos æque ac provocantes capitali pœnæ subjicientes *, quod apud nos etiam absque novis Constitutionibus, tanquam ex jure communi magis obtinere, cum alias, tum patuit exemplo Studiosi, relato *n. 5. in f.* Nec quicquam a Carpzovio aliisve in hanc rem, ex jure Divino, vel Romano profertur, idoneæ probationis; quatenus reputatio gloriæ inanis, sine ullo vitæ periculo, non potest sufficere ad aperiendam fenestram creberrimis duellis, quibus optimus sanguis in media pace hauriatur. Si verbalis, aut realis injuria gravis, provocationi accedat, omnino dicendum, extraordinariæ remissioni locum esse debere, per *l. 38. § 8. D. ad L. Jul.*

* Idem etiam constituit Serenissimus Rex noster in Edicto Duellico, *de An. 1712. § 37. seqq.*

de Adult. convitia sola sine provocatione, non sufficiunt, ut recte probat Carpzov. *d. l. Q. 30 n. 68. & seqq.* Ne quidem ad evitandam pœnam ordinariam, nisi gravissima sit contumelia, & ex continenti iratus, pugna aquali, non ex insidiis, aut post intervallum, eædem commiserit, ut idem *n. 72. & seqq.*

10. Hactenus de causa; sequitur de Excessu moderaminis inculpatæ corporis Tutelæ, ratione modi, suppositâ sufficiente causa periculi vitæ. Ad hunc articulum pertinet regula, quod defensio non sit inculpata, nisi quatenus periculum vitæ aliter evitari non potest, *l. 45. §. 4. ad Leg. Aquil.* Proinde si quis adversarium aliter quam occidendo propulsare potuerit, occidere autem maluerit, ira incitatus, is hunc committit excessum, cujus rei dijudicatio a circumstantiis pendet. Plane si constet, invasum sine periculo fugâ sibi consulere potuisse, & defendere se, aggressoremque occidere maluisse, recepta est sententia ab omnibus gravitatem christianam professis auctoribus, committi excessum moderaminis inculpatæ Tutelæ; mitius licet extra ordinem puniendum. Et quidem in locis, ubi sine gravi dedecore non licet fugere, quemadmodum militibus ubique & Nobilibus, in quibusdam regionibus etiam quibusvis, fuga tanto pudori imputatur, ut qui invasorem vir virum fugit, inter honestos versari nequeat; ubi sic est, hujusmodi excessus videtur impune transmitti posse. Mores autem ejusmodi & instituta hominum, a Lege Christi tam aliena, reprehendi merentur, & bonis Legibus emendari debent: Civibusque inculcandum, non esse plus dedecoris, homines tam insanos fugere, quam canes rabidos; fortitudinis in justo pioque bello esse locum. Plane quidem in id etiam facile consensum est, non teneri invasum ad primum ictum expectandum, quando facile ex eo interire posset; nec etiam ad hoc, ut armis utatur paribus. Etenim quando quis vere in vitæ discrimen adductus est, nulla ratio salutis expediendæ prohibita est. Sed qui sine armis invasus, aut sine ejusmodi instrumento talique gestu & apparatu, ut vitæ membrive mutilandi periculum inde reformidari queat, arma strinxit invasoremque interfecit, excessum moderaminis committit, ut forte nec semper extraordinariæ locus sit pœnæ dandus; non si nihil quam colaphum amoliri volens, aut jam passus, hominem interfecit: etsi aliter Carpzov. *Qu. 30. n. 38.* Cum enim tralatitium & quotidianum sit, os depalmari, colaphos impingere, non potest ferre salus humani generis, ut ideo cædes admisse levi pœna transmittantur, ne dicam id omnium minime ferendum in Republ. cui non omnino sit exempta memoria summi Præceptoris Christi. Nec quidem aliud statuendum jure naturæ. Cum enim hujus summa sit regula, conservare societatem humanam, cui hæc res est inimica, non potest ei non adversari; ut hactenus Covarruvias merito a Grotio reprehendatur, *l. cap. 1. n. 10.* sed forsitan hæc observatio ad articulum præcedentem de causa, pertinet. Huc sine dubio refertur, quando invasus alium quam invasorem, forte, vel bono consilio intervenientem, sui defendendi, vel fugiendi causa interfecit: est enim excessus, sive destinato, sive inconsulto fiat. Si hoc, nulla poterit esse pœna, sed est excessus per casum fortuitum: si consulto, videndum, an nullo modo aliter evitari quiverit periculum. Si nullo modo, res tamen illicita esse videtur, innocentem nostra causa perdere, maxime secundum jus Evangelicum, ut censet Grotius *d. cap. 1. n. 4.* Sed judicialis pœna, si absque tali cæde salvus esse non potuerit invasus, infligi non potest, ut recte Carpz. *d. l. Qu 29. n. 54.* Si quid hac parte culpæ, sine dolo, commissum videatur, pœnæ locus erit alicui extraordinariæ, judicis arbitrio, Carpzov. *ibidem.* Plane, ex Lege Aquilia tunc dari actionem, non est dubium, *l. 45. Ad Legem Aquil.*

Postremo ad excessum in *modo* pertinet etiam, si quis invasore volente recedere, atque petente, ut a pugna desistatur, invasus nolit, verum instet irritatus & invasorem pœnitentem conficiat, quem excessum, pœnæ expertem esse non debere, manifestum est, ordinariæ tamen nequaquam: exigendum enim non est ab humana imbecillitate, ut in periculum vitæ adductus, in arena tam valide sibi temperet, quatenus constat, eos, qui reluctante licet animo pugnæ se primum commiserunt, in progressu θυμὸν ἐσπόντες, ita plerumque incendi, ut se amplius in potestate non habeant, quo pertinent, quæ Carpzov. habet *d. Qu 29. n. 26. & seqq.* Quid autem, si invasor pœnitentiam & oblationem suam videns sperni, defendentis personam induat, eatque cessim, attamen urgente altero, cum aliter non posset, adversarium occiderit? Non videtur hac sera & inutili pœnitentia ordinariæ pœnæ se eximere posse, per ea, quæ habet idem Carpzov. *d. Qu. 29. num. 43. & seqq.* Non eadem est ratio provocati, si hic sponte se-

cutus

cutus in duellum, se prælio absque necessitate commisso deinde subducere cupiat, neque possit, altero violentius instante; si tum se defendendo, percusserit adversarium, ab omni quidem supplicio liberare se non potest; ab ordinaria tamen & provocationis, insultatio & moderatio in pugnando eum excusare videntur; Idque sine dubio sentiunt communiter, satis juste, ex iis, quæ Carpzovius habet *d. Qu. 29. num. 75. & seqq. & Qu. 30. num. 43. & seqq.* ubi eandem pœnæ mitigationem statuit habere locum, si quis jam fugientem insecutus percusserit. Quod ut in genere verum sit, in hypothesi tamen, cum minima circumstantia varier jus, prudenti judicis arbitrio committenda res est; quo nomine reprehensus est a Curia nostra Advocatus celebris, qui Studioso, cujus exemplum ad hanc observationem spectans modo retulimus, patrocinabatur, & nimis libere, non posse eum capite puniri, quod tamen accidit, præjudicaverat.

11. Superest excessus moderaminis inculpati, ratione temporis, ad quem articulum pertinet hæc regula; moderamen defensionis ita esse inculpatum, si fiat *incontinenti*. Nam qui periculo transacto eadem committit, utique non est in ea causa, ut aliter se tueri non possit, quod est requisitum justi moderaminis, *d. l. 43. § 1. l. 3. § 9. vers. sed hoc confestim, non ex intervallo. & l. 17. de Vi & Vi arm.* Quid sit incontinenti, mirifice variant Interpp. dum alii triduum, alii decem dies, alii duos, tres, vel quatuor menses intelligunt, & textibus firmant, ut refert Carpz. *Crim. Qu 31. n. 11. & seqq.* Optime Graeci: ἐν τῇ συμπλοκῇ, in ipso conflictu; antequam partes sint digressæ, *l. 7. § 5. de Pact.* Quicunque igitur fugientem, vel arma tradentem, aut abjicientem, aut etiam exutum armis interficit, non servat inculpatum moderamen; multo minus, si ex intervallo, licet actus alius non intervenerit, ut probat Carpzovius *d. Qu. 31. n. 17. & seqq.* contra Cæpollam & Mascardum, qui moderamen inculpatum vocant etiam, quando invasus ivit domum & arma inde petiit, ut in relato superius exemplo Studiosi, aut fecit *practicam*, ajunt, *colligendi amicos*, quod si liceret, bella in civitate committerentur. Verum quando ob excessum temporis, ordinaria pœna cesset, vel non, res pendet ab hac summa distinctione: Doloris & iræ justæ calore, an vindictæ studio post periculum, cædes peracta sit. Et plerumque præsumendum est, si facta sit cædes immediate post congressum, antequam partes adhuc divulsæ fuerint, etsi fugiat, vel arma tradat invasor, non tam vindictæ studium, quam difficultatem moderandi calorem justum adfuisse, tametsi generosus animus statim ac adversarium in potestate sua esse videt, reprimitur, & supplicem exequi crudele arbitratur; si tamen in causa & in modo servata sit ab invaso inculpatæ tutelæ moderatio, propter hunc excessum ordinaria pœna non videtur adficiendus. Aliter forte, si causa moderaminis inculpatæ Tutelæ non adfuerit, ut si quis post verbera sibi inflicta abeuntem lethaliter percusserit, sicut ancilla superius commemorata, quæ cum vapulasset, insultatorem digressum, in plateam persecuta, cædem commiserat: Etsi varietas circumstantiarum infinita necessarium judicis arbitrium faciat. Carpzovius idem existimat, si quis post horam dimidiam a transacto & sedato conflictu, invasorem occiderit, ac ita judicarum a Lipsiensibus suis refert, de homine, qui Aggressorem post horam a conflictu dimidiam, stans post januam & observans eum, interfecerat, *d. Qu. 29. num. 33.* Quod ego nostris Justitiæ vindicibus non putarem placiturum; cæde præsertim malo more ex insidiis animoque deliberato facta, vindictæ studio manifesto; Non videtur hæsitandum, quin tali casu ordinariæ pœnæ sit locus; etiam, si quis post longius spatium, & maxime si quis post rem transactione sopitam, licet non ex insidiis, invasus Aggressorem interfecerit.

12. Quantum ad personas attinet eorum, qui cæsi dicuntur, parum interest, qualis homo qualem hominem occiderit, liberum an servum, *l. 1. § 2. & l. 11. § 1. & 2. D. h. tit.* Et gentium Leges, quæ discrimen hactenus inter Nobiles & plebejos statuunt, admodum emendationis egent. In moderamine inculpatæ Tutelæ nihilo magis differentiæ locus est. Adversus Principem autem Supremum quid liceat hac parte, juris privati rationes excedit. Denique non modo rutius, sed & verius est, Principis invadentis personæ esse parcendum, Grot. *d. c. 1. num. 9.*

Sunt sane, qui impune occidi possunt: nempe transfuga, *l. 3. § ult. D. h. tit.* desertor militiæ, *l. 2. C. Quand. lic. unic. vind. se vel pub. devot.* latro & nocturnus grassator in agris, *l. 1. C. eod. l. 2. 3. 4. C. h. tit.* quin & fur quicunque alius, seu diurnus, seu nocturnus, si telo se defendat, parcique ei sine periculo non possit, *l. 9. D. h. tit. l. 4. § 1. D. ad Leg. Aquil. l. 45. § Furem. D. de furt.*

furt. adulter, juxta *l. 20. & ſeqq. D. ad Leg. Jul. de adult.* raptor mulieris, *l. un. verſ. te igitur. C. de rap. vir.* ſtuprator, qui vim adhibet, *l. 1. § pen. D. h. tit.* hi omnes impune occiduntur.

SCHOLIUM.

Imo nec impune ſaltem, ſed etiam ex his aliqui juſte. Scilicet, ſi lex præmium ponat, vel factum laudet, ut in interficiendo deſertore militiæ, juſte agis, & tanquam executor voluntatis publicæ; ſin indulgeas ſaltem affectui tuo, impune quidem ages, at injuſte, ſi adulterum interficias.

RESPONSIO.

Non ſumſimus hic τὸ impune cum oppoſitione ad juſtitiam, ſed impune fieri diximus ejusmodi cædes, ob remotionem pœnæ capitalis: indiſcrete, per juſtitiam an remiſſionem pœna Legis ceſſaret. Hujus enim rei dijudicatio magis ad philoſophiam pertinet, nec hujus eſt loci.

N. ADDIT.

Ergo Autor a me non diſſentit. Neque obſervatio mea ab hoc loco aliena eſt. JCti enim, cum veram philoſophiam profiteantur, obſervationes & explicationes ex principiis philoſophiæ moralis vel Juris naturæ petitas, a ſe nequaquam alienas eſſe, arbitrari debent.

Inter eos, qui impune occiduntur, collocari ſolent rei criminum, qui Lictoribus, ne capiantur, reſiſtunt: Nam fugientes ſatis convenit, occidi non poſſe, niſi admodum Reipubl. interſit, non evadere delinquentem. Quod ſi reſiſtat, multi exiſtimant, indiſtincte reum interfici poſſe, de quibus Wiſſenb. ad *tit. de Cuſtod. & exhib. reor. th. 25.* Sed verius eſt, id non aliter licere miniſtris, quam ſi manifeſtiſſimum ſit, Reum mortem eſſe meritum, aut judice Supremo id ſpecialiter injungente, cujusmodi mandatum in noſtra Curia datum memini, cum duo ad pœnam morti proximam damnati, effracto carcere ſe propripuiſſent, a quibus multum mali non ſine cauſa metuebatur. Imperatum eſt ſubſtituto Procuratoris Generalis, ut ſi quidem vi ſe defenderent, nec aliter eos in poteſtatem redigere poſſet, ſclopis illos impetere liceret: non æque tertium, qui furti damnatus, operis publici tempus ferme abſolverat, *d. 9. Jul. 1681.* Hactenus quidem Judici integrum eſt; verum Edicto cuilibet hominis necandi poteſtatem facere, ut adverſus alterum ex illis maleficis paulo poſt ab Ordd. Friſiæ decretum eſt, id non eſt judicis neque meri imperii, ſed ad jus vitæ & necis, ſummamque Reipubl. poteſtatem pertinet. Cæterum, ſi dum Lictores in hoc ſunt, ut reos criminum capiant, accidat, ut imprudenter eos interficiant, ordinariæ tamen pœnæ non ſubjiciuntur, ſed mitius extra ordinem plectendi ſunt. Quin etſi deſtinato, dum capere eos conantur, occidant, ordinariæ tamen pœnæ non eſſe locum, viſum eſt Curiæ noſtræ in hac cauſa: Lictor a Prætore Smallingerlandiæ miſſus, ut quosdam errones maleficos caperet, unum ex illis *ſclopum* humeris geſtantem, ſclopeto ſuo perculſum occiderat. Ipſe factum negabat, ſed ad torquendum ſatis erat argumenti. Verum, quia ſic erat opinio; Reum etſi confeſſum, plus tamen pœnæ quam relegationis pati non poſſe, viſum non eſt ad tormenta procedere, teſte D. Nauta relatore in *Deciſ. Mſ. d. 11. Jul. 1636.*

13. Poſtremo reperemus, quod alias dictum; Pœna legis Corneliæ fuit deportatio, & omnium bonorum publicatio: poſtea honeſtiores quidem deportari, humiliores capite plecti cœperunt, *l. 3. § pen. D. h. tit.* Juſtinianus vero in *§ 5. Inſt. de publ. jud.* tantum gladii pœnam proponit, eaque hodie utimur. Præter hanc pœnam capitalem, Saxonico, & aliarum gentium jure, mulcta conſtituta eſt in homicidas, qui capite puniri non poſſunt, quam *Wergeld* appellant, noſtrates *een mansboete.* Saxones habent nimis modicam pro veteri paupertate, viginti thalerorum, ſine diſcrimine perſonarum, niſi quod pro fœmina dimidium ſolvitur. Carpz. *Cr. Quæſt. 34.* In noſtris Statutis *lib. 2. tit. 3. art. 1.* civilis mulcta homicidii definitur trecentis florenis majoribus, qui faciunt Imperiales CLXVIII. etiam ſine diſcrimine perſonarum, ne ſexus quidem excluſa differentia: textus enim ſimpliciter loquuntur. Pro Fiſco dimidium prædictæ ſummæ ſolvitur, *d. art. 1.* Fiſcalis illa mulcta exigitur, quando reus ſe fuga ſubduxit, ex bonis homicidæ, ſed reſtituitur deductis impenſis, ſi reus deinde ſit abſolutus, vel condemnatus ad mortem, *d. tit. 3. art. ult.* Quid ſi extraordinaria pœna ſit affectus, relegationis aut ſimili, an etiam tum mulcta civilis reſtituetur? Non videtur, per verba, *ſi condemnetur ad mortem.* Quod ſi reus ab initio capiatur, hæc mulcta fiſcalis non exigitur; utique ſi abſolvatur, vel capite plectatur. Si extra ordinem punitus ſit, propter homicidium non doloſum, mulcta videtur habere locum; quia exacta non redditur, ut dictum: Ergo potuit ac debuit exigi.

Quid

Quid autem de mulcta trecentorum florenorum, quando & quibus illa debetur? Lex ita ait, *Pro civili mulcta homicidii solvetur summa trecentorum florenorum. Et Fisco dimidium.* Non addit, quando & quibus. Sed τὸ quando colligi potest ex eo, quod de mulcta fiscali traditur in § *ult.* Non debetur in casu absolutionis, vel condemnationis ad mortem: sed in casu homicidii non dolosi, & pœnæ alicujus extraordinariæ corporisque non adflictivæ, exigi potest, per ea, quæ Carpzov. habet *d. Qu. 34. n. 42.* Quibus debeatur, ex natura negotii & oppositione Fisci colligendum; scilicet illis, ad quos injuria & sensus calamitatis maxime pertinet, qui sunt proximi agnati & cognati, (jure Saxonico soli agnati vocantur,) nec heredis titulus videtur esse necessarius, si quidem interfectus forte non habeat heredem; Cum enim in solatium & satisfactionem proximorum, ad quos pertinet cædem persequi, hæc mulcta sit reperta, qualitas heredis deficiens hanc rationem non evertit. Verum si occisus habeat heredem extraneum & testamentarium, hic præferendus videtur, quatenus ad hunc, officium vindicandi necem defuncti pertinet, *l. 1. & 2. tit. de SC. Silan.* Quanquam enim hoc vindictæ officium hodie forte non sit necessarium, ad neminem tamen propius quam ad heredem pertinet. An vero nec hodie teneantur heredes ad vindicandum defuncti necem, sub pœna *indigni*, disquiritur. Adfirmat Heigius 2. *Quæst. 34.* Negat cum plerisque Carpzovius *d. Qu. 34. num. 74.* Mihi non videtur absre Heigius; si casum ponas, qui ponendus est, quando quis domi suæ morte violenta sublatus est. Hereditatem enim adire sine ulla persecutione tanti sceleris, heredem conscientiæ suspectum redderet. Denique, si plures homicidium commiserint, singulos ad solidam mulctam teneri, verius est, etiam in hoc casu, quando non constat cujus ictu perierit, *arg. l. 11. § 2. D. Ad Leg. Aquil. l. 34. de injur.* Carpzov. *d. Qu. 34. n. 31. & seqq.*

14. Porro Lex Cornelia Sicariis junxit Veneficos, *qui tam venenis, quam susurris magicis homines occiderint, vel mala medicamenta publice vendiderint. § 5. in fin. l. de Publ. jud.* De susurris magicis parum creduli sunt nostrates, iis mortem aliaque mala infligi posse: nec admittuntur hujusmodi in judiciis nostris accusationes; qua de re scribit his diebus Vir Rever. *Balthasar Beckerus SS. Theol. Dr.* eximius, Amstelodamensis Ecclesiæ Pastor; ad probationes harum rerum quicquid traditur, esse nugatorium. Nos interrationem & antiquissimas relationes arbitrium non capimus; nec adeo pœnam susurris magicis impositam memorare habemus. Pœna veneficii perfecti, capitalis haud dubie, *d. § 5. in f. l. 28. § 4. de Pœn.* quibusdam locis vivicomburii, alibi rotæ est, ut Carpzov. *part. 1. Qu. crim.* Apud nos strangulantur ad palum, ut plurimum, scelere perfecto. Imperfectum, cum animus occidendi eventu destitutus est, jure civili ordinaria capitis pœna adficitur, *l. 1. § 1. & l. 3. in pr. b. l. 1. in f. D. Ad L. Pom. de parr.* At hoc moribus non servatur; Extraordinaria mitior infligitur pœna, ut late probat Carpz. *Crim. Qu. 27. n. 37. & 41.* Nec tamen fieri non posse putem, ut conatus ordinariam quoque pœnam subeat, velut, si quis patrem matremve tollere voluerit, *d. l. 1. ad L. Pomp.* nec alienum videtur, eos, qui id agunt, ut venena exitiabili homines necandi animo vendant, & quasi officinam habent venenariam, capite puniri secundum *d. l. 3. in pr.* qualis ille nequam in Gallia, qui Dominam Brinvilleriam de Aubray Lutetiæ, pluresque alias corrupit atque ad necem proximorum instruxit; de qua in *processu* typis edito dictæ *D. de Brinvilliers.* Quo majus periculum a quoque delicto, (nec potest esse majus quam veneni, a domesticis maxime propinati,) tanto major exacerbatio pœnæ adversus conatus, etiam juris rationem habet. Diximus & *supra.*

TIT. IX.

Ad Legem Pompejam de Parricidiis.

I. Remissio, & quinam hac lege teneantur. II. De pœna consciorum hujus criminis. III. IV. De aliis casibus ejusdem naturæ adfinibus.

Parricidii vocabulum quadrifariam sumi, *ad tit. l. de publ. jud. n. 9.* ubi de hoc crimine peractum est, demonstravimus. Pœna culei tantum habuit locum in iis, qui cognatos lineæ rectæ, ut parentes & liberos, interfecerunt. Adversus reliquos sanguine & adfinitate junctos, pœna L. Corneliæ, modo tamen variata stringitur, § *Alia deinde. 6. in fin. Inst. de publ. jud.* Qui alias per-

personas occiderunt, præter matrem & patrem & avum & aviam, capitis pœna plectuntur, aut ultimo supplicio mulctantur, id est crucis, verba *l. 9. § 1. h. & l. un. C. de His, qui parent. vel lib. occid.* Nempe matri, patri, avo, aviæque jungendi in iisdem gradibus descendentes, liberi & nepotes utriusque sexus, *l. un. C. de His, qui parent. aut lib. occid.* Pater tamen, qui liberos habet in potestate, non patitur pœnam Legis Pompejæ, quod est vestigium veteris patriæ potestatis, *l. 1. h. t.* ubi sola mater parricidii rea declaratur. Idque ita in matribus infantes suos interficientibus, quo crimine nullum frequentius facit impotentia sexus contra venerem & pudorem, hodieque servatur; nisi quod culeus sine comitatu canis, simiæ; galli & serpentis, apud nos obtinet, non æque apud Saxones, nisi quod ibi felis, loco simiæ, quandoque additur in sacco, ut testatur Carpz. *Cr. Quæst. 9. n. 26.* In Avia idem servatur, ut Carpzov. *d. Quæst. n. 42.* nuperque in nostra Curia extitit exemplum, matris & aviæ propter eundem infantem ex Lege Pompeja punitarum. Quocunque autem modo matres suos infantes occidant, nihil refert; cujusmodi varios modos longa serie additis exemplis enumerat Carpzov. *d. Qu. 9. n. 46. & seqq.* quibus addi potest, quod non ita pridem mater infantem ex legitimo natum matrimonio, in cisterna sub aqua tamdiu pendentem a funiculo habuit, dum suffocaretur.

2. De conscriorum in hoc crimine pœna, maximæ res dubitationis est, propter duos in hoc tit. textus; Altero conscii, licet extranei, eadem pœna qua parricidæ adficiuntur, *l. 6.* Altero frater, qui cognoverat tantum, nec patri indicaverat, relegatus dicitur, *l. 2. h. t.* Flagitant hi textus hanc distinctionem, utrum scientia nuda fuerit, an conspiratio & participatio sceleris, cum ope & consilio; quomodo conscii accipiuntur in *l. 7. C. de Pagan. l. 16. in pr. de Pœn. & l. 6. C. Qui testament. fac.* Carpz. *Cr. Quæst. 11. n. 44. & seqq.* Qui tamen pro tali participatione non habet exemplum mulieris, quæ adfuerat cum soror pareret, quæ infantem vivum in manibus habuerat, adspexerat sororem matrem, digitis in os parvuli insertis eum suffocantem, quæ nec verbo, nec facto, cum facillime posset, obstiterat, quæ infantem quoque mortuum in cella subterranea defoderat. Hanc ut nude conscium Lipsienses, laudante Carpzov. ad exilium temporale, & si maritus ejus deprecaretur, ad carcerem aliquot septimanis damnarunt. *d. Quæst. XI. n. 51. & 52.* Quantum absit illud a participatione criminis, non intelligo. Nec ita Curiæ nostræ visum in exemplo matris modo dictæ; quæ una cum filia culei supplicio adfecta est, etsi tantum ad executionem facti, quantum illa soror, non contulisset: Tamen etsi verum est, matrem quoque magis ex officio auctoritatis suæ, ad impediendam filiam in tanti sceleris apparatu teneri, ut bene Gomez. *2. var. Resol. c. 3. n. 4.* Id equidem animadvertendum est, utrum conscii ex perversa quadam miseratione, ne factum revelaretur, operam dederint, an opem consiliumque adhibuerint.

3. Est etiam ut in genere pœnæ *discrimen* aliquod servandum sit, pro culeo gladius, aut ne cadaver post mortem ostentui exponatur, quod apud nos in compensationem canis, simiæ & viperæ, ut videtur, fit ordinario. Cujusmodi moderatio servari quoque potest, si mater infantem manu admota ut occiderit, verum in sordibus suis neglexerit, non extingui necesse fuerit, aut si infans immaturus fuerit, ut per naturam vitalis esse non potuerit. Carpzov. *ibid. n. 28. & seq.*

Huc etiam referri potest expositio infantium; Liberos recens natos exponere, jure Veteri erat impunitum, ut apparet ex *l. 29. de Manum. Testam. & l. 16. C. de Nupt.* juxta notissimum Græciæ morem, quo refer exempla Comica *passim.* Poterat Pater exponere, vel *tollere* liberos, id est alendos suscipere, *l. 2. § 2. de jur. Patron.* Sublatos exponere, nefas & quasi homicidium erat, *l. 4. de Agnosc. & alend. lib.* Dein expositio plane prohibita, ejusque loco surrogata est venditio *sanguinolentorum*, id est recens natorum, *l. 2. C. Patr. qui liber. distr.* Pœna est extraordinaria, *d. l. 2. & l. pen. C. de Patr. pot.* In Curia nostra animadversum reperio in ancillam Franekerensem, quæ infantem suum recens natum Harlingæ super canale ligneum deposuerat, ubi virus repertus, & eis triduum mortuus erat. Exposita est in theatro ignominiæ cum infante ligneo a collo suspenso, & relegata ad quinquennium, a virgis ob recentem partum excusata, *d. 21. Octobr. 1647.* referente Nauta. De Crimine abacti partus, egimus *ad t. de Extr. crim. n. 2.* de quo latius vide Carpzov. *d. Qu. XI. a princ.* Conatum quoque parricidii extra ordinem puniendum, etsi jure civili pœna capitis, *l. 1. h. t.* communiter receptum & ubique servatur. Carpz. *Cr. Qu. 17.* Idem si infantes inveniantur mortui e partubus, quos mulieres, ut fit, celaverunt. Si quæstionem sustineant,

tineant, nihilominus extrà ordinem puniuntur: Virgis cæsæ relegantur, aut in opus publicum dantur apud nos, ut plurimum.

4. Porro, sicut legis Corneliæ pœna mitigatur ei, qui stimulo justi doloris concitatus occidit; ita patri quoque pœnam mitigant LL. si justi doloris vi victus filium peremerit, *l. 5. D. h. tit.* quæ causæ nec filii cæterorumque respectu penitus cessant; ut in *l. 35. de Relig. & sumt. fun.* Wissenbach. *h. t. th. 16.* plenius Carpz. *Crim. Qu. 12.*

Possunt etiam citra cædem, Parentes ob immanem sævitiam extra ordinem coerceri. Quo modo a Curia nostrâ, quod memini, mater & vitricus, quia filium non modo ut mancipium duriter, sed etiam sine modo crudeliter habuerant, relegati sunt anno 1681. Cæterum, quod parricidii pœnâ dicitur esse perpetua in *l. ult. h.* id de maximo in criminalibus spatio intelligendum, quod est vicennium, *l. 12. C. ad L. Corn. de Sic.*

TIT. X.

Ad Legem Corneliam de Falsis.

I. Varietas hujus criminis & pœnarum. II. Partitio specierum hujus criminis, & pœna falsorum circa homines. III. Pœnæ falsorum circa res. IV. Pœnæ falsæ monetæ.

Falsum est fraudulenta veritatis imitatio, vel suppressio, in præjudicium alterius facta. Species ejus perquam variæ sunt in *l. 1. § 1. 2. 4. 9. l. 3. & l. 8. h. t.* nec minus variant pœnæ; quandoque deportatio, *l. 1. § ult.* aliquando ad bestias, *l. 8.* quandoque relegatio, *l. 21.* vel interdictio ordinis aut officii, *l. 13. § 1.* quin aliquando pecuniaria in duplum pœna, *l. 32. § 1.* add. *l. 8. 11. 16. 17. pen. & ult. C. h. t.*

2. In universum committitur Falsum vel circa homines vel circa res. Circa hominem falsum committit, qui falsum partum supponit, *l. 19. § 1. & l. 30. § 1, hic.* vel nomen, *l. 13. ff. & l. 20. C. eod.* vel testimonium falsum dicit, *l. 1. & l. 20. ff. eod.* qui judicem corrumpit, vel corrumpendum curat, *l. 21. in fin. hic.* qui aliquem testari prohibet, *l. 16. hic.* Falsum partum qui supponit, tam mulier quam obstetrix, pœna capitali punitur, *l. 2. de Carb. edict.* Ejus accusatio nulla temporis præscriptione depellitur; nec interest decesserit nec ne mulier, quæ partum subdidisse contenditur, *l. 13. § 1. hic.*

SCHOLIUM.

Scilicet, quoad actionem civilem, conf. Wissenb. h. t. th. 11. *nam in criminali interest. Si enim supponens mortuus sit, cessat finis actionis criminalis, ut scilicet capite plectatur.*

De eo soli accusant parentes, aut hi, quorum interest, non quilibet ex populo, *l. 30. § 1. hic.* Circa nomen committit falsum, qui dolo malo, *l. un. C. de mut. nom.* nomine vel cognomine falso, *l. 13. hic.* aut insignibus & titulis altioris ordinis utitur, Paul. *5. sent. 25. § 11. & § 12.* ubi Cujac. Qui nomine magistratus falsas literas proponit, aut reddit, *l. 25. hic.* * Qui tutor cum esset, eo dissimulato, vectigalia publica conducit, *l. un. C. ne tut. vel cur. vect.* Circa testimonium committit falsum, *l. 1. pr. § 20.* qui sive falsum perhibet, sive verum malitiose tacet, & qui pecuniam pro ferendo testimonio accepisse, pactusve fuisse convincitur, *d. l. 1. § 1.* cujus rei pœna pro meritis circumstantiarum variat. Exemplum; Aliquis dederat testimonium extra judicium in causa injuriæ verbalis, dein apud judicem inferiorem contra testatus erat; apud Curiam judicio appellationis iterum, quod prius dixerat, confirmaverat; fassus se adductum esse ad secus testandum ab adversa parte, promissione operis, (textor erat), hiberno tempore locandi; Infamis declaratus, & in triennium relegatus est. Alius sine corruptione pecuniaria falsum & contraria testatus, homo simplex & nauci, ad octiduum pane & aqua maceratus, ac intestabilis declaratus est, uterque, *d. 3. Martii 1681.*

3. Falsum quoad res committitur circa monetam, *l. 1. 2. 3. C. de falsa. mon.* scripturam, *l. 1. & l. 16. hic.* mensuram, *l. 32. eod.* & alias res, puta leges & constitutiones. Circa scripturam falsum committit, qui scripturam sive publicam sive privatam abolet, radit, immutat, aut alio modo, quominus veritas appareat, facit, *l. 1. l. 16. l. 23. & l. 38. &c. hic.* Qui legatum vel hereditatem sibi in

* Inprimis falsarii mendicantes, qui incendii, morbi, deteriorationis aut similis casus infortunium simulant, & in hunc finem literis & sigillis alienis abutuntur, in Saxonia fustigationis & relegationis perpetuæ pœna plectuntur, ubi pecuniæ quantitas collectæ non attenditur, ut docet, & multis præjudiciis firmat Carpzov. *Crim. Quæst. 53. § 72.*

teſtamento alieno adſcribit, *l. 1. l. 4. l. 5. l. 11. l. 12. l. 15. l. 17. l. 18. & l. 22. § 1. hic.* Hæ ſpecies infamia, privatione cinguli, exilio, quandoque etiam capite puniuntur, *dd. ll. & moribus hodiernis.* Circa menſuram falſum committit, qui injuſta menſura, pondere, bilance utitur; *l. 32. § 1. hic*, ubi pœna relegationis, & dupli pro eo cujus intereſt. Moribus extraordinaria; plerumque apud nos infamia & inhabilitas, exemplis obviis. Quandoque gravior, ad capitalem usque, uti res ſunt.

4. Circa monetam falſum committit, qui veram cudit, cujus ipſi non eſt poteſtas, *l. 1. & l. 2. C. de falſ. mon.* qui eam radit, diminuit, *l. 8. hic.* qui in aurum quid vitii addit, *l. 9. cod.* qui adulterinam monetam conficit, *d. l. 9.* eam ſciens dolo malo expendit, *d. l. 9. l. 1. l. 2. & l. 3. de falſ. mon.* qui cum prohibere tale quid poſſet, non prohibuit, *d. l. 9.* Principale crimen vivicomburio punitur, *d. l. 2.* Domus, ob negligentiam domini publicatur, *d. l. 2. & l 9.* Pœna tam atrox eſt, quia ſimul crimen Majeſtatis committitur, ſiquidem jus cudendæ monetæ eſt e minoribus ſummæ poteſtatis juribus. Pœna tamen vivicomburii * moribus humaniorum gentium fere eſt abolita, ac in pœnam gladii converſa. Adjutores & Erogatores nummorum falſorum, mitius extra ordinem, pro meritis circumſtantiarum habentur. Carpzov. *Quæſt. crim. 43.* Vide quæ *ad Inſtit. tit. de Publ. jud. n. 10.*

Tit. XI.

Ad L. Juliam Repetundarum.

I. Quinam in hanc Legem incidant, ubi de venditione munerum publicorum. II. Exceptiones, quatenus aliquid donare licet Magiſtratibus. III. Pœna delicti.

Crimen Repetundarum ita dictum eſt, a pecuniis *repetundis*, quas Magiſtratus, & quicunque in alia qua poteſtate vel officio publico ſunt, accepere, quo magis aut quo minus facerent officium ſuum, *l. 1. 3. 4. 6. 7. & l. ult. h. t.* Nomen petitum eſt ab eo, quod præcipue in hoc crimine propoſitum eſt, ut pecuniæ repetantur atque reddantur iis, ad quos pertinebant, ut Aſconius *in 2. Verrin.* teſtatur. Idem patet ex *l. 1. C. h. t.* quæ docet etiam, Magiſtratus quoque teneri ex eo, quod comites & miniſtri illorum acceperunt, pecuniarie ſcilicet. Nec tantum ante, ſed neque poſt officium peractum, quicquam capere licere, ſatis liquet e ratione, quod tum lex facile poſſet eludi, atque e textibus in *l. ult. C. h. t.* ubi; *neque daturos unquam fore.* Item; *Poſt depoſitum officium. l. 4. D. eod. l. 1. § 1. de Calumniat.* Propter eandem rationem emptiones præſidibus & judicibus interdicuntur, *l. un. C. de Contract. jud. l. 6. § ult. de Off. proconſ. l. pen. § 1. h. l. ult. C. eod.* Porro ex eo quod tam teneantur, ſi acceperint quo *magis*, quam in id quo *minus* facerent officium, recte colligitur, eos æque ſi bene quam ſi male fecerint, judicaverint, teneri, *l. 4. h. l. 2. § ult. de Condict. ob turp.* Proinde cum venditio publicorum officiorum, quæ a Magiſtratibus conferuntur, vel maxime ad hanc legem pertineat, non minus tenebuntur, qui honores & officia contulerint in idoneos quam indignos, *d. l. ult. C. h. t.* Sed hæc pars criminis repetundarum contage temporum valde exinanita eſt, ut nusquam fere puniatur: Sane quatenus ſummæ poteſtates ipſæ officia honorum pretio vendunt, hoc crimen non eſſe crimen, ſatis conſtat *l. un. in pr. D. Ad L. Jul. de amb.* Verum Magiſtratus id agentes, non modo injuriam faciunt virtuti & Reipubl. quod etiam Principes peccant; ſed inſuper vendunt res alienas, quarum non proprietas, ſed adminiſtratio ad illos, pertinet. Quando tamen hoc genus corruptionis, *ſæculum* vocatur & ex earum rerum numero eſt, quæ ſemper vetabuntur, ſemper admittentur, apparetque inſtitutum inane, ſi quis populus hoc inſtitutum legibus aut jurisjurandi formulis eradicare velit; non eſt ambigendum, quin rectius conſulant, qui ſingulis honorum officiis civile pretium, quod in ærarium inferatur, imponunt; quo ſaltem ſi virtuti meritisque ſuus honos haberi nequeat, pecunia ad eum, cujus eſt res vendita, perveniat. In Legatis tamen, qui etiam ſub hoc crimine comprehenduntur, *l. 1. in pr. h.*

* Ita quoque conſuetudine Saxonica hæc pœna tantum locum habet in eo, qui falſam monetam cudit & expendit, Carpzov. *Pr. Crim. qu. 42. n. 31. ſeqq.* non in eo, qui format vel expendit, ex quibus hic fuſtigatur, ille gladio punitur. Carpz. *l. c. n. 91. ſeqq.* Multominus ignis ſupplicium moribus noſtris in eos ſtatuitur, qui monetam auream vel argenteam reſolvunt, licet Edicto Monetali Ferdin. *in R. I. d. an. 1559.* § Wir ordnen. *17.* ita conſtitutum ſit. Carpz. *d. l. qu. 43. n. 51.*

noſtro

noſtro ſeculo ſoloque, per annos viginti & amplius ſervatum vidimus Legem rigidiſſimam, ne donum, munus, aut xenia, legatis accipere liceret: donec id aliquando rurſus in diverſum invaluit.

2. Excipiuntur alioqui xenia, id eſt eſculenta & potulenta, quæ Magiſtratibus & Legatis ſemper accipere licuit, ſub moderatione prudentiæ decora, quæ præſcribitur in *l. 6. § 3. de off. Proconſ.* Excipiuntur etiam exceptæ perſonæ, a quibus in infinitum accipere licet, ut habetur in *l. 7. § 1. h. t.* Sunt autem exceptæ perſonæ, omnes cognati usque ad conſobrinos *inclusive*, *juxta* uxorem, *l. 1. § 1. h. t.* Quid autem hoc, *in infinitum?* & quorſum illa exceptio a Lege repetundarum? an igitur ab exceptis perſonis capere licet Magiſtratibus, quo magis aut quo minus faciant officium ſuum? idque in infinitum? Ita memini fuiſſe qui ſerio contenderent, & conſecutio regulæ atque exceptionis in *d. l. 1. & d. l. 7.* ita ferre videtur. Sed abſurda res eſt, in cognatis licere ſcelera exercere, quæ non licent in extraneos. Accipienda eſt exceptio de xeniis, quæ a cognatis ſine malâ ſuſpicione capere fas, *in infinitum*, hoc eſt, incerta & illimitata quantitate, quæ reſpectu aliorum limitatur, uti ne plus doni vel muneris in anno accipiant Magiſtratus, quam quod ſit aureorum centum, *l. 6. in fin. h. t.* Hæc quantitas ſatis indicat, illam exceptionem de majoribus pecuniis non eſſe intelligendam, idemque evidentius inde colligitur, quod uxor inter exceptas perſonas numeratur, quam viro nihil, unde pauperior ipſa, locupletior ille fiat, donare poſſe, conſtat ex *tit. de donat. inter vir. & ux.* Quod igitur de exceptis perſonis Legi Juliæ Repetundarum ſubjicitur, non tam eſt exceptio, cum non habeat eosdem cum regula terminos, quam limitatio prohibitionis, ne quid accipiant Magiſtratus.

3. Pœnam hujus delicti habuimus ad *Inſtit. d. loco*, ſcilicet extraordinaria, ut & ad mortem adſurgere poſſit, *l. 7. § ult. h.* Præter quam eſt pecuniaria in quadruplum, *l. 1. C. h.* quæ & ſpecialiter in venditores munerum publicorum ſtatuitur, *l. ult. in fin. C. eod.* quadruplo inter accuſatores & fiſcum dividendo, *l. 3. C. de Adſeſſor.* Sed ἀπροσδέκτως, quod hæc quadrupli pœna tranſit ad heredes, *l. ult. ad L. Jul. pecul.* quod alias fieri negatur, ut *§ 1. I. de Perp. & temp. Act.* Eſt hoc ſingulare publicis judiciis; quaſi ipſo jure commiſſum Pœnæ, vivo delinquenti inflictum, heredes per conſequentiam affligat, ita ut in publicatione bonorum. Moribus hæc pœna variat. Nundinatoribus officiorum honoris, apud nos pœnam infamiæ & *inhabilitatis* lex minatur, Edictum *d. 3. Mart. 1647.* Sed ut dixi, *corrumpere & corrumpi ſeculum vocatur*, ut jam olim Tacitus dixit, Lex eſt, ſed in tabulis recondita; Qua de re queri, valde otioſum ac inutile fuerit: dicat *Horat.*

Quid triſtes querimoniæ,
Si non ſupplicio culpa reciditur?
Quid leges ſine moribus
Vanæ proficiunt?
Quis veterem audeat
Refrenare licentiam!

TIT. XII.

Ad Legem Juliam de Annona.

IN hanc legem incidit, qui per illicitas artes fecit, ut annona fieret carior, cujus pœna *viginti aureorum* ſtatuitur in *l. 2. § ult. h. t.* Mirum eſt, adeo levem placuiſſe pœnam criminis, quod Romæ inprimis fuit periculoſum, cum propter immenſam populi multitudinem, tum quod Italia prædiis impleta voluptariis, minime tantum frumenti, quantum alendis hominibus requirebatur, proferret; Africa & Sicilia non immerito horreis populi Rom. appellatis. Hinc qui Ægyptum tenebat, unde ſubvectio, Italiam fame ſtrangulare poterat. Quoties autem ventis & tempeſtatibus fieret, ut naves diutius arcerentur ab Italia, ſæpius ad extremam ventum eſt egeſtatem, & Neroni inexpiabilis orta eſt invidia, quod in ejusmodi fame publica, naves Alexandrinæ harenam luctatoribus aulicis attuliſſent. *Sueton.* Et tamen is, qui naves nautasque dolo malo retinet, duntaxat eadem aureorum 20. pœna teneri dicitur, *l. 2. § 1.* Sed addendum, quod *l. 6. pr. de Extraord. crimin.* docet, aliquando Dardanarios (ſic appellantur annonæ inſidiatores, forte ab aliquo nequam, cujus meminerit Apul. & Tertul. aut nationis Dardanicæ) relegari, & humiliores in opus publicum dari; adeoque præter pecuniariam pœnam, extraordinaria pro meritis circumſtantiarum infligitur, cui mores hodierni conſentiunt, etiam noſtra Statuta *lib. 2. tit. 6.* de Monopolio, quod eſt annonæ flagellandæ medium, de quo nos egimus ad *tit. de ſerv. export.*

port, parte Præced. pag. 1004. n. 3. nec minus aliarum gentium Leges, de quibus A. Matth. *ad h. tit. cap. 2.* Cæterum, in aliis Romana lex Dardanarios præcipuo jure persequitur, quando accusatores ejus admittuntur etiam mulieres, milites, famosi, & servi dominos suos deferentes, *l. 1. & l. 3. § ult. h. l. 13. de Accusat.*

N. ADDIT.

In positionibus addiderat Autor: Constitutione Car. V. capitalem esse pœnam, art. 113. Const. Crim. *Sed cum adnotassem*, in d. art. 113. *non coërceri crimen annonæ, sed falsi speciem illam, quæ circa mensuram committitur, de qua ipse autor* posit. ult. ad L. Corn. de falsis *egerat,) eam positionem hic expunxit.*

TIT. XIII.

Ad Legem Juliam Peculatus, & de Sacrilegiis, & de Residuis.

I. Peculatus a quibus committatur. II. An committatur in rebus civitatis. III. Pœna peculatus. IV. De Sacrilegio & ejus pœna. V. De crimine Residuorum.

TRia crimina præ se fert hæc Rubrica. Peculatus nihil est aliud, quam *Furtum pecuniæ* (unde nomen) *publicæ*, ut Festus definit; *non ab eo factum, cujus periculo fuit*, ut sunt, qui pecuniam suo periculo conduxerunt trajiciendam, & quicunque pecuniæ publicæ custodiam, hac lege ut tantundem restituerent, acceperunt, *l. 9. § 4. h. t.* Tales enim simpliciter ad restituendam eandem pecuniæ summam, vel quantitatem aliam, conveniuntur. Hujus legis argumento absolutus est aliquando minister cujusdam collegii in Frisia, qui a Provincia suppeditationem cespitum utilium & candelarum pro certa pecuniæ summa, in usum ejus collegii receperat. Arguebatur candelas & cespites publicos aliis impertitus esse, & hoc nomine, præpropero judicio accusatus & ab officio remotus; a Curia vero suprema deinceps absolutus est; inquam, etsi de facto constaret. Quod si custodia ad aliquem cum præstatione culpæ duntaxat, non omnis periculi, spectet: aut si is, qui de periculo tenetur, solvendo non sit, jam is sine dubio peculatus tenetur, & gravius quam cæteri, quo facit, quod Magistratus & Administratores publicarum pecuniarum, supplicio capitis adficiuntur, ut diximus ad *tit. l. de Publ. judic. n. 12.* ex *§ 3. d. tit. & l. un. C. de Crim. pecul.*

2. Civitates aliasque universitates jure privatorum uti, constat, & sæpius auditum. Quin bona civitatum abusive publica dicuntur, cum sola, quæ Romani aut alterius liberi populi sunt, pro publicis habeantur, *l. 15. de V. S.* Hinc is, qui pecunias civitatis subripuit, furti reus est, nec peculatus accusari potest, *l. 18. de Furt.* sed huic accusationi, quæ Papinianum habet auctorem, refragantur Cæsares Trajanus & Hadrianus in *l. 4. § ult. h. t.* ubi & hoc jure nos uti testatur Marcianus, ut in re civitatis sit peculatus. Papinianus tempore posterior est illis Cæsaribus, Martianus Papiniano æqualis & posterior. Vixit enim sub Alexandro Severo, Papin. sub Caracalla cecidit. Tempore igitur Papinianus vincere non potest; auctoritate nihilo magis, contra duos Cæsares & Jurisconsultum. Quanquam enim Theodosius & Valentinianus constituerunt, ut ejus partis præcedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir emineat Papinianus, tamen ita visum est iisdem, ut singulos quidem vincat, cedat autem duobus, *l. 1. C. Theod. de Respons. Prud.*

3. Pœnam habuimus alias, scil. deportationem, & aliquando capitalem, *§ 9. I. de publ. jud.* utique si dolus adsit: negligentia mitius punitur: In Curia Frisiæ vir nobilis Quæstor Provincialis, qui per nimiam socordiam a scriba ingentem pecuniæ vim passus erat auferri, ab officio remotus est, etsi a Proceribus in carcerem conjectus, *d. 23. Jul. 1637.* Postea quidam Janus Lucas, famulus Secretarii præfectorum ærarii, qui jussu Domini falsis nominibus pecunias ex ærario absulerat, ut tamen de ipsius mala scientia non æque constaret, ad tempus relegatus est, ante *ferias Canicul. 1680.* Dominus ejus fuga se subduxerat; ex rigore legis uterque fraudis convictus capitis tenebatur, ut dictum *ad Instit.* De pecunia surrepta, tenentur etiam heredes peculatorum, *l. ult. h. t.*

4. Alterum crimen est Sacrilegium, quod est Furtum rei sacræ, vel publicæ, *l. 9. pr. h.* Sacrum, id est consecratum, qualia plerumque in templis sunt. Unde locus facere dicitur improprie, ut res sacra sit, *l. 16. § 4. de Pœn.* quia vasa & instrumenta ejusmodi in aliis locis profana sunt, ut plurimum. Noli autem credere, privatas res in æde sa-

sacra depositas, fieri sacras; id enim secus est, *l. 5. h. t.* nec id arguit *d. l. 16. § 4.* ut quidem videtur, etsi aliis loca videantur contraria, ut A. Matth. *ad h. t. c. 3. a pr.* Pœna sacrilegii capitalis est, *d. l. 9. pr. & l. 6. cod.* Quia vero consecrationes ex simplicitate Evangelii non fiunt amplius, nec adeo proprie loquendo res sacras habemus præter verbum Dei & sacramenta quæ dicuntur, ut reliqua sint quasi-sacra, quemadmodum probavimus ad *Instit. tit. de Rer. Div. pag. 86. seq.* sequitur, etiam proprie nullum amplius dari sacrilegium; sed *quasi tale*, qua tamen parte secus tenent, quicunque Romana sacra profitentur, neque Thomasius consentit *ad posit. 2. h. t.* sed diximus *in loco citato.* Improprie igitur sacrilegia sunt hodie Furta rerum piis usibus destinatarum, quales sunt eleemosynæ; quarum fures gravius equidem puniuntur, quam qui res alias abstulerunt; Plane, sicut sacrilegium latiore vocis usu sub peculatu comprehenditur, *l. 9. § 1. & 2. h. t.* ita nihil verat, fures rerum quasi-sacrarum hodieque sub peculatoribus complecti: quin res illæ ad cultum publicum spectant, eoque referendæ sunt etiam eleemosynæ; * quæ ad publicos usus pauperum alendorum, in publicum redactæ sunt. Ac ideo sic statuendum est; Rerum ad Ecclesiam spectantium furta, pro peculatu esse habenda, eodemque fere modo punienda, hoc est extra ordinem, pro modo facti, & aliquando personarum. Accidit in quadam civitate Frisiæ, ut Pastor Ecclesiæ Diaconis opem ferens in secernendis diversi generis pecuniis, bonam partem subduceret. In quo flagitio ἐπ' αὐτοφώρῳ deprehensus, & adhuc ausus concionari, deinde captus, & tamen defunctus est gravi mulcta exilioque perpetuo. *anno 1643.*

5. In Rubrica est adhuc crimen Residuorum, quo tenetur, qui pecuniam publicam in aliquos usus delegatam retinuit, neque in eos adsumpsit, & multatur tertia parte amplius quam accepit, *l. 4. § 5. de Pecul.* & is, apud quem ex locatione, emptione, aliave causa, pecunia publica resedit, *d. l. 4. § lege.* si apud ærarium eam non est professus, vel si professus retinuit ultra annum, *d. l. 9. § ult.* Quo minus tamen & heic pœna gravior extraordinaria infligi possit, dubium non est, ac ita servatur, quomodo qui superiore bello Gallico vehiculis castrensibus erat præpositus, quod minus illis impendisset quam a Provincia acceperat, damnatus ad restitutionem ejus, quod subduxerat, atque ad septennium relegatus est. Nam triplo plus aut quadruplum, sicut in privatis delictis non est in usu; ita nec in publicis judiciis amplius exercetur.

TIT. XIV.

Ad L. Jul. de Ambitu.

I. De Origine Legis in ambitum. II. An hæc abolita sit per l. un. C. de Suffrag. *III. In Urbe Romana quatenus cesset. IV. Pœna hujus criminis. V. De moribus & usu.*

Hæc lex coercet ambitum honorum & dignitatum. Sed mirum videatur, inter crimina recenseri morem antiquum Romanæ Civitatis, in quo præcipuum jus populi elucebat: Ut qui peterent honores candidati, populum ambirent eosque prensarent, atque a singulis suffragium blande peterent: Id enim esse ambitum, nemo ignorat, eaque de re videri potest Cicero *in Orat. pro Consul. Epist. ad Att. 1. & passim.* Sed corruptis moribus institutum populare penitus perversum est, ut prensationi honestæ largitiones accederent, tam effusæ & impudentes, ut mensis publice collocatis pecuniæ distribuerentur, &, cum argento res decidi non posset, ad vim & pugnas ventum sit crebrimas, adeoque sine modo, ut bene cum populo Rom. actum iri judicaretur, si in pejus malum quam unius imperium non incideret, ut recte Plutarchus *in vita Cæsaris* observat. Nec potuit aliter vis legibus addi quam per *Julium* Cæsarem, μοναρχοῦντα, qui legem de *ambitu* tulit, quem ipse prius ardentissime violentissimeque in Consulatu & alias semper, ut Suetonius & Plutarchus referunt, exercuerat. Etiam Augustus adversus ambitum sancivit, ut Dion *lib. 54.* testatur. Scilicet, tum populus adhuc reliquias antiquæ potestatis habebat, quibus a Tiberio extinctis, postquam *e Campo*, in quo populus conveniebat, in *Curiam*, hoc est ad Senatum, *comitia transtulerat*, ut Tacitus

* Jure Saxonico Rei Sacræ ex loco Sacro ablatio, coercetur supplicio rotæ, etiamsi nulla Effractio accesserit, aut sacrarum Eleemosynarum arcam quis effregerit, atque inde pecunias subtraxerit. III. Menckenius *ad h. tit. § 6.*

cius refert *t. Annal. c. 15.* defiit Julia Lex in urbe locum habere, quia Princeps, ad quem Magistratuum creatio, procul a populi favore, pertinet, accusari non potest, nec qui a Principe dignitates adepti sunt, consequenter, *pr. h. t.* Sed corruptiones aulicorum, a bonis principibus sæpe coercitæ, tandem eo perruperunt, ut optimus Princeps Theodosius cum filiis suis, non modo passus sit impune tentari pretio suffragia amicorum, qui circa latus Principis sunt, sed etiam, si quid aulicis promissum esset, his ultro certi condictio e suffragio daretur, *l. un. C. de Suffragio.*

2. Qua constitutione Legem ambitus abolitam esse, quidam volunt, quos inter Ant. Matthæus *tract. de Crim. ad h. tit. c. 1. n. 3. in fin. & n. 4.* quod mihi non videtur; Nam Theodosius & Valentinianus in *l. ult. C. ad L. Jul. repetund.* sanciunt, ut qui honores per Augustos vel præfectos Prætorio consequuntur, *jurati inter gesta deponant, se pro administrationibus sortiendis neque dedisse quicquam, neque daturos unquam fore, sive per se, sive per interpositum &c.* addita in transgressores *quadrupli pœna*, non modo adversus accipientem, *sed etiam adversus dantem.* Imo Honorius & Theodosius Junior, exilii pœnam statuunt in collectarios, qui honoris pretium dederint *ambientibus*, ut demum per *Nov. 8.* quod vult D. Matthæus *d. n. 4.* restitutam esse Legis Juliæ pœnam, nihil opus sit contendere. Quid igitur ad *d. l. un. C. de Suffragio*? Non loquitur de ambientibus honores, *sed de explicantibus desideria sua*, circa res *patrimoniales*, & beneficia principalia super bonis suis impetrata, ut ex *pr. & fine d. l. un.* manifestum est. Satis insolens tamen etiam ita Constitutio, pro laude Theodosii: Sed nihil quo Legi Juliæ de ambitu, *quæ vetat honores corruptis suffragiis peti, l. un. § 1. h. t.* derogetur.

3. Hinc patet, etsi in urbe Romana cessaverit ambitus crimen, ut Modestinus scribit in *d. l. un. pr.* atque ad municipia deinde relegata sit accusatio, *§ 1.* Constantinopoli tamen, & consequenter etiam tum in urbe Roma, reos ambitus & accusatos & punitos fuisse, per *d. l. ult. C. Repetund. & l. pen. C. si cert. pet.* Non abrogato etiam quod est in *§ ult. h. t.* quæ docet, incidere in hoc crimen, qui reus vel accusator domum judicis ingressus est. Quod autem in *§ pen. h.* qui nova instituit vectigalia, in hoc etiam crimen impingere dicitur, magis proprie ad Legem Juliam Majestatis refertur.

4. Pœna Legis Juliæ Deportatio fuisse videtur, ut innuit lex *un. C. h. tit* etsi Augustus eos, qui largitionibus Magistratum petiissent, quinquennio ab honoribus vacare jusserit, ut Dion *in d. lib. 54.* testatur. Ex Lege Julia Judiciaria & Senatus C. est pœna centum aureorum, *l. un. § 1. & ult. h. t.* ex *d. l. ult. C. Repetund.* pœna quadrupli ejus quod datum fuerit; denique ex *Nov. 8. c. 1.* confiscatio bonorum & exilium, cum pœna corporali. Sed liberatio a pœna, non restitutio pecuniæ, datur ei, qui alium ejusdem criminis convicerit, *d. l. un. § 3.*

5. Mores variant. Apud nos contra ambientes & officia ementes, nihil speciale constitutum est. Ideoque arbitraria pœna erit, non excedens utique pœnam Repetundarum. Impunitum enim id esse, de jure, non potest dici, & patet ex eo, quod Ordines Frisiæ anno 1663. constituerunt, ut si quis per viginti annos officium publicum administraverit, id in alium, dato aliquo vel promisso, transferre possit. Ergo cæteris non erit impune. Sed quia Lex Julia Repetundarum dormit, Julia Lex ambitus cessat multo magis, non tantum in *urbe*, quod ait Modestinus, sed in *orbe*, quod docet experientia. Quamvis autem pœna Legis & infamia juris cesset, facti tamen infamia apud bonos valet. Duntaxat officia scribarum militarium, qui singulis dantur centurionibus ad curanda stipendia, pridem habita sunt apud nos, fere ut *militiæ* apud Romanos, quæ vendi poterant, & de quibus aliquid dictum ad *tit. Qui pot. in pign.* Nec adeo Curia, quæ de conventionibus ad ambitum pertinentibus jus non dicit, jam olim inter privatos de illis jus dicere recusavit, in causa *Margriet van Andringa*, contra *Folkert Jans Plumjoen*, eademque fere *inter alios, d. 15. Jul. 1636.* scilicet, non ubi de venditione munerum illorum ageretur, sed de præstationibus inter socios, aut coheredes ex post facto. Nam de contractibus ipsis, quibus venditores emtoresque inter se obligantur, nulla datur actio petitioque, nisi quatenus non excedit summam reniis præscriptam, quæ est centum aureorum in anno. Sic Curia jus dixit, de pacto inter Candidatos Præturæ cujusdam inito, quo placuerat, ut qui Præturam obtineret, singulis Candidatis daret aquamle argenteum, non excedens pretium centum Ducatonum argenteorum, *ante ferias Pentecost. 1680.* Sequentibus feriis simile pactum adjudicatum est ad centum Imperiales.

Tit.

TIT. XV.

Ad Legem Juliam de Plagiariis.

Qui hominem liberum, sciens, dolo malo, invitum emit, vendit, celat, vinctum habet, alienumve servum dolo malo supprimit, aut fugitivum vendit, *l. 2. h. l. 6. C. h. t.* plagiarius est, in liberis indistincte, in servis, si non adsit furandi animus, qui facit Furtum, *l. 6. f. pr.*

Pœna variat pro circumstantiis, *l. ult. h. t.* Hodie tamen maxime capitalis, *l. fin. C. h. t.* Deuter. 24. *v. 7.* Usus hujus criminis minus est frequens hodie quam fuit olim, cum servitutis usus faceret operæ pretium in auferendis hominibus; eamque hominum venationem tanquam κερδοποιὰν, lucri exercendi speciem improbare non videtur Aristoteles *lib. 1. Polit. c. 4.* Non male, si fieret in validos vagantes, fecem & purgamenta generis humani; pessime, si fieret in alios innocentes.

TIT. XVI.

Ad SCtum Turpilianum, & de Abolitionibus.

I. Sententia SCti. II. Abolitio quid & quotuplex. III. Vitia diversa, quæ circa accusationes committuntur. IV. Mores temporum & usus.

In hoc SCtum incidit, qui non impetrata abolitione in universum ab accusando desistit, puniendus extra ordinem cum infamia, *l. 1. § 1. & 7. & l. 13. h. & l. 2. C. h. t.* quinque etiam auri librarum meminit *l. 3. § ult. de Prævaricat.* quæ & privatum hoc esse crimen, indicat.

2. Abolitio est exemtio reorum a crimine. Et est duplex, publica vel privata. Publica, ob diem insignem, aut gratulationem publicam, *l. 8. h.* daturque invito etiam reo; qui tamen intra dies 30. denuo ab eodem, vel ab alio accusari potest, *l. 7. l. 10. § 2. & l. 12. h.* Privata abolitio fit actore postulante, quem accusationis pœnitet. Concedi solet propter errorem, cognationem, ætatem, *l. 2. C. de Abol. l. 16. & l. 30. C. ad L. Jul. de Adult.* Hæc invito reo, maxime si vinctus, aut tortus sit, vix conceditur, *l. ult. C. de Abol.* Qui vero hanc privatam impetravit, is amplius accusari non potest, *l. 3. & l. 4. C. eod.* nisi ex indulgentia Principis, *l. 1. C. eod.* Alius potest intra dies 30. utiles, *l. 3. § fin. de Accus.* Sed & graviorum criminum reis plane non prodest, *l. ult. C. d. t.*

3. Notetur, esse diversa circa accusationes vitia, quæ veniunt vel ex parte accusatoris, vel ex parte rei. Ex parte accusatoris, calumnia, prævaricatio, tergiversatio, *l. 1. pr. hic.* Calumniator est, qui falsa crimina sciens & dolo malo intendit, *d. l. 1. § 1.*

Qui in judicio publico calumniatus est, infamia notatur, *l. 1. de His, qui infam. not. l. 8. C. de calumniat.* & pœna talionis afficitur, id est, quam reus passurus erat, si convictus fuisset, *l. ult. eod.* Qui in privato judicio est calumniatus, extra ordinem, pro qualitate admissi, plectitur, *l. 3. hic.*

Sed quidam sunt, de quorum calumnia quæri non solet, nec licet, *l. 15. § 2. hic,* ut puta mater, quæ filii necem vindicat, *l. 2. C. de Calumniat.* qui paternam mortem ulciscitur, *l. 4. C. eod.* maritus, ut *sup.* & similes.

De Nunciatoribus publicis constitutum est, apertam eorum calumniam impunitam esse non debere, *l. ea quidem. C. de Accusat. l. 6. § 3. hic.*

Prævaricator est, qui cum reo colludit. De eo dixi supra *lib. 47. tit. 15.*

Tergiversator est, qui in universum ab accusatione desistit, *l. 1. § 6. h.* de quo est Sc. Turpil.

4. Cum hodie privati raro accusent, vix est, ut SCti Turpilliani locus, aut usus supersit.

SCHOLIUM.

Est tamen. Vide præjudicium ap. Schilt. § 153. *At abolitiones quod concernit, loco earum hodie obtinet indulgentia & aggreatio Principis.* Vid. Struv. h. t. th. 89. Conf. Wissenb. h. t. th. 3.

RESPONSIO.

Nos etiam alibi diximus, non esse penitus privatorum accusationes prohibitas, sed cum rarissime exerceantur, facile obtinemus, quod in positione scriptum est.

Ex ratione juris communis, Procuratoris generalis officium, quod in locum privatarum accusationum successit, multo minus ferre videbatur, ut

is ab accusationibus institutis sine decreto publico desisteret. Sed aliter fert ratio temporum, nihilque frequentius usu venit. Verum est interim, Procuratorem generalem non posse desistere ab accusando, si reus innocentia sua fretus urgeat causam, nec est dubium, quin ad finem usque litem prosequi deberet; Idque S. C. to Turpilliano maxime prospectum videtur, ne quis ita desisteret, ut prosequi non cogeretur, quemadmodum e textibus superius adductis intelligi potest.

Tit. XVII.

De Requirendis, vel Absentibus damnandis.

Ut rei criminum damnentur, opus est præsentia illorum: absens enim nemo punitur, etsi crimen sit manifestum, *l. 1. pr. & §. 1. h.* quod secus in praxi, pleraque Europa; apud Frisios jus civile servatur; utique, si jam semel se stiterit, peragi judicium potest, *l. 5. pr. de Pœn.* Sand. *lib. 5. tit. 9. def. 2.*

Reo non deprehenso, bona ipsius annotantur, publicanturque, si intra annum se non defendat, quem in finem citari debet, *l. 1. § 2. & seqq. h.* Annus autem currit, ex quo per edictum reus est citatus, *l. 4. pr.* vel a die accusationis, si initio præsens fuerit; *l. 2.* ubi, *in jus petitus, C. h. t.* Cum autem publicatio bonorum jure novissimo cesset, *Nov. 174. c. ult.* sequitur, adnotationem quoque cessare bonorum, ut sane apud nos quoque cessat.

Ad defendendam tamen innocentiam reus omni tempore potest admitti, *l. 4. § ult.* sed bona non recuperantur, *l. 5. pr.* Quod si reus intra annum moriatur, bona ad heredes transmittuntur, *l. 1. in f. h.*

Viginti quoque annorum præscriptione fiscus plane excluditur, *l. 2. § 1.* ut & omnis accusatio ac pœna, *l. 2. & 3. h. l. 12. C. ad Leg. Corn. de Falsi.* Interrumpitur illa præscriptio per in jus vocationem. Sand. *d. def. 2. in fin.*

Tit. XVIII.

De Quaestionibus.

I. An Quæstio per tormenta sit licita. II. Quæ sint ejus requisita; & primum exponitur. III. Ut & secundum. IV. Cujusmodi indicia ad torturam sufficiant, positive, & negative. V. Modus quæstionis & tormentorum. VI. Vitia tormentorum. VII. Comparatio tormentorum nostratium & Romanorum. VIII. Quid si in negatione reus persistat. IX. Quid si bis tortus & confessus, revocet. X. Quinam a tormentis excusentur.

Quando reus ex vinculis causam dicit, accidit aliquando, ut Quæstio de illo per tormenta instituatur, de quibus primo quæritur, an justum sit, torquere non convictos; qua de re mirari licet merito, Gentium temporumque fere omnium, præter Hebræos, usum esse affirmativum; pro negativa plerosque viros doctos, non modo Theologos, sed etiam aliquos esse Juris Consultos, interque eos utrumque Præceptorem nostrum, Ant. Matthæum ad *h. tit. c. 3.* & Wissenbachium *h. tit. n. 13.* ut nec defuerint, qui ad hanc necessitatem evitandam, amplissimas Judicum dignitates recusaverint; quos inter fuit Vir Cl. *Henricus Schotanus*, Juris olim in hac Academia Antecessor, quem oblatum Senatoris in Suprema Curia locum, (ad quem tunc eligi Professores, non erat insolens), hac causa subterfugisse, refert Arnoldus Vinnius in Oratione, qua Bernardo ejus filio parentavit Lugduni Batavorum. Cæterum, præceptores nostri hanc quæstionem postremo loco tractant, nos id primo breviter expediemus. Et quo minus ad negantium argumenta, quæ plurima & prægnantia sunt, ordine respondere necesse sit, dicemus, solam necessitatem usum Quæstionis per tormenta defendere;* quod alioqui scelerum impunitas Reipubl. intoleranda foret, extra quam fieri non posset, ut tanto gentium humanissimarum consensu recepta foret. Cui accedit, ὁμολογία πόλεως, *fœdus civitatis*, quo leges in quaque Republ. receptæ, communi civium consensu approbatæ videntur, qua de re *ad tit. ff. de Legibus n. 2.* egi-

* Anceps judicium est *de Tortura ex Foris Christianorum proscribenda.* Exhibuit argumenta affirmantium in compendio *Dissertatione inaugurali* Martinus Bernhardi, *Halæ 1705.* præside Ill. Thomasio, qui tamen in adjecta Epistola, sibi nondum liquere, merito ex usu forensi fatetur.

mus.

mus. Sic adeo ſtatuendum eſt, Quando in aliqua lege antiquanda plus eſt mali, quam in perferenda commodi, primos Reipubl. conditores, & qui dein adfluxerunt, in legem conſenſiſſe videri; quod de Quæſtione non habet dubium, quatenus impunitas delictorum, quæ non plene probantur & plerumque ſine arbitris committuntur, multò plus incommodi, quam periculum, ne innocentes torqueantur, adfert in Rempubl. Pluribus hoc adſtruximus in *Jurispr. Hod. part. 2. lib. 3. cap. 22. a pr.* Præſertim, quia, ſi requiſita Juris, quæ in Quæſtione per tormenta Legibus prodita ſunt, diligenter obſerventur, vix unquam fieri queat, ut innocentes adſligantur.

2. Hæc autem tria eſſe videntur, ut grave ſit crimen, ut veritas aliter nullo modo inveſtigari poſſit, ut indicia adſint veroſimillima, nihil ut præter confeſſionem deeſſe videatur. Primum & ſecundum requiſitum eſt in *l. 8. h. t.* tertium in *l. 1. § 1. h. & l. 8. § 1. C. h. t.* De genere criminum, ratio non patitur, ut torqueatur; cujus pœna non ſit futura gravior quam tormenta, quibus elicienda ſit confeſſio; Proinde ſi pœna non ſit ultra relegationem, non eſt utendum tormentis, A. Matth. *ad h. t. c. 3. a pr.* Carpz. *Cr. Qu. 117. n. 8. & ſeqq.* Idque apud nos ſervatur, quomodo me referente, abſolutus eſt homo ſine tormentis, qui duas puellas impudice fœdeque contrectaſſe ac adhibuiſſe arguebatur; Etſi ad torquendum argumenti ſatis erat, quia tamen factum ultra relegationem eſſe non judicabatur, eculeo non viſum fuit utendum. *ante feriàs Pentecoſt. 1680.*

3. Ex ſecundo requiſito mores eorum, qui vel confeſſos in jure, vel tabulis & teſtibus convictos, adhuc, ut confeſſionem eliciant, torquent, (quod multis in locis, in vicinia quoque fieri, conſtat), redarguuntur. Nec utendum tormentis, quando præcipuum crimen eſt probatum, vel confeſſum, ad eruendam reliquorum veritatem; cum minora delicta majorem pœnam reo conciliare vix poſſint: Ideoque tum ſatius eſt, reum ſtatim condemnari, atque ita fit. Quo autem exploretur, an veritas aliter haberi queat, ad tormenta non aliter quam cauſa cognita proceditur, reoque omnis ſui defendendi copia & licentia datur. Non eſt tamen a ratione juris aliena exceptio, quam Statuta noſtra ſuppeditant; mendicos, cingaros, & vagabundos, ſi criminum merito ſuſpecti ſint, equuleo admoveri poſſe, *lib. 2. Stat. tit. 8. art. 5.* nulla quidem *proceſſus* ſive cauſæ cognoſcendæ mentione facta, quam nec Curia adverſus illos adhibet. Exemplum ſubjiciam. Quidam honeſti nominis & familiæ Studioſus erro, literas falſas circumferens, poſtulabat eleemoſynas. Cùm ſuſpectus eſſet furti & effractionis, ſtatim tormentis adhibitus, & ſtatim confeſſus eſt, *anno 1679.*

4. Si crimen, quod ſatis ſit, legitime non probetur, quod etiam ex indiciis & argumentis indubitatis fieri poſſe, demonſtravimus *ad tit. de Probation.* ſed tam veriſimilia argumenta adſint, ut judex ſibi vix perſuadere queat, reum non eſſe reum, locus eſt tormentis. Qualia vero debeant eſſe indicia & argumenta, præter id quod dictum eſt, in ſumma tradi non poteſt. Textus πληθυντικῶς in numero plurali loquuntur, *d. l. 1. § 1. h. & l. 8. § 1. C. eod.* unumque vix eſt ut ſufficiat: ne quidem etſi teſtis unius, quo non poteſt eſſe majus in probationem, indicium producatur, *l. 20. h. t.* nempe, ſi nulla de circumſtantiis rerum, temporis, & perſonarum, adjurantia argumenta colligi poſſint, ut vix unquam uſu non venit. Idem de confeſſione extrajudiciali, de variatione confeſſionum rei, declaratione eorum ad quos injuria crimininis pertinet, de quibus aliisque pluribus, ut & de fuga, fama, fluxu ſanguinis, *ad tit. de Probationibus, Præſumptionibus, & Teſtibus* actum, & de quibus prolixe Carpzov. *Cr. Qu. 120. & ſeqq.* Indicia vero, quæ ratione non conſtant naturali, placet admittenda non eſſe, qualis ſupernatatio in flumine mulierum veneficii diabolici ſuſpectarum, cujusmodi hiſtoriam ex Anglia transmiſſam & magnificatam, nuper exagitavit D. Beckerus *alias* laudatus, & quod in Germania quoque jam pridem a prudentioribus improbatur, etſi vulgus ejusmodi rebus maxime capiatur, Carpz. *Cr. Qu. 122. n. 69.* Adde, confeſſiones ipſarum ſagarum, quod baculis aut hircis inſidentes per aërem vectæ ſint, cum diabolo rem habuerint, cum aliis multis epulo choreisque diabolicis interfuerint, cujusmodi confeſſiones ipſe in Curia Marpurgenſi audire memini; quod contrectatione ſubita generationis inſtrumenta ſubducta fuerint; cujusmodi exemplum ante aliquot annos commiſſum in vectoria nave, quæ Amſtelodamo Harlingam commeat, ingentem edidit ſtrepitum, ut is, qui arguebatur, in vincula ſit conjectus: Convictus ille, ni fallor, & aliqua pœna adfectus ob fœdam conſuetudinem, ſed minime ut magus: nec forte quis illum accuſatorem non jure meliori torquendum dixiſſet, an non improbe tanti ſceleris accuſationem

commentus esset, quam alter, an ex tali specimine Magus esse credendus foret. Sed infinita est horum indiciorum varietas, eorumque dijudicatio Judicis arbitrio committenda, cui sedere debet hoc præceptum, Indicia debere esse tam prægnantia, ut sola Rei confessio deesse videatur, *d. l. 1. § 1.* In cujus moderaminis excessu revera consistit omne malum, quod Torturæ communiter ipsi imputatur.

5. De quæstione per tormenta decreto judicis interposito *, modus torquendi considerandus. In quo administrando distinguenda est a Quæstione Tortura; licet hæc concise loquendo sub Quæstione comprehendatur, *Rub. h. & ad tit. C. de Quæstionibus.* Quæstio fit secundum articulos ab Accusatore, ut hodie est, a Procuratore Generali conceptos; a Judice, verbis gravibus & severis, non crudelibus, nec a commiseratione subinde alienis. Negantibus carnifex & instrumenta torquendi adhibentur, primo terrendi, & aliquando hac causa duntaxat, ut in feminis infirmioribus, aut indiciis minus violentis. Modus ipse torquendi admodum varius est, nec a judicis arbitrio genus ipsum pendet, cum publice in quaque civitate sit receptus & stabilitus: De omni genere tormentorum infinita oratio est; loquantur Carpzovius, Damhouderus, & alii criminalium scriptores.

6. Plane facilius est dicere, qualia non esse debeant, quam certi præscribere quicquam. Recte æstimantibus hæc vitia abesse debent; I. Ne sint modi *deformes* & *barbari*, ut si mulieres ab uberibus, viri a pudendis suspendantur; si mures aut glires corpori nudo sub vase imponantur, & igne superimposito ad rodendum adigantur, aliique modi infandi, de quibus Damhouderus *prax. crim. c. 37. n. 18.* II. Ne sint crudeles, ut candentes atque *stridentes flammis laminæ*, ut Prudent. *in Hymn. Vincent.* aliaque ingeniosa sævitiæ instrumenta, de quibus Carpzov. *Cr. Qu. 217. n. 38.* III. Ne sint nimis diuturna; velut si per integros dies, & plures, in tormentis habeantur. Id enim morte acerbius, *Quippe qui se ultro morti offerant, facilius reperiuntur, quam qui dolorem diu patienter ferant*, ait apud Cæsarem Critognatus Arvernus; quod gnarum Ludovico Regi, quando Reformatos non suppliciis peremptoriis, sed vexationibus tormentisque finem vix habentibus, ad defectionem adegit. IV. Nec corpus in futurum & perpetuum inutile reddant, mutilatione, vel dislocatione graviori. V. Ne incidant in aliquod supplicii ordinarii genus. Qua ratione verberatio virgarum, quam laudat in hunc usum Damhouderus *d. cap. 37. in fin. edit. gall.* & cui cætera requisita non male conveniunt, non potest admitti.

7. Sed illa quinque requisita convenire videntur in instrumenta, quæ apud nos in usu sunt; habentur autem tria. I. Forcipes, quibus reorum pollices comprimuntur. II. His simile instrumentum, quo tibiæ contorquentur. III. Equuleus, id est scamnum, in quo Reorum pedes & brachia retorta extenduntur, idque diversis gradibus, citra dislocationem tamen. His Romana instrumenta longe duriora fuerunt; Equuleus, qui fuit catasta lignea cochleata, cui brachia retorta pedesque Rei fidiculis alligabantur. Tum intento cochleis equuleo, in altumque erecto reus quasi ex cruce pendebat, ossium compage dissoluta, tergo lateribusque per ungulas ferreas & laminas candentes verberatis laceratisque, *l. 7. C. de Malef. & Mathem.* Prudent. *d. Hymn.* Sigon. *de Judic. pop. Rom. c. 17* **. Si quis roget, utra præstent, nostratia præferre non dubitem. Etenim Quæstiones per se odiosas, acerbitate modi & sævitia intendere non oportet. Etsi quanto acriora torquendi instrumenta sint, tanto facilius elici veritatem, dubium non est: sed hoc non est agendum, ut reus non possit non fateri, licet insons. Tametsi verum sit, nostræ quæstionis tormenta, ut plurimum, etiam a feminis sustineri; ut ad quæstionem damnari, si non mollior sit reus, parum absit, quin tantundem atque absolvi esse videatur. Quanquam & artes quædam esse credantur, quibus dolor eludi queat. Apud Curiam nostram torqum memini quendam facinorosum *Harmen de Wijse*, qui primum dolorem tulerat, postea novis indiciis iterum equuleo impositus, cum maxime intenderentur fidiculæ, in somnum incidebat, ut sonore sterteret; remissione facta excitabatur. Intentis, iterum stertebat, quod ad finem usque durabat, *anno 1680.* Alias Tylenses

* Secundum *Ref. Grav. d. Ann. 1609. gr. 5.* Judex nunquam torturam potest decernere, nisi prius consilium adhibuerit Jurisperitorum. j. Carpz. *Pr. Crim. qu. 106. n. 23. sq.*

** Inprimis autem Hieron. Magium Anglarensen *de Equuleo*, uti cum not. Goth. Jungermanni & Appendicibus editus est *Amst. 1664. 12.*

in

in Gelria similem historiam de Baggermanno quodam sicario retulerunt. Cujusmodi artibus impediendis non est de nihilo, quod alicubi moris est, ut tempore matutino jejuni torqueantur, cum apud nos fiat post cœnam, nec quod sciam valde curetur, ut vacuo sint ventriculo, secus ac monet Carpz. *Cr. Qu. 126. n. 5. & seqq.*

8. Quæstione peracta, si reus in infitiis perstiterit, repeti potest Quæstio per tormenta, *quando evidentioribus argumentis oppressus est, maximeque si in tormenta corpus animumque duraverit, l. 18. § 1. h. t.* Quod communiter de argumentis post prima tormenta supervenientibus intelligunt. Idque nostri servant eo libentius, quod repetita tormenta nullo modo ferri posse videntur. Alibi tamen secus observatur, & hi ad tertiam Quæstionem, ubi reus bis sustinuerit, ita procedunt, si nova provenerint indicia; qua negative tolerata, sequitur absolutio. A. Matth. *ad h. tit. c. 4. n. 14.* Nostri ad secundam transeunt, ubi nova reperta fuerint indicia: qua tolerata, nunquam, ut puto, ad tertiam procedent *, nisi aliter in atrocissimis fieri queat, ut Carpz. *Cr. Qu. 125. n. 55.*

9. Sed quæstionis est, an post tormenta reus sit absolvendus a crimine, an ab instantia duntaxat, ut deinde repeti possit ex causa. Rationes pro & contra ponderat D. Matthæus in *d. cap. 4. n. 16.* & concludit pro absolutione a crimine, quæ totalis est. Sed distinguendum videtur ita, quemadmodum Curia nostra servat: Ut ex genere naturaque indiciorum, & quatenus judici sedet persuasio de reatu, rei modo a crimine, modo ab instantia duntaxat absolvantur.

10. Si Reus in tormentis, confiteri se velle dicat, liberatur ab instrumentis doloris, & confessio sedentis ejus ad singulos facti articulos ordine scribitur, eique fides ita habetur, si nihil in ea suspectum & a veri specie alienum reperiatur, *l. 1. pr. & § 4. l. 10. pen. eod.* Moribus, ubique fere receptum est, ut Reo dein post 24. horas aut ultra Confessio prælegatur, ejusque *ratificatio*, ut ajunt, exigatur. A. Matth. *d. c. 4. n. 11.* Carpzov. *Cr. Qu. 126. n. 26.* Hoc institutum ut jure Civili ignotum, ita nec apud Curiam nostram servatur, sed tacens deinceps pro consentiente habetur. Quod si revocet confessionem, tormentis denuo subjicitur, & si tunc iterum factam confessionem revocet, tertium torqueri potest; dein absolvendus est. A. Matth. *d. c. 4. n. 12.*

11. Sed perplexa res est, si reus juris aut moris conscius, ad effugienda tormenta statim fateatur crimen & postridie revocet. D. Matthæus ad hunc casum ait ita; *Ne eludat hoc commento tormenta, nihilominus torquendus est. n. 13.* Quomodo, si fateatur, nihilominus torquebitur? Non potest; At tormenta repetuntur secunda vice. Bene est. Tum vero facit idem, confitetur & postridie revocat. Quid tum? Repetetur Quæstio tertium? Intelligit reus, idem si faciat, absolutionem secuturam: Certo igitur idem faciet. Quid ergo: condemnandus, an tertium tormentis adhibendus, id est absolvendus erit? Accidit ille casus apud Curiam nostram in reo, qui Pagum Frisiæ Collumanum, e quo incolæ, metu hostium Groningam obsidentium *anno 1672.* aufugerant, incendisse credebatur, ut aliquot domus consumerentur. Callidus & juris homo non ignarus, ita ut dictum, in Quæstione instituerat, ea via sibi parans absolutionem. Bis confessus in tormentis, bis revocaverat. Argumenta erant fortissimæ præsumptionis, nec judices de facto dubitabant, Confessiones ejus cum circumstantiis, de quibus constiterat, optime conveniebant. Visum est prudentissimis Dominis, esse condemnandum hominem, qui viam alioqui paratam quæstionibus eludendis & promiscuam invenerat. Sic etiam Scabinos Lipsienses solitos respondere scribit Carpz. *d. Qu. 126. n. 55.* Ipse tamen ad pœnam eo casu inclinat extraordinariam; Plane, si multorum gravium virorum judicium ex præsumptionibus, & indiciis acquiescat in credendo reatu, probatione licet non perfecta, hanc sententiam sequi licebit. Si minor sit evidentia, rutius sit, reum extra ordinem puniri, quo casu locum habeat *argum. l. 5. de Pœn.*

12. Jure Civili sunt nonnulli, quos torquere non licet. Torqueri nequeunt milites, *l. 8. C. h. t.* neque digniores, nisi in crimine atrocissimo, *l. 11. 16. & seq. C. h.* nec servus in caput Domini, *l. 1. § 16. h.* excepto crimine majestatis, annonæ, monetæ, & adulterii, *l. 53. de jud. l. 1. l. 7. & l. 15. C. h.* Nec is, qui de se confessus est crimen, in alios torquendus est, *l. 16. § 1. h.* secus, si convictus, *l. 29. in fin. de Pœn.* Excusantur & decurio-

* Constitutio *Elect. Nov. 9.* non nisi in Criminibus atrocissimis torturam tertia vice repetere permittit, sed extraordinariæ, carceris aut temporalis relegationis, pœnæ locum reliquit, si reus confessionem bis factam bis iterum revocaverit. Adde tamen Berger. *El. Jurispr. Crim. p. 241. & 289. seq.*

nes, *l. 11. & l. 16. C. h.* horumque liberi, *d. l. 11.* impubes, *l. 10. & l. 15. hic.* prægnantes, *l. 3. de pœn.* Dignitas hodie non usquequaque liberat a tormentis, ut Carpzov. & exempla passim obvia probant *Crim. Quæst. 118.* ubi & de reliquis prolixe.

TIT. XIX.

De Pœnis.

I. Definitio Pœnæ, & quo sensu Æstimatio, Coërcitio, Vindicta, dicatur &c. II. Divisio pœnæ, in civilem & criminalem. Item, an pœnæ juris civilis pecuniariæ, usum habeant hodie. III. Pœnarum criminalium species. IV. Conferuntur mores. V. Distinctio pœnarum in Legitimas & arbitrarias. VI. De causis pœnam moderandi, tollendi, mitigandi. VII. De probatione criminum.

SEquitur tandem locus generalis de Pœnis, post omnigenas delictorum species. Nam pœna sic definitur a Paulo, quod sit *Noxæ vindicta, sive omnium delictorum coërcitio, l. 131. de V. S.* Aliter, *æstimatio delicti, l. 41. h. t.* Quæ genera, si placet, conjungamus, ut Pœnæ definitio sit hæc: *Æstimatio, Coërcitio, Vindicta delicti, a Magistratu ad emendationem, exemplum, satisfactionem instituta.* Consideremus hanc definitionem verbotenus; Genus ponitur triplex, eadem licentia, qua Labeo definivit dolum, quod sit *Calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum adhibita, l. 1. § 2. de dol.* Si quis tamen unum velit habere genus, sumat ultimum, quod est *Vindicta:* Sed reliqua non carent suo fructu.

Prima, vox ÆSTIMATIO docet, proportionem inter crimen & pœnam esse servandam, ut sit

Regula, peccatis quæ pœnas irrogat æquas.

Sicut

Ponderibus modulisque suis ratio utitur ac res
Ut quæque est, ita suppliciis delicta coërcet.

Horat. 1. *Satyr. 3.*

Præterea vox æstimationis indicat, idem delictum non esse duplici pœna adficiendum, ut Papinianus colligit in *d. l. 41.* Unde alias deductum est, plures actiones etiam pœnales, ejusdem maleficii nomine concursum habere electivum, *ad tit. Inst. de Action. sub fin.* Vocatur pœna *coërcitio*, Ἐπίσχεσις ἀδικημάτων, suppressio delictorum, ut Plutarchus: tam in delinquente, ne is denuo peccet, quam ut alii deterreantur. *Vindicta* vocatur τῶν ἁμαρτημάτων ἐκδίκησις, ut Græci ad *l. 131. de V. S. Peccatorum ultio*, quia τὸ παρηγορεῖν τὰς πεπονθότας ἔνεστιν αὐτοῖς, ut Plutarch. *Solatii quoddam genus inest, pro his qui passi sunt injuriam*, quod tamen est infimum præstantia, ut idem Horat.

Quippe minuti
Semper & infirmi est animi exiguique voluptas
Ultio.

Potius, quia justitiæ ratio flagitat, ut delicta paribus pœnis luantur, etsi in futurum non consulatur; Quomodo Deus punit, & puniet in extremo judicio. Vindicta vero *delicti*, cum dicitur; non esse pœnam, nisi ubi est delictum, intelligimus; ideoque nec filios maleficia Patrum luere consentaneum est, qua de re diximus *ad tit. l. de Publ. jud. n. 4. & lib. 1. de jur. Civ. n. 17. 26. & seqq.* Sequitur in definitione, *a Magistratu.* Nec enim agimus hic de jure puniendi, quod naturaliter cuilibet rationis compoti datur, de quo Grot. *de J. B. & P. c. 20. num. 8.* sed quod in civitate, quæ imperantes & parentes supponit, exerceatur.

Ultima verba continent diversos pœnarum fines, quorum primus est *Emendatio* delinquentis, *l. 20. h.* in quo Judex parentis instar habetur, a Græcis νουθεσία, παρχίνεσις, *admonitio*, quam Callistratus ait fustigatione fieri, *l. 7.* Qualis aliquando expressis verbis addebatur, ut in perjurum, προπετῶς μὴ ὄμνυε, *Temere ne jurato, l. 13. in fin. de Jurejur.* Secundus finis est *Exemplum, ut unius pœna metus esse possit multorum, l. 1. C. ad L. Jul. Repet.* In quem finem pœna publice exigitur, *ut pœnæ genere cæteri deterreri possint, l. 7. C. ad L. Fab. de plag.* Hujusmodi pœnas Græci παραδείγματα vocant. Tertius finis est *Satisfactio* ejus, qui læsus est; *Cum dignitas auctoritasve ejus, in quem est peccatum, tuenda est.* Tacit. *apud* Gell. *l. 5. c. 14.* sive ut honori gloriæque ejus consulatur; quo sensu Deus *omnia propter se, malum etiam ad diem malum fecisse*, dicitur *Prov. 16. v. 4.* Atque hoc sensu pœna proprie vindicta & ultio est. Quæ nullo modo inter Deum hominesque ei reconciliatos locum habere potest; etsi pœnam quod ad duos priores fines, *emendationem*

& ex-

& *exemplum*, nihil vetat, etiam adversus Deum timentes exerceri. Quæ distinctio pertinet ad quæstionem theologicam; an Christus pro morte temporali, quatenus est pœna peccati, satisfecerit. Fuit definitio pœnæ.

2. Sequitur Divisio; quæ videtur hæc esse summa: Civilis vel Criminalis. Illa, quæ pecuniario commodo actori applicando constat; Hæc, quæ a Republ. seu pecuniaria sive corporalis & capitalis, exigitur; eadem ratione, qua judicia civilia & criminalia distinximus ad *tit. de Judic. & de publ. jud.* Vulgo aliter, criminales vocant corporales, Germani *Peinliche*, Civiles appellant pecuniarias sive *mulctas*, quæ sunt coercitiones pecuniariæ, maxime quæ Fisco applicantur, quomodo & in nostris Statutis *l. 2. t. 13. art. 1. & ult.* Civile *Boete*. Referuntur huc etiam priore sensu, pœnæ civiles actionum in duplum, triplum, quadruplum, in quinquaginta, centum, ducentos aureos, quemadmodum *suis locis vidimus*. Sed hæ pœnæ dupli, tripli, quadrupli a Pragmaticis hodie extra usum fori collocantur, quatenus in Statutis nominatim non reperiuntur, nec apud nos pœnæ pecuniariæ actori applicandæ, quod sciam, ab his exiguntur. Ratio est, quia Pœnæ delictorum etiam privatorum, exiguntur a Procuratoribus Fisci; Jure Civili pars læsa habet electionem, utrum velit agere criminaliter, an civiliter. Talis electio non datur hodie: Sed Fisci jus est delicti coercitio: Cum autem non sit æquum, ut duplex pœna delinquenti infligatur, *l. 41. h. t.* hinc Fisci jus pœnam privato debitam excludit. Longius tamen extenditur illa praxis negandi pœnalem actionem parti læsæ, quam juris ratio ferat. Nam si nomine Fisci non agatur, aut ob rei gravitatem agi nequeat privatus a pœna dupli aut quadrupli, non erat excludendus, in gratiam delinquentis. Quin si injuriarum criminalis actio Fisci, non excludit civilem pœnalem, quæ datur læso, cur id æque non fiat in furto, rapina, aliisque delictis? In veteri formulario Curiæ nostræ, ab Advocatis olim facto, reperi formulas actionum quoque Furti, Rapinæ, similiumque, in duplum & quadruplum. Maxime urget idem ratio in ejusmodi factis, quæ duplo puniuntur, cum delicta non sint, & de quibus nunquam criminaliter agitur, ut est actio de tigno juncto in duplum, de dejectis & effusis in duplum. Quid vetat, cum hæ Statutis sublatæ non sint, hodieque si postulentur, eas dari in locis, quibus jus scriptum religiose observatur? tametsi non solent fieri, nec mihi constet factum: Ut adeo, nec facile admissum iri putem. Ita videtur observari, mulctas non deberi, nisi legibus novis aut judicis arbitrio, *de quo mox*, inflictas.

3. Ad civiles pœnas refert etiam Carpzovius Relegationem, *Cr. Qu. 128. n. 4.* magis ut satisfaciat germanismo, *peinliche*, credo, quam ex ratione juris civilis. Sed criminales pœnæ, dividendæ sunt in capitales & non capitales. Capitalis, ἐν πλάτει appellatur, quæ vel vitam, vel libertatem, vel civitatem adimit, *l. 2. h. t.* quin capitalis pœna in genere dicitur omnis famæ causa, *l. 103. de V. S.* proprie & stricte, quæ caput vitamque adimit, *l. 21. hic.* Variis modis infertur, ut igne, gladio, laqueo, bestiis, *l. 28. l. 11. § fin. & l. 8. § 1. hic.* sed in ultimis suppliciis erant olim gradus: Nam crux * κατ' ἐξοχὴν summum dicebatur supplicium, aliquando & vivi-comburium, *d. l. 28. pr. h.* Sed hodie inter prohibita ultimi supplicii genera est crux; quia sublatum est crucis supplicium a Constantino, ejusque loco introducta furca, uti scribunt Nicephorus & Aurelius Victor in Constantino, Cujac. *in 5. sent. Paul. tit. 17. § 1. & 16. obs. 1.* Vetitum quoque, ne quis securi vel telo perimatur, *l. 8. § 1. D. de pœn.* Spart. & Xiphil. *in Caracal.* ne quis fustibus aut virgis ad necem usque cædatur, aut tormentis enecetur, *d. l. 8. § nec ea quidem. & l. pen. D. de Qu.* aut veneno, *d. l. 8. § 1.* aut inedia, *l. 10. D. de interd. & releg.* aut de saxo præcipitetur, *l. 25. § 1. D. de pœn.* Proxima morti pœna, est in metallum damnatio, *d. l. 28. pr. vers. deinde.* vel in opus metalli: nihil enim interest nisi vincula, quibus gravioribus in metallum, levioribus in metalli opus damnati premuntur: unde & refugæ ex opere metalli in metallum dantur, *d. l. 8. § est pœna. & § inter eos autem. D. de pœn. l 5. § ult. D. de extr. cognit.* Mutilatio membri prohibita est in *Nov. 134. c. ult.* excepta unius manus, si qualitas delicti ferat. Non capitalis, vel corporis coercitione constat, ut fustes & flagella, *l. 7. h.* vel deportatione, relegatione, interdictione, de quibus *infra*, vel damno cum infamia, *l. 8. & pr. l. 28. § 1.* Damnatio-

* De Cruce in *d. l. 28.* ne verbulum quidem; *Summum supplicium esse videtur ad furcam damnatio*, ait lex, sed non ita Callistratus, qui id, quod ex Nicephoro & Aurelio Victore observant, Cujacius non poterat non nescire. *Tò esse videtur ad furcam*, est a manu Triboniani, ob supplicii disparitatem in ista interpolatione hæsitantis.

ad opus publicum perpetuum, capitalis pœna videtur, *l. 17. §. 1.* secus, si temporarium, *l. 6. C. ex quib. cauſ. inf.* Carcer jure Civili ſpecies pœnæ non eſt, *l. 8. §. 9. & l. 35. h.* etſi ad tempus, puniendi cauſa quandoque homines includantur, *l. 28. §. 7. in f. h. l. 1. §. ult. de Aleat.*

SCHOLIUM.

Non opus videtur hac limitatione, poteſt enim ad l. 28. §. 7. in f. h. l. 1. §. ult. de aleat. *aliter reſponderi.* vid. not. ad Strauch. XIX. 28. p. 455.

RESPONSIO.

Textus ajunt, homines in vincula publica coerceri; *Verum quidem eſt, vincula publica variis modis accipi*, l. 9. & l. 10. Ex quib. cauſ. maj. *Ex illis tamen nulla probabilior, quam quæ a nobis datur* in theſi, *eſſe videtur.*

N. ADDIT.

Judicet Lector. Ego ſaltem apponam locum, ad quem provocat ſcholium. N. O. l. 28. §. 7. ff. de pœn. l. 1. §. fin. de aleat. *qui textus loquuntur de damnatis in metallum, vel opus metalli.* N. O. l. 3. de cuſtod. reorum. l. 1. & 2. C. eod. *qui textus intelligendi ſunt non de pœna proprie dicta, quæ conſiſtit impoſitione alicujus mali, ſed de pœna impropria, & quatenus per carceres ſaltem bonum aliquod, nimirum libertas adimitur, aut certe reſtringitur.*

4. Moribus hodiernis quæ ſint genera pœnarum capitalium, minorumque, longum & ſupervacuum eſt recenſere, non ignota lectoribus, nec deſunt Auctores; late Carpzov. *d. Quæſt. 128. & ſeqq.* niſi quod monendum, recte conſuli a populis humanioribus, ut pœnarum capitalium ſpecies plus horroris quam cruciatus habeant, quæ ad abſterrendum valeant, nec patientium animos ad meditationem æternitatis præparatos, ſenſu intolerabili a devotione retrahant. Idque apud nos prudentiſſime cuſtoditur; nullæ enim aliæ capitis pœnæ, quam hæ tres uſurpantur; decollatio, ſtrangulatio a furca, vel ad ſtipitem, & ſubmerſio, quæ mortem ſine ſenſu breviſſime transmittunt; quibus oſtentatio capitum vel cadaverum, cum inſignibus perpetrati facinoris, crebro, ut exemplum duret, adjungitur. Quæ res tamen uſu magis quam certo jure conſtat, ut ſi exquiſitum aliquod facinus aliud pœnæ genus poſtularet, nihil id equidem impeditur, ſemper tamen obſervando, non eſſe adfectandum, ut damnati *ſe mori ſentiant.* Pœna morti proxima videtur hodie, ut antea dictum, eſſe opus publicum perpetuum ad remos, vel in metallum, quod ut ſervitutem irrogans, apud nos receptum non eſt; decennium eſt longiſſimum tempus. Exilium perpetuum æque ab uſu remotum eſſe, niſi quatenus pœnæ corporali accedit, a veteranis Fori noſtri adfirmatum intellexi; quod tamen ſecus in foro veteri fuiſſe, conſtat exemplis *Johannis Franken, d. 29. Octobr. 1586. Bernardi Heſſeli* Paſtoris Leovardienſis, *anno 1643.* quin aliud recentius mihi relatum eſt *d. 26. Jun. 1669.* qui omnes ſine pœna corporali, in perpetuum relegati ſunt; quod cum nullo modo rationi adverſetur, nihil eſt cauſæ cur abolitum ſtatuatur. Majorem infra capitis pœnam non habemus, niſi accumulatam, hoc modo; verberatione virgarum, ſtigmate tergo inuſto, operæ decennali, & deinceps relegatione perpetua. Hæc eſt pœna morti proxima. Minora ſuppliciorum genera non eſt operæ pretium recenſeri.

5. Eſt adhuc pœnarum diſtinctio, quod ſint vel *Legales* vel *Arbitrariæ;* quod diſcrimen tam in pecuniariis quam corporalibus obtinet; atque ut e ſuperioribus delictorum ſpeciebus colligi potuit, arbitrium judicis late regnat, plerisque pœnis ſecundum merita circumſtantiarum variantibus, quod non minus in Statutis gentium hodiernis animadvertitur. Atrocioribus tamen delictis pœnæ fere legales impoſitæ reperiuntur; niſi valeat alicubi dictum Solonis, qui rogatus, cur parricidiis pœnam non ſtatuiſſet ſingularem, reſpondit, *Διὰ τὸ ἀπελπίσαι, quod deſperaret*, hoc ſcilicet admiſſum iri: Quod de noſtratibus reſpectu aliorum, ne, præter illa dicta, opus ſit alio capitalium genere ſuppliciorum, rectius uſurpaverim. Eſt enim noſter populus longe facinorum rudior, quam fuerunt Athenienſes, quorum *τὰς ἀγχόας ἀρίστας, qui boni eſſent optimos, τὰς Φαύλας πονηροτάτας, qui mali eſſent, extreme peſſimos* fuiſſe teſtatur Plutarch. in *Dione ſub fin.* In omni autem moderatione danda eſt opera, ut pœna ob ſpem emendationis adtemperetur; quo pertinet, quod adoleſcentes quandoque ſecreto & a parentibus caſtigantur, ut a Curia noſtra ſæpe decretum eſt, *d. 14. Decembr. 1623.* etiam a matre, *d. 3. Dec. 1629.* plerumque tergotenus, aliquando etiam puerili-ter, ut in tribus aliis prædicto *d. 3. Dec.* Secreta caſtigatio placuit etiam adverſus provectiorem ætatem, in Studioſo furti reo, *anno 1670.* Etſi tale moderamen non ſit adhibitum in Doctore Juris & duobus Eccleſiarum Paſtoribus, ut diximus *ad tit. de Judic. part. præced. pag. 740.* Muldandi etiam

iam potestas in omni genere peccatorum, quæ non habent peculiares sanctiones, data est Judicibus; Quod si pecuniæ præstationem egentes eludant, extra ordinem reos corporaliter puniendi jus habent, *l. 1. in fin. h. t.* neque semper, causa plene cognita; aliquando si res manifesta neque magna sit, absque processu litis, extra ordinem vocatis obiterque auditis, mulcta in continenti dictatur: haud facile tamen si quis provocet ad judicium, 2. *Stat. pr. tit. 19. art. 3.* Unde; quia tales mulctæ per tacitam submissionem infligi videntur, in nostra quidem Curia, *Compositiones* vocantur, *d. tit. 19. art. 12.* Quicquid autem exigitur accusante Fisci Procuratore, id in Fiscum redigitur, *l. 5. C. de mod. mult.* Est enim hoc inter Regalia, *c. un. Quæ sint. regal.* Ac ita servatur in Curia nostra. Quæ a minoribus exiguntur Magistratibus, ipsis fere permittuntur, nisi quod sæpe delatoribus inde aliqua pars deciditur, *ut sis.*

6. Quis habet jus puniendi? Pœnas, irrogat magistratus, penes quem jus est gladii & merum imperium, ut præfectus urbis & præses; quas semel impositas revocare nequeunt, solo Principe excepto, *l. 27. & l. 31. hic. l. 14. l. 16. C. eod.* Quæ autem pœnarum species ad mixtum imperium & modicam coërcitionem pertinent, has a municipiorum Magistratibus infligi posse, ex iis quæ de mero mixtoque imperio ad *tit. de Jurisdict. & Imp.* diximus, intelligi potest. Quo spectat mulctæ dictio, *l. ult. de Decret. ab ord. fac.* in latumias & vincula publica duci jubere, *l. 1. § ult. de Aleator.* & quædam castigationis species, *l. 12. de Jurisd.* Magistratibus agrorum & municipiorum nostris data est animadversio, quæ non tangit corpus aut vitam, etsi castigatio, quæ jure civili datur, ipsum corpus adficiat. *Stat. Fris. d. tit. 19. art. 2.* ubi; *uit gesloten wat lijf en leven aengaet.* Ergo verberare non possunt; mulctare, interdicere pago, urbe, mala mansione macerare ad aliquos dies, & ignominiæ exponere possunt. Verum ut hæ mixti imperii particulæ a mero imperio decerptæ sunt, ita quibus causis sint applicandæ, sæpe fit dubium. Nec raro fit, ut Magistratus minores a Curia increpentur, aliquando & mulctentur, quod delicta mero imperio, quod est solius Curiæ, digna sui officii duxerint; Magistratus etiam inferiores, per nimiam accurationem, mixtum Imperium, quod est supra mulctas, sibi inutile reddi, arbitrantur, ut quidam columnas ignominiæ, indices mixti imperii, tædio illius intricationis amoveant. Neque tamen non interest Reipubl. ut minora delicta a civibus commissa, parvis admonitionibus domi potius transmittantur; quam ut atroci accusatione pœnaque, ubi spes emendationis est, ad exempla festinetur.

7. Cæterum, Magistratus in pœnis irrogandis septem debet spectare circumstantias; causam, personam, locum, tempus, qualitatem, quantitatem, eventum; *ut explicatur in l. 16. § 1. seq.* satis confuse, ut videtur Hugoni Grotio *lib. 2. de J. B. & P. c. 20. n. 37.* qui rationes aliter subducit in *n. 25. & seq. d. cap. 20.* Pœnam tollit, mors damnati, *l. 2. & l. 3. C. si reus vel accus. mort. l. 20. de Accusat.* abolitio, indulgentia, restitutio, & remissio a summo Principe facta, *ff. & C. de sent. pass. & restit. & de abolit.* præscriptio viginti annorum, *l. 12. C. ad L. Corn. de falsi.* Sand. *lib. 5. tit. 9. def. 2.* Pœnam mitigat, diuturnitas temporis, *Gl. & Dd. in l. si diutius 25. hic. & l. querela. C. de falsi.* ira, *l. un. C. si quis Imp. maled. l. 3. de divort.* dolor, *l. 6. § 6. de adult.* ebrietas, *l. 6. § 7. de re milit.* ætas, *l. 1. § impubes, de SC. Claud.* sexus, *l. 6. ad L. Jul. peculat. c. sicut. de homicid.* ignorantia juris, aliquando & facti, *l. 1. § Divus. ad L. Corn. de sicar. l. 5. § ult. hic.* affectio consanguinitatis, *l. 2. de Recept. l. 1. C. de his, qui latro.* quæ tamen & gravare potest; necessitas famis, *c. si quis propter. de furt.* merita publica, *l. 5. § ult. de re milit.* insigne artificium, *l. 3. hic,* &c. Corvin. *h.* Quæ tamen omnia prudenter accipienda, nec sine sale, Sand. *5. 9. 1.* Non est hic locus omnia copiosius exequi, videndi criminalium Scriptores, & Grotius *d. cap. 20.*

8. Argumentis, indiciis, & indubitatis præsumptionibus, posse aliquem capitis damnari, probat *l. ult. C. quor. app. non recip. l. 22. C. ad l. Corn. de Falsi.* exinde etiam, quod omnis probatio artificialis æque ad fidem faciendam, quam inartificialis valeat, *l. ult. C. de Prob.* Multum tamen abest, ut ex suspicionibus quenquam damnari dicamus, *l. 5. h. t.* vid. Sand. *lib. ult. decis. tit. 9. def. 14.* Nos hanc quæstionem memorabilem occupavimus *ad tit. de Probation. n. 3.* De probatione delictorum, quæ mulctis coercerentur, est singulare, quod Statutis nostris cavetur; si duo testes haberi nequeant, Accusatorem, suum testem unum, jurejurando firmare posse, quod in criminalibus alioqui non obtinere, dictum est alias: Quod si accusator nullum habeat testem, Reo jusjurandum defertur; quod & alibi receptum, Præs. Everard. *cons. 10.* Quis autem Accusator ille? Fisci Procurator? aut qui gerit hujus vicem? Non videtur, nec enim simul testis & accusator

cusator esse potest; Delator, aut pars læsa, ut videtur. Sed usus ejus rei non est frequens; Major ejus, quod subjicitur *art. seq.* eos, qui per egestatem mulctas eludunt, non corpore semper, sed pro modo delicti, relegando, interdicendo, in vincula dando, ad opus publicum damnando puniri: quod adeo a jure civili non est alienum, ut merito ad interpretationem *l. 1. § ult. h. t.* referri queat. Postremo, Condemnati capitis, puniuntur demum post dies *30. l. 30. C. de pœn.* quod multi de his tantum, in quos Princeps extra ordinem animadverterit, accipiunt, propter *l. 5. C. de Custo. l. reor.* hodie certe non servatur.

TIT. XX.

De Bonis Damnatorum.

Quod pœna morte delinquentium finitur, ei publicatio bonorum non obstat; cum hæc non sit pœna liberorum, sed ipsorum delinquentium, qua heredes per consequentiam adfliguntur; Scilicet, olim bona Capitis damnatorum publicabantur, *l. 1. pr. h.* salva liberis Legitima, *l. 1. & l. 7. ff. l. ult. C. h. t.* sed hodie cessat confiscatio, & bona servantur liberis, adscendentibus & collateralibus, ad tertium gradum, excepto crimine perduellionis, *N. 134. c. ult.* quod & in Frisia servatur, imo ut Thomasius ait:

SCHOLIUM.

Jure Imperii, plane cessat confiscatio bonorum in delictis capitalibus, excepto crimine læsæ Majestatis. vid. Ord. crim. art. 218. Conf. Struv. h. t. in fine.

Jure civ. Fiscus bona vindicat ubicumque sunt sita, sed usu populorum, cedunt fisco cujusque loci. Wissenb. *ad h. tit.* qui distinguit inter mobilia & immobilia; Ut hæc quidem cedant Fisco, Reipubl. ubi sita sint bona, ex Baldo aliisque Interpretibus; vicisse tamen ait usum fori contrarium hanc rationem, ut etiam mobilia occupet is, in cujus territorio reperta sunt, etiam si condemnatus alibi domicilium habuerit. Mihi vero hæc sententia, juris quoque rationi maxime conveniens videtur: Cum enim Executio sit actus jurisdictionis, quem in alieno Imperio nequaquam licet exercere, nihilo magis hæc in mobilibus quam in soli rebus institui potest. Wissenbachius pro Baldo habet hanc rationem, quod mobilia negantur habere sequelam, & personam sequi dicuntur, *arg. l. 35. § 3. de Hered. instit. l. §6. de Legat. 2. & 3.* Quod verum quidem est, ubi quæritur de præsumpta voluntate dominorum, aut etiam Legislatoris; non æque, ubi agitur de effectis jurisdictionis & Imperii, quæ in diversas Respubl. nullo modo extendi possunt. Nec ejusmodi res hæc est, de qua magnopere laboretur.

TIT. XXI.

De bonis eorum, qui ante sent. vel mortem sibi consciverunt, vel accusatorem corruperunt.

Qui ex conscientia criminis sibi manus intulit, cum reus esset capitalis delicti, ejus bona publicabantur. Secus, si tædio vitæ, vel impatientia doloris ‡ elegerit mortem, *l. 3. pr. § 4. & 6. h.* tamen ut heredes admittantur ad innocentiam defendendam, § *ult.* Hodie cessat hic titulus, sublata bonorum publicatione, de qua *tit. præced.*

SCHOLIUM.

‡ *Ex hypothesi videlicet Stoicorum, qui ut forte factum prædicabant, si quis ex his causis mortem sibi intulerit, Catonis Uticensis exemplum sibi proponentes. Fuere autem, ut notum, JCti, ex quibus ff. compositæ sunt, plerique Stoici. Debebat ergo Tribonianus sub Christiano Imperatore vivens, stosculos hos Gentilissimi ex pandectarum horto eradicare. Sed debebat, ut plura alia, quæ tamen non præstitit.*

RESPONSIONIS *loco sint, velim, quæ hac de re collocavimus in* part. 2. Digression. lib. 1. cap. 3. n. 6. *plura, quam ut huc transcribenda sint.*

N. ADDIT.

Facile jam ab illo scholio abstinerem, quia, etsi Stoici in eo aberraverint, quod ejusmodi autochiriam tanquam forte factum defenderint, tamen propterea Christiani non debebant talium autochirum bona confiscare, (de qua re hic est quæstio), aut in illos tanquam bestias sævire. Quod vero etiam

etiam tales indigni censeantur sepultura honesta; avaritiæ Cleri Papalis est attribuendum, qui vel hac etiam pœna inventove, luit eo fortius adigere Laicos, ut non morerentur absque præsentia Cleri, & putarent esse articulum fidei christianæ, quod ad mortem beatam, vel saltem tanquam causa sine qua non, requiratur ista præsentia, utique si divites sint morti vicini, ut pius Clerus eos admonere posset de legato ad pias causas pro salute animæ suæ.

Pars secunda Rubricæ, agit de his, qui accusatorem corrupere, quod SCto Turpilliano prohibitum vidimus; ne quis ab accusatione desistat. Hac de re nihil sub hoc titulo scriptum est, nisi quod e Principum Rescriptis observatur, Reis capitalium criminum id esse impune, si corruperint accusatorem, non æque reis criminum haud capitalium, *l. 1. b.* Sed hac de re peregimus *ad tit. de Transaction. num. 4.*

TIT. XXII.

De Interdictis, & Relegatis, & Deportatis.

Per modum Commentarii ad *l. 5.*

HAsce tres Exilii species, recenset & explicat Marcianus in *l. 5. h. t.* paulo tamen obscurius, ut quibusdam Lectio emendanda videatur. Sic ait, *Exilium triplex est; Aut certorum locorum interdictio: aut lata fuga, ut omnium locorum interdicatur, præter certum locum; aut Insulæ vinculum, id est relegatio in insulam.* Exilii vox est generalis, etymologico sensu; Nam *Exsul*, quasi *ex solo* dicitur, Græci ἐξορία, quasi ἐξ ὅρων, e finibus. Hoc fit tribus modis sive gradibus; Primo Interdicendo, τῷ παραγγελλειν, ut Græci id exprimunt, hoc est denunciando, ut aliquis e certo loco se recipiat, *ne intra patriæ territorium, vel muros moretur, vel in vicis quibusdam. l. 7. § 19. h.* Neque tantum locis interdicitur, sed etiam ordine, *d. l. 7. § 20.* honore, *§ pen. & ult.* professione, advocatione, foro, negotiatione, spectaculis, *l. 1. § pen. de Off. Præf. Urb.* vel arte aliqua, *l. ult. de Pœn.*

Secunda species Exilii est *lata fuga:* Sed descriptio ejus addit perplexitatem; *ut omnium locorum interdicatur.* Primo enim qualis hæc locutio, *interdici omnium locorum?* Respondeo, vel subintelligendum, *commercio, aqua & igne*, aut simili: vel est Græcismus πάντες ἔργεσθαι τόπε, *arcetur a quolibet loco*, ut Theophilus de hac ipsa re loquitur, *ad § 2. Inst. de Cap. dim.* Sed quomodo lata fuga est *omnium locorum interdictio*, idque præter certum locum? Potius contra, est certi loci, scil. Patriæ interdictio; ut ubivis agere liceat, *bannen in't woest*, ait Grotius. In *vasto* agere licet, in certo loco non licet. Hinc Cæsar apud Sallust. *bell. Catil.* pro sententia in conjuratos, dixit, *exilium illis esse permittendum:* Loquitur autem de aquæ & ignis interdictione. Quod probat etiam forma Legis, qua Ciceroni aqua & igni interdictum est; Ut LICERET illi esse, ultra quadringenta millia, *3. ad Att. ep. 3.* Atque in tota oratione pro domo sua id agit, ut probet, aqua & igni interdictos, sua voluntate *se potuisse alii civitati aggregare, quod vertendi soli causa venerant.* Ad hanc difficultatem ita habendum. Marcianum describere aquæ & ignis interdictionem, ut sub Imperatoribus fuit, juncta deportationi. Namque deportatio non sustulit aquæ & ignis interdictionem, quæ est lata fuga sub Imperatoribus. Verum sententia per aquæ & ignis interdictionem fiebat; sed ob rationes politicas a Livia apud Dionem *lib. 53.* expositas, deportatio in certam insulam addebatur, ut apud Tacitum, *Servilius Corneliusque in insulas, interdicto igni atque aqua, demoti sunt. 6. annal. cap. 3.* ut latius a nobis demonstratum in *part. 1. Digress. lib. 3. cap. 9.* Cum igitur deportatio adhuc sit lata fuga, id est aquæ & ignis interdictio, sed tamen nunc conclusio in certo loco addatur, in eamque desinat; recte lata fuga definitur, ut deportatio; quod sit omnium locorum, præter certum, cui includitur, interdictio. Huic rei non obstant loca juris, in quibus aquæ & ignis interdictio a deportatione separatur, ut *in § 2. I. de Capit. dim.* Hæc enim, ratione temporis accipienda oppositio; cum aquæ & ignis interdictio in latam fugam *in't woest*, in usu non fuerit sub Cæsaribus. Sic præcipua difficultas hujus loci facile solvitur, ut emendatione supersederi possit, neque non debeat, de quo pluribus actum in *part. 2. Digress. lib. 2. cap. 24. num. 3. & seqq.* Quod supereat in *d. l. 5.* non habet difficultatem.

Tertia species Exilii est Relegatio, *quam In-*

sulæ vinculum vocat Marcianus in *d. l. 5.* & ipse de relegatione interpretatur, fiebatque sine aquæ & ignis interdictione, etsi hæc aliquando relegationi accedere & superaddi poterat; quemadmodum Tacitus de Cassio Severo, *illum prius in Cretam amotum*, id est relegatum, *postea interdictum igni & aqua consenuisse in saxo Seriphio. lib. 4. ann. cap. 21. in fin.* Cæterum, relegatur vel a loco, quod nihil aliud est quam interdicere, vel in locum certum, *d. l. 7. in pr. & § Sicut cum. § § seqq.* vel ad tempus, vel in perpetuum, *d. l. 7. § 2. & seqq.* Relegatione ad tempus facta, bona adimi nequeunt, *d. l. 7. § 2.* si in perpetuum, pars bonorum expressim adimi potest, *l. 4. hic.* Differentias inter relegationem & deportationem, dedimus *ad Inst. pag. 38.*

TIT. XXIII.

De Sententiam passis & Restitutis.

SEntentiam passi, id est criminum condemnati, a Principe restitui possunt, secundum jus vitæ & necis, quod est summæ potestatis facultas. Nempe restitutio, vel est simplex criminis indulgentia, ut pœna tantum remittatur, nec quid amplius restituatur, *l. 6. l. 7. & l. 9. C. hic l. ult. C. de gener. abolit.* vel est restitutio in integrum, & ita plena est, ut etiam honoribus, ordini, cæterisque omnibus restituat, *l. 1. hic.* Qui specialiter restituitur, recuperat omnia sua bona, & jura, & famam, *l. 2. 7. & 9. C. h. t.* fructus tamen honorum antea percepti, non debentur ipsi, nec etiam bona prius per fiscum alienata, quia beneficium hoc, salvo jure aliorum indulgetur; alioqui restitutus directas habet actiones, *l. 3. h.* Hoc jus dandi veniam his, qui sententiam passi sunt, ubique cognitum, ignoratur apud Frisios: nec scio, an unquam heic a Gubernatoribus Hispaniæ Regis, ut domini Frisiæ, sit exercitum. Nec Ordines libertate potiti id unquam instituerunt, quod effectum habuerit, aut quisquam eorum nomine, quod mihi constet. Carolus V, anno 1541. viam præscripsit, qua homicidæ aliive delinquentes literas Remissionis impetrarent, tam difficilis & periculosæ impetrationis, ut neminem illas unquam petiisse meminerim. Sed neque datur hoc beneficium sententiam passis; verum his, qui ante annum cædem commiserunt, neque in vinculis sunt, *l. 2. Stat. tit. 14. art. 1 & seqq.* Dixi pluribus in Jurispr. hod. *part. 2. lib. 3. c. 27.* Sed extra hanc formam Statuto præscriptam, quotquot delictorum veniam ab Ordinibus petierunt, ab Ordinibus remissi sunt ad Curiam: Et hæc semper ad legem petendæ remissionis provocat. Idemque adversus insignem reum sententiam passum, ac illustri commendatione munitum, nostra memoria decretum est. Non esse tamen alioqui potestatem hanc Ordinibus præclusam, aliquando declaratum est; cum aliquot illustres repetundarum rei, accusationi decreto Ordinum subducti sunt, & subducti manserunt: at, sine consequentia in futurum, ut cautum fuit diserte.

TIT. XXIV.

De Cadaveribus punitorum.

CAdavera Punitorum cognatis ad sepulturam conceduntur, *l. 1. h.* etiam a judice, *l. 11. de Relig.* nisi quod in deportatis venia principis requiritur, *l. 2. h. t.* Hinc adeo facilis Pilatus in permittendo sepulturæ corpore benedicto.

SCHOLIUM.

Quod & hodie observatur, nisi exemplum sit statuendum, vid. Carpzov. Pr. Crim. Quæst. 137. *quam tamen limitationem alii, ut injustam accusant, vide quos citat* Schilter. Ex. 49. th. ult. *Sed hic facile responderi poterit, uti & illis, qui impugnant concessionem cadaverum humanorum ad usum Anatomicum.*

LIB. XLIX.

TIT. I.

De Appellationibus & Relationibus.

I. Sententiam quandoque revocari, vel ipso jure nullam esse. II. Rescindi per in integrum restitutionem.

tionem. III. Per Supplicationem. IV. Per appellationem, quæ definitur, ut & Relatio. V. Species & gradus appellationis. VI. Per quem fiat appellatio, & de Communione Appellationis. VII. Rursus de communione, alio sensu. VIII. Rursus alio. IX. Effectus appellationis.

JUrisprudentia valde aliena est ab eorum arrogantia philosophorum, qui facultate se jactant cavendi, ne unquam errent. Intelligit, prudentissimum quemque falli, dum certissimas se rationes sequi arbitratur. Hac ratione quanquam Sententia, nonnisi omnibus, quæ in causa erant consideranda, solide examinatis, ferri solet, tamen non potest evitari, quin sententia lata aliquando rescindatur, nisi ipso jure nulla sit; quo casu rescissione nihil est opus. Verum si adversus actorem lata sententia, sit nullius momenti, perseverat is agere veteri actione; cui si opponatur exceptio rei judicatæ, replicandum de dolo: Sin adversus reum, is actionem rei judicatæ elidit, opposita doli mali exceptione, *l. 49. § ult. D. de re judic. l. 1. C. de sent. & interloc. l. 4. & l. 6. C. Quom. & quand. jud. sent. l. 6. C. Quand. prov. non est necess. l. 2. § Et generaliter. & l. 9. D. de dol. mal. & met. except. l. cum a te. 25. D. de dol.* Porro quanquam nullitas, (cujus causas habuimus *ad tit. de Re Judic. n. 43.* & videbimus *iterum* paulo *inferius*,) non eget remedio actionis, aut ullo actu judiciali, qui in actum primum *constituatur*; requirit tamen, ut in actum secundum deducatur; potest enim præter istum modum, qui designatus est, implorari quoque judicis officium, ut is faciat, ne sententia de facto vim habeat, quæ de jure nulla est; quin hoc agens, etiam *rescindere* dicitur judex sententiam, *tit. D. Qu. sent. sine appell. rescind.*

2. Proprie tamen rescinditur sententia per in integrum restitutionem, per supplicationem, ‡ per appellationem. Per in integrum restitutionem rescinditur, non solum lata adversus minorem, sed & adversus majorem. Adversus hunc, si indefensus condemnatus sit; adversus illum, si & defensus. Nam adversus minorem indefensum lata, est ipso jure nulla, *l. 1. & tot. tit. C. Si adv. rem jud. l. 1. C. Quib. ex Caus. ma. rest. l. ult. D. de in int. rest. l. 4. C. de Procur.*

3. Per supplicationem rescinditur sententia Præfecti prætorio. Cum enim vice sacra judicet, absurdum visum est, appellatione interposita, de iniquitate sententiæ ab eo prolatæ quæri. Offerendus igitur libellus supplex, quo quis non ob iniquitatem, sed errorem, retractari sententiam petat, *l. præfecti. 17. D. de minor. l. un. C. de sent. præf. præt. l. un. § 1. D. de off. præf. præt. l. 35. C. de Appell.* Huic similis est REVISIO.

SCHOLIUM.

Unde & hodie extra forum Electorale Saxonicum, solet usurpari contra sententiam ejus, a quo appellari non potest. In foro Electorali Saxonico vero ea non habemus opus, propter remedium Leuterationis.

Scilicet Germani, Saxones inprimis, adhuc habent *Leuterationem & Oberleuterationem* *, quæ sunt imploratione Judicis, ut sententiam a se latam declaret. Carpzov. *de proces. tit. 7.* & Syn-

‡ Hi modi duo, ut & tertius per revisionem in Saxonia sunt improbati: *O. P. S. E. I. & E. Tit. 37. § un.*

* De Leuteratione vid. *O. P. S. Tit. 35.* ‡‡ differt autem ea ab Appellatione, quia non est ad superiorem provocatio, sed causæ apud eundem Judicem repetita ventilatio. Fatalia circa eam tria sunt observanda, 1) Leuterationis interponendæ intra decendium, quod ipsi cum appellatione commune est. 2) Citationis petendæ, ‡‡‡ intra 6. septimanas & 3. d. a tempore interpositæ Leuterationis computandas, quo neglecto appellatio deserta est. Ziegler. *ad d. Tit. O. P. S. pag 197.* nisi Judex ex officio citationes emiserit, *j. Reser. El. de an. 1663. d. 23. Jun. in App. C. S. pag. 14.* Svendend. *ad Fib. p. 843.* 3) Leuterationis quoad formalia & materialia prosequendæ, quæ, si in termino rite facta non fuerit, vel si Leuterans non comparuerit, ‡‡‡‡ Leuteratio æque habetur pro deserta. Oberleuteratio ‡‡‡‡‡ vero tantum in supremo Judicio Appellationum admittitur, *Mand. El. d. 1670. § 2. App. Corp. Sax. p. 16.* in causis, quæ ibi ab initio agitatæ, non per Appellationem eo delatæ sunt, add. Martin. *ad § 1. O. P. S. Tit. 35. n. 34. sq.* De Appellationibus secundum Usum fori Saxonici, prolixe actum fuit a Mencken. *Disp Proc. Proœm. 1. th. 14. seqq.* Imprimis vero notari meretur fatale appellationis introducendæ, ‡‡‡‡‡ quod Jure Civili erat arbitrarium, *l. 2. & l. 5. C. de temp & reser. App.* Jure Sax. ad mensis spatium esse restrictum, *Appellat. Ordn. tit. von Appellationen. § 1.* Carpz. *P. 1. C. 20. d. 9.* fatale autem Appellationis justificandæ, *ex auth. ei qui C. eod.* in Appellationibus quidem, quæ ad Præfecturas aut Regimina Principum, non vero in iis, quæ ad Curias Provinciales, aut Judicium Aulicum fiunt, observari, monitum *d. Diff. 1 § 25 sq.*

dicatum, sive accusationem judicis apud superiorem, *Ordin. Camer. P. 2. tit. 53. § wo aber einige.*

4. Appellatio, est Querela non acquiescentis iniquæ sententiæ judicis inferioris. Sententiam intelligimus definitivam, non interlocutiones, ut *inferius.* Appellatur quidem etiam a nominatione ad honorem munusve publicum, *l. 1. C. de temp. appell. l. 1. D. de vac. & excus. mun.* ab indictione gravioris tributi, *Nov. 128. c. 7.* Sed inprimis a Sententia. Relatio, cujus etiam mentio fit in Rubrica; duplex est: Una, cum judex causam plene instructam mittit ad Principem, ut is eam cognoscat & decidat, quo casu non potest appellari, *l. 34. C. h. t.* Altera, cum judex, relatis causæ meritis ad principem, de jure illum consulit, ut juxta consultationem ferat sententiam, *l. 1. & l. 2. C. de Relat.* Ab hac, quoniam sit partibus non auditis, recte appellatur, *l. 1. § 2. h. t.* sed hodie regulariter est prohibita, *Nov. 125.* neque moribus, ut puto, exercetur: Principes Ordinesque liberorum populorum, rem judiciariam Curiis judicum ita commiserunt, ut ipsi amplius illis inquietari nolint. Nec prior quidem species relationum fieri solet, ut causa plene instructa mittatur ad Principem, vel Ordines jus Principum habentes: Judices ipsi satagunt. Fieri tamen potest, ut superioribus annis a senatu militari Trisio factum. Habebant duos centuriones, equestrem atque pedestrem, stupri violenti reos; causam invidiæ plenam; cui non pares, Acta judicii miserunt ad Ordines Novem-Viros; Sed hi, re diu multumque agitata, litis in-

‡‡ Etiam novissimam *Tit. 35. § 1. seqq.* Potissima sunt: in possessorio summarissimo leuterationes ex officio rejiciendas esse, nec contra sententias interlocutorias, aliisque in causis absque discrimine admittendas, rejiciendas potius, & parti adversæ juramentum malitiæ injungendum, spatium ad illius præstationem 8. aut 14. dierum præfigendum, eo jurejurando, si non defunctus est, in termino, rejecta leuteratione, pergendum in causa, partemque aut advocatum litis protractæ pœna, 5. aut amplius thalerorum mulcta castigandum. § 1. Ob errorem in verbis, nominibus, numeris, foliis &c. commissum, de quo ex actis satis constat, remedium suspensivum non esse indulgendum, judicis esse, huic rei mederi, facta apud acta annotatione, aut sententia ad JCtos remissa, qui errorem suum gratis emendabunt. § 2. In inferioribus judiciis non nisi semel contra sententiam aliquam leuterationis remedio uti licere, si ad adversæ partis leuterationem forte sequatur reformatoria aut declaratoria, illi, qui jam leuteravit, statim ob justa gravamina ad appellationis beneficium esse confugiendum. Apud medias etiam instantias, si provocatum ad eas, & nihilominus prior sententia fuerit confirmata, leuterationem adversus confirmatoriam eorum in illa instantia non esse interponendam, sed per iteratam appellationem ad instantiam superiorem ab eo, qui se adhuc gravatum credit, provocandum § 3. Leuterationis schedulæ, cujus exemplum nunquam non leuterato etiam sub 5. thalerorum mulcta transmittendum, unum alterumve gravamen specifice & perspicue inferendum esse, alias leuterationem, etiam ob definitivam interpositam, adjecta 5. thalerorum mulcta simpliciter rejiciendam. § 5. Adde quæ § 9. de leuteratione & appellatione contra eandem sententiam interpositis habentur.

‡‡‡ Hoc fatale perendæ citationis est sublatum, leuterans sub 5. thalerorum mulcta in schedula leuterationis, ut terminus ad persecutionem præfigatur, flagitat, aut judex, si leuterationi deferre vult, ex officio terminum constituit, integro spatio Saxonico concesso. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 35. § 5.*

‡‡‡‡ Si in leuterationis prosecutione, aut appellationis justificatione utraque pars non compareat, & leuteratio & appellatio, ipso licet leuterato & appellato absente, adeoque absque prævia contumaciæ accusatione pro deserta habenda est. Nec leuteratus aut appellatus porro prima vice impune abest, potius rite, nisi scripto ad acta priora submittere velit, compareat, & ad leuterationis prosecutionem aut appellationis justificationem respondeat, aut sciat, definitivam in meritis sibi imminere; immo, si judici ob noviter emergentes circumstantias videbitur, opus esse responsione per interlocutoriam injungenda, in impensas, &, ob moram injectam, in quinque & amplius thaleros se condemnandum esse. *O. P. S. E. I. & E. Tit 10. § 3.*

‡‡‡‡‡ Oberleuteratio in causis devolutis adeo locum non invenit, ut cum mulcta ex supremi regiminis arbitrio indicenda sit rejicienda, nisi forte ab interlocutoria appellatum, & reformatorie in appellationis instantia pronunciatum sit, quæ causæ, ad inferiorem judicem non remissæ, immediatis hoc casu æquiparandæ sunt. *O. P. S. E. I. & E. Ti. 35 § 4.*

‡‡‡‡‡ Hoc fatale nunc est sublatum, & a judice, postquam appellationi delatum est, terminus ad justificationem ex officio est præstituendus. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 35. § 9.*

strumenta

ſtrumenta remiſerunt ad ipſos judices militares, ut officio ſuo fungerentur; quod adeo ab illis factum.

5. Inſtitutum appellandi non minus Reipubl. neceſſarium, quam ne appellationes modum excedant, utile eſt: quia celebriores per varios gradus appellationis, intricandis producendisque litibus opportunæ, & publice privatimque noxiæ ſunt; ſed de gradibus appellandi locus erit inferior. Appellationis diviſio eſt in judicialem, quæ a ſententiis fit ac hujus loci eſt, & extrajudicialem, quæ fit a nominatione ad munus publicum, & alio quolibet gravamine: de muncre publico Jus loquitur, ut ſuperius dictum; de gravaminibus aliis Canones, *c. 1. c. cum Romana. 3. de Appell. in 6.* ſed quibus de rebus appellatio detur, ſub propria Rubrica deinde agetur.

6. Quis appellare poteſt? Appellat non ſolum dominus, ſed & is cujus intereſt, & procurator, tutor, curator: Quin hi officii cauſa non ſolum poſſunt, ſed & debent appellare, *l. 4. § 2. & ſeqq. l. 5. D. de appell. l. 2. D. An per al. cauſ. appell. poſſ. l. 17. C. de Procur.* vide tamen de Procuratoribus ſupra, ad *tit. de procur. n. 5. & 14.* Quin & citra mandatum, auditur mater in cauſa filii, maritus in cauſa uxoris, *l. 1. D. de appell. recip. l. 21. C. de Proc.* & generaliter quicunque citra mandatum agere poſſunt, etiam ſine mandato appellare queunt, *arg. l. 1. in f. An per al. c. app.* Quin etiam Uno appellante, in cauſa ejusdem argumenti, reliquis prodeſt victoria ipſius, *l. 10. § ult. b.* Idem eſt, ſi appellans plures habeat adverſarios, & quosdam in appellationis libello nominaverit, *l. 3. § 1. b. Tit. C. Si un. e plur. appell.* quod rebus judicatis in noſtra Curia ſic memini eſſe confirmatum, reliqui illo caſu habent communionem appellationis, *l. 1. d. tit. C.* Quod ſecus eſt, ſi quis adverſus ſententiam in integrum ſit reſtitutus, *l. 2. d. tit.* Quare autem, cum ſententia lata pro uno coheredum, non tribuat actionem, vel exceptionem rei judicatæ, reliquis licet *eadem quæſtio in omnibus judiciis vertatur, quia perſonarum mutatio, cum quibus ſingulis ſuo nomine agitur, aliam atque aliam rem faciat;* cur, inquam, ea res aliter ſe habet in appellatione, *dd. ll.?* Videtur mihi difficile dictu, nec aliud quam hoc in mentem venit; Res inter alios judicata, nec nocet neque prodeſt aliis, *l. 63. de Re Jud.* non poteſt alius pro alio litem conteſtari, non magis quam contrahere obligationem, aut actionem, *l. 73. § 1. de Re Jud.* nec adeo rem pro alio deducere in judicium. Verum re ſemel ab omnibus in judicium deducta, facilius in cauſa appellationis intelligitur conjunctio, ut ſententia per judicem appellationis remota, executio condemnatoria in univerſum tollatur. Atque hæc eſt prima ſpecies communionis in Appellatione.

7. Quod ſi ſententia appellationis ad conſortes, qui non appellavere, pertineat, multo magis proſecutio appellationis ab eo, qui non appellavit, fieri poteſt, quæ tamen non poteſt ulterius habere locum, quam inſtituta eſt ab eo, qui appellatione functus eſt. Exemplum rei judicatæ: Primus & ſecundus acceperant *taxationem* ædium & arborum, quarum pretium ſolverent colono: Primus appellavit ab æſtimatione ſive taxatione ædium, de horto acquievit. Secundus non appellavit, intra dies fatales; jungit ſe deinde pro ſua parte, ſed addit provocationem a taxatione arborum in horto. Non eſt receptus hac parte, quoniam is, qui ſe jungit, eſt acceſſio ejus, qui prior appellavit, non hic alterius. Simile eſt apud Sandium *lib. 1. tit. 17. def. 7.* Atque hæc eſt ſecunda communio appellationis.

8. Datur & tertia, quæ proprius accedit ad Reconventionem in caſu Appellationis. Quando uterque ſe putat in ſententia eſſe gravatum, & unus appellat: Alter, contra quem appellatur, etiam poſt fatalia, poteſt uti remedio ejusdem appellationis, atque a ſua parte petere ſententiæ retractationem, *l. ult. in pr. C. h. t.* In qua perinde locum habet limitatio prædicta; ne extendatur ulterius, quam prior appellatio inſtituta eſt, de qua ſpecie agit Sandius *d. def. 7.* Sic igitur communio Appellationis triplici ſenſu intelligi poteſt.

9. Effectus appellationis eſt, ut extinguat ſententiam, hoc eſt effectu ſuo privet, *l. 1. § ult. ad SC. Turp.* qui autem poſtea ſequitur effectus rei judicatæ, is eſt e ſecunda ſententia; quæ cum ſe referat ad priorem, ideo & appellatio negatur extinguere, ſed tantum ſuſpendere dicitur ſententiam, *l. 32. C. de Tranſact.* hinc & uſuræ, confirmata ſententia priore, curſum ſuum non interruptum continuant, *l. 24. pr. h.* Hinc etiam executio ſententiæ, quæ datur ad Appellationem, non competit judici a quo, cujus facultas ſublata eſt; ſed a judice, ad quem eſt appellatum, fieri debet, quod ita rationi juris omnino convenit, etſi apud Dd. ea res non ſit extra controverſiam, ut videre licet apud Sandium *l. Deciſ. tit. 13. def. 6.* Non eſt æque ratio juris expedita de impenſis primæ inſtantiæ; cum hæ ſint acceſſiones litis,

ideoque

ideoque earum æstimatio ad ejusdem instantiæ judicem pertinere videbatur, *arg. l. 1. C. de ordin. cognit. l. 3. C. de Judic.* Sed quia de hac æstimatione quæritur post appellationem institutam, qua prioris judicis officium est sublatum, ideo judex appellationis hanc etiam officii partem exsequitur, nec ad inferiorem fit regressus: Idque non tantum si judicis inferioris sententia retractetur, sed etiam, si confirmata fuerit, quia per confirmationem sententiæ non restituitur officium judicis in futurum, sed judicatum ejus approbatur in præteritum, idque ita in nostris foris servatur, Sand. *d. Decis. 6.* Hæc de Appellatione in universum: plura ad eam spectantia, per partes in sequentibus Rubricis videbimus.

Tit. II.

A quibus appellare non licet.

I. A principe non licere, ad Principem ab omnibus appellari. II. Excepto Senatu quibusdam temporibus. III. A quibus præterea non licet. IV. A sententia Præfecti Prætorio non dari appellationem, sed fieri supplicationem. V. De Moribus hac parte, ubi de Privilegio Academiæ Frankeranæ.

Primo sciendum, a quibus personis appellare licet. Hoc autem constabit, si intellexerimus, quibus appellare *non* liceat, ut contrariorum est eadem doctrina, quam rationem Juris auctores passim sequuntur. Et quidem a Principe appellari fas non esse, supervacuum est admonere, *cum ipse sit qui provocatur*, ait Ulp. in *L. 1. §. 2. h.* Intellige, ab omnibus, & ultimo: Nam alioqui non est insolens, provocari ab eo ad quem provocatur, ut docet titulus sequens. Verum ab eo, qui *summam* habet potestatem, non posse provocari, quod semper ad superiorem fit, res loquitur. Idque proprium est ejus, qui tenet τὸ κύριον civitatis, id est vere *summam* potestatem. Proinde a sententiis omnium, qui superiorem agnoscunt, dari debet provocatio. Inter imperandi præcepta, dedit hoc Augusto Mæcenas, apud Dionem *lib. 55.* Μήτε γὰρ αὐτόδικος, μήτε αὐτοτελὴς ἅπαξ τις τὸ παράπαν ἔστω, ὥστε μὴ ἐφέσιμον ἀπ' αὐτῆ δίκην γενέσθαι. *Nemo enim Magistratuum*, inquit, *ita sui juris & absolutus omnino esse debet, ut sententias, quarum nulla sit retractatio, ferre queat.*

2. Postea tamen Principes aliqui dederunt hoc jus Senatui, ne a sententiis ejus appellari posset, quod Hadriano adscribitur in *d. l. 1. § 2. h. quo Principum nemo Senatus fastigium impensius extulit, execratus Principes, qui minus Senatoribus detulissent.* ut scribit *in ejus vita* Spartianus. Ante eum tamen Cajus Cæsar Caligula, non modo Senatui, sed etiam *Magistratibus liberam Jurisdictionem, & sine sui appellatione concessit*, ut Suetonius scribit *in vit. ej. cap. 16.* Sed illa fuit prodigentia magis quam liberalitas.

3. Porro nec appellare licet ab executione, nisi modum legalem excedat, *l. 5. C. Quor. Appell. non recip.* nec ab arbitri sententia compromissarii, *l. 1. C. de Arbit.* Unde Reductio, quæ fit hodiernis moribus a pronunciatis Arbitrorum, non fit quasi per appellationem, sed per modum restitutionis tanquam ab enormi læsione, ut diximus ad *tit. de Arbitr. n. 19. & seqq.* Ergo non requiritur, ut Reductio ita fiat ab Arbitris, ut iis insinuetur, apostolive petantur, sed recta potest ad superiorem querela deferri, modo pars adversa certior fiat intra tempus; contra quam aliquando vidi in foro opinantes.

4. Non datur etiam Appellatio a sententia Præfecti Prætorio, sed Supplicatio, *l un. § 1. D. de Off. Præf. Prat.* id est, libellus supplex offerri potest, quo quis non quasi ob iniquitatem, sed ob errorem petat sententiam retractari, *Auth. quæ supplicatio. C. de Precib. Imp. off.* Nec tantum imperatori, sed & præfecto, ejusque consiliariis offerri potest, *d. Auth. & Nov. 19. c. 5.* Hoc remedium vocatur, Ἀνακλήτωσις, *Nov. 82 c. 12.* quæ hodie conceditur a sententiis Curiarum Supremarum, de quibus inferius. Vid. *tit. præc. n. 3.*

5. Moribus populorum, sunt etiam diversæ Curiæ & civitates, quæ licet superiorem agnoscentes, tamen habent privilegium non appellandi vel omnino non, vel usque ad certas summas, de quibus unaquæque Respubl suis utitur exemplis. Academia quoque Frankerana gaudet hoc eximio jure, quod a Sententiis ejus nulla detur appellatio. Sic enim habet *Lex 47. fundament. Acad.* A sententia *pronunciata a Rectore Adsessoribusque judicibus, appellatio nulli concedatur*, quæ res idcirco placuit, ne Studiosi litibus in lon-

in longum productis vexentur, & quia plerumque illis de plano jus dicitur: In causis exquisiti juris & majoris momenti; præsertim respectu aliorum quam Studiosorum, idem juris est, etsi res aliam habet ἀναβεβηκησιν. Plane judices, qui sine provocatione jus dicunt, officio suo exactius & consideratius ad dictata legum, fungi debent: quod cum experientia compertum sit, judices inferiores minus satagere exacte, bonum factum est, quod hoc privilegium rarissime illis conceditur.

TIT. III.

Quis a quo appelletur.

I. Appellatio per saltum ne fiat. II. Quid juris, si alius pro alio judex sit aditus. III. Gradus appellandi juris civ. IV. Quid hac parte moribus.

A Quibus igitur judicibus non est prohibitum appellari, ab his provocari licere, firma regula est: sequens inspectio est, *Quis* appelletur, sive ad quem provocetur; Et sciendum, ab inferiore ad superiorem, ut res ipsa loquitur, fieri appellationem, idque ita, ut ordo juris publici non mutetur, sed immediate superior adeatur; unde regula, ne fiat appellatio *per saltum. l. 21. § 2. de Appell. & l. 4. C. d. Jurisd.*

2. Quod si hac parte sit erratum, quatenus error noceat, quæritur: Et quidem si per errorem ad minorem judicem quam debet, appellatum fuerit, Appellatio erit ipso jure nulla; si vero non quidem is, qui debebat, verum tamen par sit appellatus, error nihil nocet, verum is, qui appellandus erat, nihilominus cognitionem suscipit, quod exemplo præfecti urbis, qui consulis loco erat, appellati declaratur, & sancitur a Divis fratribus in *l. 1. § 3. de Appellat.* Fit enim quandoque, ut incerta sint jura tribunalium, ad quod e pluribus unaquæque causa pertineat, cujusmodi dubia sæpius apud nos aliosque oriuntur: utrum causa ab inferioribus judicata magistratibus, secunda instantia ad Collegium Ordinum novemvirale, an ad Supremam Curiam pertineat: quo casu ipse quidem consultus suasi, ut appellationem alternative interponerent, vel ad hoc vel ad illud collegium, quo dein ipsis integrum esset in Apostolis petendis alterutrum re melius explorata, eligere. Qua tamen in re si erratum sit, error non præjudicabit, nec fatalium jus amittetur. Verum si Curia sit adita, remittendæ sunt partes ad ordines Novemviros; & si hos male contigerit adiri, fiet remissio ad Curiam. Etsi cum dubia res est, ut sunt humana politica, remissiones illæ rarius fiunt, sæpius inter collateralia collegia pullulant contentiones, aliquando non levi partium detrimento.

3. Gradus appellandi, in urbe erant tales; A sententia judicis pedanei, appellatur is qui dedit eum, adeo, ut si præfectus dederit judicem, is appelletur, *l. 1. in pr. h.* etsi Prætorio, præfecti urbis sint inferiores potestates. Nec tamen ideo fit appellatio per saltum, quia judicis datio facit immediatam subordinationem inter dantem atque datum. Si a Prætore datus sit judex, ad hunc appellatur: A prætore appellatur ad præfectum urbi, *l. 17. C. de Appell.* A præfecto urbi Princeps; nemo alius quam Prætorio præfectus appellationis expers est, *l. 12. C. de Appell.* Tres tamen illi gradus pariter non exercentur; Nam qui bis appellavit in eadem causa, denuo non auditur, *l. un. C. Ne liceat in una ead. caus.* Cæterum, a judicis mandatarii sententia, non appellatur qui mandaverit, sed mandante superior, *l. 1. § 1. h.* In Provinciis a sententiis Duumvirorum, præses appellabatur, a Præside Princeps, *l. 19. C. de Appellat.* Sic etiam Paulus ab interlocutione Festi, appellavit Neronem Cæsarem, *Actor. 25. v. 11.*

4. Mores hodierni plures sæpe gradus admittunt, ut est situs & ratio cujusque Reipubl. neque temperamentum juris Civilis, ne amplius quam bis appelletur in eadem causa, usquequaque receptum est. Apud nos non nisi una datur Appellatio in causis civilibus ordinariis, a Judicibus urbanis & agrorum ad Curiam Supremam, etiam a commissariis Curiæ ad Ipsam, nisi quod in negotiis politicis duo gradus habentur; A dicasteriis Inferioribus ad Legatos Ordd. Novemviros, ab his ad Ordines ipsos. In rebus Ecclesiasticis sunt quatuor gradus, A consistoriis ad Classem, a Classe ad Deputatos synodi, ab his ad Synodum ipsam, a Synodo ad Ordines. Quanquam ita fere sunt distributæ res judicandæ, ut amplius quam bis, Appellatio nunquam instituatur.

Tit. IV.

Quando Appellandum.

I. Tempora appellationum Fatalia interponendi & introducendi. II. An prorogari possint. III. Quid hodie juris in appell. introducenda. IV. De prosequenda appellatione quid jure civili & moribus, ut & Reauditione.

Tempora appellationi præscripta, sunt tria; Interponendæ, Introducendæ, Prosequendæ appellationis. Interponendæ olim erat biduum in propria, triduum in aliena causa, *l. 1. § 5. h.* hodie sunt decem dies post sententiam, *N. 23.* Introducendæ appellationis terminus, variat jure Civ. pro locorum intervallo. In eadem provincia sunt tres menses; ad Principis auditorium sex, *l. f. pr. C. de temp. app.* ad delegatum menses duo, *l. 2. § sin autem ex sent. eod.* totidem in muneribus publicis, *l. 1. d. t.* In appellatione ad ipsum Principem est annus, *d. l. ult. § 2.* At non quovis die horum temporum, causæ appellationum agi possunt; observandi enim sunt dies fatales, ita dicti, quod fatum finemque appellationibus adferant: Sunt autem decem; quinque ante lapsum, totidem post lapsum prædictorum temporum, quibus si appellatio non sit introducta, pro deserta habetur: sed impetrari possunt a judice quatuor reparationes menstruæ, post quas adhuc reparatio petenti datur a Principe trimestris, quæ currere incipit ab ultimo die quarti mensis, quibus elapsis, præscriptio opponitur, *d. l. ult.* Sunt autem hæc tempora continua & utilia diverso respectu, fere sicut diximus ad *tit. Inst. de Excusat. n. 13. & ad tit. de perp. & temp. act. n. 4.* Currunt enim a die latæ sententiæ; continentque dies etiam feriatos, *Nov. 23. § 1.* tamen ut non præjudicent ignorantibus, nec non iis, quibus defuit, coram quo appellarent, *l. 1. § 7. & ult. h. t.* Perez. *ad tit. C. de Tempor. app. in pr.* Sand. *l. 13. 2.* Moribus, spatium illud interponendæ appellationis etiam receptum est; in altera variatur. Gail. *1. obs. 139.*

2. Posse autem hæc tempora consensu partium prorogari, non est dubium, *l. ult. § ult. C. de Tempor. appell.* Ab judice nequaquam, altero invito, mutari possunt, *l. 4. in pr. de Tempor. appell.* quominus tamen gravi de causa hæc potestas judici tribuenda sit, non videtur negandum, ac ita sentiunt Dd. quos recenset Wissenb. ad *h. tit. th. 13.* & restitutionem facile impetrari, auctor est Grœnew. *ad l. 3. C. de Temp. appell.* In nostra Curia accidit, ut Appellans peteret prorogationem termini decem dierum, propterea quod adversarius habitaret in Hollandia, cui intra hoc tempus *insinuatio*, (quæ requiritur apud nos,) fieri non posset. Curia terminum legalem sine ultima necessitate prorogare nolens, suggeri jussit Appellanti, ut peteret Curiæ dispositionem, qua Procuratori absentis adversarii injungeretur, ut insinuationem nomine domini acceptaret, quod is recusaverat. Ac ita dispositum est, in *causa Creditorum civitatis Franck. contra se invicem, d. 17. Sept. 1679.*

3. Tempus introducendæ appellationis, quod jure civili pro distantia locorum variat, ut diximus, moribus gentium servari non potest. Ideoque singulis id suo modo determinatum est. Apud nos Judex inferior in apostolis sive epistolis, quas appellanti dat ad superiorem, ut *infra* videbimus, certum tempus, cum maximum, sex septimanarum præfigere debet, intra quod appellatio Curiæ Supremæ offeratur, *lib. 3. Stat. tit. 2. art. 6.* Add. Sand. *l. 13. 3.*

4. Tempus appellationis prosequendæ, hoc est ventilandi novam instantiam, jure nostrate non est definitum. Jure civili fuit olim biennium, quod in annum est coarctatum *l. ult. § 2. C. de Tempor. appell.* intra quod spatium temporis exordium lis capere, finiri utique non debet; *cum iniquum sit propter occupationes florentissimi ordinis, causas hominum perire. d. l. ult. § 3.* Si tamen appellans inchoatam litem deserat, victor prioris instantiæ post annum causam solus peragere potest, *§ 4. d. l. ult.* nisi reparationem annalem a principe justas ob causas impetraverit, *d. § 4.* quod etiam in supplicatione contra sententiam præfecti prætorio, servatur. *§ 5.* Et hoc quidem de contumaci absentia, post litem novæ instantiæ inchoatam, *moribus* expeditam habet facultatem, ut nec annum opus sit expectari, sed accusatione contumaciæ bis terve peracta, non est dubium, quin judex ferat sententiam. Quod si actor non edat citationem, sed introducta appellatione quiescat; usu fori nostri cum ratione juris *d. l. ult. § 4.* optime conveniente, receptum est, ut victor, contra quem est appellatum, Appellantem ipsum

ipsum in jus vocet, ut appellationem prosequatur, aut desistat, vel perpetuum sileat. Die dicta, si Appellans non adsit, neque causam suscipiat prosequendam, accusatur de contumacia, & sequenti audientia rotulari, victor copiam accusationis exhiberJudici ab eoque petit, ut Appellatio *deserta* declaretur: Quod is vel statim concedit, vel, ut aliqui observant, & forte cautius, concesso Appellanti aliquo temporis spatio, intra quod appellationem adhuc introducat, hoc modo; *Curia vi commodoque accusationis, declarat appellationem desertam, salvo trium vel quatuor septimanarum, &c.* cum *expensis.* A Rescriptis ad libellos supplices, appellatur ad Curiam, apud nos intra 24. horas, sicut etiam a *taxationibus* superficierum, quæ fiunt a Commissario Curiæ, (vocatur hoc genus, *Reauditio*) quod tempus currit ab hora pronunciationis aut editionis rescripti, vel insinuationis ab adversario factæ, *lib. 3. Stat. Fris. tit. 62.* Dix. *part. 2. Jurispr. bad. l. 2. c. 24. n. 23.*

Tit. V.

De Appellationibus recipiendis vel non.

I. Regula est, Appellationem esse recipiendam. II. Excipiuntur quædam causæ. III. Non tamen criminales, sub limitatione. IV. Quod secus aliarum gentium moribus. V. In Possessoriis non recipi appellationes.

Appellationem superiori judici oblatam, hic nullo modo recusare potest, alioqui damnum litis sustinet, decem auri libris mulctatur, *Nov. 123. c. 3.* quæ pœna vix est ut hodie obtineat; neque tamen urget periculum, ne Curiæ superiores facile recusent hujusmodi cognitiones. Sed dantur casus, quibus appellationes non recipiuntur, quidam respectu judicis, alii ratione causæ, denique respectu personæ appellantis. Casus, qui pertinent ad judicem, habuimus ad *tit. A quibus appellare non licet.*

2. Ad causam spectant hæ exceptiones; Si quæstio sit de Annona, de aperiendo testamento, missione in possessionem bonorum, & qualibet executione, *l. ult. l. 6. C. Quor. appell. non recip.* item in causis tributorum & debiti fiscalis repetitione, *l. 4. eod. tit.* Porro a solis Sententiis appellari potest, non ab interlocutione, *l. pen. eod.* nisi contineat ejusmodi gravamen, quod sententia corrigi nequeat, *l. 2. h. t.* qualis erat Interlocutio Festi, arbitrantis Paulum Hierosolymis judicari; Ni potius non tam fuerit appellatio, quam protestatio, & petitio remissionis, quia civis erat, ad Cæsarem: quo modo Plinius *epist. ad Traj. de persecut.* se Christianos, qui cives erant, annotasse refert, ut recta in urbem remitterentur, reliquos ipse judicabat. Jure Canonico, & moribus, plerumque ab interlocutionibus etiam appellari potest, imo ab omni gravamine licet extrajudiciali, *c. super. 12. c. ex parte. 47. c. cum cessante. 6. X. de Appell.* Gail. *1. obs. 129.* Mynsing. *4. obs. 43.* Carpzov. *P. 1. Const. 23. def. 12.* *Stat. Fris. lib. 3. tit. 2. art. 59. & 60.*

3. De Appellatione in criminalibus, non minor est usus forensis a jure civili discrepantia. Nam leges adeo permittunt appellationem Reis criminum, ut alium quoque nomine rei, mandato licet carentem, licet extraneum, admittant, *l. 6. de Appell.* Cujus rei summa *humanitatis* est ratio, *d. l. 6.* cum enim Appellatio sit remedium contra oppressionem, *cap. un. de pœn. in Extravag.* & præsidium innocentiæ, *cap. cum spec. § porro X. de Appell.* nusquam magis & liberius quam in criminalibus, locum habere debet. Quid est igitur, quod in *l. 42. de V. S.* scriptum est; *De mulcta provocationem esse, de pœna non esse. Simulatque enim victus quis est ejus maleficii, cujus pœna statuta est, statim ea debetur*, ait Paulus. Credo cum *d. lex 6.* sit Ulpiani, Thomasius noster antinomiam esse diceret, ut ex nominibus æmulorum istorum ubique solet augurari. Sed tu dic; Reo, qui crimen fatetur, sed pœnam ultra modum ait esse infictam, quæ tamen pœna lege specialiter imposita sit, ab hac non dari appellationem, quia non tam esset a judicis dicto, quam a Lege provocatio. Quod res loquitur non habere locum in pœnis extraordinariis, quæ pro meritis circumstantiarum & judicis arbitratu infliguntur, Cujac. *6. obs. 33.* A. Matthæus *comm. de crim. ad tit. 17. l. 48. Dig. c. 5. n. 15.* Secundum hæc in Galliis, quicunque se gravatum putet in sententiis rerum criminalium, appellare potest, teste Rebuffo *comment. ad Const. Reg. tom. 3. tract. de Appellat. art. 7. gl. 2. n. 22.* & usu notissimo. Nec desunt, qui hanc humanitatis rationem putant esse tam validam, ut nec Statutis prohiberi possit, Covarruv. *part. 2. Quæst. 23. sub num. 5.* Daniel Mollerus *lib. 4. Semestr. c. 33.* ut nec ipsi, addunt, diabolo sit negandum:

dum: Atqui sunt tamen casus, quibus etiam jure civili in capitalibus negatur appellandi facultas, ut sunt insignes latrones, seditionum concitatores, ducesque factionum, *l. 16. de Appellat. l. 1. §. 9. vers. nisi forte. de Injust. rupt. irr. test.* homicidæ, venefici, malefici, adulteri, & violentiæ, manifestis argumentis superati, testibus convicti, voce propria confessi, (absque tormentis scilicet.) *l. 2. C. Quor. Appell. non recip.* officiales a suo judice condemnati, ob delictum in officio commissum, *l. 3. C. eod.* denique raptores virginum, post legitimas & juri cognitas probationes; confessio enim in his non requiritur, *l. un. in fin. pr. C. de Rapt. virg.* quod exquisito rigori juris civilis adversus virginum raptores, quem mores temporum non probant, adscribendum.

4. Sententia juris Rom. his limitationibus instructa. ejusmodi est, ut servari mereatur, rectèque Galli consulunt hac parte. Sed tamen consuetudine multarum gentium appellandi jus sublatum est, aut valde restrictum in Criminalibus & maxime in Capitalibus. De Germania testes sunt Mynsing. *cent. 2. obs. 98. n 2 & cent. 4. obs. 41.* Gail. *1. obs. 128. & lib. 1. de pace publ. cap. ult. in f. 36.* De consuetudine Hispaniæ, Scacc. *de Judic. l. 1. c. 67. n. 62. 63. 87. 93. & 95.* In Italia non dari appellationem in criminalibus, testis est Julius Clar. *§ fin. Qu. 99. n. 3.* De Belgicis Provinciis, idem Græneweg. *ad l. 2. C. Quor. Appell. non recip.* adfirmat. In Frisia non est locus huic Quæstioni, cum ibi Criminalis jurisdictio sit penes solam Curiam supremam, a qua non est ad quem appelletur: Revisio autem a Criminalibus heic nihilo secus excluditur. In Hollandia & quibusdam aliis ditionibus distinguitur inter processum judicii criminalis ordinarium & extraordinarium; Si ordinarie procedatur per modum litis contestationis & solennis disceptationis, appellatio locum habet, non si extra ordinem & summarie ex officio procedatur, qua de re pluribus agit Bortius *in tract. vern. de usu appellat. in Criminal. in Holl.* Nihilominus, si verum est dictum Juvenalis:

Nulla unquam de morte hominis cunctatio longa est,

non sit de nihilo, quod aliquis contendere possit, jus Romanum ita, quemadmodum *supra* collocatum est, videri præferendum; quemadmodum Curia Hollandica multis rationibus olim probavit, sed non approbavit Ordinibus Hollandiæ, teste Grotio in *Apolog pro regim. Holl. c. 12. sub fin.* Romana sententia sic limitata est, ut periculum, ne Rei criminum semper appellent, moraque & sumptibus Reipubl graves forent, minus sit, quam est liberæ plenæque defensionis ratio, pro salute hominum miserorum: Præsertim, quia certissimum est, in criminalibus æque errores opinionis aut affectus, quam in civilibus, posse atque solere committi.

5. In judiciis possessoriis non recipiuntur appellationes, quia periculum est in mora, & quoniam victus effectum appellationis per judicium petitorium adipisci potest; quippe cum, eo si obtineat, proprietas adjudicata possessionem comprehendat, *l. un. C. Si a momento poss.* Recte graviterque in iis locis, ubi judicia possessoria summatim celeriterque absolvuntur, ut apud Romanos fiebat, *l. 3. C. de Interdict.* Sed postquam procedendi ratio mutata, judiciaque possessoria distingui cœperunt in ordinaria & summaria. stylo juris Canonici, quod & appellationes de quovis gravamine admittit; receptum est, ut in possessoriis appelletur, modo tamen & effectu dispari. Probata enim est hæc distinctio, ut a sententia lata in judicio Interdicti summario, appelletur quidem, sed tamen judicatum prius executioni committatur, sub cautione de restituendo, si aliter a superiore judicetur: At in possessorio pleno sive ordinario, appelletur ad utrumque effectum, tam suspensivum, executionis, quam devolutivum cognitionis, *c. 10. & 15. X. de Restit. Spoliat. c. 1. de sequestr. fruct.* Sand. *lib. 1. tit. 15. def. 5.* in Frisia sic etiam observatur in possessorio pleno, nec potuit aliter, postquam ita invaluit, ut de possessione dilationibus ordinariis, iisdemque ac in petitoriis uteremur. In summario possessionis judicio, diversum in Frisia procedendi modum esse, notat Sandius *ibidem*; quis ille sit, non refert: Quando judex sive commissarius Curiæ in loco contentioso, cognita summatim causa, tulit sententiam, diem præfigit, quo is, qui gravatum se putet, ordinario judicio experiri potest, si velit; quod ut appellatio non sit, effectum tamen habet eundem, quem solet habere appellatio sine suspensione executionis; hoc excepto, quod impensas, qui judicio summario in illas condemnatus fuit, si in ordinario possessorio vincat, non recipit: quæ per victoriam in appellatione recuperari possent.

6. Supersunt causæ Appellationis non recipiendæ, quæ respectum habent ad personam condemnati. I. Si quis juri suo in causa quadam appellandi renunciaverit, *l. 1. §. 3. Quib. appell. non lic.*

lic. II. Si quis adverſario ſuo detulerit jusjurandum. & ſecundum id lata fuerit ſententia. *l. 31 in fin. de Jurejur.* III. Si quis ob contumaciam ſit condemnatus, *l. 1 C. Quor. Appell. non recip. l. 13. § 4. C. de Judic.* IV. Si quis officialis officii ſui ratione a judice, cui inſervit, condemnatus ſit, *l. 3. d. t. Quor. appell.* V. Si quis crimen propria voce confeſſus ſit, *l. 2. C. eod.* VI. Qui bis appellavit, tertium non auditur, etſi adhuc ſuperior exiſtat judex, *l. un. C. Ne lic. in una cauſ. ter appell.* VII. Si is appellat, ad quem res non pertinet, niſi juſtam ejus quod ſua intereſt, habet cauſam, *l. 6. in pr. de Appellat.*

TIT. VI.

De Libellis Dimiſſoriis, qui Apoſtoli dicuntur.

I. Quando appelletur. II. Quid Apoſtoli, & quando petendi. III. Quid juxta illos. IV. Mores de Apoſtolis. V. Quid amplius in Friſiis. VI. Cur a gravaminibus, præter ſententiam, requiratur appellatio in ſcriptis.

Appellationes interponuntur, vel viva voce, vel ſcripto. Prius ſiquidem illico apud acta provocetur, & ſufficit dixiſſe. APPELLO: Sin alio die, vel non apud acta, libellus appellatorius judici, a quo appellatur, offerendus eſt, quo libello ſcriptum ſit, & a quo detur, id eſt quis appelleт, & adverſus quem, & a qua ſententia, *Nov. 23. c. 1. l. 2 § ult. l. 2. & l. 5. § ult. D. de appell. l. 6. § pen. & l. 14. C. eod.*

2. Deinde petendi ſunt Apoſtoli; qui tam etymologia quam ſignificatione ſunt idem quod Epiſtolæ, quas Appellantem petere oportet a judice, qui tulit ſententiam, in quibus ponitur, quis, contra quem, & qua de re litem habuerit, qualis ſententia lata ſit, ac uter appellaverit, *l. un. § 1. h. t.* Peti debent intra XXX. dies a lata ſententia, *l. 24. C. de Appell.* & peti debent, ſi non exhibeantur, inſtanter & ſæpius; Quod ſi tamen non dentur, id ipſum conteſtetur appellans, *d. l. un. § 1. d. l. 24.* Judex autem niſi mulctavi velit, *d. l. 24. C. de appell.* apoſtolos dare debet, *l. 6. § ult. C. eod.* Ratio juris & Statuta noſtra, dant literas compulſorias, *lib. 5. tit. 2. art. 61.*

3. Intra idem tempus acta cauſæ parti adverſæ, ut ſcribit D. Wiſſenbach. & alii *hic*, tradenda, ſed *Nov. 126. c. 3.* ſic ait, utrique litigatori acta per judicem eſſe tradenda, quod etiam præcipit *lex 19. C. eod.* Addere poteſt judex relationem, & appellans refutatorias Preces, monet idem ex *l. 6. § ſuper his. 3. C. de Appellat.* ubi id tantum de capitalibus cauſis admonetur. in cæteris Apoſtoli ſufficiunt.

4. Hæc apud nos etiamnum obſervantur, & re & nominibus, *lib. 3. Stat. tit. 2. art. 61. & ſeq.* Sand. *l. 13. 3.* Per Germaniam & Galliam, Apoſtolorum petendorum neceſſitas eſt ſublata. * Ord. Cam. *part. 2. tit. 30.* Ga *Lobſ. 139. n. 15.* Mynſing. *lib. 4. obſ. 16.* Bugn. *de Leg. abrog. art. 97.* Et in Hollandia ſimpliciter exoleviſſe hunc titulum, ſcribit Græwen. *hic.*

* Quod in Saxonia ita ſe habere tantum abeſt, ut & aliud fatale Apoſtolorum redimendorum, ‡ obſervantia fori noſtri introduxerit, quod ipſum, ſi in termino a Judice præfixo non fuerit factum & obſervatum, appellatio pro deſerta habetur. Ill. Griebner. in *Princ. Proc. Judic. L. 1. c. 6. ſect. 2. § 6.* & Ill. Mencken, *Proc. Diſſert. 1. Proœmial. § 21.*

‡ Hoc fatale in appellationibus ab inquiſitione, inhibitionibus in ſuprema curia provinciali, monitorio, publicatione reſcripti, decreti, aut ſententiæ, vel alias a futuro gravamine, in cauſis politiam & diſciplinam concernentibus, item ab executione, & immiſſione, ſubhaſtatione aut in cauſis cambialibus, penitus ſublatum, judex a quo ſaltim intra 8. dies ex officio, appellante certiore non reddito, judici ad quem, quid actum, ſignificabit, ſumtus etiam ad acta liquidabit, nec appellante licet renunciante, aliter faciet; tum judex ad quem, ſi non ſingulares circumſtantiæ aliud ſuadeant, absque communicatione reſcribet, &, rejecta appellatione, partem aut patronum 5. 10. & amplius thaleris puniet, addita reſcripto clauſula, ne ullam ulteriori appellatione moram ſibi fieri judex a quo patiatur. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 35. § 7. Conſ. § 8.* ubi: Apoſtolis non redemtis, nihilominus, quid actum, ex officio judici ad quem ſignificari debere, conſtituitur, ſumtus vero ab appellante poſt principis reſcriptum repetendos eſſe, immo quotiens appellatio videtur deſerta, aut non admittenda, JCtorum ſententiam non eſſe requirendam, ſed referendum ad judicem ſuperiorem, qui ejusmodi appellationes, indicta mulcta, & pro re nata, addita clauſula, ne ſe amplius appellando morari patiantur, rejiciet. § 9. cautum eſt, acta ad judicem ad quem eſſe transmittenda, ſive refutatorii fuerint apoſtoli, ſive reverentiales.

5. Frisii præter Apostolos requirunt, ut Appellatio facta insinuetur parti adversæ & judici, *d. t. art. 21.* Quod ad partem adversam attinet, res habet evidentem rationem, ideoque ejus omissio facit nullitatem appellationis: Sed judici jam quaro cur facienda sit insinuatio, non admodum liquet, seu viva voce, sive per libellum fuerit appellatum. Ideoque e neglectu hujus requisiti, etsi Statutum in formis rerum agendarum alioqui rigide observandum sit, Curia non solet locum dare Nullitati, atque ita definitum est in causa *Joachimi Laurentii contra A. C. van H. anno 1679.*

6. Addit idem Statutum, ab aliis gravaminibus, quam a sententiis definitivis, appellandum esse non aliter, quam in scriptis, *art. 58. 60.* Aliter facta appellatio est nulla, ut judicatum in causa *Johannis de Jonge*, contra *Rykjen Stevens. ante fer. natal. 1619.* & rursus inter *Petrum Wibes & Schultetum Gabbes Excip. d. 19. Martii 1680.* Statutum addit rationem, quia debent addi rationes gravaminis, *d. art. 58.* quæ non nisi scripto reddi possunt. Paulo aliter in *Jurispr. hod. part. 2. lib. 2. c. 45. n. 16. & 17.* Sed vide sis Mynsing. *3. obs. 15. n. 15.* Gail. *1. obs. 130.*

Tit. VII.

Nihil innovari appellatione interposita.

I. Sententia Rubricæ. II. In quibus casibus cesset hæc regula. III. Quæstiones duæ de novatione, dum pendet appellatio, decisæ. IV. An locus sit novæ litis contestationi & probationibus. Esse moribus. V. Non videri esse jure civili. VI. An liceat in libello appell. opponere compensationem, quæ non fuit in priore instantia.

Hæc rubrica continet effectum Appellationis, qui est suspensio sententiæ, consequenter & executionis, *l. un. in pr. h.* idque sive recepta sit Appellatio, sive non, *d. pr. l. 6. de Appell. recip. l. 3. C. de Appell.* tam in criminalibus quam civilibus causis, *l. 12. & seqq. C. eod.* Quæ res hanc recipit limitationem, quod is, qui duorum condemnatus est criminum, si quidem a leviori appellaverit, executio non differtur, secus si a graviori, *d. l. un. § 5.* Pendet autem executio scilicet, quamdiu a Judice superiore non est pronunciatum vel decisum, recipienda sit appellatio, an secus, *d. pr. h.* Ideoque interim relegatus, libere in Patria versatur, ordine motus cœtum participat, ac ita in aliis, *d. l. un. § 2. & 4.*

2. Non est igitur juridica distinctio, qua vis appellationis dicitur esse vel Suspensiva executionis, vel Devolutiva cognitionis. Sed jure Canonico & moribus introducta & applicita judiciis possessoriis, ubique valet: Scil. ut Sententia post appellationem executioni detur, sed tamen causa denuo cognoscatur, ut intelleximus *ad tit. de Appellat. recip. vel non.* Hujus rei minime spernenda est ratio, ne spe sufflaminandæ executionis, moratores, appellationis beneficio in causis, quæ moram non ferunt, abutantur; Quare factum est, ut hæc distinctio ad alia quæque judicia producta fuerit, cujusmodi sunt apud nos sententiæ super relaxatione prædiorum conductorum, super alimentis, mercedibus famulorum ac operariorum, denique omnes sententiæ de summis infra ducentos florenos, *lib. 3. Stat. tit. 2. art. 67.* de quibus Sandius *1. tit. 13. defin. 4.* Addit autem, *hoc placito non contineri sententiam provisionalem, qua quis ad consignationem* pecuniæ quantæcunque *damnatur.* Concise & obscure; Quid enim, an hæ manent in statu? Ita videtur, si excipiantur ab Edicto, quod exprimit causas, quæ pendente appellatione accipiunt executionem. Sed est aliter, dantur executioni, ut notat D. Sackma *not. Man. ad Stat. 3. 2. 67.* ubi judicatum de summa 1600. Carolinorum. Ratio, quia tales sententiæ non adferunt peremptorium præjudicium. Nec enim pecunia toll i potest, nisi sub cautione de restituendo, quod est commune requisitum omnis pecuniariæ condemnationis infra summam prædictam, *Edicto 18. Septembr. 1619.* excepto Fisco, qui nunquam cavet; idemque de Fisco improprie dicto municipiorum esse observandum placuit Curiæ nostræ ad libellum *W. G. contra Renicum a Burmania, d. 4. Jun. 1630.* Si plures summæ una sententia comprehendantur, si quidem ex una causa veniant, fit cumulatio, non si ex diversis principiis, quod Sandius *ibidem* exemplis illustrat. Idem negat, Edictum habere locum adversus actorem, si is repulsus & in expensas sit condemnatus, quæ sunt infra summam 200. florenorum. Idque ideo, quod edictum non loquatur de *sententiis absolutoriis*, sed tantum de condemnatoriis, quod ego nec in veteri, nec in recentiore Edicto reperio, utrumque de sententiis & appellationibus, simpliciter loquitur.

3. Quæ-

3. Quæritum est, an pendente appellatione pecuniæ controversæ Arresto præcludi possint, atque an hæc sit novatio? Est sane aliquid novi, quod prius non fuit, sed tamen est ejusmodi noviras, per quam nihil innovatur, verum res manet in statu, quo fuit ante sententiam, adeoque & ante fieri potuisset. Judicatum est igitur, arrestum post sententiam, appellatione pendente non præjudicare, argumento *hujus* rubricæ, *d. 23. Januar. 1630.* Aliud quæsitum fuit; Sempronius desponderat sibi puellam sine voluntate Patris, sed nondum eam solenniter duxerat. Condemnatus erat a judice loci in mulctam, & abstinendum a cohabitatione. Appellaverat, ac interim cohabitationem continuare volebat, a qua judex inferior eum cohibebat. Conquerebatur, & petebat inhibitorias, argumento hujus tituli, quod hæc esset innovatio, cohabitationem inchoatam sibi pendente appellatione permittendam: Sed repulsam tulit, eo quod ille Harus cohabitationis ante celebrationem publicam, non erat status juris, sed facti illicitus. Si matrimonium fuisset legaliter celebratum, prohibitio cohabitationis fuisset innovatio, ut videtur. Dices; Matrimonium fit consensu: sed respondetur, postquam publici ritus sunt recepti, licet ad substantiam matrimonii non pertinentes, faciunt tamen, ne ante id tempus coire & cohabitare fas sit, ut *suo loco* dictum. Ita judicatum *ad libellum J. Helmichs, ante ferias O. S. 1681.*

4. Hactenus de novatione, quæ inter utramque facienda sit instantiam. Sequens est consideratio, an ipsum Appellationis judicium aliquid novi recipiat, novam Litis contestationem, novas probationes & argumentationes, an vero ex iisdem Actis a superiore sit judicandum. Non opus esse nova litis contestatione, nec probationibus uti licere novis, nisi pertineant ad positiones apud priorem judicem propositas, tradit D. Wissenb. *ad h. tit. de Libell. Dimiss. th. 2.* Usum fori secus ferre, novamque fieri litis contestationem, novas admitti probationes, etiam super articulis plane diversis satis constat, Mynsing. *cent. 1. obs. 41. vers. Contrarium.* Gail. 1. *obs. 75. & 105.* Nostroque in Foro, quod minimum a Jure Civili recedit, adeo cuncta nova sunt in processu Appellationis, ut præter libellum & responsionem, juxta sententiam, & si quam reus fecerit oblationis copiam, nulla veterum actorum prioris instantiæ neque positionum ratio habeatur. Debet quidem esse eadem res, eadem causa, & eadem summa petitionis: Sed argumentis & probationibus arbitratu suo, utrimque novis uti possunt, *lib. 3. tit. 2. art. 62. & 63.* ac ita fert usus; ut aliquando contingat, causas male defensas vel adstructas, per appellationem, meliorum operationum testiumque & instrumentorum retractari.

5. Quid Juris civile ferat, Leges docere debent; Ex *l. 13. C. de Procurat.* solet probari, in appellationis judicio non esse opus nova litis contestatione. Sed est ibi oppositio inter primam litis contestationem & Appellationem: Unde potius diversum colligas: Et sane, quando novum esse judicium, non negatur, *l. 6. in pr. C. h. t.* non videtur nova litis contestatio abesse posse; Cui accedit, quod in § 1. *d. l. 6.* si litigator minus se allegasse crediderit, *quod in priore judicio fuerit omissum*, hoc apud eum, qui de appellatione cognoscit, prosequi licere traditur. In § 2. datur facultas *alios producendi testes*, quam prius adhibiti fuerint, sine limitatione, *si sint eadem positiones*; hæc autem novum judicii processum, adeoque novam litis contestationem supponere videntur. At in diversum nos vocant alii textus. *Lege 15. C. de Appell.* præcipitur, ut *acta judicii ad plenam instructionem Superioris transmittantur, ne lis incognito negotio dirimatur.* In *l. ult. § 1. C. eod.* prohibentur litigatores, uti dictis prioris instantiæ, *nisi quid explicandum, aut, si quid novi habeant, addendum fuerit*; alioqui *sufficere* prioris judicii *gestorum volumina*, ad magistratus scriniorum *introducta.* Quod igitur supra de novis probationibus dictum est, quomodo accipiendum sit, habetur *l. 5. C. de Tempor. Appell. Licentia patet tam appellatori quam adversæ parti, novis etiam adsertionibus utendi, vel exceptionibus, quæ non ad novum capitulum pertinent, sed ex illis oriuntur & illis conjunctæ sunt, quæ apud anteriorem judicem noscuntur propositæ.* Ex his constat, Superiorem Judicem ex iisdem actis causam cognoscere & sententiam ferre, salva partibus explicandi & addendi facultate intra eosdem disceptationis limites, ut nec opus sit nova litis contestatione, cum etiam ab una parte persecutio fieri possit, *l. ult. § 4. in pr. C. de Temp. appell.* ubi; *sive ex una parte, sive cognitionaliter.*

6. Moribus, ut dixi, Germaniæ & nostris, necessaria est nova litis contestatio novusque Processus. Etsi in Hollandia, si quando a Curia ad Supremum Consilium fit appellatio, res ex iisdem actis judicatur, nec ideo novis probationibus,

sive

sine beneficio restitutionis, uti licet, Grœneweg. *ad l. 4. C. de Tempor. appell.* Idem de Gallis testatur Autum. *ad d. l. 4.* At in provocationibus a sententiis judicum inferiorum, alia ratio est. Sed Conclusio, ut antea dictum, id est summa petitionis semper in iisdem terminis versari debet; nec hactenus novum aliquid admitti potest. Ea de re sic est quæsitum; In priore instantia Reus injuriarum, concluserát ad rejectionem actionis, etsi injurias sibi vicissim illatas querebatur, quas compensari oporteret; verum hujus compensationis, conclusioni ipsi non insertæ, non erat habita ratio. In Appellationis libello non modo referebat injurias sibi vicissim factas, sed etiam in conclusione petebat, ut compensarentur. Adversa pars excipiebat contra hanc novationem. Sed exceptio rejecta est, ob hanc rationem, quod Compensatio ipso jure fiat, etsi non petita; si modo ex actis de facto reciproci debiti constet, adeo ut petitio compensationis non sit factum novum, quando qui compensat, nihil compensare dicitur, *l. 21. de Compens.* In causa *Tiardi Hieronymi, contra Gabrielem Roqueval, an. 1630.* Denique probationem in judicio Appellationis incumbere iisdem, quibus in priore judicio incubuit, non est dubium, nisi vitium Processus arguatur, quod Appellans demonstrare debet. Mascard. *1. de Probat. concl. 115.* Wissenb. *ad Tit. de Appel. num. 24.*

TIT. VIII.

Quae Sententiae sine appellatione rescindantur.

I. Sensus rubricæ. II. Inductio per species. III. Expositio l. 1. § ult. h. t. *IV. De usu hodierno.*

Sensum hujus Rubricæ dedimus ad *princ. tit. de Appellation.* scilicet, quid juris interfit inter Rescissionem, quæ fit per Appellationem, & Nullitatem, quando Sententia est ipso jure nulla, ‡ neque requirit hoc remedium. Casus, & an ejus differentiæ effectus adhuc uibivis duret, attigimus ad *tit. de Re Jud. n. 48.* Hoc sibi vult Rubrica; *Quæ sententiæ sine appellatione rescindantur.*

2. Species videamus; Cum contra sacras Constitutiones judicatur, appellationis necessitas remittitur: Contra Constitutiones autem judicatur, cum de jure constituto, non de jure litigatoris pronuntiatur. Ergo si judex ita dixerit; neque filios, neque ætatem ad tutelæ excusationem prodesse, vel potuisse defunctum etiam minorem quatuordecim annis, testamentum facere, de jure constituto pronuntiasse intelligitur; quod si negaverit, de ætate probatum esse, de jure litigatoris pronuntiasse intelligitur, quo casu appellatio necessaria est, *l. 1. § 2. h. l. 2. C. Quando Provoc. non est nec.* Porro nec opus est appellatione a sententia contra rem judicatam lata, *l. 1. C. Q. provoc. nec. non est.* nec III. a judice incompetente lata, aut qui modum & tempus suæ potestatis excessit, *l. 5. & 6. C. eod.* IV. vel ex error calculi, *l. 1. § t. h.* vel V. si quis condemnatus tanquam contumax ex edicto peremptorio, quod neque propositum est, nec in notitiam pervenit, *l. 1. § pen. hic.* si reus tempore, quo sententia dicitur, in rebus humanis esse desiit, *l. 2. hic. l. 59. § fin. de re jud.* VI. Si talis sit condemnatio, cui pareri per rerum naturam non potest, *l. fin. hic.* adde Struv. *h.*

3. Huc etiam pertinet, quando judex de causa Reconventionis non tulit sententiam, sed de conventione tantum, non est necesse hunc appellare ad effectum suspensivum executionis obtinendum, sic enim legibus obtinet, ut executio sententiæ latæ differatur, usque dum altera æque perlata fuerit; sed tamen recte appellatur, scilicet ad effectum devolutivum cognitionis; quæ est explicatio *l. 1. § ult. h. t.* Ex quo loco sunt hæ duæ observationes: I. Quod sententiæ conventionis & reconventionis, pari non semper incedant passu. II. Quod distinctio inter effectum appellationis suspensivum & devolutivum, non sit penitus a jure aliena, quod quidem hoc casu liqueat.

4. De usu hujus tituli, Grœnewegius *ad tit. C. Quando provoc. nec. non est.* Hic titulus nusquam receptus est, *ait*, Noltris enim & aliorum

‡ Quod ad nullitatis remedium attinet, negligenda est JCtorum nonnullorum distinctio, inter decreta & sententias; Quæ in O. P. V. constituta sunt, de nullitate ex defectu citationis, vel mandati oriunda neutiquam sunt intelligenda; denique cum nullitatis remedio intra spatium Saxonicum interposito, incumberet ei, qui interposuerat, anniti, ut citationes intra geminatum spatium Saxonicum fiant, hoc nunc in simplex tale spatium coarctatum est. *O. P. S. E. I. & E. Tit. 38. § 1.*

mori-

moribus * necessaria est Appellatio, etiamsi sententia sit ipso jure nulla, pluresque citat Galliæ Belgarumque scriptores. Rationem ait esse, quia *nullitates Processus hodie non attenduntur, si de meritis causæ principalis constet.* Atqui hæc ratio non convenit plerisque nullitatibus, quarum exempla *supra* scripsimus, quæ ad substantiam negotii potius quam ad modum procedendi pertinent. Proinde si non est opus appellatione, præterquam si vitium processus arguatur, nimis temere Censor universi tituli usum abolevit. Præsertim si addamus exceptiones, quas ipse ponit. Ait enim, Tituli usum superesse in ipsis vitiis Processus; si nullitas procedat ex defectu jurisdictionis, citationis, mandati Procuratorii, & si lata sit nulla sententia in Curia suprema. Quas exceptiones si addas ei, quod dictum, Nullitatem adhuc usum habere distinctum, si aliunde quam ex vitio Processus oriatur, parum aberit, quin Grœnewegii crisin converterre liceat, usum tituli superesse hodieque, exceptis casibus quos ipse viderit, nec enim expressit. Plane hoc verum est, Querelam nullitatis per modum provocationis ad judicem superiorem factæ administrari, per modum, inquam, non jure appellationum: Cujus rei argumentum habeo, quod tales sententiæ & similes, *tit. C. Quand. prov, nec. non est*, nunquam transeunt in rem judicatam; & ad 30. annos impugnari possunt, proposita nullitatis querela apud eundem vel superiorem judicem. Sera tamen nullitatis querela, temporibus appellandi elapsis, nisi evidens sit, non solet impedire executionem, idque ob metum calumniarum, Gail. *1. obs. 113. n. 24.* add. Struv. *h.*

Tit. IX.

An per alium causae Appellationis reddi possunt.

Huic Quæstioni, quam Rubrica præfert, ita satisfacit Ulpianus: In rebus pecuniariis agi possunt causæ per Procuratorem, etsi ignominia inde sequatur: In criminalibus *non licet*, si causa sit, *ex qua sequi solet pœna usque ad relegationem*, ait textus. Quid si pœna sit ipsa relegatio, licetne dare procuratorem? Licere, censet Menoch. qui verba *usque ad* intelligit *exclusive*, *1. de arbitr. cas. 10. num. 129. & cas. 387. n. 13.* Nec ratio abhoret; Etenim in pœnis corporalibus dato Procuratore, non posset ipse reus absens adfici pœna; quod in Relegatione habet facultatem; etsi in foro nostro sic est receptum; Et vinculis reos mitti in exilium; nec ideo procurator, qui absentem defendat, in talibus admittitur. Nec alia mens Ulpiani in hac positione *d. l. 1.* Sed *si ea causa sit, ex qua sequi solet pœna usque ad relegationem, non oportet per alium causas agi, -- plane si pecuniaria &c.* Adde Wissenb. *ad h. tit.* qui ex Claro & Gomezio narrat usum Fori hunc esse, ut si pœna corporalis non sit, causa per Procuratorem agi possit. Quod juri nostroque usui, quemadmodum dixi, convenire non videtur.

Tit. X.

Si Tutor vel Curator Magistratus creatus appellaverit.

Sic Rubrica legitur; disjunctiva tamen transposita, melius ni fallor, Si *Tutor, Curator, vel magistratus creatus appellaverit.* Agitur enim heic de provocatione a muneribus publicis, sive illa Tutela, vel cura sit, seu Magistratus: non quid juris, quando is, qui Tutela aut Cura fungitur, ad Magistratum vocatus est, ut Rubrum nunc indicat. Qui vocatus est ad munus publicum, statim appellare potest, *l. 1. C. de temp. appell. l. 1. de vacat. & excus. mun.* Non tantum a Tutela & cura, quæ in privatis patrimoniis versantur, sed etiam a vere publicis administrationibus, ut si quis centurio, signifer, aut ordinis inferioris in civium centuriis creatus, aut etiam Diaconus; quomodo Doctorem Juris Rostochiensem, quem Diaconum sui creaverant, ad supremum Suerinici regiminis Consilium, quod est Wismariæ, provocasse, & implorato Academiæ nostræ, in qua promotus erat, testimonio, absolutum esse memini. Apud nos appellatio in talibus parum usitata, minime tamen abolita est, multoque satius foret, hoc uti remedio, quam tot conflictari difficultatibus: quod aliquando vidimus agitatos, qui id genus muneribus subducere se volebant. Olim etiam a

* Non certe Saxonicis; uti videre est ex *Ord. Proc. Saxon. Tit. 38.* & ad eum Commentatoribus, *impr. Ill.* Mencken. *d. l. p. 436.*

tutela & cura ſtatim appellari ſolebat, donec Divus Marcus ita conſtituit; *Si quis Tutor datus fuerit, eum non oportere provocare; ſed intra tempora præſtituta excuſationem allegare; & ſi fuerit repulſus, tum demum appellare debere. l. 1. § 1. Quando appell.* qua de re ſatis controverſa, fat egimus *ad tit. de Exeuſat. Tut. n. 7.* Pendente appellatione non cogitur quidem ad munus ſubeundum, qui appellavit, verum ſi rejecta ſit appellatio, tenetur ad omne damnum pupillo vel Reipublicæ, quod exinde profectum eſt, ſarciendum, *l. 1. h. t.* quo reſpectu, ſi pendente appellatione provocantes moriantur, heredes eorum appellationem proſequi compelluntur, *l. 2. h.*

Tit. XI.

Eum qui appellaverit, in provincia defendi.

Tit. XII.

Apud eum, a quo appellatur, aliam cauſam agere compellendum.

Appellatio eſt remedium tralatitium, nec etſi judicis ſententia retractetur, is ideo cauſam offenſionis adverſus appellantem ſuſcipere debet. Nec enim quod ſuperior judex aliter ſentit, ad ipſius contumeliam pertinet. Nihil tam humanum, quam

Diverſum ſentire duo de rebus iisdem.

Forte qui primus judicavit, aliter ſecundis curis cenſeret; Forte aliis rationibus cauſam Appellans ſuam defendit, quam prius. Mali vel ſtulti ſunt judices, qui appellationes a ſe fieri, ægre ferunt. Reperiuntur tamen, & uſus docet dari hodieque, nec olim defuiſſe, docent hæ duæ Rubricæ

Appellavit aliquis a Præſide Provinciæ; proſequendæ appellationis cauſa abeſt e Provincia, vel domi quidem agit, ſed judicem quaſi offenſum perhorreſcit. Non vellet apud eum defendere cauſam: Sed Jura non probant hunc metum inanem, nec abſentiæ cauſam, utpote quæ non eſt Reipubl. gratia; Jurisdictio nihilominus habet ſuum conſuetum curſum, defendere ſe debet appellans in aliis cauſis apud competens ordinarium tribunal. Quod ſi judicem appellationis putet irritatum, in nova cauſa iniquiorem ſibi fuiſſe, paratum eſt denuo Appellationis remedium, *his titt.*

Tit. XIII.

Si pendente Appellatione, mors intervenerit.

I. Quid juris, ſi heres non extet, aut ſi extet, quando non teneatur proſequi appellationem. II. Quando heres ad proſequendam appellationem teneatur. III. Quid uſu hodierno.

Non decet eſſe mortis immemores, quæ, ut res ſunt hominum, ſpes litigantium nova judicii expectatione ſufflaminatas elidit. Appellante mortuo ſine herede, non poteſt non evaneſcere appellatio, *l. un. pr. h.* Heres ſi extet, is appellationem proſequi, vel deſerere poteſt, cogi non poteſt, niſi quatenus intereſt tertii, *d. l. un.* quemadmodum de herede Tutoris dati, intelleximus ex *l. 2. Si Tut. vel Curat.* eum cogi ad proſequendam appellationem, propter periculum medii temporis. Quin etiam Tutoris, qui rationes reddidit, heres appellationem in cauſa pupilli inſtitutam proſequi tenetur, *l. un. § 3. h.* ubi ratio redditur, quia ſufficit, Tutorem mortis tempore ad cauſas appellationis reddendas obligatum fuiſſe. Tenetur igitur heres, quemadmodum defunctus teneretur, de quo mox aliquid.

2. Proinde quoties nihil intereſt alterius, appellationis proſequendæ nulli incumbit neceſſitas, *d. l. un. h.* ut ſi pater tuus ad Decurionatum evocatus appellationem interpoſuerit, eaque pendente conceſſerit in fatum, *l. 4. C. h. t.* Item, ſi quis ſine ademptione bonorum relegatus ſit, *d. l. un.* Nam bonis relegati, aut deportati, vel in metallum dati, per ſententiam publicatis, heres ea non poteſt recuperare, niſi appellatione ſuperior factus, *d. l. un.* ſecus ſi requirendus, dumtaxat ab annotatione bonorum appellaverit, ac ante actam cauſam mortuus ſit; tunc bona ad ſucceſſores pertinent, *l. 2. C. h. t.* quod eſt exemplum,

nisi fallor, appellationis ab interlocutoria, vel gravamine non definitivo, nec quod per definitivam corrigi non possit. Quod si capitali supplicio damnatus, bonis etiam publicatis, appellaverit intereaque decesserit, hujus morte crimen extinguitur, neque de bonis ulla quæstio supereſt, *l. 3. C. h. t.* Denique, casu quo heres tenetur ad prosequendam appellationem, non tantum habet residuum tempus, quod defuncto de fatalibus supererat, sed etiam alios quatuor menses, eosque, si deliberandi jus impetraverit, post tempus deliberandi elapsum, *l. ult. C. h. t.*

3. Moribus hodiernis, quemadmodum defuncto introducta appellatione per oblationem Apostolorum, (ubi recepti sunt,) compelli potuisset ad anticipandam prosecutionem appellationis, vel ad eam deferendam, idem adversus heredem decerni potest, quod in Hollandia vocant ad *arrementa*, id est, armamenta causæ *readsumenda*, Grœneweg. *ad h. tit. C.*

DE REVISIONE.

IV. Revisio cum supplicatione confertur. V. In effectu executionis, cautionis. VI. Quo tempore petenda Revisio. VII. Modus introducendi. VIII. De mulcta temerariæ revisionis. IX. Modus eam prosequendi. X. Effectus sententiæ. XI. In quibus casibus cesset. XII. An detur Revisio Revisionis. XIII. De Revisione majore, quibusdam in locis.

Ad imitamentum Supplicationis jure Romano cognitæ, moribus hodiernis introductam esse *Revisionem*, aliquoties dictum. Opus est paulo prestius comparentur. Supplicatio datur a sententia præfecti prætorio, quoniam is vice *sacra*, id est Imperatoris, judicat, *l. un. § 1. de Off. præf. præt.* Revisio fit etiam a sententia supremæ Curiæ, quæ Principis vice judicat.

5. Supplicatio facta eis decem dies a lata sententia, suspendit effectum sententiæ, nisi victor caveat de restituendo, si judicatum retractetur; post decendium facta, non suspendit executionem. *Nov. 119. c. 5.* ubi Rittershus. *10. Expos. c. 4. num. 6.* Idem in Revisione servatur, & cautionem oportet esse fidejussoriam, *d. c. 5.* non sufficiente possessione rerum immobilium, ut in nostra Curia sæpe judicatum; nec juratoria cautione, pro illustribus & pauperibus, ut olim judicio sistendi causa; quia rem peremptorii præjudicii a jurejurando suspendere non est tutum: ac ita servatur apud nos, etsi aliter Bouricius, fori nostri celebris Advocatus, *tract. de offic. Advoc. sub fin.* Quatenus autem securitati victoris consuli potest, haud absre sit non spernere jusjurandum, quomodo judicatum in Quæstione super Emptione venditione. Post revisionem intra decem dies institutam, jurejurando victoris interposito, placuit Emptionem venditionem pro valida recipi, & traditionem rei venditæ, ac ita sententiæ executionem fieri, sed pretium durante revisione, manere sub Emptore, qui Revisionem petierat, usuris quincuncibus, si judicatum maneret, & sub lege finiendi Processum revisorium intra sex menses. Erat *medium* quid, *d. 30. Jan. 1640. referente Nauta.*

6. Cæterum, post decem dies, Supplicatio retinet quidem effectum cognitionis devolutivum, ut retractatio fieri queat, sed absque suspensivo effectu executionis, *d. cap. 5. Nov. 119. in fin.* Idem de Revisione servatur: quæ apud nos eo modo institui debet ac introduci intra biennium post sententiam, *lib. 3. Statut. Fris. tit. 32. n. 2, Ed. d. 24. Febr. 1654.* ubi de reliquis ad Processum Revisionis spectantibus. Quod si victor biennium expectare nolit, quatenus sæpe Revisiones eludendæ executionis causa proponuntur, receptum apud nos est, quemadmodum de Appellatione diximus, ut Victor impetrantem Revisionis vocare possit ad inchoandam instantiam, cui si non pareat, judex ei terminum præfigit, intra quem agat, aut sileat.

7. Modus in Revisione disceptandi, est ab antiquo apud nos, ut Advocatus Impetrantis prima audientia, viva voce causas faciendæ retractationis exponat, quod a majoribus ita institutum est, ut saltem hac solenni occasione Patroni forensem eloquentiam exercerent: Sed postquam orationes judiciales apud nos exoleverunt, Advocati ad specimina dicendi plerique nullo modo facti, (magno, ut mea quidem fert animi sententia, dedecore florentissimi ordinis,) Patroni revisionis, ordini publico dicis gratia satisfaciunt, & libellum Revisionis viva voce prælegunt e scripto, raptim & defunctorie; quod nec aliter, ut par est, a circumstantibus accipitur, ut nec aures suas commodent, neque res alias satagere desinant: non sua profecto, sed recitantium culpa; ut longe satius esset libellum simpliciter tradi, quod fit in aliis instantiis, quam *glorioſæ vocis*, quam leges Advocatis adscribunt, *honorem* prostitui.

8. Juxta introductionem Revisionis, Impetrantes consignare debent quinquaginta florenos Carolinos, quos sententia emendata recuperant, alioqui perdunt; qui successerunt in locum quinquaginta librarum argenti, quæ mulcta temere appellantibus olim infligebatur, *l. 5. in fin. C. Quor. appell. non recip.* Quid si transactione causa finiatur; Existimo posse reperi mulctam, quia non aliter præstatur, quam si *claruerit, appellantem cognitoris intentionem perperam suspendisse. d. l. 5. in fin.* quod transactione facta non magis liquet, quam si non petiisset revisionem; cui accedit, quod minime peccare videtur, qui in dubia causa contra fiscum facile responderit, *l. 10. de jur. Fisc.*

9. Ad libellum Revisionis victor & jam denuo reus, vel respondere, vel ad dicta prioris instantiæ se referre potest, si nihil addendum habeat: Alioqui juris rationes, in quascunque velit partes, novas adducere potest; de facto nihil admittitur novi, nec etiam exceptiones seorsim a responsione Principali, verum si quas habeat exceptiones, hæ pariter cum litis contestatione proponendæ sunt, ad *utrumque finem*; concludendo, non admitti Revisionem ob exceptionem, vel in priore sententia *persisti*. Scripturis ad duplicam usque perfectis, hæ cum prioribus Actis a partibus *evangelisantur*, (hoc vocabulum vi clam irrepsit in usum fori nostri,) id est conferuntur & instruuntur: ipsique Curiæ, cui nemo quam Illustrissimus Gubernator adjungitur, revidendæ offeruntur. Alibi acta mittuntur ad alias Curias, aut novi judices prioribus adjunguntur.

10. Sententia pro uno consortium lata, prodest etiam alteri, sicut in Appellatione dictum est *ad tit. de Appell.* atque a Curia nostra judicatum est in causa *Annæ Agnetis Baronis de Swartsenb.* viduæ *Altæville*, contra *Helenam B. de Swartsenb. d. 5. Jul. 1679.*

11. Cessat Revisio sine dubio in causis, quarum appellationes non recipiuntur; de quibus *in tit. de Appell. recip.* Præterea non placuit in Curia nostra admittere Revisiones in causis criminalibus, ne quidem capitalibus, ut judicatum ad Supplicationem *Cornelii Cuijck* capitis ob homicidium damnati, *d. 9. Martii 1619.* Nec in matrimonialibus, ut sæpe rescriptum est, nominatim in causa *Idæ Hania*, contra *Matthæum Romberti, ante ferias O. S. 1610.* Jacobi Feikens *contra* Johannem Nicolai, *Septembr. 1646.* *Catharinæ Lauenback*, contra *Johannem Burringa, d. 10. Decemb. 1660.* Non puto etiam, in judiciis possessoriis admissum iri, *arg. l. un. C. Si de moment. poss.* & quia transitus ad petitorium Judicium abunde satisfacit. Ne admittitur in pronunciationibus ad libellos supplices, ne quidem in casu, quo *Reauditio* negatur, id est, quando Rescriptum, causa summatim cognita ab ipsa Curia datum est, ut memini esse decretum & rescriptum.

12. Quæsitum est, an detur Revisio Revisionis; & dicendum, non dari, quia post Supplicationem a sententia Præfecti Prætorio, non datur alia supplicatio, *l. 5. C. de Precib. Imp. offf. Ordin. Imper. Spir. tit. 53. § Im Fall aber.* Gail. *1. obs. ult.* Et quia noxium est publico bono, atque absurdum pro auctoritate rerum judicatarum, præsertim ubi Revisio fit ab iisdem judicibus. In nostra tamen Curia vicit hæc sententia, quod bis quidem Condemnatus novam revisionem petere non possit, verum qui priori instantia vicit, at in Revisione condemnatus est, ut hic denuo Revisionem petere possit. Etsi non defuere, qui aliter sentirent, quos inter Vir Amplissi. *D. Matthias a Viersen*, Supremæ Curiæ Senator Primus, libello *edito* contrariam sententiam adstruxit: hinc ab annis fere XXXVI. Sed ea, quam dixi, opinio in usum fori invaluit; forte etiam, quominus ad revisionem magnam, quam vocant, partibus ingenti sumptu & motu transire necesse sit.

13. Etenim ut Supplicatio potest fieri vel ad ipsum Præfectum Prætorio ejusque consiliarios, vel ad Principem, *Nov. 119. c. 5.* sic etiam Revisio vel fit ad Supremam Curiam, vel ad Principem ejusve Consilium supremum; hoc tamen discrimine, quod in jure Romano non sunt diversi gradus illi, *d. l. 5. C. de Precib. Imp. offf.* Sed Carolus V. in Edicto *d. 30. Augusti. art. 13. & 10. Julii 1551.* cum Ordd. consensu statuit, ut post Revisionem adhuc liceat petere aliam Revisionem faciendam a magno Senatu Mechliniensi: Et abrogato Hispaniæ Regis Imperio, Suprema Supplicatio fit ad Ordines tanquam ad Principem Reipubl. a quibus vocantur in Consilium tres exteri & totidem indigenæ Jurisconsulti, tam theoriæ quam praxeos periti, atque ab his eodem modo proceditur, quo prius apud Curiam Mechliniensem solebat ex Decreto *d. 10. Maji 1593.* secundum formam *lib. 3. Stat. tit. 32. n. 13. n. 20. & n. 25. præscriptam.* Diximus in *Jurispr. Rod. part. 2. lib. 2. Cap. 46. & 47.*

TIT.

Tit. XIV.

De Jure Fisci.

I. Quid Fiscus & differentia ejus, a re Cæsaris privata, Domanio, Ærario. II. Municipia non habere Fiscum, & usus ejus rei. III. Species; & jura fiscum augendi. IV. Aliæ species, & jura conservandi fiscum.

Absoluta sunt, quæ ad jus privatum pertinebant. De jure publico ex professo in Institutionibus & in Pandectis non agitur. Quædam nihilominus hisce capitibus, quæ sequuntur, delibata sunt, facto initio a Jure Fisci. Significat autem Fiscus pecuniam publicam; metonymice, quia Fiscos, id est viminea vasa olim custodiendæ pecuniæ publicæ adhibebant. Discrimen ab ærario, quod Romani Principes verbo magis quam re introduxerunt, de quo diximus in *lib. 3. Digress. cap. 21.* hodie nullum est, nisi quod fiscus maxime de emolumentis, quæ princeps habet extra tributa & vectigalia, at de his ærarium magis usurpatur. Ait quidem Ulpianus in *l. 2. § 4. D. Ne quid in loco publ. Res fiscales quasi proprias & privatas esse Principis*, hoc tamen *reduplicato*, ut ajunt, accipiendum, *qua Principis*. Nam bona Cæsarum privata sub primis Imperatoribus & a Fisco & ab ærario distincta fuere; sicut hodieque bona Principum forent, si cum Domanio non jungerentur, quomodo Borbonii suas ditiones, quas olim habuere distinctas a Domanio Gallico, si cum eo non essent unitæ, etiamnum haberent, quemadmodum Rex Angliæ Guilielmus suas res, tam a Domanio, quam ab ærario & a Fisco Anglicano tenet separatas. Ubi hoc servatur, ibi bona Principum quadruplicia esse queunt; Privata, Domania, Fiscalia, & Ærarium. Privata, quæ Princeps non habet ut Princeps, sed etiam ante & citra Principatum. Domania, res dominicæ in Jure, sunt bona perpetua & stabilia, Principi unde se exhibeat, adsignata. Fiscalia, sunt emolumenta fere accidentalia, quæ maxime per confiscationes accedunt. Ærarium, contributiones & vectigalia continet. Prima & ultima species huc non pertinent: Duo media sæpe confunduntur aut junguntur, etiam in *hoc tit.* ut videtur; Etiam moribus passim, quomodo apud nos quoque fiscalia cum Dominicis rebus sive domanio, conjunctim habentur.

2. Sit igitur Fiscus, pecunia Principis publica, quam proinde non habent civitates municipales, *l. 10. D. ad Municip.* quibus proinde nullum ex his, quæ fiscalia dicuntur jura, competit: * quomodo a nostra Curia superioribus annis judicatum est. Cum peregrini conjuges sine heredibus, ut credebatur, defuncti essent, *Bolswardiæ* Civitas illa bona sibi vindicaverat: Sed reclamante procuratore generali, *Domanio* Provinciæ adjudicata sunt: Etsi Querela Civitatium, quod cum Pauperes Peregrini illorumque liberi ad ipsarum onus pertineant, Divites ad earundem referri debeant commodum, specie momentoque rationis non careat. Bolswardienses tum quidem id egerunt, ut cognati illorum Conjugum ignorati emergerent, quod fere usu venit.

3. Jura Fisci præcipua distingui possunt ita, quod vel ad Fiscum augendum, vel rem ejus custodiendam pertineant. Ad augendum eum spectant Commissa vectigalium, Indignorum & variæ mulctæ, Caduca, Bona vacantia & Nullius. De Commissis vectigalium, (nam vectigalia ipsa sunt ærarii), diximus *ad tit. de Public. & de Vectigal. & Commiss.* De hæreditatibus & legatis, quæ ut indignis auferuntur, habuimus proprium titulum *de His quæ ut indign.* Huc etiam referri potest, qui ædes suas negotiandi causa destruxit, *l. 1. b. & l. 52. de Contrab. empt.* His proximæ sunt mulctæ, quæ varias ob causa Fisco applicantur, veluti pœna 50. aureorum, in singulos terminos motos, *l. 3. de Term. mot.* Qui rem litigiosam vendidit, præter rei ipsius restitutionem, alterum tantum Fisco inferre cogitur, *Inst. C de Injur.* Sed non est hic animus, omnes mulctarum species referre; Summa capita jurium fiscalium monstrare satis est. Bona damnatorum huc etiam pertinent, de quibus *ad tit. de Bon. damnat.* egimus. *Caduca* fuerunt olim Hereditatum & Legatorum, quæ inter mortem Testatoris apertasque tabulas deficiebant, quæ ab Augusto instituta sustulit Justinianus *in l. un. C. de Caduc. toll.* De bonis vacantibus eorum, qui sine herede moriuntur, locuti sumus in parte prima *lib. 3. in pr. ad Nov. 115. sub fin.*

* In Saxonia tamen Jura fisci in bonis vacantibus, ad eos pertinent, qui Jurisdictionem Criminalem habent, teste Beiero in *Delin. Jur. Civ. ad Inst. de Success. ab Intest. pos. 70. & in not. & ad D. b. pos. 2.*

ubi de denunciatione. Cæterum, nec ab omnibus denunciari potest, *l. 2. § pen. l. 13. § extat. l. 16. & l. 18. hic.* neque ex omnibus causis, *l. 1. § an bona. l. 11. l. 13. l. 12. § pen. & l. 45. hic.* Sunt etiam pœnæ singulares in temere aut falso deferentes constitutæ, *l. 2. l. 15. & l. 42. § fin. eod. l. 4. C. de delator.* Nec coram omni judice, *l. 7. & l. 45. § 7. hic. 1. t. C. ubi caus. fiscal.* nec omni tempore, causa fiscalis agitari potest, *l. 13. § antepen. hic.* Nam omnibus fiscalibus quæstionibus 20. annis præscribitur, *l. 1. § 3. hic. & l. 13. C. de divers. temp. præsc.* excepta quæstione de vectigali non soluto, cui quinquennio, *l. 2. C. de vectigal.* & nunciatione bonorum vacantium, cui quadriennio præscribitur, *l. 1. § Divus. 2. hic.* De Præscriptione servamus, opinor, hodie; In cæteris, quæ ad modum regiminis publici spectant, quisque suæ Reipublicæ ordinem consideret, oportet.

4. Ad conservandum fisci jus varia pertinent. Habet enim multa jura præcipua, id est privilegia fiscus, veluti jus pignoris ex contractu, *l. 46. § 3.* haud perinde in pœnis, *l. 17. & l. 37.* * nec cum privato succedit, *l. 6. h.*

Quibus adde, quod is, qui non acquirit, in fraudem fisci alienare censetur, *l. 45.* quod alioqui secus est, *l. 6. pr. de his quæ in fraud. cred.* excepto tamen patre, qui capitis damnatus hereditatem in *fisci* præjudicium repudiare potest, *l. 26. h. t.* Speciale etiam est, quod is, qui res fisci subtrahit, in quadruplum sæpe punitur, *l 8. in fin. ad L. Jul. pecul. l. 46. § f. h. & l. 1. in f. C. de lib. natur.*

Privatos ad editionem instrumentorum cogit, *l. 2. § 1. hic.* Conductores rerum publicarum invitos detinet, si maximos fructus fecerint, *l. 11. § fin. de Publ. & Comm.*

Debitores debitorum suorum exigit, *l 3. § multa hic.* Evictionem simplicem tantum præstat, licet duplam promiserit, *l. 5. cod.* adde *§ ult. I. de Usucap.*

Denique, in fisci venditionibus Ædilitium edictum locum non habet, *l. 1. § illud. de Ædilit. edict.*

Omnis venditio, ab eo quasi in diem facta recipit adjectiones, *l. 1. C. de vend. reb. civ. & l. 4. C. de fid. & jur. hast. fisc.*

Aliis creditoribus soluta aufert, ut sibi satisfiat, *l. 18. § fin.* cum *ll. sequ. h. t.*

Usuras in bonæ fidei contractibus ex mora non præstat, *l. 17. § fiscus de Usur.*

Res dominicæ, ut & Augustæ, iisdem privilegiis donantur, quibus res Fisci, *l. 6. § 1.* de quo tamen vide *l. 56. de Leg. 2.* cum *l. seq.*

Tit. XV.

De captivis, & de Postliminio, & redemptis ab hostibus.

I. Captivi quotuplices. II. Postliminii definitio & origo. III. Definitionis expositio. IV. Explicatio l 12. in pr. h. t. *V. Continuatur explicatio definitionis. VI. Quotuplex postliminium, de effectu ejus in genere. VII. Quænam res postliminio restituantur. VIII. Non matrimonium, quod secus hodie. IX. Nec jura Imperii vel magistratus aliive honores. X. Secus in libertate & jure imperii totius populi alicujus. XI. Societatis & fœderis jura postliminio non restitui. XII. Conclusio ad hypothesin. XIII. De redemptis ab hoste.*

Tria membra sunt hujus Rubricæ. Primum est de Captivis. Hi vel in bello solenni, vel civili, vel a piratis sunt capti. Bellum solenne vocamus, quod geritur ab his, qui habent summam potestatem, more gentibus recepto. Tales vel pugnantes capti, vel armis superati hostibus se dederunt. Ex his generibus qui a latronibus & piratis capti sunt, non egent postliminio, *l. 19. § 2. h.* nec etiam capti bello civili, *l. 21. § 1.* Et qui hostibus superati se dederunt, beneficio postliminii habentur indigni, *l. 17. h. t.* quod ut intelligendum, mox videbimus. Supersunt capti bello solenni in calore pugnandi, quibus est Postliminium.

2. Est autem hoc nihil aliud, quam Jus ex reditu in limen, id est, in fines publicos; aut plenius, est, Jus, quo qui captus ab hostibus & eodem bello ad suos reversus est, omne suum jus tam ad personam ejus, quam ad patrimonium pertinens, ita recuperat, ac si captus non fuisset, *l. 5. § 1. & l. 19. C. de Captiv. & postlim. revers.* Scilicet, postquam jus belli invasit in societatem humanam, ratio miserationis eorum, qui armis victi hostibus serviebant, causam dedit gentibus de aliquo remedio cogitandi, quo jus eorum, si quando e manibus hostium evasissent, integrum maneret. Cum enim ex simplici ratione juris, qui in hostium po-

* Abiit tamen a Juris civilis placito Legislator Saxonicus in *O. P. S. tit. 43. § 5. j. tamen ad d. t. O. L. S. Nov. p. 252.*

testate

testate sunt, pro nullis habeantur, nihil aliud ex juris, inquam, rigore consequi poterat, quam ut bona eorum fierent occupantium. Quod cum merito acerbum videretur, Postliminium ita stabilitum est, ut quamdiu spes aliqua reditus in Patriam supereset, omnia captivi bona juraque integra manerent, quæ reversus quidem illibata reciperet, mortuus ad successores suos transmitteret; Cui rei adjuvandæ Lex Cornelia in urbe Roma fuit, de qua in *l. 10. l. 12. §. 1. & l. 18. D. h. t.*

3. Persequamur dictum definitionis. Postliminii jus competere dicitur *Captis*, non igitur transfugis; Nam qui malo consilio & proditoris animo Patriam reliquit, merito hostium numero habendus est, ait Paulus in *l. 19. §. 4. h. t.* quanquam servus transfuga postliminio ad dominum revertebatur, siquidem huic nihil imputari poterat, § *5. d. l. 19.* Idem Paulus in *l. 17.* tradit, & eos carere postliminio, *qui armis victi hostibus se dediderunt*; quod ratio vult non de iis intelligendum, qui in conflictu oppressi incontinenti le fidei hostium commiserunt, de quibus Modestinum accipimus in *l. 4. d. t.* ubi eos, qui hostibus deduntur, jure postliminii reverti scribit: Verum de talibus, qui vel dimicationem expectare non sustinuerunt, vel ubi post prælium se receperant, desperatione evadendi, salutem ab hoste pacti sunt. Neque distinguit Paulus, utrum satis virium fuerit illis ad resistendum, an secus; idque duplici ratione firmatur. Prima est, quod Gentes pacta cum hostibus inita velint esse rata; proinde qui se sponte servum fecit hostis, optimo jure manet ejusdem servus, neque domino suo, cui submittere se voluit, subducere sese potest. Altera ratio est, ut discrimen inter eos sit, qui re bene gesta, vi majore subacti sunt, eosque inter, qui insignius mollitiei quam fortitudinis specimen ediderunt. Prima ratio una cum servitute hodie cessat, altera etiamnum obtinere videtur: Non minus enim aliis gentibus quam Romanis convenit id quod Tryphoninus ex Servio citat, fere in hunc modum; quod majorem civibus in fortitudine bellica, quam in pactione, spem esse sitam oporteat, in *l. 12. eod. tit.*

4. Cæterum, qui bello repente exorto apud hostes deprehenduntur, his nihil obstat, (etsi absque pugna in hostium potestatem venerunt) quo minus postliminio gaudeant, idque Tryphoninus his verbis tradit in *d. l. 12. in pr. Verum in pace qui pervenerunt ad alteros, si bellum subito exarserit, eorum servi efficiuntur, apud quos jam hostes suo facto deprehenduntur*, Pro *facto*, quod est in Florentino, alii volunt legi *pacto*, alii *fato*, quod & Wissenbachius noster ut indubitatum amplectitur, *ad tit. ff. de Postlim. th. 18. & 20.* etiam Grotius *lib. 3. c. 6. n. 12.* qui id habet ex Cujacio, *dissimulato ejus nomine*, ait Wissenbachius, (quasi idem ipsi unquam excideret, & quotusquisque non aliquando ita!) Refert dein præceptor noster conjecturam Salmasii & Heraldi, quorum ille sic emendat, *apud quos jam hostes suis factos.* hic ita, *hostes suos factos.* his illud *fato* nimis in eo loco Poeticum visum esse, opinor. Si per tantos viros liceret, quod scio quam ægre obtenturus sim, Florentinæ cupiam acquiescere lectioni; *apud nos jam hostes sue facto deprehenduntur*; Opponuntur enim his, qui *facto* manuque *hostili* in servitutem rediguntur, alii, qui sponte venerunt ad hostes, ac ita *facto suo* causam servituti dederunt.

5. Sequitur in definitione, *ab hostibus.* Justum enim ac solenne bellum sit oportet, ut locus fiat postliminio, sicut diximus: Proinde, qui a piratis & latronibus capti sunt, non egent postliminio; si quidem homines, autres ita captæ, jure gentium dominos non mutarunt, *l. 24. h. t.* eademque ratio est in civilibus bellis, *l. 21. §. 1. eod. tit.* quod tamen de rebus ab Algerienſibus, Tunetanis, Salæensibus, Tripolitanis, aliisque barbaris piratica captis, non esse statuendum, a Senatu Parisiensi judicatum esse, refert Grotius *lib. 3. de J. B. & P. c. 9. sub fin.* ac ita sine dubio servatur, ut res ab illis captæ atque dein ab aliis populis fœderatis amicisve receptæ, pristinis dominis non restituantur; Qui tametsi latrones sint, nihilominus Civitates sunt; quarum jus prædatorio instituto non admittitur, quando olim apud Græcos, teste Thucydide *l. 1.* & Germanos, Tacito *lib. de mor. Germ.* latrocinium quasi jure, saltem externo, exercitum fuisse constat. Succedunt verba definitionis, *& eodem bello ad suos reversus est.* Modus, quo reditum sibi paraverit, dolo an vi, clam palam, non attenditur, *dolus an virtus, quis in hoste requirat*, ait apud Maronem Riphæus, *justissimus unus, qui fuit in Teucris.* Idem est, si ultro ab hoste sit dimissus, modo animum habeat partes suorum sequendi, *l. 26. d. t.* Proinde qui fide redeundi ad hostem data, domum venerunt, his necdum postliminii facultas datur, quemadmodum de Regulo, qui Carthagine Romam dejurio ad reditum obstrictus concesserat, respondetur in *l. 5. §. 2. eod. tit.* Reversus ad suos dicitur, quia intra suorum præsidia perductus est, & civis

vis manet, ut fuerat, antequam in hostium præsidia perduceretur, *l. 5. § 1.* Si autem non simpliciter in sua cujusque Patria sunt, verum productus est usus postliminii ad reditum in gentem amicam sociamque belli & earundem partium, *d. l. 5. § 1. & l. 19. § 3. eod. tit.* Denique, *eodem bello* oportet esse reversos, ut postliminium valeat; Nam pace facta, captivi aut res captæ non aliter postliminio gaudent, quam si reditus bello captorum, aut restitutio rerum adeptarum conditionibus sit comprehensa, quomodo accipienda videtur *l. 12. in pr. eod. tit.* Ratio non est obscura, siquidem ea, quæ capta sunt, belli jure semel facta capientium, pace composita penes eos consolidantur, & sic plene iisdem acquisita, deinceps eorum dominio subduci nequeunt; quæ ratio, alia pleniori ratione explicatur a Grotio *d. l. 3. c. 9. § 4.*

6. Effectus postliminii hic est, quod Reversus *omne suum jus tam ad personam, quam ad patrimonium pertinens, recuperet.* Hinc duplex postliminium, personarum, vel rerum datur, sive, ut aut ipsi revertamur, aut aliquid recipiamus, *l. 14. pr. b.* Prima species, abolita inter Christianos servitute, vix ullum habet usum hodie: Verum altera quo minus etiamnum valere queat, nulla causa esse videtur; quin obtinet in dubitato: Sic tamen, ut quod in definitione postremum est, *Perinde ac si captus non fuisset.* quorum vi verborum ea quoque sibi vindicat Redux, quæ si in urbe mansisset, per se aut per alium acquisivisset; id, inquam juris Civilis potius, quam juris Gentium esse videtur. Nam ejusmodi operatio, quæ retro fit, cum naturaliter ea, quæ facta sunt, infecta fieri nequeant, absque fictione juris Civilis non potest intelligi. Unde notissima fictio postliminii, qua is, qui ab hoste rediit, quasi semper in urbe mansisse, nec unquam fuisse captus ponitur, *§ 5. Inst. Quib. mod. p. pot. solv. l. pen. de Suis & legit. hered.*

7. Jam quod ad res, quarum statuitur postliminium, attinet, primum & præcipue in hac causa, sunt res immobiles, Quæ expulsis hostibus non publicantur, neque prædæ cedunt, verum ad priores dominos redeunt, ut docet Pomponius in *l. si captivus. 20. § 1. d. tit.* Idem de omni jure, quod solo adhæret, imo & de usufructu, & de jurisdictionibus hereditariis statuendum esse, recte monet Grotius *d. c. 9. § 13.* Denique, cessat postliminium, in Rebus mobilibus bello captis, quoniam illæ in præda sunt, manetque eorum, quicunque eas recuperaverint, aut per commercium justoque titulo comparaverint, quomodo accipiendus Labeo in *l. 18. d. tit.* At veteres excipiebant res, quæ in bello usum habere poterant *l. 2. eod. tit.* a quibus tamen iterum arma excepta volebant, quoniam hæc sine flagitio in bello non amittebantur, *d. l. 2. § ult.* Sed moribus hodiernis satis constat, de rebus mobilibus nullum dari postliminium, nec eas reverti ad Dominos priores, quod & utile observatu, propter infinita litigia, quæ ex ejusmodi vindicationibus orirentur. Neque tantum agri & domus, sed & *cætera, quæ in urbe sunt, postea quam postliminio redut, pro eo habentur, ac si nunquam iste hostium potitus fuisset,* ait Papinianus in *l. In bello. 12. § cætera. 6. eod. tit.* Hinc Patria potestas ex iis est, quæ indubitato jure postliminii restituuntur, *§ fi. ab hostibus. 5. Instit. Quib. mod. jus patr. pot. fol.*

8. Pater igitur filium postliminio recipit; *Non ita maritus uxorem,* ait Pomponius in *l. 14. § 1. b.* Nam patria potestas captivitate non finitur, verum suspensa tantisper, donec reditu vel morte patris constet, sustinetur: At vero matrimonium captivitate solvitur, *l. 1. D. de Divortiis.* usque adeo ut captivi uxor, tametsi maxime velit & in domo ejus sit, non tamen in matrimonio sit, ut scribit Tryphoninus in *l. in bello. 12. § sed captivi tit. prædicto.* Ratio differentiæ inter matrimonium patriamque potestatem, colligi potest ex eo, quod subjicit Pomponius ultimis *d. l. 14.* verbis; Sed *consensu* ait, *redintegratur matrimonium.* Scilicet, matrimonium apud Romanos erat societas quædam in exercitio cohabitandi consistens, quæ voluntate contrahentium, ut contrahi, sic poterat dissolvi, etiam bona cum gratia, *l. 2. l. 7. & l. 9. de Divortiis, & l. 62. de Donat. int. vir. & uxor.* Quare & *individua* societas nobis dici videtur nuptiæ, non ratione temporis perpetui, sed respectu arctissimæ necessitudinis, quæ est inter virum & uxorem, quamdiu consistit matrimonium; quemadmodum socios vocamus *individuos*, non qui perpetuo, sed qui arctissime sunt conjuncti. Verum patriæ potestatis vinculum naturale est, quod facto superveniente non æque aboletur. Cum igitur conjugium esset ejusmodi status, qui in conjunctione corporum & animorum consistebat, Jcti nuptias omnesque societates retulerunt inter res facti, quibus postliminium applicari non posse, docet idem Tryphoninus in *d. l. 12. § facti. 2.* Proinde, si quis domum ab hoste reversus, memor esset antiqui amoris, & uxor eosdem igniculos sentiret,

sentiret, novo consensu matrimonium redintegrare debebant, ut tradit hic noster Pomponius, & Paulus in *l. 8. eod. tit. Non ut a patre filius*, ait hic, *ita uxor a marito recuperari potest, sed tunc, cum & voluerit mulier & adhuc alii nupta non est.* Caeterum, postquam Justinianus vetuit matrimonium captivitate dissolvi, mulieremque alii nubere, donec de morte viri constet, aut tametsi non constet, tamen expectare quinquennium, *Nov. 22. c. 2. & Auth. hodie C. de Repud.* ex eo tempore ne quidem indiget vir postliminio; siquidem nulla conjugii interruptio facta fuisse intelligitur.

9. Interim in iis, quae formam rationemque similis societatis adhuc obtinent, ratio *dict. l. 14.* irrefragabili consequentia valebit. Idemque de honoribus & Magistratuum functionibus, quae minime tantam habent necessitatem, quantam matrimonium, ex hypothesi moris Romani veteris existimandum; quoniam illae a mandato summae potestatis pendent, quod manifesto deficit, cum loca, quibus praesunt Magistratus, in hostium potestatem rediguntur; neque jurisdictiones aut imperia, nisi novo Principis mandato, revivisceré possunt. Cujus rei experientiam in partibus nostrae Reipubl. recuperatis, ante aliquot annos vidimus. Postquam enim tres provinciae a Gallis eorumque sociis occupatae, ab Ordinibus reliquarum provinciarum bello sine novis conditionibus erant recuperatae, plerique, qui Magistratus & honores in illis gesserant, a Duce patriae, mandato Ordinum Gererano, quod supponimus in forma debita, remoti novatique sunt. Quod summo jure licuisse, non potest negari; an aequum, rationi temporum, ingenio Belgici regiminis & vetustati foederis sanctissimi conveniens fuerit, alia sit quaestio: Postliminii jus sane Rectoribus & magistratibus illis, ob rationes supra expositas, prodesse non poterat. Idem tum temporis de ordine *πρεσδείας*, sive *praesidentiae*, disceptatum fuit, inter Frisiam & Ultrajectinam Respublicas, in consessu Ordinum foederatorum. Frisii antiquis temporibus praecesserant Ultrajectinos. Sed cum unio Belgicae foederatae Ultrajecti conderetur, Frisii serius se adjunxerunt, ideoque Trajectini legatis nostris nimis etiam verecundis, deinceps praevaluerunt. Abscissis deinde Trajectinis a consessu foederatorum Gallico bello, & postea reductis, Frisii locum priorem retinere volebant, Trajectini locum prius ab se insessum repetebant, quasi jure postliminii; quod hoc nullo modo usu veniebat; cum, quod se dediderant, quo casu non esse postliminium, intellexinus, tum quod ejusmodi jus *probedrias*, seu *praesidentiae*, sua natura longe minus postliminium recipiat, quam honores & magistratus, in quibus illorum Proceres, postliminio gaudere non potuerant.

10. Equidem inter populos integros non minus utendum esse jure postliminii, quam inter privatos, haud gravate concesserim Grotio affirmanti, *d. lib. 3 cap. 9 §§ 8 & 12.* Proinde si ex pluribus foederatis gens aliqua vi hostili subacta, & dein a sociis recuperata sit, ratio aequitatis & juris Gentium vult, uti libertas & dominia rerum suarum illis restituantur, quod firmatur e legibus Romanis supra allegatis, quibus jus postliminii datur & his, qui ad gentes socias & amicas pervenerunt. Proinde si libertas & jus imperii talium populorum imminutum sit, de illo forte secus judicandum, quam de certarum functionibus personarum & de jure, an facto *πρεσδείας*, sana ratione sustinere posset, nempe ubi per vim capti sunt populi. Verum quod tales civitates, quae pactionibus se dediderunt, ut nuper in nostra patria, in pristinum societatem, restituta illis antiqua libertate, receptae sunt, hoc palam est, non postliminio, sed eo contigisse; quod reliqui socii multum praestare putarent, amicos habere volentes, quam imperare invitis & dolentibus; quodque intelligerent, liberalitate potius quam rigore adversus eos utendum, quibus parata semper excusatio videretur, quod non tam timidiores ceteris, quam infeliciores fuissent; nihilque temere illis imputandum esset, quam quod illa communis omnium consternatio, quo propiores erant periculo, tanto apud ipsos celerior & vehementior fuerit. Denique, eam fuisse omnium, qui res foederatorum communes antea procuraverant, culpam, quod adeo flagitiosa imperatis contra vim promptissimi validissimique Regis necesse fuerit accipere plagam.

11. Nempe alioquin, etsi verum jus postliminii, libertatem & jus imperii domesticum populis bello captis restituat, tamen ipsa foederis societas jure postliminii nullo modo restituitur, ut valide evincitur ex *d. l. cum duae. 14 § 1. h. t.* Ex qua discimus, matrimonium jure postliminii non recuperari, *sed novo consensu esse redintegrandum.* Atqui nulla dari potest, quam haec, artior societas, quae individuum omnis vitae consortium, divini & humani juris communicationem exhibet,

l. 1. de ritu nupt. Multo minus societates aliæ, quarum jus est multo fragilius, clade belli & captivitate unius ex sociis dissolutæ, postliminio recuperantur, verum novo sociorum consensu redintegrari possunt, aut si negligantur, manent veluti sunt, dissolutæ. Jam quo jure privati inter sese uruntur, idem fere civitates gentesque liberæ, aut earum Principes usurpant, nec quicquam profertur, quare diversum in societate fœderibusque populorum sit statuendum. Maxime, si qui per pactionem, imperio hostis accepto, a fœdere discesserint. Prorsus enim τῶν ἀδιαλύτων esse videtur, ut societas aliter eo casu quam novo consensu redintegretur. Quod si de toto jure fœderis verum, de particula ejus accessoria, qualis illa προεδρία, longe verissimum sit oportet, nullum in ea postliminii usum existere posse.

12. Ultrajectenses tamen honorem προεδρίας, recuperarunt, non jure postliminii, quod nec toti Reipubl. neque Rectoribus & magistratibus eorum attributum est, sed *laudo compromissario* per speciem æquitatis, quæ hac parte duntaxat pro illis valuit. Quanquam vere æstimantibus hæc ratio Frisiis favere videbatur. Nam ordo & dignatio loci inter populos, ex tribus potissimum rebus distinguitur; Ex potentia, ex titulo dignitatis, & ex usu longo. Rem Frisiorum & olim & hodie, multo esse atque fuisse validiorem re Ultrajectina, publice constat. Titulos dignitatis quondam Frisiis multo fuisse ampliores, ad regium usque fastigium, incorrupta historiæ monumenta testantur; hodie par quidem utrisque ratio videtur, sed in eo Frisia præstat, quod multo ipsi antiquior est ἀυτονομία; character: Ultrajectinos enim satis constat, anno demum XXVIII. superioris seculi Episcopali ditioni fuisse subductos, & Carolo Cæsari V. Dominii titulo esse mancipatos. Frisiorum acerrima libertas nihil ab omni ævo notius & memorabilius fuit. Usus longi temporis sub Carolo & Philippo, illis secundum potentiæ & vetustatis discrimen, dedit prærogativam. Contrarius usus quo pacto inoleverit, diximus modo. Cui hoc addimus, e textu fœderis magni liquere, primitus integram Frisiæ provinciam non fuisse adscriptam societati, quam multi velut in fraudem fœderis Gandensis repertam abhorrebant, ut VVinsemius noster memorat. Unde languor in vindicanda προεδρίᾳ, de qua hæc pauca nobis exciderunt, Academicæ more disceptationis. Plura de jure postliminii *dix. in part. 2. Digress. lib. 1. c. 19. n. 5.*

Tertia pars Rubricæ, promittit agere de redemptis ab hoste, de quibus sunt hæ positiones; Pretio ab hostibus redempti, si quidem antea fuerint liberi, & jus postliminii habent. *l. 17. eod.*

Pignori tamen redemptori pro λύτρῳ, donec solvant, obligantur, *l. 17. eod.*

Si solvere nequeant, per quinquennium ei operas præstare coguntur, *l. fin. C. eod.*

Pretium tacite remissum videtur, contracto inter redemptorem & redemptam matrimonio, *l. 15. in pr ff. l. 2. C. hic.* ut &, si redemptus sibi ipsi legetur. *l. 43. § ult. ad legat. 1.* Hoc jus pignorum & operarum hodie cessat.

TIT. XVI.

De re Militari.

Quam late pateat hujus Rubricæ expletio, ingentia de Militia & de re militari scripta declarant: quæ heic loci contracta ob oculos ponere, non est instituti nostri. Maxima pars ad juris publici disciplinam pertinet, etiam publica militandi necessitas, quæ utcunque longe major olim fuerit, non tamen penitus sub imperatoribus exolevit, etsi ab his numeri voluntario milite soliti sint impleri, *l. 3. § 10. 11 & 12.* ubi pœna in eos, qui liberos subtrahunt aut debilitant, militiæ evitandæ causa. Ad jus privatum spectant eorum privilegia, & delicta. De privilegiis sparsim habuimus. Unum habent insigne circa rem testamentariam, de quo est *Tit. De Milit. testam.* Aliud, quod non tenentur ultra, quam facere possunt, *l. 11. de Re Jud.* Quod non torquentur, *l. 3. § 1. in fin. b.* Quod juris ignorantia in illis excusatur, *l. 9. De Jur. & fact. ign* Quod nonnisi apud suos Magistros conveniri possunt, exceptis communibus delictis, qua de re *ad tit. de Judiciis & For. comp.* pridem absolutum est.

Scilicet delicta militum sunt vel communia, vel propria. Communia, ut cædes, adulteria, furta, blasphemiæ, & cætera. Propria, velut desertio, emanatio, stationis derelictio, excubationis intermissio, transfugium, armorum amissio, aut alienatio, subreptio, excessus ab agmine, seditio, inobedientia, valli transcensio, fossæ transilitio,

litio, de quibus in *l. 3. h.* segnities, contumacia, fugæ initium, proditio, vulneratio commilitonum, vel sui ipsius, *l. 9.* De his aliisque sic est jurisdictio, ut pœnæ pro gravitate circumstantiarum varient, neque desertio semper capite puniatur, *l. 5. pr. h.* nec armorum amissio vel alienatio, *l. 3. § 13.* Verum seditio atrox, desertio stationis palatinæ, transcensio valli castrensis, capite simpliciter puniuntur, *d. l. 3. § 17. & 19. & l. 10. pr. h. t.* Cætera fere levius, qua in re Articuli militares nostri temporis, longe severiores sunt. In summa vero, Castrensis disciplina forensi durior est, ob majorem in effero genere vitæ peccandi frequentiam, & in Reip. exitium alioquin erupturam.

Ad hunc Titulum pertinet locus de *Prætorio*; de quo diximus *ad tit. de Off. Præf. Præt.* Sudat fere a biennio sub prælo opus Animadversionum in nostram hac de re sententiam; de quibus non dubitavimus, fore, ut antequam ad *hunc tit.* scriberemus, in publico versaretur; & si quid novi prolatum fuisset, hunc locum illis occupandis destinaveramus. Sed ut nunc res est, cum desiderio transigendum nostro tantisper esse videtur.

TIT. XVII.

De Castrensi Peculio.

Quid sibi velit hæc rubr. satis est notum ex *tit. I. Per quas person. cuiq. acquir.* Unum hic speciale traditur in *l. 2.* quod olim successio ab intestato in castrensi peculio nulla fuerit. Hodie secus obtinere, notum est ex *N. 118.*

TIT. XVIII.

De Veteranis.

Veterani sunt, qui legitima viginti annorum stipendia confecerunt, *l. ult. C. de his, qui non impl. stipend. facr. solv.* aut qui honestam, vel causariam d missionem impetraverunt, *l. 2. hic.* Privilegia veteranorum sunt, quod nec fustibus cædi, nec bestiis objici, nec in metallum, aut opus metalli, aliudve opus publicum dari possunt *l. 1. & l. 3. h.* Immunes quoque sunt a navium fabrica, *l. 5. pr.* sed a patrimonialibus non excusantur, *l. 2. § 1.* Hæc autem de veteranis absolute ita dictis, hoc est penitus e militia dimissis, & in pagis, aut municipiis habitantibus, *l. 2. & ult. § f. h.* non de veteranis, qui adhuc sub vexillis agebant, a legionariis quidem separati ac onerum immunes, sed tamen adhuc milites, ideoque sacramento nondum soluti, *d. l. 2. in pr.* De hac veteranorum differentia, diximus ad *tit. Inst. de Testam. milit. n. 4.* Moribus hodiernis, collapsa vetere militari disciplina, veteranorum privilegia commodaque ignorantur.

LIB. L.

TIT. I.

Ad Municipalem, & de Incolis.

Municipes, (*a muneribus capiendis*), sunt cives urbium, Romano imperio subditarum, sed suis legibus & magistratibus utentium, quæ municipia dicuntur, *l. 1. § 1.* Fit autem municeps tribus ex causis, origine, manumissione, adoptione, *l. 1. pr.* Originem facit nativitas parentum, aut saltem ubi municipes fuere parentes, vel uterque, vel saltem pater, nisi materna origo aliquid habeat privilegii, *l. 1. § 2. & l. 6. § ult.* Incola est, qui aliunde ortus domicilium in illa civitate collocavit, *l. 239. § 2. de V. S.* etiam qui in agro sedem posuit, *d. § 2.* secus si prædium ibi dunaxat habeat, *l. 35.*

2. Cogitur autem incola ferre munera, & pati forum, tam in loco originis quam incolatus, *l. 29. h.* sed incolatui potest renunciari, nisi jam ad munus sit vocatus, *l. 34. ff. & l. 1. C. de Incol.* Denique forum patiuntur & peregrini, etiam non incolæ, *l. 7. § 10 inf. de interd. & releg.* Studiosus quoque si decennium uno loco habitet, incola fit, per *l. 2. de Incol.* quod intelligendum,

si Academia non habeat proprium forum. Mulier sequitur domicilium & forum Viri, *l. ult. h.* de quibus rebus copiose actum est ad *tit. de Jud. n. 45. 46. 47.*

3. Moribus hodiernis, hæc res aliter se habet, & hoc jure utimur, ut civis dicatur, omnis homo liber, qui juris fruendi vitæque feliciter agendæ gratia, cum aliis sub eadem summa potestate sociatus est. Ergo & incola, qui aliunde ortus sedem fortunarum in aliqua civitate collocavit, & civis & municeps, est, nec loco originis amplius est subjectus, si inde plane recessit. Hoc saltem interesse videtur, municipem respectu certæ urbis, civem ratione totius Reipubl. dici, quanquam more loquendi sic obtinet, ut agricolæ cives non appellentur, quales tamen sunt æque ac urbani, ratione totius Reipubl. Dixi plenius hac de re *lib. 2. de jur. Civit. cap. 4.*

TIT. II.

De Decurionibus & filiis eorum.

TIT. III.

De Albo scribendo.

Decuriones in municipiis sunt idem quod Romæ Senatores, in quorum ordinem honestiores eligendi, quare & spurii postponuntur comperitoribus, legitime natis, *l. 3. § 2. & l. 6. pr.* ex decurioribus fiunt duumviri, *l. 7. h.* qui sunt Magistratus municipales, *l. 25. & sequ. h.* Privilegia Decuriomum sunt, quod non torquentur, *l. 14.* & ad inopiam redacti aluntur, *l. 8.* Sed onera Curialium, sive decurionum, multo plura & majora fuere, de quibus consule sis Brisson. 4. *Select. ant. c. 13.* ut ob pecuniam municipum, qui Curiales fieri vellent, præmiis alliciendi & pœnalibus Decretis cogendi fuerint, qui se Curiis adjungerent, ut diximus ad *§ ult. Inst. de Nupt.* Brisson. *ibid.* Plebeji, hoc est admodum viles, non fiunt Decuriones; quales tamen non sunt, qui utensilia negotiantur, *l. 12.* In nostris civitatibus Decuriones sunt idem quod Senatus urbium, Duum-Viri, quod *civium magistri*; Sed honor est major, onera nulla ex instituto Reipubl. *Porro*, in albo, id est catalogo Decurionum, primo recensentur, qui maximis honoribus, præsertim judicio principis sunt functi, *l. 2.* reliqui secundum ordinem ætatis, juxta quem sententiæ etiam rogantur, *l. 1.*

TIT. IV.

De Muneribus & Honoribus.

Munus est administratio Reip. sine dignitate. Honor, cum dignitate, *l. 41. pr. & § 1.* Est autem munus vel patrimoniale, quod rebus imponitur & sumptus requirit, vel personale, quod animi provisione & corporalis laboris intentione perpetratur, vel mixtum, quod de utroque participat, *l. 18. pr. & § 17. & seq.* ubi & exempla. quæ hodie longe aliter in nostris civitatibus se habent. Difficulter etiam, ut sæpe vidimus, obtinetur, quod in *l. 8.* scriptum est, in quibus casibus certa ætas honoribus est præscripta, illis annum inchoatum pro impleto haberi, quod est juris positivi Romani: In his autem, quæ ad ordinem Reipubl. pertinent, discrepare mores illorum etiam populorum, quibus alioqui solenne est jus civile sequi, satis constat.

TIT. V.

De Vacatione & Excusatione munerum.

TIT. VI.

De jure Immunitatis.

Vacatio est, Status ejus, qui nullo munere fungitur, aut fungi cogitur, Brisson. *de V. S. verb. Vacatio.* Posteriore sensu notat exemptionem; Eaque duplex est, Excusatio & Immunitas. Excusatio

cusatio datur ob causas lege proditas, ex beneficio personali. A personalibus muneribus excusat ætas, numerus liberorum, adversa valetudo, *l. 2. § 1. & 7.* sed a patrimonialibus non datur excusatio, *l. 10. & l. 11.* nisi forte 16 libb. *l. 5. § 2 de jur. immun.* quæ tamen expresse de patrimonialibus non loquitur: & intelligi potest, quod numerus 5. libb. a præcipuis quidem, non vero ab omnibus muneribus excuset, sed quod 16. liberi ab omnibus absolute excusent.

Excusatio ab initio proponenda est, simul ac munus injungitur, *l. pen. § ult. hic.* & quidem per appellationem; nominatione atque electione facta & insinuata, *l. 1. hic. l. 21 C. de Decur. lib. 10. l. 4. C. de appell.*

Causæ excusationum recensentur, *primo* quæ liberant a muneribus personalibus & ab honoribus; ut si quis minor sit 25. annis, *l. 2. pr. hic.* si appellationis causa peregrinetur, *l. 8. § fin. eod.* si sit negotiator frumentarius, *l. 9. § 1. eod.* si defensionem Reipublicæ susceperit, *l. 10. § fin. eod.* si sit veteranus, *l. 7. eod. l. 2. de Veteran.*

Dein sunt quæ a muneribus personalibus, non ab honoribus excusant; ut si quis major sit 70. annorum, *l. 2. § 1. hic,* sic quinque liberos habeat, *l. 8. eod.*

Immunes sunt, qui a Principe muneribus sunt exempti, quod est personale beneficium, nisi expressa heredum mentio sit facta, *l. 1. § 1,* quo casu descendentes sexus muliebris non intelliguntur, *l. 1. § ult.*

Collegiis tributæ immunitates, perpetuæ sunt. *l. pen. hic. l. 7. § fin. Quod cujusque univ.*

Verum hæ non ad singulos pertinent, sed tantum ad artifices, qui operam publicis utilitatibus necessariam exhibent, *l. pen. § pen. hic.*

TIT. VII.

De Legationibus.

Legati sunt, qui cum mandatis lecti ad principem, vel populum, negotii publici causa mittuntur, Varr. *lib. 4. de LL.* Proprie qui habent summam potestatem, soli legatos mittere possunt, sed hcic municipales nuncii hoc nomine gaudent, habentque & dum absunt, & biennio post. excusationem, *l. 7. & l. 8.* De sanctitate legatorum vid. *l. ult.* Idque de legatis ab eo, qui summam habet potestatem, missis, intelligendum, ut indicat textus.

Legati esse non possunt, debitores Reipublicæ, infames, qui jus postulandi non habent, *l. 4. hic.* nec plures quam tres; nisi aliud legationis dignitas exigat, *d. l. 4. in fin.*

Quandiu Romæ legatione funguntur, nulla propria actione conveniri possunt, *l. 3. l. 8. & l. 11. hic.* nisi ex delicto inibi admisso, *l. 10. eod. l. 24. § 1. de Judic.*

Si Romæ conveniantur, vel in comitatu Principis, etiam si ibi contraxerint ante legationem, vel extra provinciam suam, jus habent revocandi domum, *l. 2. § 3. & l. 8. de judic.* Huc non pertinet libera Legatio, quæ debetur Senatoribus, aut magistratibus, ut ipsis suo commodo, nulla Reip. causa abesse liceat, de qua passim apud Veteres, *l. 14. h. t.* Quæ plura de Legatis, amplissima dicendi materia, Lector expectare posset, ex Grotio *lib. 2. de J. B. & P. cap. 18.* aliisque juris publici Scriptoribus petenda sunt, meliorque dabitur alias, si Deus volet, occasio.

TIT. VIII.

De Administratione rerum ad civitates pertinentium.

Ut in aliis rebus universitates eodem jure, quo privati, utuntur, ita & administratores tenentur, quemadmodum administratores privati. Hinc debitoribus per gratiam non possunt tribuere dilationem, *l. 3. § 4. ff. Quod vi aut clam.* ex necessitate possunt, *l. 2. § 3.* præstant latam & levem culpam, *l. 6. h. t.* ob dolum tenentur in duplum, *l. ult. § 4. h.* Singuli etiam in solidum tenentur, *l. 3. pr. & l. ult. § 8. h.* sed non ultra tempus administrationis suæ, *l. 3. § 1. h.* qua in parte sitne discrimen inter Administratorem rerum privatarum, & publicarum, disputavimus *ad tit. De Exercit. act. n. 2. & sequ.* Plane de facto suo tenetur, etiam postea, non ipse tantum, sed & heres ejus. Quod si rationes subscriptæ & expunctæ sint, ipse administratione functus, post 20. annos, heres ejus post decennium non tenetur, *l. 13. § 1. de divers. & temp. præscr.* Si vero gratiose expunctæ dicantur, non retractabuntur, *l. 8. § 1. h.* Quod si error in calculo sit commissus, hujus de-

monſtratio, & emendatio, nec non præſtatio, nullius temporis præſcriptione tollitur, *d. l. 8. in pr.* Sic illa recte conciliantur, ut quidem videtur.

TIT. IX.

De Decretis ab ordine faciendis.

Decreta ordinis Decurionum ut valeant, oportet ex tribus eorum partibus adeſſe duas, *l. 4. h.* item ne ambitioſa ſint, hoc eſt, gratiæ cauſa captandæ, *l. 4. h.* Ita facta non reſcinduntur, niſi publica utilitate flagitante, vel per appellationem ad Præſidem, *l. 1. § 3. ff. Quand. app.* ſi nempe res ſit appellationis capax, ut eſt ibi nominatio ad honores munusve publicum. Notandus autem uſus ambitioſi decreti: Species ejus dicitur, *ſi debiterem dimiſerint*, ſive aliquid largiri ſint, *l. 4. in pr.* nempe ut homines ſibi conciliarent, quorum favore deinceps in aliis uterentur: Ita *ambitioſe* aliquid agere, apud Ciceronem, quandoque ſubmiſſe & humiliter agere, quando Candidati ambiendo, gratiam multitudinis captare cogebantur. Sic ambitioſe judicare, id eſt ex favore perſonæ, *l. 65. § 2. ad Sc. Trebell.*

TIT. X.

De Operis publicis.

Respubl. operibus ſuis præficit curatores, vulgo hodie *Commiſſarios*, qui locant ea redemptoribus, quibuscum ipſis eſt negotium, *l. 2. § 1. h.* qui etiam per ſubſtitutos opus facere poſſunt, quatenus nihil intereſt Reip. *l. 48. Locat.* junct. *l. 31. de Solut.*

Tenentur de levi culpa, *l. 9. § 5. Loc.* ſed & de periculo, ſi obtulerint ſe, *l. 25. § 7. cod. & l. 1. § 35. Depoſ.* Ex pluribus tamen ſinguli tantum pro partibus, *l. 11. § 1. de duob. reis.*

Quæſtioni de vitio operis, & culpa redemptoris, 15. annis præſcribitur, *l. 8. C. h. t.*

Si merces non ſolvatur, quæritur an exhibitionem operis facti negare poſſit conductor, & jure retentionis uti: De privatis certum eſt, poſſe. Verum ratio differentiæ eſt, quia privatu foro cedere poſſunt, respublica non poteſt, *l. 2. pr. ad l. Rhod. & l. 18. § ult. Comm. div.*

TIT. XI.

De Nundinis.

Jus nundinarum, hoc eſt, habendi mercatum cum univerſali confluxu, a ſolo Principe conceditur, non utendo per decennium quoque amittitur *, *l. 1. h.*

Privilegium nundinarum eſt **, quod repreſſaliis & detentionibus ob debita privata locus in illis non ſit, niſi partes hoc expreſſerint, *l. un. C. h. t.* Præſcriptione Decennali jus Nundinarum a Principe conceſſum amitti docet *d. l. 1. h. t.* A Magiſtratibus igitur concedi non poteſt, cum ejusmodi exemptione. Quæ res an apud nos usque quaque ſervetur, dubito. Sæpe, ni fallor, jus Nundinarum a Magiſtratibus petitur, & permittitur. De Jure tamen, non poſſunt tales Nundinæ habere ſolita, quæ diximus, privilegia. Proinde hi quorum intereſt, ſe Nundinis a Magiſtratibus, ſine privilegio Ordinum conceſſis, opponere poſſunt, ac ita conſultus reſpondi 12. *Mart. 1690.* Tulden. *ad tit. C. de Nund.* Credo ſic etiam in contradictorio ſervatum iri, quanquam talia juris publici inſtituta, paulo incuriosius apud nos haberi videntur.

TIT. XII.

De Pollicitationibus.

Pollicitatio eſt promiſſio, facta reipublicæ ſine acceptatione, *l. 3. pr. h.* adeoque differt a pacto, primo, quod hoc inter privatos fit; ſecundo, quod hoc niſi acceptatum non valet, *l. 1. § 2. de*

* Jure Saxonico demum lapſu 31. Annor. 6. Sept. & 3. Dier. ſecundum Carpz. *P. 2 C. 3. def. 23. n. 1.* Richt. *dec. 56. n. 2.* Diſſent. tamen Schilt. *ad ff. Ex. 50. tit 36.*

** In eo potiſſimum conſiſtit nundinarum privilegium, quod iis durantibus, ob debitum privatum, nemo conveniri poteſt. *P. 1. C. El. § f.* quod ex obſervantia Jur. Sax. quoque obtinet, etiamſi debitum in ipſis nundinis contractum, Carpz. *ad d. C. def. 26.* Moller. *16. n. 8.* aut debitor ſit de fuga ſuſpectus, Carpz. *l. c def. 25.* in quam ſententiam reſp. *Fac. Jur. Lipſ. Menſ. Febr. An. 1701.*

Pact.

Pact. tertio, quod pactum inter absentes & per epistolam recte fiat, secus ac pollicitatio, *l. 5. h.* Denique pactum statim parit exceptionem; pollicitatio non obligat vi fidei, etsi certæ causæ respectu fiat, veluti ob honorem, *l. 1. § 1.* quanquam si jam opus inchoaverit, tenetur ad perficiendum, *l. 1. § 2. & 3. h.*

Votum est promissio facta Deo, de re licita, & intentione animi pia, quo filiif. non obligantur, *l. 2. § 1. h. Num. 30. v. 3. 4. & 5.*

Effectus est, ut is, qui vovit, extra ordinem compellatur implere votum; sed res, quam promisit, non voto, sed traditione demum, sacra constituitur, *d. l. 2. pr.*

TIT. XIII.

De Extraordinariis Cognitionibus, & si judex litem suam fecerit.

I. Quid extraordinariæ cognitiones. II. De quibus rebus fiant. III. De Juris Professoribus. IV. De Advocatorum salariis.

Extraordinariæ cognitiones duplici noscuntur modo & sensu. Primo ratione judicis, quod ordinario jure per judicem pedaneum fiebant; quorum datione sublata per *l. 2. C. de judic. pedan* exinde cuncta judicia facta sunt extraordinaria, *§ ult. Inst. de Interdict.* vel potius, abolitis extraordinariis, omnia facta sunt ordinaria, quatenus ipsi Magistratus cognoscere debent: Quæ res olim per excellentiam *cognitiones* dicebantur, ut apud Suetonium; Reus qui majorem judicem metuebat, *rem ordinarii juris, non cognitionis* esse, clamabat. *Claud. c. 15.* Hoc sensu *cognitio extraordinaria* est in hac Rubrica, eoque sensu nunc est *ordinaria* cognitio: Tametsi res ipsa eodem jure censeatur; Plane est adhuc superstes altero sensu extraordinaria cognitio, in negotiis, de quibus summarim judicatur, ut alias demonstratum *ad tit. de Judic. num. 33. tom. præc. pag. 718.*

2. Species causarum, de quibus extra ordinem cognoscitur, in quatuor genera deciduntur a Callistrato in *l 5. pr. b. t.* de honoribus & muneribus, de re pecuniaria, de existimatione, vel de capitali crimine, *l. 5. in pr. b. t.* sed de omnibus alibi actum, exceptis mercedibus & salariis, de quibus heic inprimis agitur. Intelliguntur autem mercedes, quæ debentur Præceptoribus liberalium studiorum, *l. 1. pr.* non artium mechanicarum, *d. l. 1. § 7.* Liberales habentur, Rhetores, Grammatici, Geometræ, tam Ludimagistri quam Professores, *d. l. 1. pr. & § 6.* Philosophis jus non dicitur, quia mercenariam spernere se profitentur operam & pecuniam, *d. l. 1. § 4.* cujus retinendæ cupiditatem præ se ferentes, fictam adseverationem detegunt, *l. 8. § 4. de Vacat.* Medici in alia conditione sunt; hi extra ordinem audiuntur, & continentur sub illis non modo Chirurgi & Pharmacopœi, sed etiam auricularii, fistularii, & dentium medici, denique obstetrices; non tamen incantatores; nec enim sunt medici; *tametsi sint*, ait Ulpianus, *qui hoc sibi profuisse, cum prædicatione adfirment d. l. 1. § 3. in f.*

3. Juris Civilis Professoribus honorarium petentibus, jus non dicitur. Etsi enim res sanctissima sit civilis sapientia, nummario tamen pretio dehonestanda non est; hactenus, ut judicio petatur, etsi honeste accipiatur, ait Ulpianus. Insinuat juris Professoribus, *ut curent, in ingressu sacramenti honorem sibi offerri. d. l. 1. § 5.* Atqui hoc difficilius hodie quidem adsequuntur, & inverecundius habetur. Nihil est potius, quam Protagoræ institutum sequi & expectare ab his; qui bene profecerunt; eos, qui parum aut nihil didicerint, sibi relinquere, ut Aristot. scribit *9. ad Nicom. c. 1.* Hinc est, quod ab iis, qui honoraria bene solverunt, multoque se plus quam pro modo pecuniæ percepisse meminerunt, Juris Professores omni honore deinceps adficiuntur: Qui non solverunt, pro gratitudine odium reddunt, magis quod visu illorum insciliam sibi quam fidei defectum exprobrari autumant. Dignitas Artis hodie quidem non minor est, quam olim; At hominum temporumque ratio bene diversa. Denique, nec hodie Professores judicio de honorariis suis agere decet; quo minus agentes audiantur, causa nulla esse videtur.

4. Secus est de honorariis Advocatorum, quibus pro modo litis, proque Advocati facundia, & fori consuetudine, salarium adjudicandum est, non tamen ultra centum aureos, qui faciunt ad minimum ducentos ducatones Philippicos, *d. l. 1. § 10. & 12.* Moribus hodiernis, habent Curiæ plerumque *taxas* judiciales, singulis advoca-

to-

torum ministeriis impositas *; de quibus si quæratur, an Advocatus illas petendo excedere possit, videtur posse, non tam, quod Jurisprudentia sit res inæstimabilis, ut Professor juris in Belgio diu vetustissimus adseverabat; quam quod illæ Taxæ quod minimum est, quo clientes defungi queant, in contradictorio exprimant; non quod pro dignitate meritoque Artis honorario sufficiat. Cæterum, improbas salariorum extorsiones, etiam coercebit Præses, & restitui jubebit, *d. l. 1. § 12.*

TIT. XIV.

De Proxeneticis.

Hæc etiam species ad extraordinariam Præsidis cognitionem pertinet, *l. 3. h.* Quid autem? Proxenetica sunt remunerationes eorum, qui contrahentibus operam in negotiis conciliandis præstant, scilicet pro modo negotii, *l. 3. h.* De negligentia sua non tenentur proxenetæ, sed de dolo tantum, *l. 2. h. t.* quia neque mandati, neque locati tenentur proxenetæ, *l. 2.* ubi salarium illorum vocatur, *philanthropium*, vulgo *discretion.*

TIT. XV.

De Censibus.

1. Servium Tullium divisisse populum in classes & centurias, secundum quas suffragia ferrentur, milites ordinarentur, tributa fierent, notum est: hinc Census fuit ac est, publica civium bonorumque descriptio, estque tam rerum quam personarum, juxta quam prastationes tributariæ exiguntur, *l. 3. pr. & l. 4. pr. & §§ seqq. h. t.*

2. Immunitas concessa personis, neque tertio, neque socio, neque heredi prodest, nisi mentione ejus expresse facta; posteris autem concessa ad feminas non pertinet, *l. 3. § 1. h. & l. 1. § ult. de jur. immun.*

3. Quin etsi fundus ea lege sit venditus, ut venditor censum præstet, fiscus tamen convenit emptorem, *l. 2. C. Sin cens. vel reliqu. lib. Leon. 1. emend. 8.* Imo & emptor de reliquis, hoc est, tributis non solutis, quæ ante venditionem cesserant, adhuc tenetur, *d. l. 2.* quod non modo respectu fisci intelligendum, sed ne actio quidem ex empto de ejusmodi pacto danda videtur, *l. 1. & ult. cod.* Idem est, si convenerit, ut census de fundo in fundum transferatur, *arg. dd. ll.* Hæc ita hodieque servantur. Cæterum, immunitas rebus data, perpetua est, *l. 3. § 1. h.*

4. Qui censum non bene professus est, crimine fraudati census tenetur, *l. 53. de Jud.* Plures etiam possessores singuli in solidum tenentur, sed unus, qui solidum solvit, petere potest, ut actiones sibi cedantur, *l. 5. pr. h.* Hæc juridica sunt. Plura hujus generis a Politicis petenda, ubi & discrimen Census personalis & realis; etsi omnis vere Census realis. Sed personalem vocant, quo cujusve patrisfamilias patrimonium, non particulatim, sed universum æstimatur. Realem, quando de singulis rebus portio deducitur.

TIT. XVI.

De Verborum significatione.

De his duobus titulis excerpsimus notabiliores textus, quos legite, sultis, & nucleum titulorum illis inesse credite.

2. Verbum hoc, *si quis*, tam masculos quam feminas complectitur, *l. 1.*

3. Urbis appellatio muris, Romæ autem continentibus ædificiis finitur, *l. 2. pr.*

4. Nominis appellatione rem significari, Proculus ait *l. 4.* Pecuniæ significatio ad ea refertur, quæ in patrimonio sunt, *l. 5. pr.*

5. Verbum *Ex legibus*, sic accipiendum est; tam ex legum sententia, quam ex verbis, *l. 6. § 1.*

6. Mulieris appellatione etiam virgo viripotens continetur, *l. 13. pr.*

7. Verba *Contraxerunt. gesserunt*, non pertinent ad testandi jus, *l. 20.*

8. Bona intelliguntur cujusque, quæ deducto ære alieno supersunt, *l. 32. § 1.*

9. Neratius Priscus tres facere existimat collegium, *l. 85.*

10. Quid aliud sunt jura prædiorum, quam prædia qualiter se habentia ut bonitas, salubritas, amplitudo? *l. 86.*

11. Tantum quisque pecuniæ relinquit, quantum ex bonis ejus retici potest, *l. 88.*

12. Hoc sermone, *Dum nupta erit*, primæ nuptiæ significantur, *l. 89. § 1.*

13. Littus est, quousque maximus fluctus a

* Qualem ordinationem saluberrimam Serenissimus Rex anno 1714. magno litigantium commodo promulgavit.

mari

mări pervenit, idque Marcum Tullium ajunt, cum arbiter esset, primum constituisse, *l.* 96. *pr.*

14. Speciosas personas accipere debemus, clarissimas personas utriusque sexus, *l.* 100.

15. Verum est, morbum esse temporalem corporis imbecillitatem, vitium vero, perpetuum corporis impedimentum, *l.* 101. § 2.

16. Derogatur legi, aut abrogatur: derogatur legi, cum pars detrahitur; abrogatur legi, cum prorsus tollitur, *l.* 102.

17. Debitor intelligitur is, a quo invito exigi pecunia potest, *l.* 108.

18. Hereditatis appellatione bonorum quoque possessio continetur, *l.* 138.

19. Hominis appellatione tam fœminam, quam masculum contineri, non dubitatur, *l.* 152.

20. Etiam aureos nummos æs dicimus, *l.* 159.

21. Non est pupillus, qui in utero est, *l.* 161.

22. Natura cavillationis, quam Græci σωρίτην appellaverunt, hæc est, ut ab evidenter veris per brevissimas mutationes, disputatio ad ea, quæ evidenter falsa sunt, producatur, *l.* 177.

23. Mulier familiæ suæ & caput & finis est, *l.* 193. § 5.

24. Familiæ appellatione & ipse princeps familiæ continetur, *l.* 196. *pr.*

25. Æs alienum est, quod nos aliis debemus, æs suum est, quod alii nobis debent, *l.* 213. § 1.

26. Verbum *Facere* omnem omnino faciendi causam complectitur, dandi, solvendi, numerandi, judicandi, ambulandi, *l.* 218.

27. Amicos adpellare debemus, non levi notitia conjunctos: sed quibus fuerint jura cum patre familias, honestis familiaritatis quæsita rationibus, *l.* 224. § 1.

28. Magna negligentia, culpa est, magna culpa, dolus est, *l.* 226.

29. Urbs ab urbo appellata est, urbare est aratro definire, *l.* 239. § 6.

30. Oppidum ab ope dicitur, quod ejus rei causa mœnia sint constituta, *ibid.* § 7.

31. Viduam non solum eam, quæ aliquando nupta fuisset, sed eam quoque mulierem, quæ virum non habuisset, appellari ait Labeo: quia vidua sic dicta est, quasi vecors, vesanus, qui sine corde, aut sanitate esset, similiter viduam dictam esse, sine duitate, *l.* 242. § 3.

TIT. XVII.

De Regulis Juris.

Regula est, quæ rem, quæ est, breviter enarrat, non ut ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est, regula fiat, *l.* 1.

2. Feminæ ab omnibus officiis civilibus vel publicis, remotæ sunt, *l.* 2.

3. Ejus est non nolle, qui potest velle, *l.* 4.

4. Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur, *l.* 9.

5. Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda, *l.* 10.

6. Id, quod nostrum est, sine facto nostro ad alium transferri non potest, *l.* 11.

7. Non debet cui plus licet, quod minus est, non licere, *l.* 21.

8. Plus cautionis in re est, quam in persona, *l.* 25.

9. Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere, *l.* 29.

10. Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est, *l.* 35.

11. Culpa est, immiscere se rei ad se non pertinenti, *l.* 36.

12. Culpa caret, qui scit, sed prohibere non potest, *l.* 50.

13. Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est, *l.* 53.

14. Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet, *l.* 54.

15. Nullus videtur dolo facere, qui suo jure utitur, *l.* 55.

16. Semper in dubiis benigniora præferenda sunt, *l.* 56.

17. Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur, *l.* 57.

18. Heredem ejusdem potestatis jurisque esse, cujus fuit defunctus, constat, *l.* 58.

19. Invito beneficium non datur, *l.* 69.

20. Non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri, *l.* 74.

21. Nemo potest mutare consilium suum in alterius injuriam, *l.* 75.

22. In toto jure, generi per speciem derogatur, *l.* 80.

23. Quæ dubitationis tollendæ causa contractibus inseruntur, jus commune non lædunt, *l.* 81.

24. In omnibus quidem, maxime tamen in jure, æquitatis spectanda sit, *l.* 90.

25. Non ſolent, quæ abundant, vitiare ſcripturas, *l.* 94.

26. Omnia, quæ jure contrahuntur, contrario jure pereunt, *l.* 95.

27. Libertas inæſtimabilis res eſt, *l.* 106.

28. In eo, quod plus ſit, ſemper ineſt & minus, *l.* 110.

29. Pupillum, qui proximus pubertati ſit, capacem eſſe & furandi, & injuriæ faciendæ, *l.* 111.

30. Nihil intereſt, ipſo jure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur, *l.* 112.

31. Nihil conſenſui tam contrarium eſt, quam vis atque metus, *l.* 116.

32. Non capitur, qui jus publicum ſequitur, *ib.* § 1.

33. Prætor bonorum poſſeſſorem heredis loco in omni cauſa habet, *l.* 117.

34. Nemo plus commodi heredi ſuo relinquit, quam ipſe habuit, *l.* 120.

35. Furioſus abſentis loco eſt, *l.* 124. § 1.

36. Favorabiliores rei potius, quam actores, habentur, *l.* 125.

37. In pari cauſa poſſeſſor potior haberi debet, *l.* 128.

38. Imperitia culpæ adnumeratur, *l.* 132.

39. Nunquam creſcit ex poſtfacto præteriti delicti æſtimatio, *l.* 137. § 1.

40. Quod contra rationem juris receptum eſt, non eſt producendum ad conſequentias, *l.* 151.

41. Non omne, quod licet, honeſtum eſt, *l.* 144.

42. Nemo videtur fraudare eos, qui ſciunt & conſentiunt, *l.* 145.

43. Semper ſpecialia generalibus inſunt, *l.* 147.

44. Ex qua perſona quis lucrum capit, ejus factum præſtare debet, *l.* 151.

45. Nemo damnum facit, niſi qui id fecit, quod facere jus non habet, *l.* 151.

46. In maleficio, ratihabitio mandato comparatur, *l.* 151. § 3.

47. Cui damus actionem, eidem & exceptionem competere, multo magis quis dixerit. *l.* 156. § 1.

48. Referrur ad univerſos quod publice fit per majorem partem, *l.* 160. § 1.

49. Quæ propter neceſſitatem recepta ſunt, non debent in argumentum trahi, *l.* 162.

50. Rapienda occaſio eſt, quæ præbet benignius reſponſum, *l.* 168.

51. Is damnum dat, qui jubet dare: ejus vero nulla culpa eſt, cui parere neceſſe ſit, *l.* 169.

52. Factum a judice, quod ad officium ejus non pertinet, ratum non eſt, *l.* 170.

53. Unicuique ſua mora nocet, *l.* 173. § 2.

54. Dolo facit, qui petit, quod redditurus eſt, *ibid.* § 3.

55. Non debeo melioris conditionis eſſe, quam auctor meus, a quo jus in me tranſit. *l.* 175. § 1.

56. Non eſt ſingulis concedendum, quod per magiſtratum publice poſſit fieri: nec occaſio ſit majoris tumultus faciendi, *l.* 176.

57. Infinita æſtimatio eſt libertatis & neceſſitudinis, *l.* 176. § 1.

58. Etſi nihil facile mutandum eſt ex ſolennibus; tamen, ubi æquitas evidens poſcit, ſubveniendum eſt, *l.* 183.

59. Vani timoris juſta excuſatio non eſt, *l.* 184.

60. Impoſſibilium nulla obligatio eſt, *l.* 185.

61. Nihil peti poteſt ante id tempus, quo per rerum naturam perſolvi poſſit, *l.* 186.

62. Quæ rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata ſunt, *l.* 188. § 1.

63. In re dubia benigniorem interpretationem ſequi, non minus juſtius eſt, quam tutius, *l.* 192. § 1.

64. Expreſſa nocent, non expreſſa non nocent, *l.* 195.

65. Omnis definitio in jure civili periculoſa eſt: parum eſt enim, ut non ſubverti poſſit, *l.* 202

66. Quod quis ex culpa ſua damnum ſentit, non intelligitur damnum ſentire, *l.* 203.

67. Jure naturæ æquum eſt, neminem cum alterius detrimento & injuria fieri locupletiorem, *l.* 206.

68. *Ex his regulis quædam poſitionum juris, quædam axiomatum uſum præbent*, quorum differentiam indicavimus *ad Proœm. Inſt. in fr.* Denique, poſitiones ſunt omnes reliquæ præceptiones horum librorum. Plura ſi vis axiomata ex aliis juris partibus, hæc habeto.

AXIO-

AXIOMATUM JURIS SPECIMEN.

EX INSTITUTIONIBUS.

Sæpe de facultatibus suis amplius, quam in his est, sperant homines, § 3. *Ex quib. caus. manum.*

2. Expedit Reipubl. ne quis re sua male utatur, § *ult. de his, qui sui vel al. jur.*

3. Qui pro Republ. ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelliguntur, *fin. pr. de Excusat. Tut.*

4. Consequentia nomina rebus esse debendum est, § 3. *de Donation.*

5. Pessimum exemplo est, humanioribus damnum inferri, sævioribus lucrum accedere, § *ult. d. tit.*

6. Innumerabiles causæ humanis necessitatibus imminent, § *pen. de Testam. ordin.* Commodius est singulas causas singulis appellationibus distinguere, § 5. *Quib. mod. Testam. infirm.*

7. Veritas magis oculata fide, quam per aures hominum infigitur, § *ult. de grad. cogn.*

E PANDECTIS.

Quæ facta lædunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, ea nec facere nos posse credendum est, *l.* 15. *de condit. inst.*

2. Scire Leges, non est verba earum tenere, sed vim & potestatem, *l.* 17. *de Legib.*

3. Minime sunt mutanda, quæ interpretationem certam semper habuerunt, *l.* 23. *eod.*

4. Nulli hominum jus suum detrahendum est, *l.* 2. *de his, qui sui vel al. jur. sunt.*

5. Vetus proverbium est, ὕτε πάντα, ὕτε πάντοτε, ὕτε παρὰ πάντων, *l.* 6. § 2 *de off. Proconf.*

6. Non tam spectandum est, quid Romæ factum sit, quam quid fieri debeat, *l.* 12. *de off. Præf.*

7. Veritas, rerum erroribus gestarum non vitiatur, *l.* 6. § 1. *eod.*

8. Animi motum vultus detegit, *l.* 12. *eod.*

9. Non consentiunt qui errant, *l.* 15. *de Jurisd.*

10. Quod quisque juris in alterum statuerit, ipse eodem jure utatur, *l.* 1. *Quod quisque jur.*

11. Verba cum effectu sunt accipienda, *l.* 5. § 2. *Ne quis eum, qui in jus voc.*

12. Quid tam congruum fidei humanæ, quam ea, quæ inter eos placuerunt, servare? *l.* 1. *in pr. de pactis.*

13. Difficile est, ut unus homo duorum vicem sustineat, *l.* 9. *de pactis.*

14. Turpia lucra heredibus extorqueantur, *l.* 5. *de calumniatorib.*

15. Non debet quis lucrari ex alieno damno, *l.* 28. *de dolo malo.*

16. Ferendus est, qui pudorem suum purgat, *l.* 25. *de procurat.*

17. Non oportet laudando augere malitiam, *l.* 1. § 4. *de Serv. corr.*

18. Non oportet jus civile calumniari, neque verba captari, sed qua mente quid dicatur, animadvertere convenit, *l.* 19. *Ad exhib.*

19. Summa est ratio, quæ pro religione facit, *l.* 24. *in fin. de Religiosis.*

20. Grave est fidem fallere, *l.* 1. *in pr. de const. pecun.*

21. Bonæ fidei non congruit de apicibus juris disputare, *l.* 29. § 4. *Mandati.*

22. Interest hominis, hominem beneficio affici, *l.* 7. *de servis exportand.*

23. Nemo ex consilio suo obligatur, *l.* 2. *Mandati.*

24. In re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus justius est, quam tutius, *l.* 3. *de his, quæ testam. delent.*

25. Iniquum est, damnosum cuiquam esse officium suum, *l.* 7. *Testamenta quemad. aper.*

26. Rerum vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia, *l.* 2. *de legat.* 1.

27. Exemplum pessimum est, fœminino vocabulo etiam masculos contineri, *l.* 45. *in pr. de Leg.* 2.

28. Ignaviam prætendentes, audiri non oportet, *l.* 78. § 2. *de Leg.* 2.

29. Omne artificium incrementum recipit, *l.* 65. § 3. *de Leg.* 3.

30. Malitiis indulgendum non est, *l.* 58. *de R. V.*

31. Jus civile vigilantibus scriptum est, *l.* 24. *in fin. de his, quæ in fr. aud. tred.*

32. Peccata nocentium, nota esse oportet & expedit, *l.* 18. *in pr. de Injur.*

33. Satius est, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnari, *l. in pr. de Pœn.*

34. Suadendo juvisse, sceleris instar est, *l.* 16. *in pr. de Pœn.*

35. Cogitationis pœnam nemo patitur, *l.* 18. *de Pœn.*

36. Unusquisque ex suo admisso sorti subjicitur, nec alieni criminis successor constituitur, *l.* 26. *de Pœn.*

37. Quædam etsi honeste accipiantur, inhoneste tamen petuntur, *l* 1. § 5. *de Extraord. Cognit.*

38. Prodesse tibi unusquisque, dum alii non nocet, non prohibetur, *l.* 1. § 4. & 11. *de aqua plur. arc.*

39. In obscuro favorabilius respondetur, *l.* 10. *in f. de manum. vind.*

40. Discendi cupiditas sola vivendi ratio optima, *l.* 20. *de Fideic. libert.*

41. Quod non est mutatum, cur stare prohibetur? *l.* 27. *de Testam.*

42. Cujusque rei potissima pars, principium est, *l.* 1. *de O. J.*

43. Ex conversatione æquali contemptio dignitatis nascitur, *l.* 19. *de Off. Præf.*

44. Adjuvari nos, non decipi, beneficio oportet, *l.* 17. § 3. *Commod.*

45. Natura rerum conditum est, ut plura sint negotia, quam vocabula, *l.* 4. *de præscr. verb.*

E CODICE.

Rebus, non verbis, lex ponenda est, *l.* 28. *de Usur.*

2. Deum imitatur, qui ignoscit, *l.* 23. *de Nupt.*

2. b. Quod non est mutatum, cur stare prohibetur? *l.* 27. *de Testam.*

3. Nimis est indignum, flagitii præsidia quærere, *l.* 7. *in fin. de Natur. lib.*

4. Naturalis ordo per omnia servandus est, *l.* 5. *de Legit. Tut.*

5. Non est ferendus, qui locum quidem amplectitur, onus autem ei annexum contemnit, *l. un.* § 4 *de Cad. toll.*

6. Ludibrio leges esse non oportet, *l. ult.* § 5 & 6. *de bon. quæ lib.*

7. Mos retinendus est fidelissimæ vetustatis, *l.* 18. *de Testam.*

8. Nihil dubium aptum est ad tollendam ambiguitatem, *l.* 12. § 2. *de Ædif. priv.*

9. Pæne similis omnium hominum natura est, *l.* 13. *de contrab stipul.*

10. Quid verbis opus est, quæ rerum effectus nullus sequitur? *l. ult. de donat.*

11. Culpa similis est, tam prohibita discere, quam docere, *l.* 8. *de malef.*

12. Vanæ voces populi non sunt audiendæ, *l.* 12. *de pæn.*

13. Facies hominis ad similitudinem pulchritudinis cœlestis est figurata, *l.* 17 *de pæn.*

14. Naturale vitium est, negligi quod communiter possidetur, *l.* 2. *Quod & quib. quart. deb.*

15. Magistros studiorum doctoresque excellere oportet, moribus primum, deinde facundia, *l.* 7. *de Professor.*

16. Publicæ utilitatis interest, non amicitia creationes fieri, sed æstimatione vera & commodo Reipubl. *l. un. Si propt. inim. creat. facl. sit.*

17. Leges sunt inexorabiles, *l. ult. de Tabular. scrib.*

18. Utilitas publica præferenda est privatorum contractibus, *l.* 3. *de Primip.*

19. Principis salus, populi salus, *l.* 1. *de veteran.*

EX NOVELLIS.

Leges neminem in paupertate vivere, neque in anxietate mori permittunt, *N.* 1. *in fin.*

2. Nihil immensum bonum est, *Nov.* 3. *in princ.*

3. Ecclesia, Imperii mater, *d. Nov.* 3. *in princ.*

4. Humana natura quodammodo labitur ad delicta, *Nov.* 5 *c.* 2. *sub finem.*

5. Seniorum conversatio, juventutis educatio perfecta, *Nov.* 5. *c.* 3. *in fine.*

6. Uno principio illicito dato, plura sequuntur, *Nov.* 28. *in pr.* § 1.

7. Pater, licet legum contemptor & impius sit, tamen pater est, *Nov.* 12. *c.* 1.

8. Quanto quilibet præest melioribus, tanto major ipse & honestior est, *Nov.* 15. *in f. princ.*

9. Quia non cum lege agimus, erubescimus, *Nov.* 18. *c.* 5. *in f princ.*

10. Non erubescimus, si quid melius, quam ipsi prius diximus, adinveniamus, hoc sancire, *Nov.* 22. *in f. princ.*

11. Disponat unusquisque super suis, & sit lex, ejus voluntas, *Nov.* 22. *c.* 2. *in princ.*

12. Multæ hominibus ad malitiam viæ sunt, *Nov.* 22. *c.* 15.

13. Erubescit lex castigatores filios genitoribus statuere, *Nov.* 22. *c.* 24.

14. Leges etiam in ipsa arma imperium habere volumus, *Nov.* 25. *c.* 5. *in fin.*

15. Nihil in pravo magnum existere, recte a nostris dictum est majoribus, *Nov.* 29. *c. pen. sub fin.*

16. Concordia nihil unquam inter homines præclarius extitit, & præstantius, *Nov.* 30. *c.* 1. *in princ.*

17. Non est inhumanitas, sed potius summa humanitas, cum multi paucorum animadversione salvantur, *Nov.* 30. *c.* 11.

18. Quod in multitudinem dividitur, onus insensibile propemodum facit iis, qui hoc sustinent, *Nov.* 38. *in princ.*

19. Congruens magis est, amplificare rem in paucis coroporibus angustatam, quam multitudinem multitudini adjicere, *Nov.* 38. *c.* 6.

20. Tempus ferre omnia consuevit, *Nov.* 39. *in princ.*

21. Nuptiis nihil utilius, tanquam solis facere homines valentibus, *Nov.* 39 *in fin. princ.*

22. Ea, quæ communiter omnibus prosunt, iis, quæ specialiter quibusdam utilia sunt, præponius, *Nov.* 39. *c.* 1. *in pr.*

23. Nihil inter homines sic est indubitatum, ut non possit tamen suscipere quandam sollicitam dubitationem, *Nov.* 44. *c.* 1. § 3.

24. Melius est pauca agere caute, quam multis interesse periculose, *d. Nov.* 44. *c.* 1. § 3. *in fine.*

25. Veracium solummodo amator est Princeps, *Nov.* 58. *in præfat.*

26. Multis undique natura novitatibus utitur, *Nov.* 84. *in princ.*

27. Multæ sunt homini & anxietates innumeræ & repentinæ mortes, *Nov* 84. *c.* 1. *in f. princ.*

28. Oportet semper aliquod inchoare bonum, non aliorum destruere, *Nov.* 89. *c.* 7.

29. Non erit decens, ut quæ bene exclusa sunt, in Rempubl. rursus introducantur, *Nov.* 89 *c.* 11 § 2.

30. Multa quilibet cogitans inveniet, *Nov.* 94. *c.* 1.

31. Quod factum est, infectum manere impossibile est, *Nov.* 97. *c.* 1.

32. Imperatori & ipsas Deus leges subjecit, legem animatam eum mittens hominibus, *Nov.* 105 *c.* 2 *in fine.*

33. Quod medicamenta morbis, hoc exhibent jura negotiis, & sæpe quod conjectura prodesse credebat, experimento inutile reperitur, *Nov.* 111. *in pr.*

34. Quod in legum positum est potestate, non egebit aliqua extrinsecus dispositione, *Nov.* 113. *c.* 11.

35 Si pro causis corporalibus cogitamus, quanto magis pro animarum salute providentia est nostræ sollicitudinis adhibenda? *Nov.* 115. *c.* 3 *sub fin.*

36. Considerare debent parentes, quod & ipsi filii fuerint, *Nov.* 115. *c.* 5. *in princ.*

37. Quis enim ibi delinquit, ubi salutem petat? *Nov.* 117. *c.* 15. *f.*

38. In delicto æquali, similes eis imponere pœnas, justum esse putamus, *Nov.* 127. *c. ult.*

39. Nullam ita magnum subjectorum delictum est, quod non clementia Principis medeatur, *Nov* 129.

40. Neque enim viros mulierum studia decent, neque rursus virilia mulierum collegiis conveniunt, *Nov.* 133. *c.* 1.

41. Nullus potest naturam sic retinere, ut peccet nihil, hoc enim proprium est Solum Dei, *Nov.* 133 *c.* 5.

42 Mens vacans nihil bonorum parit, *Nov.* 133 *c. ult.*

43. Male adinventa, malæque consuetudines neque ex longo tempore, neque ex longa consuetudine confirmantur, *Nov.* 134. *c.* 1.

44. Oportet nos humani generis infirmitatem protegere, *Nov.* 134. *c.* 13.

45. Unicuique integrum est his, quæ ipsi a lege data & concessa sunt, renunciare, *Nov* 136 *c.* 1.

46. Eos, qui violento affectu odioque semel correpti fuerint, perquam est difficile sanare, *Nov.* 140. *in f præfat.*

47. Nullus misericordiam petens sine acta a facie Principis recedere debet, *Nov.* 147. *in præfat.*

INDEX
LEGUM ILLUSTRATARUM
ET
CONCILIATARUM.

INSTITUT.

Lib. 2. *tit.* 1. de A. R. D. § 23. conciliatur cum l. 7. § 5. & l. 30. § 3. & l. 38. 1. eod. 196 a
eod. § 25. conciliatur cum l. 7. § 7. eod. 212 a
eod. § 29. conciliatur cum l. 2. de tigno juncto 109 a
eod. § 30. & l. 7. § 12. D. eod. concil. cum l. 2. C. de R. Vind. juncta l. 37. D. eod. 109 n. 40
eod. § 39. conciliatur cum l. 3 § pen. de Jure Fisci 103 b
Lib. 2. *tit.* 5. de usu & habit. § 4. explic. ex l. 12. § 2. eod. 145 n. 3
Lib. 2. *tit.* 9. Per qu. pers. acquir. § 2. explic. 162 a
Lib. 2. *tit.* 10. de test. ordin. § 8. conciliatur cum l. 20. § 2. Qui test. fac. 171 a
Lib. 2. *tit.* 13. de lib. exher. § 5 explic. 187 n 7
Lib 2. *tit.* 15 de vulg. Subst. § ult. conciliatur cum l. 40. de her. inst. 198 b
Lib. 2. *tit.* 20. de legat. 6. explicatur 1327
Lib. 2. *tit.* 22. de L. Falcid. § 2. conciliatur cum Nov. 1. cap. 1. 1354 n. 4. (262 a
Lib. 2. *tit.* 25. de Codic. § 2. concil. cum l 5. D. de Codicill.

DIGESTA.

Lib. 1. *tit.* 3. de LL. *l. pen.* explicatur 543
Lib. 1. *tit.* 8. de Rer. Divis. *l.* 6. § *ult.* conciliatur cum l. 7. eod. juncta l. 6. § fin. de Relig. 89 515 b
Lib. 1. *tit.* 9. de Senat. *l.* 5. conciliatur cum l. 11. C. de Dignitat. 560 n. 3
Lib. 1 *tit.* 14. de offic. Præt. l. 3. explic. 568 n. 2
Lib. 2. *tit.* 1. de jurisdict. *l.* 3. explic. 583
eod. *l.* 10. conciliatur cum l. 77. de Judic. 704 n. 8
Lib. 2. *tit.* 9. Si ex nox. caus. ag. *l. pen.* conciliatur cum l. 1. § 1. D. de pœn 609
Lib. 2. *tit.* 14. de Pactis *l.* 5. ejus lectio adserta 624 n. 3
eod. *l.* 7. § 1. cum seqq. exponitur 624 a
eod. *l.* 17. § 2. exponitur. 625
eod. *l.* 27. § 2. 632
eod. *l.* 45. exponitur 628 a
Lib. 2. *tit.* 15. de Transact. *l.* 3. *pr.* & *l.* 14. concil. 645 n. 12
eod. *l.* 6. explic. 637 a
Lib. 3. *tit.* 1 de postul. *l.* 8. concil. cum l. 6. C. de his, qui inf. not. 656 n. 6
Lib. 3. *tit.* 2. de his, qui infam. not. *l.* 13. § *ult.* conciliatur cum l. 2. de Stellion. 655 n. 3
eod. *l* 13. § *pen.* & l. 2. de Stellion. conciliantur & illustrantur 1514
Lib. 3. *tit.* 3. de Procur. *l.* 33. § 2. 657 n. 3
eod. *l.* 67. explicatur 915 a
Lib. 3. *tit.* 6. de Calumn. *l.* 5. § 1. explicatur 671 n. 2
Lib. 4. *tit.* 3. de Dol. mal. *l.* 1. § 2. 678
eod. *l.* 3. § 4. 680 b
eod. *l.* 14. explic. 681 b (62 a
Lib. 4. *tit.* 4. de Minor. *l.* 1. § *ult.* quomodo accipienda

Lib. 4. *tit.* 8. de recept. arbit. *l.* 6. exponitur 704 a
eod *l.* 41. expl. 704 n. 6.
Lib. 5. *tit.* 1. de Judic. *l.* 19. § 2. explic. 730
eod. *l.* 38. *pr.* 728
eod. *l.* 43. explic. 730 a
eod. *l.* 65. explic. ibid.
eod. *l.* 77. conciliatur cum *l.* 10. de jurisdict. 704 b
Lib. 5. *tit.* 2. de inoff. test. *l.* 8. § 6. 750
Lib. 5. *tit.* 3. de Hered. petit. *l.* 13. § 4. conciliatur cum l. 2. C. de her. pet. 757 n. 3
eod. *l.* 25. § 7. concil. cum l. 25 § ult. de usur. 762 a
eod. *l.* 36. § *pen.* & l. 25. § 7. eod. concil. 761 a
eod. *l.* 42. 756
Lib. 5 *tit.* 4. Si pars hered. pet. *l.* 3. exposita ab emendatione vindicata 764 a
eod *l.* 38. conciliatur cum l. 27. § 25. ad L. Aquil. 827 n. 15
Lib. 2. *tit.* 1. de R. V. l. 18 conciliatur cum l. 10. C. de præscript. long. temp. 714. n. 23
eod. *l.* 37. & l. 2. C. concil. cum § 30. Inst. de A. R. D. & l. 7. § 12. D. eod. 109 n. 40
eod. *l.* 65. ab emendatione vindicata 771 b
eod *l.* 68. explicatur. 773
Lib. 6. *tit* 2. de Publ. act. *l.* 9. § 4. conciliatur cum l. 31 § ult. de act. empt. 774 a
Lib. 7. *tit.* 1. de Usufr. *l.* 4. explicatur 781 b
eod. *l.* 15. § *fin.* explicatur salva lectione Florentina 803 n. 8.
eod. *l.* 19. explicatur 768 a
eod. *l.* 33 § 1. explicatur 1319
eod. *l.* 57. conciliatur cum l. 17. de usufr. amitt. 792 a
eod. *l* 63. explicatur 781 b
Lib. 7. *tit.* 3. Qu. dies leg. § 2. 791 n. 3
Lib. 7. *tit.* 4. Qu. mod. usufr. amitt. *l.* 17. expon. & cum l. 16. de contr. empt. item cum l. 57. de usufr. conciliatur 793 n. 2
eod. *l* 23 explic. 106 b
eod. *l.* 29. explicatur & cum l. 32. § 1. de acqu. poss. conciliatur 793 a
Lib. 7. *tit.* 6. Si usufr. pet. *l.* 1. in pr. concil. cum l. un. § 4 de Remiss. 95 a
Lib. 7. *tit.* 8 de Usu & Habit. *l.* 14. § 1. conciliatur cum l. 5 § 1. Usufr. qu. cav. 797
Lib. 7. *tit.* 9. Usuf. quemadm. cav. *l.* 5. § 1. conciliatur cum l. 14 § 1. de usu & habit. 797
Lib. 8 *tit.* 1. de Servit. *l* 8 expl. 802 a
ead. *lex* 8. conciliatur cum l 3. de aq. pl. arcend. 128 b
eod *l.* 18. 816 a
Lib. 8. *tit.* 2. de S. V. P. *l.* 2. conciliatur cum l. 2. de S. P. R. 131 a
eod. *l* 20. § 2 conciliatur cum l. 14. si serv. vind. 133 a
eod. *l.* 28. explicatur 812 a
eod. *l.* 40. explicatur absque emendation 807 a

Lib. 8. *tit.* 3. de S. R. P. *l.* 11. exponitur 806 b
Lib. 8. *tit.* 5. Si Serv. vind. *l.* 6. § 2. explicatur & conciliatur cum l. 2. § 7. aqua pluv. arc. cujus lectio vulgata adseritur 800 a
eod. *l.* 14. conciliatur cum l. 20. § 2. de S. U. P. 134 b
Lib. 8. *tit* 6. Quemadm. serv. am. l. 7. conciliatur cum l. 13. de us. & usufr. leg. 817 b
Lib. 9. *tit.* 2. ad *L.* Aquil. *l.* 11. § 3. & l. 51. eod. conciliantur 824 b
eod. *l.* 13. pr. explicatur 827 n. 14
eod. *l.* 27. § 2. conciliatur cum l. 13. de nox. act. 829. tit. 4
eod. *l.* 27. § 25. conciliatur cum l. 13. de hered. petit. 827
eod. *l.* 49. § 1. conciliatur cum l. 7. § 4. Quod vi aut clam 822 a
Lib. 9. *tit.* 4. de nox. act. *l.* 13. conciliatur cum l. 27. § 2. ff. ad L. Aquiliam 829 tit. 4
Lib. 10. *tit.* 1. Fin. regund. *l.* 1. quomodo explicanda 408 b. 830 b
Lib. 10. *tit.* 2. Fam. ercisc. *l.* 32. conciliatur cum l. 21. C. 1. Fam. ercisc. 836 n. 8
eod. *l.* 37. explicatur absque emendatione 833 b
Lib. 10. *tit.* 3. Comm. divid *l.* 1. expl. 837
eod. *l.* 6. § 6. conciliatur cum l. 2. § 1. de Relig. 861
Lib. 10. *tit.* 4. ad exhib. *l.* 13. explicatur sine emendatione 843
Lib. 1. *tit.* 7. de Relig. *l.* 2. § 1. conciliatur cum l. 6. §. 6. ff. comm. divid. 861
Lib. 12. *tit.* 1. de Reb. cred. *l.* 4. § 2. conciliatur cum l. 9. § 1. de damn. infect. 820 n. 34
eod. *l.* 18. conciliatur cum l. 36. de A. R. D. 1382
eod. *l.* 40. explicatur 536 n. 10
Lib. 12. *tit.* 2. de jurejur. *l.* 26. pr. conciliatur cum l. 34. § 2. ff. eod. 876 a
eod. *l.* 34. conciliatur cum l. 8. § 3. de obseq. par. 1382
Lib. 12. *tit.* 3. de jurej. in Lit. *l.* 4. § 2. 885 a
Lib. 12. *tit.* 5. de Condict. ob turp caus. *l.* 2. § *ult.* exposita & illustrata 893 b
eod. *l.* 8. concil. cum l. 26. & 123. de V. O. 893 n. 5
Lib. 13. *tit.* 1. de Cond. furt. *l.* 8. § 1. conciliatur cum l. 2. § 3. ff. de priv. delict. 900 n. 4
eod. *l.* 18. explicatur & illustr 1497
Lib. 13. *tit.* 5. de eo qu. certo loco *l.* 8. exponitur 909 a
Lib. 13 *tit.* 6. Commod. *l.* 3. §. 2. fin. illustrata. 904 b
eod. *l.* 5. § *ult.* explicatur 912 b
Lib. 13. *tit.* 7. de pign. act. *l.* 41. conciliatur cum l. 22. de pign. 1040 b
Lib. 14. *tit.* 2. ad L. Rhod. *l.* 8. conciliatur cum l. 43. § pen. de furt. 100
eod. *l.* 9. illustratur & explicatur leviterque emendatur 919 n. 10
Lib. 14. *tit.* 3. de inst. act. *l. ult.* 925 a
Lib. 14. *tit.* 6. SC. Maced. *l.* 3. explicatur 1395 b sq.
Lib. 16 *tit.* 1. SC. Vellej. *l.* 28 § 1. conciliatur cum l. 13. C. eod. 835 a
Lib. 16. *tit.* 2. de Compens. *l.* 18. explicatur 645 a
Lib. 18. *tit.* 1. de contr empt. *l.* 16. concil. cum l. 17. de usufr. amitt. 792 n. 2
Lib. 18. *tit* 4. de her. act vend. *l.* 2. § 18. juncta l. 20. 981 n. 2
Lib. 18. *tit.* 7. de Serv. expor. l. 6 & 7. concil. 1003
Lib. 19. *tit.* 1. de act. empt. *l.* 29. conciliatur cum l. 45. § 1. de Legat. 2. 1327 n. 5
eod. *l.* 31. § *fin.* conciliatur cum l. 9. § 4. de Public. act. 774
Lib. 19. *tit.* 3. de æstim. act. *l.* 1 § 1. conciliatur cum l. 17. pr. de Præscr. verb. 1020
Lib. 19. *tit.* 5. Præscr. verbis *l.* 5 § 3. conciliatur cum l. 15. eod. 1024 n 5
eod. *l.* 17. conciliatur cum l. 1. § 1. de æstim. act. 1020 b
Lib. 20. *tit.* 1. de Pign. *l.* 6. explic. 1039 a
Lib. 20. *tit.* 2. Quib. ex caus. pign. *l.* 1. explic. 1042 b
eod. *l.* 8. explicatur 1036 n 14
Lib. 20. *tit* 4. Qui pot. in pign. *l. ult.* conciliatur cum l. 28. de jure fisci 1059 b
eod. *l.* 16. explicatur 1066 a
Lib 20. *tit.* 5. de Distr. pign. *l.* 7. § 2. 1037 a
Lib. 21. *tit.* 1. de ædil edicto *l.* 43. explicatur 1082
eod. *l.* 48. § 7. explicatur 1082 b
Lib. 21. *tit.* 2. de Evict. *l.* 65. explicatur 1032 a
Lib. 22. *tit.* 1. de Usur. l. 3. § 2. conciliatur cum l. 58. § 2. ad SC. Trebell. 1,61 b
eod *l.* 32. § 2. conciliatur cum l. 122. § 5. de V. O. 1464 a
eod. *l.* 35. explicatur 1465 a
eod. *l.* 45. explicatur 1164 a
Lib. 22. *tit.* 5. de Test. *l.* 3. § 5. explicatur & aliter interpungitur 1141 b
eod. *l. ult.* explicatur 1145 n. 8
Lib. 23. *tit.* 1. de Sponsal. *l.* 9. explicatur 1159 a
Lib. 24. *tit.* 1. de don. V. & U. *l.* 32 § 1. exponitur 1197 a
eod. *l.* 55. explicatur 769 b
Lib. 24 *tit.* 3. Sol. matr. *l.* 40. explicatur 1210
Lib. 25. *tit.* 3. de agn. lib. *l.* 1. § 2. explicatur 1232
Lib. 26. *tit.* 1. de Tutel. *l.* 10. conciliatur cum l. 3. de tut. dat. 1236 a
Lib. 26. *tit.* 5. de tut. dat. *l.* 3. conciliatur cum l. 10. de tutel. 1236 a
Lib. 26. *tit.* 7. de Adm. tut. *l.* 2. explicatur & usui applicatur 1447 b
eod. *l.* 26. explicatur 1257 b sq.
eod. *l.* 56. quomodo accipienda 58 b
eod. *l.* 57. declaratur 1241 b
Lib. 26. *tit.* 9. Qu. ex fact. tut. *l.* 5. explicatur 1257 a
Lib. 27. *tit.* 1. de Excus. l. 6. in fin. quomodo accipienda 70 n. 8
eod. *l.* 13. explicatur 1253 n. 8
eod. *l.* 16. explicatur 1253
eod. *l.* 26. conciliatur cum l. 13. §. 10. eod. 1252 a
Lib. 27. *tit.* 3. de tut. & rat. distr. *l.* 1. § 15. quomodo accipienda 66 a
eod. *l.* 1. § 15. explicatur 1260 a tit. 8
Lib. 27. *tit.* 4. de Contr. tut. *l.* 6. explicatur 1258 b
Lib. 27. *tit.* 19. de Cur. fur. *l.* 1 quomodo accipienda 63 a
eod. *l.* 13. quomodo accipienda 64 b
Lib. 28. *tit.* 1. Qui testam. fac *l.* 20. § 2. & § 8 Inst. eod. conciliatur 171 a
Lib. 28 *tit.* 4. de his quæ in testam. del. *l.* 1. in pr. 1238
Lib. 28. *tit* 5. de hered. inst. *l.* 40 conciliatur cum § ult. de vulg. substit. 197 b
Lib. 28 *tit.* 6. de vulg. & pupill. substit. *l.* 2. § 1. explicatur 1297 a
Lib. 28 *tit.* 7. de Condit. inst. *l.* 4. § 1. explicatur 1350 b in fin sq.
Lib. 29. *tit.* 1. de test. mil. *l.* 15. § 2. explicatur ex l. 20 & 25. & § 4. eod. 177 b

Lib. 29. *tit.* 2. de acquir hered. *l.* 42. conciliatur cum l. 28. de R. A. J. possid. 200 b
Lib. 29. *tit.* 3. de aq pluv. arc. *l.* 2. § 7. 130 a
Lib 29. *tit.* 7. de Codicill. *l.* 5. conciliatur cum § 2. Instit. eod 262 b
Lib. 30. *tit.* 1. de Legat. 1. *l.* 40. conciliatur cum l. 74. § 1. ad SC. Trebell. 1346 a
eod. *l.* 41. § 2. de Reg. Cat. 231 b
eod *l.* 44. § 2. conciliatur cum l. 83. pr. de leg. 3. 247 b
eod. *l.* 63. explicatur 103 n. 32
eod. *l.* 71. explicatur 1324
eod. l. 65 § 1 & 2. explicatur & conciliatur cum l. 25. de liber. leg. 1344 b (1327 b
eod. *l.* 84. explicatur & cum l. 64. de furt. conciliatur
Lib 31 *tit.* 1. de Legat. 2. *l* 45 § 1. l. 84 de leg. 1. & l. 29. de act. empt. explicantur & conciliantur 1327 b
Lib. 32. *tit.* 1. de Legat. 3. *l.* 22. pr. explicatur 1280 a
eod. *l.* 79. § *pen.* 247 a in fin.
eod. *l.* 88 & l. 44. § 2. de legat. 1. concil. 247 b sq.
eod. l. 89. explicatur 788 n. 2
Lib. 33. *tit.* 2. de usu & usufr. leg. *l.* 13. conciliatur cum l. 7. ff. Quemad. serv. amitt. 817 b sq
eod. *l.* 35. explicatur 1333 a
Lib 33 *tit.* 6. de trit vin. ol. leg. *l.* 7. conciliatur cum l. 7. de supell. leg. 1345 in fin. sq.
Lib. 33. *tit.* 8. de pecul. leg. *l.* 3. explicatur 103 n. 32
Lib. 33. *tit* 10. de. supel. leg. *l.* 3. explicatur 1346
ead. *lex* conciliatur cum l. 3 de reb. dub. & l. 7. de trit. vin. ol. leg. 1346
Lib. 34. *tit.* 1. de alim. leg. *l.* 14. § *ult.* interpunctione mutata explicatur 805 a
Lib. 34. *tit.* 3. de lib. leg. *l.* 25. explicatur & emendatur 1342 n. 2
eod. *l.* 25. conciliatur cum l. 75. § 1 & 2. de leg 1 1344
eod. *l.* 28. § 4. & l. ult. § 2. explicantur & conciliantur 1343
Lib. 34. tit. 5. de Reb. dub. *l.* 3. conciliantur cum l. 7. de supell. leg. 1346
Lib. 34. *tit.* 7. de Reg. Caton. *l.* 1. explicatur 1348
eod. *l.* 1. § 2. & l. 41. § 2. de legat. 1. conciliantur 231
Lib. 35 *tit.* 1. de C. & D. *l.* 7. § 1. & l. 4. § 1. Inst. explicantur 1351 a
eod. *l.* 48. conciliatur cum l. 74. § 1. ad SC. Trebell. 1348 n. 4
eod. *l.* 74. explicatur 1331 b
Lib. 36. *tit.* 1. ad. SC. Trebell. *l.* 1. explicatur 1357 a
eod. *l.* 32. explicatur & conciliatur cum l. 57. eod. 1361 in fin. sq.
eod. *l.* 46. explicatur 1370
eod. *l.* 58. § ult conciliatur cum l. 3. § 2 de usur. 1363
eod. *l.* 74. § 1. conciliatur cum l. 40. de leg. 1. & l. 48. de C. & D. 1347 n. 4
Lib. 36. *tit.* 2. Qui dies leg. ced l. 3. & 5. explic. 228
Lib. 36. *tit.* 3 ut legat. serv. cauf. *l.* 1 § 9. conciliatur cum l. 5 § 1. eod 1371 a
Lib. 37. *tit.* 15. de obseq par. *l.* 7. § 3. conciliatur cum l. 34. § 4. de jurejut. 1382 tit. 15.
Lib. 39 *tit.* 1. de Oper. Nov. nunc. *l.* 8 § 6. conciliatur cum l. 20. § 6 & ult. d. t. 1392
eod. *l* 14. & l. un. § de Remiss. conciliantur 1389.
eod. *l.* 20. § 6 & *ult* explicantur 1392
Lib. 39. tit. 2. de Damn. infect. *l.* 9. § 1. conciliantur cum l. 4. § 2. de Reb. Cred. 104 n. 34
eod. *l.* 17. § *ult.* explicatur 1439 b
Lib. 39. *tit* 3 de aq & aq pluv. arcend. *l.* 2. § 7. conciliatur cum l. 6 § 2. Si serv. vind. 801
Lib. 40 *tit.* 7. de Statulib. *l.* 4. § 1. explicatur 1350
eod. *l.* 4. § 5. explicatur 616 a
Lib. 41. *tit* 1 de A. R. D. *l.* 7. § 5 § *l.* 30. § 3. & *l.* 38. conciliantur cum § 23. Instit eod. 106
eod. *l* 7. § 12 & § 30. Instit. eod. conciliantur cum l. 2. C. de Rei Vind. & l. 37. D. eod. 109
eod. *l.* 26. § 2. conciliatur cum l. 23. Quod vi aut clam 110
eod. *l.* 35. & *l* 65. conciliantur cum l. 24. de novat. 191
eod *l.* 36. concil. cum. l. 18. de Reb. Cred. 398
Lib. 41. *tit.* 2. de acq. & amitt. poss. *l.* 1. § 20. conciliatur cum l. 13. de Donat. 1416 b
eod. *l.* 33. § 14. 1406
eod. *l.* 18. explicatur 1417 b
eod. *l.* 32. § 1. conciliatur cum l. 29. pr. Quib. mod usufr. amitt. 792 n. 3
eod. *l.* 47. conciliatur cum l 3. § 18. eod. 1416 a
Lib. 41. *tit.* 3. de Usucap. *l.* 4. § 21. conciliatur cum l. 6. C. pro empt. 150
eod. *l.* 33. § 1. explicatur 1422
Lib. 41. *tit.* 7. pro Derelicto *l.* 4. explicatur ibid.
Lib. 41. *tit* 9. pro Dote *l* 1 & 2. non contrariari 1423
Lib. 42. *tit.* 1. de Re judic. *l.* 39. explicatur 1429 b
eod. *l.* 48. conciliatur cum l. 12. C. de Sent. & interloc. 1433 b
eod. *l.* 57. explicatur 702
Lib. 42. *tit.* 4. Quib. ex cauf. in poss. *l.* 6. & l. pen. § ult. conciliantur 1457
Lib. 42. *tit.* 5. de Reb. aut. J. possid. *l.* 30. quomodo & an corrigenda 403 b
Lib. 43 *tit.* 3. Quod Legat. *l* 1 § 5. & l. 5. C. ad. L. Falcid. explicantur & conciliantur 1461 in fin.
Lib. 43. *tit.* 8. Ne quid in loc. publ. *l.* 2. § 9. explicatur 1462
Lib. 43. *tit.* 12. de Flum. l. 1. § 4. & *l.* 3. explicantur 84
Lib. 43 *tit.* 17 uti possid. *l.* 3. in pr. explicatur & cum l. 1. § 4. eod. conciliatur. 1464
Lib. 43. *tit.* 20. de Aq. quotid. *l.* 3. conciliatur cum l. 8. de Serv. 128 b in fin. sq.
Lib. 43. *tit.* 23. Quod vi aut clam *l.* 7. § 4. conciliatur cum l. 49. § ad L. Aquil. 822 a
eod. *l.* 22. explicatur 110 b
Lib. 43. *tit.* 25. de Rem. § 4. conciliatur cum l. 1. pr. ff. Si Usu fr. pet. 795
ead. § 4. conciliatur cum *l.* 14. de Oper. nov. nunc. 1389 a
Lib. 43. *tit.* 26. de precar. *l.* 14. conciliatur cum l. 2. § 2. & l. 19. eod. 1467 a
Lib. 44. *tit.* 3. de Div. temp. præscr. *l.* 7. conciliatur cum l. 45 de usucap. 93
Lib. 45. *tit.* 1. de V. O. *l.* 26. & 123. conciliantur cum l. 8 de cond. ob turp. causam 893 n. 5
eod. *l.* 101. ab emendatione vindicatur 684 n. 2
eod *l.* 122. § 5. conciliatur cum l. 32. § 2. de usuris 1103 a
eod. *l.* 139. explicatur 1088 b
Lib. 45. *tit.* 2. de duob. Reis *l.* 9. explicatur 1483 a
Lib. 46. *tit* 1. de Fidejuss. *l.* 28. explicatur 709 b. in f.
Lib. 46. *tit.* 2. de Novat. *l.* 24. conciliatur cum l. 34. & 65. de A. R. D. 191 b

Lib. 46. *tit.* 7. judic. solv. *l.* 1. explicatur 936 b
Lib. 47. *tit* 1. de priv. del. *l.* 2. § 3. conciliatur cum l. 8. § 1. de Condict. furt. 900 a
Lib. 47. *tit.* 2. de Furt. *l.* 21 § 8. explicatur & illustratur 1497
eod. *l.* 43. § *pen.* conciliatur cum l. 8. ad L. Rhod. 100 b
eod. *l.* 64. concil. cum l. 84. § 5. de leg. 1. 1327 b
eod. *l.* 84. committitur cum l. 4. § ult. ad L. Jul. pecul. 1544 b
eod. *l.* 89. explicatur & illustratur 1497 b
Lib. 47. *tit.* 3. de Tign. junct. *l.* 2. conciliatur cum § 29. de A. R. D. 108 a
Lib. 47. *tit.* 7. Arb furt. cæs. *l.* 26. in fin. concil. cum l. 22. Quod vi aut clam. 110 a
Lib. 47. *tit.* 14. de Abig. *l.* 1. explicatur & cum l. 13. § pen. D. de his qui infam. not. conciliatur 658
Lib. 48. *tit.* 5. ad L. Jul. de adult. *l.* 41. explic. 1543 a
Lib. 48. *tit.* 8. ad L. Corn. de Sicar. *l.* 1 § 3. explicatur, illustratur atque ab emendatione vindicatur 1533
Lib. 48. *tit.* 11 ad L. Jul. repet. *l.* 7. § 1. exponitur 1543 a
Lib. 48. *tit.* 13. ad L. Jul pecul. *l.* 4. § *ult.* committitur cum l. 81. de furt. 1544 b
Lib. 48. *tit.* 19. de Pœn. *l.* 1. § 1. conciliatur cum l. pen. D. Si ex nox. caus. ag. 609 tit. 9
Lib. 48. *tit.* 22. de interd. & releg. *l.* 5. commentario exponitur, illustratur ac ab emendatione vindicatur 1557
Lib. 49 *tit.* 4. Qu. appell. *l.* 1. § 1. explicatur 1252
Lib. 49. *tit.* 9. An per al. caus. appell. *l.* 1. explicatur 1571 b
Lib. 49. *tit.* 14 de Jure Fisci *l.* 3. § *pen.* & § 39. de A. R. D. conciliantur 103
eod. *l.* 28 conciliatur cum l. ult. ff. Qui pot. in pignor. 1059 b
eod. *l.* 45. recto sensui adscritur 1459
eod. *l.* 47. explicatur 1395 b
Lib. 49. *tit.* 15. de captiv. *l.* 11. ab emendatione vindicatur 1577
Lib. 50. *tit.* 1. ad Municip. *l.* 26. explicatur 582 a
eod. l. 15. explicatur 727 a
Lib. 50. *tit.* 8 de adm. rer. Civ *l.* 3. § 2 explicatur 915 a
Lib. 50. *tit.* 17. de Reg Jur. *l.* 60. 670 n. 5

CODEX.

Lib. 1. *tit.* 14. de LL. *l.* 1. concil. cum l. 8. C. de judic. 522 a
eod. *l.* 11. & 12. explicantur & inter se conciliantur 545 n. 5
Lib. 2. *tit.* 2. de in Jus voc. *l. ult.* explicatur 598 b
Lib. 2. *tit.* 3. de Pact. *l.* 27. explicatur 630 a
Lib. 2. *tit.* 4. de Transact. *l.* 18. 641 a
eod. *l.* 23. 643 b
eod. *l.* 42. 643 a
Lib. 2. *tit.* 12. Ex quib. caus. infam. *l.* 6. conciliatur cum l. 8. de postul. 655 n. 6
Lib. 2. *tit.* 13. de Procur. *l.* 12. explicatur 656 n. 2
eod. *l.* 17. 659 b. in fin.
Lib 2. *tit.* 22. de Restit. Min. *l.* 3. explicatur 684
Lib 2. *tit.* 28. Si adv. vend. *Auth.* Sacramenta pub. cum *l.* 1. eod. exposita 689 872 a
Lib. 3. *tit.* 1. de Judic. *l.* 8. conciliata cum l. 1. C. de LL. 522
eod. *l.* 17. explic. 701 a
Lib. 3. *tit.* 16. *l. un.* ubi de poss. 729 n. 52
Lib. 3. *tit.* 20. *l. un.* ubi de hered. ag. 728
Lib. 3. *tit.* 31. de Hered. pet. *l.* 2. conciliatur cum l. 13. § 4. ff. eod. 757 n. 3
eod. *l.* 2. explicatur & de lectione ejus disputatur 757 b
Lib. 3. *tit.* 32. de R. V. *l.* 2 juncta *l.* 327. ff. eod. cum § 30. Inst. de A. R. D. & *l.* 7. § 12. eod. 103 b
eod. *l.* 5. 109
Lib. 3. *tit.* 34. de Servit *l. pen.* 70 b
Lib. 3. *tit* 26. Fam. ercisc. *l.* 18. conciliatur cum *l.* 13. C. de Collat. 1375 a
eod *l* 21 conciliatur cum. *l.* 32 D. eod. 835 n 8
Lib. 3. *tit.* 38 Comm utr jud *l* 3. 840 b sq
Lib. 3. *tit.* 39. Fin. reg. *l pen.* 831 b (864 a
Lib. 4. *tit.* 2. Si cert pet. *l.* 16. de sensu & emendatione ejus
Lib 4. *tit.* de suffrag *l un.* explicatur 1546 a
Lib. 4. *tit.* 13. Ne filius *Auth.* Habita 737
Lib. 4. *tit.* 20. de Testib. *l.* 14. explicatur 1151
Lib. 4. *tit.* 21. de Fid. Instrum. explicatur 642. 971 (934
Lib. 4. *tit.* 29 ad Sc. Vellej. *l* 13. conciliatur cum l. 28. D. eod.
Lib. 4. *tit.* 31. de Compens. *l.* 1. explicatur 819
Lib. 4. *tit.* 38. de contr. empt *l.* 14. 991 a
Lib. 4. *tit.* 44. de Resc. Vend. *l* 2. explicatur 985 b
Lib. 4. *tit.* 46. Si propt. publ pens. *l.* 1. illustr. 1055 a
Lib. 4. *tit.* 53. Rem al gerent. 1041 a
Lib. 4. *tit.* 65. Locat. *l* 5. 1044 a
eod. *l.* 13. explicatur 912 b
Lib. 5. *tit.* 11. de Dot. promiss *l ult.* exponitur & vindicatur contra acres multorum censuras 1185
Lib. 5. *tit.* 12. de Jur. Dot. *l.* 1. explic. 1085
eod. *l.* 14. explicatur & illustratur 1134 b
Lib 5. *tit.* 37. de adm tut. *l.* 20. 1040 n. 4
eod. *l.* 26. explicatur 1257 (1245 n. 13
Lib 5 *tit.* 40. si ex plur. tut. *l.* 2. explicatur & illustratur
Lib. 5. *tit.* 54. de Hered. tut. *l.* 1. ab emendatione vindicatur 1259 b
Lib. 5. *tit.* 62. de excus. Tut. *l.* 18. explicatur 1255 b
Lib. 6. *tit.* 20. de Collat. *l.* 13. explic. & conciliatur cum *l* 18. Fam. ercisc. 1375 (1215
Lib. 6. *tit.* 23. de testam. *l.* 8 explicatur & emend probatur
Lib. 6. *tit.* 33. de Edict. D. Hadr. toll. *l. ult.* explic. & conc. 955
Lib. 7. *tit.* 14. ingen. manum. l 5. explicatur 707. 1489
Lib 7. *tit.* 32. de acquir. poss. *l. ult.* explicatur 1418 b sq.
Lib. 7. *tit.* 33. de Præscr. longi temp. *l* 10 exposita & conciliata cum l. 18. de R. V. 714
Lib. 7. *tit.* 45 de sent. & interloc. *l.* 12 conciliatur cum l 48. de Judic. 1433
Lib. 7. *tit.* 54. de Usur. rei jud. *l. ult.* § 1. explicatur & illustratur 1447
Lib. 8. *tit.* 27 Etiam ob chirogr. 1073
Lib. 8 *tit.* 31. de Luit. pign. l. 11. 1074 b
Lib. 8. *tit.* 35. de Pact. pign. *l. ult.* 1036. 1037. 1038
Lib. 8. *tit.* 41. de Fidejuss. *l.* 10. explicatur, atque ab emendatione vindicatur 1472 b
Lib. 9. *tit.* 8. ad L. Jul. Maj. *l.* 5 § 1. examinatur & explicatur 1522
Lib. 10. *tit.* 49. Qui ætat. ven. prof. *l.* 3. quomodo & an corrigenda 71 n. 10 (560 b
Lib. 12. *tit.* 1. de Dignit. *l.* 11. conciliatur cum *l.* 5. de senat.

NOVELLÆ.

Nov. 1. *cap.* 1. explicatur & conciliatur cum § 2 Inst. de L. Falcid. 1354 a
eod. *cap.* 2. § 2 explicatur 1311 b sq.
Nov. 4 *cap.* 2. exponitur 1083 a
Nov 73. *cap.* 3. discutitur 1109 a
Nov. 87. in pr. explicatur 1400 b

INDEX RERUM

quæ

hoc opere continentur.

Literis *a. b.* columnæ; lit. *n.* denotantur §§. Signa * † & ‡ indicant differentias Juris Saxonici, quæ suis locis subjacent.

A.

Abacti partus crimen & pœna 1508 n. 2
quando in hoc crimine censeatur partus vitalis 1058 *
quomodo abortum procurantes puniendi ib.
Abandon quid 1455 n. 4
ejus discrimen a cessione bonorum ibid.
Abdicationis tutelæ & excusationis differentia 74 n. 20
Abigei quid 1511
eorum pœna non debet esse capitalis ibid.
Abolitio criminum quid & quotuplex 1547 sq.
Abortus vid. *Abacti* partus crimen.
Abrogandi leges, ut obsoletas, nimium & noxium institutum 810 sq. 813 a
Absentia reipublicæ causa excusat a tutela 69 n. 3
est causa restitutionis in integrum 397 n. 8. 692 n. 1
reipublicæ causa quomodo in hac sumatur 693 n. 2
Absolutoria judicia 439 n. 6
Abstinendi jus 219 b
qui pereat, & cur facilius quam repudiatio 227
Academiæ quando in formam universitatum redactæ 738
de jurisdictione illarum privilegiata 738 b sq.
jure Schriftasiorum ratione fori gaudent in Sax. 724 *
Lipsienses singulæ facultates forum competens agnoscunt Curias Provinciales 724 *
Academiæ Francker. jurisdictio exposita 73 n. 73
ejus privilegium de non appellando 1562 n. 5
Acceptilatio quid 350 n. 5
ejus differentia ab apocha 350 b. 1492 n. 5
a pacto de non petendo 1492 n. 4
a solutione 1491 n. 3.
quo sensu juris Gentium 350 b
an acceptilatio per procuratorem fieri possit 350 b
olim soli verborum obligationi subjiciebatur 350 b
an recipiat diem, conditionem, procurator. 350 b sq. 1491
facta sine stipulatione Aquiliana an ipso jure tollat obligationem 350 b
alternativam obligationem acceptilatione unius rei e duabus totam perimi: quod si conditionalis sit alternativa, ne quidem per acceptilationem totius alternativæ eam extingui 1498 sq.
Accessio quid & quotuplex 103 n. 32 sq. 1112 n. 39
cedit rei principali, & unde censeatur accessionis natura 111 n. 42. 835 n. 7
Accessionis causa non nititur differentia pretii 111 n. 42
Accrescendi jus definitur 239 n. 24
ubi cesset 242 a
an hodie abolitum 243
jus quid in heredit. 192. 1319 n. 7
in usufructu 143 n. 16 in fin. 240 n. 25. 788
jus materia subtilissima in jure 240 a
fundamentum juris accrescendi ib. 241
jus accrescendi in bonorum possessionis petitione neglecta 267 a
an pars vacans in hereditate scripto heredi accrescat, invito etiam prohibenteque testatore 192 n. 3
quid in legatis 238 n. 22. 1330
jus accresc. in legatis obtinet in quantitatibus 241 b sq. 1330 n. 12
in fideicommissariis hereditatibus 1319 b sq. 1330 n. 12. 1396 sq.
quomodo operetur in heredis institutione 1319
in fideicommisso 1319 b sq.
in herede ex re certa 1319 a
in casu præscriptionis 1319 b
Accursii & aliorum ætas ac instituta 528 b
Accusatio quid 1517
mos ejus vetus & hodiernus 1517 sq.
qui accusare prohibeantur 1517 b
accusare publici criminis reum cuivis permissum 469 *
Accusatio extraordinaria an detur de modicis furtis 360 a
an de injuriis 382
Accusatio Tutoris suspecti quibus competat 76 n. 4. 1249 sq.
Tutoris suspecti an hodie sit in usu 75. 76
instituere eam possunt fœminæ, non tamen absque curatoris consensu 76 *
an vere publica 76 n. 4
ejus effectus 77 n. 6
tutore mortuo an duret 78 n. 8
Acquirendi dominii modi 94 n. 17 sqq.
dominii modi per universitatem veteres 162 n. 4 seq.
Acquirere an quis per alium possit 160 n. 1
Acta intervenire quid significet 37 n. 12
certi loci valent ubique, si valeant ubi condita sunt, tam inter vivos, quam ultimarum voluntatum 538 n. 3
Actio unde dicta 391 a
quid sit 392 n. 2
an faciat distinctum juris objectum 391 a
debet esse certa 419 n. 34
an mutationem recipiat post litem contestatam 421
vid. libelli mutatio.
an per alium nobis acquiratur 426 a
quando proprie aut improprie non dari dicatur 1478
an & quando aliquis invitus actionem instituere dicatur 1480 n. 5
temporis adjectione cur non mutetur natura actionis 907 n. 4
nullitas actionis non parit exceptionem 442 n. 2
an hodie discrimen adhuc supersit inter ea, quæ ipso jure actio-

actionem tollunt, & quæ ope exceptionis, solide disquiritur 940 &*
nova instantia nequit, nisi & expensas refuderit, & lati renunciaverit actor 422*
de Concursu actionum 364 b. & 424 n. 40 sq. 1480
an sub rebus mobilibus etiam contineantur jura & actiones 126 n. 3 in fin sq.
quibus temporibus præscribatur actionibus 437 n. 2
an moribus observetur distinctio actionum in b. f. stricti juris & arbitrarias 416 n. 31
Actionum cessio 311 n. 8. 955
an vendi possint 523 a. 983 n. 7
an judæus actionem contra Christianum competentem christiano vendere possit 983*
an possit Christiani actionem contra Christianum competentem redimere 983*
Actiones an plures conjungi possint in uno libello 620*
quomodo minuantur 422 n. 36
Actiones Legis 13 a
quomodo differant ab actibus legitimis 554 n. 9
Actionum variæ species:
Accessoriæ 430 a
Ædilitiæ quomodo differant ab actionibus Empti 1089 b
pœna actionis ædilitiæ 433
Æstimatoriæ quæ 412 n. 28. 1079
Annales 433 n. 3
Arbitrariæ quid & quæ 416 n. 32. 907 b discrimen earum a b f. & stricti juris actionibus 417. cum ex post facto tales fiant 418 b
Bonæ fidei actiones vid. *in B.*
Calvisiana 399 a. 1384 tit. 5
de calumniatoribus in quadruplum 410 b
Commodati 289 n. 10. 11
Communi dividundo 343. 837
Conducti 327 n. 10
Confessoria unde dicta & quid 394 n. 5. 796 sq.
potest constare verbis negativis 395 a
Constituti 401 n. 13
Contrariæ 423 n. 38
Curationis 342 n. 4
de Dejectis & effusis 828
ex Delicto, ne quidem ut est rei persecutoria datur in heredem 855 n. 4. 860 n. 4 a
Depositi 290 n. 14. miserabilis an sit personalis, an rei persecutoria 406 n. 20
ex l. Diffamari l. contendat, quid sibi velit 708 n. 16
Directæ & utiles 423
Directæ & contrariæ 423 n. 38
de Dote 422 n. 36
Duplices quæ 424 n. 39
in Duplum 409 n. 23. quæ tales ex postfacto ibid. n. 24
Emphyteuseos actio an sit bonæ fidei 412 a
Empti & ex ædilitio edicto differentiæ 1079 b
earum usus hodiernus 1073 a
& evictionis an differant 1083 n. 3
Exercitoriæ quæ 425 n. 3. 914
ad Exhibendum 842 sq.
Extraordinariæ Actiones dicuntur edictæ 448 b
in Factum 443 b
Familiæ erciscundæ 343 n. 6. 832
Faviana quæ & quomodo competat 398. 1384 a
ex Fidejussione 312 n. 9

Actionum species:
Finium regundorum 829 sq.
Funeraria 840 n. 4
Furti quando & quibus detur 362 n. 13
concepti, oblati, prohibiti & non exhibiti 359 n. 7
Generales quæ 424 n. 39
quæ Heredibus dantur & in heredes, & contra 438 n. 5
quæ datur ex hereditatis aditione 344 n. 7
Hypothecaria 399 n. 12. 1031 n. 8. quot annis ei præscribatur 401 b &*
Imperfecta 676 a
Injurierum cui competat 378 n. 4. quibus modis tollatur 384 n. 8. anno præscribitur 385 n. 9 &*
Institoria quæ 426 n. 4. an & finito officio detur 914 n. 4
quomodo differat ab exercitoria 427 b
Interrogatoriæ quid 845 n. 2
ex Jurejurando 401 n. 14
quod Jussu 425 n. 2 930
Legatorum 245 n. 33 sq.
Legis Aquiliæ 369 n. 4. an in heredem detur 369 b in fin. hodie est tantum rei persecutoria 372**
Locati 327 n. 11
Mandati 338 n. 8
fidejussori competens 312 n. 11
Mixtæ quid & quæ 407 n. 22. in rem & in personam agendi tur, & quæ 407 & sq.
ex Mutuo 387. 868 civis 395. 796
Negatoria 394 n. 5 sq. potest constare verbis affirmativis
Negotiorum gestorum 341 b
Noxalis 438 sq. 829
Ordinariæ & extraordinariæ 448
de Pasta pecoris 431 b
Pauliana 398 n. 9
de Pauperie quadrupedaria 431. 819
de Peculio 401. 428 n. 7. 926
Perfecta restitutionis 676 a in fin.
Perpetuæ 437 n. 2 &*
Personalis, quæ & ejus fundamentum 88 n. 12 & 392 n. 4. ejus proprietas 404. n. 20. terminus hujus actionis 393 n. 4
Personalis ex testamento 246 in fin. 344 n. 7
Petitoriæ 424 b
Pignoratitia 291 n. 15
Pœnales quid & quæ 406 n. 21
jure Sax. novissimo tres, si ii legati piis causis relicti, Legis Aquiliæ & Depositi miserabili 347‡. tranceunt ad heredes, si lis fuerit jam contestata 439*
Popularis non recipit fidejussiones 398 n. 3
Possessoriæ 422 b
Præjudiciales quid 403 n. 17. nec in rem proprie nec in personam ibid.
Prætoriæ personales 401 n. 13
Prætoriæ in rem 395 n. 7. verene sint tales an in rem scriptæ 398 n. 9
Prætoriæ pœnales 403 n. 16. prætoriæ pœnalis & perpetuæ actionis exemplum 849 n. 4
quæ actiones Prætoriæ sint adjectitiæ qualitatis 421 n. 13
Publiciana 396 a. 774
ejus differentia a rei vindicatione 775 n. 4
Quadrupedaria 431 819
in Quadruplum 409 b. ex postfacto quæ 409 n. 24
Quod metus causa 677

Actionum species:
in Reali condemnato ad restitutionem rei spatium XIV dierum conceditur, in actione personali autem terminus Saxonicus 466*
Receptitia 401 a
Redhibitoria 1079 n. 3
Rei persecutoriæ 406 n. 19 sq.
tales a parte rei non intelligi, sed tantum a parte actoris 406 n. 20
licet ex delicto, non dantur in heredem 695 n. 4
in Rem quid 392 n. 3
an detur possidenti 394 b
sunt civiles vel prætoriæ 393 n. 5
fundamentum earum 89 n. 12
Rei uxoriæ an sit bonæ fidei 414 n. 29
in Rem scriptæ 398 n. 9
in Rem termini qui 393 n. 4
de in Rem verso 428 n. 8. 929. an sit adjectitiæ qualitatis 428 Schol.
quomodo differat ab actione de peculio 429 a
Rescissoria 397 n. 8
Serviana 399 n. 11
Simplices 424 n. 39
in Simplum 409 n. 23
pro Socio 324 n. 7
in Solidum & minus quam solidum 422 n. 36
Speciales 424 n. 39
ex Stipulatu 295 n. 5
Stricti juris & quæ 410 n. 25
an opposita doli mali exceptione, fiant b. f. 415 a
differentia a bonæ fid. 416 n. 31
Subsidiaria quæ & an moribus obsoleta 66 n. 3. 1260
Temporales 437
Tributoria 427 n. 6. 923. unde oriatur 428 Schol. a
in Triplum 410 a
Tutelæ 342 n. 3
Venditi *vid.* in *V.*
de Vi bonorum raptorum 365 a
Utiles 423 n. 38. 39
Actis intervenientibus quid 37 a (706 n. 11
Actor quis tam in ordinariis quam in duplicibus judiciis invitus nemo esse cogitur 708 n. 16 sq.
nisi juret in contrarium 618*
quando edere instrumenta teneatur 617*
Actor tutelæ quis 65 n. 9. 1231 n. 9
Actor expensas non refundit, si reus præstito juramento absolutus sit 461*
quomodo puniendus, antequam Libellum novum exhibere possit 421 †
actor, reo minorem sortem offerente, majorem in libello petitam, sibi deberi, non probans, in expensas condemnandus est 420 †
Actorium quando expiret 661 †
Actus quid, latitudo ejus, & an iter ei insit 132 n. 3 & 4
quomodo differat a via 132 n. 4 sq.
Actus legitimus quid 554 b
voluntariæ jurisdictionis expediri potest coram judice incompetente 575*
Addictio in diem quid, & quem usum habeat tum jure civili, tum moribus hodiernis 977 seqq.
quid juris hodie circa addictionem in Venditionibus publicis 978 †
cur addictio in diem hodie in venditionibus privatis raro adhibeatur, datur ratio 977*
Aditio hereditatis 344 n. 7. 824 b
actio ex ea 344 n. 7
ex aditione hereditatis an pupillus obligetur 362 a
Adjunctio vid. intextura.
Adjunctus reo, non suscepta ejus defensione, nihil pro se petere vel excipere potest 666 b
Adjutor tutelæ quis 1231 n. 19
Adjuvantes delicta quomodo puniendi 1496 b
parricidium, quomodo puniendi 1540 n. 2
Administratio rei dominicæ, excusat a tutela 66 n. 2
patris rerum maternarum 53
Administratio tutelæ & curæ; ejusque præambulones, jusjurandum, satisdatio, inventarii confectio 341. 1240 sq.
summa officii in administrando 1242 b sq.
periculum administrationis in tutela divisa & indivisa, ubi & de beneficiis 1243 n. 8 sq.
vid. *Tutor.*
Administrator quibus detur 1264
invitus constitui non potest ibid.
differentia ejus a curatore 1264 n. 2
Administrator tutelæ 1231 n. 19
Administratores fisci & cæteri, non civitatum, excusat a tutela 66 n. 2
si pecuniam publicam surripiant, quomodo coerceantur 478*
rerum civitatis quid juris habeant 1583
Admiralitas quid 962 a
Adoptantes eorum ætas 33 n. 5 & 7
non omnia jura patrum naturalium nanciscuntur 36 n. 10
Adoptare possint qui 36 n. 9
Adoptati ab aliquo adscendentium quo jure gaudeant in exheredatione vel institutione 33 b. 1277 n. 12. 745 n. 6
subjiciuntur juribus liberorum naturalium 36 n. 10
an habeant querelam inofficiosi 475 n. 6
Adoptio quid & quotuplex 31 n. 1. 556 sq.
discrimen inter adopt. & arrog. 32 n. 2 sq.
in adoptione requiritur judex pro tribunali sedens 32*
ejus effectus 36 n. 10
quomodo prohibeat matrimonium 29 n. 14
si ab extraneo facta sit, an transferat patriam potestatem 32 n. 3. 4
fœminæ non transfert patriam potestatem 37 n. 12
nec etiam servus adoptatus ibid.
an sit adhuc hodierni juris 37 n. 14 &*
an nobilitatem præstet 37 n. 13 &* 556 n. 2
an & quatenus hodie sit in usu 31 n. 1. 1277 n. 12. 37*
quomodo sit modus tollendi patriam potestatem 41 a
Testamentaria cur in jure incognita 31 n. 1
Adoptivi succedunt ab intestato 32 n. 1 270 n. 6
an succedant in feudis 36 n. 10 b
si prætereantur, quid juris 185 n. 6
an habeant querelam inofficiosi 210 n. 3
vide *Adoptati.*
Adrogatio quomodo differat ab adoptione 24 n. 2 sq.
impuberum, quæ circa hanc singularia attendenda 33 n. 5 sq.
vide *Arrogatio.*
Adscribere quis sibi videatur in testamento 1348 tit. 8
qua pœna plectatur 1348 tit. 8
Adscriptitii quid, servi an ingenui sint 16 n. 5

Assessores quinam olim & hodie 570 tit. 22
iis imputantur magistratuum majorum errores 537 n. 3
an possint esse advocati 570 tit. 22 & *
Assignatio liberti 1384 tit. 4. 266 b
Attestatio vid. *Attestatio.*
Adulter & adultera an matrimonium contrahere possint 1206 n. 16
Adulterini liberi an a parentibus sint alendi 270 n. 8
Adulterium quid 471 n. 5
ipso jure videtur abolere matrimonium 1205 n. 15
an committatur ab uxorato cum soluta 471 n. 5 & * 1523 n. 8
an committatur a polygamis 1526 b
an & in sponsam committatur 471 b. 1525 n. 6
an etiam a sponso 471. 472 *
an committatur cum nupta meretrice 1525 b n. 7
ejus pœna jure civili veteri & novo, denique moribus 471. 472. 474 n. 6 & * 1524 n. 3
an adulterii simplicis ordinariam pœnam mitiget intercessio ab innocente conjuge facta 472 **
quid circa accusationem adult observandum 1528 n. 14
an in causa adulterii dilationes dandæ 614 b sq.
Advocatus quid 648 a
quomodo differat a patrono 648 n. 4
quomodo a procuratore 653 n. 17. 434 n. 4 & *
an quis tibi in causa propria esse possit 648 b
an possit is esse qui assessor judicii est 570 tit. 22 b & *
an possit in causa bona dolis uti 649 n. 10
an scriptis an viva voce jura partium proponere teneatur 648 *
non debet suscipere causam sciens malam 650 n. 11 & *
an in salariis exigendis possit excedere taxationem publicam 650 n. 12
de quota litis pacisci non debet 650 b
ejus officium absolvitur integritate, modestia & prudentia 650 sq.
an cogi possit ad patrocinandum 653 a
an cogi possit ad dicendum testimonium contra suum clientem 1148 n. 17
salaria advocatorum an ceteris creditoribus præferantur 1052. 1059 n. 5 & * 1052 b & 1058 n. 15
quatenus de advocatorum salariis jus dicatur 1585 n. 4
pauperum 653 a & *
juramentum 649 * 459 *
causæ defungi sæpe solet partibus procuratoris 434 *
causas injustas suscipere non debet 649 *
lites amice sopire debet 650 †
si quis invitus pauperi datus quomodo sibi de salario prospicere potest 1058
nec honorarium & palmarium, quæ in casum victoriæ vel finitæ litis olim stipulabantur, licitum est 650 †
an mulctam a cliente repetere possit 650 †
Ædificatio 107 n. 39
Ædificans in suo solo ex aliena materia quid juris habeat, tam si bonæ fidei, quam fidei malæ sit 107 n. 39. 109 n. 40
quid si in alieno solo ex sua materia 109 n. 40. 1016 n. 17
Ædificii a colono structi æstimatio quatenus & quo jure fiat 1013 a
etiam licet colonus non possideat 1013 n 9
idque jure hypothecario, cujus origo indagatur 1013 n. 9 sq.
non posse tamen colonum dimissa possessione agros occupare 1014 n. 11
quod coloni habent jus hypothecæ in agris ædibus a se structis subjectis in Prima, unde oriatur 1014 n. 12
an & cur domini finita locatione teneantur inviti adsolvendam Colonis ædium æstimationem 1014 n. 13 sq.
dominium quando præteratur dominio materiæ 291 b
Ædificium a Censuario, dem Zins-Mann, fundo censitico impositum ad quem pertineat 109 *
ante finem locationis dominus ad æstimationem solvendam cogi non posse a creditoribus coloni 1015 n. 15
solo feudali impositum ad successores feudales transit, citra refusionem expensarum, alias heredibus allodialibus faciendam 110 *
bona fide ædificans qualem actionem habeat 110 a
mala fide ædificans an impensas necessarias repetere possit 109 b
colonus, qui invito vel ignaro domino ædificavit, quid juris habeat vel secus 1015 n. 16 sq.
altitudo ædificiorum certa 135 n. 11
Ædilis an fuerit major magistratus & excusatus a tutela 69 a. 1059 in fin sq.
Ædilitium edictum, ejus sententia & usus 1079 sqq.
quibus casibus cesset 1083
quot numero sint ædilium edicta 12
faciunt speciem juris prætorii, & quare 12 n 10
eorum usus in locatione 327
Ægrotantes quomodo affecti 1265 a
horum & perpetuo morbo laborantium forum privilegiatum 734 n 61
Æquitas quid & quintuplex 522 n 11 & 12
in quantum a judice vel principe sequenda sit 522 n 11 sq.
æquitas LL. 536 n. 12
in obligationibus considerata 282 sq.
Æqualitas est fundamentum Societatis 331
pœnæ & delicti 360 b sq.
Aer an possit occupari 81 n. 5
Ærarium principis quid 69 b
reipublicæ 84 a
Æstimatio rerum deperditarum quo facto instituenda, & regulæ ejus rei 903 sq.
æstimationis tempus in bonæ fidei & stricti juris contractibus 416 a 904 n. 6
rerum commercio exemptarum harum an prælanda sit 229 a
quid circa æstimationem bonorum requiratur 250 n. 4
injuriarum 379 n. 6 & † 380 n. 7
damni 430 n. 2
officium judicis circa æstimationem 904 a
per juramentum in litem. vid. Juramentum in litem.
Æstimatorius contractus & actio inde 412 n. 28. 1079 b
85 n. 8
Ætas in nuptiis 683 sq.
Virilis quando cœperit apud veteres 1249 sq.
Legitima multis populis infra XXV annum 61 a. 1249 sq.
Ætatis veniæ impetratio
Vide *Venia.* 70 n. 5
Affectare tutelam quid 883. N. Addit.
Affectionis pretium, & juramentum ejus 29 n 15
Affinitas ejus definitio & gradus 29 *
in secundo affinitatis genere Nuptiæ prohibentur 30 *
Spiritualis non impedit matrimonium 1508 n 2
Aggeris rupti pœna

Agnati inter illos collocati fratres & sorores emancipati 1386 tit. 16
agnatorum cura 63 n. 5
discrimen a cognatis sublatum quoad tutelam suscipiendam 49 n. 2 b
præferuntur cognatis in tutela pupilli feudalia sive allodialia possidentis 49*
senior in eodem gradu constitutus præfertur ceteris agnatis in tutela gerenda 49*
in feudo non aliter ad tutelam admittuntur, quam si simultanee sint investiti 52*
successio 265 a
tutela 49
gradus quomodo computentur in success. 265 a
Agnatio quid 49 a
perimitur capitis diminutione 50 n. 4
virtuali emancipatione non tollitur 51* 558 †
Agro vendito quid præstandum sit a venditore 323 a
Agrorum sterilitas in locat. conduct. quem afficiat 327 n 11
Album prætoris quid 403 n. 16
corrupti pœna 403 n. 16. 586
an ad corruptores programmatum de rebus privatis pertineat 586
Aleatores & edictum de iis 856
usus pœnarum contra aleatores hodiernos 857 n. 4. 856*
Alendi liberos onus parentibus incumbit, tam matri quam patri 1219 n. 5
quid hac parte juris hodierni 1220 n. 7
parentes jus liberis incumbit 1221 n. 8
an & fratribus ibid.
Alienatio quid 156 a. 1047
qui jus suum repudiat, non alienat 398 b
Alienationis species est mutuum 384
si in *Alienationem* feudi quis se domini consensum præstaturum esse promiserat, an promissio valeat 304*
Alienatio rei dotalis immobilis requirit præcise curatoris consensum 159*
Alienatio judicii mutandi causa, non est causa restitutionis in integrum 694 a
an in personalibus locum habeat 694 n. 2
quando cesset 672 b
deturne heredi & in heredem 695 n. 4
Alienationis prohibitio quid comprehendat 1047 n. 2. 1260 b
tollit testamenti factionem 258 n. 17
quotuplex 157 n. 3. 160 n. 8. 1047 b
ejus clausula fideicommisso subjecta non facit novam ejus extensionem 258 sq 1364 sqq.
quatenus facit tacitum fideicommissum 1365 n. 4
absque causa vel respectu certarum personarum facta nullius est momenti ibid.
ex ea datur actio, si res extra familiam sit alienata 1365
modi & casus, quibus cessat 1365
bonorum dotalium quomodo prohibita & licita 158 sq.
Alienationis sine decreto prohibitio, quare & a quo introducta 1260 sq.
ad quas res a Constantino Cæsare producta 1260 b
sub prohibita alienatione quid comprehendatur 1260 n. 2
in *Alienandis* rebus si pupillorum minorumque quid sit observandum; ubi de inquisitione judicis, probatione causæ, & interpositione decreti 1260 n. 3
Inquisitio quomodo fiat & ejus summa ibid.
in ea causam æris alieni ad quamlibet necessitatem extendi ibid.
non etiam ad utilitatem licet prægnantissimam 1261 n. 4
Probatio causæ quomodo conficiatur 1262 n. 6
Decreti quæ forma, & an præcedere alienationem debeat ibid n. 7
alienationem sine Decreto factam esse ipso jure nullam 1262 n. 7
si obreptum sit magistratui, minoribus in integrum restitutionem dari, nisi majores facti contractum ratum habuerint 1262
ad tacitam eorum ratihabitionem requiri quinquennium, in rebus donatis vero longum tempus ibid.
emptorem hoc teneri ad venditionem implendam, si sciverit, rem esse minoris ibid.
Casus, quibus in alienatione Decretum non requiritur 1263 n. 8
an etiam ad venditionem superficiei sit necessarium decretum 1263 a fin.
pater etiam tutor vel curator existens Decreto indiget 1263 n. 9
cujus judicis Decretum hic sufficiat ibid.
procisci hæc Decreta posse hodie etiam a minoribus magistratibus ib. n. 10
Alieni juris quinam 20 a
Alimenta pupillo decernendi modus & necessitas 79. 1254 n. 3
quid fiat, si interfit pupilli statum patrimonii non publicari 1254 b
quinam pauperibus alimenta præstare teneantur 1221 n 9
alimenta viduæ occisi ex bonis occisoris an debeantur 371*
ex alimentis perceptis an aliqua nascatur obligatio 1222 n. 11
alimentis legatis quid contineatur; ejus interpretatio favorabilis 1340
Alius per alium an possit acquirere 160 a. 304
an possit obligari 345 a
an judicium exercere queat 433 a
Allodium si in feudum convertatur, quomodo liberorum legitima exinde minuatur 215*
Allodiales heredes an impensas in ædificium solo feudali impositum, factas petere possint a successoribus feudalibus 110*
Alluvionis jus hodie & in Frisia 104 n 33 1412 b
licet hoc ibi non discreper a jure Civili, posse tamen etiam non vicinos præferri a republica sub lege muniendi agros aggeribus ibid.
cessat in agris limitatis, lacubus & stagnis, non tamen perpetuis, quales in Frisia 104 n. 33. 1413 a
Altius non tollendi servitus an idem sit, ac servitus ne luminibus officiatur 136 n 12
Altius tollendi servitus quæ 135 n 10 sq.
an differat a non tollendi servitute ibid.
licentne altius tollere cum vicini incommodo 135 n. 10
Alveus primo iterumque derelictus cui acquiratur 106 n. 36 &*
Ambitiosa decreta quænam 1584 a
Ambitus crimen & pœna 477 n. 14. 1545 sq.
Ambitiosi a magistratu competente tutor constituitur 51*

Ambulare & ire an differant 131 b
Ambulatoria hominum voluntas quo sensu 205 n. 2
Amcsius refellitur 147 a. 517 sq.
Amicabilis compositionis causa partes judicii prima vice in persona comparere debent 433
a judice strenue urgeri debet 634
Amisisse quid dicamur 89 n. 12 & 370 a
Αμυητικὸς vox an ad publica tantum referatur 384 b
Amœnitas quomodo differat a voluptate 802 a
Ancilla mater non potest eniti liberum hominem 17 n. 2
quæ aliquo gestionis tempore libera fuit, fœtui ingenuitatem affert ibid.
partus ejus in fructu non est 119 n. 51
devirginatæ actio 372 b sq.
meretricis & non meretricis furtum 479
Anglorum jus circa regulam: *Pater est, quem nuptiæ demonstrant* 1218 n. 4
Animal si damnum fecit, quid juris 431 a & * 1434*
qui animal semel ad se recepit, damnum resarcire tenetur, nec animal iterum abigendo se liberat 432*
pignoris loco captum tradi debet Domino Jurisdictionis 820*
pignoratum quomodo custodiendum 820*
lædentis, quod sua natura ferox est, dominus expellendo bestiam non liberatur 434*
pro animali voluptuario occiso, vel animal æque bonum, vel Weergeldum, pro animali non voluptuario simpliciter Weergeldum præstandum 375* 822*
Anni computatio 616 n. 7
Anni excusant a militia 71 n. 10
dant vacationem a tutela nova 69 n. 3
Annona criminis pœna 497 n. 15. 1543 sq.
eam nimis levem videri jure Romano 1543 sq.
Annui reditus venditio 323 a. 985 b
pertinent ad res mobiles 127 a. 558*
eorum obligatio quando præscribatur 782*
ex ædibus, alicubi ex agris, semper redimi possunt 989
vid. *Reditus.*
Annulorum aureorum jus 1402 tit. 10
Annus utilis, continuus 438 n. 4
Annuum Legatum vide *Legatum.*
Antichresis definitur, dividitur &c. 1036 n. 14
oblatio debiti solvit antichresin 354 n. 14
an fructus in ea modum excedere queant 1036 n. 14
ejus pactum tacitum an usuras tribuat in immobilibus 1036 b & *
an antichresis tacita incipiat demum a tempore moræ 1036 b
an perceptio fructuum tantum ad quantitatem usurarum sit restringenda 1036 b & *
quare tam rari sit usus 1036 b
non valet cum pacto de non luendo intra certum tempus 1038 n. 17
qui sub pacto antichretico pecuniam crediderunt, quomodo præferantur in creditorum concursu 1069*
Anticipare quid 1122 a
Antinomiæ nec ullæ nec multæ 4 n. 11
non sunt, quæ tantum referuntur in Pandectis 515 b
non temere statuendæ 761 a
nec forte usquam in responsis eorumdem JCtorum 655 n. 3
tironibus juris non tradendæ 6 n. 7
Antiquo juri non prolixe immorandum 2 n. 6
antehabendum jus hodiernum licet discrepet ab ante Justin. 3 n. 8
Antoninus quis in L. ἀξίωσις 9. ad leg. Rhod. de jactu 919
Apertularii quid 1514 n. 4
Apes sunt feræ naturæ 98*
non amplius in nostro dominio sunt, si ex custodia nostra ad vicinum evolant ibid.
Apocha quid 357 b
quid differat ab acceptilatione 357 n. 5
simpliciter concepta perimit totum debitum, imo & certæ quantitatis apocha in dubio tollit totum debitum incertæ summæ 1492 sq.
scriptor apochæ intra 30 dies opponere pot. exceptionem non num. pec. 3152
facultas conscribendi apocham de solutione facta testantem special mandatum requirit 658‡
Apostatæ non possunt institui heredes 191 a. 1286 n. 3
Apostoli quid, quando petendi & quid moribus 1567 sq.
Apostolorum redimendorum fatale in quibus sublatum ibid.‡
Apotheca dominus est immobilium possessor 436‡
Appellatio quid 1560
quotuplex sit 1561 a
per quem fieri possit 1561 a
cum munio appellationis triplici sensu 1561 b
effectus appellationis 1561 n. 9
quis sententiam appellationis exequatur ibid.
ab omnibus appellari potest, qui non habent summam potestat. nisi cum specialiter secus statutum est 1562
appellationes non posse fieri per saltum, & quid juris, si alius pro alio judex sit aditus 1563 a
appellationis gradus, & quid moribus 1563 b
appellationis fatalia exponuntur 1560* 1564 a
an illa prorogari possint 1564 n. 2
appellationis introducendæ fatale hodie sublatum 1560‡
appellans quatenus cogi possit ad prosequendam appellationem 1564 n. 4
si in appellationis justificatione utraque pars non compareat 1560‡
appellationes a rescriptis ad libellos supplices ib.
appellationes omnino esse recipiendas, maxime in criminalibus 1565 a
sub certis exceptionibus 1565 sq.
de moribus hac parte 1566
appellationem in judiciis possessoriis non habere locum, quid moribus 454* 1566 n. 5
casus, quibus appellationes non recipiuntur 1566 n. 6
appellatione pendente nihil esse innovandum; quando hac regula cesset 1568
an locus sit in appellatione nova litis contestationi & probationibus novis 1569 n. 4
sententiæ, qui sunt ipso jure nullæ, & quæ per appellationem rescindunt ur, inter se comparantur 1570
an ejus rei aliquis sit usus 1570 n. 4
appellat. causæ quando per alium reddi possunt 1571
appellatio a muneribus publicis in continenti a datione fieri debet 1571 sq.
appellationem non præbere causam judici appellato irascendi 1572 (1572
heres an & quatenus appellationem prosequi teneatur 88

an possit appellari a datione tutelæ 72 n. 13
an appellari possit a laudo 698 n. 9
an in interdictis 454 n. 9
appellantium temere pœna hodierna 459 ‡
appellans temere, si mulctam præstare nequit, corpore pœnam luat 431*
super appellatione juramentum malitiæ parti deferri non potest a Judice inferiore 459 ‡
Appulsus pecoris ad aquam 133 n. 5
Apum fundo evolantium nulla est vindicatio 93*
Aqua profluens an sit in dominio 82 a
profluentis & fluminis differentia 84 a
Aquæ haustus & ductus jus 133 n. 5
quinam illud possint concedere 1393 a
aqua non potest duci ex flumine navigabili, neque per viam publicam, sine permissu principis ib.
Aquæ pluviæ arcendæ actio adversus quem & ad quid detur 1393 n. 2
quando cesset 1394 n. 3
Aquæ & igni interdictio 50 n. 3
interdictio jure novo an sit sublata 1557
Aquiliæ Legis sententia, capita, pœna & actiones diversæ 367 sq. 822 sqq.
Aquiliana stipulationis usus 351 b. 636 b
Arbiter, ejus cum judice convenientia & discrepantia 697 n. 6
an etiam infamis esse possit 696 n. 3
an fœmina esse possit ib.
an ad jusjurandum obligari possit 695 n. 2
ejus sententiæ vis & effectus 698 n. 7
non potest sumi a partibus, ut certam dicat sententiam 697 n. 6
an ab Arbitri sententia appellari possit 698 n. 9
vide *Arbitri*.
Arbitrariæ actiones 416 n. 32
quam vario sensu dicantur 907 a
Arbitri quot modis accipiantur 695
compromissarii quid 696
quomodo constituantur 696 n. 2
quinam esse possint aut secus 696 n. 3
de quibus causis dari possint 696 n. 4
an multam dicere possint ibid.
quibus modis esse desinant 697 n. 5. 699 n. 10
Arbitrium boni viri quale & ubi locum habeat 320 n. 6
Arboris in solo alieno vel communi positæ jus 110 n. 41
fructus ex arboribus in vicini fundum decidentes repeti non possunt 1468*
frugiferas cædens præter earum æstimationem pro singulis 30. solidos, sive duas sexagenas solvit 1500*
arborum æstimatio 1012 a
arborum furtim cæsarum jus & usus 1500*
de arboribus cædendis interdictum 1468
in Saxon. non abrogatum 1468*
Arcæ vendita an & machinæ debeantur 1007 n. 7
Argentarii jus præcipuum in vindicanda re vendita 122 n. 55
chirographum non est subjectum exceptioni non numeratæ pecuniæ 869
quomodo differant a nummulariis 617 n. 3
ad *Armandia* jus muniendi civitatem pertinet 89 b
Arrestum unde dictum 600 a
ejus definitio & divisio 601 n. 5
non recte vocatur citatio realis 597 n. 14
quatenus in jure civili cognitum 600 n. 2. 3
usus ejus hodiernus 601 n. 4
modus faciendi arrestum 607 n. 6
absque citatione in diem certum facta ipso jure est nullum 602 b
an personale jurisdictionem proroget 743 n. 7. 8 &*
Arrestum Generale omnia omnino bona afficiens impetrandum est in Cancellaria vel Regimine Dresd. 603*
impetratum bis renovandum est ib.
non conceditur, nisi prævia crediti demonstratione & deductione, creditorem bonis esse lapsum ib.
an legatis & studiosis possit imponi 602 a
an mortuis? 602 b
de causis arresti 602 n. 7
an tribuat jus pignoris 1044 n. 12
Arrestum Reale ejus usus & modus 603 &*
quæ res ei non subjectæ habeantur 603 b sq.
an libri studiosorum & stipendia ministrorum publicorum eo possint detineri 604 a
sine intimatione est nullum, etiam respectu personæ denuntiatæ 604 n. 4
impetratum operatur jus reale, ita ut arrestans prior præferatur hypothecariis, aut arrestantibus posterioribus 693*
hodie jus reale & prælationem non tribuit 1028 ‡
an reale jurisdictionem proroget 743*
hodie quo casu adhuc valeat 1028 ‡
vitia arresti & casus cessantes 605 n. 7
Arrha ejus in emtione venditione jus 318 n. 3
Arrha sponsalitia an restituatur vel imputetur 1188 n. 13
arrha nocentis ab innocente retinetur ib.*
in fidem matrimonii promissi data, an necessitate adstringantur desponsati ad matrimonium 1164 b
Arrogati ætas 33 n. 5. quo jure gaudeant in exheredatione vel institutione 34 n. 6. 1277 n. 12
impuberi an succedant parentes 272
an tutelam legitimam retinere possit 59 n. 2 &*
an habeat querelam inofficiosi 746 n. 6. 210 n. 3
Arrogatio, ejus ritus & jus 32 seqq.
etiam in successione 34 n. 6. 267 b
semper est judicium benevolentiæ, sed & ob alias causas peti potest 1274 a
ad arrogationem an rescriptum principis requiratur, an vero sufficiat magistratus autoritas 33*
possunt hodie arrogari & mulieres & pupilli 34 n. 5
discrimen inter arrogat. & adopt. 32 n. 2
modus antiquus acquirendi per universitatem 164 a
pupilli solvit tutelam 59 n. 2
vid. *Adrogatio*.
Arrogator, filium impuberem emancipans vel exheredans, quid ei relinquere debeat 34 n. 6
ei subjiciuntur liberi patris arrogati 37 n. 11
ejus & arrogati ætas 34 n. 5
satisdatio 34 n. 6
non succedit filio impuberi arrogato ib.
Artes Liberales an excusent a tutela 72 b
Articuli probatoriales 1120* & 1121*
probatoriales quando & quomodo exhibendi 1120*
As cum partibus suis expositus 192 n. 2
an tot unciæ assem efficiant, quot testator in testam. constituit 193

Ascendentium successio 271 n. 9
an excludant collaterales 272 n. 10 *
Assasini quid, & pœna eorum 1531 n. 2
Assecurationes mercatorum 306 n. 12. & 537 b
Assignatio an etiam sit cessio 956 fin. sq.
quomodo per modum delegationis fieri debeat 353 *
libertorum 266 b
Asyli jus 553 n. 3
Attestationes etsi mortuorum testium non facere plenam fidem 1151 n. 22
earum publicatio 1151 ‡
Atticum jus scriptum 11
Attilianus Tutor 55 n. 2
Attributrix justitia 5 n. 2. 3
Aucupium cui sit licitum 99 a
si quis illicite exerceat, quæ pœna statuenda 99 *
qui jure aucupii vestiti sunt, quo tempore ab aucupio abstinere debeant ibid.
Avia jus in successione ab intestato 272 a
tutrix 53 n. 3
potest simul esse pupilli creditrix 73 a
Avi morte & existente filiofamilias nepotes recadunt in potestatem patris 32 n. 1
an hodie potest. patriam in nepotes habeant 23 *
nepoti, quem habet in potestate, sine patris consensu nuptiis autor esse nequit 36 n. 8
paternus nepotibus tutorem in testament. dare potest 44 n. 4
per subsequens matrimonium cum concubina sua nepotem legitimum reddit 556 n. 10
Aureus valor 56 n. 4 & *
Aureorum annulorum jus 1402 tit. 10
Aurum quotuplex; quid contineat 1340
Authentica ex *Causa* explicatur 183 b
Authentica Habita, concepta de scholaribus tantum peregrinantibus & juris professoribus, ratio cur non æque de aliis 736 n. 68. 69
Autor in jure quid 1246 a
Autor hujus Operis, ejus institutum & methodus in institutionibus 1 sqq.
in Pandectis pertractandis 516 sq.
ejus frequens a Wissenbachio dissensus an reprehendatur 572 a
ejus conciliatio cum Thomasio in quæstione: an hodie adhuc supersit discrimen inter ea, quæ ipso jure, & quæ ope exceptionis actionem tollunt 940 *
Autores juris aliquando ex animi sententia, aliquando ex gratia, vel corruptos, sua responsa dedisse, an sit probabile 645 n. 12
Autoritas quid 57 sq. 1246 a
Autoritas Tutoris quid 57. a regula de usu ejus 56
quando pupillo non necessaria est 56 sq.
an sit necessaria pupillo in acquirenda possessione 57 n. 2
quomodo interponi debeat 57 n. 3
quomodo ab autoritate tutorum consensus curatoris differat 1247 a
inviti ad autoritatem non coguntur tutores; an nec curatores ad consensum? 1247 b
in mulieris contractu etiam absente curatore & ex intervallo valide interponitur 58 *
Autoxusia sitne in jure civili probata 1556
Autumnus senior juris qualis 793 a

Avulsio quid & jus 104 n. 34
mira quædam ejus exempla 105 n. 34
Axiomata Juris a positionibus quid differant 1 b

B.

Balduini in causa feræ non jure captæ sententia 97 b
Balnearii fures & eorum pœna 1513
Bancarum institutum haberi in regnis periculosum 952 n 11
Bancoruptores infamia notantur 655 *
Bannitus, qui sine pœnitentia decedit, an honeste sepeliendus 860
Basilica versionis proprietas 807 n. 6
Beati qui Latinis dicti 80 n. 2
Beckeri opinio de magis 1533 b
Bebeering quid 90 a
Bello capta cujus juris fiant 170 n 25
Benedictio sacerdotalis quid ad matrimonium faciat 24 b
a tempore benedictionis sacerdotalis uxori competit ratione dotis illatæ hypoth. tacita in bonis mariti 1039 *
benedictionem sacerdotalem negligens quomodo puniatur 24 *
vid. Copula.
Beneficia abstinendi vid. Abstinendi jus.
Beneficium Cessionis vide *Cessio*.
Competentiæ 423
Divisionis vide *Divisio*.
Excussionis 310 n. 6
Ordinis 310 n. 6
Bes lag quid 1337 a
Bestiæ feræ an & quatenus sint in dominio 83
mansuetæ sunt in dominio 99 b
quatenus mansuefactæ ibid. a
vid. Animal.
Bimestre spatium a publicatione recens latarum legum hodie non attenditur 535 *
Blanquet vid. Charta blanca.
Blasphemiæ pœna 1510 *
Bona quomodo æstimentur 250 n. 4
quid a dominio differant 80 a
avita traditione judiciali transferuntur 122 *
in avitis, quando liberis jus retractus concedatur 992 *
quando deficiat 998 *
Bona adventitia filiorum an præscribi possint 150 n. 9
Adventitia pater alienare non potest 53 n. 2
in bonis adventit. filii pater habet usumfructum 22 n. 2
nec rationibus reddendis obnoxius 53 n. 2
usufructus, qui patri in bonis adventitiis competit, secundis ejus nuptiis non amittitur 53 n. 2
hodie non conferuntur secundum Codicem 3 n. 10
adventitiorum intuitu an liberi gaudeant hypothecæ beneficio in bonis patris 1040 * 1039
Damnatorum olim confiscata, hodie secus 278 a. 1556
eorum qui mortem sibi conscivernnt ibid. sq.
Dotalia, donationes propter nuptias & dotalia non nisi jurato uxor pro marito alienat 988 *
paraphernalia etiam sine juramento alienat ibid.
propter Nuptias donata quæ; usum eorum ex ratione juris Rom. hodie esse nullum 1139 a
bonorum societas inter conjuges ratione proprietatis non obtinet 963 *
Maternorum intuitu quando liberis in bonis patris hypotheca concedatur 1040 *
maternorum ratione, non pater, sed Curator, quorum gratia

gratia constitutus est, curandorum suorum nomine in judicio comparet 23 ‡
maternorum proprietas pertinet secundum Codicis titulos ad liberos in potestate patrum existentes 3 n. 10
paternorum & maternorum nulla differentia in successione collaterali 274 *
bona vacantia fisco vendicantur 278 n. 21. 155 *
Uxorum quotuplicia 736 b
Uxoris conferantur, si portio statutaria petatur 277 *
Bona fides quid 1254. 149 a. 411 b
in dubio præsumitur 149 a
si juris errore nitatur, an prosit in usucapione 149 a. & *
Bonæ fidei actiones quid, earum origo, causa & nota 411 n. 25 sqq.
earumdem catalogus 412 n. 27
dicturne plures quam sunt in § 28. Inst. de act. 412 b
actionum differentia a stricti juris, 416 n. 31 *
in actionibus b. f. post moram adjudicantur usuræ 416 *
Bonam copiam ejurantibus remitti cessionem jure Justin. 1454 a
Bonitarium dominium, quid 93 n. 14. 121 n. 54
quærebatur olim solum traditione sola in rebus, nec mancipi 121 n. 54
quomodo differat a dominio utili ib. b
Bonis conditionibus rem vendere 21 b
Bonis interdicendi modus 1264 b
an & quando hi, quibus bonis interdici debeat, coram tribunali audiantur 1264 b
Bonorum addictio libertatum conservandarum causa 267 b
Bonorum possessio quid & quotuplex 266 a. 1372 b
possessio differentia ab hæreditate 452 n. 5
præparatoria querelæ inoffic. quid 266 b
quibus non competit 1386 t. 13.
intra quod tempus sit petenda 267 a
quis ordo in illa servetur 1386 t. 15
quomodo ad bonorum poss. admittatur furiosus, infans 1373 tit. 3
quo pacto in bon. poss. conjungantur cum emancipatis liberi 1380 tit. 8
quatis bon. poss. detur ex edicto Carboniano; quibus & quando detur 267. 718 b. n. 33 1380 t. 10
Bon. poss. edictalis datur testato vel intestato; quæ testato dantur, requirunt, ut testamentum exstet; non pertinent proprie ad testamenta nuncupativa; sunt vel contra vel secundum tabulas 264. 1373
Bon. poss. edictalis extraordinaria 1385
Bon. poss. contra tabulas, quæ & quibus detur 266 a 1373 tit. 4
in nulla fere Europæ parte agnoscitur 1276
competit quoque patri contra testamentum filii emancipati 1381
casus, quibus cesset 1381 n. 2
dabatur etiam aliquando patri fiduciario 1381 n. 3
quando datur patrono 1383
datur etiam universitatibus contra testamentum liberti 1380
quæ decernitur ventri præterito, aliquando est decretalis 1383 t. 9
datur etiam jure novissimo exheredatis 266 a. 1380 b
petita bon. poss. contra tabb. legata quibus præstand. 1373
non est abrogata jure novo 1373 n. 2
Bon. poss. secundum tabb. quibus detur & quando; ejus origo & progressus 267 in f. sq. 1382 sqq.
quibus detur ex testamento militis 1381 t. 13
Bon. poss. ab intestato ejusque species 267. 1384 sqq.
Bonum quomodo differat ab æquo & justo 522 n. 11
Braxandi jus quomodo Nobilibus concedatur 975 *
intra quod tempus probari debeat 1120 *
Brevi manus traditio 123
da *Brevi* taxatur ratione asserti Juliani 1402 *
Bruta ut machinæ in jure considerantur 797 n. 3
quo sensu pœnis afficiantur 820
Burg Friede, ejus fractionis pœna 379 *

C.

Cadaver transferendum venia pontificis 88
cadavera non possunt arrestari 602
punitorum cadavera, eorumque sepultura 1558
Cæcus an possit esse tutor 73 n. 14
an ei curator detur 652
quomodo testari debeat 181 n. 6
an testis esse possit 1692. 1143 n. 4
Cælebs an heres institui possit 191 a. 252 fin.
Cæsares Rom. summam habuerunt potestatem 544 n. 5
Calliditas quid 678 a
Calvisiana actio 1384 t. 5. 396 a
Calumniæ juramentum quid, ejus usus & species 457. 878 n. 2 *
hoc juramentum Mennonitæ recusantes non leves causas perdunt apud Batavos 847 n. 6
in Sax. speciale juramentum Calumniæ admittitur, non vero generale 457 *
præstandum est ante juramentum principale ab adversa parte præstitum 878 *
vid. *Juramentum.*
Calumniator quis & qua actione teneatur 410 b. 671 1547 b
Cambialis causa procuratorem pro reo non admittit 434 *
Cambium quid, & usus ejus antiquus & novus 950 n. 12
cambii requisita & forma 962 ‡
an adversus cambium opponi possit except. non numeratæ pecun. & quando 314 *
Campo publico qui prohibetur an habeat injuriarum actionem 1462 a
an in *Canium* damno detur actio quadrupedaria 820
Canonum facilitas in dispensatione nuptiarum 30 n. 16
Capio pignorum 1449 b
animal pignoris loco captum tradi decet Domino jurisdictionis 820 *
vid. *Pignus.*
Capitalis quotmodis hæc vox sumatur 470 b
inimicitia capitalis quæ 70
Capitis damnati an amittant libertatem 50
an testari possint 178 a & * 181 n. 7
his hodie salva manent jura Civilia & familiæ 39 * 50 n. 2
Capitis diminutio quid & quotuplex 50 a sqq
an capite diminuti heredes possint institui 191
testamentum ante capitis diminutionem conditum an valere desinat 180 b
ea finitur tutela 59 n. 2
an hodie ejus supersit usus 557 n. 4
causa restitutionis in integrum 691
secus moribus hodiernis 652 n. 2. 3

Capitonis & Labeonis comparatio III n. 43 528 a in fin. b
Capsarius quid 20 n. 5
Capti ab hostibus amittunt patriam potestatem 39 n. 3
non possunt testari 178
liberi ab hostibus capti an prosint patri in excusatione tutelæ 68
Captivitas in bello solenni servitutem attrahit 16 n. 3. 4
Caput quid significet 50 n 1
liberum in definitione Tutelæ quid significet 42 n. 2
Carboniana possessionis bonorum petitio 718 n. 33
Carcer exequendi modus 1449
an sit pœnæ species 1554 n. 3
an a carcere publico liberet cessio bonorum 1455*
an includendus sit carceri reus, quando & quomodo quær. 1518 sq.
injuste traditus carceri pro singulis diebus & noctibus 40 grossorum multam petere potest 1520*
ad carceres publicos se obligans mulier ob debitum proprium, ab incarceratione non est immunis 1455*
an quis se pro alio ad carceres obligare possit 308
modus & ratio includendi 1520
Carina quid significet in l. 61. d. V. S. 112
Carpzovii sententia de adjutoribus parricidii refellitur 1540 a
ejusdem moderaminis inculpatæ tutelæ definitio notatur 1535 b
Cassii & Sabini Schola III n. 43. 528 b
Casus fortuiti quando in contractibus præstentur 289 n. 10. 321 n. 9
fortuiti in homicidio 368
fortuiti, propter quos actio evictionis cessat 1095 n. 24
Caroniana Regula vid. *Regula*.
Caupones qua actione teneantur ex quasi delicto famulorum suorum 390 n. 4
duplum injuriæ causa, quod aliis non, tribui in Frisia 1505 a
Causa quid & quotuplex 466 n. 7. 1112 a
quis dicatur causa plus petere 419 a
Cautio ex damno infecto 300 fin sq 1 93
postulat, ut jurerur de calumnia; quæ forma cavendi; ejus effectus; detrectans cavere, patitur missionem in possessionem 1393
de Dolo 300 n. 2
Fideicommissarii 798 a
Fructuarii 798 a
Hypothecaria 435* & n. 4
Legatorum 300 b. in fin. sq.
Litis causa quænam, & cujus usus hodie 435 n. a 608
Litis causa quotuplex apud Saxones 436*
pro Litium expensis quæ opponenda 609 n. 8
pro Litium expensis a quibus jure novissimo Sax. exigatur 436‡
Mutiana, unde dicta, a quibus præstetur, & quibus ea caveatur 1351 n 3
Pignoratitia viri nomine dotis hodie est supervacua, & cur 308 n. 3
de Pretio restituendo 300 n 2
de Rato 436 n 3 &*
cum cautione Rati in judicio admittuntur ascendentes & descendentes 436* 660‡
collaterales ad tertium usque gradum inclusive ib.
Socer pro genero & vice versa ib.
Vitricus & privignus 660‡
cautio rati non efficit, ut procurator ad actum speciale mandatum requirentem admittatur 660*‡
de Rato si principalis acta factaque procuratoris cum cautione rati comparentis non ratihabeat, cauto, quam in actibus judicialibus speciale mandatum non requirentes præstare debent procuratores, cedit alterius partis commodo 660‡
pro Reconventione 436*
pro Reconventione & expensis a possessore rei immobilis non præstatur 436* 609*
cessat in cautis alimentorum, in matrimonialibus, nec non in concursu creditorum 436*
præstatur etiam jurato 436*
rei pro lite intra duos Menses contestanda non obtinet in Sax. 436*
hodie in Sax. cessat 435‡
de Servo persequendo 300 n 2
an cautio ab herede, qui promisit, se omnibus Testamenti articulis pariturum, exigi possit, si illa remisa fuerit in testamento 798 a
de non Turbando vel impediendo 815 b
hæc cautio hodie non respicitur; sed condemnatus ad non faciendum, vel ad abstinendum sese ab aliqua re, constringendus est multa certa 815‡
Tutoria 67 n. 3
Usufructuaria 141 n 9
Vidua in dotalitio usumfr habens immunis est a cautione. it. maritus usufructuarius bonorum uxoris 141* 799*
Cedendarum actionum beneficium 311 n 8
Cedendi vox, cedere diem quid 293 n 2 790 a
Cenotaphium an ut locus religiosus 58
Censitici fundi dominium a priori possessore non aliter transfertur, quam traditione judiciali 122*
cui ædificium a censuario dem Zins-Mann, feudo censitico impositum cedat 109*
Census modus manumissionis 17 n 2
Census quid, an a fundo removeri possit, & quale crimen fraudati census 1586
Cerevisia an vino legato contineatur 1535
eam coquendi & vendendi juris probationi conceditur duorum mensium spatium 1119*
Cessandi verbum illustratur 1103 a
Cessio in jure quid 93 n. 14 142 n 13
extraneo facta quid operetur 142 n. 12
est solennis modus transferendi dominium 121 n 54
per *cessionem* in jure servitus acquiritur 137 b
Cessio actionum quid 311 n. 8
quid differat a delegatione 352 b in fin.
quomodo differat ab adsignatione 956 b
qua forma celebrari debeat 956 a
duabus constat partibus, mandato & titulo proprietatis 956
hinc non esse cessionem, quando in instrumento scriptam est, solvendam esse cuilibet ejus instrumenti exhibitori legitimo 957
a quibus fieri possit 956 n. 6
in quem fieri possit 957 b
quando valeat cessio actionum pro viliori pretio 958*
actionum non rapidarialis quando valeat 934*
actionum non rapidarialis quando valeat 958 b
an a clientibus in advocatos fieri queat quæ

quæ prohibeantur vel cedi nequeant actiones 957 n. 7
quo tempore fieri debeat & an aliquando valeat post solutionem 311 n. 8 959 n 9. 1486 n. 8
effectus cessionis duplex, facultas agendi & emolumentum 959 n. 10
actionis directæ & utilis ex cessione discrimen 956. 959 n. 11
Necessariæ Cessionis species 959 n 8
cedens, debitore ita volente, ad præstationem juramenti tam calumniæ quam principalis tenetur 955‡
quando cessionarius de credulitate jurare teneatur ib.
an heredes cedentis jurare teneantur ibid.
quomodo actio hypothecaria cum omni hypothecæ jure cedi debeat 957‡
cessionarius quatenus easdem exceptiones, quæ opponuntur cedenti, patiatur 959 n. 11
Cessio usufructuarii est modus amittendi usumfr. 142 n. 12
Cessio bonorum 1453
quid tribuat hoc cessionis beneficium 422 b. 1453
modus cessionis; an cedens hoc ipso debitum agnoverit; an occultans aliquid de bonis suis furti teneatur 1453 n. 2
neminem cogi posse ad cessionem 1454 b sq
quibus casibus cesset hoc beneficium 1454 a
an liberet a carcere publico 1455*
an mulier bonis cedens libera sit a carcere publico 1455
moribus difficiliorem cessionis viam esse 1454
sed hanc ob nimium rigorem abiisse in desuetudinem 1455 n. 4
cessionem sequi debere venditionem publicam 1455
creditoribus electionem dari, utrum cessionem permittere, an debitori inducias concedere velint 1455
Charta scripturam trahit, non tamen semper 310 b n. 4
Charta blanca an vim mandati habeat 660 b*
Chirographi a syngrapha discrimen 313 b
remedia quibus chirographum elidi possit 315 a
elisio per exceptionem non numeratæ pecuniæ 314 a
ejus, qui chirographum suum abnegat, pœna 867 a
horum effectus 720 a
mulieris 721 a
argentarii chirographum non est subjectum exceptioni N. N. P. 869
Chirographarii an præferantur hypothecariis extrajudicialibus rerum immobilium 1029*
uxor ratione donationis propter nuptias inter chirographarios refertur in concursu creditorum 1040*
Chirurgus qui 826 n. 12
damnum ex imperitia ejus datum ib.
Christianum an deceat se excusare a Tutela inimicitiæ causa 71 a n. 9
de *Cibariis* an uxor in subsidium teneatur, quando maritus non solvendo mortuus est 1226*
Ciceronis in divinandis rebus futuris sagacitas 1122
Circulatorum pœna 1509 n. 5
Circumduffio instantiæ 611 n. 5
an locum habeat, si actor, reum ad interrogationes citans, ipse non comparuerit 847
Circumforanei & circulatores medii quinam 71 n. 11
Citatio absentium, diversa ab in jus vocatione 592 n. 4
hodie ipsa quoque in jus vocatio dicitur Citatio 592 n. 5
hoc sensu dividitur in ordinariam & extraordinariam 59 n 5
simplicem & libellatem 59 n 5
dilatoriam & peremptoriam 596 n 12
generalem & specialem 596 n 13
non æque in realem & verbalem 59 n 14
extraordinaria in quibus casibus observetur 595 a n. 8 sq.
generales citationes quotuplices, quem usum & electum habeant hodie 596 n 13
modus citationem formandi & exequendi 592 n. 4. 594 n. 7
si reus ad sententiam præclusivam ferendam citatur, quod tempus ei concedendum 593*
si reus in pluribus territoriis possessionatus moriatur, divisis inter heredem feudis, an is, qui feudum illo in loco possideus, ubi lis pendet, citandus solus sit, an ceteri heredes simul 594*
an causa possit omitti in citatione 593*
si documenta pro editis, aut recognitis, vel reus pro confesso & convicto haberi debeat, quod tempus concedendum sit 594*
non emittenda est ante præstitam guarandam & cautionem pro reconventione & expensis 594*
quid hac in re jure novissimo Sax. mutatum sit 435‡ 436‡ 594‡ 708‡
in omnibus Citationibus sub præjudicio concedendus est terminus Saxonicus 594‡
insinuatio ejus quomodo fieri debeat 16
ad promissum ex Lege diffamari non sub præjudicio emittenda 708‡
parentum & patronorum hodie fieri potest absque impetrata venia 464*
edictalis obtinet in concursu creditorum & processu desertionis 595*
quot modis nulla 595 n. 9 sq
quis citationem petere possit, & qui citari possint 597 n 15
quomodo qui sub cura sunt ibid.
minoris patri vel tutori vel curatori insinuanda est 595*
quis concedere possit citationem, & quo tempore facienda 598 n. 16. 17*
in diem feriatum facta an in sequentem judicialem transferatur 598 n. 17
perpetuat jurisdictionem 600 a
Requisitoria quibus ex causis fieri possit 595 n. 10 sq & *
quid si magistratus requisitoriam citationem recusat 595 n. 11
Hollandiæ magistratuum prudentia in citationibus requisitoriis 596 n. 11
subsidiaria a Consistoriis Sax absque tamen verbis: *in subsidium*, adhibetur 595*
qui sub præfectis in jurisdictione constituti sunt, immediate citantur a Consistoriis 595*
Vitiosa convalescit, si reus se sistat 598 n. 18
an pariat exceptionem litis pendentis 598 n. 19
impedit præscriptionem 600 b. 599‡
Citatus ex certa causa an respondere teneatur ad alias 592 b
an petere possit spatium deliberandi ib
ad judicem non competentem citatus quid juris habeat 606 n 3
qui citatum vi exemit, quomodo teneatur 607 n. 7
Cives an a Principibus rebus suis spoliari possint 553 n 4

a magistratibus ob contumaciam multati, habent beneficium appellandi 590 n. 5
an de bonis suis publica debita solvere debeant 865 n. 10
Romanorum Civium differentia 18 n. 3. 551 b
Civile jus 10 n. 5
oppositum juri prætorio 12 b
Civitas quid 10 n. 5. 552
Civitates non habent jus fisci 69 n. 2
res civitatum quatenus alienari & oppignorari possint 1047 n. 7 sq.
res *Civitatum* an præscribi possint 150 n. 9
an possit privilegium sive consuetudinem in Juris Communis fraudem statuere sine superioris consensu 537 b
mutuum contrahentes 865 n. 8 sq.
quæ per investituram superiore gaudent jurisdictione an succedant in bona vacantia 277 b. 278 &*
actionem habent ex contractibus administratorum, actorum, tutorum & curatorum 303 b
Civitas & populus ab Justiniano promiscue usurpantur 10 n. 5
Civitatis ac familiæ jus salvum est damnatis ad mortem 39*
Clarissimi quinam 561 n. 3
Claudicare dicuntur contractus pupillorum 57 a
Clausula codicillaris, ejus vis 245 b. 263 b
codicillaris an excludat querelam inofficiosi 754 n. 22
derogatoria in testamento quotuplex & usus ejus 205 n. 2. 1279 n. 5
derogatoria an in priori testamento adjecta, scilicet nolle, ut posterior voluntas, si quam forte condiderit, subsistat, posterius testamentum rumpat 205 a
derogatoria in testamento posteriori an sit necessaria ut prius rumpat 205 a
derogatoria a Dd. longius extenditur, quam ratio juris Civ. permittit 205 b
Clausula: der Erben und Erbnehmen, it. rati & grati hodie in mandato omitti possunt impune 659‡
Rati clausula an in mandatis requiratur ibid. 666*
Clericorum privilegia quæ 741 n. 76
an iis renunciare possint ibid.
an possint esse tutores 74 n. 18
an jurare teneantur 876 a
sacris initiatus clericus capit Geradam matris 1387*
Cloacæ emittendæ servitus 809 n. 11
Coactio 675 fin. sq.
Codex an deroget Pandectis & quando 3 n. 10. 527 n. 8
compositio *Codicis* 3 n. 9
Codicilli quid & eorum origo 261
eorum divisio 262 n. 3
eorum inventio tantum in Instit. traditur 4 n. 14
differentia a testamentis 261 b
quænam solennitates in codic. observandæ 263 a
an in codicillis conditio heredi instituto adjici possit 261 n. 2
an fœminæ in illis possint esse testes 261 a. 1267 n. 8
non recipiunt heredis institutionem 261 n. 2
in dubio dispositio testatoris habetur pro codicillo 263 b
quid hodie juris sit in codicillo 263 n. 4 sq.
codicilli & testamenta multis locis nullum inter se discrimen agnoscunt 1324 sq.
non idem usquequaque apud Frisios 1324 a
discrimen inter pupillos, qui jure Civili utuntur, & ceteros quoad clausulam codicillarem 1324 n. 3
Codicill. clausula an excludat querelam inofficiosi 754 n. 22
Cæcus vide *Cæcus.*
Cœnaculum quomodo a cubiculo differat 390 a
Cogi quomodo possit fiduciarius ad adeundum & restituendum fideicommissum 255 n. 9 sq.
non *Cogi* dicitur etiam, qui non potest 702 n. 6
Cognatio quid 492
ficta Juris Rom. 29 n. 14
jura hujus quæ effectum civilem habent, morte civili extinguuntur 49 fin.
non tollitur capitis diminutione ibid.
jus in successione 265 b
per adoptionem non conciliatur 36 n. 10
Cognati postponuntur agnatis in tutela pupilli tum feudalia, tum allodialia possidentis 49 n. 2
successio an ad septimum gradum hodie adstricta sit 276 &*
Cognitio suspecti an sit jurisdictionis, & cui competat 76 n. 2
an causæ Cognitione mandata, executio mandata censeatur 576 a
Cognitiones causarum uni collegio commissarum, quatenus prorogando ad alia collegia deferri possint 578 a
Colon. idem quod Pandectæ 515 b
Collata nuptiæ quo sensu dicantur in l. 9 de sponsa 1159 n. 3
Collateralium successio 273 n. 12
jure Saxon nulla Collateralium repræsentatio 273*
in collaterali successione nulla differentia inter bona paterna & materna 274*
an ad certum gradum restricta sit 276*
admittuntur in judicio cum cautione ratiusque ad certum gradum inclusive 437*
Collatio, ejus descriptio & causa introducendi 374 sq.
an conferantur bona castrensia & quasi castrensia 1374
ibid.
an post mortem patris acquisita 3 n. 10. 1374 n. 3
an bona adventitia 1374
an prælegatum & donatio 1375 b
an sumptus ad obtinendas dignitates facti 1376 b sq.
an sumptus studiorum causa prorogati 1376*
quando sumptus studiorum conferendi 1376 a
an bibliotheca majoris pretii ibid. & sq.
an sumptus in artes mechanicas facti
an pecunia pro liberis ab hostibus redimendis expensa 1377 b
a quibus fiat collatio 269 b 1377 n. 5
jure veteri emancipati tantum suis conferebant 1374 a. 1377 n. 5
jure novo omnes descendentes, sui & emancipati 1377
emancipatis ibid b
etiam nepotes patruis suis, vel inter se 1378 a
non ascendentes, collaterales nec extranei 1378 n. 6
modus conferendi 918 sq.
Collatio rerum in naufragio servatarum 1379 269*
Collatio dotis & donationis propter nuptias 1378*
Collegia Opificum vid. *Opifex.* 1516 sq
Collegia habere cur vetitum 277 n. 20
quando succedant 1516 sq.
potatoria in Academia Franeq. abolita

Collatio quid 826 a
Collusio quo pacto puniatur 1403 tit. 16. 1119 a
Colonus, ejus & heredum jus in percipiendis fructibus
in actione furti 118 b. fin. sq. 362 b
in ædificiis agro conducto impositis 1013 a
vid *Ædificium*.
Coloni, certo fundo colendo addicti, an sint servi an ingenui 16 n. 5
ex pascuo non potest facere arvum sine domini consensu 1020 b
Comitia tributa an patriciis patuerint 12 n. 8
calata quid 165 n. 4
Commercii causa an servitus constitui possit 129
res quæ sunt in *Commercio* 229 b
rebus commercio exemptis legatis, an debeatur æstimatio earum 229 a
Commissio post litem contestatam quid 754 a
Commissoria Lex quid & usus ejus vetus 979. & 1038 n. 17
non impedit dominii translationem & quare ibid. n. 3
non requirit denunciationem tempore lapso 980 n. 4
ad quem pertineat periculum hac lege inita 978 n. 2
in pignore prohibita 1038 n. 17 & *
quare hodie raro frequentetur 977 *
Commissum quid, ratio nominis 1396 n. 7
cui cedat 1396 b
ejus rigor, & actio quatenus adversus heredes detur 1396 n. 9 & 10
commissi pœna est quadruplum 1390 *
Committendi verbum exponitur 979 a
Commixtio vide *Confusio*.
Commoda rei venditæ vide *Periculum* rei venditæ.
Commodatum quid, ejus actiones & præstationes 288 n. 8
quid differat a mutuo, a precario & a locatione facti 912
an & quatenus ex eo plures in solidum obligentur 912 b
an & hodie de rebus immobilibus prædicetur 1025 b
non esse commodatum, si quis commodet agricolæ pecudes & instrumenta rustica, sub lege usurarum & substituendi res alias in locum pereuntium ibid.
edictum Ordd. Fris. in eam rem 1026 a
commodati reciproci exemplum ad præscriptis verbis actionem refertur & recipit levem culpam 1025 a
an *Commodans* re commodata surrepta optionem habeat, utrum actione commodati adversus commodatarium, an furti adversus furem velit experiri 363 *
Commodatarius casum fortuitum an præstet 912 *
ex levissima culpa tenetur 289 n. 10
an in *Commodatarium* dominium vel possessio saltim transferatur 911
Communi dividundo actio quid & qualis, inter quos & ad quid detur 343 a. & 837 n. 1
quomodo differat ab actione pro Socio 837 & 343
convenientia ejus cum judicio familiæ erciscundæ 838 n. 3
officium judicis in dividendo 838 n. 4
an in re communi alter dominorum aliquid facere possit invito altero 838 n. 5
an valeat pactum: ne liceat a communione recedere 839 a
divisio rerum communium ad tempus fieri potest 839 n. 6
an huic actioni possit præscribi 839 n. 7
an de expensis in rem communem factis hac actione experiri liceat 839 n. 8
modus exercendi divisionem 840 n. 9
quando rescindi possit 840 n. 10
Communia verba e. gr. habeat, accipiat, perveniat ad ipsum in heredis institutione liberorum & parentum habentur pro derelictis 191 *
Communicatio Cœnæ Dominicæ an tollat actionem injuriarum 384 b sq.
Communio rei quid 342 n. 5
vera quæ 113
bonorum inter conjuges, jure loci, in quo matrimonium est, valet etiam jure loci, in quo res sitæ sunt 541 n. 9
Compairitio in judicio, quando ab actore ipso fieri debeat 434 *
Comparatio litterarum 1132 n. 16
hodie penitus sublata 1131 ‡
Compensatio quid 354 n. 12. 414. b & 938
cur *Compensatio* excluса fuerit ex actionibus stricti juris 421 a
in quibus actionibus fiat 414 b sq.
quomodo differat a reconventione 939 a & 849
quomodo fiat ipso jure, & qui compensat, cur nihil compensare dicatur 415 b. 939
res tantum compensatur, in quibus nulla est inæqualitas 940 b
item quæ liquidæ sunt, non controversæ ibid.
non operatur compensatio, nisi ab eo tempore, quo debitum vere liquidum est factum 941 b
an interrumpatur per vim factam 942 n. 6
quod tempore judicii peremtum est ipso jure vel per exceptionem, etsi tempore mutui debiti primum inchoati validum fuerit, non compensatur 942 n 5. 6
quando admitti possit 423 a
quatenus in delictis locum habeat 943 n. 7
an in mora locum habeat 1113 b
in fiscalibus & publicis debitis 943 n. 8
in causis alienis qua talibus neminem compensandi jus habere 944 n. 9
secus in procuratore in rem suam 944 n. 10
etiam aliquando in debitis post cessionem contractis tam activis quam passivis 945 n. 12
etiam si cessio facta fuerit post in jus vocationem 945 n. 13
an locum habeat adversus cessionarium, qui habuit hypothecam generalem in bonis cedentis ante cessionem; & an aliud juris sit in cessione necessaria 945 n. 14
quo sensu in deposito & invasione cessat 947 n. 16
casus alii, quibus cessat 947 n. 17
Competentia beneficium 423 a
qui gaudeant eo 423 a sq.
filius fam. sui juris factus habet hoc beneficium: ratio, modus & usus hujus beneficii 924 n. 2. 3. 5
quibus & quantum & quomodo concedatur jure novissimo Sax. 422 ‡
beneficio hoc cessante, fors, quæ debitori ex bonis superstitibus constituta fuit, solutioni creditoribus sequentibus secundum ordinem faciendæ applicanda 422
Compositionis amicabilis causa partes prima vice in persona comparere debent 433 ‡
Comprivignorum nuptiæ 29 n. 15
Compromissum quid 695 b
in *Compromisso* an jusjurandum prohibitum 695 n. 2
Conatus cædis 1531 n. 3

quomodo puniatur 474*
delicto quomodo puniendus 1496 n. 4
furti 360 n. 10
veneficii 1539 b
Concubina quæ sit 270 n. 7
quæ proprie & quæ improprie 1224 a
fuit tantum cœlibum 1223 n. 2
Concubinatus jure civili est permissus 1223
Concubitus non ad perfectionem matrimonii sed ad implementum requiritur 25 n. 5. 23 a
anticipatus quomodo Jure Sax. puniatur 24*
an vitio virginitatis corruptæ cognito faciat matrimonium validum 1165*
an sponsalia invitis parentibus inita transeant per concubitum matrimonium 1170*
Concursus actionum vid. *Actio.*
in *Concursu Creditorum*, si creditores ad liquidandum sunt citati, actiones plures cumulare non licet 629*
de *Concursu* creditorum non sollicitus esse debet venditor, qui re licet vendita & tradita, fidem de pretio non habuit 122 n. 55 (1050‡
modus procedendi hodiernus in *Concursu* Creditorum vid. *Creditor.*
Concussionis pœna 1511
Condemnationes voluntariæ quo pacto fiant & quando locum habeant 1428 b
Condemnatus ad non faciendum aut ad abstinendum sese ab re aliqua, non cautione, sed mulcta certa in casum contraventionis constringendus 815‡
Condicere quid significet in causa avulsionis 104 n 34
Condictio quid 405
Causa data, causa non secuta quid, unde oriatur 887 sq.
an ex pœnitentia detur sola; item ob casum fortuitum 889
an in foro detur ob pœnitentiam 889 n. 5
an adversus heredem detur 889 n. 6
sine Causa quid & quotuplex 896
an & in sponsionibus futuri eventus causa vertatur 897 n. 4
an detur ei, qui scripsit non expressa causa 898 n. 7
Certi, quæ datur e mutuo, quot habeat causas 287 b. 868 n 15
Qui chirographum habet mutuæ pecuniæ quomodo agere debeat 868
de eo, quod Certo loco, quid, quem usum jure civili & moribus habeat 905
Furtiva, quo sensu detur domino, ratio singularis 898 a
definitio ejus exponitur 364 n. 17 & 899 n. 2
causam ejus non esse delictum 899 439 a
datur hodie adversus omnes, qui jure civili actione furti tenentur, & quare 900 a
an huic locus sit, si fur laqueo punitus 355* 900
an locum habeat, si fur in carcere decedat ante executionem supplicii 901*
Indebiti quid & cujus juris 288 n. 7 & 344 n. 8
quotuplex sit 895 n. 4
est actio in personam, & quid inde sequatur 894 n. 2
datur ob naturale debitum, idque exemplis declaratur 346 a. 895 n. 5
quando cesset 347 n. 12
an etiam cesset, si per supinam negligentiam vel juris errorem solutio facta sit 344
ex ea non obligatur pupillus 301 a
an locum habeat in causis lucrativis 345 a
si in diem, sub conditione, inque incertum diem debeatur, an in lebite solutum *condici* possit 346 n 11
Ex Lege, ejus origo & usus cum exemplis 302 b & 901
Lusu perditi non plane hodie cessat 857*
ad supplementum Legitimæ 219 b. 753 n. 20
ad supplementum legitimæ quando detur 216 a
quando ei præscribatur 216 n. 14. 219 b. 753 n. 20
Triticaria quid & ejus origo 902 a
quo sensu arbitraria 903 n. 2
ob Turpem vel injustam causam quid, & unde oriatur 870 sq.
cui & contra quem competat, an & ei detur, qui judicem in bona causa corrupit 872 n. 4
Conditio quid & quotuplex 195 n. 7
non est in præsens vel præteritum 195 n. 7. 295 a
cur adjici tutelæ queat, non obligationi finiendæ 59 n. 4
facile retrahitur ad principium actus 177 b
positi in conditione, non sunt positi in dispositione 1304 n. 7
positiones aliquot de conditione 1304 n. 8
de modo implendæ conditionis 195 b 1305 n 9
heres conditionem implendo non statim acquirit hereditatem 1304 n 9
præcise ac specifice impleri debet conditio, non per æquipollens 1304
conditione pendente quis interim hereditatem possidere debeat 1305 n 10
in stipulationibus considerata 294 n 4 & 306
plures conditiones conjunctim adjectæ omnes implendæ sunt & quomodo 1304
sub conditione legatum relictum aliquando ante ejus eventum peti 1351 n 4
Ubi plures conditiones sunt impositæ, quid observandum 1350 n. 2
conditiones etiam tacitæ adjiciuntur 1351 n. 5
quæ non attendantur conditiones ibid.
quæ pluribus aliquando imponuntur, ab uno impleri sufficit 1351 n. 7
Conditio Negativa quid operetur in stipulatione 1350 n. 3
Conditio perplexa quid 195 c
Conditio Impossibilis quid 195 a & 1350 a
heredis institutioni adjecta an etiam moribus pro non scripta habeatur 195 b. 1303 n. 4
adjecta semper explicatur in favorem eorum, quibus adscripta est 195 b
sub qua heres legatum præstare debet, in favorem heredis interpretanda, vitiatque Legatum ibidem
refelluntur, qui volunt, eam hodie vitiare heredis institutionem 1303 n. 5
quare conditiones impossibiles in contractibus totum negotium vitient 1303 n. 2. 304 b
Conditio turpis adjecta heredi, cur non faciat testatorem intestatum ante, & testatum postea, dies tamen adjectus hoc efficiat 1124 n 22
turpes & illicitæ conditiones pro non scriptis habentur 1305 n. 6
inter turpes esse conditionem jurandi & quare 1304 n 6
Conditio si sine liberis in quibus liberis locum habeat, quando deficiat 1357 n 6
duobus pluribusque adjecta divisim spectatur 1357 n 7

præsumitur in filiis fideicommisso gravatis, nisi tempore facti testamenti liberi exstiterint, idque avus non ignoraverit 1358 n. 8. 257 b sq.
hæc conditio fœminas quoque comprehendit 1359 a
Conducti actio quid contineat 327 n. 10. 1009 a
Conductio quid & jus ejus 334
in perpetuum fieri potest 1009 n. 3
quoad dominus vellet, quamdiu duret 1010 n. 4
Conductor ad quam culpam teneatur 328 a
an indistincte rem sublocare possit 1009 n. 2
an primus locator & secundus conductor inter se agere possint 1010 n. 4. 1016 b sq.
a domino impositus a fructuario expelli potest 139 n. 4
operarum conductor agit ad integram mercedem, etsi locator ejus opera non sit usus 1018 a, 1016 a
finita locatione cedere debet conductor, etsi dubium sit, an fuerit locatio 1011 b
an repetere possit impensas finita locatione, quas se receperat esse facturum 1011 n. 7
repetit impensas necessarias & utiles 327 n. 10
in repetendis impensis non plus consequitur quam impendit, vel quo res est melior facta, quod ex iis minimum est 1011 b
idque in arboribus demonstratum ibid.
plures conductores an singuli in solidum teneantur 1017 n. 21
ad usum rei operamque præstandam potest compelli conductor 1017 n. 22
quando mercedem solvere debeat 1017 n. 24 & 327 n. 11
quibus causis merces minuatur 1017 n. 23
vid. *Locatio.*
Confessoria actio unde dicta & quid 393 n. 5. 796 sq.
Confessum haberi pro judicato & tamen esse damnandum 1452
an in criminalibus 1452 a
qualis debeat esse confessio ad hunc effectum 1453 b
an sit species probationis 1117 a
Confirmatio tutorum & curatorum qui fiat 43 a. 62 n. 4
Confiscatio bonorum vid. *Publicatio* bonorum.
Conflictus Legum in diversis imperiis 538
Confusio quis ejus effectus 113. 1490
discrimen a commixtione 113 n. 45
an & heredi fiduciario præjudicet 113. 1490 n. 9
quomodo ea tollatur obligatio 321 b
Pignorum confusio qui fiat 1076 a
Confusionis & commixtionis doctrina ferme eadem in acquirendo dominio 112 n. 45
Congressus exploratorius in casu impotentiæ ejusque descriptio 1177 n. 14
Congrui jus vid. *Retractus.*
Conjugium vid. *Matrimonium.*
Conjunctio legatariorum quotuplex & jus ejus 238 n. 22
in legatis differentia & effectus 238 b. 239. 241 a. 788 sq.
Conjunctio matrimonialis quid significet 232
Conjugum successio 276 n. 18
conjugum in bonis conjugum hypotheca 1039 n. 2
Conjux de vita mariti incerta quoad usque debeat expectare 1209 n. 20
conjugi desertæ quando liceat novum inire matrimonium 1304*
conjux malitiose alterum deserens ex bonis defuncti conjugis lucrum non percipit 1348*
intercessio mitigat pœnam adulterii simplicis, non duplicati 472*
an habeat querelam inofficiosi 746 a
societas omnium bonorum apud Frisios & Batavos 330 & 962*
Connexio rerum quatenus mutet forum 851 n. 10
Consanguinitas 28
Consanguinei & uterini indistincte succedunt fratri defuncto, nullo respectu habito bonorum paternorum & maternorum 274 b &*
Consensi thalami effectus 1167*
Conscientia an saucietur usu Vellejani & Macedoniani SCti 938 n. 22
an a lege ligari possit 533 n. 7
Conscientiæ defensio per probationes 878*
vid. *Defensio Conscientiæ.*
Conscii in crimine parricidii quomodo puniendi 1540 n. 2
Consecrationis ecclesiasticæ character non indelebilis 87 b
Consensuales obligationes quæ 317
sunt mere juris Gentium 317 (317 a
Consensus unicum substantiale Contractus emptionis vend. an & tacite colligatur 318 n. 2
contrario tollitur obligatio, quomodo & quando 353 n. 10
curatorum in nuptiis 27 b. 1173 b sq.
nudo consensu tolli obligationes consensuales, quid significet 353 b
parentum in nuptiis 26 n. 9. 1170 a
consensus parent. quandocunque accesserit, nuptias facit legitimas 27 n. 10
liberi parentum consensum in nuptiis negligentes quousque exheredari possint 188*
publici consensus in rebus soli vendendis ratio, & multa negligentium 998 b (n. 18
solo consensu perficiuntur nuptiæ 1160 b. 1162 b. 1165
Consequentia LL. habetur pro LL. præceptis 53 n. 3
Consignatio, quæ sit in concursu creditorum post agnitionem chirographi, & quæ sit solutionis causa, species sunt sequestrationis necessariæ 951 n. 9
ejus effectus 354 n. 14
Consilium quid 19 n. 4
furandi suppeditans arbitrarie punitur 362*
Consistorii decretum approbat alienationem rerum sacrarum 87*
consensus supplet dissensum parentum in matrimoniis 26* & 1170*
in citatione requisitoriali non uticur verbo: *in subsidium* 595*
ejus forum ad crimina graviora non pertinet 743*
Consobrinos inter est matrimonium prohibitum 28*
Consolidatio modus finiendi usumfructum 143 n. 15 & 792 n. 2
Constans & perpetua quid differant in definitione injustitiæ 517
Constitutiones Principum earumque species 12 n. 9. 541 sq.
forum ad crimina graviora non pertinet 743*
provinciales statim ac publicatæ sunt vim juris habent 535*
Constituti pactum venditioni adjectum quem habeat effectum 975 n. 12 & 1031 n. 16
Constituta servitus 814
Constitutum quid, an contractus? & a fidejussione discrimen 401 n. 13 sq. 919 sq.

utilitas 909 n. 4
si plures pro alio constituant, an detur Benef. Divis. 910 n. 5
quando etiam valeat in usuras 910 n. 5
quibus verbis obliget 910 n. 7
quando cesset constituti actio 911
quod in diem debetur, potest constitui 293 n. 2. 909 b
Constitutum possessorium exemplis & usu declaratur 1417 a
tribuit etiam beneficium l. ult C. de acq. poss. 1418 a
quo sensu in testamento formetur constitutum 1418 a
debet verbis expressis addi testamentis 1418 b
hypotheca constituta possessoria munita 1067 n. 35
hodie non valet 1031 ‡
Consuetudo quid 13 n. 12. & 537 n. 14
ejus a Lege differentia 11 n. 7
quod tempus requirat ad validitatem 14*
requisita sunt honestas, generalitas & certitudo 14 n. 12
ad certit. consuet. requiritur longum tempus & actuum frequentia 14 b & *
liquidissima consuetudinis probatio 14 b
municipalis quousque valeat 14
semper & necessario non scripta est 14
habet vim legis in popularibus imperiis 14 n. 12
hodie in regnis vim juris habet, licet de principis scientia non constet ibid.
quoque legem abrogare potest 13 n. 12. & 795 b
Consules quot, rarissime ambo mali, potestas eorum 560 a. in princ.
Contestari quid 711 n. 21
Contestatio exceptionum qualis 1472
Continuitas temporis in testamento quid velit 167 n 8
negligitur in substitutione pupillari ibid.
Contractus definitur, explicatur, & omne jus 283 n. 4
natura 24 n. 2
ejus differentia a pacto 283 n. 4
consensuales 317 seq.
innominati quid 283 n. 4
contractuum nominatorum & innominatorum differentia 283 b sq.
infamantes 461 b
inter patrem & filium non subsistit 303 n. 6*
contractus minorum accedente licet ex intervallo curatoris consensu convalescit 58*
Contractus pupillorum claudicare dicuntur 56 b. & 321 n. 3
Nuptiæ contractus non sunt 24 n. 2
reales 284 a
quasi-contractus qui 284 b & 340 sq.
sustinentur ubique, si celebrati sunt secundum jus loci, in quo contrahitur 539*
Contractus alibi celebratus an in alio loco diversum jus statuente exequi possit 542 n. 7
ubi forum tribuat, an etiam si reus ibi non reperiatur 730 b
an pariat actionem ad rescissionem sui 837 Schol.
ipso jure prohibitus an per jusjurandum minoris confirmetur 690 n. 11
de rebus immobilibus alibi jure initi, non valent contra jus loci in quo sita sunt 542 n. 15
cur in testamento celebrari nequeat 168 n. 10
æstimatorius & actio inde 412 n. 28. 1080
Contrariæ probationes quid sint 1121 a
Contrariæ actiones 423 n. 38
Contrectatio quid 356 n. 2
Contributio rerum naufragarum 917
Contributions-Gelder quomodo præferantur in concursu 1052 ‡
Contumaciæ citatoriæ quæ pœna 606*
Contumacia an effectus litis contestationis habeat 715 b
Contumax rei absentia non facit locum sententiæ, secus hodie 596 n. 12. 611 n 3
actore contumace reus absolvitur ab instantia & actor ipse in expensas & in cautionem de lite prosequenda condemnatur 606* ‡
reus vel ad legitima impedimenta, & si in contumacia persistat, ad executionem condemnatur 606*
in facti præstatione per sententiam injuncta, dato 14 dierum spatio, coercendus, quomodo 296 ‡
Contumelia ab injuria discrimen 374
Contutores, quis ex his administret 66 n. 2
Conventio quid 281 n. 4
de successione viventis an valeat 305 n 9
Conversus quid 19 n. 4
Convitium quid 377 n. 3
Copia vid. *instrumentum*.
Copula sacerdotalis non ad essentiam matrimonii pertinet 24 n 1
ante *copulam* sacerd. nati non habentur pro legitimis, nisi publica sponsalia præcesserint 24*
ejus neglectus quomodo puniatur Jure Saxonico 24*
vid *Benedictio*.
Corbis in metiendo quis usus 1001 b
Cornelia lex vid. *Lex*.
Corporales res quæ 126 n. 1 sq.
Correa mulier an intercedere 932 n 4
Correi debendi quinam, & quid juris inter se habeant 299 n 3
quot modis constituantur 1482
an gaudeant beneficio divisionis, & an, si quis cum fœmina correus sit factus 1482 b
Corruptio liberorum quatenus actionem det parentibus 855 n 3
Creditii appellatio generalis & specialis 862 sq.
differimen a suo 88 n 12
Cretio hereditatis quid 57 n. 2
in locum cretionis antiquæ surrogatum est spatium deliberandi 221 a
Creditor quo jure pignus distrahat 157 n. 2
pecuniam non juris ordine acceptam restituere debet cum usuris, qua ratione 1104 n. 18
pupilli creditor ad tutor esse queat 73 a & *
pactum creditoris posterioris ad eum credito, ut ex sua pecunia creditori primo solvatur, dat ipsi prælationem ante reliquos creditores 1264 b
creditorum pars minor an majorem sequi cogatur in parte debiti remittenda 1455 n. 5
si vocati ad inventariam conficiendam, non veniant, adhibendi tres rotales 221 n 5
in Creditorum fraudem facta manumissio nulla declaratur per Leg. Rhiam Sentiam 18 a
Saxonico in Marchia usuræ ex concursu non præstantur, nisi omnibus sortibus solutis 568*
Creditorum ordo vide *Ordo*. Hypothecarii. Missio. 878*
Credulitatis juramentum 355 a 1495
Crimen quid 1125
an differat a delicto, malefacto, flagitio 1126

assox crimen per modum exceptionis opponi non potest 1518 n. 4
extraordinaria 1508
eorum abolitio, quid & quotuplex 1547
inquisitio 1518
Crucis signum in instrumento; ejus usus, & cur ab usu remotum 1309 a
Crucis pœna prohibita 1553 b
Culei pœna 475 & † 475
Culpa quid & quotuplex 77 n. 6
de præstatione ejus regula 289 n. 10
fiduciariorum 256 n. 12
lata & dolus præstatur ab heredibus tutoris 59 n. 3
latam, levemque mortuo pupillo tutor præstat 59 n. 3
lata, quando pro dolo habeatur 77 n. 6
malitiæ est, si quis in rebus alienis negligentior est, quam in propriis 78 n. 7
lata habetur pro dolo in depositio 77 a
an tutorem reddat infamem 77 n. 6
lata in juris ignorantia infamat 77 a
quomodo puniatur ibid.
legatariorum 256 n. 12
levissimam præstat commodatarius 289 n. 10
præstat mandatarius 338 n. 7
negotiorum gestor 341 n. 2
in damno injuria dato 368 a. 369 sq.
omnem heres legatario præstare debet 233 n. 14
æque paratur heredis mora ibid.
Cura, quid & quotuplex 62 n. 2. 1224 sq.
in quibus cum tutela conveniat, & in quibus ab ea discrepet 62 n. 3 & *
prodigorum & furiosorum an sit legitima, an dativa 64 n. 6 & 7
hodie finita tutela tacite continuatur 62*
finitur ætate XXV. annorum ipso jure 1249 n. 2
per veniam ætatis 1249 n. 3
per matrimonium puellæ, non adolescentis 1249 n. 5
redita ad sanam mentem, sanosque mores, non facto 1250 n. 6
quæritur, an & contrario magistratus decreto 1250 a
quid si accedat consensus minoris ibid.
Curæ muliebris vid. *Muliebris pœnalis* (n. 6
Curationis causa actio quo respecta utilis appelletur 1256
an & quatenus perieverante cura detur ibid.
quare de cura nulla detur actio directa ibid.
Curator an differat a tutore 62 b 1236 sq.
an invitis dari possit 63* 61 n. 1. & 1236 n. 5
cur non detur testamento 62 n. 4
hodie omnes fiunt dativi 64 b
quando pupillis detur 65 n. 8
cur non æque detur mente captis ac furiosis 64 n. 7
an surdo, mutæ, cæco &c. detur ibid.
an & quando filius patri possit dari 64 b
cur maritus uxori non detur 73 n. 17
tutorem habenti an detur 65 b (2 n. 11 & *
ejus consensus ad nuptias non requiritur 1124. & 62 n. 3.
filiam suam pupillo adulto in matrimonium dare potest 30 n. 16
ducere non potest pupillam adultam 30 n. 16
nec ejus filias, nec nepos 30 n. 16
aliud moribus Saxonicis introductum 30* (58*
ejus præsentia non est necessaria in mulieris contractu qui satisdare cogantur, qui non 66 sq.
an finito officio teneatur 915 n. 5
facilius ab initio recusatur, quam deinde removetur 1264 a in fin.
Curator ad litem ob periculum in mora constituitur 56*
ad litem an sit opus uxori contra maritum litiganti quando detur pupillo 727 n. 14
bonis datus quid juris habeat 58 n. 4. 59 a & 73*
Curatore fœminæ generaliter dato non sufficit solius mariti autoritas ad actus omnes judiciales expediendos 1458
curatorem generalem fœmina negans, ad subtilitatem juris refugere non potest 661 ‡
curandæ nomine solum comparet in judicio in actibus speciale mandatum haud requirentibus ibid.
plures curatores fœminæ uno curatorio constituti omnes cum fœmina in judicio comparent, aut actorem constituunt ibid.
an curatoriam mutato a fœmina domicilio expiret ibid.
curatores absque consensu minorum omnes actus specialis mandati expediant, & actores constituunt, absque subscriptione minorum, licet forte a majori ætate proxime absint 1246 ‡
pœna ejus, si nomine egenorum suæ curæ commendatorum juramentum malitiæ & paupertatis præstare nolit 1254 ‡
pœna, si agere eorum nomine neglexerunt ibid.
Curatoris petendi jus vetus & hodiernum 1238
Curatoribus constitutis, læsio minorum non facile præsumitur, nec crebro conceditur restitutio 63 n. 4
Curiarum decreta non valent ut leges 13 n. 11
Curiæ oblatio 31 a
Custodia rei mobilis cur depositum, rei immobilis cur dicatur mandatum 290 n. 12
Reorum quomodo instituenda 1518 sq.

D.

Damnati capitis vide *Capitis* damn.
Damnatorum bona olim publicata 278 a. & 1556
cujus loci fisco deferantur 1556
ad mortem jus civitatis & familiæ salva manet 39*
salva manet facultas testandi 1281*
Restitutio damnatorum, vid. *Restitutio.*
Damnatorum bona vid. *Bona.*
Damnatus coitus 271 n. 8
Damnatus reus an possit quod solvit repetere quasi condictione indebiti 1475 n. 5
Damnum quid, damni injuria dati quæ pœna 367
damna per inimicos nostros data, quatenus nos lucre oporteat 825 n. 6
ejus æstimatio 430 a
casu fortuito datum 368 n. 3. & 685 b
culpa damni an spectet ad delictum 368 Schol.
ex imperitia medici 827 n. 12
infectum quid 1392 a
quomodo de eo agatur; quæ actio inde nascatur, quid eo nomine caveatur, qualis ejus forma, missio in possessionem, actio in factum 1392
Damni infecti actio quando cesset 1392 b
usus hodiernus ibid.
ex lata noxio datum 826 a
per quadrupedem datum 431

quod quis patitur ab inimicis suis, an culpa sua pati intelligatur 825 n 6
Dare quid significet 280 a. 704 n. 18
vox *data* in definitione tutelæ non refertur ad dativam 43 a
in *Datione in* solutum an locum habeat evictionis præstatio 1085 n. 3
Debendi verbum aliquando pro decet, alias pro oportet 280 a. 704 n. 8
Debitor ante diem solvens non potest repetere 293 n. 2
nec interusurium quidem 347 n. 11
certi ponderis, ejus pretii solutione liberatur 349 b
liberato debitore, non semper fidejussor est liber 350 a
an prohibeatur tutor pupilli esse 73*
facti an cogi possit ad faciendam 296 a
quando opponere debeat exceptionem non numeratæ pecuniæ 313
post biennium quoque probare potest exceptionem non numeratæ pecuniæ 315*
quali & quomodo beneficium competentiæ competat 422‡
vide *Creditor.*
Delitum certum, plus, minusve petitum, libellum non facit obscurum & generalem 420‡
si actor certam sortem petat, inde vero minorem sibi deberi demonstrabit, reus non modo in hanc condemnabitur, sed quod in litis contestatione minorem istam summam non fuerit fassus, expensas actori solvet ib.
Decima litis 460 a
eam sæpius excedunt expensæ ib.*
Decimæ quomodo præferantur in concursu 1052‡
Decisionum scriptores non semper easdem habere rationes, quæ judicum fuerunt 732 a
non esse eas omnium horarum 1010 b
Decoctores dolosi infamia notantur 655*
Deditititorum jus, tempore Augusti quid fuerit 18 n. 3
Decreta quid 12 n. 9 & 545 n 5
ambitiosa quænam 1584
decurionum quomodo fieri debeant 1584
eorum forma in alienatione rerum pupillorum minorumque 1262 n. 6
sine decreto prohibita alienatio; & ipso jure nulla 1260 sq.
in quibus casibus alienationis non requiratur 1262 n. 8
decreto etiam indiget pater tutor vel curator existens 1263 n. 9
Decuma quid 1395 n. 4
Decuriones quid eorumque excusatio 71 n. 10
eorum privilegia 1582
Defensor quid 434 n. 2, 666 &*
quotuplex 656
ejus satisdatio 435 sq.
Defensor stricte sic dictus pro reo non admittitur 666*
Defensions-Gelder, quomodo præferantur in concursu 1052‡
Defensio conscientiæ per probationem quando admittatur 878*
non admittitur in causis perquam summarie componendis 878‡
nec in purgatorio juramento 890‡
an a defensione conscientiæ per probationem regredi liceat ad juramentum, si juratus intentionem suam non obtinuerit 878‡
quomodo & quando articuli pro exoneranda conscientia probatorii sint porrigendi 878‡
de *Dejectis* & effusis actio 390 b. 408
cur sit perpetua 828 b. in fin. sq.
Delegatio quid ejusque effectus 352 b. & 353 n 9
quomodo differat a Novatione 352 b
a cessione 352 b. in fin.
quid in delegatione Jure Sax. fieri debeat 353*
Deliberandi tempus & jus 221 a
spatium in Saxon. est annus civilis ibid*
jam adita hereditate heres inter annum deliberandi repudiare potest, licet inventarium non confecerit 221*
aliquando illud præstare inventario 1305 a
deliberans quid facere debeat 221 a
quando, ubi & quomodo petatur 1326 n. 2
filius heres deliberans alendus est ex hereditate 221 a
si anno deliberandi lapso heres taceat nec adeundo, nec repudiando hereditatem, quid præsumatur & quid præstare debeat 221 a
an testator heredi scripto brevius spatium deliberandi quam annum injungere possit 221 b
an heres scriptus moriens transferat jus deliberandi in heredes suos 224 n. 10
jus hoc rarius in usu 1305 a
spatium hoc surrogatum est in locum cretionis antiquæ 221 a
Delictum quid 1495
non omne factum turpe esse delictum 1495 n 2
nec cogitationem 1495 fin.
culpa quatenus faciat delictum 1496 n. 5
ejus divisio in civile & criminale, publicum & privatum 355 a
delicti admissi forum quodnam 731 n. 57
an delicta unquam heredes obligent 1497 b. & 1503 n. 3
sunt quædam publica & privata delicta simul 1496 n. 6
imperfecta delicta quatenus puniantur 1496 n 4
concursus actionum ex delicto quomodo gubernandus 355 b. 1496 a
Dementes an possint esse testes 1141 n. 2
an possint esse tutores 60
an possint testari 179 n. 3
patres in querela inofficiosi 745 n. 4
vid. Mente captus.
Dementia quomodo differat a furore 64 b. & 179 n. 3
Demonstratio (Bescheinigung) in processu summario quod fatale requirat 1120*
Denarius quid 1150 a
Denunciatio in causa Evictionis 1089 n. 13 sqq.
hujus denunciationis scopus diversus 1090 n 14
quid hæc denunciatio continere debeat 1091 n. 17
in possessorio summariissimo & mandato rei illicitæ locum non habet 1089‡
vid *Litteraliter. Extr. Evictio.*
Deportatio ejus origo, & surrogatio in locum aquæ & ignis interdictionis 38 n 2. 692 n. 4
fit quoque per aquæ & ignis interdictionem 155 sq.
ejus & relegationis discrimen 31 b
pupilli, qui pubertati proximus & delinquendi capax est, solvit tutelam 59 n. 2

Deportatus an possit testari 181 n. 7
an possit heres *institui* 191 a
restitutio principis specialis *deportato* reddit patriam potestatem 38 b
Depositarius, ejus privilegium inter personales creditores 1069
an teneatur furti actione 953 a
illi non datur actio furti re deposita surrepta 364 n. 16
Depositum, ejus definitio, actio, præstatio 290 n. 12. 948 & 952 b
divisio 290 n. 13
actio 291 n. 14
abnegati pœna 953 b *
criminalis ex deposito potest dari accusatio 952 n. 12
an admittat compensationem 416 & 947 n. 15
an & rerum immobilium sit 947 n. 16
furtive contrectans inquisitioni subest, & extraordinarie punitur 358 *
privilegium in concursu creditorum 1068 *
an fœmina teneatur ex deposito sine curatoris consensu contracto 953 *
judiciale concedit jus hypothecæ in bonis sequestri necessarii & judicialis 953 *
quando culpa levis præstetur in deposito 291 a
in deposito lata culpa pro dolo habetur 78 a
species depositi dari potest sub lege redimendi tantundem 952 n. 11
accessoria & cohærentia rei depositæ non habentur pro depositis 290 n. 13
Depositi materialis actio jure Sax. novissimo est pœnalis 347 ‡
pro *Derelictis* habita res 100 n. 27
non dominus rem *Derelinquens* usucapiendi duntaxat conditionem transfert 100 n. 27
Desertio conjugum 1204 n. 12 * 594 *
malitiosæ desertionis causa an ullam & quam recipiat extensionem 1204. 1349 *
pro *Desperatis* res habitæ 100 a
Derelictionis jus cujusmodi sit 784 a
cum *Diabolo* fœdus ineiens vivus comburitur 475 *
Diaconi, an possint esse tutores 74 n. 18
permittitur iis volentibus tutela legitima ibid.
Diebs-Hexen und Zauberey, quomodo puniantur vid. *Lex*. 362 *
Dies non potest adjici heredis institutioni & quare 194 n. 6. 1302 & 1122 b
ne quidem hodie expressa testatoris voluntate aliter constitui posse 1302 b
objectiones contra hanc regulam removentur 1302 n. 2
temperamenta quædam hujus regulæ ex usu hodierno 1302 n. 3
non inchoat nec tollit obligationem 294 n. 3
cedere, venire quando dicatur 293 n. 2 & 1367
quando conditionem faciat 1363 a
incertus quot modis dicatur 1363 b & 1365
diem legatis adjici certum aut incertum, quasi non conditione habeatur 1361
Dies Dominica, ejus religio quam vetus & arcta 612 n. 4
Dies utilis 438 n. 2
Diffamatio explicatur 708 a
quid provocaturus ex lege diffamari observari debeat in foro Saxonico 708 ‡
si provocatus non comparet, aut responsionem detrectet in termino, sub pœna perpetui silentii in termino proximo comparere & respondere jubetur ibid.
diffamatus ad recognitionem instrumenti guarentigiati citatus in ipso termino recognoscere debet ibid.
omnis lis ex lege *Diffamari* in illo foro instituenda est, quod in causa principali est competens ibid.
Diffugia an in processu Executivo locum habeat 719 ‡ sq.
quando actor juratam diffessionem ordinarii processus electione impediturus hoc facere possit 729 ‡
jurata Documentorum quomodo fieri debeat 1131 ‡
Digesta vid. *Pandectæ*.
Dignitas a potestate quid differat 69 n. 4
a tutela quando excutiat ibid.
quæ patriam potestatem solvat 39 n. 4
opposita juri quo sensu 518 n. 2
Dilationes quid, quotuplices & quoties concedi soleant 614 n. 5 sq. *
quod tempus in Dilatione spectatur 616 a & * ‡
probandi causa quales jure civili & moribus dentur 1119
reprobandi causa deturne propria dilatio jure civili 1120 a
non conceditur probaturo *Dilatio*, nisi prima & secunda vice, causa cognita tertio juramento malitiæ a probaturo præstito 614 *
non facile, nec nisi semel concedenda est, si cui injunctatuerit per sententiam præfatio facti 296 ‡
prima non nisi impedimento demonstrato conceditur 614 ‡
secunda non nisi juramento malitiæ tam ab petente dilationem, quam pro re nata etiam ab advocato, præstito conceditur 459 ‡ 614 ‡
tertia non concedenda 614 ‡
quid juris, si intra terminum petita dilatio a judice intra eundem nec concedatur, nec denegetur? 615 ‡
si quis contra denegatam dilationem appellet 615 ‡
Dilatoriæ exceptiones 446 n. 13
vid. *Exceptio*.
Diminutio Capitis vid. *Capitis Dim.*
Directum Dominium quid 93 n. 15
Directarii quinam 1514 n. 4
Disceptio publicanorum in l. 9. ad L. Rhod. quo jure an prætextu juris facta 919 a
Discendi cupiditas, optima vivendi ratio 1402
Disciplinæ in juventutem modus 925 n. 9
Dispensatio de nuptiis jure Canonico 30 n. 16
Disputandi exercitium quomodo in jure instituendum 2 n. 7
Dissimulatio injuriæ tollit actionem 384 n. 8
Distractionis pignorum & hypothecarum forma diversa 1071 fin sq.
qua non servata, an nulla sit venditio, an pretium reddendum 1071 n. 3
rite facta, quis sit effectus, & quibus casibus retractari possit 1071 n. 4
si res evicta fuerit, quid juris 1072 n. 5
evicto pignore quid juris ibid.
emptorem non teneri ad solvendum pretium 1072 b in fin.
distrahendi pignoris tempus & reliqua forma quid differat hodie an jure civili 1072 n. 6
si pignus emptorem non inveniat, quid juris olim & hodie 1072 b

pignore per ordinis errorem vendito a posteriore creditore, quid juris 1073 n. 7
de *Distrahendis* rationibus Actio adversus quos detur 1255 n. 4
origo & nomen ejus unde sit ibid.
an & quomodo cum actione furti concurrat 1256 n. 5
differentiæ ejus ab actione furti ibid
quomodo cum tutelæ actione concurrat ibid.
quare per condictionem furtivam tollatur ibid.
Divinatio de rebus futuris pars prudentiæ civilis 858 b
Divisio terrarum quando facta 10 n. 4. & 96 n. 18
Divisionis beneficium pro tutoribus & magistratib 67 n. 3
an & quatenus locum habeat constituto pro aliis inito 310 n. 7. 1417 sq. 910 a
non amitti verbis, obligari ut principalem; nec hisce een vor alle, of elk besonder; nec ita promitto me soluturum quod Titius debet, quam primum monitus fuero 1484 a
an apud Sax, cesset benef si fidejussores se obligaverint in solidum 1486 *
beneficium quando cesset 311 *
inter socios in quacunque societate non obtinet 966 *
Divortium quomodo differat a repudio 1199 a
origo divortiorum, & causæ, propter quas olim bona gratia fiebant, ejusque rei abusus 1201 n. 8
quid juris olim pater habuerit in divortiis 1202 n. 9
causæ divortii jure novissimo communes utrique conjugi 1202 n. 10
propriæ fieri adversus uxorem causæ; & hujus contra virum 1203 n. 11
quid hac parte juris Evangelici & Canonici 1204 n. 12
causa malitiosæ desertionis an ullam & quam recipiat extensionem 1204 n. 13
utrique conjugum in his causis par esse jus 1205 n. 14
adulterium videri ipso jure abolere matrimonium 1206 n. 15
an parti noxiæ licitæ sint novæ nuptiæ 1206 n. 16
a divortii causis differre nullitatem, cujus species impotentia, tam in viro quam muliere 1207 n. 17
an corrupta pro virgine ducta locus divortio sit 1207 n. 18
divortii instar in separatione thori & mensæ 1208 fin sq.
Doctores artium qua ratione censendi ex sententia Vossii, & an latinæ linguæ ignarus admitti queat 643 n. 6
an excusentur a tutela 72 b
Doctor Juris an præstare teneatur Juramentum advocati speciale 469 *
Documenta pro editis & recognitis habendi, item copias pro originalibus cognoscendi facultas hodie speciale mandatum requirit 6, 8 ‡
vid. Instrumenta.
Dolentien an & quale crimen 1521 b
Doli actio quo sensu extraordinaria & origo ejus 680 n. 6
an cum ea concurrat alia actio ibid.
cui & contra quos detur; ubi, an & pupillus teneatur 681 n. 7
quatenus favore personarum mitigetur 682 a
natura ejus reliqua & præscriptio 682 n. 8 sq.
Dolus malus quid 77 n. 6. 443 n. 4. 678
quatenus comprehendat latam culpam 291 a
quando exceptionem, quando nullitatem pariat 443 n. 4. 416 n. 31
divisio in verum & præsumtum improbata, nec in realem & personalem probata 679 n. 3
divisio in causam dantem & incidentem probata 679 n. 4
tutoris præstatur ab heredibus 59 n. 3
in compromisso 698 b
an per *Dolum* transferatur dominium 679 n. 5
Dolus bonus quid 678 a
Domanium principis quid 69 n. 2
Demania pignorari & alienari prohibita cum differentia imperii monarchici & aristocratici 1047 n. 5
vid Res Dominicæ.
Domestici quinam & an testes esse possint 1146 n. 10
Domicilium fori quid 724 n. 43
duplex aliquis habere potest 725 n. 47
triplex 722 n. 38
Domini jus in servos quotuplex 21 n. 2
quo jure servos vendere cogantur 21 n. 3
prædiorum rusticorum habent tacitam hypothecam generalem jure Fiscico 1044 n. 10
Dominica rei administratio excusata tutela 69 n. 2
Dominium quid & quotuplex 90 n. 13 sq. 1403
Acquirendi Dominii causæ quænam 94 n. 17
acquirendi per occupationem causa est jus Communionis 97 n. 21
acquirendi per occupationem origo & recessus a communione primæva exponitur 1406 n. 4
acquirendi modi quotuplices 94 n. 17 sq.
acquiri per alios olim non poterat, nisi per eos, qui dominii plane incapaces sunt 160 n. 1
Ædificii, quando præferatur Dominio materiæ 107 b
Bonitarium & quiritarium quid olim 93 n. 14
a Bonis quid differat 93
Civile mariti in bonis uxorum sublatum non est 159 *
Duorum an possit ejusdem rei in solidum constare 127 b. 109 in pr.
Eminens quid 22. 83. 84 b n. 4. 521 b
Feræ aut piscis sola obstructione lacus aut sepimento ulvæ non acquiri singulis applicito 1408 n. 6
Feræ antequam capiantur, non fieri principum, quibus solis venandi jus datum est 1410 fin sq.
Fœtus animalium recte dominis genitricis adscribi 1412 n. 9
Incorporalium rerum 91. 93 b. 1404 n. 3
Late & latissime acceptum 521 n. 7 & 9
Liris hodie fere cessat 657 *
Stricte & Strictissime acceptum 521 n. 11 & 13
Præsumptum quid 396 a
Probatio ejus difficillima 767 *
Probatio in immobilibus judicialiter traditis facilis 767 *
Quiritarium, quibus modis acquiratur 93 n. 14
Reservatum in re vendita tribuit venditori jus prælationis ante omnes reliquos creditores 976 *
reservatum tacite in re vendita censetur, si fides de pretio non sit habita, nec dominium judicialiter resignatum 976 *
Tralatitium quid 112 n. 44
Translatio ejus hodie non sine emancipatione judiciali fieri solet 1414 n. 16
non impeditur dominii translatio diversa portium in causis sive titulis 1412 n. 14
transeunt etiam res venditæ, antequam certa & addicto judicialis fiat 992 n. 2
recte

recte per procuratores fit 1226
non transfertur fictione brevis manus, nisi is, qui tradidisse fingitur, vere Dominus fuerit 1414 n. 15
sine causa aliqua in alium transferri nequit 111 a
transfertur hodie dominia omnium rerum per traditionem 122 a
in prædiis censiticis, aviris & emphyteuticis a pristino possessore tantum traditione judiciali transfertur 122*
omnium rerum immobilium traditione judiciali transferuntur in Saxonia 122* 999*
Utile an detur 94 n. 15
an sit species juris in re 90 a
Dominium est juris communis seu mixti 11 n. 6
Dominus directus tutelam in feudo minoris deficientibus agnatis & simultanee investitis suscipere tenetur 52*
finita tutela debet reddere rationem 52*
jurisdictionis vindicat sibi bona vacantia in pago suo, si merum habeat imperium 278
Domitiani improbitas in captandis hereditatibus 176 n. 4
Domus & materia ejus quid differant 107 n. 39
Domo vendita quid præstare debeat venditor 323 b
Dona nuptialia cui cedant 1183*
si post mortem mariti amplius non extent, an a vidua æstimatio eorum peti possit ibid.
ad dotem referuntur, quæ etiam gaudent privilegio prælationis 414*
an a liberis conferri debeant in successione 269*
Donatarius omnium bonorum videtur ad alendam debitorem teneri 140* n. 7
quomodo rem sibi donatam usucapiat 152 n. 14
ingratitudo ejus, quando donationem rescindat 1,6 n. 7
Donatio quid 153 sqq.
non est contractus nec valet sine acceptilatione 153 a 155 b 1397 a
licet illa post mortem donantis sequi possit 1397 n. 2
an sit modus acquirendi Juris Civilis an Gentium 152 b
omnium bonorum præsentium & futurorum an valeat 1398 n. 4 sq. 155 n. 5
revocatur donatio quatenus legitimæ nocet 1420 n. 7
donationes capitis damnatorum non retractari 1393 n. 6
remuneratoria donatio, si non impleatur, dat aliquam actionem 155 b. 1400
quibus donare permissum est 155 n. 6 sq
an pater filio donare possit 155 1399*
constituitur vel traditione vel conventione 153 a
quando in acta publica insinuari debeat, quando non 155 n. 5
Geradæ donatio si 500. aureos excedat, coram notario & testibus donari nequit, sed requiritur insinuatio judicialis 155*
vid. *Gerada.*
Donatio mortis causa quid 154 a
ejus discrimen & convenientia cum ultima voluntate 154 n 3. 1400. 1421 n 5
mortis causa an in testamento fieri possit 168 n. 9
ejus clausula in testamento quare inutilis 1269 n 14
si hæc donatio traditione a donatore vivo impleta, an usucapionis effectum præstet 150 n. 7
quibus modis revocetur 154 a
si donator mortis causa pœniteat quam actionem habeat ibid.
si mortis causa ita aliquid donatum fuerit, ne ullo casu revocetur, an sit donatio inter vivos an mortis causa, an mediæ cujusdam naturæ 154 b
conditionem, si donatarius supervivat, arguere donationem 1401 n. 4
summarium donationis m. c. ab inter vivos discrimen 1401 n. 4
an donatio facta cum mentione mortis, sed ita, ut nullo casu revocetur, insinuatione indigeat 1401 b
Donatio omnium bonorum mortis causa facta jure Sax Elect. insinuatione opus habet judiciali 154*
non præsumitur futura complecti, nisi expressa futurorum mentio facta fuerit 155 n. 5
quid in Saxonia circa *donationem omnium bonorum* obtineat 1398*
Donatio inter vivos quid & quotuplex 155 n. 4
nec pœnitentia nec morte revocatur, nisi donatio habitationis, quæ morte finitur 156 n. 7
Donatio inter V. & U. prohibita quare 156 n. 8. 1195
consequentiæ illius prohibitionis 1195
ab uxore cum curatore judicialiter facta valet 1198*
licitas esse donationes quæ donantem non faciunt pauperiorem, variæque species earum explicantur: ubi de re aliena, de fructibus, de reciprocis donationibus 149 n. 7. 1196 n 4
effectus prohibitionis; confirmatio ejus per silentium an etiam ad donationes per conventionem solam factam extendatur, de usu moris hodierni hac parte 1197 n. 5 sq.
Donatio propter nuptias an a muliere obligari possit pro marito absque juramento corporali 933*
an ratione donationis propter nuptias mulier gaudeat beneficio hypothecæ in bonis mariti 1040*
hujus donationis collatio 269* 1379
donatio propter nuptias romana quomodo differat a germanica 1190*
Dos quam favorabilis, Græcæ appellationes ejus 1182
definitio ejus, onerosus an lucrativus titulus 159 n 6. 1182 n. 2
quotuplex sit 1183 n. 3
an ejus detur dominium 94 n. 16, 1184 n. 6
an jus *Dotis* sit jus in re 94 n. 16. 393 a
collatio ejus 269* 1379
ejus promissio metu facta ipso jure nulla 443 a
an & quatenus pater filiam dotare cogatur 118 n 3
do dotis quantitate 1184 n 6
an etiam ex post facto teneatur, si non promiserit, etsi vir sit locuples 1183 n. 4
an etiam qui non consensit pater, nisi tacite 1184 b
an mater filiam dotare teneatur 1184 n 5
cautæ & modi dotem constituendi & quid si dos simpliciter sine quantitate promissa sit 1184 n. 6 sq.
non esse dotem pecuniam nuptiarum causa datam nisi id expressum; nec si marito non detur 1186 b
dotem esse universitatem quandam, non tamen, ut est hereditas; cujus rei effectus demonstratur 1186 n. 10
quid a dote differat jus dotale 1187 n. 11
an promissio annua ad onera matrimonii duret post mortem mulieris ibid.
usus dotis hodiernus 1189
quando constante matrimonio repeti possit; qualis in eam finem actio mulieri detur 1209

muliere mortua quid juris in dote adventitia; quid in profectitia 276 n. 3 sq. 1210 & *
maritus soluto matrimonio quid restituere debeat 1213. 422 n. 36. 1211 n. 5
si in mobilibus consistat, mortua uxore, marito cedit, salva liberorum & parentum legitima 1213*
dotis repetitionem amitti a muliere per injustum divortium 1211 a
beneficia mariti in dote repetenda ibid.
an dos promissa post mortem uxoris & liberorum peti queat 1212 n. 8
privilegium dotis an potius sit omnibus hypothecis tacitis, licet uxor sciens obærato nupserit 414*
an vir uxori fidejussorem dotis servandæ causa dare teneatur 306 n. 3
hypotheca, quæ ratione dotis uxori competit in bonis mariti, quando incipiat 1039*
ratione dotis hypothecam habet hodie mulier non nisi judicialem 1038‡
ad Dotem referuntur dona nuptialia, quæ etiam gaudent privilegio prælationis 414*
maritus, an in *Dotalibus* cum cautione rati agere vel excipere debeat 159*
an *Dotalia* a liberis conferri debeant in successione 269*
an uxor marito non solvendo mortuo teneatur ratione *Dotis* in subsidium 1226*
an in dotis datione evictio præstanda 1085 n. 5
quæ impensæ dotem minuant 422 n. 36
Dos necessaria quam stuprator virgini corruptæ dare cogitur, quid juris habeat 1213 b sq.
relegata & prælegata quid significet 1334
Dotalia pacta quæ licita, vel secus; a quibus iniri possint 1191
differunt a pactis nuptialibus 1191 n. 3
quæ bonis moribus adversentur 1192 n. 4
talia esse, ut de moribus queri liceat, ut religionem improbatam quis sequatur; at non esse tale, ne virist curator uxoris 1192 n. 4
forma & effectus horum pactorum 1193 n. 6 & 7
quomodo fiant apud Saxones 1193*
in Frisia libertam testamenti factionem non tollunt 277 n. 19 a
successio ex pactis dotalibus 277 n. 19
instrumenta dotalia significant sæpius matrimonium ipsum 31 n. 19
Dotalis fundus quatenus alienari prohibitus 159 n. 6. 1194
dominium ejus vere penes maritum 159 n. 7. 1194
Dotalitium quid 1190 n. 21
vidua in *Dotalitio* usufructu gaudens immunis est a præstatione cautionis 141*
in dotalitio uxor gaudet jure prælationis 414*
an teneatur ratione dotalitii cavere 799*
an dotalitia fœmina mulier obligare possit pro marito absque juramento corporali 933*
Dotalium & paraphernalium bonorum discrimen in Frisia non sublatum 73 n. 16
Dotes prædiorum quid 1336 n. 3 in fin.
Dotis cautæ non numeratæ exceptio, quid juris & quem usum habeat 1212
in Contractu *Do ut des*, *Do ut facias*, an possit id repeti, quod datum est, quam diu alter non dedit, aut fecit vicissim 886 b
Do ut facias quid a locatione facti differat 1024 a
Drachma quid significet 56 n. 4
Droprangh 135 b
Dubium in voluntatibus tam inter vivos, quam ultimis voluntatibus, tam ob verba testatoris, quam ob rem ipsam 1345 in fin.
dubia verba, si cum mente testatoris conciliari queant, secundum mentem ejus explicantur 1346 n. 2
si non queant, tum neque secundum mentem sit explicatio neque secundum verba ibid.
dubii a parte rei exempla enarrantur 1346 n. 3
quatenus in dubio mediocritatem sequi liceat 1347 n. 5
Duello qui extra territorium congreditur, & in Saxoniam se recipit, in Saxon. non punitur, licet sit subditus & civis, sed domino territorii, ubi deliquit, extradendus, nisi lis in Saxon. initium cœperit 549*
Duplicatio pro triplicatione 447 n. 16
Duplicia & mixta judicia quid differant 830 fin.
quis intellectus & usus eorum 830 a
in duplici judicio judex determinat, quis actoris, quis rei vices sustinere debeat 978*
Dupondius quid 1942
Duumviri quinam 1582 tit. 3

E.

Ebrietas ab injuriæ pœna non liberat 877* (8* b
Ecclesia, ei rerum immobilium acquirendi est interdictum an ei competat jurisdictio 550
habet jus universitatis 603
Ecclesiarum res an præscribi possint 150 n. 9
Ecclesiasticæ res quatenus alienari & pignorari queant 104* n. 6
Edere quid sit, & de quibus rebus fiat 617 a
modus edendi 617 n. 2
quis edere debeat & quando reus quando actor 617 n. 3 617*
reus indistincte edere tenetur ad fundandam replicam actoris 617‡
instrumentorum editio in articulis probatorialibus postulari debet ibid.
si instrumentum ab adverso parte non edatur ibid.
si a tertio edi debeat instrumentum 618 n. 4
non factæ editionis quæ pœna vid. Instrumentum 12 n. 8
Edicta Magistratuum quid 13 n. 10
Prætorum, quæ eorum vis 507 b
quomodo perpetua dicantur 13 n. 10
Edicti perpetui historia 13 n. 10
Edictum Ædilium & Ædilitium 587 tit. 22
de Albo corrupto 267 b
Carbonianum 13 n. 10
Tralatitium
Educatio, summa ejus necessitas, & exigua vis in fœminis ingeniis 855 b
in liberorum educatione mater præfertur 1254 b in f.
licet ad secundas nuptias transierit ibid.
quando inter matrem & tutores controversitas, ad prætoris officium recurrendum est 1254 f sq.
non facile committitur his, qui successorem sperant 1254 a
Effestucatio quid 123 n. 8

Effestuca Verba

Effractores quotuplices & eorum pœna 1513
Effractionis pœna quando sit capitalis in s— 1513*
de *Effusis* & dejectis actio 829
Electio & optio synonyma, quando concipiantur, semel factis non nisi certis casibus mutari 1334
Electionis jus in judicio familiæ erciscundæ 836*
Elœmosyna an sit res sacræ an ecclesiasticæ 87 a
earum ablatio quomodo punienda 1545 b & *
Emancipatio quid & quotuplex 40 & n. 5
per matrimonium fit 41 n. 8. 557 n. 5
modus tollendæ patriæ potestatis 38 n. 1. 40 n. 5
non tollit jus agnationis 51* 558†
hodie non est capitis diminutio 51 in pr. 692 n. 3
quo respectu hodie adhuc in Sax. Emancipatio sit capitis diminutio 51*
jure novo fit, si filius coram Judice sistatur patre declarante, eum se emancipatum facere 40 n. 5
an scriptura ad eam requiratur 40 n. 5
quando filio emancipato tribuat patriam potestatem in liberos suos 40 n. 6
formalis apud Sax. fieri debet coram judice pro tribunali sedente 558*
formalis relinquit patri dimidium ususfructus 163*
Emancipatus necessario instituendus aut exheredandus est 186 n. 6
tutorem accipit a patre 43 n. 3
an pater ipsi donare possit 155 n. 6
an teneatur consensum parentum in matrimonio adhibere 26*
jure XII. Tabb. nec vocabatur ad successionem ab intestato, nec necesse erat, illum in testamento instituere 136 n. 6
jure Prætorio habet *Emancipatus* in testamento præteritus bonorum possessionem contra Tabulas 186 n. 6
hodie testamentum est nullum, si *Emancipatus* præteritus fuerit 186*
hinc habet querelam *inofficiosi* 210 n. 3
emancipatis a patre adoptivo liberis in testamento silentio præteritis, nullum datur remedium 186 n. 6
olim suus heres præferebatur Emancipato, gradu licet propiori 264 a
Emenda apud Sax. ejusque jus 372*
ex damno animalis 434*
Emendare libellum quid & an licitum 420 n. 35
vid. Libellus.
Emendatio in jure est cavenda 764
non est emendatio, quæ fit interpunctionibus mutatis 764 a
duplex emendatio l. *ἀξίωσις* 9. ff. ad L. Rhod. 919 sq.
Emphyteusis, ejus definitio & omnis proprietas 325 n. 5. 775 n. 2
an constitui possit in prædiis urbanis 325 a. 775 b
quomodo differat a locatione 326 n. 6. 778 n. 6
vetus disputatio; an Emphyteusis sit Emtio Venditio an Locatio Conductio 325 a
an recte dicatur utile dominium 94 n. 15. 777 n. 4
an melioratio sit de essentia ejus 325 a. 778 n. 7
an melioratio finita emphyteusi peti possit 780 n. 13
quomodo ei præscribatur 778 n. 8
Dominus, utut simul Dominus jurisdictionis sit, absque processu ordinario tamen Emphyteutam ob non solutum canonem expellere nequit 780*
præscriptio emphyteuseos non potest fieri, quamdiu titu— conductionis præfertur 778 n. 8
nec domi— quamdiu titulus emphyteuseos retinetur 781 b
fructus emphyteuseos qui 776 n. 3
eorum bonorum dominium non aliter a possessore pristino transfertur, quam traditione judiciali 122*
ratio in ea transferenda 780 n. 12
ignaro domino facta alienatio emphyteuseos quomodo apud Saxones emphyteusin solvat 781*
quibus modis finiatur 326 n. 7. 779 n. 11 sq.
an amittatur canone justo tempore non soluto ipso jure 780*
perpetuitas ordinarium ejus requisitum, non necessarium 325. 778 n. 9
idem de pensione 779 n. 10
Emphyteuta non est vere dominus 931 n. 13. 775 a. 777 n. 4
quatenus differat ab usufructuario 315 a
intra quod tempus solvere teneatur pensionem 326 a
venditione jus suum ignaro Domino hodie in alium vix transfert, adeoque non facile illud ex hoc capite amittit 781* (326 n. 6. 779 ib.
ob casus fortuitos non recipit remissionem pensionis vid. *Canon.*
Empti actio quid 1005 a
quando detur ad traditionem præcise faciendam 1007 n. 5
item instrumenta probandi dominii exhibenda 1007 n. 6
ad quas accessiones rei venditæ detur 1007 n. 7
datur etiam e contractu emptionis nullo 1327 a
Emptio spei 323 a
Emptio venditio quid & ejus substantialia 318 sqq.
quam placuit in scriptis fieri, quo sensu ante scripturam absolutam retractari possit 971 n. 2 sq.
in eme. dominium non sola traditione transfertur, sed requiritur pretii solutio 121 n. 55
dominium non transfertur, si nondum fides de pretio habita fuerit 976*
an periculum ad emptorem an ad venditorem pertineat, si dominium reservatum fuerit, donec fides de pretio habita sit 977 &*
si aliter consensus tractum temporis habeat, an interim pœnitentiæ sit locus 970 sq.
emptionem esse potius, quam permutationem, si pro re aliqua, partim res alia, partim pecunia detur, nisi res evidenter prævaleat 972 n. 6
fundo tot jugerum vendito, si plus minusve reperiatur, an & quatenus pretium crescat vel decrescat 323 b. 973 fin. sq.
pacti de metiendo agro vendito intra tempus certum usus & effectus 973 n. 9
de personis emere vendere prohibitis 975 n. 11
vide *Venditio.*
Emptor pretium simpliciter pollicitus pro re, quam scivit non totam esse venditoris, totum quod promisit pretium, solvere debet, sine deductione respectu partis alienæ 973 n. 7
uter prior rem vel pretium tradere debeat, emptor an venditor 324 b. Schol. 1005 n. 2
pacta inter emptorem & venditorem 975 n. 12 sq.

emptor

emptor hereditatis invitus a creditoribus convenirine-quit 980 n. 2
quibus modis emptor rem venditam & sibi traditam nondum habeat in dominio 422 n. 33
fructus pendentes & simul impensas eosdem factas emisse censetur 1192
quomodo rem emptam usucapiat 152 n. 14
periculum & damnum ejus 321 n. 9 sq. 976
Episcopatus liberat a patria potestate 40 n. 4
Episcopalis audientia 574 a
Episcopi an tutores esse possint 74 n. 18
Epistola quid 12 n. 9
Equorum tria vitia, quæ a venditoribus præstantur 1081 a & *
si reliqua equi vitia dolose dissimulata fuerint, quid præstet venditor ibid.
Ferculei apud Romanos descriptio 1551
Erb-Gelder, quomodo præferantur in concursu 1052 ‡
vide Pecunia Hereditaria.
Erb-Zins, quomodo præferatur in concursu 1052 ‡
Erb-Zins-Gut & Zins-Gut, an veteri jure Germanico inter se distulerint 778*
Erciscere quid significet 833 n. 1
vid. *Fam. erciscund. actio.*
Eremodicio contracto quid juris 611 a
Error simpliciter dictus de facto intelligendus 345 b
quatenus irritam faciat emptionem venditionem 150 n. 8. 320 n. 5
justus nocet magis in usucapione quam fructuum perceptione 149 a
est causa restitutionis in integrum 694 n. 4
falsæ causæ quid noceat 150 n. 8
Juris an ad malam fidem referendus 149 a
an errore juris solutum tanquam indebite condici possit 345
invitum producit 443 b. 1164 a
indebiti soluti cur non pariat restitutionem 894 n. 3. 345
an nuptias reddat nullas 1164 n. 15
nominis in legato 243 n. 28
Etymologicæ alluliones 164 n. 3 sq.
Evictio unde dicta, quid sit, ejus usus vetus & novus 1084
concursus cum actione empti 1084 b
an pactum de duplo adhuc sit necessarium & in usu 1085
habet locum in contractibus onerosis; ut præter emtionem est permutatio, datio in solutum, transactio, sed cum distinctione 1085 n. 3
an præstetur in venditione hereditatis 983
habet locum in judiciis divisoriis ad pretium sine eo, quod interest 838 n. 3
cessat in contractibus lucrativis, ut est donatio & legatum 1085 n. 4
an actio ad evictionem præstandam detur adversus Judæum 1094*
an in dote valeat 1085 n. 5
de parte rei evicta quando de evictione, quando ex empto agatur 1086 n. 6
rem tota evicta, regulariter non dari actionem ex empto, vel de evictione, sed quanti minoris tantum 1086 n. 7
de pluribus rebus simul venditis seorsim agi posse de evictione 1086 n. 8
agi posse de evictione & ad duplum, licet promissa non sit 1088 a
pactum, ne venditor de evictione teneatur, non liberat eum a restitutione pretii, nec excludit cautionem a venditore præstandam, quæ nec excluditur si emptor promiserit, se nec ob periculum evictionis pecuniam esse consignaturum ibid.
plures venditoris heredes singuli in solidum de evictione tenentur, in eventu tamen quisque ad partem hereditariam 1088 n. 12
evictionis ab actione empti discrimen 1084 & 1089 n. 13
casus quibus evictionis actio cessat 326 sq. 1093 n. 21 sq.
creditorem de pignore vendito non teneri ad evictionem præstandam; neque emptorem ad solvendum pretium imminente periculo evictionis teneri 1053 n. 21. 1072 n. 5
qui sciens emit rem alienam, non habet evictionis actionem; secus, si res fideicommissaria pendente conditione a sciente sit empta 1094 n. 22
absoluto emptore in casu evictionis venditorem ad impensas refundendas non teneri 1089 b
denunciatio in evictione quo tempore facienda 1089 n. 13
fines denunciationis demonstrantur 1090 n. 14
facienda est denunciatio venditori, licet motæ litis gnaro ibid.
nec omittenda licet causa evictionis manifesta 1090 b
quid denunciatio continere debeat 1091 n. 17
venditorem vi denunciationis non teneri ad interventionis actum, prolixe demonstratur 1090 sq.
nisi promiserit expresse vel tacite 1092 n. 18
promissionem interventionis ab initio haud imminente periculo evictionis, exigi non posse 1092 n. 19
venditorem denunciatum emptoris forum in defendendo sequi debere 1093 n. 20
vid. *Denunciatio.*
Eunuchi quomodo differant a Spadonibus 361 n. 9
an possint adoptare ibid.
Exauctoratio militis quid & quotuplex 127 n. 5
Exceptio unde dicta 441 b
quid sit 442 n. 2
fundamentum ejus 442 n. 2
variæ divisiones 446
ejus a nullitatis allegatione discrimen 1474 n. 5
non dari exceptionis exceptionem, nec in foro videri dandam ibid. n. 6 (1472 a 447 n. 16
quomodo & quo tempore sint opponendæ exceptiones faciunt litis contestationem, aliter in foro 1473 in fin. 713 a. b
nullas dari ipso jure competentes 1474
Exceptiones Dilatoriæ 446 n. 13
earum natura 712 a
quando opponi debeant 446*
Dilatoriæ & litis ingressum impedientes ante Litis Contestationem non attendendæ, nisi sint in continenti liquidæ 1471 ‡
Dolimali 443 n. 3. 4
specialis elapso licet biennio locum habet 315*
in Factum exponitur 443 n. 3. 4
Fori Declinatoriæ, si in continenti liquidæ, etiam in scriptis opponi, & si spernantur, in Leuteratione aut appellatione urgeri possunt 1471 ‡
Litis ingressum impedicns omnis in continenti liquida virtu-

virtutem habet eandem cum Exceptione rei judicatæ & præscriptionis 446*
Metus 442 n. 3. 4
Non Numerata Pecunia 443 n. 5. 314 a
non amittitur hodie per provisionem consignationis, quam facere debent hi, qui in chirographo se debere fassi sunt 868 a. 316 b
in processu executivo non admittitur, nisi in continenti liquida 720‡
intra quod tempus ei præscribatur 315 a
valet tantum intra biennium 314*
quatenus adversus cambium opponi possit 314*
datur quoque heredibus & fidejussoribus 315 a
renunciatio hujus exceptionis 314 sq.
hæc renunciatio in eodem instrumento facta nihil operatur 444*
si renunciatum sit hujc exceptioni, quid faciendum sit debitori 313 fin. sq. 443 b*
Pacti 444 n. 6 & *
Peremtoriæ litis ingressum impedientes 446 n. 10 & * & n 12
quando & quomodo opponi debeant 447 n 14 & * 1471‡ 713 a
Procuratoriæ Exceptiones in quavis judicii parte admittuntur 447*
Re judicatæ 445 n. 9
Rei venditæ & traditæ quousque pateat 1095
Spohi, quando opponi debeat 1471‡
Exceptiones quales executionem sistant 1451‡
in processu executivo quales & quando a reo opponi possint 719‡
Excusandi verbi proprietas 74 n. 19. 647 b
Excusatio a muneribus & ejus causæ 1582
non obtinet excusatio a muneribus publicis ob liberos adoptatos 36 n. 10
Excusatio a tutela & curatione 59 sqq 68 sqq 1251 sq.
Causæ excusatoriæ 68. 69. 70. 71. 72
his causis renunciari potest 72 n. 12
hæ causæ excusant saltem a tutelis noviter delatis ib.
Causæ prohibitoriæ 73. 74 sq
quomodo & intra quod tempus proponenda 72 n. 13. 1282 n. 5 sq.
an statim appellari possit 1252 n. 7. 72 n. 13*
causa veterem tutelam deponendi 74. 1249 n. 2
plures causæ imperfectæ excusationis a tutela, licet accumulatæ, pro una haud sufficiunt 1252 n. 4
Excussionis beneficium fidejussorum 310 n. 6
hypothecariorum 1033 n. 9
an detur in nominibus oppignoratis 1035 n. 12
Executio quid significet in pr. I. de publ. Jud, 1516 fin.
rerum dandarum & præstandarum fit manu militari 319 b
an prius in mobilia, an immobilia, an in nomina & actiones fieri debeat, in creditoris arbitrio relictum est 1450‡
sistitur exceptionibus in continenti liquidis 1451‡
mandata executione an comprehendatur quoque cognitio causæ 577 b
Executio sententiæ vid. Sententia.
Executivum pactum 701 a
Executivus processus vid. Processus
Executores negotiorum quinam 1145 n. 8
an arceantur a testimonio dicendo 1145 n. 8
Exemplar vide *Instrumentum.*
Exemplaria instrumenta non habent vim probandi, quomodo scribantur & recognoscantur 1134 n. 20 sq.
Exercitor quis, an finito officio teneatur 426 n 3 916 b
quatenus per substitutum magistri obligetur 915 n 5
Exercitoria actio quid 426 n. 3
quomodo differat ab institoria 922 b
Exheredatio quid 182 sq. 1271 n. 2
ejus requisita 185 n. 3
causæ 187 n. 9 sq.
nova Saxonum causa 188* 26*
usque ad legitimam locum habet, si liberi sponsalia contraxerint sine parentum consensu 26*
an similes vel graviores causæ admittantur 188 n. 10 sqq 1272 a b
sitne favorabilis an odiosa, pro, an contra eam sit judicandum 754 n. 21
an in Codicillis fieri possit 261 n. 2
an per reconciliationem tollatur 1274 n. 4
exheredatio an sit idem ac præteritio 196 n. 14
sine causa, testamentum facit *ipso jure nullum in foro, non vero jure civili* 210 b. 1276 a
ejus, quæ bona mente fit, exempla & casus rariores 753 n. 19
pro exheredatione non habetur matris aut ascendentium maternorum præteritio 183*
Exheredato filio an recte substituatur, & legata ab eo relinquantur 202 n. 8
an tutor ei detur 43 n. 3
ad *Exhibendum* actio quid & qualis 842 n. 1. 466 n. 7
an ad quasi-contractum referatur 842
quibus detur & contra quos 843 n. 2, 466 n. 7
sitne arbitraria 418 n. 33
usus ejus præparatorius, aliquando & pendente lite 844 n. 3 sq.
an de rebus immobilibus detur 844 b
Exilium perpetuum rariorem esse pœnam, minime tamen obsoletam, nec quidem in Frisiis 1554 n. 4
Expensæ compensantur, si uterque litigantium justam causam litigandi habuerit 460*
quomodo, & a quibus compensandæ vel non 460‡
non compensandæ, si reus summam minorem, quam ab actore petitum fuerat, debitam *in litis* contestatione fassus non fuerit, sed a reo refundendæ 420‡
quænam in concursu præferantur creditoribus 1053 n. 5. & * item **
concursus tam judici, quam curatori bonorum ante omnia solvendæ 1052‡
litis in concursu ante omnia judici sunt solvendæ 1052‡
condemnatio in expensas 422 n. 36. 460
actor in expensas condemnandus, si summam petitam, reo minorem sortem offerente, demonstrare nequit 420‡
actor non statim refundit, licet reus præstito juramento absolutus sit 461*
super expensarum totius processus liquidatione in termino singulari ad eam præfixo, procedendum est 461*
in expensas totius processus condemnato, quomodo terminus hodie jure Sax Noviss. præfigi soleat 460‡
Expensas qui præstare nequit, carcere coercetur 461*

Decimam litis sæpe excedunt 461 *
earum moderatio 422 n. 36. 461 *
vid. *Impense.*
Expilatæ hereditatis crimen 1514
Expilatores, quid, unde dicti, eorum pœna 1514
Explatrix justitia quid 5 n 3
Expositio infantium quomodo punienda 1219 n. 5. 1508 n. 3 & * 1540 n. 3
ubi & tollendi liberos vetus mos ibid.
Expromissio 931 n. 3
Expromissor quis 351 b
quomodo differat a fidejussore 307 a
quomodo differat a delegato 352 b
Extraordinaria judicia quæ 449 b. 718 n. 35. 1585
quid differant a summariis 718 b
quid a libellorum causis 719 n. 35
Extraordinaria crimina 1508
Exules qui 38 n. 2
quomodo differant a relegatis ibid.
ubi forum habeant 527 b sq.
an possint testari 179 a
vid. *Exilium.*

F.

Facere quid sit difficile dictu, explicatur 280 a
Facio ut des an actione in præscriptis verbis pariat 1024 n 5
Facio ut facias quem usum habeat explicatur 1024 b
Facta quandoque consensum expressum efficiunt 318 a
Facti debitor an cogi possit ad faciendum 296 a
infamis 461 n. 4
Factum uno respectu illicitum, alio juris effectum habere potest 97 a
in *Factum* actiones quid & quotuplices 373 b sq. 1026 n. 10
sunt personales 373 b sq.
Facultas naturalis quid significet; legibus non subjicitur 15 n. 2
res meræ facultatis quid sint 1078 b
Falcidia lex, ejus origo, sententia, effectus &c. 248 a sqq. 1354 & 1357
ejus ratio quomodo ineunda 249
ejus nomine aliquando venit legitima, venit & quarta Pegasiani & Trebelliani Senatusconsulti 1353 a
quænam imputentur in Falcidiam 1353 n. 2
ejus deductio quomodo fiat 251 n. 7. 1353
an ejus deductio sit effectus & beneficium inventarii confecti 122 a
Falcidiam detrahere non potest, qui inventarium adita hereditate non confecit ibid.
heres ex errore juris integra legata solvens, an possit deinde condicere Falcidiam 345 b
quomodo deductio fiat in legatis annuis & usufructu 1353 b
quomodo respectu Reip. 1353 b in fin.
consilium Justiniani, si quarta non sit salva tempore aditæ hereditatis 1354 n. 4
non tolli quartam legata æquivalente summa 1354 a b
an in Donatione mortis causa locum habeat 154 n. 3
quibus casibus cesset Falcidia 251 n. 8
usus ejus hodie rarior 1354 b
Fallacia quid 678 b
Falsa causa non vitiat legatum 243 in fin. sq.
Falsum ejusque species & pœna 476 n. 10. 1541 sq & *
Falsus tutor quis sit 1258
tenetur pupillo actione protutelæ ibid.
ei, qui tallo tutore auctore cum pupillo contraxit, datur in integrum restitutio 1258 b
datur actio in factum adversus falsum tutorem ibid
heredibus dari hanc actionem in factum, non vero in heredes ibid.
Fama & vis ejus in probatione 1117 n. 6
Fama & vita hominis quo sensu pari passu ambulent 1402 in fin
Familia quid 49 n. 2
ejus definitio & regimen 41 n 8 552
emptor familiæ in testamento 166 n. 5
& civitatis jus salvum manet damnatis ad mortem 39 *
Familiæ erciscundæ actio quid 343 n. 6. 833 n. 2
discordiis ansam præbet & aufert 833 n. 1
inter quos detur 833 n 3
an qui hoc judicio experitur, adversarium agnoscat heredem 833 n. 3
quæ res dividantur 834 n. 4
an turpia lucra 834 n. 4
an nomina sive obligationes 834 n. 5
an præstationes personales in hoc judicium veniant 835 n 6
primogenitorum vel marium in hoc judicio nulla est prærogativa 834 b
officium Judicis in ea & jusjurandum non inficiandi 835 n. 7 & 8
an jus optionis in hoc judicio locum habeat 836 *
quomodo conveniat cum judicio Communi dividendo 878 n. 3 sqq.
Familiæ erciscundæ actio non nisi semel instituí potest 836 n. 9
non potest cumulari cum hereditatis petitione 836 n 10
Famulus fur ab ordinaria suspendi pœna an liberetur, si dominus salarium id petenti denegavent 363 *
an in judicio fam. ercisc. juramentum non inficiandi præstare possint 835 n. 7
fugientes quomodo habendi 856 a
qui ante tempus conductionis finitum a dominis discedant, quomodo puniantur 866 *
merces residua arresto potest affici, ut læso inde satisfiat 870 *
mercedes quomodo præferantur creditoribus 1052 *
residua merces famulis debita quomodo hodie quintum locum in prima classe Concursus occupet 1052 ‡
Fatale Apostolorum redimendorum in quibus casibus sublatum 1578 ‡
Citationis petendæ ad prosecutionem leuterationis hodie sublatum 1559 ‡
Demonstrationis in Processu summario 1119 *
Interventionis 667 ‡
Oblationis ad jurandum intra octiduum hodie sublatum 877 ‡
in Processus reassumtione 664 ‡
Faviana & Calvisianæ actiones quales 398 a. 13. 4 a
Femina jus in adoptando 36. n 9
an mares jure præcellant 527 n 3
cur celerius ad nuptias matura quam viri 115 b
intercedere non potest 313 n. 12
mercatrix 45 * 631 * 935 *

non

non possunt geradam alienare sine curatoris consensu 43* 631*
an beneficio SCti Vellejani uti possit, si pecuniam mutuo sumserit alii donatura 936 n. 13
absque curatore in judicio comparere non potest 1229*
an valide testamentum condat absque curatore 1215* 1401 t
sine curatore contrahens non obligatur 281*
Saxonica femina extra Saxoniam contrahens curatore non indiget 539*
extra Saxoniam domicilium habens, in Saxonia vero contrahens, opus habet curatore 539*
quando sine curatore obligetur 631*
quando standi personam habeat in judicio sine curatore 647* 661‡
curatore instructa eodem cum minore circa restitutionem in integrum jure non gaudet 673*
ex deposito non tenetur, nisi cum curatore id acceperit 952*
an habeat hypothecam in bonis curatoris 1040*
tutorem suspecti accusare potest, non tamen absque curatoris consensu 76*
feminæ sine curatoris consensu contrahentis fidejussor an obligetur 308*
curatore judicialiter constituto, aut saltem legitimo, marito suo, instructa, omnes actus judiciales, etiam speciali mandato indigentes, recte peragit 661‡
si femina curatorem generaliter datum habeat, actus speciale mandatum requirentes peragere non potest sola mariti autoritate instructa ibid.
si judice aut parte interrogante neget, sibi esse talem curatorem in genere constitutum, tunc omnia rata sunt, quæ autoritate mariti peragit, nec refugere potest ad subtilitatem juris ibid.
si domicilium mutet, an curatorium expiret ibid.
an arbiter esse possit 696 n. 3
quam jurisdictionem exercere possit 696 b
debitrix bonis cedens an liberata sit a carcere publico 1455*
celibes feminæ habent personam standi in judicio 707 a
pro cognato & affini comparens cum cautione rati non admittitur 660‡
vide *Mulier.*
Ferarum definitio 99 n. 24
jus eas occupandi 97 n. 21 sqq.
captæ fructuario cedunt 97 a
in alieno fundo captæ an acquirantur ibid.
an feræ in alieno fundo captæ cedant fisco 97 b
pertinent ad illum, in cujus laqueis & retibus inclusæ sunt 97 a
an fera, si effugerit e potestate nostra, desinat esse in dominio, & co[illegible] 97 n. 22
vulneratæ modica persecutio permittitur, & qualis sit ea persecutio 98*
ferarum fures quomodo puniantur 98*
vid. *Animal, Bestia.*
Feriæ quid & quotuplices 613 a
a quo constituantur ibid.
quando jus in illis dicatur 613 n. 2
an statuto tolli queant 614 n. 4
messum, aliæque non amplius in Sax. observantur 613‡
nundinales Lipsienses & Numburgenses adhuc hodie valent, nisi illis renunciatum fuerit ibid.
Feuda non conferuntur adoptivis 36 n. 10
in feudo minoris tutelam suscipit simultanee investitus 52*
ædificia feudali solo imposita ad successores feudales transeunt citra refusionem expensarum alias heredibus allodialibus faciendam 110*
si allodium in *Feudum* convertitur, an legitima liberorum minui possit 215*
si quis promiserat, se præstaturum esse domini consensum in alienationem *feudi*, an obligatio exinde nascatur 304*
feudalis hypotheca domino consentiente legitime impetrata, sine novo consensu in alium transferri non potest 1047*
alienari & oppignorari non possunt, sine domini directi consensu 1047*
quousque is, qui *feuda* in Saxonia possidet, immunis sit a vectigalibus 1395*
in *feudis* etiam in linea collaterali locus est juri repræsentationis 273*
Fictio brevis manus 123 b
ea non transferri dominium, nisi is, qui tradidisse fingitur, vere dominus fuerit 1413 a
longæ manus 423 a
postliminii L. Cornel. 39 a
infami in querela inofficiosi an licita & hodie necessaria 745 n. 4
Matthæi & Wissenbachii, quasi adoptatus ab extraneo non transeat in potestatem adoptantis, & tamen transeat, refellitur 33 n. 4
Fictiones legum sunt juris proprii Romani 11 n. 6
Fideicommissarii an habeant jus accrescendi 1330 n. 12
an in testamentis possint esse testes 172 n. 16 1267 n. 9
heres fideicommissarius quis & quando pro herede habeatur 232 n. 3
ad cautionem præstandam tenentur 798 a
Fideicommissum unde dictum 1326 b
ejus origo, definitio, divisio, progressus, usus mutatus &c. 252 sq. 1355 sqq.
substitutionis vice fungitur 1356 n. 3
quomodo relinquatur 252 n. 2. 1357 n. 5
nullo teste præsente relictum an sit præstandum 1327 a
habet hanc conditionem, si fideicommissarius legatario supervixerit 1360
ejus conditio non deficit liberis per adoptionem adscitis 36 n. 10
libertas per fideicommissum data solo eventu, si facultates creditoribus non sufficiant, revocatur 19 n. 2
relinquitur vel in perpetuum vel ad tempus 1360 n. 11
mortuo fideicommissario ante diem cedentem manet penes fiduciarium vel substitutum, die cedente mortuus transmittit in heredem 1360 a
necessitas restituendi fideicommissum 1360 a
an ea necessitate etiam comprehendantur prælegata 1360 b
eadem non contineri fructus; nisi testator vel expresse, vel tacite rogaverit 254 n. 6. 1361 b
quando restitui debeat fidecommissum 256 a
restitutio fideicommissi quomodo fiat 256 n. 10
an pacto successorio coheredum constitui possit fideicommissum

commissam, & ejus a vero fideicommisso discrimen 1366 n. 6
subsistit, licet testamentum nullum fiat propter praeteritionem liberorum instituendorum 183*
subsistit licet mater & ascendentes materni in testamento praeteriti sint ibid.
si filius praeteritus in voluntate paterna acquiescat, tunc fideicommissa subsistunt 183 n. 2
Particulare 259
res aliena, an fideicommisso relinqui possit 260 a
in qua re differat fideicommissum a legato 260 n. 3
quomodo fideicommissum particulare relinqui debeat 260 b
Universale 252 sqq.
an melius sit jus ususfructus, an fideicommissi eum onere post mortem restituendi relictum 798 n. 2
Fidejussio quid 1483
quomodo differat a commodato 307
quomodo differat a constituto pro alio 909 n. 3
etiam in usu hodierno 910 b. sq.
causae civiles, in quibus fidejussiones non receptae sunt 308 a
solvitur per novationem 353 n. 8
non valet in obligatione mere civili & obligatione mere naturali 308 b sq.
requiritur ad fidejussionem ut in summa, causa, tempore, locoque cum obligatione ipsa conveniat 309 n. 4
ejus effectus 110 n. 5
Fidejussor, ejus definitio, usus & beneficia, actio &c. 307 sq.
quomodo differat ab expromissore 307 a
beneficia eorum 310 n. 6
habet exceptionem non numeratae pecuniae 315 a
quibus casibus *fidejussor* jus habet agendi contra debitorem ante solutionem 312 n. 11
quando debitore licet liberato non liberetur fidejussor 350 a
a debitore pecuniae dari nequit in rem, aut vice versa 349 a
in perpetuum tenetur 312 n. 10. 1486 n. 9
non potest obligari ad mortem, carcerem, exilium 1447 n. 54
moram, culpam & usuras debitoris praestare tenetur 312 n. 9
mulieris sine curatore contrahentis an obligetur 308*
locuples requiritur, & quid significet 436
minoris laesi an restituatur 685 b seq.
ejus renunciatio quando fieri debeat 310*
mulier intercedere non potest 313 n. 12
ejus heredes an teneantur, licet in instrumento fidejussionis nulla eorum mentio sit facta 310*
judicati *fidejussor* non immediatae executioni subjectus 1447 n. 54
Fidejussores pro indemnitate pupillorum quibus modis constituantur 1259 a
plures ab uno tutore dati carent beneficio divisionis ib.
Fides de pretio quando habita praesumatur in emptione 122 b sq. 976
quando non habita censeatur 976 a
non lege commissaria nec clausula constituti 976 b
an fides de pretio habita censeatur, quando mercator merces aliquas sine expressa conventione alteri domum mittit, eaque ibi acceptae, pretiumque in rationes a venditore relatum sit 976 980 a
vid *Pretium*.
ex *Fide* genere quid 77 n. 5
Fiduciaria tutela unde dicta & quid 54 t. 19
Fiduciarius quis 252 n. 2
quatenus cogi possit ad adeundum & restituendum 255 n. 19 sqq. 296 b sq.
quatenus potest detrahere quartam 258
quid facere debeat inventario a testatore prohibito 257 n. 12
fiduciarius testatoris filius quomodo hereditatem ad filium proprium transferat 257 n. 13
quomodo creditores ad fiduciarium se conferre possint 255 n. 8
quam culpam praestet fiduciarius 257 n. 12
reliquum jus ejus 255 sqq.
Fiduciarius Pater quis 40 n. 5. 54 n. 1. 1381 n. 3
Filia non cogitur nubere ei, quem pater ipsi in testamento destinavit 1159 b
major annis 25. an sine patris consensu nubere possit 27 n. 11. 1272 n. 6
Filii an differant a liberis 48 n. 4
Senatorum 560 n. 3
filii nominatio an sit modus legitimandi 32 n. 19
ejus cum patre contractus an subsistat 303 n. 6 sq.
an possit fidejubere pro patre 313 n. 13
Filius familias est una cum patre persona 22 n. 2
absque patris consensu nuptias contrahere nequit 26 n. 9
an tutor dari possit 44 in f.
quando proprio nomine agere possit, quando non 707 n. 15
in publicis causis habetur pro patrefam. 44 a
item in adventitiis 707 b
patri furioso datur curator 64 b
quatenus patri acquirat 160 a
non potest testari 179 n. 2
cur suus heres & necessarius 219 b
praeteritus testamentum facit nullum 184 b
impubes accipit heredem a patre 200 a
non tenetur, ut olim, actione noxali 421 n. 5
non potest mutuum accipere 281 b f. 346 n. 10
sui juris factus habet beneficium competentiae, ratio, modus & usus ejus 924 n. 2. 3. 5
an possit condicere pecuniam in peculio suo extantem 926 n. 3
an salva conscientia Senatusconsulto Macedoniano uti possit 927 n. 5
vid. *Peculium*. Patria potestas. 831 n. 5
Fines quid apud veteres 466 n. 9.
Finium regundorum actio quid & ejus expositio 830 n. 2 sq.
sitne bonae fidei an stricti juris 412 a
quo sensu mixta 831 a
inter quos detur 831 n. 4
judicis in ea officium 832 n. 830*
an arbitraria 418 n. 33. 832 n. 8
quo tempore praescribatur 832 n. 9
Fiscus quid, & ejus differentia a re Caesaris privato, domanio & aerario 84 a. 68 n. 2 1575
potest fideicommisso gravari 278 n. 21

aes ab eo venditæ non indigent usucapione 152 n. 15
administrator ejus excusatur a tutela 68 n. 2
civitates & municipia non habent fiscum 68 n. 2
1575 n. 2
species & jura fiscum augendi & aliæ conservandi fiscum 1576
jura ratione thesauri 103
sibi vindicat fodinas auri argentique 103*
res fisci non præscribuntur 105 n. 9
licet actor sit ipse, tamen potest petere editionem instrumentorum 618
contra fiscum restitutio in integrum datur 674 n. 7
usufructuarius fiscus non satisdat 799 n. 3
ejus jus in bonis vacantibus 278 n. 21 sq.
in causa primipilari, tributis & in aliis causis 1054 n. 7 sqq.
quis habeat jus fisci in bonis vacantibus 1576*
an fisco jus hypothecæ tacitæ in pœnis seu multis exigendis detur 1042* 1060 n. 19 &*
an hypothecam tacitam in bonis Quæstorum & Collectorum ratione tributorum, quæ in fiscum non retulerunt, habeat 1055 b
ejus jus reale in bonis eorum, qui contraxerunt cum eo, non statuendum, nisi expresse constitutum 1038‡
Fluvius quomodo differat ab aqua profluente 83 b
a stillicidio 134 n. 7
a lacubus 104
cum quibus tamen convenire potest ibid.
Fodinas auri argentique fiscus sibi vindicat 103*
Fœdus lex dicitur 529 n. 2
Fœmina vid. *Femina* it. *Mulier*.
Fœnum, aut sit fructus mere naturalis 116 n. 47
sit bonæ fidei possessoris 116 n. 47
Fœnus nauticum quid & an usus ejus reprehendendus, quantitas ejus & analogia in aliis contractibus 1113
trapeziticum sit ne licitum 1099 n. 5
Fœtus animalium recte domino genetricis adscribitur 1412 a
etsi aliter Grotius 103 n. 32
Foraminis servitus qualis 809 b. 812 n. 7
Forma quando trahat materiam in specificatione 112 n. 43
Formula qui cadant 419
Formulæ vide *Guarentigiatum*. it. *Clausula*.
Forum competens 722 sqq.
fundamentum ejus esse facultatem cogendi partes, quod est in loco domicilii & rei sitæ & rei gestæ, si reus illic reperiatur 722 a
Contractus 730
Delicti 731 n. 57
Deprehensionis 732
Domicilii 722 seqq.
Incompetens 733 seqq.
quibus causis oriatur 733 n. 59
Instantiæ primæ quod habent eminentiores 724 n. 42
Originis quid 727 a
Privilegiatum 733 sqq.
Privilegium fori etiam accipiendum esse respectu rei gestæ & rei sitæ 742 n. 77
Rei gestæ 730 n. 53
Rei sitæ 727 b
Rei publicæ communis forum exponitur 722 n. 39
tam ratione causarum quam personarum 724 n. 42
Franekerana academia vide *Academia*.
Fratrum jus in successione ab intestato 273 n. 12
liberi fratrum quomodo succedant 747 n. 9. 274 n. 14
germanorum liberi excludant patruum 275*
unilaterales uno gradu censentur esse remotiores bilateralibus 275*
unilateralis an excludat patruum ex utroque latere junctum 276*
uterini & consanguinei in bonis & paternis & maternis æquali jure succedunt 274*
uterini concurrunt cum germani liberis 274*
an habeant querelam inofficioli 211 b. 747 n. 8
an competat fratri querela in officiosi si spurius heres instituerit fuerit 212 a
an habeat beneficium competentiæ 423 a
Frisios cum Ultrajectinis contendisse de præsidentia, & de merito quæstionis ejus 1579 a
Fructuarius an aliter fructuum perceptione fungatur quam bonæ fidei possessor 1002 a n. 9
vide *Usufr.*
ipsi feræ captæ cedunt 97 a
finito usufructu eas restituit, quæ vivariis sunt clausæ ib.
ad cautionem tenetur 798 a
Fructus quotuplices 111 b. 115 sq.
quinam acquirantur a bonæ an malæ fidei possessoribus 111 a. 114 a. sqq. 117 n. 49. 770
bonæ fidei possessor qua ex re percipiat 114 sq. 770
quando in bonæ fid. & stricti juris judiciis incipiant deberi 416 n. 31. 118 a. 50
pendentes tam a bonæ fid. quam malæ fid. possessore restituendi 770 n. 8
extantes sunt restituendi 770 n. 8
an fructus consumti & usucapti, qui a b. f. possessore non solent restitui, cum impensis compensandi sint 772 a
consumti, ex quibus b. f. possessor locupletior est factus, restituere tenetur 117 &* 770 n. 9
consumti in hereditatis petitione etiam petuntur, & quare 117 b
tanquam res mobiles in foro Saxonico præscribuntur anno 6. Septim. & 3. diebus 117*
fructuum acquisitio, quando interrumpatur 118 a
industriales, an Jure Saxonico percipiantur, alio modo debeantur 118*
pendentes ad emptorem pertinent, qui simul impensas in eos factos emisse censetur 119 a
industriales, quomodo comparentur civilibus 116
non aliter intelliguntur, quam deductis impensis 111 a
in judicio possessorio actor succumbens, sed in petitorio obtinens, an *fructus* a tempore prioris litis contestationis petere possit 771
an in Quartam Trebellianicam imputentur 254 n. 6
prædiis rusticis tacite pignori sunt, secus in urbanis 395 n. 11
an fructus ex hereditate redacti sint pars hereditatis 761 n. 14
in hereditatis petitione per se, in rei vindicatione officio judicis veniunt, & cur 466 n. 6
in quibus judiciis præstentur 1111 n. 36
an & usuræ fructuum præstentur 1111 n. 37

debentur heredibus usufructuarii, si semen rastro subactum fuerit 118*
mere naturales nondum perceptos sibi vindicat proprietarius ibid.
cultura jam peracta referuntur ad res mobiles, & debentur marito, tanquam heredi mobiliari uxoris 558*
an partus humanus in fructu sit 119 n. 51
emphyteuseos fructus qui 776 n. 3
Frumentarie causæ favor 114
Frumenti, quod est in herba, venditio prohibita statuto 974 n. 10
Fuga lata quid 51 n. 3
Fugitivi & actio de illis 855
Fumi immittendi servitus 809 n. 11 812 a
Fundi instruct. & fundi cum instrumento legati differentia 234 n. 15
sub fundi voce quid in jure veniat 235 n. 18
uni *fundo* & alteri usufructu legato, quid juris 231 n. 7
Fundus dotalis vid. *Dotalis*.
Funeris curandi ratio & actio cum privilegio suo 859 n. 4 sqq.
Fungibiles res vid. *Res*.
Furandi consilium præstans, item opem ferens quomodo puniatur 362*
Fur quatenus eum pœnitentia liberet 1499 n. 5
præter pœnam corporalem tenetur hodieque condictione, licet res non extet, ut & ejus heres 1499 n. 6. 355* 364 b sq. 899 sq.
si ante supplicii pœnam decedat, an condictio furtiva adhuc locum habeat 355*
diurni & nocturni pœna non differt 1497*
in *furis* bonis an Domino rerum furto ablatarum competat hypotheca tacita 1041*
receptatores *furum* quomodo puniantur 362*
balneatii *fures*, & eorum pœna 1513
Furiosi qui 63 b
diversi a dementibus 45 n. 2. 64. 180 a
an tutores esse possint 45 n. 2. 60
non possunt testari 180 n. 3. 1141
heredes *furiosorum* 226 n. 14
an possint hereditarium jus transferre in heredes suos 225 b.
an per curatores ib.
de intervallis eorum 64 n. 5. 65 n. 7
pater furiosus in querela inofficiosi 745 n. 4
an possint stipulari 301 a
ejus hypotheca in bonis curatoris 1038‡
Furtivarum rerum Dominus, an eas amittat, si magistratui a fure restitutæ fuerint, & Dominus inter annum non probaverit dominium suum 900*
earum pœnam capitalem post se trahentium quantitas in Saxon. 360* 1497*
Furtum quid 356 n. 2
quotuplex 359 n. 6 sq.
ejus pœna 360 n. 8.* 1497*
ejus qualitas & pœna quomodo in Saxonia consideretur 1497*
quomodo proprie fiat 361 n. 9
an volenti domino fiat 361 n. 10
an liberi hominis & rei propriæ furtum fieri possit 362 n. 12. 13
partis rei quomodo æstimandum 1497 a
domestica furta lenius an gravius punienda 1497 n. 3
domesticum inter quos 362 n. 15 &*
quomodo puniatur 362*
a cognatis commissum quomodo puniatur 362*
manifesti & nec manifesti distinctio hodie sublata 359*
possessionis 355 n. 4
rei 357 b
rei sacræ 1545 &*
ferarum quomodo puniatur 93*
usus 355 n. 4
quomodo puniatur in Saxonia 358*
usus furtum an furti crimine censendum 1497 n. 1
committit, qui anseres & gallinas lucrandi animo detinet, item qui columbas nostras apprehendi 93 b
ex jure naturæ consideratum 355 b seq.
Furti actio quando & quibus danda 362 n. 11 sqq. 1493 b sq.
adversus nautas, caupones, stabularios 390 n. 4 1500

G.

Gemmæ distinguuntur a lapillis 100 n. 26. 1341 n. 4
Gener pro socero admittitur in judicio cum cautione &c. & vice versa 436*
Generis legatum quomodo valeat 235 n. 18
genere legato electio competit legatario 236 n. 13. 1334 n. 4 1335 n. 5
genus non minuitur una negligenter specie subjecta
an ab herede præstandum sit, si in hereditate nullum genus requiratur 235 n. 13
Gens quos contineat 49 n. 2
Gentiles quinam 43 n. 2
Genus quod Jureconsultis 235 n. 18
Geometræ an excusentur a tutela 71 n. 11 b
Gerada exponitur 1337*
conferri debet si portio statutaria petatur 1337*
salva manet marito herede mobiliari existente ib.
quando maritus *geradam* defunctæ uxoris percipiat ib.
vendi & donari potest 20* 1197*
donatio *geradæ* quid requirat 1400* 155
coram notario & testibus donari non potest, si 500. aureos excedat, sed requiritur insinuatio judicialis 155* 1400*
alienari a fœmina soluta non potest absque curatoris consensu 41*
alienatio ejus an in præjudicium proximæ cognatæ subsistit 20* 1197* 1337*
legata an æstimationem ejus petere possint 1197*
an uxor marito non solvendo mortuo teneatur de *geradæ* in subsidium 1226*
non debetur extraneis cognatis, apud quos ea successio non obtinet 558*
extraordinarie masculis defertur 1337*
ejus petitioni præscribitur anno Saxonico 1338*
Gereedschap quid 1336 b nn.
Gestorum tempus est CLXXXII. dierum 40 n. 6
Gewissens-Vertretung mit Beweis vid. Defensio Conscient.
Gignendi incapacitas an prohibeat adopt. effectum 36 a 80 a
Giphanius refellitur 583 b
Gladius quid in jurisdict. significet 1468 n. 28
de *Glande* legenda interdictum 28 n. 13
Gradus quid 28

ad quartum usque gradum Jure Canonico nuptiæ sunt prohibitæ 28 n. 13
computatio quomodo fit facienda, si testator prohibuerit alienationem extra familiam 258 n. 16 sqq.
Græcorum interpretum autoritas in emendationib. 807 n. 5
Grammatici an excusentur a tutela & quinam illi sint 72 n. 11 *
Grassatores quinam & eorum pœna 1501 sq. & *
Grotius ejus divisio & definitio juris, quod circa rem competit 90 a
ejus sententia de acquisitione per alluvionem 104 n. 33
Pastores & Seniores Belgas fœnebris mali accusans an vero liteat 1099 b
ejus divisio justitiæ præstantissima 520 n. 8
naturam pactorum nudorum describens 292 a
res meræ facultatis definiens notatur 1078 b
Guaranda 436 *
præstat eam rei immobilis possessor 436 * 609 *
præstanda est actu corporali 436 *
præstanda non est in executivo, cambiali, matrimoniali & mercatorio processu ibid.
præstita, vel lite pure contestata libellus nec mutari nec emendari potest 422 *
jure novissimo Sax. penitus sublata 435 ‡
Guarentigiatum quid ejusque effectus 637
instrumento quando opponi possit exceptio non numeratæ pecuniæ 314 *
instrumenti requisita 719 *‡
referens pro *Guarentigiato* quando habendum 719 ‡
instramentum hoc non a reo sed ejus nomine subscriptum an pro *Guarentigiato* habendum ib.
diffamatus ad Guarentigiati instrumenti recognitionem citatus in ipso termino recognoscere debet 708 ‡
quando instrumentum contractus bilateralis, aut conditionatum pro *Guarentigiato* habendum 719 ‡
an obsit *Guarentigiato*, si causa debendi specialis omissa fuerit 719 ‡
quomodo formulæ: ehestens, so bald als möglich, it. nach und nach, nach guter Gelegenheit, in instrumento *Guarentigiato* interpretandæ 719 ‡
Guarandt & guaränderen quid significet 1092

H.

Habitatio in specie distincta servitutis, & quid ab usu & usufructu differat 146 n. 6
Hereditas vide *Hereditas*.
Hæresis quid; & an punienda 1510 n. 8
Hæretici heredes instituí non possunt 170. 192. 1286 n. 3
hæreticorum receptatores an heredes instituí possint 192 b
quinam sub iis comprehendantur 1280 n. 3
an amittant usufructus 220 b Schol.
an testes esse possunt 1144 n. 5. 1147 n. 13
an testes esse possint adversus orthodoxos 171 b
quatenus puniendi 1510 n. 8
Harmenopulus notatur 2353 b in fin.
Hausfuchung 359 *
Heergewette exponitur 1387 *
quis eam consequatur 1387 *
an per emancipationem virtualem, seu Germanicam amittatur 558 *
non deberur extraneis agnatis, apud quos ea successio non obtinet 588 *
heergewettæ petitioni præscribitur anno Saxonico 1387 *
Hereditarie res quo sensu nullius 558 a
Hereditas quid 126 n. 2. 408 a
differt a rebus hereditariis 126 n. 2 sq.
differt a bonorum possessione 452 n. 5
est species juris in re 90 a
quod proximo sanguini debeat, est juris Gentium primævi 9 n. 4
Acquisita, quomodo fiat 224 a. 225 a. 9. 227 n. 16. 1317
hereditas acquirenda 224 n. 8
causæ, quibus acquiratur 164
quomodo acquiratur ab infantibus & furiosis 225 n. 11 sq.
quomodo a suis heredibus, quomodo ab extraneis 225 n. 10. 1317 b sq.
an discrimen illud inter suos & extraneos hac parte etiamnum observetur 226 b
Aditio quotuplex 224 b. 344 n. 7
quomodo aditio hereditatis fieri debeat 224 in fin.
quando fieri debeat 1319 n. 6
vid. Deliberandi spatium.
quomodo aditum esse hereditatem possit præsumi 224 b. 225 b
an impleta conditione adita sit hereditas cum effectu transmissionis 1319 b
hereditate non adita an legata extinguantur 245 n. 33
ex hereditatis aditione an pupillus obligetur 301 a
Amissa hereditas an deficientibus heredibus, per restitutionem in integrum a judice restitui possit 1317 a
Delata quomodo fiat 220 b. 164 a
quando acquisitio & delatio hereditatis concurrere possint 220 b Schol.
Divisio hereditatis quomodo instituenda 836 *
Jacens, an sit res nullius 558 b
Legitima sive ab intestato & omne jus ejus 268 sq.
Partes hereditatis 192 n. 2. 761 n. 14
si pars hereditatis petatur 763
an fructus & lucrum ex hereditate proveniens sint partes hereditatis 761 n. 14
Petitio hereditatis quid, cui & contra quem detur 755 sq.
quotuplex sit 757 n. 3
quomodo differat a rei vindicatione 771 n. 10 sqq.
ubi instituenda 728 n. 49
cur actio bonæ fidei 413 b
non esse mixtum in rem & in personam hoc judicium probatur 756 sq.
an & quatenus detur adversus emptorem hereditatis 757 n. 3
num detur contra eos, qui dolo possidere desierunt, vel sine dolo, quique liti se obtulerunt 759 n. 7 sq.
quæ res veniant in hereditatis petitionem 760 n. 11 sq.
hereditatis parte petita quid juris 763 sq.
hereditatis petitio possessoria 765
fideicommissaria 765
Repudiatam hereditatem quinam rursus acquirere possint 221 b
repudiari potest hereditas intra spatium deliberandi, adita licet hereditate, si modo specificatio jurata facta fuerit 221 *

Transmissa hereditas quomodo fiat ab infantibus 225 b. 227 n. 15
quomodo a furiosis transmittatur 225 b. 227 a
pupillus infantia major hereditatem non adiens an transmittat 227 a
an impleta conditione adita sit hereditas cum effectu transmissionis 1319 b
Vendita non transfert jus & qualitatem heredis 980 a
an venditor ex eo, quod ipsemet hereditati debuit, teneatur, & an petere possit id, quod ipsi ab hereditatis emptore debetur 981
an emptor hereditatis petere possit a venditore, quod is tanquam heres suis coheredibus conferre debebat 982 n 4
emptor an venditor hereditatis habeat jus accrescendi 982
actio ex hereditate vendita quot modis instituatur 983 n. 6
Heres quid 191
eadem est cum defuncto persona 220 n. 3. 1305 a
succedit in virtutes & vitia defuncti 152 n 14
si pure institutus, quibus temporibus requiratur capacitas heredis 220 a
si uno post mortem testatoris momento incapax hereditatis fuerit, an successione potiatur 220 a
si sub conditione institutus, quot tempora capacitatis requirantur 220 b
an possessio ad heredes ipso jure transeat 225*
an continuet usucapionem 152 n. 14. 224 n. 9
tenetur ad omnia onera hereditaria, etsi bona hereditatis superent 220 n. 3
deliberans quid facere debeat 221 a
legatario omnem culpam præstare tenetur 234 n. 14
quid heredi prius faciendum sit, antequam legata præstare debeat 25* n. 7
ejus mora æquiparatur culpæ 234 n. 14
suus acquirit hereditatem ipso momento mortis defuncti 225 n. 9
necessarius 19 n. 3
differentia heredis necessarii, voluntarii & sui 219. 225 a
tutoris heres dolum & culpam latam præstare tenetur 59 n. 3 & *
quomodo heredes magistratuum teneantur 67 b
quænam actiones heredibus aut in heredes dentur 438 n. 5
quomodo differat a bonorum possessore 451 n. 5
in heredis institutione liberorum & parentum verba communia habentur pro directis 191*
habet exceptionem non Num. Pec. aliaque remedia contra chirographum defuncti 315 a
quando indebite ex testamento solutum condicere non possit 347 a
habet beneficium abstinendi vid. *Abstinendi jus.*
habet spatium deliberandi vid. *Deliberandi jus.*
heredis institutio vide *Institutio.*
Hermaphroditus ad utrum sexum pertineat 547 n. 2
Hoc jus cutinar formula quid sibi velit 56 n. 4
Homicidii pœna ex Lege Cornelia & Civili 474 n. 8. 1538 n. 13
quid si absque proposito occidendi 474 b
cur ambulantes cum telo ordinaria Legis Corneliæ pœna adficiantur 1530
ordinariam homicidii pœnam quandoque etiam conatu cædis infligi posse, plerumque tamen secus observari 474 n. 2. 1532
considerandum hic, quomodo & an vulnus lethale sit 1531 n 4
dolus in cæde requiritur, quod exemplis declaratur 1532 n. 5
eos, qui gladio in rixa quoque cædem committunt, ordinaria pœna adficiendos, nisi causa gravi & singulari 1533 n. 6
de excessu tutelæ hac parte tam in genere quam ratione causæ & modi 1535. 1536 sq.
quinam impune occidantur, ubi & de reis criminum quando capiuntur 1538 b sq.
mulcta homicidii quænam, unde exigatur, & quibus applicetur 1538 n 13
in culposo quando Wergeldum præstetur 368*
quando homicida in expensas litis aut ad præstationem damni condemnari possit 368* 370*
an ex homicidæ bonis viduæ occisi debeantur alimenta 370*
attentatum mitius punitur 474*
Homine libero surrepto quid juris 361 n. 11
Honestas & necessitas an recte separentur 1170
Hospitium pro domicilio laris fixi 724 n 43
Hostis apud veteres quis 148 n 3
res hostium quo jure occupentur 121 a
Hufen-Acker, qui tres ex his mansis possidet, potest pecori suo constituere pastorem 810*
Hufen Gelder quomodo præferantur in concursu jure Novalium Sax. 1052‡
Hülfsgeld und Hülfsgetreyde in executione 509*
Hußgeraedt quid contineat 1338 b in f.
Hypobolum quid 1191
Hypotheca quid 1027
quomodo differat a pignore 359 a. 1025 b sq.
ejus effectus 1031 n. 7
ex Arresto an oriatur 1029*‡ 1044 n. 12
Bonorum mobilium & immobilium comprehendit quoque actiones & jura 1272
Bonorum immobilium hypothecæ validitas in Saxon. 1029*
Civitatum in bonis administratorum rerum ad Civitatem pertinentium hypothecæ quid requirant 1054* n. 5. 1058 n. 8
Conjugum in bonis conjugis quotuplex & quando incipiat 1037 n. 2 & 414 b
quæ uxori ratione dotis competit in bonis mariti quando incipiat 1037* 414*
quando competat ratione paraphernalium 1040* 414*
an intuitu bonorum receptitiorum hypotheca detur 1040*
an gaudeat uxor hypothecæ beneficio ratione donationis propter nuptias 1040*
an mater jus hypothecæ habeat ratione pecuniæ liberorum demortuorum, quibus pro dimidia succedit 1041*
hypothecæ remissio in favorem mariti vel ipsi marito ab uxore facta non est invalida 935*
Crediti ad refectionem ædificii 1043 n. 8
Domini in bonis fisci 1041*
Ecclesiæ in bonis administratorum 1042 n. 56 & *

Extrajudicialis antiquior in mobilibus constituta potior censetur hypothecis judicialibus posterioribus 1029 *
in immobilibus constituta in concursu creditorum an Chirographariis præferatur ibid.
hodie omni effectu destituitur 1029 ‡
Femina in bonis curatoris an habeat hypothecam 1040 *
in Feudo legitime impetrata sine Domini directi novo consensu in alium transferri nequit 1047 *
Fidei commissariorum 1042 n. 7
Fisci 1042 n. 6 & *
Generalis quas res complectatur 1031 a
sive sit judicialis sive extrajudicialis an omni effectu destituatur 1030 *
in Immobilium rerum hypotheca extrajudiciali an detur actio contra possessorem tertium 1029 ‡
hypothecæ rerum immobilium validitas in Sax. 1029 *
Judicialis rerum immobilium quomodo solvatur 1077 *
an judex in suo judicio sibi hypothecam valide constituat 575 *
Legalium hypothecarum species 1041 *
Legatariorum 1042 n. 7
Liberorum in bonis parentum 1040 n. 3
an intuitu bonorum maternorum liberi habeant hypothecam in bonis patris 1040 *
an liberis detur ratione bonorum adventitiorum, quorum administrationem pater habuit 1040 *
liberi hypothecam tacitam ratione pecuniæ lustricæ retinent, quod jus a die baptismi incipit 1041 *
Locatoris primi & secundi 1016. 1043 n. 9
ejus ampliatio ex jure Frisico 1044
Minorum in bonis curatorum 1040 n. 4
quando incipiat 1040 *
in Brabantia cessat 1042 b
Mobilium vid. Hypotheca immobilium.
Pupillorum in bonis tutorum 1040 n. 4
quando incipiat 1040 *
in Brabantia cessat 1042 b
Redemptoris captivi 1044 n. 11
pro Reditu ex prædiis quo jure illa nitatur 1044 n. 11
Reipublicæ in bonis administratorum 1042 n. 5. 6 & *
in bonis debitorum suorum 1069 a
Radicorum in bonis venditis 1041 *
Specialis 1030 b
Sutorum Lipsiensium in bonis administratorum 1041 *
Tacitæ Saxonicæ species 1041 * 1042 * 414 *
hodie cessant 1038 ‡
pro Taxatione Domus agris impositæ 1044 n. 13
modi hypothecam solvendi 1076 n. 7 & * 1073 sqq.
solvitur per novationem 353 n. 8
quatenus hypotheca rei hypothecariæ mutatione solvatur 1076 n. 9
per clausulam cassatoriam tempore adjecto & expresso expirat 1076 *
hypothecæ & servitutis quoad modos solvendi comparatio 1074 n. 4
pactum hypothecæ cum a prætore vi actionis donatum 1028 ‡
distractionis modus 1071 sq.
hypothecæ jus hodie in ficta traditione non acquiritur 1031 ‡
vid. Pignus

Hypothecaria actio, ejus proprietas & divisio in directam & utilem, item diversitas instituendi hanc actionem contra debitorem vel ejus heredem & contra tertium possessorem 1029 * 1031 n. 8 399 n. 12
quo sensu dicatur individua, scil. quia quisque tenetur quatenus possidet, tam heres quam extraneus 1032 1033 a
in hac actione libellus alternativus non est rejiciendus ut vitiosus 620 ‡
an de rebus mobilibus detur & de obligationibus 1033 n. 10
fidejussores prius conveniendi sunt, antequam actio in rem contra possessorem tertium instituatur 1033 a
in extraordinariis rerum immobilium an detur actio contra possessorem tertium 1029 *
res mobiles arresto percluse tribuunt actionem hypothecariam 1034 a
quo tempore ei præscribatur 1077 n. 10
hypothecæ possessorem conventum habere beneficium excussionis, an etiam in hypotheca speciali 1033 n. 9
utilem hypothecariam dari de obligatione pignorata nec non utilem personalem 1034 n. 11
an is, qui utili hypothecaria de obligatione convenitur, habeat ordinis exceptionem 1035 n. 12
de utili hypothecaria in nummos ex re pignorata redactos 1035 n. 13
de fructuum præstatione in hac actione 1038 b in fin.
hypothecaria ad petendum legata, cujus naturæ 246
quatenus detur hypothecaria uti is adversus creditores posteriores, qui pignus distraxerunt 1073 in fin.
actio hypothecaria quando cum omni hypothecæ jure cedi debeat 957 ‡
Hypothecariorum creditorum concursus 1059 sqq.
præferri eos personalibus, exceptis funerum, judicialibus auctionumque impensis 1052 sq.
judicialibus non comprehendi salaria advocatorum, secus ac in sportulis 1053 n. 5 sq.
ex hypothecariis privilegiatis primum esse fiscum in causa primipilari & cum tempore prior est; forte non æque in tributis 1055 a sq.
Quæstores & collectores idem habere jus 1055 n. 8
non tamen in suos ministros 1056 a
Secundum inter hypothecarios privilegii locum dari emptoribus militiæ 1056 n. 10
Tertium mulieri in dote 1056 a
Quartum Creditoribus Insulæ, & ad rem quamvis acquirendam atque conservandam 1058 n. 13
pupillis & minoribus, fisco, denique redemptoribus captivorum 1058 n. 16
an domini directi ratione pensionum præteritarum huc pertineant 1059 n. 17
Post hypothecarios privilegiatos esse simplices hypothecarios, quin etiam fiscum & pupillos in contractibus accenseri 1059 sq.
hos omnes judicari regula de tempore, quod non tantum diebus, sed & horis ac minutis æstimari 1060 n. 21
tempus illud unde inchoetur 1061 n 22
locum habere in omni genere hypothecæ tam generali quam speciali sub certis limitationibus 1062 n. 24
exceptiones a regula de tempore; de pignore prætorio,

rio, instrum publici, venditoris in re vendita, si posterior creditor solvit priori, de Registrationibus ita dictis & inde quæstiones ac observationes 1026 sqq
quomodo hypothecarii tempore pares concurrant 1061 sqq.
possessorem pignoris tempore paribus præferri, ut & eos, qui clausulam Constituti habent 1067 b
hypothecas tacitas hac parte nihil habere præciputum ubi ad Edict. Ordd. Frisiæ 1067 a
hypothecarios Creditores defuncti, & heredis non esse confundendos 1068 a
an hypothecarius extrajudicialis rerum immobilium præferatur Chirographariis 1029 *‡
an præferatur, si hypotheca coram Notario & testibus constituta sit ibid.
an præferatur hypothecariis judicialibus & Arrestantibus posterioribus ibid.
an hypothecarii mobilium præferantur Chirographariis 1033 b
quid juris hodie habeat hypothecarius mobilium 1031 ‡
hypothecarii præter jus reale ex privilegio præferuntur veteribus creditoribus 1054 *
jure Saxon. personaliter privilegiati sine discrimine tituli & temporis pro rata concurrunt 1070 *
venditor ante traditionem vel in ipso traditionis actu hypothecam sibi reservans an anterioribus hypothecariis præferatur 1029 *‡

I.

Jacens hereditas vide *Hereditas.*
Jacta res tamdiu nostræ manent, quamdiu recuperari possunt 100 n. 27
ejus ratio 100 a
Jactus vide *Naufragium.*
Ignobilium diversitas in Frisia 551 b in fin.
Ignominia quando differat ab infamia 368 n. 4
Ignorantia invitum producit 44 b
facti quatenus excuset 1158 b
quibus liceat ignorare jus & quatenus 1157 n. 2
regula, quod ignorantia noceat in lucris, non in damnis, explicata 1157 n. 3
& objectiones quædam remotæ 1157 n. 4
an det conditionem 345
juris, quo lata culpa censetur 1157
juris quotuplex 1158
Illegitimi respectu matris nulli 549 n. 5
liberorum *illegitimorum* successio 270 n. 7
Illustres late & stricte sumti 561 n. 3
eorum forum 733 b
feminæ illustres an sine curatore obligentur 631 *
Imaginum jus signum nobilitatis 556 n. 2
Immobilia non rapi, sed invadi 365
res immobiles, quæ 127 n. 3
rerum immobilium dominium in Saxon. non nisi traditione judiciali transfertur 122 *
possessores immobilium immunes sunt in judicio a cautione, it. a nuda promissione 609 a & * 436 *
quales jure novissimo Sax. habeantur 436 ‡
Immunitas a muneribus quibus detur 1583
Impedimenta qualia admittantur, si partes in persona prima vice non comparuerint ad amicabilem compositionem 433 ‡
si citatus non comparens judicem de impedimentis certiorem non fecerit, quæ pœna 605 ‡
condemnatio in Ehehafften und behelfliche Wort Rede hodie in causis civilibus cessat 605 ‡
Impensæ quotuplices 422 n 36. 762 n. 17. 1214 a
quas possessor b. f. quas malæ fidei possessor ferret 109 n. 40
an de impensis in rem communem factis experiri liceat actione communi dividundo 840 n. 8
quomodo computandæ, sint infra melioracionem vel supra illam 771 n 10. 1215 n. 4
voluptuariæ ab hereditatis possessore b. f. possunt deduci 772 n. 11
conductor an repetere possit impensas finita locatione, quas se receperat esse facturum 1011 n. 7
quænam marito ab uxore dotis nomine restituantur 1215
quo sensu impensæ necessariæ dotem ipso jure minuant 1214 n. 2. 422 n 36
condemnatio in impensas 459 n. 3
utiles & necessarias conductor repetit 327 n. 11
fructuum gratia factas tam b. f. possessor, quam m. f. possessor repetit 763 n. 18
non fructuum gratia factæ, quatenus a m. f possessore repetantur 763 n 18
quomodo a possessore bonæ fidei in rei vindicatione repetendæ 771 n. 10
in ædificium solo feudali impositum factæ, an sint heredibus allodialibus refundendæ 110 *
an fructus consumpti & usu capti, qui a b. f possessore non solent restitui, cum impensis compensandi sint 772 a
an emolumentum ex impensis in fundum factis proveniens, ut postea notabile plus mercedis inde sit redactum, in calculum compensationis cum impensis veniat ibid.
an pater usufructuarius in bonis liberorum teneatur ad *impensas* litium de fructibus suis faciendas sine ulla repetitione 788 n. 12
in conservationem & culturam fundi factæ occupant primum locum in concursu creditorum 1052 ‡
funebres quomodo & quem locum in concursu occupent ibid.
Imperator quo sensu mundi dominus 920 a
Imperitia literarum an excuset a tutela 70 n. 8
literarum imperiti quomodo procuratorem constituant 1052 ‡
medici, quomodo puniantur 369 a & * 389 in fin. seq 827 n. 12
judicis 385 sq. 581 n. 1
Imperium quid & quotuplex 571 a
quomodo differat a jurisdictione 586 a
quibus modis finiatur 557 n 9
quatenus ei præscribatur
Imperium merum an possit appellari jurisdictio criminalis 559 a
583 n 4
quid & unde dictum 583 sq.
complectitur causæ cognitionem
mandari nequit ne hodie quidem; excepto casu absentiæ qui ad infirmitatem extenditur 584 n. 5
jus vitæ & necis ab eo est distinctum 585 a
gradus ejus sunt tantum tres 585 n. 7
magistra-

magistratibus æque proprium est ac jurisdictio 535 n. 6
Imperium mixtum quid 581 b
in quibus rebus consistat 582 n. 3
convenit etiam magistratibus municipalibus 582 n. a
ratus imperii meri & mixti, in hypothesi difficiles ad dijudicandum 1555 a
Impossibilis conditio in testamento pro non scripta habetur 195 a
in legatis quid 245 n. 33
contractus vitiat 305 b
vid. *Conditio.*
Impotentiæ quatuor species excusant a tutela 70 n. 6
Improbi & intestabiles qui 170 a
an possint testari 181 n. 7
Impubes quis 50 b
potest arrogari 336 b
an testis esse possit 1141 a
an obligetur 301 b in fin.
an furtum committere possit 363 a
testari nequit etsi callidus 179 n. 3. 1141 a
emancipatus sub qua tutela sit 54 n. 1
arrogati impuberis jus in successione 34 n. 6
impuberi arrogato an succedant parentes 272 a
an impuberis testimonium faciat ad præsumtionem 1141 a. b
vide *Minor.*
Inauditus causa licet manifesta judicioque summario nemo est condemnandus 719 b sq.
Incantatores an & quatenus puniendi 1509 a
Incapaces qui, relicta eis quibus cedant 191 b sq.
Incarcerationis injuriæ satisfactio quomodo fiat 1520 *
quousque detur actio de injusta incarceratione ibid.
vid *Carcer.*
Incendiariorum pœna 1502 a b
Incendii metu, qui ædes vicinas intercidit, an teneatur actione Legis Aquiliæ 3. 1 b. 822. 823 a & *
exorto incendio an præsumptio sit adversus patremfamilias 823 n. 2. & * it. Schol.
Incertitudo in stipulationibus considerata 295 a
Incestus & pœna ejus 473 n. 7. 1526 n. 9
quomodo in Saxonia puniatur 473 *
qui incestuosis nuptiis se funestarunt, extraneos heredes instituere nequeunt 182 a
Incestuosi an succedant 270 n. 8
diuturnitas temporis tribuit ipsis jura legitimorum 27 a
Incorporales res quæ 232 n. 10
an sint in Dominio 90 b
quomodo sub immobilibus contineantur, cum ab illis distinctæ sint 559 Schol.
Inculpata tutela 367 n. 2
Indebitum, quid, quotuplex & reliquum jus 344 n. 8
qui sciens solvit indebitum, non potest repetere 347 b
condictio indebiti 228 n. 7
solutio indebiti ibid.
Indictionis Romanæ omissio vel error in instrumentis commissus, an contractum faciat nullum 1127 *
Indigni quid 1349 tit. 9
quod iis relictum cedit fisco, exceptis nonnullis casibus 191 a. 1350
Indignitas, ejus causæ respectu testatoris, respectu testamenti & aliorum delictorum 1349 n. 2 3
Individuitas matrimonii explicatur 24 n. 4
Inducie debitoribus quo jure concedendæ 1455 b
Infames non omnes sunt intestabiles 170 a
causæ, quæ faciunt infames ex sententia vel pacto 655 n. 3. 4
possunt esse procuratores 657 a
Infamia quid, quotuplex, & infamiæ facti exempla 461
differt ab ignominia n. 4. 653 a
ex quibus causis & contractibus oriatur 461 n. 4
ex quibus per sententiam, & an stellionatus infamet 461 n. 4. 653
an ex injuriarum actione nascatur 655 n. 3
an infametur, qui bina sponsalia celebrat 1507 a.
an infamia notetur, qui sciens cum jam desponsata sponsalia contrahit 655 a & *
infamia sequitur illos, qui Judæo actionem contra Christianum competentem vendunt 655 *
genus pœnæ non esse causam infamiæ, nec cessionem bonorum, nec carcerem 984 *
effectus infamiæ 655 n. 4
finis ejus & usus hodiernus 655 n. 5
in tutoribus remotis hodie minus recepta 656 n. 5. 6. 7
metus infamiæ an restitutionem præstet 1248 a. 655 *
Infantes qui 77 n. 6
quamdiu tales 675 a
obligari nequeunt 57 a
an possint jus hereditarium transmittere in heredes 550 b
an per tutorum aditionem jus transmittendi hereditatem in heredes proprios perpetrare possint 301 a
eorum heredes 225 b. 227 n. 15
tutor ipsis sit autor 225 n. 12
expositio eorum quomodo punienda 57 a (1540 n. 3
Infitiando lis crescit in duplo hodie in his tribus actionibus, Legati piis causis relicti, Legis Aquiliæ, & Depositi miserabilis 1219 n. 5. 1508 n. 3
Inforciatum digestum 347 ‡
Ingenui 516 n. 3
qui jure eorum gaudeant 17 tit. 4
sufficit ad ingenuitatem partus, si mater modo aliquo gestionis tempore libera fuerit 7 n. 3
hodie omnes homines sunt ingenui ibid.
Ingrati actio an detur ibid.
Ingratitudo liberti adversus patronum servitutem attrahit 50 n. 2 b
donatarii quando donationem rescindat 16 n. 4 53 n. 2
Inhibitiones in judiciis possessoriis 156 n. 7
Inimicitia quotuplex & excusatio a tutela 457 *
capitalis quæ 70 n. 9
inimicitiæ causa illatum Damnum an is, qui patitur, culpa sua pati intelligatur 70 b
Injuria quid & quotuplex 825 n. 6
an fiat volenti 366 a. 374
nimis levis an ad actionem sit admittenda 374 a
an admitti possit, quæ sua natura non est, vulgo tamen pro injuria habetur 382 b sq. 1502 sq.
diferimen a contumelia 374 (& *
ejus in ebrietate & ira prolatæ pœna an mitigetur 377 a
verbalis quid 377 n. 3
realis quid 376 n. 2
æstimatio earum secundum circumstantias 379 n. 6

quis possit instituere actionem injuriarum 378 n. 4 sq.
an pater nomine liberorum suorum germanice emancipatorum actionem injuriarum possit 379 *
modus denunciandi injurias hodiernus Saxon 382 *
atrox quomodo puniatur Jur. Saxon. 382 *
debet judici deferri ab illo, qui injuriam passus est non obstante transactione inita sub pœna carceris 384 *
actio injuriarum an in heredes detur 439 *
actio an tollatur communicatione cœnæ dominicæ 384 sq.
an dissimulatione tollatur 384 n. 8
æstimatoria præscribitur anno civili 385 *
cum actione ad palinodiam cumulari nequit 383. *379 †
retorsio penitus sublata 376 *
an magistratus injuriarum teneatur 1503 n. 2
an magistratus injuriam sibi illatam æstimare sibique applicare possit 1503 n. 4
gravioris injuriæ magistratui illatæ pœna est gladius 382 *
an sententia injuriarum infamiam infligat 1507 n. 7
actiones injuriarum & æstimationes variæ 377 sqq. 1504
injuriarum pœna criminalis ad palinodiam quatenus sit in usu 383 b fin sq. 382 sq. & *
quid conscientia dictitet circa vindictam injuriarum 384 b sqq.
Injuriam non fieri volenti quid significet 374
Injustum & turpe quid differant 890 in fin.
Inofficiosum testamentum & querela inofficiosi, quid & quibus detur, quibus casibus cesset 209 sq.
vide *Querela.*
Inquilini castrorum 74 n. 17
Inquisitio criminum quando & quomodo fiat 1518 sq.
Inquisitorius processus in criminalibus, qualis jure civili & moribus 1519
comparatio hac parte juris civilis & Frisici ibid.
Inschult quid 89
Inscriptio in crimen modo olim facta 1517 a
an ab ea subscriptio in crimen differat 1517 a
Instantia quod & quomodo sint plures distinguendæ 716 n. 27
circumductio instantiæ quid 611 n. 5
Institor quid 426 n. 4. 921 a
quomodo differat a procuratore negotiationis 921 n. 2
Institoria actio quid 426 n. 4. 922 a
quomodo differat ab actione exercitoria 922 n. 3
Institutio heredis est basis ac fundamentum testamenti 191 b 1285
an si illa omissa sit, moribus hodiernis valeat testamentum 182 n. 2. 1285
in arbitrium alterius collata nullius est momenti 1293 in fin.
captatoria heredis institutio quænam 1292 b
quinam institui possint heredes 191. 274 a 1285
heredibus ex rebus certis institutis quid juris sit 193 n. 4. 1290 n. 7
heres ex re certa an habeat etiam jus accrescendi 1291 n. 8
herede ex usufructu scripto quid juris 1291 n. 9
herede ex solo usufructu instituto & post mortem ejus alio herede scripto quid juris 1291 a
de modis heredes instituendi 194 n. 6 sq.
quot heredes institui possint 191 a
qui heredes institui non possint 191. 253 in fin
in heredis institutione liberorum & parentum verba communia: habeat, accipiat, perveniat ad ipsum &c. habentur pro directis 191 *
Institutiones juris quando compositæ 3 n. 9
sæpe derogant pandectis 3 n. 10
quando pandectæ derogent institutionibus 3 n. 10
an inutilia & obsoleta in institutionibus contineantur 4 n. 13
Instit. quædam habent quæ in Codice & Pandectis non extant 4 n. 14. 33 n. 4 in f.
quo sensu totius elementa Juris 4 n. 14
Instructo quid contineatur 1336 n. 2
Instrumenta generaliter etiam testes complecti, non proprie nec usu vernaculo 1125 n. 2
divisio & quæ proprie publica 1125 n. 2
improprie publica esse, quæ per tabelliones fiunt 1126 n. 3
privata tres habentia testes idem valere cum his, quæ per tabelliones fiunt 1126 n. 3. & n. 14
requisita publici instrumenti Jur. Civ. cum moribus collata 1126 n. 4 1131
subscriptionem testium in notarialibus instrumentis magis esse necessariam, quam eorum nuncupationem in textu 1126 n. 5
in conflictu instrumenti & testium utris major fides habenda 1129 n. 11
in quibusdam rebus instrumenta majorem habent vim probandi quem testes 1130 n. 12
quo sensu verum sit, adversus instrumenta non audiri testes 1130 n. 12
privata non habentia tres testes ecquid probent 1131 n. 15 sq.
instrumenta Guarentigiata quid & eorum effectus 637
requisita horum 720 *
Guarentigiato instrumento intra biennium opponi potest exceptio N. N. P. 314 *
instrumentum obligationis sine causa debendi non habet vim probandi 898 b
an in instrumento publico defectus formæ & testium suppleri possit per juramentum 938 n. 19
dotalia sive nuptialia significant sæpius matrimonium ipsum 31 n. 39
instrumentorum traditione fundus traditus censetur 123 a
instrumentum publicum quatenus tribuat prælationem inter creditores 1262 a
instrumentum a notario scriptum & recognitum non habere vim probandi, licet testis sit, qui scripsit 1134 n. 21
nec etsi alio sine publicis actis fuerit insinuatum 1136 a
exemplar sive copia instrumenti semel a partibus agnitum, dein semper inter easdem partes habet vim probandi 1136 b
quo tempore instrumentum in judicio sit exhibendum 1136 n. 25
post conclusionem in causa nondum per in integrum restitutionem posse proferri 113- n. 26
instrumentum non probat, quicquid in eo scriptum, sed tantum id, de quo parces aliter conceptum est 137 n. 27
si instrumentum præter id, quod in controversia est, alia 1138 †
contineat instru-

instrumenti auctoritas in probando 306 a
exhibitio instrumenti sola non probat mandatum sive cessionem ibid.
scripturæ triplex vis 1138 n. 28
amissione instrumenti non tolli veritatem rei gestæ, modo aliunde probetur 1133 n. 29
& quomodo probatio hoc casu suppleatur 1138 n. 30
quæ publica autoritate munita sunt, in Sax. recognitione adversæ partis amplius non indigent 1125 ‡
recognoscibilia in termino recognosci debent, licet in iis renunciatum sit recognitioni 1131 ‡
peregrini idiomatis a jurato interprete versa quomodo sint producenda & recognoscenda ibid.
qua formula differri debeant ibid.
recognitio per testes quomodo fieri debeat 1132 ‡
allegatio instrumentorum quomodo in Saxon. facienda ibid.
inducta quomodo producenda 1137 ‡
si noviter reperta fuerint ibid.
instrumenta communia habenda sunt etiam, quæ extare alterius quacunque ratione interest 591 ‡
Instrumento legato quid contineatur 1336 b
Insula in mari, in fluminibus natæ quibus cedant 105 n. 35
in Saxonia cui cedant 105*
Intendit quid significet & qui peragantur 612 n. 6
Intercessio muliebris an sit, ubi correa sit 931 b sq.
mulieris vel vulgaris vel conjugalis 933 n. 9
an in vulgari intercessione mulieris defectus testium juramento suppleri possit ibid.
ab innocente conjuge facta, mitigat pœnam adulterii supplicis non autem duplicati 472*
Interdicta quid 448
an sint actiones in personam 449
species eorum diversæ 451 n. 3 sq. 456 n. 13. 1460 sq.
vetus eorum ordo haud plane alienus a more hodierno 458 b 1460
modus procedendi hodiernus 1469 sq.
interdicti summarissimi formam locum etiam habere in causis recuperandæ possessionis 1470 a
heredibus non tantum dari petitoria sed etiam possessoria judicia; scilicet adipiscendæ & recuperandæ, non retinendæ 1470 b
adipiscendæ possess. quot 451 n. 5
adipiscendæ possessionis non retinendæ dari heredibus qua talibus, recuperandæ tamen videri illis competere 1470 b
adipiscendæ possessionis quam similitudinem habeant cum actionibus in rem 452 n. 7
an sint actiones in rem an in personam ibid.
interdictum in forma cum inhibitione tantum a supremis curiis impetrari 1470 fin. sq.
interdictum retinendæ possessionis non dandum esse colonis contra dominos fundorum, etsi contra tertium illis vulgo detur 1471
retinendæ poss. quot 453 n. 8
an sit actio in rem 454 n. 10
recuperandæ possessionis 456 n. 12
interdicta de locis publicis, via publica, fluminibus, ripa & cætera 1462
interdictum aliquod esse tam retinendi quam recuperandi 1470
interdictum de itinere & actu tam esse petitorium quam possessorium 448. 1465
an de proprietate absque possessione 448 b
interdictum in translationibus veteribus Frisiis usitatum hodie non penitus obsoleviſſe 998 a
quorum bonorum vid. Quorum bonorum Interd. Salvianum vid. Salvianum Interd.
Interdicti & relegati quid differant 50. n. 3. 1557
Interdictio aqua & igni 50 n 3
Interesſen quid differant a Renten 1101 n. 12
id quod *Interest* quid 319 n. 4. 406 n. 19. 1109 f.
an usuras usurarum significet 1100 b
differt interesse ab usura 1097 b
ejus regula prima, de duplo non excedendo in casibus certis, ejusque usus 406 a. 1109 n. 31.
limita io regulæ ob dolum & aliter 1110 b
regula secunda: ne lucri & damni ratio sit extraordinaria, exemplo illustratur 406 a. 1110 n. 34
regula tertia: communem rationem, non propriam affectionem esse spectandam 406 a. 1111 n. 35
ejus quod interest taxationem valde lubricam esse atque incertam 1111 b
id quod interest præstando hodie non liberamur 296 ‡
moræ *Interesse* an peti possit in concursu Creditorum 1[illegible] ‡
Interlocutio quot modis accipiatur & quotuplex 1428. 7153 n. 26
principis quando vim juris habeat 12 n. 9. 545 n. 5
Interitus rei fructuariæ finit usumfructum 142 n. 14
partialis rei fructuariæ quando usumfructum extinguat ibid.
speciei debitæ quando tollat obligationem 345 n. 13
Interpellationis privatæ effectus 1103 b sq.
publica quomodo fiat 1104 n. 17
Interrogationes in jure & actiones interrogatoriæ quid, earumque usus vetus & recentior 845 sq.
Interrogationes probatoriæ 847 a
Interrogatoria 1152 n. 25. 1154 n. 29
quando exhibenda 1154*‡
quænam prohibita sint 1154*
an locum habeant, quando producens in positionum calce ita petiit: Rogo Domine judex, ut ex testibus quærere velis, numquid iis amplius de causa, quam hic positum est, compertum sit 1153 n. 28
de Interrogatoriorum impertinentia amplius jure moderno Sax. non est disputandum; sed judex ex officio impertinentes rejicere debet 1154 ‡
Interventio fit vel principaliter vel accessorie 667*
intervenire an quis possit principaliter etiam post sententiam vires rei judicatæ nondum consecutam 667*‡
ad interventionem pro emptore an teneatur Venditor 1091 b sq.
fatale interventionis 667 ‡
quando juramentum malitiæ locum habeat in intervention ibid.
Interversio quid, & ubi detur 356 n. 2
Intestabiles & improbi 170 b
an possint testari 182 b fin.
Intestati vox quid significet 49 n 3. 264 a
successio explicata 268 sq.
Intestatus pariter & testatus an hodie quisquam mori possit 1289
Intextura 106 a

Invasor rei immobilis an compensare possit 416 a
Inventarium ejus jus, modus & effectus 1306 n. 3
negari hoc hodie, si alius e cognatis pure adire velit 1307 b
an etiam uxoris cognatis negetur, si maritus pure adire velit 1306 b
non competere hoc hodie ipso jure, & a quo impetrandum 1307 a
quomodo confici debeat 221 n. 5
quando inchoari & absolvi debeat. ibid a
intra quot dies inchoandum & absolvendum, ubi & de moribus Frisiæ 1307
an etiam implorare possit is, qui res hereditarias apprehendit 1308 sq.
ejus faciendi modus & forma 1308 n. 6
ejus fructus & effectus 221 n. 5. 1310 b sq.
eo neglecto an heres etiam Trebellianicam amittat 1311 b sq. 222 a
an neglecto eo liberi amittant legitimam 1311 b sq. 222
neglecto eo an etiam legatariis teneatur heres ultra vires hereditarias 222 a. 1312 b
an etiam liberi inventarii neglecti pœnam sustineant 222 n. 6
inventarii vicem supplet specificatio jurata 222*
eo facto, quodnam sit heredis officium 1312 n. 9
heres inventariensis an etiam teneatur arrestis 1312 n. 10
abusus inventarii & remedia contra eos ibid.
crucis signum inventario olim adhibitum 1308 b
quare hoc abolitum ibid.
interimimentum inventarii quid 1310 a
a quo pronuncietur ibid.
quare jure Civili non usurpatum 1310 b
quinam ad illud vocentur 1310 b
a tutore faciendum quomodo & quibus casibus omitti possit 1240 n. 2
contra fidem inventarii a tutore confecti non admitti probationem ipsius contrariam 1240 b
Inventor rei in litore 100 n. 26
rei deperditæ quid juris & quid facere debeat, ut ne fur fit 100
rem retinet domino non inveniente 101 b
an dominium rerum inventarum adipiscatur ibid.
tertiam rei inventæ partem, duas fiscus adipiscitur, si intra sex septimanas proclamatione facta nemo comparuerit 101* 1413*
Investiti simultanee in feudo minoris tutelam suscipere tenentur 52*
Saxonici quatenus forum agnoscant Curias Provinciales 724*
Invitum quid & quotuplex 443 b. 675 fin.
an invitis Curator detur 61
nemo invitus actoris partes suscipere tenetur 708 b
ad testimonium perhibendum an invitus cogi possit 1147 n. 14 sq.
Inundatio an dominium, possessionem vel usumfructum tollat 106 n. 37
agri inundatione mersi decennio præscribuntur 106 b
Invocatio Nominis divini in instrumentis a Notario omissa an contractum faciat nullum 1126*
Joci innoxii non dant actionem, secus ac asperæ facetiæ 375 a
Ira an minuat injuriam 376 a &*.
Ire & ambulare an differant 131 b in fin. sq.
dicitur etiam ire qui equo aut lectica vehitur ib.
Irnerius 528 b
Italicorum jura 550 a
Iter quid 131 b
latitudo hujus servitutis ibid. *809*
Judex quid 464 a 701 n 4
quomodo differat a magistratu 299 a. 573 n. 3
quomodo differat a prætore 299 a
officium ejus in genere & in variis actionibus 464 b
quid differat a jure obligationis & actionis 465 b
quomodo finiatur 467 n. 12. 705 n. 10
circa examen testium præsentium 1152 ‡
circa impertinentia in Interrogatoriorum 1153 ‡
circa publicationem attestationum 1154 ‡
si post spatium ad positiones, quibus super probatione & reprobatione disceptatur, concessum a parte offeratur 1154 ‡ sq.
circa æstimationem 903 a
in judicio Communi dividundo 833 n. 4
an judex subditos suos coram proprio judicio convenire possit 703* ‡
pro tribunali sedens requiritur in adoptione 32*
an judex coram actis judicii sui recte referat 575*
an in judicio sua sibi hypothecam valide constituere, & sua immobilia bona hereditaria firmiter creditori oppignorare possit, absque consensu superioris Magistratus 575* 703 ‡
inferior juramentum malitiæ super appellatione deferre nequit 459 ‡
an coram proprio judicio subditos suos convenire possit 703* ‡
quid facere debeat, si aliter ipsi de facto constet propria scientia, quam liqueat ex actis & probatis 465 n 3. 1145 n. 9. 1433 n. 25
quando litem suam faciat & quomodo teneatur 347 n. 2 & Schol.
quis esse possit 702 n. 5
ejus ætas 702 n 6
an juris imperitus esse possit 701 n 4
an pater in causa filii esse possit 703 n. 8
in propria causa nemo nisi princeps esse potest 703 n 7
non potest locum æquitati facere contra certam legis sententiam 523 n. 13 532 n. 6
an possit sequi leges a jure divino discrepantes salva conscientia 1432 n. 24
judicis ratione propinquitatis prohibitio 703 sqq.
suspecti judicis recusatio quomodo & quibus ex causis fiat 709 n. 18 sq.
Pedanei judices qui 523 b sq 702 a
vide *Sententia*.
Judæus an possit actionem contra Christianum competentem Christiano vendere 984*
an possit actionem contra Christianum competentem a Christiano redimere ibid.
an in causis judicialibus contra Christianos ad testimonium admittendus 1142*
Judicatum solvi stipulatio qualis, quot ejus causæ 435 sq. 1493
de uno judicio facta, an & quatenus in alio judicio valeat 1493 n. 2
usus ejus rei 1434

Judi-

Judicati obligatio quid 353 n. 9
Judiciales dies solennes in pagis quovis anno instituendi 575 *
Judicium quid 392 n. 2. 701 n. 3
Christianis an licitum 700 a
late vel stricte sumptum qua pateat 462 b
e quibus personis constet 392 a. 701 n. 4
an quis per alium exercere possit 433
unde initium habeat 709 n. 17
intra quod tempus absolvendum 616 n. 8
quæ sint partes judicii tam ante quam post litem contestatam 709 n. 17
quando negligi possit ab illo, qui jus suum persequitur 700 a
Judiciorum species; Publica, Privata 712. 468
quomodo publica differant a privatis 468 a
Civilia, Criminalia 717 n. 29 & *
Petitoria, Possessoria 717 n. 30 & 449 b
Præparatoria, Principalia 717 n. 31
Ordinaria, Extraordinaria 718 n. 32. 457
Absolutoria quo sensu 439 n. 6
Duplicia 456 n. 13. & 706 n. 21 in fin.
quomodo publica differunt a privatis 468 a
accepti judicii significatio quibus casibus cessat 700 n 2
Juliani assertum de Servis 1402 *
Jura & actiones an etiam sub rebus mobilibus contineantur 126 n. 3 fin.
hoc *Jure* utimur, quid significat hæc formula 56 n. 4
Juramentum quotuplex & actio inde 401 n. 14
in Animam alterius hodie non admittitur 878 *
Calumniæ quid 457 n. 2. 878 *
præstat actor, qui a reo editionem instrumenti postulat 617 *
Generale quid 458 n. 2. 877 *
præstant pauperes jure novissimo Sax. 458 ‡
item minores ibid.
Conventionale quid 873 n. 7
ejus differentia a Judiciali 882 & ‡
Corporale quid 871 n. 3
Credulitatis 878 *
præstant nonnunquam heredes ibid.
heredes ad juramentum de credulitate obligati manent, licet is, qui se obtulit ad juramentum decedat 881 ‡
Dandorum & respondendorum cessat in Saxonia 459 *
Delatum 401 n. 14. 878 *
contra matrimonium locum non habet 874 *
ejus formula: in sein Christl. Gewissen Wissenschaft und Wohlbewust gestellet, hodie non attenditur, sed secundum distinctionem in facta propria, aliena & communia est ex officio pronunciandum 877 ‡
an in juram delato sufficiat in quæcunque facta adhibita solius jurisjurandi mentio 877 ‡
juramento delato reus in ultima saltim positione, quid sibi e re videatur, declarare debet 880 ‡
locum habet, sive in sententia actori reservata fuerit, sive non 880 *
Desertum 877 * ‡
pupillis & litis consortibus non nocet 875 ‡
quando juramentum suppletorium in sententia injunctum pro deserto habeatur 879 ‡
Diminutionis 886 *
hodie sublatum 886 ‡
Extrajudiciale cur non pariat actionem 401 b sq.
Judiciale 873 n. 6
Judicis 872 sq. & 878 n. 12
Justitiæ etiam Doctoribus hodie in Sax. injungitur 714 n. 25
in Litem 459 *
quotuplex 882 sq.
affectionis an in actionibus stricti juris locum habeat ibid.
hodie adhuc in usu 416 *
contra illud nulla admittitur probatio 879 ‡
Malitiæ ibid.
a probaturo tertiam dilationem petente præstandum est 459 * 458 * ‡
a minoribus, qui decimum octavum ætatis annum excesserunt, præstari debet 614 *
si testes peregrini producti sint, a producente præstandum; quandoque etiam ab advocato 458
an præstandum sit, si testes in diversis Saxoniæ locis commorantes super uno articulo aut circumstantia producti sunt 436 ‡
quando in interventione locum habeat 459 ‡
quando in reconventione admittatur 667 ‡
præstandum ab actore & advocato, si in editionis documentorum petitione, dolo aliquid inesse suspicatur Judex 714 ‡
in casu producti testis peregrini detrectans tam producens, quam advocatus, quomodo puniendus 436 ‡
contra malitiæ juram. delatum Leuterationes plane improbantur 459 ‡
hoc juramentum judex inferior super appellatione deferre nequit 459 ‡
Matri tutrici remittitur 53 n. 3
Minorationis 886 *
a reo actori referri nequit 886 *
Minoris quo anno exigi possit 875 ‡
Necessarium quid 872 n. 6. 879 n. 12
Pauperum quomodo præstandum 875 ‡
a minoribus, si decimum octavum ætatis annum excesserint, præstari debet ibid.
Præstitum quando censeatur 881 *
effectus ejus 881 n. 16
pro præstito habetur, si qui legitime ad illius præstationem se obtulit, decedat 881 *
quod in juramento judiciali & omnibus aliis nunc secus est, heredibus ad de credulitate jurandum obligatis 881 ‡
Purgatorium quid 879 n. 12 a & *
an præferendum sit in matrimonialibus juramento suppletorio 1163 n. 12
in hoc juram. præfertur juramentum veritatis juramento credulitatis 879 ‡
in hoc juramento probatio pro exoneranda conscientia non admittitur 879 *
Relatum quid 401 n. 14. 877 *
relato super iis factis, in quibus relatio locum non invenit, is qui retulit, ad præstationem juramenti præcise tenetur 880 *
Subjectionis 1142 b & *
Suppletorium quid & ejus usus 879 n. 13 & *

an

an in causis matrimonialibus locum habeat 880
Schol. 1163 n. 12
in suppletorio præfertur juramentum Veritatis juramento credulitatis 879 ‡
si sententia de suppletorio lata in rem judicatam abiit, & juraturus in termino præfixo non comparens, aut comparens se juraturum neget, jusjurandum pro delerto habendum 879 ‡
Testatoris de non mutando testamento quam vim habeat 204 sq.
Testium an remitti possit ab adversa parte 1152 a & *
Veritatis 882 sqq.
Voluntarium quid 873 n. 6
Zenonianum adhuc hodie in usu 836 ‡
juramento, se non deberi, hodie inseri solet hæc formula: Jurantem nec iliam summam, nec plus ea, nec minus debere 420 ‡
ita jurare detrectans, condemnatur in omnem libello expressam summam ibid.
juramentum remittendi facultas speciale mandatum requirit 658 ‡
juramentum pro præstito habendi facultas requirit speciale mandatum ibid.
vid. *Jusjurandum.*

Jurata Renunciatio exceptionis N. N. P. 314 Schol.
Jurata specificatio vid. Specificatio.
Juridicus Alexandrinus quis 570 tit. 20
Jurisconsulti quot eorum sectæ 528
quotuplex eorum officium 650 n. 11
Jurisdictio quid differat ab imperio 571 a
ejus homonymia 571 a
definitio 572 n. 2. 573 a
quid differat a notione 532
an præscriptione tolli possit 586
perpetuatur in jus vocatione 599
quibus modis finiatur 585 a
non sunt jurisdictionis, quæ ex lege speciali competunt 574 n. 4
an ita moribus hodiernis 574 ib. in Schol.
diversitas jurisdictionum quatenus mutet causam fori 851 n. 9
Aliena 576 n. 7
Alta 580 *
Allodialis 580 a
Bassa 580 *
Civilis 580 n. 13
Contentiosa 575 n. 6
Criminalis 580 n. 13 sq.
non est terminus juris 580 a
Ecclesiastica 580 n. 13
Extraordinaria 568. 580
Feudalis 580 a
Forestalis 580 a
Hereditaria Germ. quomodo differat a Romana 575 n 5
ubique in Europa habetur, præterquam in Anglia & Frisia 575
Mandata 576 sq.
an comprehendat executionem: executio mandata an & cognitionem 570 tit. 21. 576 n. 8
non comprehendit ea, quæ sunt Legis specialis ibid.
Militaris 580 n. 13
Municipalis ibid.
Ordinaria 569
Patrimonialis quæ 575 n. 5 & * 631 Nov. Addit.
hujus subditi omissa prima instantia ad Curias Provinciales vocari nequeunt 575 *
feminis quoque competit: & frequentissima est ib.
Personalis 580 n. 13
Propria 576 n. 7
Prorogata quid & ejus requisita 576 sq.
non potest in effectum deduci, nisi is, qui se submisit, deprehendatur in territorio jus dicentis 578 n 12
nulla est de loco ad locum, nec de tempore ad tempus 577 n. 10
de causa ad causam, quem usum habeat 578 n. 11
vid. *Prorogatio.*
Provincialis 580 n. 13 sq.
Realis 580 n. 13
Secularis 580 n. 13
Voluntaria 575 n 6
hujus jurisdictionis actus judex in Judicii sui actis ipse expedire potest 573 *
Urbana 580 n. 13 sq.
Juris Error 345
Juris ignorantia vid. *Ignorantia.*
Juris infamia 461 n. 4
Juris peritus quid 701 n 4
Juris præcepta explicantur 6 n. 8
Jurisprudentiæ definitio explic. & methodus stud. 6 n. 5 sqq.
est disciplina practica 3 n 8
differentiæ inter theoreticam & practicam ibid.
Juris sui & alieni qui sunt 20 tit. 9
Jus quot modis dicatur 5 n. 3. 5 n. 6. 521 n. 10 sq. 517 n. 2. item 547
unde sit appellatum 521 n. 9
quot dentur juris objecta 15 n. 14. 546 a. 547 a
studium juris est theoretico-practicum 3 n 8
quatenus advocato futuro discendum & qua methodo 651 a
novi juris statuti vel impetrati pœna 587 a
an ad heredes pertineat 587 n 5
jus dicentis officium quid complectatur 583
Jura sunt res incorporales & cur tamen sub hypotheca mobilium & immobilium contineantur 126 n. 3
Jurium retorsio 583 n. 8 & *
origo omnis juris hodie residet in Lege sive placita summæ potestatis 13 n. 11
Juris species 238 n 22
Jus Accrescendi quid 7 n. 9
Cæremoniale 10 n 5
Civile quid 1269 n. 17
juris civilis scita, utcumque subtilia, non dicenda esse absurda, licet eorum ratio nobis sit obscurior 10 n. 6 & 7
quotuplex sit jus civile
Congrui vid. *Retractus.*
pro Deo an recte ita appellatur jus miserabilium 735 n 62
Dotis an sit jus in re 94 n. 16. 392 a
Gentium quid, & quotuplex 8 b 9 n 3. 4
Morale Mosaicum 7 n 9
Municipale quomodo differat a Civili 10 n. 5
Naturale quid 8 n. 1
quotuplex 9 n. 4
est immutabile 14 n 13
potest

potest tamen applicari ad usus Reipubl. ibid.
quid significet addere & detrahere juri Naturæ 14 n 15
Perfectum & Imperfectum Grotii distinctio rejicitur 521 Nov. Addit.
Personarum 15
Postivum quid & quotuplex 6 n 9 sq.
Possessionis an sit jus in re 393 a. 449 n. 2
Postliminii 39 n. 3
Prætorium opponitur Juri Civili 13 n. 10
Privatum quid 8 n 10
vocatur crebro jus publicum 8 n. 10
Publicum quid 8 n. 10
Regum Israelitarum quid 21 a 553 a
Res impositum per servitutem & contractum quid differant 801 n 5
ad Rem quid 89 n 12. 521 b
differt ab obligatione 393 n. 4
magis proprie in personam appellari posset 393 a
in Re quid & quot ejus species 89 n 12 521 b
quales inde nascantur actiones 392 b sq.
divisio juris in re & ad rem non est ex jure Civili sed Canonico 89 n. 12
Romani juris origines & progressus 525 n. 5 sqq.
Scriptum & non scriptum 11 n. 7
verus autor & proxima causa juris non scripti 11 schol.
Trium liberorum 68 a
Vitæ & necis dominorum in servos 20 n. 2
Vocatio in Jus 462
Juramentum an sit licitum 869 sq.
quid sit 870 n 2
quotuplex 871 n. 5 sq.
quo modo præstetur 871
an sit probationis species 1117
an sit species novationis 402 n. 15
invocatio Numinis haberi potest pro juramento, non adjeveratio per fidem boni viri, Nobilis aut Principis 870 sq.
viva voce debet fieri, non sufficit prælectio & subscriptio 871 n 3
per Deum solum esse jurandum 870 sq.
actus jure nulli per jusjurandum non confirmantur 872 b &*
promissioni rei turpis adjectum an obliget 305 n. 9
ejus exceptio 444 n. 6
ejus actio 444 n. 7
an prohibitum sit in Compromisso 695 n. 2
an effectus litis contestationis habeat 715 a
princeps qui possit gratiam facere pejurandi 872 b
Judiciale dividitur bifariam & termini explicantur 872 n. 6. 878 n. 12
a partibus delatum in quibus rebus locum habeat 874 n. 8
an in matrimonio ibid. &*
an in delictis 874 a
quinam deferre possit 875 n 9
quibus deferri possit 875 n 10
an pupillo ibid.
an clericis 876
in animam alterius est improbandum 878 n. 11 &*
qui universitatis nomine jurent 875‡
an per procuratorem præstari possit 878*

quibus casibus recusare liceat 877 n. 11
quo tempore est deferendum & præstandum 880 n. 14 sq. & *
quando pro præstito habeatur 881 *
ejus effectus, & an sit novatio 402 n. 15. 443 n. 5.
ne quidem ob perjurium retractatur 881 n. 16
in litem quid & omnis ejus usus 882
vide *Juramentum*. 882 sqq.
Justitiarium requisita 575‡
Justitia definitio, ejus jus & solida explicatio 5 n. 2. 517 sq.
juridice considerata spectat ad particularem justitiam 519 n 4
divino Aristotelica in universalem & particularem (5 n. 4. 518 n. 3
in expletricem & attributricem 520 n. 7. 8
Grotii divisio est doctrina veterum 5 n. 3
justitiæ commutativæ & distributivæ ut & proportionis geometricæ & arithmeticæ differentia 519 n 5 sq
de proportione justitiæ in contractibus & delictis 520 n. 6
Vinnii sententia de una justitiæ specie expenditur 520 n. 7
Amesii reprehensio definitionis justitiæ refellitur 517 sq.
denegata justitia est causa fori mutandi 743 n. 78
Justum quandoque in jure significat solenne 165 a
Jussus quid comprehendat 425 n. 2
actio quod jussu 425 n. 2
parentis quid significet in matrimoniis liberorum 26 b
in *Jus vocatis* recte vocatur initium judicii 591 a
quando omitti possit 591 n. 3
ejus effectus 598 n. 19
magistratuum & ad domum an hodie recepta 591 n. 2
quinam prohibeantur in jus vocari 591 n. 2
in jus rapiendi mos quando mutatus 590 a
vide *Citatio*.

K.

Kalendarium quid, & an debitum civitatis e kalendario sit idem, quod hodie debitum fœnebre civitatis 944 a
Kleinodien quid significent 1341 n. 4
Kniffe proventus partium metallicarum non toti, sed eorum usufructus competit marito in bonis uxor. 784 *.

L.

Labeonis ingenium & comparatio cum Capitone 111 n. 43. 528 a in fin. b
Laccus viri quid apud veteres 827 n. 16
Laconicum jus 11
Lacus immensi & perpetui, quales in Frisia, jure fluminum uti 1412
Lesio minorum non facile præsumitur, si curatores habeant, nec crebro restitutio conceditur 63 n. 4
ultra dimidium an transactionem faciat nullam 642 in fin. 13 &*
Lapilli a gemmis quid differant 59 n. 26. 1341 n 4
Laß und Abgaben Briefe hominum propriorum 18*
Lata Culpa vide *Culpa*.
Lata fuga 50 n 3
Latinorum Jura 550
quænam fuerint tempore Augusti 18 n 3
Latronum pœna 1501 * 1502 *

Laudemium quid & an latinum 326 n. 7
ejus quantitas est varia 708*
ab ejus præstatione liberantur descendentes, scil. prima investitura comprehensi ibid.
Laudum quid, ejusque effectus 698 n. 7
an a laudo appellari possit 698 n. 9
reductio a laudo quomodo petenda 698 a
Legatarius an in testamento possit esse testis 172 n. 16 1267 n. 9
quomodo rem sibi legatam usucapere possit 152 n. 4
ipsi non plus debetur ab herede inventario neglecto, quam est in hereditate 222 a
quam culpam præstet 256 n. 12
si illi alimenta ex certo fundo præstanda legata sunt, in feudo illo jus hypothecæ habet 1340*
quomodo hypothecam hodie nanciscatur 1038‡
Legatum quid 227 in fin. 1325 n. 2
observationes quædam ad definitionem legati 1325
differentia ejus a fideicommisso 228 n. 2. 1326 b
subsistit, licet testamentum nullum fiat propter præteritionem institutionis liberorum 182*
subsistit quoque licet testamentum nullum fiat propter præteritionem institutionis matris & ascendentium maternorum 182*
subsistit, si filius silentio in testamento præteritus in voluntate paterna acquiescat 182 n. 2
quomodo res aliena legata præstanda 230 n. 6 & 7
quæ res legari possint 228 n. 3 sq.
an legatis extra commercium constitutis debeatur æstimatio 229 a
res aliena quomodo legari possit 229 n 4
si res una duobus testamentis legata sit, quid obtineat 230
res una legata quibus modis censeatur 234
re principali legati perdita, an præstari debeat accessorium 234 n. 15 sq.
quibus legari possit vel non possit 237 n. 10. 1330 n. 11
quomodo incertæ personæ legari possit 237
quibus legatariis jus accrescendi competat 238 n. 22
discrimen inter separatim & conjunctim legatariis relicta 239 n. 23
an legatum a testatore vivis præstitum, post mortem maneat legatum 228 a
an heres ex errore juris integra solvens possit deinde Falcidiam condicere 345 b
quid juris, si res legata pereat 233 n. 14 sq.
quid juris, si res legata aucta sit 235 b. 250 a
de modo legendi sub conditione, pœna, modo, demonstrationis causa 243 n. 28 sqq.
an falsa causa legato adjecta noceat legatario 243 n. 29
de die legati cedente 245 n. 33
actiones legatorum 245 n. 33 sq.
executive institui possunt 246*
an & ex quo tempore heres in fructus & usuras legatorum teneatur 246 n. 37 (251 n. 7
quid prius heredi faciendum sit, antequam legata præstet
an in legatis usuræ ex mora præstandæ sint 1104 n. 16
ademtio & translatio legatorum quid, quibus modis fiant 182 n 2 & *
quibus modis legata deficiant 239 n. 23
si testam. per quer. inoffic. rescindatur, an vitietur legatum 248 b
quibus casibus, legata hereditate non adita debeantur 250 n 5. 1325
Legatum Annuum quid, ejus differentia a legato annua, bina, trima die relicto 1331
est multiplex 1331 n 2
an sub legato rerum immobilium & immobilium reditus quoque annui comprehendantur 1271 b
una præscriptione non tollitur 1331 n 3
intra quod tempus præscribatur, ad Saxon. 1331*
relictum ecclesiæ aut reipublicæ purum & perpetuum 1331 n. 4
quomodo conveniat cum legato usufructus & quomodo ab eo discrepet 1332. n 5
Debiti 233 n. 13. 1343 sq.
Dotis 231 sq.
Generis 235 n 18 1334 n. 4
vid. *Genus*.
Geradæ 1336*
Habitationis annuæ cedit in principio anni 1333 n. 5
Instrumentum legatum quid; instrumento legato quid contineatur 1336
Instructi fundi & instrumenti legati discrimen 234 n. 15 1336 n. 2
Liberationis 232 n. 10
quibus modis tollatur 233 n. 12. 1344 b
hujus legati forma 232 b
an liberationis legatum quando heres ad tempus petere non debet 232 b
Nominis 232 n. 10. 1344 b
quibus modis tollatur 233 b
Operarum cedit tempore petitionis 1338 n 5
Optionis 236 n 19
Pius causis relicti actio est pœnalis 347‡
Reditus quomodo differat a legato ususfructus 1332 n. 4
Rei extra commercium positæ non valet 229 n 3
Rei alienæ & jus ejus 229 n 4 sq 1327 a
legata re aliena empta, legatarius pretium ejus consequitur ex testamento 1327
non efficiens rem sibi vel pure vel sub conditione legatum cuetur 1327 a. 230 n 6
Rei heredis propriæ valet 229 n 5
Rei legatarii propriæ non valet 231 n 8
Rei a legatario emptæ nec dum vero traditæ vel solutæ valet; vel traditæ necdum vero solutæ, aut solutæ quidem non vero traditæ 1328 n. 6
Rei legatori cum alio communis tota debetur 1328 n 7
nisi pro mea parte vel quatenus meam dixerit 1329 b
Rei a testatore & legatario simul emptæ valet 1328 n 8
Rerum incorporalium 232 n. 10
Servitutis immediate acquiritur 1333 in f.
ejus discrimen a legato ususfructus 1333 fin.
Ususfructus quomodo conveniat & quomodo differat a legato annuo 1333 n. 3
quomodo differat a legato reditus 1333 n 4
quomodo a legato servitutis 1333 in fin.
Legatus Proconsulis quo sensu nil proprium habere dicatur 563 tit. 16 n. 2
1583
Legati quid & jus eorum 743 a 602 n 6 a
an possit arrulo derineri 742 n. 77
eorum privilegium fori
Leges an recte appellentur singula responsa in pandectis 516 a
vici-

vicinorum & mores quem habeant valorem 536 n. 14
an Christus leges novas tulerit 7 b
vide *Lex*.
Legitima pars hereditatis quid, quanta & omnis ejus doctrina 214 n. 9
an debeatur matri in casu substitutionis pupillaris a patre factæ 201* 746 n. 7
requiri titulum institutionis 218 b. 750 n. 15
an pater jubere possit, filium usufructu esse contentum, aut fideicommisso universali, vel si nolit, ut solam percipiat legitimam 750 n. 16
an debeatur Aviæ, Avoque paterno & materno in casu substitutionis pupillaris a patre factæ 201*
ejus usufructus an ad patrem pertineat, si filius ab avo heres institutus sub hac lege: ne pater usumfructum hereditatis, nec legitimæ capiat 748 n. 12
liberorum & parentum mortua uxore supplenda est a marito ex mobilibus, si immobilia non sufficiant 276*
an eam liberi a patre vivo exigere possint 214 a
an possit per leges novas minui aut aboleri 214 n. 10 & *
minuitur si allodium in feudum conversum fuerit 214*
quomodo parentes legitimam non accipiant 215 n. 10
ejus quantitas 215 n. 11
an in legitimæ quantitate constituenda etiam numeretur legitime exheredatus 749 n. 14
an in testamento præteriti, in quantitate legitimæ constituenda, sint numerandi 749 sq.
an legitima parentum sit triens 215 a & * (214*
parentum tolli nequit per statutum, bene tamen minui
an ea, quæ filius per modum legati, donationis mortis causa aut alio modo a patre nactus est, ei in legitimam imputari possit 219 a (215 n. 12
an possit onerari legato, fideicommisso aut conditione
non potest relinqui in fructibus aut in proprietate, sed e rebus substantiæ paternæ ibid.
si legitimæ tale gravamen adjectum sit, quo substantia legitimæ diminuatur, non datur querela, sed condictio ad supplementum legitimæ 216 a
si pater prohibuerit, ne de legitima æs alienum solvatur 749 n. 13
Legitimæ Aviæ & matris non præjudicatur nec expressa, nec tacita pupillari substitutione 201*
Legitima antiqua quomodo differat ab hodierna 750 n. 15
an filius neglecto inventario amittat legitimam 222 n. 6
Legitimati, an habeant querelam inofficioli 210 n. 3
horum per subsequens matrimonium & per rescriptum principis differentia in successione 270 n. 6
Legitimatio quid, quotuplex & modi legitimandi 30 n. 18 sq.
non est legis actio nec actus legitimus 555 n. 9
per subsequens avi matrimonium prodest nepoti ex filio notho 555 n. 10
Legitima tutela quid & omne jus ejus 49
Legitimi Tutores an accusari possint 76 sq.
Legitimi nascuntur liberi ex concubitu ante Copulam sacerdotalem facto, modo spons. publ. præcesserint 24*
legitimorum jura nanciscuntur quoque incestuosi ex diuturnitate temporis 27 n. 10
Lehnwahre, quomodo præferatur in concursu 1052 ‡
Leibeigene, eorumque conditio 16* 18*
vid. *Proprii*.
Leiben, Lehnen, latissimæ significationis voces in jurisprud. Germ. 911*
Le mort saisit le vif, dictum forense non habet locum in Frisia 477 n. 3. 1415 b
Lenocinium quid & pœna 1525 a & * 1526 n. 11
Lenones an possint esse testes 1141 b
lenonibus similes sunt & puniuntur mariti, qui uxores in adulterio deprehensas retinuerunt, & adulteros dimiserunt, vel aliquid de adulterio uxorum suarum ceperunt 472 a
de *Leotychide* natalibus disceptatio Spartæ 1218 a
Lethalitas vulnerum 1551 n. 4
Leuterationis remedium quale 1559
fatalia Leuterationis 1559*
prosecutio ejus an scriptis facta pro deserta habeatur 649*
in prosecutione ejus si quis non compareat 1560 ‡
locum non habet in possessorio summario 454*
sed ex officio rejicienda 1560 ‡
non admittitur contra juramentum malitiæ delatum 459 ‡
non admittitur ob errorem *in verbis*, nominibus, numeris, foliis &c. commissum 1560 ‡
in inferioribus judiciis non nisi semel contra sententiam Leuterationis remedio uti licet ibid.
Lex quid 11 n. 8. 529 sq.
non requirit scriptum ad essentiam 11 b
quo sensu sponsio & commune præceptum dicatur 529 sq.
iniqua quomodo obliget 532 n. 6
ejus virtutes 533 n. 9
varie dividitur & quid sibi divisio in perfectam & imperfectam velit 536 n. 11
a quo tempore valeat, & num ad casus præteritos referatur 534 sq.*
quatenus quod contra eam fit, ipso jure nullum est 536 a
ejus interpretatio quomodo & a quo fiat 536 n. 12
cujus sit eam tollere 536 n. 13
quid sit legi derogare, abrogare, obrogare, subrogare ib.
conflictus LL. in diversis imperiis 538 sq.
quam habeat vim, si non sit generalis 537 n. 14
omnis lex habet aliquid ex iniquo, quod utilitate publica contra singulos expenditur 1265 b
sufficit si in universum reipubl. sit utilis ibid.
distinguendum est inter narrationem & dispensationem legum 85*
lex & plebiscitum cur rogationes dictæ 11 sq. n. 8
Legis actiones quid 525 b. 575 b
quomodo differant ab actibus legitimis 555 n. 9. 575 b
Lex Aelia Sentia 18
est juris proprii Romani 10 b sq.
Aquilia 367 sqq 822 a
ejus caput II & III. quid statuat 371 n. 6 &*
actio Legis Aquil. est pœnalis adhuc hodie 347 ‡
Ἀξίωσις sq sq ad L. Rhod. de jact. explicatur 918 sqq.
Commissoria 979 sq. 1036 n. 17
si Contendat, & remedium ex hac lege 708 b
ex hac lege provocatus si quis non compareat 709 ‡
Cornelia de falsis cur testamentaria dicta 375 a.
1269 n. 16
Corne-

Cornelia de injuriis 380 n. 7
licet criminalis animadversionis ergo lata, tamen & civiliter ea potest agi 80 n. 7
Cornelia de Sicariis 474 a. 1530 sqq.
Diffamari 708 a b
Falcidia 248 sqq 1353 sq.
est juris proprii Rom. 11 b
Furia 248 a b
Fusia Caninia 20
Accursii etymologia hujus legis 20
Papia 265 tit. 8
Regia 12 n. 9
Rhodia de jactu ejus sententia 916
de quo jactu loquatur ibid n. 2
an & de casibus fortuitis direptionibusque piratarum loquatur 917 n. 3
an & nave pereunte valeat ibid. n. 4
contributionis & æstimationis modus 918 n. 5 sqq.
actio, quæ inde datur, & quando cessat ibid. n. 7 sq.
de Vendit. Resc. l. 2. exponitur 985
non habere locum extra emptionem venditionem probatur 987 n. 6
aliquando nec in emptione venditione, si res incerta sit ibid.
an & in auctionibus publicis ibid.
an & scienti pretium detur ibid. n. 7
qualis sit actio ex h. l. 988 n. 8
Voconia 248 a. b
XII. Tabb. cur æque non dederit curatorem mentecaptis ac prodigis 64 b
Libellus quid & quotuplex 420 a. 618. 1426
ejus modus & virtutes 618 n 5 & 7
ejusdem vitia 619 n. 8
intentionis quid 612 n. 6
conclusionis in libello monumentum 618 n. 7
in libello nomen actionis & causa petendi an necessaria 592 * 619 n. 8
actionis in rem & in personam instituendæ discrimen 619 n. 8
clausulæ libelli forenses ibid. n. 9
correctio libelli 425 a. 621 n. 11
jus futurum quando ingrediatur libellum 622 n. 13
actionum in libello cumulatio 424 b 620 n. 9. 10 sq.
quando in uno libello plures actiones conjungi non possint 620 *
hodie plures tribus conjungi possunt quomodo 620 ‡
mutatio libelli 420 n. 35 621 n. 11
libello in termino demum mutato actor in expensas condemnatur 420 *
mutatio libelli quando fieri possit 421 b * ‡
emendatio libelli 420 n. 35. 621 n. 12
quatenus emendare liceat 621 ‡
articulatus non permittitur, nisi quod liceat in processu accusatorio indicia articulis complecti & subjicere libello 618 *
alternativus & conditionalis an valeat 619 b
in actione hypothecaria alternativus, ut vitiosus, non est rejiciendus 620 ‡
si in libello alternative non petitum, ubi de jure opus erat alternative petere, in sententiando suppleri debet ibid.
Libelli tenor & copia regulariter Citationi inseri debet 592 *
an obscurus & generalis haberi possit, si in eo certa summa, plus minusve petatur, dummodo de fundamento agendi constet 420 ‡
si obscurus & ineptus deprehendatur, quando rejici & quomodo actor puniri debeat 619 ‡
an libello conventione partium renunciari possit 616 b
quatenus hodie renunciare liceat 421 ‡
in libello clausula salutaris omissa nihil præjudicat 620 ‡
principi oblatus an habeat effectus litis contestationis 714 b
Libellus in Camera Imperii Germ. qualis 1119 *
supplex quando offerri nequeat 1426
rescripta ad libellos quomodo formentur, & an habent effectum rei judicatæ 1426 sq.
Libelli famosi pœna 377 b. 378 n. 5
pœna ejus quando cessat 377. 378 *
Liberales artes excusant a tutela 71 n 11
Liberationis legatum quid, qua forma relinquatur 1344
Liberatio per præstationem ejus quod interest, penitus sublata 296 ‡
Liberi, eorum successio 268 n. 3. 269 n. 5
an sint membra familiæ 552 b
quot a tutela excusent 68 b
eorum in bonis parentum hypotheca 1040 n. 3 & *
hodie quid juris 1038 ‡
illos exponendi & vendendi apud veteres jus & mos 1219 b 1540 1508 n 3 554 a
durante matrimonio nati, maria esse intelliguntur, quam diu contrarium plenissime non probatur 121 n 2 & 3
extra justas nuptias procreati diversi 270 n. 6 sq.
emancipati quomodo succedant 265 a
naturales sibi invicem succedant 1387 b
nefarii an nullo modo alendi 270 n. 8
an succedant ibid.
ex legitimis nuptiis procreati patrem sequuntur 17 n. 2
quicquid absente captivo patre acquirunt, pertinet ad patrem ex captivitate revertentem 39 n. 3
liberorum testamenta hoc casu irrita fiunt ibid.
an possint a parentibus vivis legitimam in antecessum petere 748 n. 11. 214 b
eorum jus retractus in subhastationibus 992 ‡
trium jus 68 a
non conceduntur, si filius adoptatus existat 36 n. 10
corruptio quatenus actionem det parentibus 855 n. 3
præteritio cujus effectus 182 n. 2 sq. 1271 n. 2
habent querelam inofficiosi 210 n. 3
venditio an & quatenus patribus permissa 554 sq.
an neglecto inventario legitimam servare possint 222 n. 6 sq.
an dona nuptialia & dotalia conferre debeant in successione 269 *
ante copulam sacerdotalem nati habentur pro legitimis, si publica præcesserint sponsalia 24 *
liberis deficientibus, si uxor ex mariti bonis tertiam partem capiat, conferre tenetur geradam & omnia sua bona 276 *
liberis licet extantibus, Lipsiensis uxor tertiam partem capit, retenta Gerada ibid.
eorum appellatio quid differat a filiis 48 n. 4
Liber nascitur, cujus mater fuit libera 17 n. 2

liberorum hominum divisio 17 n. 2
Libertus quid, & quid sensus definitionis 15 n. 2
ejus impedimenta per legem Aeliam Sentiam 19 tit. 6
per Fusiam Caniniam 20 tit. 7
directo nulla fraude interveniente data non rescinditur, licet ex eventu facultates defuncti creditoribus non sufficiant 19 n. a
per fideicommissum data solo eventu revocatur ibid.
an in Codicillis dari possit 265 b
Libertini quid a libertis differant; eorum discrimen & abolitio 17 tit. 5
Libertus ratione suæ personæ patrono perinde ac filius parenti debet reverentiam 1382
eorum tutores legitimi patroni 51 b
ejus juramentum de præstando munere, dono 1383
ingratus aliquando in servitutem revocatur 1382 a. 16 a. 50 b n. 4
orcinus, charonita 259 n. 3
de libertorum successione & adsignatione 265 b
Librorum juris historia 525 sq.
Licitatio in venditionibus publicis 978
quid juris hodie circa licitationem 978 ‡
Licitator posterior, si non solvendo sit, prior, qui ab eo superatus erat, non censetur liberatus 978*
secundum statutum Lipsiense præstare debet cautionem de non pœnitendo 978*‡
hodie oblatio ad idem, quæ olim illi, qui jure primi liciti gaudebat, concessa fuerat, penitus sublata 978 ‡
Lieblohn quomodo creditoribus præferatur 1051*
quid hodie juris 1052 ‡
Linea quid & quotuplex cum Jure Civili, tum Canonico, & regulæ computationis 28 a sq.
Lingua imperitia an obstet in testament condendo 169 b
subtilis linguarum differentiæ exemplum 763 n. 4
Lipsiensis uxor ob speciale statutum, etiam si liberi sint superstites, ex defuncti mariti bonis capit tertiam partem, & retinet Geradam suam 876*
Lis pendens non est statim ab in jus vocatione 598 b
Lis inter pupillum & tutorem prohibet tutelam 73 a
Lis inficiando crescit in duplum in actione Legati piis causis relicti, Legis Aquiliæ & Depositi miserabilis 347 ‡
Literarum comparatio qui fiat & quem habeat effectum 1132 n 16
vid. *Comparatio.*
Literarum imperitia excusat a tutela 70 n. 8
Literarum obligatio quid, ejus origo, doctrina 313 sqq.
est juris proprii romani 11 a
est distincta obligationis species, & demum post biennium nascitur 315 n. 3
causa literarum obligationis 316 a
se non extendit extra terminos mutui 314 a
Lites quo tempore finiendæ 616 n. 8
Liti quinam in Frisia olim fuerint appellati 551 a
Litigatorum temeritas & pœna 457 sqq.
an litigator temerarius sit is, qui JCti celebris judicio sublevatus fuit 460 b
Litigiosi exceptio & usus ejus 1478 sqq.
rem litigiosam alienantis quæ pœna 1478 n 2 sq
actiones personales quando fiant litigiosæ 1479 n. 3
Litis contestatio unde dicta 711 n 21
quid sit 440 b. 711
apud judicem an apud prætorem olim fuerit facta 711 n. 21
quid a litis constitutione differat 711 b
an fiat etiam per exceptiones 712 n. 22
quomodo fieri debeat 713*
dist. in affirmativam & negativam 713 b
ejus effectus 713 n. 23
quos inter usucapionis interruptio sine discrimine juris antiqui & novi 713 sq.
ejus effectus per novationem 599. 353 n. 9. 713 n. 23
an sit propria causa præstandi usuras 1104
status litis qualis & quotuplex 711
post litis contestationem an fieri possit mutatio libelli 421*
donec super lite contestata res judicata exstat, libellus quomodo mutari possit 421 ‡
Lite contestata pœnalis actio ad hæredes transit 439 ‡
fieri debet ad singulas cujusque libelli capitis circumstantias 713 ‡
non recte facta emendari potest in positione secunda & tertia ibid.
pœna contumaciæ, per quam lis vel non, vel non rite contestata fuit ibid.
quomodo is puniatur, qui facta notoria negans litem contestatur 713 ‡
qui negat capita, quorum nomine juramentum ab actore delatum est, & deinde præstare juramentum nequit, amittit exceptiones suas, alias, si affirmasset, sibi competentes ibid.
Litis denunciatio vid. *Denunciatio. Evictio.*
Litis Reassumtio quid, & usus 663 b &*
Litis Renunciatio an liberet ab expensis refundendis 421*
Litus, ejus definitio & jus 81 n. 5
an sit in dominio & quatenus 82 b
Locati actio quid contineat 1016 a b
quibus detur 327 n. 11
Locatio conductio quid 324 a
de modis finiendi locationem conductionem, & de obnunciatione ante finem temporis facienda 326 n. 7. 328 b. 1018 n. 25
an morte locatoris finiatur 1009*
quatenus ei possit renunciari & quatenus ei renunciatum esse videatur 1018 n. 26
tempus locationis conductionis præsumtum 328
in locat. conduct. quænam culpa præstetur 327 b
quomodo differat ab Emphyteusi 326 n. 6 sq.
ab Empt. Vendit. 326 n. 9
quatenus differat a commodato, precario, mandato 324
regulæ circa Loc. Cond. observandæ 324 sqq.
re locata vendita, sufficere, quod venditor aut emptor obnunciaverit colono 1018 sq n. 26
item sufficere, primo vel secundo conductori esse obnunciatum, ut secundus expellatur 1019
Locatio conductio mercede per biennium non solata finitur, licet in longum tempus facta sit Locatio 328 n. 12. 1019 n. 28
ob non soluta tributa colonum expelli posse, sicut ob mercedem 1019 n 27
operarum locatio conductio 326 nenol.
vide *Conductio & Conductor.*
Locator potest cogi ad usum rei præstandam 1010 n. 5

hypotheca tacita locatoribus data quatenus adversus secundos conductores valeat 1016 n. 20
ejus heredes tenentur stare initæ a defuncto locationi 1009 *
jus retentionis 1038 ‡
Locuples fidejussor quis 436 a sq.
locuples bonæ fidei possessor ex quo tempore factus dicatur 761 n. 15
Locus certus, quo dari oportet, tripliciter consideratus 906
de eo, quod *Loco* certo dari oportet 906 sqq.
quibus casibus hæc actio cessat 908 n 6
in *Longi* temporis præscriptionis locum succesit præscriptio 31. an. 6 Septim. & 3. dierum 400 *
Lucra turpia an veniant in judicium fam. ercisc. 833 b
Lucullus particulam maris suam faciens 96 b
Ludere virtutis causa quatenus permissum 858 n. 6
quanti liceat apud Saxones ibid. *
Luminibus efficiendi servitus quid differat ab altius tollendi servitute 135 n 12 sq.
Luminum servitus quid 136 n. 13. 806 b. 808 n. 9
an sit unum idemque cum servitute ne luminibus officiatur 136 n. 13 806 b
Lusatia Superioris Rusticorum conditio 16 * 18 * 1402 *
an in Lusatiæ Marchinatu immobilia possidens immunis sit a cautione pro Reconventione & expensis in supremo Provocationum judicio 435 *
Lusus noxius an pariat actionem ex Lege Aquilia 826 b
Lusu perditum an & quatenus condici possit 857 *
quantum cuivis lusu perdere liceat 858 *
extra lusum sponsiones permittuntur 858 *

M.

Macedonianum Senatus consultum. ejus origo centra Alexandrum ab Alexandro 925 a
ejus sententia, usus hodiernus & casus excepti 429 n. 10 sq. 926 n. 2 sq.
an usus ejus conscientiam faciet 926 n. 5
quibus casibus cesset 429 n. 12
Machinatio quid 678 b
Mastertii sententia de actione ex pacto refellitur 628 n. 8
Magi an & quatenus puniendi 1509 n. 5. 475 *
Magici lusurri an pœna digni 1539 n. 14
Magister quomodo exercitorem obliget 426 a sq.
Magistratuum edicta quid 11 n. 8
Magistratus definitio & divisio 523. & 561 tit. 10
differentia a judice ad momentum jurisdictionis 573
Divis. in majores & minores est propria romana 69 n. 4
an se excusare possint tutela 69 n. 4. & 79 *
an rex sit magistratus 523 n. 2
officium in tutore dando 55. cogendo 67 a
abdicare suo arbitratu n quit 586 a
an abdicari possit a principe ibid.
contumaces ex officio punire potest 589 n. 4
quatenus injuriam faciat vel injuriarum agat 375 b. 379 1503 sq.
quatenus potestatem cogendi & multandi habeant 590 b
quatenus iis aliquid donare liceat 1543 a
qui & quomodo actione subsidiaria teneantur 66 n. 3
municipales an habeant jurisdictionem cum mixto imperio 582 590 n. 5
an contumaces ex officio punire possint 590 n. 5
non repræsentant civitates suas 669 a
Majestas quid 470. 1520 a
Majestatis crimen & pœna 470 sq. 1521 n. 5 sq.
quotuplex sit 1520 sq.
quomodo differat a perduellione 1521 n. 3
quando committatur; an per querelas de pravo regimine 1521 n. 2
an & per silentium committi possit 1522 n. 4
an & contra eos committatur, qui superiorem ognoscunt, v. g. contra principes Germaniæ, contra Societates Indicas 1521 b
sub filiis an nepotes in ea contineantur 1522 n. 7
alia hujus judicii singularia 1523 b
Majorennitas sola non sufficit ad patriam potestatem solvendam 38 *
Majorum restitutio in integrum 692 a
propter absentiam 693 n. 2
& propter justum errorem 693 n. 3
Maintenue in bonorum possessione quid 453 n. 8
Mala fides impressa reo per litem contestatam, imo per motam controversiam 714 a
in usucapione & fructibus percipiendis 149 a
an usucapioni superveniens noceat 149 b
Male fidei possessor quando quis esse incipiat 760 b
Maleficii, flagitii, criminis, delicti voces an discrepent 1495 b
Malitiæ, iis non esse indulgendum 135 n 10
vid. Dolus. Culpa.
Malitiæ juramentum 458 * 459 *
imponi potest illi, qui probationis tertiam dilationem petit 614 *
vid Juramentum.
Malitiosa desertio quæ 1204 n 13
Mancipationis ritus 93 n 14
est solennis modus transferendi Dominium 120 n. 54
Mancipes quid 1394 n. 2
Mancipi res quæ 93 n 14. 166 n 5
non traditione sed aliis modis olim alienabantur 121
nec mancipi res traduntur ibid.
Mandans si moriatur, sententia fertur in procuratorem 663 *
nisi sub ejusdem judicis jurisdictione degat, ante mandatum revocare non potest, quam alium procuratorem constituit 666 ‡
in judicio forte comparens aut aliquid agens, mandatum tacite revocasse non præsumendus ibid.
nec substituens eodem modo substitutionem tacite revocasse præsumendus ibid.
Mandatarius, ejus officium 237 n. 6
rei illicitæ, per imprudentiam excessum in exequendo mandato committens, eo ipso mandantem ordinariæ pœnæ alligare videtur. 337 b
causa semel suscepta ante mandatum revocare non potest quam alium procuratorem constituit 660 ‡
ad heredibus mandantis intra 6. Sept. & 3. dies novam legitimationem exhibet 339 *
si cliens in persona comparere nequit, sufficienti mandato instrui debet ad amicabilem compositionem 433 ‡
etiam de levissima culpa tenetur 328 n 7
ejus morte finitur mandatum 330 n. 10

salarium actione mandati peterenon potest 340 n 11
altum sibi stabilitare potest, modo nihil interlit mandantis, eoque casu mandatarius, non stabilitatus tenetur mandatoribus 338 a. 954 n. 2 sq.
Mandatorum unus post solutionem solidi adhuc cessionem a creditore accipere potest 958 n. 9
Mandatum quid & quotuplex 334 sq. 953
contra bonos mores contrahi non potest 337 n. 5
turpe & illicitum 337 b*
quibus modis solvatur 338 n. 9 sq.
actio inde 338 n. 8
Mandatum Jurisdictionis quando & quomodo fiat 570 tit. 21
an in Mandato principis conditio: si preces veritate nitantur, exprimi debeat 545*
Mandatum in rem suam plene expositum 955 n. 4
vid. Cessio.
Mandatum procuratorium an & quando consensu tacito constet 657 n. 4 sq.
quas requirat clausulas, & quam vim in generali mandato habeat clausula specialis, item quæ res mandati specialis egeant, an & interea sit persecutio litis adversus contumacem 658 sq.
cum libera 335 a
generale an tribuat procuratori facultatem alienandi 122 n. 56. 335 a
clausula generali præditum quos actus speciale mandatum requirentes hodie contineat 658 ‡
inserenda est ipsi necessario Clausula de Rato 565*
an cautio de rato suppleat speciale mandatum negle-ctum 673 b
speciale requiritur in restitutione in integrum 673
quando hodie necessarium 658 ‡
actus tali mandato indigentes femina in judicio peragit, adhibito tamen curatore judicialiter constituto, aut saltim legitimo marito suo 661 ‡
actus speciale mandatum requirentes rite suscipit in judicio pater nomine liberorum suorum 232 ‡
qui sine mandato cum cautione rati comparere possunt 436* 660 ‡
qui sine mandato in judicio comparent, quomodo coercendi 662*
absque mandato vitricus & privignus, Socer & Gener quando in judicio admittendi 660 ‡
statim cum libello debet hodie porrigi, aut si pars absque procuratore libellum ipse obtulerit judici, in prima statim positione porrigi debet 659 ‡
ob superfluas solennitates non est impugnandum, v. g. si clausulæ: der Erben und Erbnehmen rati, grati, desint ibid.
let, licet signo vel plane non, vel tali, quod characterem haber olim reprobatum, mit einem verzogenen Nahmen, munitum 659 ‡ (660*
charta blanca nondum extensa an habeat vim mandati quando transeat ad heredes 339 n. 10
vid. Procurator
Mansbocke quid 1533 n 13
Mansos (Hufen) tres agri qui non habet, non potest pastorem pecori suo constituere 809*
Manumissio quid & quotuplex 17 tit. 5 n. 2
an apud Legatum Proconsulis recte fiat 568 n. 2
in locum manumissionis per censum Constantinus M. surrogavit manumissionem in Ecclesia 17 n 12
manumissorum sub Augusto triplex ordo: Quiritium, s. civium Rom. Latinorum & Dedititiorum 18 n 3
hæc discrimina ab Antonino, & postea Justiniano sublata sunt ibid. in fin.
in fraudem creditorum facta nulla declaratur lege Ælia Sentia 18
a minore facta 19 n. 4
causæ ejusmodi manumissionis 19 n. 5
Testamentaria 17 n. 2
restringitur per leg Æliam Sentiam 18 n. 1
cur a Justiniano relaxata fuerit 20 n. 2
Manus militaris quid & an cognitor jure 773
Regia quid 525 n. 5
Manus mortuæ an ad statum servitutis, an ingenuitatis referendæ 16 n. 5
Marckstiges Goldes quantum 56*
Mare an & quatenus in dominium redigi possit 82 a. 95 n. 18 sqq.
Mares an feminas jure præcellant 268 a. 547 n. 3 sq.
Maritalis potestas in uxorem ejus bona an sit cura 1224 sq. n. 3
Mariti cura in uxorem 707
maritalis potestas similis est administrationi paternæ bonorum adventitiorum 73 b
an maritus sine voluntate uxoris agere possit pro uxore in judicio 1225*
an maritus res immobiles dotales absque consensu uxoris, & non adhibito ab ea curatore in litem alienare possit 1225*
vi hujus potestatis non posse mulierem sine viro in judicio stare, nec obligare se vel bona sua sine viro nec virum sine illa alienare 1226 n. 6
cessat hæc potestas ipso viro sub cura existente 1226 n. 7
quid si uxor sit major, vir minor ibid.
quatenus cesset per pactum 1227 n. 8
quatenus per divortium cesset 1227 n. 9
cessat morte, adulterio, malitiosa desertione, interdictione bonorum 1227 n 9 sq.
an ob. inopiam cesset 1227 b
cessat, quoties vir se non gerit ut curatorem 1227 n. 11
maritum cautione de rato præstita, se exuere maritali potestate 1228 a
non tamen opus esse, ut exprimat se agere tanquam curatorem ibid.
potestas cessat in rebus œconomicis & mercatura communi quamdiu vir non interdicit 1229 n. 13
cessat in omnibus causis mere personalibus 1229 n. 16
cessat, quando ex re venit obligatio nec non in ultimis voluntatibus 1230 n. 17 (1230 n. 18
cessat in mobilibus alienandis & cedendis obligationibus
Maritus an possit esse curator uxoris 73 n. 16. 707 n. 14
ejus jus in dotalibus 158 b sq.
uxoris suæ curator etiam ratione ætatis esse potest 73*
an maritus hodie teneatur uxori fidejussorem dotis servandæ causa dare 308 n. 3
ejus privilegium in dote restituenda 422
ejus dominium civile in bonis dotalibus an etiam in bonis immobilibus apud Saxon. locum habeat 158*
est usufructuarius legatis bonorum uxoris 784*

an ex

an ex hoc jure usufructus lucretur proventus partium metallicarum vulgo Kuxe 784*
an ratione usufructus legalis cautionem præstare teneatur 141* 791*
etiam rerum immobilium æstimatarum venditionis gratia dominium consequitur 158*
consentiente uxore, rem dotalem immobilem valide alienat; non tamen jus & succedendi spem in pecuniam ex alienatione redactam consequitur, nisi alius Curator contractui adhibitus fuerit 159*
est heres mobiliaris uxoris 276* 558*
eo mortuo uxori liberum est, vel portionem statutariam petere, vel illata sua repetere 276*
vid. *Maritalis potestas.*
Mastuprationis pœna 1495. 1527 sq.
Mater, ejus eadem quæ patris reverentia, non eadem potestas 22 a
matre ad secundas nuptias transeunte, qualis tutor detur & an ipsa petere possit 61 a. 1250 n. 7
matrum jus in tutela 43 n. 3. & 53 n. 3. 1234 n. 2
tutrix mater quoque simul potest esse pupilli creditrix 73 a
tutrix debet renunciare secundis nuptiis & SCto Vellejano 53
manet sub cura sua renunciatione non obstante, adeoque absque curatore obligationem valide non contrahit 53*
ejus jus in succedendo 265. 271 sq.
an habeat querelam inofficiosi 746 n. 7
matris aut ascendentium maternorum in testamento facta praeteritio exheredationis vim non habet 182*
usumfructum in bonis liberorum plane non habet 783*
Materia quando prævaleat formæ 111 n. 43
Materna bona vid. *Bona.*
Matrimonium quid 23 a
an sit contractus 24 n. 2
an eo patria potestas solvatur 40 n. 8. 557 n. 5 & †
ejus vera differentia specifica 24 n. 4
requisita quatuor 25 n. 6 sq.
requiritur in Germania persona toleratæ religioni addictæ 25*
ad matrimonii substantiam requiritur patris consensus 26 n. 9
juris Canonici hac de re dispositio 26 n. 9
hinc non opus est dissolutione, sed ipso jure nullum est matrimonium sine patris voluntate contractum 30 n. 17
an Copula sacerdotalis sit requisitum necessarium 23 n. 1
an concubitus ad perfectionem ejus requiratur 23 b.
25 n. 5
an ritus ducendi domum uxorem ad essentiam ejus pertineat 23 n. 1
juxta ritum loci, in quo celebratum est, rite contractum, valet ubique, sub certis tamen cautionibus 540 n. 8
contra illud non deferri jusjurandum quo tenus 874 n. 8 & *880 Schol.
matrimonii promissionem negans stuprator an juramento purgatorio onerari possit 879*
masculis ante annum 18. non facile permittitur 25*
permittitur tamen si potentia generandi adest 56 Schol.
matrim prohibitiones mere civiles Romanæ 29 n. 16
prohibitio Saxonica 1146*
in articulo mortis contractum an tribuit liberis naturalibus legitimationem 270 n 6
avi cum sua concubina an nepotem reddat legitimum 555 n. 10
promissionem matrimonii puram, etsi verbis futuri temporis contractam, non posse abolere per contractum veri is præsentibus initum ex ratione juris aut moribus hodiernis 1199 sq.
an postliminio restituatur 1578 n. 8
an matrimonium sit nullum, si virgo vitiata reperiatur 1164*
quatenus prohibeat tutelam 73 n. 16
vide *Nuptiæ.*
Mater inventum Conscientiæ, quod dicitur, jussum 1224 a
Matrimonialis causa an admittat procuratorem 433
Medici olim quoque chirurgi & pharmacopœi 369 b. 820 n. 12
quatenus excusentur a tutela 71 n. 11
circumforanei, visitatores quinam 71
damnum imperitia sua datum 827 n. 12
culpa sua negligens decumbentes, vel carcere vel relegatione punitur 369* 826 a 778 n. 7
Meliorationis nomine quandoque venit emphyteusis finita emphyteusi præstantur meliorationes 780 n 13
quando amittantur 780
Membri rupti pœna 379 sq.
Membri mutilatio prohibita 1553 n. 3
Menagii sententia de paratitl err. 516 n 5
Mendicantes validi, & pœna 329 b. 1569 n 6
Mentionitarum alleveratio loco juram. habetur 870 sq.
dum juramentum calumniæ recusant, non leves causas perdunt 871 n. 6
Mensor falsum modum renuncians quomodo teneatur 859
Mensularii quid 617 n. 3
Mente captus quis 64 n. 7
an possit esse tutor 72 n. 14
an & qualis ei tutor seu curator detur 64 n. 7 1263 n 2
magnam mentis captorum esse latitudinem 1263 b
an respiscat 61 a. 65 a. 179. 1263 b
an differant a furiosis 1264
an restari possit 179 n. 3
an jus hereditarium transmittere possit in heredes proprios 225
attamen possit jus transmittendi hereditatem perpetrare per curatores ib.
Mere facultatis res 1078 a
Mercatores ex libris mercatoriis agentes quomodo praferantur in concursu 1069* 1070 b ‡
eorum rationes quam vim probandi habeat 1133 n 19 ‡
quid requiratur ad hoc 1133 b
eorum mors an ita sumet libros rationum, ut juramentum vivi 1123*
fœmina Mercatrix sine curatore an obligetur 651*
in *Mercatoriis* causis non possunt cumulari plures actiones in uno libello 620*
an in iis procurator admittendus 433*
Mercaturam an possint potentiores exercere 974 n. 11
Mercature causa absentes an possint restitui quasi reipubl. causa absentes 394 sq.
tabec-

taberna mercium Mercaturæ causa hypothecæ nomine constituta in universum obligatur 1031 n. 7
Merces famulorum reliqua arresto affici potest, ut illi, qui ab hoc læsus est, inde satisfiat 829*
Meretrici datum qua ratione condici nequeat 891 n. 3
pœna meretricium 1526 n. 10*
Messalla Corvinus cur præfectura Urbi addictus 567 t. 12
Metallifodinarum quasi usufructus 795 n. 6
Metallicarum partium proventus (Kuxe) non toti, sed eorum usufructus tantum marito conceditur 784*
Methodus studii juris 2 n. 6. 4 n. 12 sq. 6. n. 7
pandectarum Cujacii laudata præ Jac. Gothof. 516 a
ratio methodi in tit. Quib. mod. toll. oblig. 348 a
Metus quid, & quali, requiratur ad restitutionem; cur actus non faciat nullos 675 sq.
exceptio metus 442 n. 3
justus 676 a in fin.
reverentiæ, infamiæ, minarum an sufficiat ad restitutionem 675 n. 2
in re turpi illatus peccatori etiam dat restitutionem 675 sq.
in bello non sufficit 676 a
nonnulla metu facta ipso jure esse nulla 676 a
metu obligatione extorta an detur actio 442
modus restituendi ex metu 676 sq.
actio quod metus causa & ejus præstationes 677 n. 4
est arbitraria 677 n. 5
Miles non potest esse tutor 74 n. 17
an procurator esse possit ibid.
quid in bello acquirat 99 n. 25
quando in pupe liberos præterire possit 187 n. 8
testari potest, quomodocunque velit, ejus ratio & totum jus 175 n. 2 sqq.
pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest 193 n. 4
ex militis capite damnati testamento an & quatenus peratur bonorum possessio ab intestato 1381 tit. 13
in militis hereditate cessat jus accrescendi 242
quomodo hereditatem semel repudiatam rursus acquirere possit 221 a
an possit fidejubere pro altero 213 n. 12
Militare privilegium fori exponitur 736 n. 67
Militare testamentum 175 n. 2
vid. *Testamentum.*
Militaria delicta eorumque pœnæ 1580 sq.
Milites veterani qui, quotuplices & eorum jura 176 n. 5 1581
Militia quid significet 1056
Emptor militiæ secundum inter hypothecarios privilegii locum occupat 105 n. 10
Miethfelder quomodo præferuntur in concursu 1052‡
Militare Rom quid 72 n. 13
Minarum metus ad restitutionem præstet 675 a sq. 694 b
Minisforum Ecclesiæ privilegium fori tam in civilibus, quam criminalibus 742*
Minorationis sive diminutionis juramentum 886*
Minor procurator 20 n. 5 b
Aetas eorum 62*
eorum tutela quid 61 n. 1
quinam æstimati olim & moribus hodiernis 61 n. 1 683 sq
contractus, accedente licet ex intervallo curatoris consensu convalescit 57*
an inviti accipiant curatorem & quando veniam ætatis impetrent 61 fin. sq. 62 sq. 689 n. 10
non habent personam standi in judicio 63 n. 4. 706 a
an tutores esse possint 45 n. 2. 72 n. 14
vindicta tantum manumittere possunt 19 n. 4
an testes esse possint 2143
an sine curatoribus obligentur 157 n. 4302 n. 5. 684 n. 2
ut restituantur 61 n. 1. 68 n. 3
tempus restitutionis minorum 683 b sq.
etiam eruditi & sobrii restituuntur 685 fin. sq.
etsi cum curatoribus suis rem egerint 685 b
quibus casibus non restituantur 687 n. 8 sq. 687 n. 7
quando læsus dicatur 684 n. 3
minoris læsi pater an restituatur 686 b
an restituatur fidejussor minoris læsi 686 sq.
vide *Restitutio.*
quomodo hereditatem semel repudiatam rursus acquirere possit 221 b
non potest alienare sine Curatoris consensu 157 n. 4 1260 sq.
an minores annis 25. civiliter obligari possint 302 n. 5
quo anno juramentum præstare possit 875‡
quo anno in causa matrimoniali jurare teneantur ibid.
tenetur juramentum paupertatis & malitiæ generale præstare, u decimum octavum ætatis annum impleverit minor 458‡
ejus hypothecæ in bonis curatorum origo 1039 b. 1040 n. 4 sq.
ex quo tempore incipiat hypotheca 1040*
hæc hypotheca hodie cessat 1038‡
eorum res præscribi non possunt 150 n 9
Minus si petatur, quid juris 420*
Miscere se hereditati quinam dicantur 224 n. 8
Miserabiles personæ quid, & de foro illarum 733 n. 60
earum forum in Saxonia est in supremo Judicio Aulico 733*
an iis accenseantur morbo gallico laborantes 735 n. 63
in causis miserabilibus his inficiando crescit in duplum 347‡
an suum jus aliis possint cedere 735 n. 64
an privilegio suo possint renunciare 736 n. 66
Missilia sparta 103 n. 31
Missio in possessionem bonorum fit in causis damni infecti primo tantum & secundo decreto 1392 a
Missio in possessionem rei servandæ gratia an fiat ex duplici decreto 1456
quid differat a missione judicati exequendi causa 1457
Missio ex primo & secundo decreto in usu non est 1393
Missus in possessionem irrevocabile dominium acquirit possessione longi temporis 1392 a
Mixta & duplicia judicia quid differant 829 sq.
Mixtæ actiones an dentur & quæ 407 n. 22
Mobiles res quæ 126 n. 3
an sub bonis mobilibus contineantur jura & actiones 126 n. 3 in fin. 559
an sint subjectæ actioni hypothecariæ 1031 n 8 1033 n. 10
legatum mobilium continet pecuniam 1339 n. 5
an incorporalia pertineant ad res mobiles 559 b
mobilium uxoris heres est maritus 276. 558*
ex mobilibus uxoris maritus supplere debet legitimam liberorum & parentum, si immobilia non sufficiant 276*

quid in hereditate mobiliari marito competente ad mobilia referatur 558*
mobilia non habent sequelam; regula fori gallici explicatur 1033 n 10
Moderamen inculpatæ tutelæ 367 n. 10
ejus excessus ratione cautæ, temporis & modi prolixe exponitur 1534 n 8 sq.
si invasus excedat moderamen inculpatæ tutelæ, quatenus excusandus aut puniendus 1536 a
item si post vim sibi factam invasorem digressum interfecerit 1537 n. 11
Modicum quid in jure 681 n 7
Modus quid 1352 n 9
quomodo differat a conditione ibid.
si sit illicitus, quid juris 1352 n. 10
Mœniana & suggrundia quid differant 808 a
Molendina pneumatica an sint res mobiles 558*
Monachi an possint esse tutores 74 n. 18
Moneta falsæ pœna 1542 n. 4 &*
Monopolii pactum quid & prohibitio ejus 1004 a
monopoliis illicitis pœna constituta 1004 a
Monstrum quid, & quomodo differat ab ostento 551 n. 7
Mora quid, quotuplex, quatenus mora personalis usuram pariat 1102 n. 14
quatenus nocet aut excusat 246 n. 37
quomodo creditor moram committat; an una interpellatio moram faciat 1103 n. 15
heredis 246 n. 37
in bonæ fidei judiciis habetur pro causa usurarum 1103 n 16
mora ex re qui fiat ejusque effectus 1103 n. 15
an solus diei lapsus eam producat ibid.
de rebus minutim venditis non deberi usuras ex mora 1103 b
moræ effectus diversi 1112 sq.
purgatio moræ quomodo fiat, an & compensatio moræ detur 1113 n. 42
litis contestatio debitorem in mora constituit ac usuras parit moribus, dubium an jure civili 1104
Morale jus mosaicum 7 n 3
Moratoria literæ quando cursum usurarum sistant 1107*
Morbus excusat a tutela 70 n. 7
morbo laboranti ut detur Curator 65 a
Morbo gallico laborantes an accenseantur miserabilibus 735 n. 63
Morgengabica quid & quotuplex 1190 n. 21
uxor, si morgengabam receperit, an teneatur de ea in subsidium, si maritus non solvendo mortuus sit 1226*
Mors quotuplex 38 a
finit Mandatum 339 n. 30
Patriam potestatem 38
Querelam inofficiosi 216 n 14
Societatem 334 n. 6
Tutelam 59 n. 3
Usumfructum 241 n. 11
morti proximi minus prudentes 1265 a
Mos, moris hodierni quatenus in hoc opere habita ratio 2 n. 6
quid moris in Falcidia 255 n. 8 in fin.
in jure Accrescendi 242 a
in detractione duplicis quartæ 255 a
circa testamenti solennia 167 b sq.
fructus arborum communium 110 n. 41
piscationem 84
jus venandi 98 b sq.
se *Moventes* res quæ 126 n. 3
Multandi jus quomodo exercendum 1555 sq.
processus in eo peculiaris in Frisiis 1555 sq.
Multam quamcunque vel expensas litis qui præstare non potest, corpore luit 431* 460*
Mulier an possit adoptare 36 n. 9
an possit adoptari 33 n. 5
in perpetua tutela existens 42 b sq. & *159* 280* 308* 631* (250*
sine consensu curatorum contrahens non obligatur
in quibus casibus negligere possit assensum curatorum, & obligetur sine curatore 43* 631*
ejus contractus præsentiam curatoris necessariam non habet 57*
fidejubens civiliter non obligatur 280 a. 313 n. 12
naturaliter licet obligata, tamen habet condictionem indebiti 346 n 10
fidejussor mulieris sine curatore contrahentis an obligetur 308*
an eodem minoribus jure gaudeat in restitutione in integrum 673*
an possit renunciare SCto Vellejano 313 n. 13
ejus privilegium in dote 414 a
quid circa hoc hodie mutatum 1038 ‡
inter creditores 1036 a
imbecillitatis 548 a
arcetur a tutela 56 b
a testimonio in testamentis 169 n 13
non in codicillis 261. 1267 n. 8
nupta quatenus careat persona standi in judicio 706. 1127 sq n. 11 · 14
quatenus sola rea standi personam habeat 647*
discedens a marito an aliud forum nancisceatur 726
an mulier, so auf die Märckte herumzieht, acquirat novum forum domicilii 726 b
vid. Femina. Uxor.
Mundus quid sit & quæ contineat 1341 n. 3
Municipale jus differt a Jure Civili 10 n. 5
Municipalis magistratus excusatur a tutela 69 b
vide *Magistratus.*
Municipes eorum jus, & discrimen ab incolatu 1581 sq. 1592
Munus quomodo differat ab honore 68 n. 1
publici muneris necessitas, quæ cogit omnes 68 n. 1
publicorum munerum venditiones non habent idem jus, quod in militiis venditis Jure Civili constitutum est 1056 n. 10
vide *Donatio.*
Muri hodie sunt res publicæ non universitatis 89 b
urbis murorum violatio an sit capitalis 89 n. 11
Mysticum an excusentur a tutela 72 a
quid & an licita 72 a
Mutatio libelli post guarandam præstitam aut litem pure contestatam non admittitur 422* (sas 421*
si fiat demum in termino, actor condemnatur in expensas 421‡
quid jure Noviss. Sax. hac in re mutatum 421‡
vide *Libellus.*
Mutiana cautio 294 b

Mutus an tutor esse possit 72
an curatorem accipiat 64 b
an testamentum condere possit 181 n. 5
an testis esse possit 169 b. 1143 n. 4
an possit stipulari 300
Mutuum quid, actio inde & omne jus 233 n. 1 sq. 863 n. 4
ejus Etymologia 284 n. 2
quomodo differat a quasi usufructu contractu constituto 140 n. 8
quomodo differat a commodato 288 n. 8
quid requiratur ad substantiam mutui 284 n. 2
an mutuum in corporibus constitui possit 284 a
qui possint mutuum dare, & a quibus datum convalescat 863 n. 4 sq.
de mutuo civitatum quid juris sit 865 n. 8
an in mutuo detur usura ex mora 1101
an in mutuo converti possit ut plus reddatur 286 n. 5 1101*
nummorum valore mutato, an tempus crediti accepti, an restituti consideretur 285 b
Salmasii sententia de mutuo 8632 8642

N.

Naturam restitutio 1402 tit. 11
natalium quaestio quousque differatur 266 b
Nativitatis tempus legitimum non ultra decem menses 548 b sq.
Naturæ jus 8 b
Naturales liberi opponuntur quandoque adoptivis, & legitimos comprehendunt 30 n. 18
sunt tantum ob eclam legitimationis ibid.
quomodo succedunt 270 n. 6 sq.
per subsequens matrimonium legitimati succedunt in feudo & allodio 31*
vid. Liberi. Nothi. (127 a
Naves in Hollandia quænam pro immobilibus habeantur
Naufragii jus 100 n. 28
in Frisia 1411 n. 8
res naufragio servatæ manent domino 100 n. 28. 918 n. 9
quisque res suas naufragas libere potest colligere 919 b
an & quæ pro desperatis habitæ reperiuntur, vel e profundo eruuntur, domino sint restituendæ 100 b. 918 b
contributio rerum servatarum 917
Navigationem an Princeps prohibere possit 83
jus navigandi est species servitutis rusticæ 132 n. 5
Nautæ, caupones, stabularii qua actione conveniantur 390 n. 4. 699
Necessitas & honestas an recte separentur 1170
Nefarii liberi qui 270 n. 8
Negatoria actio 393 b
Negligentia usufructuarii est modus amittendi usumfructum 141 n. 11 sq.
Negotiorum gestor quid 341 n. 2
quinam esse possit 670 a
tenetur de levissima culpa 341 b (670 n 3
Negotiorum gestorum actio quibus casibus cesset 341 n. 2
an in casu ratihabitionis detur 670 n. 5
Nepotes comprehenduntur sub voce liberorum 48 n. 4
an sint hodie sub patria potestate avorum 23*
nepoti arrogato avus uxorem dare non potest sine consensu patris 36 a
neptum vero potest matrimonio collocare sine consensu patris 36
eorum jus in Querela inofficiosi 212 n. 5
in Successione 254 b. 269 n. 4
in Tutela 43 n. 4
Nerva JCtus quo jure derisus a veteribus 1043 a
Neu Sacred 56*
Nexus quid 93 n 14
Nobiles quinam proprie sint 551 a. 556 n. 2
quod prima instantia ad curiam supremam vocari possunt, id non esse privilegium ipsorum, sed contra 742 n 77
eorum domicilium 724 b &*
mercaturam exercere prohibentur 974 n. 11
jus braxandi tantum anno usus proprios conceditur 974*
in suo pago occupat bona vacantia, si habeat merum imperium 278*
Nobilitas quid, & ejus æstimatio 551. 556
a quibus conferatur 551 b
an adoptione possit acquiri 556 n. 2. 37 n. 13 &*
Nomina quot apud Romanos 243 n. 28
sæpe manent rebus muratis 405 b
sæpius ad rem molliendam adhibita 647 b
Jurisconsultorum cur singulis legibus præfixa 83 b
proprii & appellativi nominis differentia 243 n. 28
qui nomina sua adjiciunt injuriæ scriptæ non incurrunt pœnam famosi libelli 377*
Nomina id est actiones in bonis Creditoris 80 n. 2
legari possunt jure 332 a
non veniunt in judicium familiæ erciscundæ 343 b. 834 n. 5
activa & passiva 834 n. 5*
oppignorata an tribuant actionem hypothecariam 1034 n. 12
an in iis locum habeat beneficium Ordinis seu excussionis 1034 a
quomodo jus reale tribuat & hypothecæ datum sit nomen 1031 ‡
Nominum obligatio vetus 313 a
Nominatio filii an sit legitimandi modus 31 n. 19
non præstat adoptionem 37 n 12
Nominatores unde dicti 1259 a
non esse ita amplius in usu 1259 a
Notæ & siglæ prohibitæ 172 n. 17
Notarius quid & ejus officium 1228 n. 8
sine mandato partis obligatæ scribens instrumenta nihil agit 1228 b sq.
publicus Cæsar. adjungendus est Actuario jurato in causis criminalibus, nisi actuarius ipse ea potestate gaudeat 1128 ‡
audieor, sive judex castrensis an in Saxonia debeat esse notarius 1128 ‡
qualis in Saxonia admittatur 1128 ‡
Notæi sunt tantum objectum legitimationis 30 n. 18
a spuriis differunt 30 n. 17 in fin.
quid legitimentur ibid.
qui succedant 270 n. 7
an habeant Querelam inofficiosi 745 n 6
matris testamentum per querelam inofficiosi rescindere possunt 210 n 3
non possunt patris testamentum exantibus liberis legitimis rescindere, per querelam inofficiosi ibid. sq.
an patres quoque nothis succedant 272 a

Notio quid & quotuplex 572 a
differt a jurisdictione ibid.
ad notionem pertinet Episcopalis audientia & judicium collegiorum artificum 574 a
Notorium quid & jus ejus 1117 n. 7
Novatio quid, quotuplex 351 n. 6
non est confectio novi instrumenti, nisi quid novi accedat 1487 sq.
ubi & aliæ observationes ibid.
non est novatio, quando constitutor promittit, se pro alio solvturum, hac lege, ut actio contra illum ipsi cedatur 1487 sq.
recipit novationem quod in diem debetur 352 a
an novandi animus exprimi debeat 352 *
quatenus differat a delegatione 352 a
voluntariæ novationis effectus 351 n. 8
Novellæ earum compositio & vis 3 n. 9
quando promulgatæ 527 sq.
Novella nova videtur suspecta 147 n. 2
Noxa, Noxia, Noxalis actio 439. 829 tit. 4
Nullitatis querela contra sententiam movenda est intra terminum Sex. 464 b &*
ejus remedium non agnoscit hodie distinctionem inter decretum & sententias 1570 ‡
quod spatium hodie concedatur ad nullitatem deducendam ibid.
Nullum esse & rescindi quid differant 18 n. 1
Nullum Testamentum vid. *Testamentum* Nullum.
Numerus pluralis quot requirat 236 n. 19
Nummularii quomodo differant ab argentariis 617 n. 3
Nummus pro asse an pro aureo 859 n. 6
nummi cum aliis mixti an fiant communes 113 b
veteres nummi tantum contemplandi causa commodantur 289 a
eorum valore mutato quod tempus in mutuo restituendo observandum sit 285 b & *
in solutione quæ species nummorum observandæ sint 286 a & *
Nunciatio novi operis quid & quotuplex 1388 a
qui nunciare possint 1388 n. 2 ibid.
socius non potest nunciare socio in communi ædificanti ibid.
plures socii singuli nunciare debent ibid.
ob quas servitutes nunciare licet 1388 a
cui nunciandum, non solum domino, verum ei sufficit facta nunciatio, qui præsens fuerit 1389 n. 4
materia nunciationis 1389 n. 5
quot modis fiat 1389 n. 6
eorum discrimen 1389 a
qui suo nomine nunciant, jurant de calumnia; qui alieno nomine satisdant, dominum rem ratam habiturum 1390 a
nunciatio fit in rem; in re præsenti & opere, locus ipse, ubi, quando demonstrandus ibid.
omnibus diebus fieri potest ibid.
Nunciatio novi Operis non potest bis fieri 1390 b
si ædificans in opere pergat, prohibendus interdicto ib.
effectus nunciationis 1390 n. 7
quibus modis tollatur nunciatio 1390 n. 8 & 1391 a
interdictum restitutorium datur nuncianti 1390 n. 9
usus nunciationis hodiernus 1391 n. 10
Nuncupativi clausulæ testamento scripto adjectæ inutiles 1268 n. 12
Nundinæ quid, & quis eas concedere possit 1584 sq.
privilegium in quo consistat 1584 *
intra quod tempus amittantur ibid.
feriæ Nundinarum Lipsi. & Numburgensium valent adhuc hodie, nisi iis renunciatum fuerit 613 ‡
Nuptiæ quid 23
justæ nuptiæ quæ 1167
vi contractæ ipso jure nullæ 442 b
an sint contractus 24 n. 2
earum requisita 25 sqq.
promulgatio nuptiarum quomodo & quo jure fiat 1169 b
an solo consensu perficiantur 1160. 1162 b
consensum parentum ad nuptias jure naturæ non videri esse necessarium 1170 b. 26 a
ratihabitionem patris nuptias inde ab initio facere legitimas, ut prosit quoque liberis ante ratihabitionem natis 27 a. 1170 n. 5 sq.
non posse filiam majorem annis 25. sine patris consensu nubere, quin nuptiæ sint nullæ, tam jure communi quam jure Frisico 1162 n. 6 sq. 27 b
curatorum consensum ad nuptias non requiri, secus jure Frisico 1174 sq. 27 b &*
an tacitus consensus sufficiat 26 b. 1175 n. 10
cur feminæ celerius ad nuptias maturæ fiant, quam mares 1176 n. 2
nuptiæ cum impotente, non eunucho, contractæ an valeant 1176 a
Secundæ licitæ 24 n. 3. 1178
remedia, quibus prioris matrimonii liberis consulitur, non sunt pœnæ ibid.
jure Sax. cessant pœnæ secundarum nuptiarum 24 * 1180 n. 10
secundis patris non amittitur ususfructus in bonis adventitiis liberorum 53 n. 2
mater tutrix renunciare debet secundis nuptiis 53 n. 3
non sufficiunt ad jus patriæ potestatis solvendum 38* 63*
fœminarum omnino sufficiunt 38 a Schol.
nepotis, quem avus arrogator in potestate habet, avus nuptiis autor esse non potest sine patris consensu 36 n. 8
neptim utique avus collocare potest matrimonio absque parentis consensu ibid.
an differant jure Rom. a sponsalibus 1160 sq.
sunt juris communis 11 a
vide Matrimonium.
Nuptialia dona vid. *Dona*.
Nutus in contractibus consensualibus 317 a

O.

Oberleuteratio ubi admittatur 1560 *
in causis devolutis quomodo locum non inveniat 1560 ‡
Objectum Juris unum generale, tria particularia 15. 546
Oblatio Curiæ 31 a
pecuniæ cujus effectus 354 n. 14
an creditor in possessione pignoris constitutus, nisi ea quoque pecunia a debitore reddatur, vel offeratur, quæ sine pignore deberur, pignus restituere tenetur 1073 a
ad idem illius, qui olim jure primi liciti gaudebat, hodie sublata 978 ‡

Obligatio quid, quotuplex 279 sqq. 1480 sq.
ejus causæ 287 n. 6
quomodo differat a jure ad rem 89 b. 393 n. 4
per quas personas acquiratur 348 sq 426
an alii per alium obligatio acquiratur 303 a sq.
ad tempus non contrahitur 59 n. 4. 294 n. 3
quibus modis tollatur 348 sqq.
quibus modis per exceptionem tollatur 348 a. 354 n. 11
an dominio opponi possit 91 b. 92 b. 279 a
refertur non ad primum, sed ad secundum juris objectum 279 b
in diem contracta quando cedat 293 n. 2
naturalis quatenus pariat condictionem indebiti 895 n. 5. 346 n. 10
naturalis jure civili non penitus destituta 281
oppignorata an tribuat actionem hypothecariam 1034 n. 11
an in ea locum habeat beneficium ordinis s. excussionis 1034 n. 12
rebus mobilibus accensentur 1034 a
est utrisque fundamentum actionum personalium 393 n. 4
consensuales nudo consensu tolli, quid significet 353 n. 10
causa obligationis literarum 316 a
an vera detur ex literis obligatio 315 n. 3 sq.
judicati obligatio quid 353 n. 9
obligationis dandi & faciendi differentia 297 a Schol.
an quis se pro alteri ad carcerem obligare possit 308 a
nominum obligatio vetus 313 a
Obligationes e Consensu 317 sqq.
ex Delicto 355 sqq.
ex Literis 313 sqq.
ex quasi contractu 240 sqq.
ex Quasi-delicto 386 sqq.
ex Re 284 sqq.
ex Verbis 292 sqq.
Obolus quid 56 b. in fin.
Obscuritas in conventione Locat. Cond. cui noceat 324 a
Obsides an possint testari 178 b
Obsignatio debiti quid 354 n. 14
Obsignii jus in Germania sublatum 1484 a
in Hollatia viget adhuc 1484 *
non *Obtemperasse* jus dicenti quis dicatur, quæ pœna 589
Occupatio quid, & quæ res occupentur 94 n. 18
non occupantur maria & aer 95 b
Oeconomia separata filii solvit patr. potest. 38 n. 1. Schol. & *42 *23 *557 *
an etiam usumfructum bonorum adventitiorum patris tollat 557 n. 5*
Officium unde dictum 464 sq.
Judicis in genere & respectu diversarum obligationum 464 n. 2 sq.
oppositum juri actionis & obligationis 465 n. 4. 467 n. 10
judicis quomodo finiatur 467 n. 12
vid. *Judex.*
Tutoris 56 n. 1
Onera realia inhærentia quomodo præferantur in concursu solvenda 1052 ‡
Oneris ferendi servitus 133 b
qui ad hanc obligatur, parietem, quo vicini ædificium nititur, reficere debet 130 a. 133 sqq.
Opera publica quomodo administrentur & an conductor jure retentionis uti possit 1584
Opere quid, artificiales vel officiales 1383 a
earum differentiæ ibid.
quomodo imponantur 1383 b
servorum quid, esse nec usum nec usumfructum & tamen utrumque 145 n. 4. 797
jumentorum & liberorum hominum cujus naturæ 797 n. 3 b
Rusticorum 1383 *
in controversiis de operis rusticorum plures actiones cumulari non possunt 620 *
Operis novi nunciatio vide *Nunciatio.*
Opffer-Pfennige quomodo præferantur in Concursu 1052 ‡
Opificum collegia habent jus judicandi & multas indicendi, hoc est, notionem non autem executionem 573 a
Oppignoratio consensu creditoris alii facta jus ejus an tollat 1075 n. 7 & *
vid. *Pignus. Hypotheca.*
Optio & electio synonyma 1334 a
jus optionis in judicio familiæ erciscundæ 836 *
quomodo legetur 236 n. 19. 1334 a
Orbi olim incapaces hereditatis 191 a. 252 in fin.
pœnæ non tolluntur per filios adoptatos 36 n. 10
Ordinaria jurisdictio quid 55 a
judicia 457 a
Ordinatores quid 827 n. 12
Ordinis beneficium 310 n. 6
an in constituto locum habeat 910 b
an locum habeat in hypotheca speciali, si vendita sit tertio 1033 in fin.
an locum habeat, si nomina sint oppignorata 1034 n. 12
Ordo Creditorum 1050 * 1051 *
illum antevertere *dominos rerum* 1051 *
item omnes, qui jus in re habent & annuos reditus, non tamen pro pensionibus præteritis 1050 a
venditor, qui de pretio non habuit fidem, quatenus præferatur creditoribus 975 * 1029 * 1050 n. 2
uxor in dote & bonis suis præfertur creditoribus 414 *
prima classis creditorum Sax. 1051 *
secunda classis Sax. 1053 *
hodie penitus sublata 1054 ‡
tertia Classis 1056 n. 44
quarta classis creditores 1070 *
hodie hæc classis est expuncta 1054 ‡
quintæ classis creditores 1071 *
an creditores in quatuor prioribus classibus constituti præferantur creditoribus ultimæ classis etiam ratione usurarum 1070 *‡
Juris Sax. novissimi tres classes 1050 ‡
vid. *Hypothecarii.*
Ordo solennis in exceptionibus 1472 n. 2
Origo Juris 524 sqq.
Originis forum quale 727 n. 47
non recte species domicilii dicitur 727 a
Ornamentum quid & quid ns legatis contineatur 1341 n. 4
Os fractum quæ pœna 379 b. in fin sq.
Ostentum quomodo differat a monstro 551 n. 7

P.

Pactio, qua quis se dat in servitutem, naturæ non adversatur 16 n. 3
Pactum quid 622 n. 2
quotuplex 295 b in fin. sq.
de pignore vendendo 1037 n. 15
an utile sit hodie 622 a
differt a policitatione 623 b
a contractu 283 n 4. 624 b
a stipulatione 292 sq. 624 b
a transactione 636 n. 3
an differat a pactione 622 a. ab init.
non tollit obligationem, sed parit exceptionem 443 n. 5
Actio, quæ datur ex pactis hodie 631 n. 11
pacti obligationem esse naturalem cur non actionem pariat civilem 627 n. 7
Adjiciens 627 n. 6
Adjectum contractui 627 n. 5
contractui stricti juris adjectum non parit actionem 629 n. 10
quæ pacta possint & non possint inesse contractui 629 n. 9
Antichreticum 1036 a. b
Commissoriæ Legis prohibitum est 1038 *
Constituti 1037 a
in Emtione Venditione 974 n. 12
an per hoc pactum dominium reservatum intelligatur, si non expressa ejus mentio facta fuerit 975 b
Creditorum ad sublevandum debitorem, quem habeat effectum 632 b
Debitoris & fidejussoris an mutuo prosit 632 b in fin sq.
Detrahens 627 n. 6
Donationis 295 a
Dominii reservati vid. *Pactum reservatum Dominii.*
Dotale quid valeat 277 n. 19
vid. *Dotalia.*
Executivum 700 a. 1072 a
Expressum 625 a
Fidejussoris & Debitoris an mutuo prosit 632 sq. b in fin. sq.
Futuræ successionis 633 n. 13
inter conjuges illicitum 1093 n. 5
de Hereditate an sit illicitum 212 a
Impletum ab una parte transit in contractum innominatum 624 b
Juris Gentium 623 b
Legitimum ibid.
Nudum 623 b. 295 b in fin.
an pactum nudum sit contra jus gentium 292 a
cur nulla ex illis obligatio nec actio 317 a
an per hoc pactum Dominium reservatum intelligatur, si non expressa ejus mentio facta fuerit 975 b
Pecuniarium inter eos, qui munus publicum ambeunt, non semper improbatur 633 a
in Personam 626 n. 4
Pignorum pacta 1035
de pignore vendendo 1037 n. 15
de pignore non vendendo 1037 in fin. sq.
Posterius, quomodo tollat prius 633 n. 14
Privatum 624 n. 3
Publicum ibid.
in Rem 626 n 4
Reservati Dominii non intelligi sub clausula instituti 975 n. 12
venditionem per illud fieri conditionalem, ideoque periculum manere venditionis 976 Schol.
idem juris esse in pacto, ut emptor rem habeat conductum, donec pretium solvatur 975 sq.
de Retrovendendo exponitur, & dari ex eo actionem in rem contra tertium, posse ei quoque præsenti probatur 933 n. 9 10
reditus annui ex ædibus, alicubi ex agris, semper redimi possunt 989 a b
de exportandis aut manumittendis servis 1003 sq.
Solitarium 627 n. 5
Tacitum 625 a
Vestitum 627 b
inter quos valeat 631 n. 12
an cum barbaris & hæreticis paciscí liceat ibid.
alius alii paciscí non potest, ne quidem pater filiofamilias 631 a
de quibus rebus pacta valeant 633 n 13
Regula, quod in pactis factum, in stipulatione jus versetur, exposita 632 a
Pagani unde dicti 175 a
Palinodia quatenus hodie in usu 376 a. 151 d. 1026 n. 6 & *
actio Palinodiæ cum actione æstimatoria injuriarum cumulari nequit 379 † 383 *
nondum obsolevit in Sax. 381 *
Palmarium, quod in casum victoriæ vel finitæ litis olim stipulabatur, licitum non est 650 ‡
Pancratium quid 826 a
Pandectarum etymologia & compositio 3 n. 9. 515 n. 2 sq.
divisio in partes & titulos 515 n. 3
materia 526 n. 7
modus citandi per *ff.* unde 516 a
an codex pandectis deroget & quando 3 n. 10. 527
Papinianus suis ipsius corrector 1004 a
Paraphernalia bona cujus proprietatis 73 n. 16. 1186 n. 8 1188 n. 14
absque juramento pro maritis obligari possunt 932 *
an ab uxore in commodum mariti alienari possunt nullo curatore in litem adhibito 1226 *
hypotheca ratione paraphernalium ex quo tempore uxori competat 1039 a
Paratitla quid 516 n. 5
Parentes, eorum tutela 55 tit. 18
an ut suspecti removeri possint 76 n. 3
eorum jus in nuptiis filiorum 26 n. 6
eorum jus in succedendo 271 n. 9 sq 747 n. 9
eorum nimia sævitia pœnæ subjecta 1540 b
etsi dissipantes bona, an possint cogi ad tradendam liberis legitimam in antecessum 748 n. 11
eorum denegatum consensum in nuptiis liberorum supplet Consistorium 26 * 1070 * 1539 a
Parricidæ quinam sint 1540 sq.
eorum pœna olim & hodie 1540 n 3
causæ remissionis pœnæ 473 n. 9 & †
patris & matris parricidæ pœna 475 n. 9 & *
Parricidium quid, ejus pœna 1540 n. 2
adjuvantes parricidium quomodo puniendi 476 b. 1540 n. 2
conscii quomodo puniendi parti-

parricidii proprii pœna est culeus, & deficiente flumine rota 475 *
Partes hereditatis, & earum distributio 193 sq. (n. add.
Partes Societatis geometrice & arithmetice æquales 332
Partes judicii in persona comparere debent prima vice exceptiones ab hac regula ibid. (433 ‡
Partus quo tempore legitimus 40 n. 6. 548 n. 4 *
an sit in fructu 119 n. 51 (1217 sq.
post divortium natus quomodo agnoscendus & alendus 1217 n. 2
quomodo qui constante matrimonio natus 1217 n. 2
contra statum filii stante matrimonio nati plenam requiri probationem 1218 b sq.
sanguinolentum vendere patri non permittitur 554 i*
Partus abacti crimen & pœna 1508 n. 2
animatum partum abigens punitur gladio, non animatum vero abigens, mitius 1508 *
Pascendi jus 809 n. 13 & *
Pastorem pecori suo constituere nemini permittitur, nisi tres mansos (*Hafen Acker*) possideat 809*
Pastores non posse bona pastoralia pignori dare vel onere perpetuo afficere 1048 n. 9
vid. *Minister Ecclesiæ.*
Pater a filio & contra stipulari non possunt 302 n. 6
an contractus inter eos subsistat 302 *
an filium invitum emancipare possit 41 n. 8 b
an filio exheredato tutorem dare possit 43 n 3
an liberos possit vendere, & an olim potuerit 554 n. 6 sq. 22 n. 2. 40 n. 5
fiduciarius 40 n. 5
e contractu filii quatenus teneatur tam moribus hodiernis quam Jure Civili 390 928 b
filio suffragium in dignitate publica dare potest 669 n. 6
ejus persona filio sancta; & in quibus illa sanctitas consistat 1382
an olim jus vitæ & necis in filium habuerit 22 n. 2. 554 a
filiamfamilias in adulterio deprehensam impune occidit 22 n. 2
ejus consensus ad matrimonii filii substantiam requiritur, an & jure Canonico 26 n. 9
cum matre æqualiter succedens filio, retinet usumfructum bonorum filii defuncti ad dies vitæ 272 *
usufructuarius in bonis liberorum suorum an teneatur ad litium impensas de fructibus suis faciendas sine ulla repetitione 787 n. 12
an teneatur cavere 799 n. 3
vid. *Peculium Filiisfamilias.*
an possit fidejubere pro filio & viceversa 313 n. 13
ejus querela in officioti 747 n. 9
injuriam filiæ maritatæ non vindicat, sed maritus 378 *
filio in potestate constituto mobilia valide donat 1399 *
ex delicto filii quomodo teneatur 430 n. 5 *
vid *Patria Potestas.*
Paterfamilias quis 42 in fin. sq.
an etiam impubes esse possit 41 a
Patron-Geld vid. *Pecunia Justitiæ.*
Patria potestas 22 sq.
quo sensu regia 554 n. 6
ejus rigor antiquus recte est abolitus 554 n. 7. 22 a
est juris communis sive mixti 10 n. 6. 552 n. 2. 22 n. 1
ejus effectus tam ad res quam ad personas spectant 22 n. 2 *
ejus effectus est administratio & ususfructus bonorum filii adventitiorum 33 n. 2
nisi testator qui bona filii auget, patri interdixerit usumfructum ibid.
ejus effectus an hodie in desuetudinem abierint 557 n. 4 & *38 a & *22 n. 3 & *
vi patriæ potestatis legitimam habet personam standi in judicio pater nomine liberorum 23 ‡
modi tres eam acquirendi 23 n. 4
quibus modis tollatur 421 n. 8. 38. 557 n. 4. 5 †
an nuptiis an separata habitatione solvatur 82 n. 3. 33 a * 42 * 557 *
an solvatur per adoptationem ab extraneo factam 32 n. 3 sq.
invito patre amittitur quando 41 n. 7
an dignitas Locumtenentis a patria potestate liberet 557 n. 4
avi patria potestas in nepotem hodie nulla datur 23 n. 3
Patres conscripti qui 560 a
Patricii qui 39 n. 4. 561 n. 3. 12 n. 8
alii tempore Justiniani 39 n. 4
eorum & senatorum *differentia* 12 n. 8
Patrimonium & res in patrimonio quæ 80 b. sq. 406 b
extra patrimonium quæ 80 n. 3
Patronatus jus triplex 1381 sq.
prima species patronatus, potentiorum in tenuiores 1381 fin.
secunda pertinet ad *libertos* 1382 n. 2
in quibus locum habeat ibid.
quomodo amittatur ibid.
tertia species patronatus ecclesiastici, & ejus origo 1382 n. 3
Patroni causarum unde dicti 1382 a
an differant ab advocatis 647 n.
Patronus, quid ei debeat libertus 1382 a
an etiam alimenta ei præstare debeat ibid.
quatenus ipsi detur bonorum possessio ibid.
jus patronatus amittit, si negligat libertum alere aliasque ob causas ibid.
persona ejus liberto sancta 1382
in quibus illa sanctitas constat ibid.
patronorum tutela 52
patroni non possunt removeri ut suspecti 76 n. 3
quomodo liberto succedant 265 b
Patruo cum germanorum fratrum liberis concurrente hi soli succedunt 275 *
bilateralis patruus excludit unilateralium fratrum liberos 275 *
Pauliana actio 398 n 9
non datur adversus ignarum fraudis, nisi titulum habeat lucrativum &c. 1458 fin. sq.
non datur ex causa acquirendi; secus si juri quæsito renuncietur 1459
Pauli sententiæ an vim legis habeant 13 n. 10
Paulus, apostolus, egit apologiam in palatio Cæsaris 563 n 4 sq.
an provocatio ejus ad Cæsarem fuerit appellatio 1565
Pauperes qui & eorum ordines diversi, rationes alendi 1221 n. 9
in causis pauperum plures actiones an cumulari possint 620 *‡

gratis litigant 653 *
eorum juramentum paupertatis 458 ‡ 459 ‡
præter juramentum paupertatis juramentum calumniæ generale præstare tenentur 458 ‡
eorum transactio de lite licita est 642 ‡
eorum jura in processualibus explicantur 652 ‡
Pauperies & actio de illa 431 sq.
Paupertas excusat a tutela 70 n. 6
an a tutela removeat 79 in fin. sq.
tribuit privilegium fori 735
an etiam, si sua culpa pauper existat ibid b
futuræ paupertatis causa incolas non esse arcendos 1221 n. 10
Peculatus quid & pœna 477 n. 12. 1544 sq.
an in pecunia civitatis committeretur 1544 sq.
reus sit, qui prædam in bello surripit 99 n. 25
Peculium quid 161 n. 2 sq.
quotuplex 161 n. 3
legati peculii jus 235 n. 17
adventitii peculii, cujus plenum jus ad filium pertinet, species enumerantur & explicantur 927 n. 2
adventitium peculium, quod unus filiorum absente captivo patre lucratus est, mortuo in captivitate patre cum reliquis communicare non tenetur 39 n. 3
adventitium a patre alienari non potest ibid.
an filiusfam. de eo testari possit 178 b
in eo pater habet usumfructum 53 n. 2
non vero retinet, si filius uxorem ducat aut propriam oeconomiam instituat 162 a & *
an filiusfamilias de peculio castrensi & quasi castrensi testari possit 279 b (161 n. 3
profectitium in quo consistat, & quid ad illud referatur
ex quo filii peculio patrisfamilias obligatio acquiri possit 348 a
actio de peculio 428 n. 7. 928 n. 3
quando sit annalis 929 tit. 2
vid. *Filius familias. Bona. Patria Potestas.*
Pecunia quid 80 n. 1
Accipiendi eam facultas speciale mandatum requirit, nisi impensæ fuerint 658 ‡
Constitura 908 sq.
an Corporalis an incorporalis res sit 126 n. 2
Credita uxoris ad res mobiles quando referatur 127 * 558 *
tempore incursus hostilis ad tributa solvenda locum secundum occupat in classe prima Concursus 1052 ‡
Hereditaria uxoris ad Mobilia refertur 553 *
cujus dies viva uxore nondum venit, rebus immobilibus accensetur 127 * 558 *
quid hac de re jure Noviss. Sax. valeat 1052 ‡
quomodo præferatur ceteris creditoribus 1051 *
Lustrica tribuit liberis hypothecam in bonis parentum a die baptismi 1040 *
Non numeratæ pecuniæ exceptio 314 sq. 443 n. 5
vid. *Exceptio.*
Oblatio ejus & obsignatio solutioni æquiparatur & sistit usurarum cursum 1107 *
Præsidii causa repolita refertur ad mobilia 558 *
ex Venditione immobilium statis terminis solvenda refertur ad mobilia 558 *
vid *Nummi.*
Pecus quid 367 b
pecudibus oppignoratis casu pereuntibus an creditor jure Saxonico debitum repetere possit 291 *
pignoratum quomodo custodiendum 820 *
vid *Animal Bestia*
Pedanei judicis officium 573 b sq.
Pegasiani 111 n. 43 518 b
Pegasianum Sc. ejus historia, abolitio & in Sc. Trebellianum transfuso 1556 n 4
ei adhuc locus est in fideicommissis singularibus ibid.
Pensio an necessarium requisitum emphyteuseos 778 n. 10
intra quod tempus solvenda sit 326 a
ob casus fortuitos non recipit emphyteuta remissionem pensionis 326 n. 6. 778 n. 10 b
pensionum præteritarum ratione an domini directi quartum Creditorum locum privilegii occupent 1059 n. 17
vid. *Canon. Emphyteusis.*
Pensionarii qui 571 a
Perceptio fructuum de quo dicatur 118 b
ante perceptionem melior est b. f. poss. conditio, sed ubi fructus semel percepti fuerint, acquisitio fructuarii multo quam illius efficacior est 128
jus percipiendi fructus transmittit colonus ad heredes; non idem fructuarius 119 a
Perduellio, quid & pœna 471 a. sq. 1582 n 5
liberi perduellium an sint personæ detestabiles & ideo prohibeantur esse testes 1142 a. 170 b
an possint esse heredes 191 b
vid. *Majestatis Crimen.*
Peregrini an heredes institui possint 191 b
an testamentum facere possint 179 a
subditi sunt an locis, ubi degunt 538 a
Peremptoria exceptiones quid & quæ 445 n 12
Periculum rei legatæ an ad heredem, an ad legatarium pertineat 233 n. 14
rei mutuo datæ ad quem pertineat 288 n. 8
Periculum rei venditæ necdum traditæ ad emptorem pertinet 999 n. 3. 321 n. 9
etiam moribus hodiernis 999 n 4
exceptiones ab hac regula examinatæ 1000 n. 5
quam culpam præstet venditor, speciatim in vino degustato 1000 n. 6
& secund. distinctionem temporis ante perfectionem contractus, ante traditionem & post eam 1001 n. 7
quid juris, si pars rei perierit 1001
quid sit juris, in casu fidei non habitæ quod ad periculum 1001 n 8
commoda rei venditæ cui cedant 1002 n 9
item in fructibus percipiendis ibid.
in pensionibus rei venditæ percipiendis quid juris inter emptorem & venditorem 1003 a
Perjurii pœna 1509 n. 4 & *
de perjurio quo sensu iniquum sit queri 445 n. 8
Perjurus, qui duos priores digitorum articulos amisit, an amputatio aliorum digitorum locum habeat 1509 *
in tarpheda quomodo puniendus 1509 ib.
Permissio LL quid 534 sq.
ei inesse vim præcipiendi, non etiam probandi ibid.
Permutatio quid & jus ejus 320 b in fin.
an differat a contractu do ut des 1021
an locum habeat evictionis præstatio per mutationem 1084 n. 2
an lem-

an semper extet, ubi res pro re datur 1021 b
quomodo cum emptione venditione conveniat, & quomodo ab ea discrepet 1022 n. 3
rei alienæ quo sensu esse negetur 1022
actio de permutatione an sit bonæ fidei 412 n. 28
Perpetua & constans quid differant in definitione justitiæ 517 b
Perpetuitas actionum quousque extendatur 436 *
Perpetuum edictum, ejus origo 12 n. 10
Persecutiones quid 392 n. 3
Persona, earum divisio 15 n. 1
incertæ personæ jus 237 n. 20
personam standi in judicio quinam habeant 706 a
personarum jus & status hominum quid discrepent 547
Petitio Hereditatis vid *Hereditatis petitio.*
minus 420 n. 35
plus 419 b sq.
Petitiones quid 392 n. 3
Petitoriæ actiones 424 a
Petitorium judicium quomodo differat a possessorio 449
Pfändung vid *pignoratio.*
Philosophi pauperes a tutela excusantur 71 n. 11
Piarum causarum jus hypothecæ tacitæ in bonis administratorum, item debitorum 1042 * 1069 *
hodie piarum causarum administratores vel hypotheca expressa, vel cautione constringendi sunt 1038 ‡
Pietas in exheredatione neglecta quid 745 n. 4
Pictura cur trahat tabulam 110 sq. n. 42
Pignorationis prohibitæ causæ explicantur 1046 n. 4 sq.
an a principe tolli possint 1049 a
Pignoratio, die Pfändung, permittitur, quando animal alienum depascendo damnum dedit 820 *
pignoris loco captum animal domino Jurisdictionis tradi debet 820 *
interrumpit præscriptionem ejus, qui jus pascendi longa possessione acquirere intendit ibid.
Pignoratitia actio 291 sq 913
Pignoris luendi jus an præscriptione temporis tollatur 1077 n. 11 & Schol it. *
Pignorum capio 1448 b sq.
Confusio 1076 n. 8
Distractio vide *Distractio.* 1071 sq.
Pignus quid 291 n. 15
quot modis accipiatur 399 n. 12 b. 1027 sq.
quomodo differat ab hypotheca 291 n 15. 399 b sq. 1028 sq.
ejus divisio & species pignoris publici 1028
publici pignoris species ad contumaciam coercendam 1028 n. 3
privati pignoris species 1028 n. 4
est species juris in re 89 b
creditor pignus possidens tenetur ex culpa levi 291 b
verba pignus inferentia debent esse expressa 1029 n 5 sq.
an arrestum jus pignoris tribuat 1044 n. 12
hodie arrestum legitime impetratum jus pignoris publici non habet 1028 ‡
pignus de manu in manum traditum reapse possidens jure reali tantum gaudet 1031 ‡
interitus pignoris an nocet creditori an debitori 291 *
quibus modis solvatur 1073 sqq.
pignus forte soluta, propter quam obligatum est, ob usuras retineri posse 1073
pignus solvitur per novationem 352 n. 8
pignus solvi obligatione principali sublata 1074 n. 2
an scientia creditoris sufficiat, ut pignus libere alienetur 1075 a n. 7 & *
quomodo jus pignoris tempore non finiatur 1076 *
domo pignorata combusta & restituta pignus renovari, secus in superficie 1076 b
an creditor pecudibus oppignoratis casu pereuntibus jure Sax debitum repetere possit 291 *
an creditor, cui pecunia sine pignore adhuc deberur, restituere teneatur pignus, si pecunia, pro qua pignus constitutum erat, reddita aut oblata fuerit 1073 a
jus pignoris non expirat, licet prædium sub hasta sit venditum, in quo creditor hypothecam habuit 1075 *
pignoris tacitæ remissiones 1075 n 5
pignore legato jus pignoris esse remissum 1342 b
de pignore vendendo & non vendendo pacta explicantur 1037 n. 15. 1071 sq.
pignus rei alienæ quo sensu illicitum & quando convalescat 1045 sq (n. 23
pignus prætorium cujusmodi & ejus differentia 1068
vid. *Hypotheca.*
Piscatio in fructu 96 n. 21
quatenus hodie communis 84 b 98 b
a nemine exerceri potest, cui licentia non est a principe concessa 98 *
piscatorum temerariorum pœna ibid.
Pisces non manuetiunt 99 n. 24
Placita principum 11 n. 8
summæ potestatis placitum hodie constituit omnem juris originem 13 n. 11
Plagium quid & ejus pœna 477 n. 13 1547
Planta vid. *Arbor.*
Platonis lex de tutelis 68 a
de thesauris 102 a
de rebus deperditis 100 n. 37
Plebiscitum quid 11 n. 8
Plebs quid differat a populo 11 n. 8
opponitur patriciis & senatoribus cunctis ibid.
Plus petitum quot modis fiat & quæ pœna 419 b, 621 n. 12
pœna ejus apud Saxon. 420 *
Pœna quid 355
genus ejus triplex 1552 a
ejus divisiones & species hodiernæ 1553 n 2 1554 n 4 5
ad quam justitiæ speciem sit referenda 520 n. 8
num discrimen personarum recipiat 519 n. 6. 7. 520 n. 8
delicti & pœnæ æqualitas 360 a
an locum habeat inter Deum hominesque ei reconciliatos 1552 b
quatenus a principe remitti possit 530
quis habeat jus pœnas infligendi 1554 n. 6
causæ pœnam moderandi, tollendi, mitigandi 1554 n. 7
Furti capitalis an atrox & contra jus Divinum 360
temere Litigantium 457 b
Legatis vel institutioni adjici solita est duplex 1347 b
facilitas judicum, in ejus executione ibid.
non extenditur ultra dispositionem 1347 n. 3
omnes hodie valent, nisi turpes ibid.
Pœnales actiones quæ 476 n. 21
transeunt ad heredes, si lis cum defuncto contestata fuerit 439 *

Pœnalia judicia criminum publicorum pecuniaria transire in heredes 1543 n. 3 (889 b
Pœnitentiæ quando sit locus in contractibus innominatis 635 a
an ei locus sit in transactione 635 a
non est locus in licitatione publica secundum Statutum Lipsiense 978 *
in licitatione publica hodie in universum secundum jus Novist. Sax. non datur locus 978 ‡
Poetæ a tutela an, & qui excusentur 72 b in fin.
Politici in materia servitutum quales 815 n. 5
Pollicitationes quid & quomodo differant a pactis 1584. 623 b
Polygamia an sit adulterium 471 b. 1526 n. 8
quo jure illicita 25 n. 3
Pontificum Romanorum conatus ad opprimendam Juris Civilis professionem 527 b
Pontius Pilatus habuit jus præsidis 564 n. 7 & 569 tit. 19
Populares actiones & jus eorum 308 n. 5. 1516
Popularia & publica judicia quid differant 517 a
Populus quid differat a plebe 11 n. 8
de *Porcis* datur actio quadrupedaria apud Burgundos 820 n. 3
Portæ hodie sunt res publicæ non universitatis 89 a
Portarum urbis violario an sit capitalis 89 a. n. 11
Portio statutaria conjugis quantum 276 *
an amittatur, si conjux alterum malitiose deseruerit aut morbo ultimo decumbentem neglexerit 1348 *
Portio virilis 265 tit. 8
in successione conjugum 276 n 18 *
Positiones juris ab axiomatibus quid differant 1 n. 2
iis Jus perquam commodissime traditur 2 n 4. 5
Possessio quid 123 n. 59 sq.
quot modis accipiatur 1414 a
quotuplex & quibus competat 124 sq. 1414 n. 4
requisita 449 ‡
fundamentum usucapionis quomodo 151 n. 13
an sit jus in re 92. 393 n. 4. 449 b n. 7. 452 n. 10. 454. 459 b. 1414 n. 2
quomodo differat possessio & dominium 92 b. in fin.
causæ possessionum quo processu experiri debeant 449 *
natura possessionis solide eruitur 450 a
civilis & naturalis quid sit 151 n. 13
possessionis adipiscendæ Interdicta quot 451 n 5
post litem contestatam adepta 768 n. 4
post litem contestatam amissa an restitutionem requirat ibid. n. 5
an sequester possideat 1414 n. 3
quo sensu possessio naturalis in corpore, civilis in jure consistere dicatur 1414 n. 4
an duorum ejusdem rei in solidum possit consistere possessio 107 a
non amitti possessionem sola inficiatione 1416 a
apprehensionem requiri, quod explicatur & limitatur 1415 b
an possessio absque nova apprehensione ad heredem transferatur ipso jure 224 *
possessionis translatio an interrumpat usucapionem 151 n. 14
vacua an, & quomodo requiratur in traditione 120 n 53 sq.
an absens per procuratorem, si hic ipse acquirere nolit, acquirat possessionem 1416. b sq.
præter animi & corporis actum nihil ad acquirendam eam requiri, ne quidem jure prætorio, neque in Frisia 1416 a
retineri & amitti illam animo solo, cum discrimine tamen rerum mobilium & immobilium 1416 n. 6
per ministros non amitti 1417 a sq.
Possessio Bonorum vid. *Bonorum possessio*.
Possessor non nisi uno casu agit in rem 394 b
bonæ fidei, an aliter fructuum perceptione fungatur quam fructuarius 1002 n 9
differentia possessoris b. f. & usufructuarii 262 n 5
an in rem agere possit contra non possidentem 450 b
bon fidei an sine titulo rem possidere possit 125 n 61
qua ex causa fructus percipiat 115 a sq.
fructus consumtos restituit, si ex iis locupletior factus 117 b & *
quo tempore locuples factus esse dicatur 761 n. 15
bon fidei & civilis sunt unum idemque 125 n. 61
malæ fidei quando quis esse incipiat 118 a. 762 a sq.
an, & quas impensas possit exigere 109 b
restituit omnes fructus, etiam percipiendos 118 a
præscriptione se tueri non potest 400 *
malæ fidei, qui in possessorio ordinario aut petitorio cauta cadit, quales fructus hic restituere cogatur 449 ‡
rei singularis etiam est is, qui alieno nomine possidet, ut Commodatarius, Depositarius, Conductor, & Creditores in possessionem missi 768 n. 3
Possessor ad restituendum condemnatus, an executioni se opponere possit prætextu juris pignoratitii, usufructus, superficiei aut similis 773 n. 14
Possessoria actiones quid 424 b
Possessorii judicii ratio respectu appellationis, & de processu ejus in Frisia 1566 n. 5 sq.
possessorii judicii divisio in ordinarium, extraordinarium, summarium & summarissimum 1470
possessorio judicio victus appellare non potest 1465 b
quomodo differat a petitorio 449 a sq.
quando in possessorio judicio actor succumbit, in petitorio vero obtiner, an fructus a tempore prioris litis contestationis computandi sint 771 a
ordinarium an requirat processum ordinarium 449
in summario Leuteratio locum non habet 454 *
momentaneum admittit summariam causæ cognitionem 449 *
in possessorio summarissimo quid jure novist. Sax. obtineat 449 ‡
Posthumus quis 185 n 4
quotuplex 185 n. 5. 1271 b
quid differat a ventre 548 b
quo jure ei tutor detur 43 n. 4 sq.
an legatum liberis relictum percipiat 44
quo jure prætereatur, exheredetur 185 n. 4
variæ posthumorum distinctiones, & unde illæ oriantur 1271 b 204 a
illorum discrimen a lege Justiniani videtur alienum 1271 b
eorum quasi-agnatio hodie est sublata 1276 n. 10
eorum veræ agnationis jus hodie adhuc esse in usu 1276 n. 11
pro jam natis habentur, quoties de ipsorum commodis agitur 44 b in te-

in testamento sub voce *filiorum* comprehenduntur 48 n. 4
testamentum in quo posthumus exheredatus est, an sit nullum, an agnatione rumpatur, vel potius, an per querelam inofficiosi rescindatur 212 a. 186
Postliminium quid 39 n. 3. 1576
quotuplex 1578 n. 6
quinam eo gaudeant 1577 n. 3
cur iis, qui se hostibus dediderunt, negetur ibid.
an detur his, qui bello repente orto apud hostes reperti sunt 1577 n. 4
jure postliminii reversus ab hostibus tutelam recuperat 55 n. 2
non habet locum in his, qui capti sunt a prædonibus & piratis 1577 a
non datur iis, qui ab hoste reversi sunt, fide redeundi data 1577 b
an iis detur, qui pace facta redierunt ibid.
postliminii in personis usum hodie nullum esse 1578 n. 6
quæ res postliminio gaudeant 1578 n. 7
an matrimonium postliminio restituatur ibid. n. 8
magistratus, jura imperii, aliique honores postliminio non restituuntur ibid. n. 9 sq.
ubi quæstio super hac re inter Frisios & Ultrajectinos ib.
Postulatio quid 646 n. 2
qui possint postulare ibid. n. 2 sqq.
Potentia metus an restitutionem præstet 675 a
Potestas quotuplex 22 n. 1
quid differat a jure & vi 42 n. 2
quid differat a dignitate 69 n. 4
excusat a tutela 69 n. 4
summa quid 470 2
reipublicæ summa potestas quo fundamento nitatur
Cæsarum vero tuit summa 543 b (543
qualis Augusto fuerit delata a populo Romano 544 a in fin. sq.
in *Potestate* nostra constituti nobis acquirunt & dominium & obligationem 426 a
Precepta Juris explicantur 6 n. 8
Præceptorum sævitia actioni obnoxia 825 n. 9
Predatio olim licita 329 b
Prædia stipendiaria & tributaria quid sint 121
Prædo & fur etiam possidens 125 n. 63
quid a malæ fidei possessore differat 760
Præfecti Augustalis officium 568 t. 17
Prætorio officium 562 n. 1
Vigilum origo, incrementum, officium 568 sq. tit. 15
Urbis officium & origo 566 tit. 12
Præjudicia quid sint 403 b
quid sint in rubrica de exceptionibus 403 b. 1473 n. 3
Præjudiciales actiones quid & quæ 403 n. 17
Prælationis jus in Dote, & bonis uxoris venditori, Dominio sibi reservato ante omnes creditores competens 614*
jure quænam gaudeant hypothecæ in concursu 614*
prælationis jure hodie Arrestum destituitur 975*
Præparatoria judicia quænam 1028 ‡
Præscriptio quid differat ab usucapione 717 n. 31
requisita 148 n 4. 811 a
Actionum 148 sqq.
Agri inundatione mersi decennio præscribuntur 437 n 2
Jurisdictio an ea tolli possit 106 b
Possessor malæ fidei se præscriptione non tuetur 535
Redituum annuorum, qui ex pacto de retrovendendo solvuntur, quid circa eam apud Sax obtineat 400*
Regalium adversus principem an 31. annorum, an immemorialis esse debeat, an vero nulla detur 781*
Servitutum 1419*
minutim Venditarum rerum biennalis exponitur 13 a & * 150 n. 9 803 n. 9
an satis cum jure Conscientiæ conveniat 14. 6 n. 3
Tempora 1477 b
Usurarum explicatur 148 a & * 149 n. 5. 400 * 1419 *
an contra præscriptionem restituatur in integrum 1106 in fin. sq.
quæ res præscribi non possunt 673 n 7
Præscriptiones temporales variæ recensentur 150 n 9
variarum actionum, & regulæ de illis moribus fere obsoletæ, etsi non in Frisia 1476 sq.
Præscriptis verbis actio cur sic dicta 437 sqq.
cur civilis vocetur 1023
cur incerta ibid n. 3
cur incerti 1023 n. 4
cur in factum 1026 n 9
vix hodie ab aliis actionibus differt ibid. n. 10
an omnes sint bonæ fidei ibid.
præscriptis verbis agendum, si quis commodet agricolæ pecudes & instrumenta rustica æstimata, sub lege usurarum 413 n. 28
Præses quid, an sit magistratus; an jus deportandi habeat, rectene distinguatur in univerlalem & singularem 1026 b
Præsides provinciarum possunt mutuo dare, non fœnori, & quare 569 tit 18
an habuerint Prætorium 864 sq.
Præstare quid significet 565 n. 7
Præstatio ejus, quod interest, quando hodie non liberet 280
is, cui facti præstatio per sententiam injuncta est, præcepto Executivo constringitur, ut faciat id, quod in jurisdictione ultimum est intra 14. dies 296 ‡ ibid.
Præstationes personales quid 343 a
naturales quænam dicantur 691 a.
Præstigiatorum pœna 1509
vide *Magi*.
Præsumptio quid; & vis præsumendi ut usu acquiri possit 1121 in fin. sq.
divisio in leviorem & fortiorem, cum usu & exemplis earum 1122
Jus quæ dicantur & earum discrimen 1223 n. 18
de humanæ vitæ spatio ibid n. 19
juris & de jure quæ dicuntur 1224 n 20
earum a fictionibus discrimen 1224 n. 22
Preteritio liberorum & posthumorum cujus effectus 182 n 2 sq. 1271 n 2
an idem sit ac exheredatio 189 n 14
emancipatorum testamentum facit nullum 186*
liberorum vel parentum an convalescat eorum consensu 752 in fin sq.
an matris avique materni pro exheredatione habeatur 209 a 1273 n 8. 182*
matris in foro facit testamentum nullum, non jure civili 1276 a

Prætor quis, ejus officium, & an potuerit de causis criminalibus judicare 567 tit. 14
quomodo differat a judice 299 a
ejus officium erat, rigorem & ineptitudinem juris antiqui corrigere 166 n. 6
ejus jus coercendi 76 n. 4. 79 n. 8 857 n. 3
quomodo differat, prætorem esse & prætura fungi 567 n. 2
edicta Prætorum 12 n 10
quatenus perpetua dicantur 587 b
prætorium jus opponitur civili 13 n 10
quando vim juris factum sit 13 n. 10
Prætorium, quid fuerit ne in palatio, an auditorium in eo Cæsar habuerit, & an a prætoriis cohortibus distinctum 562 n. 2 sqq 806 b
Prævaricatio quid & pœna 1512
Prata quando clausa dicantur 809 *
Praxis duas res significat 537 n 15
Practica Jurispr quid significet 2 n. 8
practicæ jurispr. partem constituunt quoque statuta locorum 3 n. 8
Praxis sive stylus curiæ vim habet consuetudinis 537 n 15
Precarium quid differant a commodato 289 n. 9. 1467
an de precario detur actio præscriptis verbis 412 n. 28. 1025 n. 7
interdictum ex eo an etiam tertio & contra tertium detur 1467 sq.
Presbyteri an excusentur a tutelæ 74 n. 18
ipsis tutela legitima volentibus permittitur 74 n. 18
Pretium affectionis non cadit in res fungibiles 883 a
in Emptione 320 n. 6. 975 b sq.
an sit substantiale contractus Emptionis Venditionis 318 n. 2
quomodo æstimetur 250 n. 4
Fides de pretio habita vid. *Fides.*
si venditor Emptori fidem de pretio nondum habuit, rei venditæ & traditæ Dominium manet apud Venditorem, donec emptor solverit 121 n 55 975*
Summa pretii, si a venditore in libros rationum relata, an non fiat creditum 122 in fin. n. 55
Rei loco cur magis succedat in hereditatis petitione, quam in rei vindicatione 761 n. 14
Rem non continet 321 n. 9
Residuum pretii quomodo præferatur in concursu 1052 ‡
Primipilaris causa quæ, & jus ejus 1054 n. 7
Primogenitorum jus in successione 268 n. 3
Princeps, ejus jus in bona civium 21 b sq 553 n. 4 & 81 n. 4
an capiat ex testamento imperfecto & litis causa 209. 1752 n. 11. 1335 n 4
an delinquentibus pœnam possit remittere 531 sq.
Principum placita 11 n. 8
Constitutiones tantum tempore Justiniani pro LL. publicabantur 12 n 9
Privatum judicium 468
& publicum ejus 8 n. 10 sq.
Privilegiati creditores vid. *Hypothecarii.*
Privilegium quid, & effectus ejus 12 n. 9. 537 n. 4
quomodo differat a jure singulari 532 b in fin.
an ad heredes transeant privilegia vel ipsis prosine 532 b.
Fori 733 sqq.
miles privilegio fori munitus an a vidua ad curiam vocari possit 735 a
an possit aliis cedi privilegium 735 n 64
quando cesset 735 n. 65
an possit ei renunciari 736 n. 66
quomodo privilegia Romæ prohibita 530 n. 4
Probabilitas in jure 1122 a
Probatio quid 1114
Artificialis fieri potest ex concursu indiciorum & præsumptionum 1115 in fin sq.
Articuli probationis causa 1120 n 11
Calculus est species probationis 1121 ‡
Cerevisiam coquendi & vendendi juris probatio quod spatium temporis permittat 1119*
Confessio an sit species probationis 1117 n 6
Dubia facta sunt materia probationis, non notoria, nec jura 1117 n. 7
pro Exoneranda Conscientia vid. *Defensio.*
Fama non est species probationis, & quare 1117 n. 7
Inspectio oculatis est species probationis 1121 ‡
ex Instrumentis vid *Instrumentum.*
Juramentum non est species probationis & quare 1117 n. 6
ex Libris rationum mercatorum 1123 n. 19 &*
Negativa probatio an detur 306 n. 14. 1117 n. 8
negativam simplicem probari non posse secus in limitatis, item in his, quæ revera affirmant, verbis negant 1118
Onus probandi cui incumbat 1118
ad Perpetuam rei memoriam tam actori, quam reo etiam per documenta licet, si parti quoad probationem & reprobationem periculum imminet 1156 ‡
Plena semper esse debet 1114 sq.
Semiplena quæ dicitur, tolummodo præsumtio est 1114
Tempus, quo probatio facienda est 1118 *‡
quod tempus concedatur ad positiones, quibus super probatione & reprobatione disceptatur 1154 ‡
quando mulier, quæ terminum probatorium elabi passa est, restituatur in integrum 673 *
vid *Terminus* probatorius.
contra sententiam probationem injungentem nec leuteratio, nec facile appellatio admittenda 1118 ‡
Modus probandi post interlocutionem & aliter 1118 n. 10
publicatis testimoniis non fiunt novæ probationes 1120 n 12
probationes in uno judicio factæ, an valeant in altero 1121 n. 13
Processus ultra duplicationem non facile producendus 715 a
per Contumaciam 612 n. 6
executivus quando locum habeat 719 *‡
reus ab heredibus vel cessionariis executive conventus, dubio super legitimatione exorto, eventualiter instrumentum recognoscere tenetur 719 ‡
si heredes executive conventi fuerint, nec heredes esse in continenti doceri possit, quid juris ibid.
reus executive conventus quando exceptiones opponere possit, & quales 719 ‡
exceptio non numeratæ pecuniæ in processu executivo non nisi in continenti liquida opponi potest 720 ‡

quando

quando in processu executivo dissessio locum habeat, vel non 720 ‡
Mercatorius 719 *
Ordinarii & summarii differentia hodie nulla 719 *. 719 ‡
Reassumtio processus an sublata 664 * ‡
Summarii causæ 718. 714 ‡
Proclamatio Ecclesiastica desponsatorum 1169 b & *
Proconsulis & ejus Legati officium 568 tit. 16
Proculejani 111 b
Procurator quid & quotuplex 434. 656
ætas procuratoris 20 n. 5 & *
minor at. annis ab actis per judicem in Saxonia repellitur 20 *
quomodo differat a negotiorum gestore & a defensore 434 n. 2
ab Advocato 434 n. 4 & *
procuratoris partibus sæpe Advocatus fungitur 434 *
procuratoris & syndici hodie differentia nulla 669 ‡
generalis an recte distinguatur in simplicem & cum libera 335 sq. 656 in fin. sq.
qui dare procuratorem, & quinam dari possint; an & minor 25. annis 656 n. 2
a tutore non potest constitui 65 b
in quibus causis dari queat, an & in capitalibus. 657 n. 3
jura eorum in Cutiis Saxoniæ Provincialibus 434 *
non admittitur pro reo in causa cambiali, mercatoria & matrimoniali 433 *
simplex omnium bonorum quid facere possit 335
ejus officium specialiter in appellando & in reconventione 434 n 3
ejus officium in mandato cum libello porrigendo 669 ‡
pœna si sine mandato compareat 662 a & *
quomodo a literarum imperito constitui debeat 659 ‡
procurator in rem suam an compensare possit 944 n. 9. 946 n. 15
substituendi facultate in nec post L. Contestationem habet, nisi in specie hæc clausula mandato inserta 656 *
quid caveat & quam culpam præstet 659 n. 6 & *
quibus modis ejus officium finiatur 660 n. 7 & 665 n. 16
an etiam paupertate mandantis 650 b
an finito officio conveniri possit 915 n. 5
ejus officium non finitur, si causa semel suscepta mandato renunciat, antequam alius procurator constitutus fuerit 659 ‡
an Dominus id, quod procurator ei stipulatur, petere possit 303
an acceptilatio per procuratorem fieri possit 351 b
an fiat dominus litis 662 n. 11. 955 n 4
exceptiones quæ ei opponuntur 660 n. 8
modus & jus acquisitionis per illum 163 n. 6
stipulatio per illum & effectus 303
Procuratores publici differunt a privatis 665 n. 17
ii, quibus hodie utimur, non sunt domini litium 662 n. 11 sq.
secus ac privatè ibid. 956 n. 4
Procurator Cæsaris duplici officio 569 tit. 19
Prodigi & jus eorum 63 n. 5
vel moraliter vel jurjdice considerantur 63
duo requisita in prodigo ibid. b
an prodigo ipso jure bonis interdicatur ib
an possint testari 179 n. 3
an gaudeant foro privilegiato 734 b
an possint stipulari 301 a. 303 b
an possint esse testes 1141
an illis petentibus procuratores detur 1263 a
non possunt esse procuratores, neque postulare 1264
licet ad tempus sibi temperent, Curatores retinent 63 fin. sq. 1263 a
an, si luxurioso propterea a propinquis curatum sit bonis interdici, ne testamentum facere aut mutare possit, hæc interdictio infringat testandi libertatem 180 a. 181 n. 4
Productio testium deserta non est, si sollicitatio pro impetrando termino productionis neglecta fuerit 1119 ‡
ad eam conceditur terminus Saxon. ibid.
producente non comparente probatio pro deserta habetur 1152 ‡
producente comparente judex vel petente producente vel ex officio testes examinando & absentes citando perget 1152 ‡
vid. *Testes.*
Professores quatenus excusentur a muneribus 71 n. 11
honoraria professorum an actionem pariant 1585 n. 2
juris professores an de honorariis suis agere possunt 1585 n. 3
Juris Profess. privilegium fori 737 n 69 & 70
Programma, ejus in hypothecis vendendis ad excludendos creditores usus ingens 1075 n. 6
Prohibendi & excusandi discrimen 74 n. 19
Prohibitio alienationis hereditatis ad quotum usque gradum valeat 258 n. 16
alienationis quibus modis fiat 1046 n. 4 sq.
vid Alienatio. (29 n. 16
Matrimoniorum mere civiles prohibitiones Romanæ
Projecta quid a protectis differant 808 n. 10
Promissio rei incertæ, ejus jus 295 n. 5
rei turpis 303 n. 6
sub pœna 349 n. 3
dationis aut facti 295 b
alieni facti 304 n. 6
non faciendi quando obliget 297 n. 6 304 n. 6
si quis promiserat, se præstaturum esse Domini consensum in alienationem feudi, an obligatio exinde nascatur 304 *
effectus omnis promissionis 296 a
Promulgatio rerum venalium cur hodie recepta 998 a
nuptiarum quo modo & juris effectu fiat 1169 b
Pronepos ex fratre germano potior est in successione, quam pronepos ex fratre unilaterali 274 *
Proprie causæ testis qui 1143 n. 6
Proprietarius an contentiente usufructuario servitutem constituere possit 803 n. 8 & *
vindicat sibi fructus mere naturales nondum perceptos 168 *
Proprietas an dominio differat 93 b
Proprii homines & eorum conditio 16. * 18. 1402 *
eorum Laß- und Aigen-Briefe 13 *
Proprium pro eo quod est singulare seu speciale 757 b sq.
Prorogare quid significet 577 n. 9
sententiam an judex prorogatus, an ordinarius prorogandus exequi possit & debeat 579 a

Prorogatio, variæ illius species 577 n. 10
de loco ad locum, & de tempore ad tempus non valet 577 n 10
de causa ad causam non magnum habet usum 578 n. 11
de persona ad personam, ejus vis & effectus 578 n. 12
non habet effectum nisi reus deprehendatur in territorio jurisdictionis prorogatæ ibid.
vid. *Jurisdictio prorogata.*
Prospectus servitus quid 136 n. 13. 808 a
Protimiseos Jus an admittat cessionem 937 b
jura protimiseos liberis & simultanee investitis competentia in subhastationibus 992 ‡
vid. *Retractus.*
Protocolla quid sint eorumque usus 1127 n. 6
forma illorum ex jure communi, Hollandico & Frisico 1127 n. 7 sq.
neglectus eorum quam noxius ibid.
Protutor quis 342 b
Provincia quid 68 b
divisio provinciarum in cæsareas & populares 568 tit. 16
Provincialia prædia 121 a
Provisio ex debitis chirographariis quomodo administretur 719 n. 36
an per exceptionem non numeratæ pecuniæ tollatur, an vero hæc per illam; & quibus aliis modis tollatur 721 n. 37
Prudentum responsa quid 11 n. 8
quædam tantum juris vim acceperunt 12 a
Proxenete an testes esse possint 1145 a
Proxenitica quatenus peti possint 1586
Proximus in successione ascendentium 272 n. 10
Puberes an civiliter obligari possint 302 b
Pubertas ex annis æstimata 58 n. 1. 25 n. 8
an etiam ex indagatione corporis 58 n. 1
finit tutelam 53 n. 1
gradus ejus 41 a. 549 n. 6
Jure Saxonico Feud. æstimatur 13. ann. & 6 Septim. 59 *
Publica res quæ 53 b sq. 559 a
publica judicia 468. 1405 b
publicum jus vario sensu 8 n. 10
publicum delictum 355 a sq.
publicæ utilitatis effectus 21 b. 1265 b
Publicanus quis 1394
quomodo teneatur 1394 b
quare a tutela excusetur 1251
an teneantur publ. usuras ex mora præstare 1003 n. 16
an possint exigere usuras ex mora a privatis ibid.
Publicatio Attestationum quomodo fieri debeat 1154 ‡
bonorum 181 n. 7
sententiæ quomodo fieri debeat 1440 *
quid circa publicationem sententiæ jure Noviss. Sax. observandum sit 1440 ‡
Publiciana actio, ejus origo & proprietas 395 b. 774
datur his, qui possunt usucapere 774 n. 2
differt a rei vindicatione 774 n. 4
an *Pudicitiæ* tuendæ causa cædes sit licita 376 n. 2
Pugiles qui 826 n. 11
Pulsandi a verberando discrimen 376 n. 2
Puncta officii quid apud Frisios 848 n. 10
Punctorum & commatum mutationes non esse emendationes legum 806 a
Pupillus an possit esse paterfamilias 418
ejus res tutor emere non potest 58 b n 4
aliquando accipit curatorem 65 n 8
quando accipiat curatorem in litem 58 n. 4
modum illum alendi 78 n. 8
an possit arrogari 83 n 5
an ex promisso naturaliter obligetur 308 n 3
naturaliter licet obligatus tamen condictionem indebiti habet 288 b 302 a
remedia indemnitatis pup. 65 n. 1 sq.
non potest alienare sine tutorum auctoritate vel curatorum consensu 157 n 4. 1260 sq.
an solvi possit illi & ab illo 157 n. 4 sq.
non tenetur condictione indebiti 288 b
an & quatenus obligetur 57 a. 280 b. fin. 315 a. 301 n 3. 300 n. 2
etiam mala fide contrahens sibi alterum obligat, non autem se alteri 57 a
quando ipsi Tutor autor fiat 57 a
non potest hereditatem adire sine tutoris autoritate 57 n 2
in possessionem bonorum absentio tutoris immittitur 78 n. 8
ejus deportatis, qui pubertati proximus & delinquendi capax est, solvit tutelam 59 n. 2
an pupillus elapso biennio in obligatione literarum amplius possit opponere exceptionem Non Num Pec. an vero solvere teneatur 315 a
an ipsi juramentum deferri possit 875 fin. sq.
vide *Juramentum.*
Pupillorum & minorum hypotheca in bonis curatorum, ejus origo 1039. 1440 n. 4 sq.
ex quo tempore incipiat ibid.
hodie quid juris 1038 ‡
eorum privilegium in rebus pecunia sua emptis 1058 n. 16 sq.
in bonis tutorum & curatorum 1060
res eorum præscribi non possunt 150 n. 9
bona eorum nec utilitatis causa alienari possunt 1047 n. 6

Q.

Quadriga quid, & legatum ejus qui finiatur 794 n. 4
Quadruplicaria actio & ejus origo 431 sq n. 9
Quadrupli actiones 410 n. 24
ultra *Quadruplicam* non proceditur ante litis contestationem 448 *
Quæstio status & natalium 266 b
Quæstio per tormenta sine licita 1548
quæ sint ejus requisita 1549 n 2
an sint torquendi, de quorum crimine per testes constat ibid n 3
cujusmodi indicia requirantur ad quæstionem 1549 b
an indicia admittenda sint, quæ ratione non constant naturali ibid.
modus quæstionis & torturæ 1550 n. 5 sq.
collatio tormentorum Fris. cum Rom. 1550 n. 7
an artibus eludi possint tormenta ibid.
quid juris, si reus negando tormenta pertulerit 155 n. 8
quid juris, si reus fatcatur, deinde revocet confessionem 1551 n. 10 sq.
quinam torqueri non possint 1551 b
Quæstoris officium 567 tit 13
Quæstorum præferentia in concursu vid. *Hypothecarii.*
Quarta impuberum arrogatorum 34 n 6 Fal-

Falcidia & jus ejus 248 sq.
Pegasiana 253 n. 3 sqq.
Trebellianica 253 n. 3 sq. 1362 n. 16
an heres heredis eam detrahere possit 1362 n. 16
quid in illam imputetur 1362 n. 17
an etiam fructus ex hereditate percepti imputentur
an possit prohiberi 1362 n. 18 (254 n. 6
filiusfamilias gravatus fideicommisso de jure civili tantum unam quartam, non duas deducere potest 1362 n. 19
an de quarta Trebellianica idem sit statuendum, quod de Falcidia ratione inventarii neglecti statuitur 223 b sq.
quibus casibus cesset 1363 a
heredi debita quæ sit in legato ususfructus 139 n. 6
Quasi, hoc vocabulum non semper innuit fictionem aliquam juris 33 n. 4. 341
Quasi-Agnatio posthumorum hodie est sublata 1265 n. 10
Quasi-Castrense peculium 340 b
Quasi-Contractus quid, quot numero & explicatio 283 a. 340 sqq. 820 a. 842
an sit causa condictionis causa data causa non secuta 888 b
hujus fundamentum est causa, an sit factum honestum, an tacitus consensus 341 a. 842 a
Quasi-Delicta quid, quot, & explicatio 386 sq. 820
fundamentum eorum quod 386 Schol.
causa actionis ad exhibendum an sit quasi-contractus, an quasi delictum 841 sqq.
fundamentum condictionis ob turpem causam an sit quasi-contractus, an quasi-delictum 891 n. 2
Quasi-Maritus 340 b
Quasi-Pignus 1034 a
Quasi-Possessio 448 a
Quasi-Posthumorum tres species 204
Quasi-Sacra res 872
Quasi-Serviana actio 340 a
Quasi-Ususfructus 140 a sq. 138 a
ejus & ususfructus differentia 140
quibus modis constituatur ibid. n. 8
an contractu constitutus naturam mutui induat ibid.
finito quasi-usufructu præstatur æstimatio rei ibid.
in quasi-usufructu cautio est essentialis 140 sq. n. 9
etiam in rebus immobilibus consistere potest 795 n. 6
Querela inofficiosi quid 210 n. 2. 744
quomodo differat a petitione hereditatis liberorum præteritorum 210 n. 2
an ante hereditatis petitionem tractari debeat 210 sq. n. 2. 744
debet institui ante quinquennium, alias huic remedio præscribitur 212 n. 5
non aliter transmittitur ad heredes quam si a defuncto inofficiose præterito jam lis mota fuerit ibid.
quibus competat 210 n. 3 sq.
an spuriis & nothis detur 216 n. 3. 745 n. 6
an matri detur querela contra pupillarem substitutionem a patre filio factam 746 n. 7
an fratribus uterinis detur 747 n. 8
an patre per querelam obtinente fratres ad successionem ab intestato vocentur 747 n. 9
an detur fratri aut sorori, spurio herede instituto 1273 n. 3
effectus querelæ inofficiosi 210
an valeat libellus querelæ, si petatur sola rescissio testamenti 744 n. 2
an in libello, quo filius movet querelam, prætextus furoris hodie locum habeat 210 b. 745 n. 4
causa, propter quam querela datur, est pietas ibid. n. 4
quibus casibus cesset 212 n. 6 sq. 751 n. 17
cessat, ratione Actoris si aliud remedium supersit, per quod ad bona vel omnia, vel ad partem eorum perveniri potest. 212 n. 6
cessat, si exheredatus agnovit testamentum & acquievit post mortem 212 n. 7 & *
an renunciatio hereditatis vivo testatore facta excludat querelam ibid.
si actor renunciaverit querelæ 751 n. 18
an valeat renunciatio querelæ vivo testatore vel in ipso testandi actu facta ibid.
an valeat renunciatio jurato facta 753
an excludat, si exheredatus agnovit legatum in testamento eodem sibi relictum 213 b
cessat si testator iis, qui de inofficioso agere volunt, reliquerit legitimam 213 b
cessat ratione testatoris, si miles sit, & quatenus habet privilegium testandi jure militari 216 n. 13
si de peculio quasi castrensi filius testam. fecerit, & parentes præterierit, an isti habeant querelam ib.
cessat, si pater filio per exheredationem non obesse, sed consulere voluerit. ibid.
cessat, quando pater filio impuberi fecit testamentum eique dedit substitutum pupillarem, mater, licet ne quidem legitimam habeat, querela tamen uti non potest 261 b
cessat ratione temporis, si quinquennium sit elapsum 216 n. 14
cessat, si is, qui querela dabatur, mortuus sit, antequam præparaverit actionem sive querelam 217
cessat ratione causæ vide *Exheredationis* causas.
an clausula codicillaris excludat querelam 754 n. 22
apud Gallos non est usu 744 n. 3. 1415 fin.
Querela nullitatis contra sententiam movenda est intra terminum Saxonicum 464 *
Quiritum Jus 550
quibusnam conferebatur 18 b
Quiritarium dominium quid, & quibus olim modis acquirebatur 93 n. 14. 120 n. 54. 148 n. 3. 160 b
Quod cum eo, qui in aliena potestate est, Tit. exponitur 426 tit. 7. 924
Quod jussu actio quid 426 n. 2. 929
an ex contractu hominis sui juris teneatur mandans; quid moribus hac parte 930 n. 2. 3
Quod legatorum interdictum cujusmodi, & an habeat locum in donatione mortis causa 1461 fin. sq.
heredi datur, non legatariis & fideicommissariis 1461 n. 2
Quod vi & clam interdictum, an concessione præsidis amittatur 1466
Quorum bonorum interdictum 451 n. 5. 1461 a
qui ex edicto Hadriani instituatur 1461
quomodo differat ab hereditatis petitione 452 n. 5
an ex jure hereditario descendat 452 b
de *Quota* litis paciſci hodie omnino prohibitum in Saxon. 650 ‡

R.

Radices, quomodo in jure considerentur 109 n. 41
Rami arborum, quomodo in jure considerentur 110 n 41*
in vicini fundum propendentes a vicino succidi jure possunt 1468*
ramorum propendentium fructus communicantur jure Ultrajectino 110 b
Rapina quid, ejus actio &c. 365 sq.
Raptorum differentia & pœna 1501 sq.
Raptus virginum pœna, jure civili & moribus 1529 n. 4. 476 n. 11
Rati cautio-vid. *Cautio.*
Ratihabitio an admittat negotiorum gestorum actionem 670 n. 5
parentis quid in nuptiis efficiat 27 n. 10
vide *Nuptiæ.*
alterius *Ratihabitionem* si quis promiserat, an exinde obligatio nascatur 304*
si ratihabitio alienationis sine decreto factæ a minore facto subsecuta fuerit, an adhuc præstet restitutionem in integrum 1262 b
quod tempus ad tacitam horum ratihabitionem requiratur ibid.
Ratio quo sensu anima legis 533 a. in fin.
non est principium legis interpretandi, sed instrumentum 533 n. 6
cessante legis ratione quatenus ipsa lex cesset 179 n. 3 533 n. 8
Rationes mercatorum quam vim probandi habeant 1133 n. 19
si venditor summam pretii in rationum libros retulerit, an pretium non fiat creditum 112
Rationum redditio quotuplex 342 a. 1155 a
modus reddendi rationes 1195 n. 3
Readsumtio quid sit & ejus usus 663 b &*
Reassumtio litis an locum in Sax. aliquando habeat 1441 Schol. &* 664 ‡
vid. *Lis. Processus.* it. *Sententia.*
Receptatores quid & eorum pœna. 1512. 362*
Receptitia actio 401 n. 13
Bona 75 b
an a paraphernis differant 1188 n. 15
an ratione bonorum receptitiorum uxori hypotheca concessa sit in bonis mariti 1039*
Receptum arbitrorum 695
nautarum & cauponum 699 a. b
Recipere tutelam quid 61 a sq.
Recognitio instrumentorum vide *Instrumentum.*
Reconventio quid; differt a conventione 749 n. 2
inter quos locum habet & in quibus casibus cesset 849 n. 3 & 4
quo tempore instituenda 714* 850 n. 5
usus ejus apud Saxones exiguus 850 n. 6
fieri etiam potest post litem contestatam, vix tamen post interlocutionem probatoriam 850 a
petitoria in judicio possessorio non est admittenda 861 a
Juris Communis quomodo differat a reconventione Juris Saxonici 714*
cautio pro reconventione hodie cessat in Sax. 435 ‡
hodie cum conventione pari passu ambulat separatim tamen, mit Haltung abgesondert. Acten 714 ‡
actor in conventione, procedere haud tenetur in reconventione, nisi reus in conventione actori nunc reconvento plene latisfecerit 714 ‡
exceptio est si actor reconventus sit peregrinus aut non possessionibus instructus ibid.
Recuperandæ possessionis interdicta 456 n. 12
Recuperatores qui 19 n 4
Redempti ab hoste qui jure sint apud redemptorem 1058 b 1080 b.
Redemptor captivi quid juris contra redemptum habeat 1044 n. 11
redemptoris servi ab hoste privilegium 1055 n. 16
Redemptores quid 1394 n 2
Redhibitoria actio, ejus usus 1080 n 3 sq.
an ei locus sit ob servitutem celatam 1081 n 6
datur aliquando post æstimatoriam actionem 1081 a b
quatenus hac actione plures in fundum agant & conveniantur 1083 n 9
concursus redhibitoriæ & æstimatoriæ actionis hinc electivus 1081 n 6
Reditu legato quid contineatur 1333 n 4
Reditus annui mobiles an immobiles 556*22 a
ex ædibus, alicubi ex agris semper redimi posse 989 a b
eorum hypotheca tacita 1044 n 11
quomodo præferantur cæteris creditoribus 1051*
quorum dies venit, mobilibus accensentur 127* 558*
quid in præscriptione redituum annuorum, qui ex pacto de retrovendendo solvuntur, obtineat apud Saxones 781*
eorum venditio 302 b in fin 585 n 8
redimibiles, ut jure reali gaudeant, judiciali contentu opus habent 1052 ‡
Redoublement in bonorum possessione quid 453 n. 8
Reductio a laudis arbitrorum & jus ejus 695 b sq.
Reductione renunciata an adhuc propter enormem lasionem pœn posit 699 b
Regalium præscriptio adversus principem an 31. annos, an tempus immemoriale requirat, an vero nulla detur regalium præscriptio 149*
Reges non recte magistratus appellantur 513 n. 2
non sunt ministri suorum populorum 543 n. 2 sq.
Regia legis historia & sententia 12 n 9
Regis potestas 524 a
Registrationum in Frisia privilegium inter creditores 1063 a sq. 1064 b sq.
Regium jus quodnam 21 a. b. 553 n 4
Regula Catoniana unde dicta 1348 a
ejus sententia 231 n 8
qualis sit; pertinet ad pura legata, non ad institutiones 1348 a
hujus regulæ instar pertinet etiam ad contractus 1348 b
Regulæ Juris non primo tyronum Juris memoriam onerare debent 6 n. 7
Rei debendi quinam & jus eorum 298 sqq.
Rei interitus quatenus liberet debitorem 354 n. 13
Rei judicatæ exceptio quibus detur, quando res sit eadem, personæ sint eædem vel diversæ, quando causæ eædem 445 n. 9 1474 sq.
an rejecta possit opponi ut medium principale 1475 n 6

Rei persecutoriæ actiones qui & quænam 406 n. 19
Reipublicæ causa absentes quinam in tutela 69 n. 3
aliter in actione rescissoria 367 b sq.
Rei sitæ locus ad forum 727 n. 48 sq.
Rei vindicatio 766
unde detur 393 a
quot modis accipiatur 405 a. b
vide *Vindicatio rei.*
Rei uxoriæ actio & ejus singularia 413 n. 29
Relatio vide *Sententia.*
Relationes quid & an hodie in usu 1560 n. 4
Relegatus retinet patriam potestatem 38 b
ubi domicilium habeat fori 727 n. 46
ab exule & deportato discrimen 38 1557
Relegatio sitne pœna civilis an criminalis 1553 n. 3
olim in cives Rom. non exercebatur 38 n. 2
Religio moribus est causa prohibitionis a tutela 1251 n. 3
Religionum diversitas juris quoque rationes mutat 551 a. b
Religionum tolerantia in Frisia 551 b
Religiosa loca & jus eorum 89 n. 10. 360
an sint in dominio 85 b
Remiges militibus exæquantur quoad jus testandi 1381 tit. 13
Remissio injuriarum fit vel pacto vel transactione 384 b
injuriæ tam tacita quam expressa tollit actionem 384 b & *
Remissionis literæ quo pacto apud Frisios exercendæ 1558 b
Remotio suspecti 75 sqq.
Rem pupilli salvam fore stipulatio & jus ejus 1493
Rem ratam haberi cautio tam in judicio quam extra judicium 1495 sq.
de in *Rem* verso actio & usus ejus hodiernus; an etiam ex hominis liberi contractu detur 428 n. 8. 929 tit. 3
vid. *Versio in rem.*
Renunciatio Actionis non fit, nisi refusis expensis 421 *
Authenticæ: si qua mulier, jurata fieri debet 937 n. 18
Cedendarum actionum beneficii 311 n. 8
Divisionis beneficii 311 a
Exceptionis non numeratæ pecuniæ jurata 314 a sq.
Excusationis 72 a
Fidejussorum requiritur specialissima 310 *
Generalis quando sufficiat 310 b
non valet, nisi a sciente facta 611 n. 2
Hereditatis vivo testatore facta 212 n. 7 & * 752 b
Libelli an conventione partium fieri possit 616 b
quousque hodie licita 421 ‡
Litis & causæ hodie speciale mandatum requirit 658 ‡
Ordinis beneficii 310 a
Querelæ inofficiosi 751 n. 18
Reductionis a laudo arbitri an valeat in læsione enormi 698 a. b
Sct. Vellejani quomodo fieri debeat 932 * 936 n. 14. 15. 16. 17
Reorum requisitio & absentium damnatio 1548
Repetundarum crimen & pœna 477 a sq. 1542 sq.
Replicationum jus 447 n. 16
Replicam amittit is, qui provocatus ex Lege, si Contendat, non comparet, aut non respondet 709 ‡
ad Replicam fundandam tenetur reus indistincte instrumenta edere 1617 ‡
Repræsentatio in successione quid & jus ejus 269 n. 4
locum non habet, nisi filii fratrum concurrant cum thiis 274 a
jus repræsentationis in linea collaterali nullum 273 *
ob inet tamen in linea collaterali in feudis 273 *
Civitas fit a rectoribus liberæ Reip. non a magistratibus respectu suorum municipiorum 866 n. 12
Reprobandi jus & modus 1120 n. 1. 1155 n. 31
Reprobatio non locum invenit, si litem interveniens, quatenus sua interest, documentis aut testibus probet 667 ‡
spatium circa positiones quibus super probatione & reprobatione disceptatur 1154 ‡
Reprobatus nes testium 1155 n. 31 sq.
Repromissio nuda cujus usus 435 n. 2
Repudiatio hereditatis quomodo fiat 827 n. 16
Repudium quomodo differat a divortio 1198 a
repudii facilitas jure Romano 1198 n. 2
item jure canonico, saltem in sponsalibus de futuro dictis 1199 n. 3
vide *Divortium.*
Requisitio reorum 595 n. 10 & * 1548
Res, quid, earumque divisiones & genesis 80 sqq. 558 sq.
quid a pecunia differat 80 a hn sq.
in Commercio extantes vel non vid. *Commercium.*
pro Desperatis habitæ 100 b
pro derelictis habitæ 100 n. 27
Dominicæ quid 68 n. 2
præscribi non possunt 150 n. 9
vid. *Dominicæ res.*
Ecclesiasticæ 87 a
Facultatis meræ quid sint 1078 b
Fisci vid. *Fiscus.*
Fungibiles in mutuo dupliciter consideratæ 285 n. 3
eorum duplex natura 559 a
eorum venditio perfecta 318. 321 n. 9
an sint corporales an incorporales 126 b sq.
de rebus infungibilibus quid juris in societate conjugum 965 n. 9
an fungibilium rerum detur usufructus 140 a. 145 n. 5
Hereditariæ quo sensu nullius 558
Incorporales quomodo sub immobilibus contineatur, cum ab illis sint distinctæ 559 Schol.
vide *Incorporalis.*
Judicata statim a sententia 1425
Mancipi nec mancipi 93 n. 14
Nullius 85 n. 9
Propria an sit furti capax 361 n. 12
Publicæ 83 n. 6
Religiosæ 87 n. 10
Sacræ 86 b. 87 b
Sanctæ ibid.
Singulorum 89 n. 12
Una, quibus modis in Legatis censeatur 234 a b
Universitatis 84 n 8
Rescindi & nullum esse quid differant 18 a. b
Rescissoria actio 397 n. 8
Rescripta principum quæ valeant, quæ secus 544
an idem sint quod epistolæ ibid.
vix est, ut in foris nostris pro LL. valeant 545 sq.
Resultorum crimen quid & pœna ejus gravior minoribus quam jure civili 477 fin. & * 1545 n. 5

Responsa Prudentum quid 11 n. 8
quomodo invaluerint 13 n. 10
juris vim non acceperunt omnia ibid.
Responsio pars stipulationis necessaria 307 a
Respublica quid juris habeat in res civium 84 a
abstentes reipublicæ causa vid. *Reipublicæ*.
Restitutio in integrum quid 671 b
quo sensu dicatur remedium extraordinarium 672 n. 3
an judicium ejus recte dividatur in rescindens & rescissorium 672 n. 4
quinam magistratus restituant 672 n. 5
ubi, & a quo petenda 673 n. 6
ob quas causas concedatur 673 n. 7
in quibus negotiis locum habeat ibid.
tempus eam impetrandi 674 n. 8. 683*
quatenus heredibus detur 683* 674
modus eam perendi ibid.
ejus effectus, præsertim in executione 674 n. 10 &*
non obtinet in damnis fatalibus 685 n. 4
fortis casus an det locum restitutioni ibid.
quibus personis indulgeatur 685 n. 5
an detur minoribus, si majores facti illum contractum ratihabuerint, super quem decretum obreptum est magistratui 1262
minoribus non facile conceditur si curatores negotio adfuerint 632
mulieris quæ terminum probatorium ratione illatorum elabi passa est, an concedatur 673*
aliis, præter minores, non prodest 686 a
an fidejussoribus minorum prosit 686 a sq.
an litis consortibus prosit 685‡
contra quos detur 686 n 6
an contra tertium ibid.
in quibus rebus detur 687 n. 7
an judex inferior contra id, quod a superiore actum, restituere possit 673 a
hoc Beneficium indulgetur quandoque a Magistratu brevi manu seu præveniendo 673*
per judicis sententiam injuncta, quomodo exequatur 465* 674 b
bis in eodem negotio petita negatur 688 n. 9‡
requirit speciale mandatum 673 a
quatenus in præscriptionibus locum habeat 687 n. 7
contra fatalia 688‡
amittitur, si intra tertiam dilationem, quæ minoribus hodie extra ordinem conceditur, probationem non fuscepcrit 687‡
Restitutio fideicommissariæ hereditatis quando fieri debeat 256 a
quomodo cogi possit fiduciarius ad restitutionem fideicommissi 256 n. 11 sq.
in quibus cautis cesset 687 n. 8. 158
an in delictis, libertate, si bis petatur restitutio 688 a sq
si venia ætatis impetrata sit, si jurejurando firmaverit contractum 689 n. 10 & 11
si major factus gesta comprobaverit, denique adversus parentes atque patronos 690 b
Restitutio damnatorum per gratiam, est jus majestatis, non tamen in Prussia 1558
Retinendæ possessionis interdicta 453 n. 8
Retorsio injuriæ illatæ an salva conscientia adhiberi possit 375 Schol.
quid requirat 375 b &*
in Saxonia est sublata 375*
Jurium diversorum singularium 588 n 5 &*
juris non obtinet contra eum, qui per quinquennium literas moratorias impetravit 588*
retorsionis an detur 375*
Retractus quid & causæ ejus ex constitutione Frideric., & an communio hac parte a vicinia distinguatur 590 sq. 991 n. 19
vestigia ejus in jure civili 991 n 13
an ratione sanguinis olim jure civili obtinuerit 991 n. 14
non datur cognato propinquiori contra remotiorem 991 n 15 993 n 18
in retractu non habere locum jus repræsentationis 991 n. 15
cognatum, qui simul est vicinus, cognato ejusdem gradus præferendum videri ibid.
heredes venditorum non posse jure retractus uti 992 n. 16
liberi venditorum an jure cognationis in retrahendo uti possint 992 a
in Saxonia tantum in bonis avitis, in den Stamm Gütern, jure retractus gaudent 992*
quando jus retractus in bonis avitis cesset 997*
quid hodie juris in Retractu liberorum 992‡
quid in Retractu sæpius fiat ratione nummorum 289
an jus retractus extinguatur, emtione vend. contraria voluntate resoluta 997 b
cum pro parte fit, retrahentem totum accipere vel retinere debere, non tamen indistincte 992 n. 17
vicinum ex majori parte præferri in concursu vicino minori, non tamen si hic emptor sit 994
an extra venditionem detur retractus ibid.
in hereditate vendita non datur, nec in juribus, reditibus, aut obligationibus ibid.
in venditione nulla an habeat locum ibid.
an partes contrario consensu retractum solvere possint ibid.
quid juris in simulata emptione 995
quid si res translata sit absque pretio, imo addita emptori pecunia 995 a
a quo tempore retractui præscribatur 995 n. 23. 997*
modus retrahendi & præscribendi apud Frisios 995 n 24
speciali mandato opus esse in retractu pro alio 995 n. 25
processus circa jus retractus ordo, ubi & causæ oppositionis 996 n. 26
non cogi retrahentem plus offerre, quam vere ab emptore solutum sit ibid. n. 27
conditiones non expressas in instrumento venditionis emptor a retrahente exigere non potest 996
emptor an a retrahente cogi possit ad promulgationes faciendas ante tempus lege præscriptum 596
casus, quibus cessat jus retrahendi, inter quos ingratitudo, cui tamen hodie vix locus 997 n 28
cur in venditionibus executionis causa cesset retractus 997 sq.
Retrocedendi jus nunquam præscribitur, si tempus in conventione expressum non fuerit 989*
per subhastationem publicam perimitur ibid.*
de *Retrovendendo* obligationi nunquam præscribitur; si nullum in conventione tempus expressum sit.* ibid. excipitur,

excipitur, post publicam subhastationem & adjudicationem ibid.
Reverentia metus an restitutionem præstet 675 b
Reversalium jus inter creditores 1063 n. 26
Revisio quid & ejus cum supplicatione comparatio 1573 a
quo tempore petenda ibid. n. 3
modus eam introducendi & prosequendi 1573 n. 4 sq.
in quibus casibus cessat 1574 n. 8
an detur revisio revisionis ibid. n. 9
de revisione magna 1574 b
Revocatio injuriarum 376 b
Res quid 706 a
pro reo non amittitur defensor stricte sic dictus 666*
auctorem denominando litem declinare potest, modo fiat ante primum terminum 705‡
juramentum hac formula munitum: jurantem nec istam summam, nec plus ea, nec minus debere, præstare detractans, in omnem libello expressam summam condemnatur 420‡
Rhetores excusantur a tutela 71 n. 11
Ripa quid & jus ejus 84 n. 7
Roma natales 524 n. 3
Romani Imperii status diversi ex Tacito & l. 2. de Orig. Juris expositi 524 n. 3
Romani Cives vid. *Cives.*
Rotula quid 592
Rupti membri pœna 379 b sq.
Rupti testamenti ratio & usus 204 n. 2
Rustici in bonis venditis tacitam hypothecam retinent 1040*
Lusat. Sup. & eorum conditio 16* 18*
in controversiis de operis rusticorum non cumulari possunt plures actiones 620*
Rutschen-Zunfft, an tolerentur 1105*

S.

Sabini & Cassii Longini Schola 111 n. 43. 528 a
Sächsische Frist quid contineat 594‡
Sacerdotalis Benedictio vid. *Benedictio. Copula.*
Sacra res quæ 86 a
sunt vel vere vel quasi sacræ 87 a
an sint in Dominio 85 b
an & quando alienari possint 87 a
hodie ad res quasi-sacras requiritur inauguratio ibid.
quasi sacræ pignore & in emphyteusin dantur ibid.
imo vendi possunt, si Consistorium causam alienationis approbet 87*
rem sacram ex loco profano auferens, furti pœna coercetur non sacrilegii 477*
Sacrilegium quid & pœna ejus 477* 1545 n. 4
proprie dictum non dari 1545
Salaria medicorum, chirurgorum & pharmacopolarum quomodo ceteris creditoribus præferantur 1052*
advocatorum & procuratorum an præferantur 1053
n. 5 & * 1069.* 1058 n. 15
præceptorum quomodo præferantur in concursu 1069*
Salutationes quid sint 1121 a
Salvianum Interdictum 452 n. 6. 1469
Sanctæ res quæ 88 n. 11
an sint in dominio Reip. 85 b
earum violatio punitur capite 89 a. n. 11
Sanctio pro parte legis 533 b. 536 a
pragmatica quid 544 b
Sanguinis fluxus quam habeat in præsumendo vim 1122 n. 15
Satisdatio quid, quotuplex, usus & jus ejus 651 sqq.
ab arrogatore quando fiat 34 n. 6
quando fiat a tutoribus 435 b 651 sqq.
vid. *Cautio.*
judicatum solvi 435 a. 608 n. 2
Satisfactum quando sit venditori 122 a
quando creditori 291 n. 15
Scandalum Magnatum & ejus actio 1507 b
Scenici ludi an reddant infames 654
Schleifung zur Feymstat, pœna parricidarum 476*
Schesi, quomodo præferatur in Concursu 1052‡
Schrifftsassii in Saxon qui 724*
immediate a principe tutor eis constituitur 56*
eorum forum competens in Sax. 724*
eorum jure gaudent Academiæ, imo Lipsiæ singulæ Facultates ibid.
Scontro quid juris, si assignatio in vim dationis in solutum per Scontro facta sit 352*
Scorta sunt testimonii incapacia 1141 b
Scortatio quid & pœna 1525 n. 10 & *
Scotatio quid 123 n. 58
Scripti juris species 11 n. 8
pro non *Scriptis* haberi quid, & effectus eorum 1348 tit. 8
Scriptum jus & non scriptum 11 n. 7
Scriptura an cedat chartæ 110 n. 42
chirographi an faciat in literis obligationem 316
an pertineat ad emancipationem 40 a
non pertinet ad essentiam legis 11 b
nec legitimationis 31
an emphyteuseos? 326 b
Sedia Jureconsultorum quæ 111 n. 43
cur tantum duæ 528 a sq.
Sedio bonorum possessorum 267 b
Secunde nuptiæ 1173
vid. *Nuptiæ.*
Semine rastro subacto fructus debentur heredibus usufructuarii 118*
seminis agro alieno injecti jus 110 b
Senatores quinam 561 n. 3
eorum excusatio a tutela 69 n. 4
eorum munus, differentia, necfuisse magistratus 560 n. 1 sqq.
an pro filiis senatorum habeantur, qui a patre non senatore nati sunt 561 n. 3
Senatus Rom. potestas 560 n. 2
Senatus Consulta quandoque appellantur orationes principum 561 a
Senatus Consultum quid 11 n. 8
Claudianum 1323 tit. 5
Macedonianum 429 n. 11. 995 sq.
est juris proprii Rom. 10 n. 6
an possit illi renunciare filius 429 n. 11
quando cesset ibid n. 12
Orphytianum quo tempore factum & quid contineat 265 n. 4. 1386 fin.
Pegasianum 253 a b. 1356 n. 4
Silanianum 1323 tit. 5
Tertullianum quid contineat, & a quo tempore factum 265. 1356
Trebellianum quando factum & quid contineat 253 n. 3 sqq. 1356 n. 4
est

est juris Proprii Rom. 10 n. 6
Turpilianum 1547
Vellejanum 930 sq.
est juris Proprii Rom. 10 n. 6
illi renunciare debet mater tutrix 53 n. 3
Senectus excusat a tutela 71 n. 10 *
an impedimento sit nuptiis 1177 n. 15
Sententia quid 1425 n. 2
causæ cognitionem requirit, saltem summariam ibid.
quomodo suffragia ad eam æstimentur 1429 sq.
an recte feratur quibusdam judicum absentibus 1429 n. 14 sq.
in dubio & pari sententiarum numero cur reus absolvatur 1430 n. 16
quid juris, quando major quam duplex sententiarum diversitas 1430 n. 18
relegantes & mulctantes & absolventes conjungi posse cum mitiorem corporalem pœnam infligentibus 1431 a sq.
ordo referendi & suffragia ferendi, ut ad sententiam perveniatur 1431 b sq.
officium judicis in ferenda sententia respectu legis & æquitatis 1431 n. 20
quid si conflictus sit inter legem & jus divinum 1432 n. 21
an judex leges a jure divino diserepantes salva conscientia sequi possit 1433 sq.
quatenus supplere queat ea, quæ partibus desunt 1433 n. 24
quid judex aut princeps in casu, quo aliter ei constat, quam ex actis liqueat 1433 n. 25
dictum sententiæ qua lingua concipiendum 1433 n. 27
in quos ferenda sententia, & quo sensu procuratores in ea collocandi 1433 b fin sqq.
dictum sententiæ præferre debet eos, qui summam habent reipublicæ potestatem, & quomodo 1434 n. 29
causa condemnationis an & quomodo sententiæ inferenda 1434 b fin. sq.
quibus verbis absolutio & condemnatio facienda 1435
non potest plus in sententiam venire, quam fuit in litis contestatione; idque respectu actoris æstimandum 1435 n. 31
sententia de parte rei non valet; de una ex pluribus potest valere 1436 n 32
sententia incerta non valet, qualis tamen non est semper, quæ ad id, quod interest, tendit 445. 1436 n. 33
an conditio sententiæ adjici possit 1437 n. 34
conditio extrinseca pro non adjecta habetur, intrinseca suspendere videtur sententiam 1437 a
conditio, si juraveris, hac parte non differt a conditione si probaverit 1437 b
sententia libello actoris debet esse conformis 1438 n. 35
aliquando tamen secundum verba rei offerentis aliquid satisfactorium concipi solet sententia 1438 n. 36
fructus aliæque accessiones, nisi petantur, non veniunt in sententiam, nisi post litem contestatam accidentes 1439
nec quidem litis impensæ, nisi petitæ ibid. b sq.
an sententia e scripto partibus præsentibus sit prælegenda 1440 n. 38
quomodo in Sax. sententia publicetur ibid. *
litigatoribus mortuis quatenus sit opus, causam readsumi 1440 b.
quando reassumtio in Sax. adhuc locum obtineat 1441 *
sententiæ certo loco latæ ubique valent, nisi noxiæ sint alieni imperii commodis 539 n. 6
sententia est immutabilis & quare 1442 n. 42
nisi propter errorem non modo calculi, sed etiam memoriæ, cum temperamento 1442
in criminalibus quid juris hac parte 1442 n. 44
propter instrumenta noviter reperta non retractatur sententia 1443 n. 45
dari tamen restitutionem in integrum, si ex justa causa instrumenta proferri non potuerint 1443 n 46 sq.
quibus modis sententia retractetur 1444 n 48. 1559 sq.
sententia lata e falsis instrumentis sine rescindenda, an ipso jure nulla sit 1444 a
e sententia nasci actionem rei judicatæ, quæ tota est nova, non tamen abstracte a causa principali 1444 n 49
in quos detur ibid.
quatenus novum faciat judicium hæc actio 1445 a
quis sententiam exequatur 1446 n. 51
quid juris, si damnatus in alieno sit territorio 1446 n. 52
publicatio quomodo facienda 1440 *
quid juris jure novissimo in Sax. hac in re 1440 ‡
qua servi pœnæ efficiuntur, servitutem attrahit 16 n. 14
an sententia obligationem finire possit 445 n. 9
contra sententiam probationem injungentem non admittenda est Leuteratio, nec facile Appellatio 1118 ‡
post mortem mandantis fertur in procuratorem 663 *
secundum Codicem hodie quoque græce proferri potest 3 n 10
Sententiæ executio contra quem fiat 1446 n 53
non in tutorem, etsi pupillo non fuerit autor, sed ipse litem in officio tamen susceperit ibid.
quasi contractum judicii non ad sententiam, sed ad litis contestationem referendum 1447 a
datur executio sententiæ contra fidejussorem judicati solvendi absque novo processu, nisi causa prægnans 1447 n 54
cis quod tempus executio facienda, quibusque modis 1448 n 56
ubi & de pignorum capione & distractione, ut & carcere; quid moribus hac parte 1449
ubi de æstimatione rerum, in quas executio facienda. Mandatum executionis extendi non posse nec ad personas nec ad res alias 1450 a & b
quibus ex causis executio sistatur; & an ex causa, quod lis sine mandato mota fuerit 1451 n 57
non esse concedendam sine causis legalibus executionis moram 1451
obstare sententiæ privilegium competentiæ, quibus hoc competat & quantum conferat 1451 a sqq.
quid hodie juris circa sententiæ executionem 1440 ‡ con-

contra sententiam restituitur in integrum 673 n. 7
Sententiam passi quinam 1558
Separatio quid & quibus detur 1457 sq.
hypothecariis creditoribus non convenit ibid.
quibus casibus cesset 1458
Separatio thori & mensæ 1208 n. 19
separationis thori & mensæ pœna, si arbitrio & conventione conjugum sine autoritate magistratus facta 1208 *
an edimat conjugi nocenti jus successionis statutariæ in bona conjugis defuncti 1208 *
Sepulchra cujus juris & differentiæ 87 b sq.
in civitate prohibita 88 a
quando religiosa fiant ibid.
quis habeat jus sepulchrorum ibid. (sus 88
honorarium sepulchrorum quid, & an sit locus religio-
violator sepulchri quomodo puniatur 1510 sq. *
Sepultura honesta quibus denegetur 861 *
Sequestri bona hypothec. nexu obligato censentur 953 *
qua actione teneatur, quomodo se officio exonerare possit 953 n. 13
Sequestratio quid, usus ejus 290 n. 13. 949 n. 2
dividitur in necessariam & voluntariam 949 n. 3
quibus casibus Jure Rom. exercetur ibid. n. 3
necessaria non est contractus 950 a
pecuniæ sequestratio an detur; ubi de consignatione & cautione in hac observanda 950 n. 5 sqq.
judicialis species 950 n. 6 sqq.
consignatio, quæ fit in concursu creditorum post agnitionem chirographi, & quæ fit solutionis causa, species sunt sequestrationis necessariæ 951 n. 9 sq.
Serviana actio 399 n. 11
Servi corrupti actio qualis 885
extenditur ad liberos corruptos 885 n 3
Servitus quid 128 a. 800 a
vide *Servus*.
est species juris in re 89 b
an sit species dominii 92 b fin.
ejus variæ divisiones 130 n. 2. 805
non potest consistere in faciendo, nec adeo serviens tenetur ad reficiendum 129. 800 n. 2 sq.
debet esse incorporalis & individua 810 n. 2 sq.
811 n. 6
causam perpetuam requirit 813 n. 8
requirit id, sine quo commode exerceri nequit 136 n. 15. 803 n. 8
quibus modis constituatur 128 b. 802 n. 6
an voluptatis causa constitui possit 128 b. 129
an commercii causa 803 b
sola conventione non potest constitui 803 n. 8
an dominus proprietatis, consentiente usufructuario, eam imponere possit 819 n. 10
ab emphyteuta constituta non est vera servitus 814 sq.
si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur 957 a
an cedi possit 137 & * 150 n. 9
ejus præscriptio, & quid requiratur 803 n. 9. 811 n. 5
816 n. 1
amittitur confusione 816 n 2
remissione
neglegentia, non tuendo, & quid juris, si alternis annis, mensibus &c sit constituta 817 n 3
819 n. 9
rei interitu 819 n 10
finito jure concedentis
quatenus non utendo amittatur aut non amittatur 817 n. 5 sq.
diversitas ejus rei in rusticis ac urbanis servitutibus 818 n. 6 sq.
quo tempore finiatur 816 n. 3
quo tempore Servitus jure Sax. amittatur 816 *
in servitutibus urbanis non solo temporis lapsu servitus amittitur, sed requiritur alterius prohibitio, ut libertatis præscriptio initium capere possit ibid.
rusticæ servitutes possunt fieri urbanæ, ut maneant servitutes, sed urbanæ non æque fiunt rusticæ 806 n. 4
urbana & rustica in quibus conveniant 810 sq.
in quibus differant 133 b. 818 n. 6. 7
prædiales servitutes non possunt fieri personales, ita ut maneant servitutes 128 a. 132 b. 805 n. 2
jura servitutibus vicina quid in effectu a servitutibus differant 130 a. 813 n. 8 sq.
actio servitutis duplex in rem & in personam, utraque datur, si testamento servitus constituta sit 814 n. 2
legata statim perfecto jure competit 137 b
jura servitutibus affinia 805 sq.
Servitus status quid 15 n 3
origo & causæ servitutis 15 n. 3. 39 n. 3
servitutibus nihil injusti inest 15 n. 3
nec pactio, qua quis se in servitutem dat, naturam adversatur ibid.
datur quædam servitus naturalis ibid.
ea patria potestas amittitur 38 n. 3
sero Christianis displicuit 16 n. 6
an recte sit abrogata 16 n. 6
Servitus pœnæ 39 n. 3
a Justiniano sublata 50 n. 2
Servus an sit persona 15 a
Servorum divisio 17 n. 1
an possit adoptari 37 n. 12
an possit tutor dari 45 in fin.
an testis esse queat 1141 a
quatenus domino acquirat 162 sq.
ex ejus stipulatione quid juris 299
quatenus per eum injuriarum actio acquiratur 378 a
duplex ejus consideratio 370 n. 5
necessarius 19 n. 3
hereditarius servus quatenus heres instituatur 191 a
dominorum in servos jus quotuplex 20 n 1
de servis exportandis pactum quem habeat effectum 1003 sqq.
eorum venditio coacta 21 sq n. 3
operæ servorum legatæ an ad usumfructum, an ad usum pertineant 145 n. 4
Adscriptitii an servi, an ingenui sint 16 n. 5
Statu liberi manent servi 16 n. 5
Sestertius cujus valoris 380 b
Sexus diversa jura 547 n. 3
differentia sublata 186 n. 7. 268 b. 1275 b
Sicarii quinam, & ambulantes cum telo an recte ordinaria legis Corneliæ pœna adficiantur 474. 1530
vide *Homicidium*.
Sigla prohibitæ 173 n. 17
Signa seu notæ hominum illiteratorum an valeant pro subscriptionibus 1131 b
signum vel plane in mandato omissum vel mit einem verzogenen Nahmen an vitiet mandatum 659 f

Silaniani SCti sententia 1323 tit. 5
hodie inusitata ibid.
Simplariæ venditiones quid 1083 n. 9
Simultanee investitis defertur tutela in feudis, licet non sint agnati 52*
eorum forum 724*
eorum jus retractus in subhastationibus 992‡
Singularia duo quatenus concurrant 35 n. 8
Socer an habeat beneficium competentiæ 423 a
pro genero cum cautione rati admittitur in judicio 436*
Societas quid & quotuplex 329 sqq. 961 a
quid a collegio differat 962 n. 2 sqq.
quibus modis finiatur 333 n 5
vectigalium an morte unius finiatur 334 n. 6
Societas bonorum inter conjuges nulla, hodie secus 962 n. 3 & *
non obtinet ratione proprietatis 962*
societas conjugum lucri & damni, vel universalis, utra melior 962 a
societatis lucri & damni inter conjuges explicatio 962 sq.
incipit a cohabitatione 970 a
quo sensu ipso jure bona communicentur inter eosdem 963 n. 5.
quæ res in eam societatem veniant, quæ secus 963 n. 6 sq.
damna quo pacto communicentur 964 n. 8
excipi, quæ sunt mere personalia, inter quæ non est tutelæ vel curæ administratio, & ratio quare 964 b
de rebus fungibilibus quid juris in societate conjugum 965 n. 9
item de usufructu & annuis legatis 965 n. 10
singuli pro parte, an & unus in solidum teneatur, cum jure civ cum Frisico 966 n. 11
quibus casibus cesset illa societas in universum 966 n 12
societas omnium bonorum inter conjuges apud Frisios & Baravos 330 b
an & quo pacto creditoribus præjudicet 967
certi casus, quibus cesset conjugalis societas ibid.
modi, quibus finitur societas 968 n. 13
an post mortem alterius continuetur 968, a
quid juris, si tum dubitetur, quæ cujus conjugis res fuerint 969 a sq.
in quantum pacto finiatur hæc societas 969 b
Societates illicitæ 329 b
Socii in quacunque societate beneficio divisionis non gaudent, sed in solidum tenentur 966*
unus *eorum* quatenus quod reliqui volunt, prohibere possit 962 n 2
actio pro socio 334 n. 7
quando socius habeat beneficium competentiæ 423 a
1527 n. 11 & *
Solamie pœna 56 n. 4
Solidus quid 110 b
Solonis lex de confiniis 280 a
Solvere quid significet 348 n. 2
Solutio quid 1488 a
a quo & cui possit fieri 622 n. 13
semper aliquod recipit laxamentum
an etiam hosti, subacta patria, in præjudicium veri creditoris 1488 b
una solutione tolli debitum plurium causarum 1489 n. 4
alteri invito facta 350 n. 4
per partes quando non liberet 349 n. 3
alteri obtrudi non potest 349 n. 3
an si sub pœna certa summa promissa fuerit, liberet a pœna 349 n. 3
cui ex pluribus debitoribus imputetur facta solutio 1489 n. 4
si reus ad solutionem condemnatus sit, quid in sententia exprimendum sit 1349‡
solutionem primo usuris & deinde sorti esse imputandam; sorte vero soluta, pœna quatenus peti possit 1490 n. 5
in solutione annui reditus quid juris 1490 n. 6
quo loco & tempore sit solvendum 1490 n. 7
Indebiti 344 n. 8 sq.
an sit contractus 288 n. 7
an post solutionem fidejussoris actiones ipsi cedi possint 311 b 312 & *
ex errore juris vel per supinam negligentiam facta an pariat condictionem indebiti 345
Sophistæ excusantur a tutela 71 n. 11
Sorores an habeant querelam inofficiosi 211 a
Sorti non est locus in tutela 66 n. 2
Spadones quomodo differant ab eunuchis 36 n 9
an adoptare possint 36 n. 9
Specificatio & jus per eam acquirendi dominium 111 n. 43 sq.
Specificatio jurata jure Saxonico eundem effectum fortitur, ac inventarium 222*
heres adita etiam hereditate eam repudiare potest, si modo specificationem juratam rerum hereditariarum judicialiter deponat 220*
Spectabiles quinam 561 n 3
Spectrorum metus an sit justa locatione recedendi causa 327 b sq. & Schol.
Spei Emptio 322 b
Spirit alis affinitas in nuptiis contrahendis 30*
Sponsa quem locum inter creditores personales habeat 1070 n. 39
si dotem ante nuptias intulit, iis non secutis 1069*
sponsa vel sponsus cum alio vel alia rem habens fustigatione coercetur 472*
cum alio & sponsus cum alia concumbens an committant adulterium 472 a & *
Sponsalia quid & quotuplicia 25 n. 5. 1159 n. 2
modus illa contrahendi vetus 1159 a
consensu eorum, quorum in potestate sunt, contrahentes perficiuntur 1159 a
parentibus invitis inita, an transeant in matrimonium, si concubitus iis accesserit 1169*
consensus parentum denegatus suppletur per Consistorium ibid.
contrahentes *Sponsalia* sine parentum consensu exheredari possunt usque ad legitimam vel ejus dimidiam partem 25*
si hisce sponsalibus concubitus accesserit, in solidum a successione excludi possunt 25*
an etiam testamento constitui possint 1159 a
quo sensu dicantur futurarum nuptiarum, primo respectu eorum, qui nuptias per ætatem aut temporaria legis impedimenta adhuc contrahere non possunt 1159 n 3

in di-

in dubio censentur esse de præsenti 1162 n. 10
an licita sint, quæ conferuntur in tempus post mortem conjugis viventis 1159 n. 4
publicis præcedentibus liberi ante Copulam sacerdotalem nati habentur pro legitimis 24*
bina hodienum infamant 654*
quomodo sponsalia de futuris nuptiis intelligantur respectu eorum, quibus in promptu est facultas nuptiarum 1160 n. 5
inter sponsalia hæc ordinaria & ritum ducendi uxorem non fuisse alium de nuptiis intermedium consensum 1160 n. 6
quomodo a contractu nuptiarum distent 1160 b
ordinaria fuisse ipsum contractum nuptialem, seu de præsentibus sive dictis futuri temporis nuptiis initum 1161 n. 7
an jure canonico matrimonii contractus puris sponsalibus discrepet 1161 n. 8
an jure canonico verba futuri temporis nunquam significent contractum nuptialem 1162 n. 6
juri communi & moribus videri consentaneum, ut verba futuri temporis significare queant ipsum contractum 1162 n. 10
verba sponsaliorum debent esse indubitata, nec sufficiunt generalia 1163 n. 11
probatio debet esse clara & indubitata 1163 n. 12
non obligant sponsalia, antequam acceptentur 1163 n. 13
de invito circa sponsalia & ejus effectu, ubi de errore, ebrietate aliisque effectibus 1164 n. 14
de conditione sponsalibus adjecta ejusque discrimine a modo 1165 n. 17 (1165 n. 18
forma celebrandi sponsalia & effectus eorundem requiritur præsentia duorum testium 1165*
convenientiæ & discrepantiæ sponsaliorum atque nuptiarum 1166 n. 20 21
Sponsalitia largitas & jus ejus ac proprietas 1187 n. 12
eam revocari, nisi stet per donatarium, quo minus matrimonium implearur aut duret 1187 b
usus ejus 1190 n. 20
Sportiones de rebus licitis quid juris habeant 857 b sq. 897 u. 4 sq.
de rebus futuris an valeant 306 n. 12. 857 b. 897 sq.
ut jure Sax jurkæ sint, quid requiratur 858*
Sponsus an curator sponsæ esse possit 73 n. 16
vid. *Sponsa.*
Sportula quid 409 b & *
judicialium sportularum taxam excedens liquidatio moderationi subjacet 409*
in concursu 1053* n. 5 sq.
Spurii quinam 30 n 18
sine ne levis notæ macula adspersi 211 b
differunt a nothis, nec legitimari possunt 30 n. 18. 19
quid juris habeant in successione ab intestato 270 a. 745 n 6
respectu matris nulli 275 a 549 n. 5
an spuriis succedant patres 272 b
an habeant querelam inofficiosi 210 n. 3. 745 n 6
si mater sit illustris, aut habeat liberos legitimos, n n possunt matris testamentum, querela inofficiosi rescindere 210 b 27 n 745 n. 6
ex furtivis amplexibus nati nostris moribus gaudent jure liberorum naturalium 30 n. 18
quid olim hac de re statutum fuerit 270 n. 7
Statularii qua actione teneantur 390 n. 4
Stamm-Güter, vide *Bona avita.*
Stavel Recht 974 a
Statio in debitis publicis quid 944 a
Statuliberi quid a servis & liberis distincti 16 n 5
Status quotuplex 50 n. 2 547
qualis prohibeat testamenti factionem 178
hominum & jus personarum an differant 547 a
hominum antiqui in Frisia 551 a
Statuta quomodo interpretanda 19 n. 5. 232 b
constituunt partem jurisprudentiæ practicæ 3 n. 8
an etiam quatenus Juri & moribus totius Reipubl. versantur 14 a
legitimam minuentia non negliguntur 214*
Stellionatus, quid species ejus & pœna 358 a. 681 a. 1514*
ejus judicium an sit famosum 655 a
actione stellionatus tenetur, qui rem speciali pignore obligatam alienat 1031 a
Sterilitas agrorum causa remittendæ mercedis in Loc. Cond. 327 n. 11
Sterquilinium an juxta parietem alienum habere liceat 809 n. 12
Steuer quomodo præferantur in concursu 1652 ‡
Stillicidii avertendi servitus 133 n. 7 sq.
Stipulandi reiquo jure utantur 1481. 298 sqq.
Stipulatio quid & unde orta 299 sq. 411 b
quibus modis contrahatur 293 n. 2
est contractus Juris mere civilis Rom. 292 b
& pactum ex moribus Gentium convenit an omnimodo 293 a fin.
quomodo differat ab ultima voluntate ratione conditionis negativæ 294 b
est stricti juris 411 n. 26
incertitudo in stipulatione considerata 295
qualem pariat actionem 295 n. 5
divisiones stipulationum 299 sqq.
de stipulatione sub pœna sine causa; de usu stipulationis si voluero 306. 1482 a
Stipulationes inutiles 301 sq.
prætoriæ an differant a conventionalibus 1493
prætoriæ & judiciales quid hodie significent 299
Stipulatio servorum 298. 1481 sq.
non potest alternative dominis acquiri 1483
Aquiliana vide *A.*
Stirpes successio in stirpes 269 n. 4
vide *Repræsentatio. Successio.*
Στοργὴ in successione considerata 268 b sq.
Stramenta ardentia transiliendi mos vetus & non vetus 882 n. 17
Studiorum sumptus an sint conferendi 1375 & *
quibus casibus conferri debeant ibid.
Studium Juris quinquennale requiritur in advocatis 434 n. 4
quid hac ex parte requiratur in Sax. 434*
Studiosi an & quando sequantur forum domicilii 725 n. 44
eorum privilegium ratione locat. conduct 739 n. 13
quid privilegii habent respecta domicilioram 737 n. 70
quid respectu fori 738 n 71. 736 b sq.
possint renuncia e fori sui privilegio 738 n 71
cum certis tamen limitationibus 739 n. 72 a2

an tencantur, si de cubiculo quid sit dejectum vel effusum 390 a
an possint arresto detineri 602
lubricæ adolescentiæ studiosi sæpe convalescunt in bonam frugem; raro aut nunquam qui studiis exactis malos mores induunt vel non exuunt 441 b
omnes studiosi habentur, qui ad universitatem pertinent, etiam degeneres 441 n. 75
Juris studiosi quinam apud Veteres, & an professores ita dicti 725 b. 570 tit. 22
quomodo studia sua prosequi debeant 1 n. 1
eorum memoria primo onerari non debet prolixis ἀναγωγαῖς & antinomiis, nec non titutis de Verb. signif. & de regulis Juris 6. n. 7
Stuprata quæ ansam dedit seduxitque juvenem, dotem amittit 427 *
vidua, an dotem a stupratore exigere possit 473 a & *
si stuprata stupratorem ducere renuat, tunc dotem amittit 472 *
Stuprator aut ducere aut dotare tenetur stuprum 472 & *
stuprum confessus, promissionem vero matrimonii negans, an juramento purgatorio gravari possit 879 *
Stuprum quid & pœna ejus 472 b sq. 1508. 1526
violentum quomodo puniatur 477 b
Sudere non esse virtutem legis 534 b
Subditus, an in causa principis sui testimonium dicere possit & debeat 1142 n. 3
an necessarium sit, ut subditus a juramento subjectionis relaxetur, ante testimonium dicendum ibid.
conveniri potest a Domino jurisdictionis coram proprio judicio 703 *
acta tamen hoc casu ad Collegium aliquod transmitti fas est 703 *
Subhastatio publica & adjudicatio, quomodo faciunt expirare jus retroemendi 989 *
quid juris hodie in Saxonia circa subhastationem 978 ‡
liberi & simultanee investiri quid juris in subhastationibus circa protimisin & retractum habeant 992 ‡
si prædium sub hasta sit venditum, an creditor in illo jus pignoris habens jus suum amittat 1075 *
vide *Incantatio Licitatio.*
Subjectionis juramentum, an relaxandum sit subditis, si testimonium in causa principis dicendum sit 1042 b & *
an moroli principes compelli possint, ad relaxationem a juramento subjectionis 1142 *
Subjecti quinam 538
Subjecti qui in Crimine Læsæ Majest. 470 b
Submissio quid 853 n. 15 sq.
Subsidiaria actio unde dicta & quid 66 n. 3. 1260 a
non datur, donec usus tutorum fidejussorumque supersit 1260 a
quare dicatur utilis tutelæ 1260 b
quoad exactionem fidejussorum hodie penitus obsolevit 1260 b
Substituti quatenus heredum parentes excludant 1294 b
substitutos excludi ab heredibus instituti, quando hereditas non adita transmittitur in heredem 1295 a
ic. quando filius fam. non potuit adire, quamdiu venter præteritus non esset editus 1295 n. 4
quæritur, an hoc etiam fiat, cum extraneus heres deliberans est mortuus ibid. n. 5
an etiam, si primus heres sit minor isque adierit hereditatem, postea vero restitutus fuerit 1295 n. 6
substitutus a milite ea tola capit, quæ a milite adinstitutum pervenere 1301 b
idem etiam obtinet in substituto ab arrogatore 1301 b
Substitutio quid, & variæ ejus species 196 a
substitutionis casum, si primus heres nolit, non extendi ad casum, si non possit 1293
reciproca, breviloqua 197
circa substitutionem regulæ quædam observandæ 196 n. 2. 197
an liceat in Codicillis substituere 261 n 2
Substitutio, vulgaris quæ 196 a
vulgaris expressa continet pupillarem tacitam, & vice versa 1298 n. 8
an etiam tollat suitatem & ex necessario voluntarium heredem faciat 1298 a sq.
an usu sit abolita 1299 n. 9
quomodo differat a fideicommissaria respectu formæ 1300 n. 10
quomodo respectu usus & effectus 1300 n. 11. 12
Substitutio pupillaris quæ 200 a
quomodo differat a vulgari 200 a
ejus requisitum an sit etiam hereditatis aditio 1275. (1296 b
an sit usu abolita 1299 n. 9
expressa nec tacita pupillaris substitutio, matris aut aviæ legitimæ præjudicare potest 201 *
pater nunquam aliter filio, quam pariter sibi heredem scribendo, substituere potest 202
pupillaris an in codicillis celebrari possit 261 n. 2
quomodo differat a fideicommissaria 1300 n 10
rariorem ejus esse usum 301 a
quam potestatem patri largiatur ibid.
Substitutio exemplaris quænam & quod jus det parentibus 201 n. 5. 1301
Substitutionis quintum genus, a vulgari, pupillari, exemplari, fideicommissaria distinctum an detur 1301
ejus a fideicommisso differentia 1301
non esse hoc admittendum apud gentes, quæ jus civile non convertunt in arbitrariam disciplinam 1301
Substituens tacite revocasse substitutionem non præsumitur, si ipse compareat 660 ‡
facultatem *Substituendi* etiam L. contestata non habet, nisi hæc clausula inserta sit mandato 656 *
Successionis ab intestato jus per omnes ordines 268 sq. 1293 sqq.
fundamentum hujus successionis est præsumptio legis de voluntate morientium 268 b
Adscendentium 271 n. 9
per Arrogationem 267 b
Cognatorum restricta non est ad septimum gradum 276 *
Collateralium 273 n. 12
Conjugum 276 n. 17 sq
Geradica 1386 *
Heergewettica 1386 * (tinent in loco reisitæ 278 *
in Immobilium successione spectamus jura, quæ ob-
Liberorum ex SCto Orphytiano 1386
Mariti 276
Matris ex SCto Tertulliano 1385
ex Pactis dotalibus an competat 277 n. 19
an Stirpes 269 n. 4
ejusmo-

ejusmodi defuncti, ubi mortuus est, habuit domicilium, in aliis vero locis bona sita habet, secundum cujus loci leges regenda sit successio 278 & *
vide *Hereditas.*
Successor rei usucapiendæ particularis, quid observare debeat, si rem usucapere velit 152 n. 4
Sues an pecudes sint 367 b. in fin.
Suffetes Carthaginensium magistratus 524
Suffragia vide *Sententia.*
Suggrundia & mœniana quid differant 808 a
Sui juris qui 20
Suitatis jus hodie passim non esse in usu 1274. 1276 a
vide *Suus.*
Summa potestas quid 532 n. 5
Summarii processus causæ 718 n. 33
vide *Processus.*
Sumtus judiciales vid. *Expensæ. Impensæ.*
Supellex unde dicta, ejus definitio, quid contineat 1338
Superficiarius quis 146 Nov Add.
Superficies, & de illa interdictum, non de jure superficiario 1465
Superioritas territorialis Principum Germaniæ, quid a majestate differat 1521 n. 3 (1559 n. 3
Supplicatio quomodo instituenda, quem effectum habeat vid. *Revisio.*
Surdus an tutor esse possit 60. 72 n. 14
an curator ei detur 64 b sq.
an testis esse queat 169 a. 1142 n. 4
an testamentum facere possit 181 n. 5
an possit stipulari 301 a
Suspectii tutoris accusatio &c. 75 sqq. 1248 sqq.
vide *Accusatio & Tutor.*
Suspectus qui 76 n. 9
Judex qui 709 b sq.
Suum a credito distinctum 89 n. 12
aliquando idem 345 a fin.
Suus heres qui 182 b. 219
inter suos & emancipatos discrimen 269
an sit jure novissimo sublatum 1276 a sq.
præfertur emancipato licet gradu naturæ propiori 264 sq.
Syndici quid & quomodo creentur 669 n. 6 ‡
in eorum constitutione non indiget renunciatione beneficii excussionis & divisionis 669 ‡
ejus & procuratoris differentia hodie sublata 669 ‡
si Senatus citandus est, citatio insinuari potest Syndico 594 ‡
Syndicatum suum statim cum libello judici porrigere debet 659 ‡
Syngraphorum & chirographorum discrimen 313 b
Vide *Chirographum.*

T.

Taberna mercium quomodo sit obligata pignori 1031 n. 7
Dominus Tabernæ est immobilium possessor 436 ‡
Tabularius, qui pecuniam fidei suæ commissam furatus est quando puniatur suspendio 358 *
de *Tabulis* exhibendis interdictum an detur, si tabulæ sint imperfectæ 1462 tit. 5
Tacite multa agi in contractibus, ubi tamen non sit quasi-contractus 288
Tacitus Consensus, ex quo contractus perfici possunt 340 sq
Hypotheca tacita 414 & * 1039
vide *Hypotheca.*
Mandatum tacitum 338 n. 2
Obligatio tacita 341 a 344 b in fin Resp.
Taciti verba *l. Annal. pr.* exposita & illustrata 5-- n. 3
emendatio loci *l.* 12. *Ann. c.* 53 & de illa judicium 363 n 2
Talami consensi effectus 1157 *
Talio quid & ejus ratio 378 * 350 a
Taxam sportularum judicialium excedens liquidatio moderationi subjacet 409 *
Taxationes ædificiorum agris alienis impositorum tacitam habent hypothecam 1044 n 13
vide *Ædificia.*
Temere litigans qui, & modi illum coërcendi 457. 460 *
vel ex officio vel adversa parte id petente in expensas condemnatur 459 †
temere litigans, qui summam petitam demonstrare nequit, in expensas condemnandus 420 ‡
an sit is, qui JCti celebris judicio sublevatus fuit 460 b
Templa an sint res sacræ an ecclesiasticæ 87
an possint alienari 1047 n. 6
Temporalium a bonum doctrina 437
Tempus ejus distinctio inutile & continuum 435 n. 4
ejus computatio civilis & naturalis 25 n. 8 b
an tempus biennii faciat in literis obligationem 316 n. 4
diuturnitas temporis in constituenda consuetudine 14 *
an actionis naturam non mutet 907 n. 4
judicii finiendi tempus hodie non servari 616 n. 8
tempus edendi partum legitimum 40 b in fin.
temporis jus in ordine creditorum unde æstimetur & quando incipiat 1060 n. 21
luctus in viduabus 1080 *
in viduis 1087 *
quando incipiat 1060 n 21
Tergiversator quis 1547
Termini moti crimen 1515 tit. 21
Terminus probatorius & reprobatorius quod spatium contineat 1119 *
quid intra terminum probatorium fieri debeat 1119 *
incipit regulariter ab eo momento, quo sententia rei judicatæ vires nacta est 1118 †
quando regulariter incipiat, si in sententia exceptionum dilatoriarum ratio habita non fuerit ib.
si in sententia legitimatio ad causam, aut in negatoria actione Domini probatio injuncta fuerit, terminus probatorius incipit ab eo, quod præstationi injunctæ satisfactum ibid.
Reprobatorius a tempore factæ insinuationis articulorum probatoriorum currere incipit 1119 ‡
ad productionem testium hodie ex officio judicis, licet pro impetrando termino sollicitatio facta non fuerit, præfigitur ibid.
Saxonicus ubi concedatur 594 ‡ 1119 ‡
Terræ motus exempla mirifica 105 a
Terrarum divisio quando & quibus modis instituta 95 n 18
Tesseræ frumentariæ quid 103 b
Testamentum quid, quotuplex, & modus ordinandi solennis 163 sq.
modi Testamentorum antiqui 165 n. 4 sq.
in Testamentis verborum proprietas magis observanda venit quam in legibus 48 n 4
est juris communis s. mixti 10 n. 6
est modus manumissionis 1- n. 2
Actiones ex Testamento indubitatæ fidei tanquam specie

Testamentum
cie instrumenti guarentigiati executive institui possunt 245 *
Activa & passiva Testamenti factio an fundamentum distinctionis habeat 169 b
quibus non est permissum facere testamentum 178 sq. 1265
an morbus aut infirmitas corporis obstet factioni testamentorum 1264 in fin.
an vitium status obstet 178. 265 n. 2
Agricolæ quibus solennitatibus absolvatur 175. 1315 n. 5
moribus perquam rarum ejus usum esse ibid.
nisi in Saxonia, ubi coram Parocho & duobus testibus conditum valet 1315 *
Aperiendi testamenti tempus 1320 sq.
quid hac parte moribus usitatum ibid.
aperiendi modus 1321 n. 2
quomodo illud olim clausum obsignatumque fuerit 1321 n. 3
in eo aperiendo quid primo inspiciatur 1321 n. 4
ejus describendi copiam dari omnibus, quibus interest ibid.
in eo describendo quare olim dies & consul debuerint omitti 1321 a
usus harum rerum hodiernus 1322 n. 5
Cancellatio testamenti quem effectum habeat 208 n. 10. 1282. 173 n. 18
si inconsulto facta ibid. 206 b
Cæci Testamentum quas solennitates moribus requirat 181. n. 6 a sq. 1226 n. 5
Conjugum 205 n. 3. 1270 n. 19
vide *Conjux.*
Contractus an in testam. celebrari possint 168 n. 10. 1278 a
an testam. per quemlibet contractum vitietur, & explicatio ejus rei ad usum 167 n. 8. 1269. n. 15 sq.
vid. Solenne Testamentum
Damnatus ad mortem recte condit testam. 39 *
Deletio in testamento 1282 sq. 208 n. 10. 173 n. 18
si inconsulto facta, quid juris 1283 n. 2. 206 b
Destitutum quid 209 n. 11
Dubia testam. verba pro herede interpretanda 1326 n. 3
a Duobus testamentum pariter factum an alter ignaro altero, pro sua parte mutare possit 206 n. 3. 1278 n. 4
Duorum testamenta in iisdem tabulis scribi inauditum fuisse in foro Romano 172 n. 19. 1270 n. 18 sq.
an moribus hoc ultra conjuges extendi possit 206 n. 3 1270 n. 19
Filiifamilias de peculio quasi-castrensi conditum requirit omnes solennitates 178 n. 7
inceptum non est perfectum 208 b
Incestuosis nuptiis qui se funestarunt, quomodo testamentum facere non possint 182 b fin.
Inductum 1282 sq. 173 n. 18. 208 n. 10. 206 b
ea quæ in testam. inducta sunt, non valere, reliqua vero nihilominus deberi 1283 b
an si duo ejusdem testamenti exemplia fuerint, altero abolito, hereditas ex eo, quod supereſt, nihilominus peti possit 173 n. 18. 1283 n. 4
& discrepantia sit inter illa exempla, legatarium videri agere posse, ex utro velit 1284 n. 5
an posteriori testamento a testatore abolito prius convalescat 1284 n. 6

Testamentum
infirmantur Testamenta quo pacto 204 sq. 1277 a. 1278 seqq.
an infirmetur capitis diminutione testatoris 1802
an etiam hodie 1281 n. 6
infirmandorum testamentorum modus cum moribus confertur 1277 sq.
Injustum 1277 sqq.
Inofficiosum quid 209
rescinditur per Querelam inofficiosi 210 n. 2
an inofficiosum sit, si parentes in testamento filii præteriti fuerunt 211 a
testam. in quo posthumus exheredatus est an sit nullum, an vero agnatione rumpatur, vel potius, an per querelam inofficioti rescindi debeat 186 a
an hodie superſit differentia inter testam. ipso jure nullum, & per querelam rescindendum 1274 n. 5
Inscriptum 1282 sq.
Irritum 1277 sq.
quo pacto fiat irritum 207 n. 6 1281 n. 6
vide *Testamenti Cancellatio*, it. *Testam. Deletio.*
Minus solennia testamenta 176 sqq.
paganus, si testamentum absque solennitatibus condat, & postea miles factus moriatur, an testamentum subsistere possit 177 n. 6
Militare 175 sqq 1313 a
quinam hoc possint facere 1313 a
ejus privilegia, & privilegiorum ratio 175 n 2. 3
quid moribus hac parte observetur 1313 n. 1. 176 b
Mulieris sine curatore an valeat 1295 *
Nullum hodie est, si emancipatus filius præteritus fuerit 186 *
in quo filiusfamilias est præteritus, jure Prætorio non est per se nullum, & cur 184 b
in quo posthumus exheredatus est, an sit nullum, an vero agnatione rumpatur, vel potius an per querelam rescindi debeat 186 a
an sit nullum, si adoptivus aut naturalis filius fuentio præteritus fuerit 186 n. 6
an liberi matre avoque & emancipati a patre præteriti faciant testamentum ipso jure nullum 209 Sch.
an causa exheredationis omissa, aut diversa allegata faciat testam ipso jure nullum 210 n. 2. 190 n 14
an nullum sit ipso jure si parentes præteriti 211 a
sine nova causa non potest revivisceere testamentum ipso jure extinctum 206
testamenti ipso jure nullius & per querelam rescindendi differentia an hodie superſit 1274 n. 5
an realis illa nullitas hodie effectus habeat 1275 n. 6
Nuncupativum 174 n. 20
in hoc æque solennia de testibus, unitasque contextus eadem requiratur, ac in testamento scripto 174 n. 20
quid post voluntatem testatoris nuncupative declaratam observandum veniat ibid.
si testator, antequam voluntas soli Notario cognita in scripturam fuerit redacta, vel ab ipso, testibusque & Notario subscripta, moriatur, an testamentum subsistat 174 b
si testator coram tot testibus, quot requiruntur ad condendum testamentum, se declaraverit, prius testamentum nuncupativum nolle valere, an sufficiat ad revocandum prius 208 n 9

Testamentum
an posterius nuncupativum rumpat prius in scriptis factum 1282 a
quid, si princeps aut aliquis ex potentioribus in posteriori nuncupativo heres datus sit ibid.
inutilitas clausulæ Nuncupativi testamenti testamento scripto adjectæ 1268 n. 12
Parentis inter liberos nullas requirere solennitates 175 a 1314 n. 2
annon rectius dicatur ultima voluntas intestati ib.
ejus forma quæ 1314 b
an etiam ejus privilegia extendantur ad nuncupativum 1314 a
circa revocationem quid observetur 1314 n. 3
non nisi per posterius solenniter factum, & in quo prius expresse revocetur, rumpi posse 1282 b
vide *Pater*.
Pestis tempore factum quid privilegii habeat 175 & * 1315 n. 6
an etiam quicquam de numero testium in eo remissum ibid.
quid in praxi hac parte observetur 175 * ibid.
an Pias causas unde privilegia sua habeat 1316 n. 7
quot testibus contentum ibid.
Posterius testamentum a testatore abolitum an faciat convalescere prius 1284 n. 6
vid. *Testam. Ruptum.*
Principi oblatum & actis insinuatum quid solennitatis requirat 175 b. 1315 n. 4 & *
an princeps testamentum non solenne, in quo heres instatus est, servare possit 209 n. 11
moribus inusitatum non tamen abolitum 175. 1315 a
non requirit duos testes 1315 n. 4
a Prodigo factum hodie aliquando valere, & an recte hoc consultum 179 n. 3. 1265 n. 3
Rescissam vide *Testamentum Inofficiosum.*
Ruptum sit per agnationem posthumi 204 a
rumpitur posteriori testamento æque perfecto ibid. n. 2
an non posterius tollat hodie ipso jure 1277 n. 2
an rumpatur prius testamentum, si testator juraverit, se prius testam. non mutaturum 204 n. 2. 1278 b
an clausula derogatoria sit necessaria, ut testamentum prius rumpatur 1277 b sqq. 1280
quomodo prius testam. in quo testator declaravit, se nolle, ut posterior sua voluntas, si quam forte conderet, subsistat, rumpi possit 204 n. 2 1279 b
parentis inter liberos non nisi per posterius solenniter factum, & in quo prius expresse revocetur, rumpi posse 1282 b
si ex posteriori testam. scriptus heres deficiat, an heres ex priori hereditatem accipiat, an vero heredes ab intestato 206 n. 4
quomodo posterius imperfectum rumpat prius perfectum ibid.
quomodo priori testamento rupto, nihilominus heredes in eo scripti hereditate potiantur 206 b. 1278 n 3
testam. in quo posthumus exheredatus est, an sit nullum, an vero agnatione rumpatur, vel potius, an per querelam rescindi debeat 186 a
an sufficiat ad revocandum prius testamentum, si testator coram testibus declaraverit, se nolle valere testamentum, & decennium exinde sit elapsum 207 n 7
quid si dixerit coram septem testibus, se velle intestatum mori 207 n 8
an testamentum prius rumpi possit per posterius nuncupativum 1282 b
quid si in illo posteriori princeps aut aliquis ex potentioribus heres sit datus ibid.
Rustici, vide *Testam Agricolæ.*
Solenne: requisita Testamentorum Solennium 167 n 8 sq 1266 n 6 sqq.
Generaliter requiritur continuitas temporis & uniformitas actus 167 n. 8
quid sit unitas contextus 168 n. 10
an Contractus celebrati possit eo tempore, quo testamentum conditur ibid.
potest tamen testator voluntatem suam ratione Contractus alicujus antea celebrati declarare ib. 168 b
an heres teneatur implere contractum in testamento proteftum 167 a
an in testamentis declaratio fieri possit de iis rebus quæ contractibus similes sunt ibid.
an donatio mortis causa in testamento fieri possit 167 n. 9
Generaliter requiritur testium numerus septenarius, quid circa testes observandum 168 n. 11
vide *Testes.*
Specialiter requiritur, ut testator ipse testamentum scribat aut subscribat 168 n. 12
an subscriptio manu vicaria fieri possit 169 a
ut testator tabulas clausas testibus ostendens declaret, eis voluntatem suam contineri ibid.
ut testes, petente testatore subscribant & subsignent 168 n. 12 b (169 a
circa subsignationem quid peculiare sit in Jur. Rom.
an signacula testium in desuetudinem hodie abierint ibid.
an testamentum valeat, si notarius dictatum a testatore & in mundum redactum, testatori soli non prælegerit 168 n. 12 a (168 b
an heredis nomen manu testatoris exprimi debeat
Solennitates omnes requirit testamentum filiifamilias de Peculio quasi-castrensi conditum 178 n 7
Solennia testamenta requisita conferuntur cum moribus Frisiæ & aliorum 1266 n. 6 sq.
Testamenti Causa Omissa quinam ab intestato vel alio modo hereditaten possideant 1321
cogi eos satisfacere legatariis ibid. (1322 b
non privari heredem ex hac causa beneficio Falcidiæ
quibus casibus actio ex hac parte edicti cessat 1322 n. 2
Testam. ritu loci facta ubique valere 175 in f. 1266 n 7
Testamentorum scriptorum non necessario esse tabellionem 1267 n. 10
Testamenta quare vocentur Instrumenta publ. 1267 n. 10
instituta quædam erronea in testamento observari solita notantur ibid n 11
Testari qui aliquem prohibuit, privatur actionibus hereditariis, & fisco hereditas defertur 1323 a
in hoc

in hoc commisso factum alterius alteri non nocere ibid.
nisi quando pater vim facit in utilitatem liberorum 1323 a
cum vi hac parte comparatur dolus ibid.
ad testandum coacto testatore quid fiat de hereditate 1323 b
testamentum ab eo conditum esse ipso jure nullum & quare 1323 a
nihil harum rerum morum æquitati adversari ibid.
Testatio an effectus habeat litis contestationis 714 b
Testes 1140 sqq.
Advocatus an arceatur a testimonio dicendo 1144 n. 8. 1148 n. 17
an cogi possit ad dicendum testimonium contra suum Clientem 1148 n. 16
Affinis an reprobetur esse testis 1148 a
affinitate soluta an adhuc detur privilegium de non cogendis testibus 1148 n. 16
Amicus an testis esse possit 1146 n. 12
Apostatæ an testes esse possint 1142 * (n. 2
Arcentur penitus quinam, ubi variæ observationes 1140
de Auditu quando admittendus testis 1130 n. 12
Auritus testis 1150 n. 20
Cæcus penitus prohibetur esse testis 169 b. 1143 n. 4
Cognatus an reprobetur esse testis 1147 a
Contumaces, quomodo puniantur 1147 ‡
Curator an possit esse testis pro Curanda 1144 *
Domestici prohibentur esse testes, & quinam illi 171 n. 15, 1145 n. 10
quando in judiciis admittantur 171 a
an in testamento admittantur 171 a. & n. 16
Examen testium an coram adversariis instituendum sit jure Civili 1151 n. 24
an per alios judices fieri possit etiam in criminalibus 1151 a
si testes super interrogatoriis licitis legitime exhibitis, de facto examinati non fuerint, repetenda est eorum depositio 1153 *
examen testium in perpetuam rei memoriam 1156 n. 35
quomodo testes respondere debeant 1154 n. 30
Executores negotiorum an testes esse arceantur 1144 n. 8.
Famuli ingenui an prohibeantur 1146 n. 11
Fideicommissarius an possit esse testis in Fideicommisso 172 n. 16, 1359 n. 9
fidei plus quibus testibus sit tribuendum a judice 1155 n. 33
fidei plus minusve non semper pendere a numero, sed magis a causis scientiæ 1149 n. 19
testes, qui non plane prohibentur, sed minus fidei merentur quidam 1146 n. 13
Fratres, an testes esse queant 1146 a
Hæretici quatenus prohibeantur 1143 n. 5 1147 a. 1142 a
an etiam adversus orthodoxos testimonium perhibere possint 171 b
Impuberes an testes esse possint 1141 n. 2
Infames quatenus testes esse reprobentur 1147 b
Inhabiles fieri aliquando idoneos per alios & alia 1146 n. 13
testes si inhabiles ad testimonium ferendum fiant post testamentum factum, id non vitiat testamentum 170 n. 14
inimici an testes esse possint 1146 n. 12
Instrumento an testi in conflictu utriusque major sit habenda fides 1129 n. 1
in quibus casibus instrumenta majorem habeant vim probandi, quam testes 1130 n. 12
Interrogationes testium & interrogatoria 1152 n. 26
Invitis quibus testimonium denunciari nequeat 114 sq. n. 14 15
an hoc in causis quoque civilibus obtineat 1148 n. 15
soluta affinitate an adhuc duret privilegium de non cogendis testibus 1148 n. 16
ad perpetuam rei memoriam testes quomodo ad examen compellendi 1156 n. 35
de cogendis testibus extra judicium 1155 n. 34
Judæus an testis esse possit contra Christianum 1142 *
quid si duo Judæi cum teste Christiano concurrant ib.
Judex an in causis officii sui testis esse possit 1145 n. 9
Juramentum testium, ubi de Mennonitis 1152 n. 25
an ab adversa parte testi remitti possit juramentum 1152 *
Lenones an possint esse testes 1141 b
Libertus non potest esse testis contra patronum suum 1142 n. 3
in Memoriam rei perpetuam testes qui & quatenus examinandi 1156 n. 35
Minores quatenus testes esse prohibeantur 1143 n. 5
minores XX. annis an in criminalibus aliquando admittendi 1143 a. b sq.
Mulieres quatenus prohibeantur ibid. n. 5
mulieris corruptæ testimonium in corruptorem cujus fidei 1144 a
Muti an penitus prohibeantur 169. 1143 a
Nobili testi, aut nobilibus pari aliisque vilioris conditionis, quid a producente sit solvendum 1150 ‡
Oculatus qui 1149 n. 20
Paganus a testimonio an removeatur 1142 a
in Pauperum causis requisiti testes sumtus petere non possunt 1150 ‡
Perduellium liberi an testes esse prohibeantur 1142 a
Peregrinus testis an esse possit, qui illam linguam non intelligit, in quo negotium, de quo testatur, peractum est 169 sq.
si testes non sint eidem judici subjecti, sub quo causa agitur 1150 ‡
qui illum producit, juramentum malitiæ præstare tenetur 459 ‡
in diversis Saxon. locis commorantes producens etiam præstat juramentum malitiæ ibid.
Prodigi an testes esse prohibeantur 1141 a
Productio testium 1152 n. 25 & ‡
testium productio cujus sumtu, quo loco & modo fieri debeat 1150 n. 22 & ‡
an specialites sint rogandi 1150 n. 21
an testi producto ab adversa parte remitti possit juramentum 1152 *
quibus testibus necessitas veniendi in judicii locum remittatur 1151 n. 23
testes sub pœna desertionis in termino realiter producendi sunt 1152 *
quid hodie de hac re juris 1140 ‡
quoties producendi testes 1155 n. 32
quot testes requirantur, & quid juris, si multi singulares sint 1149 n. 18
an ob quæstionem de qualitate testium faciendi sit interlocutio &c. 1153 n. 27

Prohibiti qui 1141 sqq. 169 b
qui in certis causis prohibeantur 1140 b
prohibendi & reprobandi testes discrimen 1140 a
ne quidem a judice citari debent 1140 ‡
testes, qui non plane prohibentur, sed minus fidei merentur quinam 1146 n. 13
in Propria causa an quis testis esse possit 1143 b sq 172 a
Proxenetæ an testes esse prohibeantur 1142 a n. 8
Reprobandi testes qui 1146 n. 13
Reprobationes testium 1154 n. 31
Scorta an testes esse possint 1141 b
Socii in negotiis & criminibus an prohibeantur esse testes 1144 n. 7
Sorores an testes esse queant 1146
Subditus in causa principis an prohibeatur 1142 b
Sardus an penitus prohibeatur 169 b 1142 b. in fin.
Vasallus quando contra Dominum testimonium dicere possit 1142 n. 3
Testimonii effectus 1155 n 33
talsi pœna 1541 a
Theoria juris quæ 3 a
Thesaurus quid sit 102 a
an sit res nullius 558 b sqq. 102 n. 30
an per occupationem, an per accessionem acquiratur 101 a sq.
an invenienti cedat 101 b
in fundo emphyteutico repertus an ad dominum an ad emphyteutam pertineat 775 n. 3
inventus in fundo nullius 101 b
in fundo alieno 102 a
promiscue moribus Europæ Fisco vindicatur 102 b
quid in Saxonia obtineat 102 *
maritus thesaurum in fundo dotali repertum restituere debet 103 a
in loco sacro vel religioso repertus cui cedat ibid.
in doctrina de thesauri acquisitione variant Romani 101 b
Tibii quid sint & jus eorum in successione 274 n. 14 sq.
Thlibie quinam 36 n 9
Tignum quid, & servitus tigni immittendi 133 b
de tigno juncto actio 107 n. 39
tigna alienis ædibus juncta stante ædificio vindicari non possunt 107 a. fin. b
tignum furtivum i e a tertio furreptum an & quomodo ab ædificatore vindicari possit 108 a
Toga virilis quo tempore data a veteribus 683 a
Tollendi liberis vetus mos 1540 n. 3
vid *Expositio Infantum.*
Tormenta vid *Quæstio.*
Torturam judex nunquam decernit, nisi adhibito Jurisperitorum consilio 1550 *
Traditio quid, & modus per illam acquirendi dominii 119 a. b sqq.
ejus jus & divisio 122 b sq.
quibus modis fiat ibid.
ficta & symbolica quid sit 123 a
judicialis omnium rerum immobilium in Saxonia requiritur 121 *
rei venditæ transfert dominium 321 n. 9
sed requiritur adhuc pretii solutio 121 n. 55
ad traditionem an & quomodo requiratur vacua rei possessio 120 n. 53
Bona avita, feensitica & emphyteutica judicialiter tradi debent, alias Dominium a pristino possessore non transfertur 121 *
Dominia hodie tantum transferuntur per traditionem 121 b
Tralatitium Dominium quid 112 n. 44
Edictum quid 12 n. 10
Jus quid 587
Transactio quid 634
de Adulterio transigere prohibitum 637 b. fin. sq. Schol. 638
de Alimentis testamento relictis prohibita 637 n. 4
an Aquilianæ stipulationis usus in transactione 635 b
de Certis rebus prohibita 636 n. 3
an Contractus innominatus sit 635 a. b
de Criminibus non capitalibus prohibita 637 n. 5
an de Criminibus capitalibus facta transactione, salva maneat denunciandi aut accusandi, & judici inquirendi licentia 638 *
de his criminibus facta mitigat pœnam 638 *
Effectus transactionis 642 n 8
& quidem ante factum instrumentum, etsi contraria instrumenta reperiantur 643 n. 9
si nulla res media fuerit 347 b. 643 n. 10
si jurejurando firmata 644 a
remedia, quæ ad effectum transactionis prodita sunt 645 n. 13
an Evictio in transactione præstetur 1085 n. 3
de falsi crimine an prohibita 641 n. 6
de Guarentigiato instrumento an transigere liceat 637 Schol. & Respons.
de Injuriis tollit actionem 384 a & *
Juramentum si transactioni accesserit 644 a
a jurata transactione qui recedit, an infametur 664 b. fin.
ob Læsionem ultra dimidium rescinditur transactio 644 *
de Lite hodie quam maxime competit 642 ‡
facta cum iis, qui jura pauperum nacti sunt, fieri debet judiciaiter 642 ‡
pro hujusmodi transactione in judicio nihil solvendum est ibid.
de lite finita paciscí quidem licet, transigere non licet 636 a
an de lite in suprema Curia pendente transigere liceat 636 b
de Matrimonio an prohibita 637 b
pactum est genus Transactionis 634 b
de Perduellionis crimine an prohibita 641 a
an Pœnitentiæ in ea locus sit 635 a
Prohibita 637 sqq.
de Quæstionibus testamentariis est prohibita 637 n. 4
an Restitutio in integrum contra transactionem detur 643 n. 7
Transactio non extenditur ad ea, quæ non sunt expressa 644 n. 11
nec ultra personas contrahentes 645 n. 12
Transigendi facultas speciale mandatum requirit 638 ‡
vocis proprietas 634 b
qui possint transigere; ubi de tutoribus, parentibus & procuratoribus 641 n. 7 sq.
Translatio rerum immobilium judicialis quo pacto fiat hodie 998 sqq. domi-

dominium non perficit, sed ei supervenit 998 n. 2
Trapezita qui 1066 b
an sine denunciatione pignus distrahere queant 1072 b
Trapeziticum fœnus sine licitum 1099 n. 5
Treselliarica vide *Quarta*.
Triboniani mutationes habent juris autoritatem 205 a. b
Tributa Comitia 12 a
Tributaria actio quid & usus ejus vetus ac hodiernus 427 n. 6. 923*
an & de diversis negotiationibus separatim detur 923 n. 3
Tributum quid 1395 a
ordinarium an compensari possit 944*
tributorum exactio quatenus inter creditores privilegiata 1054 a. 1051*
quid hodie juris in Saxon. 1052 ‡
Tritico indefinite legato quid contineatur 1335
Tuendi vocabulum in Def. tutelæ quid significet 42 b
quid significet in LL. XII. Tabb. 43 b
Turba quid & pœna ejus 366 n. 3. 1502 a
Turpilianum Senatusconsultum 1547
Turpis & injusta causa an differant 889 sq.
Tutele inculpatæ moderamen 367 n. 2
vide *Moderamen*.
Tutela quid & quotuplex 42 n. 2 sq.
quibus testamento deferatur 44 sqq.
quatenus conditionem vel diem recipiat aut non 59 n. 4
personæ datur, non rebus 45 b
quibus modis finiatur 58 sq.
tutelæ & curæ necessitas publica 1251 sq.
est juris communis seu mixti 10 n. 6. 42 b. n. 2
Actio tutelæ quænam & quotuplex 341 n. 3
quando possit institui 1255 sq.
quænam hac parte differentia sit inter tutorem & curatorem ibid.
Actio contraria adversus quem detur 1255 b
posse exerceri hoc judicium vel per modum reconventionis vel actionis separatæ ibid.
recte etiam opponi de rationibus distrahendis actioni ibid.
qui pro pupillo fidejussit, an finita tutela conveniri possit 1256 a n. 2
hac causa contraria agere tutorem posse, priusquam solverit, ut adolescens ipsum ab omni periculo eximat 1258 a
Attiliana quid & quotuplex 54 n. 1 sq.
Confirmata an sit propria tutelæ species 1233 a
Creditor pupilli an tutelam ejus suscipere possit 73*
Dativa 43 n. 3
hodie omnis censetur dativa 1233*
Excusationis a tutela causa est onus trium tutelarum 70 n. 5
an tutelæ causis excusatoriis renunciari possit 72 n. 12
excusant causæ tantum a tutelis noviter delatis ibid.
causæ veterem tutelam deponendi 743 b. 1248 n. 2
causæ plures imperfectæ excusandi a tutela licet accumulatæ pro una haud sufficiunt 1252 n. 4
in Feudis conceditur Jure Sax. simultanee Investitis, licet non sint agnati 52*
si agnati & simultanee investiti deficiant, Domino directo in feudo minoris imponitur 52*
Fiduciaria 53
Legitimæ 49 sq.
an in legitimis tutelis inquisitio locum habeat 1234
an remotio cum infamia locum habeat 65 n. 8
cur soli agnati ad hanc tutelam vocentur 49 n. 2
in hac tutela agnatus præfertur cognato 49*
senior agnatorum in eodem gradu constitutorum præfertur ceteris 49*
an avus paternus præferatur matri & aviæ 1234*
pater an matri superstiti tutelam mandare possit 52 b
mater vel avia, sit tutrix nullo tutore ex testamento existente 53 n. 3
filiofamilias non defertur 59 n. 3
usus hujus tutelæ hodiernus 1234
Minorum quid significet 61 b n. 1
Parentum 53
Patronorum 52
Testamentaria quid & quotuplex 43 n. 3
ejus origo 1203 b sq.
filio etiam exheredato dari potest 432. 1231 n. 2
usus ejus hodiernus 1232 n. 3
legitimæ quando præferatur 46 a Schol.
quibus modis finiatur 58 tit. 22
Tutor 41 sqq.
Accusatio eorum vid. *Accusatio*.
quatenus ex tutoribus singuli vel plures simul conveniendi 1234 n. 12
proprio nomine tutores de his, quæ pro pupillis egerunt, conveniri non posse 1244 n. 13
Administratio tutorum vid. *Administratio*.
quatenus tutor pupilli debitoribus solutionem procurare possit 1241 b
quid si tutor, qui tutelam non administravit, collegam administrantem suspectum arguere neglexerit 1244 n. 11
si plures dati, quis administrator fiat 66 n. 2
an magistratus tutores ab officio liberare possit 1250 n. 6
constituit actorem sed proprio periculo 61 n. 9
plures quomodo pupillorum nomine agere & respondere debeant 1246 ‡
absque pupillorum consensu omnes actus speciale mandatum requirentes expediunt 1246 ‡
pœna tutorum, si egenorum suæ tutelæ commendatorum nomine juramentum malitiæ & paupertatis præstare nolint 1254 ‡
pœna tutorum, si pupillorum nomine agere neglexerint 1254 ‡
Attilianus 54 & 55 sq.
Autoritas tutorum 56 sq.
vid. *Autoritas*.
Confirmatio Tutorum 1232 sq.
Culpam levem an tutor mortuo pupillo præstet 59 n. 3
quam culpam præstet in prædiis emendis: in pecunii, fœnori collocandis 342 a. 1242 n. 6
qui tutores levissimam culpam præstent 66 n. 2. 342 a
an & quæ infamet 87 n. 7
a Curatore quid differat 1237 n. 6
tutor, deposita tutela, ad ejusdem pupilli curationem invitus trahi non potest 62* 72 n. 12

Datio tutoris an sit legis actio 576 a
dationem tutoris non esse jurisdictionis, sed ex lege speciali, seu jurisdictionis legitimæ 1235 n. 2. 55 a n. 1. 574 a
an pupillo dari possit non subjecto jurisdictioni dantis 1235 n. 3
tutorem habenti tutor dari nequit 65 n. 8
cur magistratus minores per satisdationem, majores vero per inquisitionem dent tutores 1236 n. 4 55 n. 3
per inquisitionem datus an satisdet 66 a
quis detur tutor matre ad secundas nuptias transgressa 1251 n. 7
Schultetis datur a Principe, Ambtsassis vero a Judice competente 56 *
minor 25. annis dari nequit 54 n. 3
summa facultatum pupilli, quæ inquisitionem aut satisdationem tutorum exigit 56 n. 4
pupillo tutore destituto ad hereditatem adeundam curator dari nequit, sed tutor 45 b
hodie quilibet magistratus dat & constituit tutorem 56 n. 4 in fin.
in Diem tutor cur non sit statim tutor, cum obligatus in diem statim sit obligatus 45 b. 1237 n. 8
Excusatio tutorum vid. *Excusatio.*
Faltus vid. *Falsus.*
Heredes tutorum actione tutelæ teneri, sed tantum de dolo & lata illorum culpa 59 n. 3 & * 66 b. 1259 n. 3
ad eos tutelæ officium non pertinere 1259 n. 4
debere eos inchoata, si possint, perficere ibid.
in inchoatis perficiendis eos tantum dolum & latam culpam præstare ibid.
si in administrandis negotiis peccaverint, de levi etiam culpa teneri ibid.
Indemnitas Tutorum: Tutorem & Curatorem usuras pecuniæ unplus expensæ quam acceptæ, tam durante, quam finita tutela, exigere posse 1258 b
per Inquisitionem datus tutor vid. *Tutoris Datio.*
Juramentum malitiæ & paupertatis quatenus tutor pro pupillo suo præstare debeat 458 ‡
pœna, si legem sæ tutelæ commendatorum nomine juramentum malitiæ & paupertatis præstare nolint 1254 ‡
Notitiæ gratia quinam 1231 a
Petere possunt tutores qui, qui cogantur 1238 sq.
quomodo mater multanda, si liberis non petat tutorem 1238 n. 2
Prohibitio tutorum 72 n. 14. 1240 b
Rationum redditio tutorum 142 a. 1255 *
ante rationes redditas pupilli tutorum contractu conveniri non possunt 1247 sq.
Satisdatio tutorum 65 sq. 1240 n. 2
per inquisitionem an satisdent 66 a
cur magistratus minores per satisdationem, majores vero per inquisitionem dent tutores 1236 n. 4. 55 n. 3
Summa facultatum populi, quæ inquisitionem aut satisdationem requirit 56 n. 4
in Saxonia negligitur 67 *
Servus datus libertatem expectat 45
Suspectus 75
an hodie suspecti tutoris accusatio in usu 75 n. 1
an culpæ infamet & quæ 78 n. 7
pœne tutorum 79 a. b
vid. *Accusatio.* 143 a
Testamento dari an possint a matre, & qua conditione quando tutor posthumis aut nepotibus datus censetur 48 n. 4
an in codicillis valide constitui possit 262 sq.
quando satisdare cogatur 66 n. 2. 67 *
pro *Tutore* quis gerat 1258 a fin sq.
ei opponitur quasi tutor 1257 b
cur tam frequens olim hic error 1258 n. 2
officium ejus idem esse quod veri tutoris, eandemque præstare diligentiam 1258 n. 3
non tamen eandem potestatem ibid.
posse conveniri ante finem tutelæ ibid.
ultro posse movere contrariam ibid.
in bonis ejus dari etiam pupillo tacitam hypothecam ibid.
Tutori mores Sax. concedunt ducere pupillam adultam 29 *

V.

Vacatio a muneribus & jus ejus 1582
Vacua possessio an & quomodo in traditione requiratur 120 n. 53. 323
Vadimonium desertum quid & quæ pœna 611 n. 4
Vasalli quinam 93 n. 15
post annum 13. cum 6. septimanis impletum recte investituram petunt 58 *
an testes esse possint in causa Domini 1142 *
quando testes esse possint contra Dominum Directum 1142 n. 3
Vectigalia quid comprehendant 1394 n. 4
a quibus constituantur ibid.
quibus rebus imponantur ibid.
quibus non præstentur ibid.
quomodo percipiantur 1395 n. 5
qui conducere possint 1395 n. 6
an usuræ ex more præstandæ sint a vectigalium conductoribus 1003 n. 16
an hi a privatis ob moram usuras exigere possint ib.
intra quod tempus ei præscribatur 941 n. 5
an compensari possint in debito 941 n. 5 944
quousque is, qui feuda possidet, immunis sit a vectigalibus 1355 *
societas *Vectigalium* morte unius non finitur 334 n. 6
Veliculum agere per agrum incultum cuivis liberum est 809 *
Vellejani Senatusconsulti ratio, sententia partito expolita 429 n. 11. 930 sqq.
an & mulier correa facta intercedat 931 a
mulier intercedens naturaliter & civiliter tenetur, sed exceptione juvatur 932 b
duobus casibus esse nullam intercessionem 932 n. 6
ubi discrimen effectus inter nullitatem & exceptionem 933 n. 7
quomodo debitori, liberata muliere, consulatur, nec opus esse restitutionis actu 933 n. 8
an mulier hoc beneficio gaudeat, si pecuniam sumserit, alii donatura 936 n. 13
casus, quibus cessat hoc senatusconsultum 934 n. 11
quando mulier vi legis per virum obligatur, cum non esse speciem intercessionis 934 n. 10
an,

an, si creditor sciat, mulierem intercedere, senatusconsulto locus sit 935 n. 12
renunciatio hujus Senatusconsulti tam extra quam in judicio fieri potest 53 n. 3. 936 n. 14
fieri debet cum curatore judicialiter 932*
modo in publico instrumento tribus testibus subsignato 936 n. 15. 16. 17 (n. 18
renunciatio Authenticæ insuper jurata esse debet 937
an mulier, quæ renunciavit Vellejano, adhuc uti possit authentica *si qua mulier* 938 n. 20 (n. 22
an usus hujus senatusconsulti conscientiam sauciet 938
Venandi jus 96 n. 21 sqq.
competens principibus non facere, ut dominium ferarum, antequam captæ sint, ad principes pertineat, sed cum primum a quolibet captæ fuerint, principes fieri dominos 1410 b sq
cui hodie competat 98 n 23
in Hispania & Brabantia promiscue permittitur ibid.
cui concessum, abstinere debet certo tempore 93*
an venans in alieno fundo sine permissu domini aliquid suum faciat 9? n. 21 a
Vendita actio, ejus jus & effectus 983 n. 7 (dedit 984 b
non datur ad plus repetendum quam emptor actionis quod tamen cessat in actionibus, quarum publice receptum est commercium 984 b
an in heredes transeat ibid.
vide *Cessio. Mandatum.*
Venditio 318 sqq.
Actio venditi 324 b. 1005 a
vid. *Emtio.*
an Cogi possit quis ad venditionem 21 n 3. 553 n. 4
Frumenti in herba an licita 974 n. 10
Fungibilium rerum perfecta 318 b. 321 n. 9
Liberorum, & quatenus permissa patribus 22 n. 2. 554
Pignoris venditio, ejusque effectus 1071 n. 4 sq.
vid. *Distractio Pignoris.*
Res, quæ vendi possunt 322 b sqq.
Rescindendæ venditionis modi 985 sqq.
Servorum coacta 21 b (n 4
Sui ipsius a majore 20. annis facta servitutem attrahit 16
Venditor in Concursu quomodo præferatur 1069*
Culpam quam præstet 321 n. 9 (121 n. 55. 975 n. 12
Dominium rei venditæ & traditæ quibus modis retineat
Dominii reservati vi an habeat jus prælationis ante omnes creditores 975* (1052 ‡
quid hodie hac in re juris secundum Novist Jus Sax.
ad Intervenendum quo Emptore an obligetur, nisi ad hoc specialiter se obligaverit 1091 b
an Pactum adjicere possit, de feudum emptori liberum ab omni præstatione Steurarum censuumque tradere velle 1008*
ad Præstandum tenentur venditores nec possunt liberari præstando id quod interest 1006 n. 5
si Pretii summam in libros rationum retulerit venditor annon eo ipso pretium fiat creditum 122 a
animum Dominii amittere non præsumitur, nisi postquam securus est de pretio 121 n. 55
rem venditam atque traditam ubicunque vindicare potest, si fidem de pretio non habuerit; nec curat hoc casu creditorum concursum 121 n. 55
in Vendito pignore quam habeat inter creditores prærogativam 1063 n. 26. 1028*
vid *Evictio.*
Venefici & eorum pœna 474 b. & * 1539 n. 14
Venenum an vendi possit 322 b
Veneris monitrolæ species & pœnæ 1526 n 12
Venia ætatis quando petatur & aqua 621 a. 1249 n. 4
id esse jus majestatis 1249 a
modus eam petendi 1249 b
an & quare filiusfamilias eam petens emancipatione indigeat 1249 n. 4
Venit dies, quid 293 b
Venter quid a posthumo differat 548 b
Veneris inspiciendi doctrina 1222 n. 4
Ventris nomine posse suo 266. 1222. 1389
Verbalium in *ii* significatio 23 b
Verberandi significatio 376 b
Verba communia in heredis institutione liberorum & parentum habentur pro directis 491*
Verborum obligatio 293
est juris proprii Rom. 30 n. 6
vid. *Obligatio.*
Verborum Significatio: Titulis de Verb Signif. Tyronum Juris memoria non primo oneranda 6 n 7
Veritas criminis in libello famoso imputati, si probata fuerit, liberat ab ordinaria pœna 375*
Verna quinam 16 n 4
Versio in rem & actio de in rem verso 428 b. 926 sq. ibid.
quando cesset hæc actio
si in rem versa est pecunia filii, cessat SCtum Macedonianum 429 a
Veste legata quid significetur 1341 n 5
Veterani qui, quotuplices, & eorum jura 176 n. 5. 1581
Via quid & ejus servitus 132 n. 4
publica, vicinalis & privata quid differant 1463
interdictum de illis ibid.
qu modo differat ab actu 132 n. 4
Vicinia qualis in servitutibus requiratur 813 n 8
Videtur non semper fictionem denotat 402 b 407 b
Vidua an & virgines comprehendant 733 n. 60
Contrahere an possint sine Curatore 631*
in Dotalitio usumfructum habentes immunes sunt a præstatione, cautionis 140* 799*
Luctus tempus 1030* 654*
Occisi marti ex occisoris bonis alimenta an debeantur viduabus 370*
Privilegium Fori viduarum 733 sq.
Raptus honestarum viduarum quomodo puniatur 476 b
Stupratæ an a Stupratoribus dotem exigere possint 473*
in tabt. diu n quomodo teneantur, quando maritus non solvendo mortuus est 1225*
Viduus uxorem defunctam per semestre spatium luget 654*
Vindicatio unde dicta, ejusque ritus antiquus 766 sq.
late vel stricte sumpta 405 b
Vindicatio ex jure Quiritum 769 n. 6
Vindicatio Rei quid, cui & contra quem detur 766 n. 2 &*
quotuplex 769 n. 6
ejus differentiæ ab hereditatis petitione 771 n. 10 11 sq.
quomodo differat ab actione Publiciana 774 n 4
de quibus rebus detur 767 b & n. 3
quid juris, si possessor absit 768 n. 3
si ante sententiam cœperit possidere ib. n. 4
si post litem contestatam possidere desierit ib n 5
si liti se obtulerit ibid.
de fru-

de fructibus in rei vindicatione quid juris 770 n. 8
condemnatus rei vindicatione rem retinere non potest prætextu diversi juris in re 773 n. 14
Vindicta in manumissione, quid sit 17 n. 2
Vinnii sententia de una specie justitiæ expenditur 520 n. 7
opinio de genere legato refutatur 1334 n. 4
Vinum, cui degustando dictus est dies, quatenus effundi possit, vel corbibus metiendum 1001 a. 1007 sq.
vino legato quid contineatur; non videtur contineri cerevisia 1335
vino vendito an vasa debeantur 1007 n. 7
vini venditio perfecta 321 n. 9
Vir, an uxor in ejus potestate sit 20. 552 n. 2
penes eum est familiæ imperium 20 a. 552 a
an sit Curator legitimus uxoris 73 b
prærogativæ viri præ feminis 547 n. 3
eum non decet esse indutum veste muliebri 1341 n. 6
Vir bonus in jure quis 320 n. 6
Virgines an possint Contrahere sine curatore 631 *
Corruptæ quando matrimonium faciant nullum 1164 *
Geradam an sine Curatore alienare possint 631 *
Privilegium earum fori 733 sq.
Raptus earum quomodo puniatur 476 b
sub Viduabus an etiam comprehendantur in causis miserabilibus 733 n. 62
vid. *Femina*.
Virilis portio 265 b tit. 8
in successione Conjugum 276 n. 18 & *
toga quo tempore data a veteribus 683 a
Virtutes quales leges respiciant 519. 520 b
Vis quid 675 n. 2
an differat a potestate 42 a 1508 sq.
quotuplex, a quibus committatur, & ejus pœna 476 n. 11.
actionem facit invitam 443. 675
an interrumpat compensationem 942 n. 6. 943 a. N. Addit.

de *Vi* bonorum raptorum actio 364
de *Vi* interdictum 456 n. 12. 1462 a & 1464 sq.
Visio quandoque pro traditione fungitur 123 n. 57
an sola furem manifestum faciat 359 b
Visitatio domestica 359 *
ex causa impotentiæ, secundum jus pontificium, ejusque descriptio 1176 n. 14
de *Vita* humanæ spatio præsumtio 1123 n. 19
Vitiosæ res, quænam 150 n. 10
acquiruntur præscriptione longissimi temporis 151 a
quando purgari dicantur 151 n. 12
Vitium rei inhærens in usucapione 150 n. 10
Vitricus an ad tutelam matri ademptam admittatur 1254 n. 2
quid moribus hac parte observetur ibid.
Uitgerúft quid significet 1336 sq.
Ultima voluntatis vivo testatore facta agnitio tollit querelam inofficiosi 212 *
Ultrajectini cum Frisiis de præsidentia contendunt, & de merito quæstionis ejus 1579 b
Una res in legatis quibus modis censeatur 234 a
Uncia pars hereditatis XII. 192 n. 2 sq.
Unde Vi Interdictum 456 n. 12
Uniformitas actus in testamento 167 n. 8
Unilateralis remotior uno gradu censetur bilaterali 274 *
frater excludit patruum ex utroque latere junctum in successione 275 *
fratrum unilateralium liberos excludit patruus bilateralis ib.
Unio prolium quid & quomodo fiat 277 b. 556 n. 3. 1387 n. 4
pertinet tantum ad jus successionis, non ad reliqua patriæ potestatis jura 556 n 3 & *
Unitas contextus in testamento 167 n. 8 sq.
Universitas quid 84 n. 8. 667
quotuplex 85 a 668 n. 2
species universitatis facilius inveniuntur, quam ejus definitio 85 a
Acquirendæ Universitatis modi varii 163 sq.
Cautionis ratione immobilium possessores sunt, licet bona communia non habeant 436 ‡
in Contrahendo & Delinquendo jus personæ habet universitas 668 n. 4
an Heres institui possit 191 b
in lite Universitatis non prohibentur testes esse, qui sunt membra universitatis 85 a
Muri & Portæ non sunt hodie res universitatis, sed publicæ 89 n. 22
Pœna quomodo adversus eam exequatur 669 n 5.
Res universitatis 85 n. 8
Vocationis in jus antiqua ratio 462 a. 590 sq.
vide *in Jus vocatio*.
Volenti an fiat injuria 374 b
Voluntas quid, & quomodo in definitione justitiæ accipiatur 5 n. 2. 517 sqq.
Ambulatoria est hominis voluntas 204 b
an Testator sibi ipsi per clausulam derogatoriam supremum arbitrium & voluntatem valide præcidere possit ibid.
ubi de voluntate quæritur, major vis inest dictis, quam factis 208 a in fin.
Voluptas & amœnitas quid differant 802 n. 6
voluptatis causa an possit constitui servitus 128 b. 802 n. 6
Urpheda, si violetur, quæ pœna obtineat 1508 *
Usucapio quid & omne jus 146 sqq.
quotuplex 148 b
Acquirendi Dominium quiritarium modus olim fuit 93 n. 14
pro Derelicto quando usucapiatur 1422
Domum qui usucepit, is ad materiam ædium resolutarum usucapiendam novi temporis indiget 107 n. 39
pro Donato mortis causa cur non usucapiatur 1422
pro Dote quis usucapiat 1423 sq.
pro Emptore quis usucapiat 1420
Fructus a fundo separati usucapiuntur anno 6 Sept. & 3 diebus 117 *
Fundamentum usucapionis ex jure Gentium deductum 152 n. 15
pro Herede quis usucapiat 1420 fin. sq.
pro Legato quis usucapiat 1423
Libertatis usucapio in servitutibus qualis 818 n. 6
Peregrini olim usucapione nihil acquirebant 147 n. 3
Pignoris jus usucapione non tolli, Dominio licet extincto, ne quidem jure novo 1419 b
an Possessionis translatione interrumpatur 151 sq. n. 14
Requisita usucapionis 148 in fin. b. 149 sqq.
Servitutum an aliqua superstit 811 n. 5
pro Soluto quis usucapiat 1420

pro Stipulatu quare titulus usucapiendi non sit proditus 1424
pro Suo quis usucapiat 1424
Tempora usucapionis 148 sq.* 400* 437* 1419*
Usufructuariæ cautionis proprietas & casus cessantes 798 sq.
Usufructuarius quomodo uti frui debeat 139 n. 5. 785 n. 8
quomodo differat a bon. fid. possessore 163 n. 5 sq.
quomodo ab Emphyteuta 325 b
an Aedificium in fundo possit exstruere 788 n. 13
Aes alienum uter solvere teneatur proprietarius ne, an usufructuarius 784 n. 7
Alienandi & diminuendi potestas ei data arguit proprietatem 785 n. 8
non æque prohibitio alienationis vel servitutis imponendæ 785
an Amittat usumfructum, quando usumfructum extraneo cedit 142 n. 12
Cautionem præstare tenetur 140 n. 9. 798 sq.
quis a cautione liberetur 140* 799 n. 3 &*
cautionem pro Reconventione & expensis non præstat, si rei immobilis usufructuarius sit 435*
Conductorem a Domino impositum expellere potest 139 n. 4
Heredes usufructuarii quando nanciscantur fructus industriales 118*
Impensas litium an de fructibus ferre debeat 787. n. 12
quando impensas repetere possit 139 n. 5. 787 n. 12
Immobilium possessor censetur usufructuarius Jure Sax. Nov. 436‡
an Nova, quibus res sustinetur, in locum eorum, quæ deficiunt, conferre debeat 787 n. 11
Officium usufructuarii in rebus exercendis 139 n. 5. 787 n. 10
Servitutem an actione confessoria vindicare possit 795 n. 2
Servitutem an Domino consentiente fundo imponere possit 805 n. 8
vid. *Fructuarius.*

Usuræ 1096 sqq.
in Actionibus bonæ fidei post moram adjudicantur usuræ; in actionibus stricti juris debentur usuræ, quum promissæ fuerint 416*
ultra Alterum tantum an debeantur 1108 n. 27
quomodo ultra Alterum tantum recte accipiantur 1109*
Causæ usurarum 1101 sq. 895 n. 6 sq.
diuturnam præstationem non esse causam usurarum jure civili, quid moribus? 1102 n. 13
pactum non esse causam usuræ, nisi certis casibus: Stipulationem requiri, haud æque moribus 1101 n. 11
an promissio ejus quod interest, usuras inferat 1121 n. 12 sq.
Centesimæ quæ & quando licita 1105 b
Compensatoria usura 1097 n. 3
Computatio usurarum & distinctæ appellationes 1105 a
in Concursu creditorum quando usuræ peti possint 1070*
qui sine usuris crediderunt, quomodo in concursu præferantur 1069*
usuræ in Marchia Creditori Saxonico non præstantur ex concursu, nisi omnibus sortibus solutis 588*
Constitutum quando valeat in usuras 910 n. 5
Differt a fœnore quomodo 1096 b. 1097 b
quomodo ab Interesse 1097 a sq.
Fidejussor an in usuras debiti teneatur 312 n. 9
Imputantur usuræ quibus modis 1106 sq.
cuidas usuræ sistitur per novationem 352 n. 8
obligatione principali tolli usuram, non tamen si propriam habeat causam veluti stipulationem aut sententiam 1107 n. 25
per oblationem & consignationem, non vero per solam oblationem finiuntur usuræ 1107 n. 26 &*
finiri usuras, ubi sortem æquaverit 1108 n. 27
ubi & quomodo fiat illa computatio; casus, quibus illa regula cessat 1103 b sq.
forte per præscriptionem sublata, usuram penitus extingui, nec præscriptionem referri ad singulos annos, ut fit in annuis reditibus 1106. 1109 sq.
est Fructus civilis 114 b
Indebitum an sine usuris recipiatur 1101*
debitor sortis usuras indebitas solvens, an eas repetere possit 895 n. 6
in Legatorum usuras & fructus an & quomodo heres teneatur 246 n. 37
Lucratoria usura 1097 n. 3 & Schol. (n. 16
ex Mora an debeatur a Conductoribus vectigalium 1103
an in Legatis & fideicommissis locum habeat 1104 a
Mutuum an usuras recipiat 895 n. 6. 1101 ‡*
Pars debiti si consignata fuerit, an totius usuræ debeantur 354 b
an Pignus, forte soluta, propter quam obligatum est, ob usuras retineri possit 1073 a
in Pœnam tardæ solutionis an debitori usura major, quam promissa fuit, imponi possit 1106 a n. 22
an Prohibendæ usuræ, an tolerandæ 1098 n. 4. 1099 a sq.
quis modus usuræ jure probatus, quis hodie 1105 n. 20 sq. &*
an Publicani usuras exigere possint a privatis 1103 n. 16
Punitoria an admitti possit 1097 n. 3
Rutscher-Zinsen an tolerentur 11[illegible]*
sine Stipulatione non moribus deberi usuras mercium minutim venditarum 1103 n. 16
Usurarum usuræ prorsus illicitæ, licet debitor consenserit, idque post sententiam quoque & taxationem 1097 n. 6
non esse usuram usuræ post mutatam debitoris personam, secus in mutatione creditoris 1101
Usurarius pravitas quomodo coercetur 1106* 1[illegible]*
Usurpatio quid, quotuplex & ratio nominis in materia capionum 151 b in fin 1419
Usus quid & omne ejus jus 143 sq.
Furtum usus 317 n. 4
Habitationis & usus jus 797 n. 8 143[illegible] sq.
Operarum servi usus legatus quid juris habeat 146 n. 4
an Parochis in denen Pfarr-Häusern usus, an usufructus 144*
ab Usufructu quomodo differat 126 a 143[illegible] 144 b 145 sq.
Ususfructus quid
quotuplex 139 n. 6. 133 n. 3 784 n. 6
quomodo differat a fideicommisso 795 n. 2 q. 10.

quomodo differat ab usu 126 a. 143 sq. 146 b
quomodo differat a quasi-usufructu 140 a
an melius sit usumfructus jus an fideicommissi cum onere petendi mortem restituendi 798 n. 2
usufructuarius, alteri vero tantò legato prior nudam proprietatem rei & usumfructum cum altero communem habet 138 n. 2. 783 n. 3
aliquando proprietatem significat 783 a
Accretendi jus in usufructu quale sit, ejusque diversum a proprietate 267. 143. 240. 788
Actio ex usufructu 796 a
an Amittatur male utendo 141 b in fin.
ad non usum annorum 31. 6. Sept. & 3. dierum amittatur 142 *
modus utendi usumfructum 141 n. 11. 791 sq.
Causalis an vere ususfructus sit 138 n. 3
Constituitur ususfructus quibus modis 141 n. 10. 783 n. 4 sq.
cur pro parte sub conditione constitui possit, secus ac servitus 784 n. 3
Dies legati ususfructus quando cedat 790 sq.
Deductis alimentationem quomodo excedere possit 133 sq. n. 6
Dominii pars, quo sensu 781 b
in Dotem a muliere viro datus ususfructus fundi, quid habeat juris 132 b
Filiusfamilias legatus morte ejus non finitur, sed patersfam. vi patriæ potestatis continuat usumfructum 141 n. 11
in Immobilibus etiam quasi-ususfructus constitui potest 795 n. 6
Legalis ususfructus species 794 a
quare primus dictus legalis in bonis rerum 784 *
Mater an habeat mortuo patre in bonis adventitiis liberorum, quibus alimenta suppeditat, & quorum tutelam gerit 783 *
Nominum ususfructus an verus, an quasi-ususfructus 794 n. 2
Patri competit in bonis adventitiis filiorum 550 n. 2
interdictum retinendæ possessionis bonorum adventoriorum, ab heredibus, quibus restituere jubetur 1108
non competit usufr. bon. advent. secundis nuptiis 783 n. 2. 783 b sq.
ejus usufr. in liberis sibi quomodo filio mortuo mitti possit 273 a
Vendendi ususfructus in extraneum, an domino invito liceat 142 b
Verbum & quorumvis mobilium usufructus habet facultatem usurpandi ad extremum usque, præscripta tamen precautionem ad instar quasi-usufructus redigendi 791 n. 3
Veteres fratres an habeant querelam inofficiosi 211 a
an differant a consanguineis in successione collaterali 273 n. 13 274 & *
Vile Dominium, an detur 931 n. 15. 776 *
vid. *Dominium.*
Utiles Actiones quid 424 n. 39. 776 n. 4
an etiam utiles in personas reperiantur 93 n. 15
Uti possidetis interdictum 453 n. 8. 1464
an etiam detur non possidenti 453 sq. n. 8. 1464
Utrubi interdictum 453 n. 8. 1469
Vulnera lethalia vel absolute vel secundum quid talia 824 n. 4. & Schol.
lethalitas vulnerum 1531 n. 4
Vulneratam terram in alienum fundum an persequi liceat 97 *
Uxor vid. *Femina. Mulier.*
Domina dicta 753 a
Forum mariti consequitur 525 n. 45
Curator ejus potest esse maritus etiam ratione ætatis 73 *
an curatore in litem opus habeat 707 n. 14
Hypothecam tacitam in bonis mariti habens an præferatur ceteris hypothecariis privilegiatis 414 a & *
hodie in Sax. hypothecam cum quoad dotem, tum quoad paraphernalia, in bonis mariti aliter non nanciscitur, nisi pacto aliter 1038 ‡
quæ in favorem mariti vel ipsi marito hypothecam remittit, quatenus prævalide agat 934 *
Justa & injusta bifariam appellata 116 * sq.
Maritus an uxori fidejussorem dotis servandæ causa dare teneatur 308 n. 3
an sit in potestate mariti 20 b. 50 a n. 2
pro maritis bona sua non aliter valide obligat, quam accedente juramento corporali 932 *
mortuo marito potest vel portionem statutariam petere vel illata tua reperere 276 *
Pecunia credita uxoris ad res mobiles refertur 127 *
Persequi quibus modis possit 1227 b. 1228 sq.
Usurpatio olim non injusta, sed justa matrifamilias fuit 1168 n. 2

W.

Wasserfeld quomodo præferatur in Concursu 1052 ‡
Wasserfeld quomodo præferatur in Concursu ibid.
Weergeld quid 352 * 1504 n. 5 1635 b
pro homicida culposo agnatis & cognatis detuncti 367 * 370 *
pro homicida vel injuria occiso 373 * 821 *
si bestia hominem occidat 453 * 821 *
quantitas Weergeldi juxta verum animalium pretium a judice æstimatur 373 *
Wetten vid. *Gesetze. Leges.*
Wormsersche Landmeyer an excusetur a tutela 71 *

X.

Xenia quæ & quousque sint licita 1543 n. 2

Z.

Zins Guth an differat jure veteri Germ. ab Erb-Zins Guth 795 *
Zinsmann, an ad illum pertineat ædificium ab eo in fundo censitico instructum 109 *

INDEX DIGRESSIONUM,

quas

TOMUS II.

continet

Prior numerus indicat paginam, posterior paragraphos.

Reges, qui habent summam potestatem, non recte magistratus appellari 523 n. 2
Verba Taciti *l. Ann. pr.* exposita & illustrata 524 n. 3
Quo sensu lex, sponsio civitatis & præceptum commune vocetur 529 sq. n. 2. 3. 4
Rationem non esse principium leges interpretandi, sed instrumentum 532 n. 6
Permissioni legum inesse vim præcipiendi, non etiam probandi 534
Suadere non esse virtutem legis 534 b
De conflictu legum diversarum in diversis imperiis 538 sq.
Potestatem Regum Romanorum non esse nec fuisse subjectam populo 543 n. 2
Interlocutiones principum an & quatenus habeant vim legis 545 n. 5
Mares an feminæ jure præcellant 547 n. 3 sq.
Partus quo tempore legitimus 548 n. 4
Familiæ definitio & regimen 552 a
Ad locum Sam. l. c. 8. v. 11. 553 n. 4
Legitimationem non esse legis actionem nec actum legitimum 555 n. 9
De potestate Senatus Romani 560 n. 2
Prætorium fuisse Romæ distinctum a castris Prætorianis 563 n. 3 sq.
De jurisdictionibus hereditariis hodiernis, excepta Hispania & Anglia 574 n. 5
Merum imperium æque proprium esse magistratibus ac jurisdictionem 584 n. 6
De ratione mutandi libelli post litem contestatam 621 n. 11
Conventionum origo & differentiæ expositæ 623 b sq.
An quod pacta non pariant actionem, de temerariis duntaxat intelligendum sit, cum Mæstertio disputatur 628 n. 8
Sententia l. 18. C. de Transact. educitur 641 a
Advocatus, ejusque officium 648 sqq.
De procuratoribus publicis eorumque differentiis a veteribus 661 n. 9 & sqq.
Procuratores publicos, quibus hodie utimur, non fieri dominos litium 662 n. 11
De defensoribus sive intervenientibus 666
De universitatibus tam sacris quam civilibus & earum jure 667 sqq.
Definitio doli, quod sit calliditas, fallacia, machinatio, ad circumveniendum, fallendum, decipiendum, a ψευδολογίας vitio liberatur 678 sq.
Dolus dans causam b. f. contractibus reddit eos ipso jure nullos 679 n. 4
Nec si traditio facta sit ex hujusmodi contractu, dominium inde transfertur 679 n. 5
Actio de dolo non datur, nisi alia deficiente, temporis objectionibus 680 n. 6
An pater in causa filii judex esse possit 703 n. 8
De ætate judicum disquiritur 702 n. 6
Litis contestatio quando facta fuerit, item de constitutione litis & de statu 711 a n. 21 sq.
Exceptiones non modo peremptorias, sed & dilatorias quasdam facere litis contestationem 712
De instantia & numero illarum distinguendo 716 n. 27
Auth. habita C. Ne Fil. pro Pat. prolixe explicatur 736 n. 68 sq.
In casu substitutionis pupillaris mater filii legitimam petere nequit 746 n. 7
Si pater inofficiosi egerit ac obtinuerit, an eo casu fratres defuncti pariter ad hæreditatem vocentur 747 n. 9
De legitima tractatus 749 n. 11
Quando e pluribus, quibus legitima competit, unus juste præteritus aut exheredatus est, an is reliquis ad quantitatem legitimæ constituendam adnumeretur 749 sq.
An pater jubere possit, filium usufructu esse contentum, aut fideicommisso universali, vel si nolit, ut solam percipiat legitimam 750 n. 16
Renunciatio querelæ vivo testatore vel in ipso testandi actu, num valeat 751 b sq.
De sensu legis 3. ff. Si pars Her. pet. 764 a
L. 68. de R. V. explicatur 773 sq.
ejus & naturæ actionum arbitrariarum ibid.
Lex 89. de Leg. 3 explicatur 788 n. 2
L. 17. Quib. mod. usufr. amit. explic. 792 a
Servitus foraminis quem usum habuerit 812 a sq.
Laccus vini quid apud veteres 827 b
An in mutuo civitatium municipalium magistratus suos cives repræsentent, prolixe disquiritur 865 n. 9 sq.
Æstimatio rerum deperditarum quomodo instituenda exacte traditur 903 b
Lex Ἀξίωσις 9. ff. ad Leg. Rhod. de Jactu illustratur commentario 919 sq.
laudatur emendatio Grotii 920 a
profertur & alia levis, sed necessaria 921 a sq.
SCti Macedoniani originem nec ultra Claudii tempora videri repetendam, contra Alexandrum ab Alexandro 925
Tractatus de actionum cessione 955 b sq.
Tractatus de societate conjugali 962 sq.
Contractus quos placuit in scriptis celebrari, quo sensu ante scripturam absolutam retractari queant 971
De ædificiis eorumque æstimationibus 1013 sqq.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Huber, Ulrik, / Gleditsch, Johann Friedrich, / Haak, Cornelis.

Ulrici Huberi JCti Supremæ Ex-Senatoris Prælectionum Juris Civilis Tomi III Secundum Institutiones Et Digesta Justiniani

Francofurti Et Lipsiæ 1749

4 J.rom.c. 110
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10519630-7
VD18 10211764